



İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Açıklama ve Önemli Kararlar

1. Cilt

(İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. maddeler)

Prof. Dr. Osman Doğru
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Atilla Nalbant
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde Hukukçu

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Funded
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

© Council of Europe / Avrupa Konseyi

© T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2012 (1. Baskı)

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Bu kitapta yer alan kararlar, AİHM'in resmi dili olan İngilizce veya Fransızca'dan Türkçe'ye yapılmış resmi olmayan çevirilerden oluşmaktadır. Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyinin yasal organları ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu çevirilerin doğruluğu veya geçerliliği konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Çevirilerin resmi dilde (İngilizce veya Fransızca) yayımlanan orijinal karar metniyle çelişmesi halinde orijinal metin esas alınmalıdır.

Baskı: ŞEN MATBAA

Özveren Sk. No: 25/A-B Demirtepe - ANKARA • Tel: 0312 229 64 54
website: www.senmatbaa.com • e-mail: senmatbaa@gmail.com

Osman Doğru, 1959'da doğdu. 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1986 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. Aynı üniversitede 2000 yılında doçent, 2006 yılında profesör oldu. Halen aynı üniversitede İnsan Hakları Anabilim Dalı öğretim üyesidir. 1992 yılında "27 Mayıs Rejimi" adlı çalışmasıyla kamu hukuku doktoru unvanını aldıktan sonra uluslararası insan hakları hukuku alanında çalışmaya başladı. Özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması üzerine yayınlar yapmakta ve insan hakları hukuku dersleri vermektedir. Ayrıca Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi web sayfasının (<http://ihami.anadolu.edu.tr>) kurucusu ve akademik editörüdür.

Dr. Atilla Nalbant, 1965 yılında Malatya'da doğdu. Galatasaray Lisesini (1984), İ.Ü. Hukuk Fakültesini (1988) bitirdi. 1996 yılında Kamu Hukuku doktoru oldu. 1989-1997 yılları arasında M.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yaptı. 1997'den 1998 yılına kadar İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nda görev yaptı. 1998'den bu yana ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde hukukçu ve yönetici (2006'dan bu yana) olarak çalışmaktadır.

İÇİNDEKİLER

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın Önsözü	XI
AİHM Türkiye Hakimi Prof. Dr. Işıl Karakaş'ın Önsözü	XV
GİRİŞ	1

YAŞAMA HAKKI 9

AÇIKLAMA 9

Uygulanabilirlik Sorunu 10

Kanıtlama sorunu 11

Serbest kanıt ilkesi 11

İspat külfeti 12

Devletin Yükümlülükleri 14

Öldürmeme yükümlülüğü 15

Meşru savunma amacıyla öldürme 17

Yakalama amacıyla öldürme 18

Ayaklanma veya isyanı bastırma amacıyla öldürme 18

Yaşamı koruma yükümlülüğü 19

Kasıtlı öldürmeye karşı koruma 19

Kasıt olmadan meydana gelen ölüme karşı koruma 19

İntihara karşı koruma 20

Soruşturma yükümlülüğü 21

Soruşturmanın re'sen başlatılması 23

Soruşturma organlarının bağımsızlığı 23

Soruşturmanın etkililiği (kanıtların toplanması) 24

Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması 27

Soruşturma ve sonuçlarının açıklığı 28

Soruşturma sonucunun caydırıcılığı (cezasızlık sorunu) 29

ÖNEMLİ KARARLAR 31

Kürtaj 31

Gözaltında Ölüm 36

Cezaevinde Ölüm 50

Askerde Ölüm 54

Kayıp Edilme 56

Faili Meçhul Ölüm 61

Üçüncü Kişinin Şiddeti Sonucu Ölüm	64
Tehlike Doğuran Faaliyetler	86
Kamu Sağlığı	98
Devletin Güç Kullanması Sonucu Ölüm	101
İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI	125
AÇIKLAMA	125
Uygulanabilirlik sorunu	126
Kanıtlanma sorunu	128
İddia: Ne, nasıl, ne zaman oldu, kim yaptı?	129
Savunma: Devletin açıklaması ikna edici mi?	133
Nitelendirme sorunu	136
İşkence	137
İnsanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele.....	139
İnsanlıkdışı veya aşağılayıcı ceza	140
Devletin maddi yükümlülükleri	141
Şiddet uygulamama	142
Gözaltında sorgulama sırasında şiddet	142
Yakalama sırasında şiddet	145
Toplantı veya gösteriyi dağıtma sırasında şiddet	146
Cezaevinde direnmeye karşı şiddet	147
Cezaevinde açlık grevinde zorla besleme	149
Şiddet riskine maruz bırakmama	150
Ölüm cezası uygulanabilecek ülkeye gönderme	151
Ölüm koridoru yaşayabileceği ülkeye gönderme	152
Bedensel ceza uygulanabilecek ülkeye gönderme	153
Öldürülebileceği veya işkence görebileceği ülkeye gönderme	154
İnsanlıkdışı cezalar vermeme	157
Ölüm cezası	157
Bedensel ceza	157
Hapis cezası.....	158
Disiplin cezası	160
İnsani olmayan koşullarda tutma	160
Sağlıksız koşullarda tutma	161
Hasta, sakat, yaşlı veya küçükleri tutma	162
Yüksek güvenli rejimde tutma	166
Tutulanlara yapılan diğer muameleler	167

Üçüncü kişinin şiddetine karşı koruma	169
Bireysel ve toplu fiziksel saldırılar, aile içi şiddet	170
Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve ihmali	170
Devletin usul yükümlülüğü	171
Dayanağı, amacı, kapsamı	171
İlkeleri	173
Soruşturmanın başlatılması	174
Soruşturma organlarının bağımsızlığı	175
Soruşturmanın etkililiği (delillerin toplanması)	176
Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması	180
Soruşturmanın şeffaflığı	181
Yaptırımın caydırıcılığı (cezasızlık sorunu)	182
ÖNEMLİ KARARLAR	184
Gözaltında Şiddet	184
Gözaltına Alırken Şiddet	241
Cezaevinde Şiddet	248
Üçüncü Kişinin Şiddeti	260
Tutulma Koşulları	275
Cezalar	301
Riskler.....	306
KÖLELİK VE ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI	317
AÇIKLAMA	317
Kölelik ve kulluk	318
Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma	319
İnsan ticareti	321
ÖNEMLİ KARARLAR	323
Zorla Çalıştırma	323
Ev Köleliği	345
İnsan Ticareti	348
ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI	365
AÇIKLAMA	366
Özgürlükten yoksun bırakma nedir?	367
Özgürlükten yoksun bırakma şartları	370
Hukuka uygun tutma	370
Kayıtsız tutma	372

Fazladan tutma	373
Önleyici tutma	377
Suçsuz tutma	378
Başka ülkede tutma	380
Koruyucusuz ya da güvencesiz tutma	381
Amaca aykırı tutma	383
Zorunlu ikamet	383
Disiplin hapsi	384
Sebebe uygun tutma	385
Hükümlünün hapsedilmesi	385
Yükümlülük nedeniyle tutulma	386
Suç şüphelisinin tutulması	388
Küçüğün tutulması	390
Hasta, bağımlı veya serserinin tutulması	391
Sınırdışı edileceklerin tutulması	392
Özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları	393
Tutma nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı	393
Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı	394
Azami gözaltı süresi	395
Tutuklamaya yetkili yargıç	397
Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı	399
Dikkate alınacak tutukluluk süresi	399
Sürenin makullüğünün değerlendirilmesi	400
Makullüğün dayandırıldığı tutuklama nedenleri	401
Tutuklu işe özen gösterilmemesi	404
Özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvurma hakkı	405
İncelemenin mahkeme tarafından yapılması	406
Denetimin tutmanın hukukiliği konusunda yapılması	409
Muhakemenin süratle yapılması	410
Hukukilik denetiminin makul aralıklarla yapılması	411
Kişi özgürlüğüne aykırılık nedeniyle tazminat hakkı	411
ÖNEMLİ KARARLAR	412
Maddenin Uygulanabilirliği	412
Yakalama/Gözaltı	414
Tutuklama	493
Hapsetme	552
Yükümlüyü Tutma	574

Küçüğü Tutma	583
Hasta, Bağımlı Veya Serseriye Tutma	588
İzinsiz Girişi Önleme, Sınırdışı Etme Veya Geri Verme Amacıyla Tutma	598
ADİL YARGILANMA HAKKI	609
AÇIKLAMA	609
Hangi yargılama usullerine uygulanır?	611
Kişisel hak ve yükümlülükler	611
Suç isnadı	616
Mahkeme hakkı	620
Mahkemeye erişme hakkı	620
Yargı yolunun bulunmaması	621
Dava ehliyeti tanımama	622
Yargıdan bağışık tutma	624
Dava açma süreleri	628
Adli yardım sistemi	630
Karar hakkı ve kararın icrası hakkı	631
Bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı	632
Makul sürede yargılanma hakkı	634
Sürenin belirlenmesi	634
Makullük değerlendirmesi	634
Adil muhakeme hakkı	636
Silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama	636
Kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi	637
Diğer haklar ve ilkeler	641
Aleni yargılanma ve karar hakkı	641
Masum sayılma hakkı	642
Asgari sanık hakları	644
İsnat edilen suçu öğrenme	645
Savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma	646
Bizzat, müdafî vasıtasıyla veya adli yardımla savunma	647
Tanık dinletme ve tanık sorgulama	650
Çevirmenden ücretsiz yararlanma	654
ÖNEMLİ KARARLAR	656
Maddenin Uygulanabilirliği	656
Dava Açılmasını Engelleme	672
Bağımsız Ve Tarafsız Olmayan Yargı Yerinde Yargılama	695

Uzun Sürede Yargılama	722
Duruşmasız Yargılama	727
Kapalı Duruşmada Yargılama	730
Hukuka Aykırı Delille Mahkûm Etme	734
Tanığı Sorgulatmama	785
Delilleri Tartışmama	803
Masum Saymama	814
Tarafın Görüşünü Almama	817
Savunma Yaptırmama	824
Karar Vermeme	841
Aleni Olmayan Karar Verme	844
Gerekçesiz Karar Verme	847
Kararı İcra Etmeme	850
KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ	857
AÇIKLAMA	857
“Suç” ve “ceza” kavramları	857
Suç ve cezaların yasallığı	858
Ceza normunun geriye yürümezliği	861
Lehte ceza normunun geriye yürümesinin gerekliliği	862
İnsanlık aleyhine işlenen suçlar ve savaş suçları	862
ÖNEMLİ KARARLAR	864
BİRİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR.....	883
(Alfabetik Sırayla)	
BİRİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR.....	887
(Madde ve Konu sırasına göre)	
DİZİN	910

“Bir insanın eylemlerinin başkasının iradesine bağımlı olmasından daha korkunç bir şey yoktur.” KANT

Önsöz

Toplumu düzenleyen ve kamu gücü ile desteklenen kurallar bütünü olarak tanımlanan hukuk, bu nitelikleriyle önemli bir sosyal kontrol aracıdır. Öyle ki, bir toplumu dönüştürme sürecinde en etkili gücün “hukuk” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Tarihte hukukun dönüştürücü gücünü fark edenler, buna ilişkin kurumları ele geçirilmesi gereken “kale” olarak nitelemiş ve ideolojik yapılanmalarının hâkimiyet aracı olarak kullanmak üzere sürekli kuşatma altında tutmuşlardır. Bu anlayış, hukuku ve hukuk devleti kavramlarını ciddi ölçüde yıpratmış ve güçsüzleştirmiştir. Hukuka boyun eğmesi gerekenler hukuka boyun büktürmüş, hukukun üstünlüğü yerine gücünün hukuku topluma egemen olmuştur. Anayasal metinlerde temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmış olsa bile, bunun hayata yansımaları, gücü elinde tutanların lütfettiği oranda gerçekleşmiştir. Bu gücün sınırlanmadığı, denetlenmediği ortamlar, keyfilik ve hukuksuzluğun yaşandığı kirli coğrafyalardır. Bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemi bu kirliliği arındıran, başına buyrukları hukuk içine çeken bir ağıttır.

Hukuk toplumsal hayatı düzenleyen ve amacı adalet ve insan onurunu korumak olan kurallar bütünüdür. Yargı, temel hak ve özgürlükleri koruduğu, başka bir ifade ile “insanlık onurunu” ayakta tuttuğu sürece değerli ve saygındır. Bu görev yargı’ya emanettir. İnsan onuru’nu zayıflatan, zedeleyen her karar, her yorum bu emanete ihanet anlamı taşır. Özellikle yargı yetkisini ellerinde bulunduran egemen güçlerin, siyasi, ideolojik veya ekonomik gayelerle bireysel hakları koruma görevini bir kenara bırakıp siyasi iradeyi vesa yet altına alarak bireyleri hizaya getirme görevini üstlendikleri süreçler, hukuk tarihinin en karanlık dönemleri olarak hafızalarda canlılığını sürdürmektedir. Bu güçlerin özellikle temel hak ve özgürlüklerin kavşak noktaları kabul edilen düşünceyi ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ile siyasi örgütlerin özgürlük alanlarına ilişkin sicillerinin temizliğinden söz edilemez. Konjonktürel ve ideolojik kaygılarla ortaya çıkan yorum ve kararlar yargı’ya güven duygusunu zedelemekle kalmamış, ona duyulan kin ve nefret duygularına ciddi ivme kazandırmıştır. Yakın tarihlerde yaşanmış olan bu süreçlerin mağdurları halen bedel ödemeye devam etmektedirler. Toplum vicdanında oluşan bu duygular, yargı alanında gerçekleştirilen köklü değişikliklerin en haklı nedenleri olarak kabul görmektedir. Ülkemizde de bireysel hakların daha etkin biçimde korunması amacıyla 2004 yılında Anayasamızın 90. maddesine eklenen fıkra ile getirilen düzenlemenin uygulamaya geçirilememesi daha sonraki anayasal düzenlemelerin haklı gerekçelerini oluşturmuştur. Bu dönemde uluslararası toplum ve örgütlerle çatışmama kaygısı ile ideolojik değerlerin yanında evrensel değerlere yapılan göstermelik referanslar yargıyı sağlığına kavuşturamamıştır. Yargının dönüştürücü gücünü olumlu yönde kullanamaması, bu kez kendisinin dönüşmesi zorunluluğunu doğurmuştur.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Türkiye’den yapılan başvurular ve Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının analizi yapıldığında, Ülkemizde yargı gücünü kullanan aktörlerin “adil yargılama” konusundaki adeta kasta yaklaşan ağırlıktaki özensizlikleri teyit edilmektedir.

Yoğun hak ihlallerinin yaşandığı ülkelerde, toplum vicdanında oluşan tepkisel duygular birleşerek kamu gücüne karşı güçlü reflekslerin oluşmasına sebep olmakta, hatta daha ileri seviyelerde kamu gücünün el değiştirmesi sonucunu bile doğurabilmektedir. Şayet, bu olayların sebepleri sorgulanırsa altında insan onurunun zedelenmesi, kırılması, hasar görmesi, hatta yok edilmesinin var olduğunu görebiliriz. Bu sonuç üzerine denilebilir ki, göz ardı edilmemesi ve korunması gereken yegane değer, insanlık onurudur. Zira, bu değer in içi temel hak ve özgürlüklerle doludur.

Baskı ve korku temelinde farklılıkları bir arada tutma şansımız olamaz. Demokratik devlet kültürü ekseninde sevgiyi, hoşgörüyü, diyalogu arayanlar hak ihlallerini bloke etme konusunda güçlü altyapı oluşturma şansını yakalayabilirler. Ancak bu temeller üzerinde yükselen bağımsız ve tarafsız bir yargı sistemi, özgürlüklerin güvencesi olabilir. Yargı, hak ihlallerini ortadan kaldırırken aynı zamanda vicdanları sakinleştirerek hukuk devletine olan inancın ve saygının pekişmesine ve kökleşmesine zemin hazırlar. Yargının bu fonksiyonu, devlet yapısının demokratik ve hukuk niteliğinin de geleceğe dönük yegâne teminatıdır.

Anayasa yargısını ilgilendiren boyutu ile temel insan hakları ve özgürlükleri alanında yaşanan küreselleşme, hukuk sistemlerinde de bütünleşme dönemini getirmiştir. Çoğulcu, özgürlükçü, katılımcı, demokratik bir düzende yaşama bilinci, bütünleşme ve dayanışmayı önemli ölçüde zorunlu kılmaktadır. Bu birliktelik çağın dışında kalan görüş ve düşünceleri sorgulamakta, değiştirmekte ve doğal insan onuruna aykırı ne varsa etkisizleştirmektedir. En önemlisi de, karanlık ve derin dünyaların tüm hukuk dışı eylemleri aydınlanmakta, egemen olan otoriter düzenler demokratik alana kayarak yer değiştirmekte, farklı kültür, inanç ve yaşayışların “kökünü kazıma” anlayışı yerini demokratik sabır ve olgunluğa bırakmaktadır.

Ülkemizde yargı süreçlerinin sebep olduğu hak ihlallerinin yoğunluğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurulardaki olağanüstü artışlar, 2010 yılında Anayasamızda yapılan değişiklikler bağlamında “bireysel başvuru” yolunun açılmasını zorunlu kılmıştır. Anayasa Mahkemesine görev olarak verilen bu olağanüstü kanun yolunun başarı şansının Mahkemece “etkin bir denetim” yapılması şartına bağlı olduğunun bilincindeyiz. Etkisiz bir denetim yapan Anayasa Mahkemesinin Avrupa Mahkemesine yapılacak başvuruları engelleyemeyeceği açıktır. Etkin ve süratli bir yargı sistemi için yapılacak reformların katkısı gözardı edilemez. Bu başvuru yolunun etkili bir yol olarak görülebilmesi bakımından Anayasanın 90. maddesine eklenen fıkranın yargı organlarının uygulamaya geçirilmesi hayati bir öneme sahiptir.

Bireysel başvuru yolunun başarılı olabilmesi için, diğer hak arama yollarının etkin bir şekilde işletilmesi ve bütün devlet organlarının ortak irade ile hareket etmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, insan onurunda derin yaralar açan, sanıkların makul bir sürede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, tutukluluk süresi, etkin savunma hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakkındaki suçlamaları öğrenme ve bilgilendirilme hakkı gibi başlıklar altında ifade edebileceğimiz adil yargılanma konusundaki ihlallerin, Türkiye’yi Avrupa Mahkemesi nezdinde çok ciddi sıkıntılara soktuğu gözardı

edilemez. Unutulmamalıdır ki evrensel kavramlara farklı anlamlar yükleyerek evrensel anlayışın ortadan kaldırılması çağdaş dünya ile bağlantımızı koparacaktır.

Avrupa Konseyince ortaklaşa sürdürdüğümüz projeler bağlamında yapılan yuvarlak masa toplantıları, evrensel hukuk kurallarının Anayasamızın hükümleriyle uyumlaştırılması noktasında önemli kazanımlar sağlamıştır. Bu kapsamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Mahkemesinin bu kurallara bağlı olarak verdikleri önemli kararları içeren iki ciltlik bir hazırlık yapmak üzere görev alan değerli hocamız Prof. Dr. Osman DOĞRU ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukukçularından Sayın Atilla NALBANT'ın yargıç ve avukatların hizmetine sundukları bu çalışmanın bireysel başvuru konusuna katkıları izahtan varestedir. Prof. Doğru'nun bu kitapların hazırlanması dışında Anayasa Mahkemesinde sürdürülen yuvarlak masa toplantılarındaki gayreti ve özverili çalışmaları unutulmayacaktır. Hocamızın kendi ifadesiyle “yirmi beş yıllık hayatının” gerçekleşmesi noktasında bu fırsatı yakalamış olmasının bizleri de mutlu ettiğini belirtmeden geçemeyeceğim.

Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemelerini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen hak ve özgürlükler kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine bağlı kalarak yapacağı kuşkusuzdur. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri başta olmak üzere evrensel hukuk kurallarıyla Anayasa hükümlerini uyumlaştırma noktasında Mahkememizin büyük bir çaba göstereceği tabiidir. Mahkememizin etkin bir denetim sürecini yakalayabilmesi için makul bir sürenin geçmesi ve bu süre içinde içtihatların oluşturulmasına ihtiyaç bulunduğu gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu kitapların hazırlık ve yayın aşamasında emeği geçenlere Mahkememiz adına teşekkürlerimi sunuyorum.

Haşim KILIÇ
Anayasa Mahkemesi Başkanı

Önsöz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1. Maddesi taraf devletlere yargı yetkisi içindeki herkese Sözleşme'de yeralan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülük öncelikle iç hukuk düzeninin Sözleşme ile uyum içinde olmasını gerektirir. Diğer bir ifade ile Anayasa, yasalar ve mevzuatın AİHS'ne uygun olması, devletin Sözleşme ile bağdaşmayan iç hukuk metinlerini değiştirerek hukuk düzenini Sözleşme'ye uyumlu hale getirmesi uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüktür. Ancak AİHS, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları ile yaşayan bir hukuk belgesi haline dönüşmüştür. Bu bağlamda iç hukukta gerekli değişiklikleri yapmak Sözleşme'nin 1. Maddesinden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli olmaktan çıkmıştır. Devlet yasama, yürütme, yargı organlarının bütünü ile Sözleşme'nin kendi yargı yetkisi içinde kalan tüm alanlarda etkin bir şekilde uygulanıp hayata geçirilmesinden sorumludur. Bu yükümlülük ulusal yargıcın yürürlükteki mevzuatın Sözleşme'ye aykırı tüm hükümlerini, yasama ya da bir usul ile kaldırılmasını beklemekten, ihmal ederek AİHS'ni etkililiğinin sağlanması doğrultusunda doğrudan uygulaması anlamına gelir (bu yönde örneğin, 29 Kasım 1991 *Vermeire/Belçika* kararı § 26).

Bu çerçevede ulusal düzeyde AİHS'nin uygulanmasında en büyük görev yargı organlarına düşmektedir. Subsidiarity ilkesi (yerindenlik ilkesi) gereği, Sözleşme iç hukukta uygulanıp etkilerini doğurmalıdır. Uluslararası yargı yolu olan AİHM'e bireysel başvuru için öngörülen şartlardan biri olan "iç hukuk yollarının tüketilmesi" ilkesinin anlamı da budur. Sözleşme hukuku ulusal mercilerin, özellikle de yargı organlarının uygulaması gereken bir hukuktur, iç hukukun ayrılmaz bir parçasıdır.

Türk hukukunda AİHS'nin öncelikle ve doğrudan uygulanması için gerekli düzenlemeler mevcuttur. 1982 Anayasası'nın 90. Maddesi yargı organlarının uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulamada ortaya koydukları çekingenliği, özellikle de AİHS'nin uygulanmamasından doğan hak ve özgürlük ihlallerinin ve buna bağlı olarak AİHM önünde Türkiye'nin mahkûmiyetlerinin artarak sürmesi karşısında, aşmalarında daha net bir hukuki temel sağlamak adına 2004 yılında değiştirilmiştir. Ancak Türk yargı organlarının AİHM içtihatlarını verdikleri kararlara temel oluşturmaları henüz tam anlamı ile gerçekleşmemiştir. Bu noktada çeşitli unsurlar devreye girmekle birlikte, bunlardan kanımca en önemlisi Türk hukuk eğitim ve kültürünün uluslararası hukuka kapalı zihniyet yapısıdır. Bu yapının oluşmasında önemli bir etken AİHS uygulanması ve AİHM içtihatları ile ilgili yeterli bilginin hukuk dünyası içinde yaygınlaşmamış olmasıdır.

Türkiye'de AİHM içtihatları çok uzun yıllar boyunca iyi derecede İngilizce ve/veya Fransızca bilen, konu ile akademik düzeyde ilgilenen kişilerle kısıtlı kalmıştır. AİHM içtihatları ile akademik dünya arasındaki ilişki dışında, asıl AİHM kararlarını bilmesi ve uygulaması gereken yargı dünyası, özellikle de yüksek yargı, Avrupa insan hakları hukukunun dışında durmuştur.

Bugün Türkiye’de AİHM içtihatları asıl uygulayıcılar olan yargı mensupları tarafından daha iyi bilinmekte ve iç hukukta uygulanmaktadır. Hak ve özgürlüklerin etkin korunması doğrultusundaki bu olumlu gelişmenin temelinde AİHM kararlarının çeşitli merciler tarafından Türkçeye kazandırılıp yaygınlaştırılması kadar, değerli araştırmacı ve akademisyenlerin yaptığı çalışmaların da katkısı büyüktür.

Unutulmaması gereken AİHM kararlarının sadece kararın kendisine karşı verilmiş olduğu devletler bakımından sonuçlar doğurmadığıdır. AİHM’nin ihlal kararına konu olan benzer sorunun var olduğu devletler açısından da, kendisi hakkında bir karar verilmesini beklemeden, söz konusu sorunu yasama ya da içtihat yolu ile ortadan kaldırma yükümlülüğü içerir. Bu duruma verilebilecek son örnek Türkiye’ye karşı verilmiş olan gözaltında avukat bulundurma zorunluluğuna ilişkin *Salduz* (27 Kasım 2008) kararının Fransız Yargıtay’ı tarafından doğrudan uygulanması ve Fransız iç hukukunun AİHM’nin *Salduz* içtihadına uygun olmadığını tespit etmesidir. Bu açıdan AİHM tarafından değişik devletlere karşı verilmiş kararların bilinmesi Avrupa insan hakları hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasında büyük önem taşır.

Değerli yazarlar Prof. Dr. Osman Doğru ve Dr. Atilla Nalbant AİHS maddeleri temelinde AİHM içtihatlarını açıklayıp değerlendirdikleri bu eserleri ile Türk hukukunda büyük bir boşluğu doldurmaktadırlar. Eserde yeralan Türkiye’ye ve Sözleşme’ye taraf devletlere karşı verilmiş önemli kararlar Türkiye’deki uygulayıcılara hiç kuşkusuz yol gösterecektir. Bu doğrultuda, Türkiye’de Avrupa insan hakları hukuku anlam ve standartlarında bir hak ve özgürlük korunmasının gerçekleşmesinde Prof. Dr. Osman Doğru ve Dr. Atilla Nalbant’ın eserinin de büyük katkılar sağlayacağına yürekten inanıyorum.

Prof. Dr. A. Işıl Karakaş
AİHM Türkiye Hâkimi

GİRİŞ

Kitap hakkında

Bu kitap, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarını hakimlere, savcılara, avukatlara, diğer hukukçulara ve öğrencilere tanıtmak ve hem uygulama hem de insan hakları ve hukuk öğretiminde kullanılmak üzere hazırlanmış bir eserin ilk cildir. Kitabın hazırlanmasında en önemli neden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmasıdır. Bu gelişmeye bağlı olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadlarının yaygın olarak hem uygulamacılar hem de bireyler tarafından tanınması büyük önem kazanmıştır.

Eserin bu ilk cildinde Sözleşme'nin 2-7 maddeleri incelendi. Eserin ikinci cildinde ise, Sözleşme'nin hak ve özgürlüklerle ilgili diğer maddeleri incelenecektir.

Her maddenin incelenmesinde önce ilgili madde hakkında açıklayıcı bilgiler verildi; daha sonra konu hakkında önemli kararların çevirilerinin ilgili bölümleri kondu. Bu çevirilerin bir kısmı yazarlar tarafından yapılmıştır. Bir kısmı ise, gerçekleştirilmiş çevirilerin metinlerinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Seçilen kararlar, mutlaka en yeni kararlar değildir. İHAM'ın bazı kararları artık klasikleşmiştir. Örneğin 2. maddeyi inceleyen, *McCann ve Diğerleri – Birleşik Krallık* ya da 10. maddeyi inceleyen *Handyside – Birleşik Krallık* kararlarına yer vermemek mümkün değildir. Bu kararların klasik olma niteliği, halen yeni hukuki ilkelerin bu kararlarda belirlenen ilkelere dayanılarak çıkartılmasından doğmaktadır. Bu nedenle, bu kitapta her madde için 'klasik' sayılabilecek ve Türkiye için önemli olarak değerlendirilebilecek bazı kararların geniş özet çevirilerine yer verilmiştir.

Fakat okuyucu, bir madde hakkında araştırma yaparken veya bir hukuki ihtilaf veya sorunun çözümünde ilgili kararları ararken, sadece bu kitapta yer alan kararlarla yetinmemeli ve mutlaka konusunda en son çıkan Mahkeme kararlarını gözden geçirmelidir. Bu kararlardan özellikle Mahkeme Büyük Dairesinin kabul ettiği son kararı okumak, o konu hakkında içtihadın durumu hakkında bilgi edinmek için vazgeçilmez bir yöntemdir. Ayrıca Mahkeme'nin her ne kadar Avrupa coğrafyasında insan haklarının hukuki korunmasında asgari standartların belirlenmesi görevi olsa da, esas olarak bu standartları bir içtihad mahkemesi olarak geliştirdiği akıldan çıkartılmamalıdır. Mahkeme, her somut olayı kendi koşulları içinde değerlendiren bir yargı yeridir. Mahkeme kararlarından değişmez, kısa reçeteler çıkartmak yanlış bir yöntemdir. Mahkeme Avrupa coğrafyasında hukukun üstünlüğü ilkesini, demokrasi ve çoğulculuk değerlerini hayata geçirmek için çalışan birçok yüksek yargı organından birisidir. Bu nedenle, Mahkeme kararlarının dikkatle izlenmesi, Sözleşme sisteminin kavranması bakımından hayati önemdedir. Bu içtihatlara ulaşmak isteyen okuyucu, İngilizce ve/veya Fransızca kararlara ve Türkçe de dâhil birçok başka dile yapılmış çeviriye erişim imkânı veren www.echr.coe.int adresinden Mahkeme'nin içtihat veri tabanı HUDOC'u kullanabilir.

Genel olarak Sözleşme ve Mahkeme hakkında

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, daha yaygın bilinen adıyla, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi” 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzaya açılıp 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile ortaya çıkan bazı temel hak ve özgürlükleri somutlaştırırken, ayrıca yükümlülüklerini yerine getirmeyen ülkeleri mahkûm edebilecek uluslararası bir Mahkeme yaratmıştır.

Ayrıca bu güne kadar ilk Sözleşme metninin bazı maddelerine değişiklikler getiren ya da buna yeni haklar ekleyen 14 adet ek protokol kabul edilmiştir. Temmuz 2003 tarihinde yürürlüğe giren, ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına dair ek 13 numaralı Protokol’de ya da Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren ayrımcılığın sonlandırılmasına dair ek 12 numaralı Protokol’de olduğu gibi, Sözleşme, aynı zamanda kendisine protokoller tarafından eklenen yeni haklarla da değişime uğramıştır. Fakat Sözleşme’ye yeni haklar getiren ek protokoller, sadece bu protokolleri imzalayan ve onaylayan devletlere karşı ileri sürülebilir; imzalandıktan sonra onaylanmayan protokoller devletleri bağlamaya yetmez.

Sözleşme’yi onaylayan ülkeler (“Sözleşme’ye Taraf Devletler”) temel, medeni ve siyasi hakları sadece kendi vatandaşları bakımından değil, aynı zamanda mahkemelerinin yargı yetkisi altında olan her kişi bakımından tanırlar ve güvence altına alırlar (Sözleşme, md. 1). Sözleşme özellikle yaşama, kişi özgürlüğü, adil yargılanma, özel yaşama ve aile yaşamına saygı haklarını, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü, ifade özgürlüğünü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü ve mülkiyetin korunmasını güvence altına alır. Ayrıca Sözleşme özellikle işkenceyi, insan onurunu zedeleyen cezaları, kölelik ve zorla çalıştırmayı, keyfi ve yasa dışı tutulmaları, Sözleşme tarafından tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada ayrımcılığı yasaklar.

Sözleşme, durağan ve değişmeyen bir metin değildir. “Yaşayan belge” teorisine uygun olarak Sözleşme, özellikle maddelerinin İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlanması sayesinde değişime uğrar. Mahkeme, içtihatlarıyla Sözleşme’yi yaşayan bir araç haline getirir; böylece Mahkeme, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakları genişletip, Sözleşme’nin kabul edildiği tarihte öngörülemeyecek olaylara uygulanmasını sağlar.

Sözleşme, ulusal seviyede uygulanabilme özelliğine sahiptir. Sözleşme, öngördüğü haklara saygı duymak zorunda olan Sözleşme’ye Taraf Devletlerce bir şekilde ulusal mevzuatlara aktarılmıştır. Bu yüzden ulusal mahkemeler Sözleşme’yi doğrudan uygulamak zorundadır. Aksi takdirde, eğer bir birey, haklarının korunmamasından şikâyet ederse, devletler, Mahkeme tarafından mahkûm edilme durumuyla karşılaşabilir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Mahkeme’nin kurduğu özgürlükleri koruma sistemi, “subsidiarite” adı verilen ikincilik ilkesine dayanır. Bu ilkeye göre, Sözleşme’nin uygulanmasını sağlamak, öncelikle ve özellikle Sözleşme’ye Taraf Devletlerin görevidir. Taraf Devletler, insan hakları sorunlarını saptamak ve çözüm bulmak bakımından Mahkeme’ye göre daha avantajlıdır. Soruna en yakın birimin sorunu çözmekle yetkili olması anlamına da gelen ikincilik ilkesi gereğince Mahkeme, sadece devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde devreye girer. Strazburg denetimini harekete geçiren şey, esas itibarıyla bir Sözleşmeci Devletin egemenlik alanında bulunan bir bireyin veya tüzel kişinin Mahkeme’ye yaptığı bir bireysel başvurudur. Bu çerçevede Mahkeme resen hareket edemez. Mahkeme, bireysel ya da devletlerarası başvurular yoluyla, Sözleşme’nin ihlal edildiğine dair iddiaları incelemeye yetkilidir.

Mahkeme'nin ikincil bir yargı yeri olmasının diğer sonucu, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından Mahkeme'nin ulusal yargı yeri kararlarını denetleyen bir "süper yetkili temyiz mercii" gibi hareket edememesi anlamına gelmektedir. Nitekim Mahkeme'nin "dördüncü mercii" kuramı şu anlama gelir:

"Sözleşme'nin 19. maddesine göre, Mahkeme'nin görevi Taraf Devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine saygıyı sağlamaktır. Bu nedenle, bir mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen olaylara ya da hukukun uygulanmasına ilişkin şikâyetleri inceleyemez; meğer ki, bu hatalar Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal etsin. Sözleşme'nin 6. maddesi adil yargılanma ilkesini güvence altına alması, kanıtların kabul sistemini düzenler anlamına gelmez. Bu inceleme, temel olarak iç hukuk mercilerine aittir" (*Schenk, §45*).

Mahkeme Sözleşme'ye Taraf Devletlerin sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşur (hâlihazırda 47 yargıç). Yargıçlar, her Taraf Devletin sunacağı üç kişilik aday listesinden Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından seçilir. Yargıçlar dokuz yıllık bir süre için seçilirler. Tekrar seçilmeleri mümkün değildir.

Her ne kadar bir devlet adına seçilmiş olsalar da yargıçlar, o devleti temsil etmezler ve mahkemeye kendi adlarına katılırlar. Yargıçlar tamamen bağımsız olup bağımsızlık ve tarafsızlık ödevleriyle bağdaşmayan hiçbir görev üstlenemezler.

Her ülkenin yargıç ilke olarak o ülke ile ilgili bütün davaların görüşülmesine katılır. Bunun istisnası, Mahkeme'nin açıkça kabul edilemez nitelikte olan davaların incelenmesi için öngördüğü tek yargıç düzeninde aldığı kararlardır. Bu kararlar, Mahkeme tarafından atanmış tek yargıç tarafından alınır ve bu yargıç o ülke tarafından seçilen yargıç olamaz. Ayrıca istisnai durumlarda, yargıçlar yerleşik içtihatla ilgili davaların görüldüğü üç yargıçtan oluşan bir komiteye katılma yönünde davet alabilirler. Buna karşılık ulusal yargıçlar, 7 yargıçtan oluşan Daire'de veya 17 yargıçtan oluşan Büyük Daire'de görülen seçildikleri ülkeye karşı davalara her zaman katılırlar.

Mahkeme yargısal görevlerini yerine getirirken, idari ve hukuki konularda destekte bulunan birime Yazı İşleri Müdürlüğü adı verilir. Bu birim hukukçulardan, çevirmenlerden, idari ve teknik personelden oluşur.

Mahkemenin giderleri, Avrupa Konseyi tarafından karşılanır. Mahkemenin bütçesi, üye ülkelerin nüfuslarının ve gayri safi milli hâsıllarının hesaba katılmasıyla hazırlanan baremlere göre belirlenen katılım paylarıyla finanse edilen Avrupa Konseyi bütçesinin bir bölümünü oluşturur.

Mahkeme'nin çalışma düzenleri

Mahkeme temel olarak dört farklı düzende ya da yapıda (formation) çalışır. Bir başvurunun, hangi düzende görüleceği, o davanın geldiği zaman yapılan ilk inceleme sırasında saptanır. Fakat yeni bilgi ve belgelerin dosyaya eklenmesi veya Mahkeme içtihadının değişmesi gibi nedenlerle, bu düzen her zaman değişebilir.

Mahkeme içtihadı açısından açıkça kabuledilemez nitelikte olduğu değerlendirilen başvurular tek yargıçlı düzen tarafından görülür. Bu başvurular, Sözleşmenin 34. veya 35. maddesinde yer alan koşulları taşımayan başvurulardır.

Mahkemenin yerleşik içtihadının konusunu oluşturan davalar ise, 3 yargıçtan oluşan bir komite tarafından incelenir. Bu komite oybirliğiyle davayı kabuledilebilir bulup aynı zamanda bu davanın esasına ilişkin karar verebilir.

Yukarıdaki iki gruba girmeyen davalar ise, oy çokluğu ile karar alan ve 7 yargıçtan oluşan bir Daire'ye (Chambre) yönlendirilir. Bu Daire bir başvurunun hem kabuledilebilirliği, hem de esas hakkında karar verme yetkisine sahiptir.

İstisnai durumlarda, 17 yargıçtan oluşan Büyük Daire, davanın Büyük Daire'ye gönderilme talebinin kabulünde, ya da kendi lehine bir Dairenin dosyadan el çekmesi sonrasında önüne gelen davaları inceler.

Mahkeme, bünyesinde beş Bölüm (Section) bulunmaktadır. Her Bölüm bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı ve birçok yargıçtan oluşur. Bölüm idari bir birimdir; Daire ise, Bölüm içinde yargısal kararları veren yedi yargıçlı heyettir. Bir Daire, davayı üstlenen Bölümün başkanından, aleyhine başvuru yapılan devletin ulusal hâkiminden ve Bölüm başkanı tarafından rotasyona göre seçilen 5 yargıçtan oluşur.

Büyük Daire, Mahkeme Başkanından, başkan yardımcılarında, Bölüm başkanlarından oluştuğu gibi aynı zamanda ulusal hâkimi ve kura ile seçilen hâkimi de içinde barındırır.

Büyük Daire'ye gönderilme talebi nedeniyle bir dava Büyük Daire'ye gönderildiğinde, itiraz edilen kararı veren Daire yargıçları Büyük Daire'nin oluşumunda yer alamaz.

Büyük Daire iki farklı şekilde bir davaya bakar: Büyük Daire'ye yollanma istemi sonucunda ya da Dairesinin Büyük Daire lehine dosyadan çekilmesi halinde.

Bir Daire karar verdiğinde, istisnai durumlarda kabul olunmak şartıyla, taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini isteyebilirler. Davanın, yeni bir inceleme için Büyük Daire'nin önüne yollanıp yollanmamasına Büyük Daire bünyesinde oluşan bir kurul karar verir.

Yine istisnai durumlarda olmak üzere, bir Dairenin dosyadan el çekmesi sonrasında Büyük Daire davaya bakabilir.

Eğer Daire önünde görülmekte olan davada, Sözleşmenin yorumuna ilişkin ciddi bir sorun söz konusu ise ya da Mahkeme tarafından daha önceden verilmiş bir karar ile çelişki riski varsa, Daire, Büyük Daire lehine davadan el çekebilir.

Mahkeme önündeki yargılama usulü

Sözleşme iki tip başvuru arasında ayırım yapmıştır: Haklarının ihlal edildiğini öne süren, gerçek ve tüzel kişiler, kişi grupları ya da hükümet dışı örgütler tarafından yapılabilen "bireysel başvurular" ile bir devletin bir başka devlete karşı yaptığı "devletlerarası başvurular".

Mahkeme'nin kuruluşundan beri başvuruların çok büyük çoğunluğu, Sözleşme'nin ihlal edildiğini iddia eden ve Mahkeme'ye doğrudan başvuran bireyler tarafından yapılmıştır.

Başvurular, Sözleşme'yi onaylamış olan bir ya da birden çok devletin aleyhine yapılabilir. Sözleşme'yi onaylamamış bir devlete ya da bir bireye karşı yapılan bütün başvurular kabuledilemez bulunur.

Bir kişi Mahkeme'ye doğrudan başvurabilir, yargılamanın en başında avukatla temsil zorunlu değildir. Mahkeme'ye başvurmak için, gerekli evrakla beraber başvuru formunu gerektiği gibi doldurup göndermek yeterlidir. Fakat bir başvurunun Mahkeme tarafından kaydedilmiş olması, bu başvurunun kabuledilebilirliği ya da esas hakkında bir fikir vermez.

Sözleşme sistemi, bireylere, üye ülkelerin ücra köşesinde bulunsalar veya maddi imkânları yetersiz olsa bile, Mahkeme'ye "kolay" bir erişim imkânı sağlar. Mahkeme önündeki yargılama ücretsizdir.

Mahkeme'ye gelen başvuruların birçoğu gerçek kişilerden gelen bireysel başvurulardan oluşmaktadır. Bir devlet, başka bir Sözleşme'ye Taraf Devlete karşı başvuruda bulunabilir. Buna devletlerarası başvuru denir.

Yargılamanın en başında bir avukat tarafından temsil edilmek zorunlu değildir; herkes Mahkeme'ye doğrudan başvurabilir. Fakat başvuru, savunma yapan hükümete görüşlerini sunması için bildirildiğinde, bir avukatın desteği mutlaka gereklidir.

Yargılamanın bu aşamasından itibaren, eğer gerekiyorsa, başvuruculara adli yardım sağlanabilir.

Mahkeme önünde başvurucuları temsil yetkisi olan avukatları belirten herhangi bir liste yoktur. Sözleşmeye taraf olan ülkelerin birinde avukatlık yetkisini haiz veya davaya bakan Daire'nin Başkanı tarafından bunu yapmasına izin verilen her kişi başvurucuları temsil edebilir.

Mahkeme önüne getirilen davaların görülmesinde ya da başka bir ifadeyle şikâyetlerin incelenmesinde iki ana aşama vardır: kabuledilebilirlik ve esas aşamaları. Başvuruyu, çeşitli safhalar takip eder.

Tek yargıç düzeni, baştan kabuledilemezliği belli olduğu durumlarda, başvuruyu kabuledilemez ilan eder. Bu kararlara itiraz edilemez.

Komite düzeni, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına konu olan bir dava için bir kabuledilebilirlik kararı ya da esas hakkında karar verebilir.

Daire, başvuruyu davalı hükümete görüşlerini sunması için bildirir. Bu görüşler diğer tarafa iletilir ve karşı görüşleri alınır. Mahkeme, değerlendirilen davaların sayısına bakıldığında istisnai kalmakla beraber, davada duruşma olup olmayacağına karar verir. Sonra Daire, 3 ay içinde kesinleşecek olan kararını verecektir. Bu 3 aylık süre içinde hükümet veya başvurucu verilmiş olan kararın, yeni bir değerlendirme için davanın Büyük Daire'nin önüne getirilmesini talep edebilir.

Bu talep, Büyük Daire bünyesinde kurulan kurul tarafından kabul edilirse, dava yeniden değerlendirilir ve gerekirse bir duruşma yapılabilir. Büyük Daire'nin kararı kesindir.

Başvuruların kabuledilebilir bulunmaları için bazı şartları yerine getirmek zorundadırlar; aksi takdirde Mahkeme, şikâyetleri incelemeyen bu başvuruları kabul edilemez bulacaktır. Mahkeme'ye, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurabilir. Başka bir ifadeyle, hakkının ihlal edildiğini öne süren kişi, önce, ilgili ülkedeki başvurabileceği en yüksek derecedeki yargı organına kadar davasının görülmesini sağlamalıdır. Böylece, devlete iddia edilen hak ihlalinin ulusal düzeyde telafi edileme imkânı verilmiş olacaktır.

Başvurucu, Sözleşme'de güvence altına alınan bir ya da birden çok hakkı ileri sürmemelidir. Mahkeme, bunun dışındaki hakların ihlali iddiasını inceleyemez.

Mahkeme'ye, bu davaya ilişkin verilmiş olan son karardan itibaren, ki bu genellikle yetkili en yüksek derecedeki ulusal mahkemenin kararıdır, 6 ay içinde başvurulmalıdır. Başvurucu, Sözleşme'nin ihlalinin şahsen ve doğrudan mağduru olmalıdır ve önemli bir zarara uğramış olmalıdır.

İHAS: AÇIKLAMA VE ÖNEMLİ KARARLAR

Sadece Sözleşme'ye taraf olan bir devlete ya da devletlere karşı başvuru yapılabilir; başka herhangi bir devlete ya da bir kişiye karşı başvuru yapılamayacağı da açıktır.

Hükümet dışı kuruluşlar veya bir devlet yargılamaya katılabilir. Bunun dışında, bu kurumların üçüncü taraf sıfatıyla Mahkeme Başkanının onayı ile davaya katılmalarına izin verilebilir. Ayrıca Mahkeme Başkanı, başvurucu dışında davada taraf olmayan herhangi bir kişiyi ya da davalı devlet dışında Sözleşme'ye taraf olan herhangi bir devleti, davayla ilgili yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir. Bu duruma üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma denir.

Mahkeme, istisnai durumlarda bilirkişi atayabilir ve tanık dinleyebilir. Mahkeme, davanın konusu olan olayları açıklığa kavuşturmak için, ilgili ülkelerde soruşturma görevleri yürütebilir. Bu durumda, Mahkeme'nin temsilcileri, olayı aydınlatmak için sözü geçen ülkedeki şahitleri dinleyip, olay yerinde inceleme yapabilirler. Tutuklu başvurucuların sağlık durumlarını kontrol etmek için atanan uzman doktorlarda olduğu gibi, Mahkeme bazen bilirkişiler de atayabilir.

Mahkeme önündeki usul yazılıdır ancak bazı davalar hakkında, Mahkeme duruşma yapmaya karar verebilir.

Duruşmalar Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Mahkemesi Binasında yapılır. Duruşmayı kapalı oturumda yapma kararı duruma göre ilgili Daire Başkanı ya da Büyük Daire Başkanı tarafından alınmadıkça, duruşmalar kamuya açıktır. Basın ve halk, kamuya açık duruşmalara katılabilir: Bu duruşmalara katılmaları için kimlik ya da basın kartlarını girişe göstermeleri yeterli olacaktır.

Bütün duruşmalar filme alınmaktadır ve aynı gün içinde yerel saatle 14.30'dan itibaren Mahkeme'nin internet sitesi üzerinden yayımlanmaktadır.

Mahkeme, birçok davayı yarı-yargısal bir yol olan, dostane çözüm yoluyla çözme-ye çalışır. Dostane çözüm tarafların başvurunun görülmesine son vermek yönündeki anlaşmasıdır. Başvurucu ve ilgili devlet, birbirlerini karşı karşıya getiren uyuşmazlığı sona erdirmek için anlaşabilirler ve bu uzlaşma genellikle başvurucuya bir miktar para ödenmesi tarzında şekillenmektedir. Mahkeme, dostane çözümün gerçekleşme şartlarını inceledikten sonra, eğer insan haklarına saygının başvurunun incelenmesinin devamını gerektirdiğini düşünmezse, davayı düşürür.

Mahkeme, tarafları her zaman dostane çözüm bulmaya teşvik eder. Eğer bir uzlaşma bulunamazsa, Mahkeme davayı esastan incelemeye başlar.

Bir başvuru yapıldığında Mahkeme, davanın esası hakkındaki kararı verene kadar, ilgili devletten geçici önlemler almasını isteyebilir. Çoğu zaman, Mahkeme devletlerden bir işlemin yapılmasından kaçınılmasını ister. Genel olarak bunlar, ölüm yahut işkence tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu ileri süren bir kişinin, kendi ülkesine geri gönderilmemesi yönündeki önlemlerdir. Genelde devletler Mahkeme'nin geçici önlemlerindeki taleplerine uymaktadırlar. Ancak bazen devletlerin bu talepleri yerine getirmediği de görülür. Bu devletler, 34. maddedeki (bireysel başvurular) yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle, Mahkeme tarafından mahkûm edilebilirler.

Mahkeme'nin müzakereleri her zaman kamuya kapalı olarak yapılmaktadır.

Bazen devletlerin Mahkeme'yle işbirliği yapmaktan kaçındıkları, hatta Mahkeme'nin bir başvuruyu inceleyebilmesi için gerekli olan belge ve bilgileri paylaşmadıkları durumlar olmuştur.

Bu durumda, Mahkeme bu devletleri Sözleşme'nin 38. maddesini (davanın incelenmesi için gerekli tüm kolaylıkların sağlanması yükümlülüğü) ihlal ettikleri gerekçesiyle mahkûm edebilir.

Mahkeme önündeki yargılamanın ne kadar süreceğini önceden söylemek mümkün değildir. Mahkeme, başvuruları sunulmalarından itibaren üç yıl içinde bitirmek için çaba sarf etmektedir. Ancak bazı başvuruların incelenmesi bu süreden daha fazla bir süre alabilir, bazıları ise daha hızlı sonuçlandırılabilir.

Mahkeme önündeki yargılamanın süresi başvurunun niteliği, onu inceleyecek mahkeme düzeni, tarafların gerekli bilgileri mahkemeye sunmasındaki özeni gibi ya da duruşma olması veya Büyük Daire incelemesine sunulması gibi birçok etkene göre değişecektir.

Mahkeme, özellikle başvuranın can güvenliğini tehdit eden yakın bir tehlikeyle karşı karşıya kaldığını iddia ettiği durumlarda olduğu gibi bazı başvuruları, acil bulabilir ve öncelikli olarak inceleyebilir.

Mahkeme'nin kabuledilebilirliğe ve esasa ilişkin kararları ile ihlal kararının sonuçları

Kabuledilebilirliğe ilişkin bir karar genel olarak tek yargıç, komite ya da daire düzeyinde verilir. Bu karar başvurunun sadece kabuledilebilirliğine ilişkindir ve esas incelemesini içermez. Esas aşamasında bir Daire, hem kabuledilebilirliği ve hem de esasını aynı anda inceler ve bu inceleme sonunda alınan kararlara esasa ilişkin karar adı verilir.

İhlal kararları bağlayıcıdır ve mahkûm edilen devlet bu kararları uygulamak zorundadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kararların uygulanması ve özellikle başvuruculara uğradıkları zararlara karşılık öngörülen tazminatların ödenmesi sürecini izler.

Kabuledilemezlik kararları, Komiteler ve Büyük Daire tarafından alınan kararlar kesindir ve temyiz yolu yoktur. Ancak taraflar, bir Daire tarafından verilen esasa ilişkin bir kararın, verildikten sonraki 3 aylık süre içerisinde yeni bir inceleme için Büyük Daire önüne yollanmasını isteyebilirler.

Büyük Daire'ye gönderme talebinin uygunluğu yargıçlardan oluşan bir kurulun aldığı kararla belirlenir.

Bir ihlal kararı verildiğinde, Mahkeme dosyayı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine gönderir. Bu kuruluş, ilgili ülkeyle ve kararların yerine getirilmesinden sorumlu bölüm ile birlikte, bu kararın nasıl uygulanacağı ve buna benzer yeni ihlallerin nasıl engelleneceği konusundaki önlemleri belirler. Bu, bazı genel önlemlerin alınması, özellikle yürürlükteki mevzuatın değiştirilmesiyle ve gerekirse bireysel önlemlerin alınmasıyla gerçekleştirilebilir.

Hakkında ihlal kararı verilen devlet, benzer yeni Sözleşme ihlallerin meydana gelmemesini gözetmelidir. Aksi durumda, yeni ihlal kararlarıyla karşılaşabilir. Nitekim bazı durumlarda devletler, Sözleşmeye uygun hale getirmek amacıyla mevzuatlarını değiştirmek durumunda kalırlar.

Mahkeme, bir devleti mahkûm ettiğinde başvuranın bir zarara uğradığını saptarsa, genelde bu kişiye adil tazmin verilmesine, yani uğradığı zararın tazmini için bir miktar para ödenmesine karar verebilir. Bakanlar Komitesi, Mahkeme tarafından kararlaştırılan bu miktarın somut olarak, başvurucuya ödenip ödenmediğini denetler.

Son birkaç yıldır Mahkeme, “sistemik sorunlar” adı verilen, ulusal mevzuatın Sözleşme’yle uyumsuzluğundan kaynaklanan birbirine benzer problemlerin yoğun başvuru akınına neden olmasından ötürü yeni bir usul geliştirdi.

Bu yeni usule göre, birbirine benzer olan başvuruların sadece bir ya da birkaç tanesi değerlendirmeye alınır, benzer diğer başvuruların incelenmesi ertelenir. Mahkeme, bir pilot davada kararını vererek, ilgili Hükümeti ulusal mevzuatını Sözleşme’ye uyumlu hale getirmeye davet eder ve alınması gereken genel önlemleri belirtir. Bundan sonra benzer diğer davalar incelenir.

Mahkemenin iş yükü ve geleceği

Mahkeme kendi başarısının mağduru olmuştur: Her sene 50,000 adet yeni başvuru Mahkeme’ye sunulmaktadır. Verdiği bazı kararların düzenli olarak yarattığı yankılar ve Sözleşme’ye taraf olan ülkelerin vatandaşları arasında yükselen üzü, Mahkeme’ye ulaşan yıllık başvuruların sayısının artmasındaki en büyük etkenler olarak gösterilmektedir.

Mahkeme önündeki bireysel başvurular sayısı son yıllarda çok artmıştır (2012 yılı başı itibarıyla Mahkeme’nin önünde 150,000’den fazla başvuru bulunmaktadır). Ancak bu başvuruların çok büyük bir bölümü (%95’ten fazlası), Sözleşme’de yer alan kabuledilebilirlik kriterlerinden birini yerine getirmediği gerekçesiyle, esastan incelenmeksizin reddedilmektedir.

Mahkeme, kuruluşundan bu yana verilmiş ihlal kararlarının yarıya yakınında adil yargılanma ve yargılamanın uzunluğu ile ilgili olarak, Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Öte yandan, Mahkeme tarafından saptanan ihlallerin % 62’si 6. madde (adil yargılanma hakkı) ve 1 numaralı ek Protokolün 1. maddesi (mülkiyetin korunması) ihlallerini ilgilendirir. Nihayet, davaların % 9’unda, Mahkeme yaşam hakkının, işkence ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ciddi olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Madde 2 ve 3).

Başvuruları eleme ve değerlendirme mekanizmalarını etkilileştirerek Mahkeme’nin uzun vadede etkinliğini güvence altına almayı hedefleyen 14 numaralı Protokol, en basit davalar için yeni yargılama düzenleri ve yeni bir kabuledilebilirlik kıstası (önemli bir zararın varoluşu) öngörmüştür. Bu protokol yargıçların görev süresini tek dönemle sınırlı 9 yıla çıkarmıştır.

14 numaralı Protokol 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

14 numaralı Protokolden bağımsız olarak, Sözleşme tarafından oluşturulan sistemin yenilenmesi gerekli görülmektedir. 2006’nın Kasım ayında, seçkin hukukçulardan oluşan Akil Adamlar Grubu, Bakanlar Komitesine raporunu sunmuştur. Grup, raporunda yeni bir hukuki eleme mekanizmasının kurulmasını ve Mahkemenin yapısal işleyişini ilgilendiren bazı unsurlara dair değişikliği içeren ve diğer uluslararası antlaşmalara göre daha kolay değiştirilebilir bir statü hazırlanmasını tavsiye etmiştir.

YAŞAMA HAKKI

Madde 2 – Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur. Kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı dışında, hiç kimse yaşama hakkından kasten yoksun bırakılamaz.
2. Aşağıdaki hallerde yaşamdan yoksun bırakma, kullanılması mutlaka gerekli bir gücün sonucu olarak meydana gelmişse, bu maddeye aykırı sayılmaz:
 - a) bir kimsenin hukuka aykırı şiddette karşı savunması;
 - b) hukuka uygun bir gözaltına alma kararını uygulama veya hukuka uygun olarak tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme;
 - c) bir ayaklanma veya isyanı hukuka uygun olarak bastırma.

AÇIKLAMA

Yaşama hakkı Sözleşme'nin düzenlediği ilk maddi haktır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkı, 3. maddedeki işkence yasağı ile birlikte, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir (*McCann ve Diğerleri*, §147); ayrıca yaşama hakkının uluslararası insan hakları belgelerinde birbirine uyumlu bir şekilde düzenlenmiş olması, bu hakkın insanın devredilemez bir öz niteliği olduğuna ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer oluşturduğuna işaret etmektedir (*Streletz, Kessler ve Krenz*, §94). Yaşama hakkı en temel hak olmakla birlikte, Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında, yaşama hakkına müdahalenin Sözleşme'ye uygun bulunabileceği veya haklı gösterilebileceği istisnalar yer almıştır. Şu da var ki, Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince, savaş veya olağanüstü hallerde dahi yaşama hakkına ek sınırlamalar getirilemez. Bu demektir ki, yaşama hakkı çok güçlü bir şekilde korunmuştur. Öte yandan mevcut istisnalar dar yorumlanmalıdır.

Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkından, bir Sözleşmeci Devletin egemenlik alanında bulunan 'herkes' yararlanır (md. 1). Yaşama hakkının öznesi, devletin egemenlik alanında bulunan tüm bireylerdir.

Bir olayda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğinin söylenebilmesi için, öncelikle bu maddenin o olayda 'uygulanabilir olması'; ikinci olarak devletin yaşama hakkına müdahalede bulunduğu 'kanıtlanmış olması'; üçüncüsü 'devletin yükümlülükleri'nden birine aykırı davranmış olması gerekir.

Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesini devlete üç tür yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlamıştır. Birincisi, devletin bireyi 'öldürmeme yükümlülüğü'dür; ikincisi 'yaşamı koruma yükümlülüğü'dür; üçüncüsü, 'ölümü soruşturma yükümlülüğü'dür. Davalı devlet bir olayda hangi yükümlülüğüne aykırı davranmış ise, Mahkeme o yönden 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir.

Uygulanabilirlik Sorunu

Sözleşme'nin 2. maddesinin bir olayda uygulanabilir olması için: (i) yaşama hakkını kullanmakta olan bir 'birey' bulunmalı; (ii) yaşama hakkının 'koruma alanına' kamu makamlarının eylem veya ihmal şeklinde bir 'müdahale'si bulunmalı; ve (iii) doğal olmayan bir 'ölüm' meydana gelmiş olmalıdır.

Yaşama hakkının kullanılması, kural olarak, sağ doğmuş bir bireyin varlığını gerektirir. Sözleşme'nin 2. maddesi doğmamış çocuğa da uygulanabilir mi? Bir başka deyişle cenin, Sözleşme bakımından yaşama hakkına sahip bir birey sayılabilir mi? Yaşamın ne zaman başladığı sorusunun yanıtı bazı olaylarda önem kazanır. Örneğin devletin, rahim dışında oluşturulmuş ceninin rahme yerleştirilmesinin engellenip ceninin ortadan kaldırılmasına izin vermesi (*Evans – Birleşik Krallık [BD]*) veya annenin sosyal yaşamında güçlükler doğuracağı gerekçesiyle 14 haftalıkken kürtaj olmasına izin vermesi (*H. – Norveç [k.k.], no. 17004/90*) veya annenin sağlığını tehlikeye sokacağı gerekçesiyle 12 haftalıkken kürtaj olmasına izin vermesi (*Boso – İtalya [k.k.], no. 50490/99*) veya 6 aylık hamile anneye hatalı müdahale sonucu gayri iradi kürtaja sebep olan doktoru takirle öldürme suçundan mahkûm etmemesi (*Vo – Fransa [BD]*), devletin Sözleşme bakımından sorumluluğunu doğurur mu? Mahkeme'ye göre yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuksal tanımı konusunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığından, yaşama hakkının ne zaman başladığını belirleme meselesi Sözleşmeciler Devletlerin takdir alanına girer. Dolayısıyla Strazburg organları cenine, yani doğacak çocuğa doğrudan Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında 'yaşama hakkı' tanımamaktadırlar. Mahkeme'ye göre doğmamış bebeğin yaşama hakkına sahip olduğu kabul edilse dahi, bu hak annenin yaşamından ve sağlığından üstün tutulamaz (*Vo – Fransa [BD]*). O halde Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanacağı birey, kural olarak sağ doğmuş bir bireydir.

İkinci olarak, yaşama hakkının kullanılmasına kamu makamlarının bir müdahalesi bulunmalıdır. Devletin bu müdahalesi, devlet görevlilerinin silah kullanmaları sonucu meydana gelen ölüm olaylarında görüldüğü üzere bir 'eylem' biçiminde olabileceği gibi (*McCann ve Diğerleri – Birleşik Krallık*), devletin yaşamı korumak için gerekli hukuki veya operasyonel tedbirleri almaması sonucu meydana gelen ölüm olaylarında görüldüğü üzere bir 'ihmal' biçiminde de olabilir (*Öneriyıldız – Türkiye [BD]*). Ayrıca Mahkeme, bireyin doğal olmayan ölümünden sonra devletin etkili ve yeterli soruşturma yapmamak suretiyle 'hareketsiz kalma'sını da yaşama hakkına bir müdahale olarak görmektedir (*Hugh Jordan – Birleşik Krallık*).

Üçüncü olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilmesi için kural olarak, doğal olmayan bir 'ölüm meydana gelmiş olmalı'dır. Hayatta kalan bir kimse, yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanmasını isteyebilir mi? Mahkeme, ölüm meydana gelmemiş olsa dahi, bireye karşı kullanılan gücün türünü ve derecesini, ayrıca gücü kullanma niyetini ve amacını Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağdaştırılabilirlik bakımından inceleyebileceğini belirtmiştir (*İlhan, §76; Makaratzis, §49-55*). Buna göre istisnai durumlarda ölüm meydana gelmemiş olsa dahi Sözleşme'nin 2. maddesi uygulanabilir.

Konuyla ilgili ek bir soru şudur: Doğal olmayan bir ölümün varlığının kanıtlanması ve böylece Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilmesi için cesedin bulunması gerekir mi? Mahkeme, ceset ortaya çıkarılmamış olsa dahi, şartların işaret etmesi halinde, kayıp edilmiş bir kimsenin 'öldü' kabul edilebileceği sonucuna varmış ve böyle durumlarda 2. maddeyi uygulamıştır (*Çakıcı, §85*).

Kanıtlama sorunu

Mahkeme bir olayda Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilmek için, önce ölüme sebebiyet verildiği iddiasının kanıtlanmasını arayacaktır. Doğal olmayan bir ölüm varsa ve ölümün nasıl meydana geldiği ve ölümden kimin sorumlu olduğu sorularına başvuru ile davalı devlet farklı anlatımlarla cevap veriyorlarsa, olayla ilgili kanıtlama sorunu doğmuş demektir. Kanıtlama sorunu iki yönlü bir sorundur: hangi kanıtlar değerlendirilir ve ispat külfeti kimin üzerindedir?

Serbest kanıt ilkesi

Kanıtların kabulü konusunda Mahkeme'nin yaklaşımı son derece esnek. İlke olarak Mahkeme, kendisine sunulan her tür kanıtı dikkate alır. Nitekim *İrlanda – Birleşik Krallık* kararında kanıt standardı konusunda Mahkeme, “ne Sözleşme ne de uluslararası mahkemelere uygulanan genel prensipler uyarınca kanıtlara ilişkin katı kurallara bağlı” olmadığını belirtmiş ve karar verebilmek için uygun gördüğü durumlarda hükümetler ya da bu hükümetlerin kurumları ve yetkilileri tarafından sunulmuş olan belgeler ve ifade tutanakları da dâhil olmak üzere, her tür kanıtı göz önüne alabileceğini belirtmiştir (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §209).

Mahkeme bu içtihadını yakın tarihli *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD]* kararında tekrar etmiştir (*Nachova ve Diğerleri [BD]*, §147). Bu şekilde Mahkeme serbest kanıt uygulamasını kabul etmiş ve ceza hukukunun ya da ulusal hukukun belirlediği standartlara uymayan kendi standartlarına sahip olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca Mahkeme serbest kanıt ilkesini açıklarken çok açık bir tanım vermekten kaçınmakta ve böylece içtihadın gelişmesinin önünü kapatmamayı amaçlamaktadır.

Kuşku yok ki en temel kanıt maddi kanıttır. Maddi kanıtlar arasında tıbbi kanıtlar büyük bir öneme sahiptir. Bir iddiayı nesnel ve şüpheye yer bırakmayacak tarzda kanıtlayan tıbbi kanıtlar (adli tıp raporu, otopsi, vb.) bir davada temeldir. Ancak kayıp edilme olaylarında olduğu gibi birçok davada tıbbi kanıt sunmak güçtür. Bu gibi durumlarda temel kanıt “resmi belgeler” olmalıdır. Eğer olay tamamen kamu makamlarının gözetimi altında gerçekleşmişse, ölüme ilgili temel kanıt olan maktulün tanıklığı olmayacağı için, maktulün gözaltına alındığını gösteren bir belge, ispat külfetinin davalı devlete geçmesi için yeterlidir.

Diğer yandan bir kayıp olayında maktulün gözaltına alındığına ilişkin resmi bir belge sunulmuyorsa, hangi kanıtlara dayanılarak ilgili devletin sorumlu olduğu ileri sürülebilir? Eğer iç hukukta etkili bir soruşturma yapılmamışsa ve buna karşın söz konusu iddia belirli bir ciddiyet taşıyorsa, Mahkeme olay yerinde inceleme yaparak, başka bir anlatımla doğrudan kanıt toplayarak, tanık dinleyerek olayın oluş şeklini aydınlatmaya çalışabilir.

Bizzat başvuru tarafından Mahkeme'ye sunulan tanıklıklar, bir iddianın doğruluğunu tek başına kanıtlamaya yetmez. *Seyhan – Türkiye* kararında Mahkeme, başvuru veya avukatları tarafından sunulan tanık ifadelerini olayın oluşunu açıklayacak kadar yeterli görmemiştir (*Seyhan*, §17). Ancak Mahkeme'nin devletin koruma yükümlüğünü incelediği durumlarda bu tarz tanıklıkları dikkate aldığı kararları da vardır.

Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili davalarda olduğu gibi Mahkeme, tarafların sunmuş olduğu ve kendisinin re'sen toplamış bulunduğu çeşitli kanıtlar dışında, birçok kanıt dayanabilmektedir. Bu kanıtlar tek başına iddianın kanıtlanması için yeterli olmasa da, Mahkeme bunları ikinci derece kanıt olarak kabul etmekte ve kararlarına dayanak olarak kullanmaktadır. Sivil toplum kuruluşlarının, parlamento komisyonlarının veya hükümet-

ler arası kurumların hazırladığı raporlar, bu tür kanıtlara bir örnek olarak gösterilebilir. Örneğin *Ceyhan Demir ve Diğerleri – Türkiye* kararında Mahkeme, T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonunun hazırlamış olduğu bir rapora atıf yapmıştır (*Ceyhan Demir ve Diğerleri*, §76 ve 103). Benzer bir şekilde Mahkeme, Çeçenistan’la ilgili *Khashiyev ve Akayeva – Rusya* kararında, başvurucuların iddialarının doğru olduğu sonucuna ulaşırken, insan hakları kuruluşları tarafından hazırlanmış raporlara da dayanmıştır (*Khashiyev ve Akayeva*, §144).

İspat külfeti

Mahkeme, Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleriyle ilgili davalarda, iddia edilen eylem ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağı kurmak amacıyla delilleri değerlendirmek durumundadır. Mahkeme delilleri değerlendirirken, genellikle “makul şüphe bulunmaması” (beyond the reasonable doubt) ya da “bütün makul kuşkunun ötesinde” (au-delà de tout doute raisonnable) şeklinde bir kanıtlama standardı uygulamaktadır. Mahkeme’ye göre bu şekilde bir kanıtlamaya yeteri derecede sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamaların veya çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunması durumunda da varılabilir.

Diğer yandan Mahkeme, *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD]* kararına kadar “bütün makul kuşkunun ötesinde” ölçütünü tanımlamamıştı. Bu davada, ilk kez bir tanım denemesine girişmiştir. Mahkeme söz konusu kanıt standardının uygulanmasında ulusal hukukların bu ölçüte verdikleri anlamla bağlı olmadığını belirterek, bu kanıt standardı ölçütünün kaynağı *commun-law* hukuk sisteminden özerk bir şekilde değerlendirmişti (*Nachova ve Diğerleri [BD]*, §147).

Bu çerçevede Mahkeme kendi görevinin, ceza hukuku anlamında suçluluğun kanıtlanması ya da özel hukuk ölçütleriyle sorumluluğun ortaya konması olmadığını, esas olarak Taraf Devletin Sözleşme çerçevesinde sorumluluğunun tayinin önemli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme’nin görevi insan haklarının etkin korunmasını sağlamaktır. Bu görevini yerine getirirken Mahkeme’nin kanıtları kabul etmesi yönünden herhangi bir usul engeli olmadığı gibi, bu alanda önceden tanımlanmış değerlendirme kalıpları da mevcut değildir.

Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, “kanıt” yeterli derecede sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu bir ipuçları demetinden ya da inkâr edilmeyen veya çürütülememiş karinelerden doğabilir. Diğer yandan, özel bir sonuca varmak için belirli bir kanaat derecesi gereklidir. Bu çerçevede, ispat külfetinin dağılımı, olayların özelliklerine, şikâyetin ve söz konusu olan hakkın niteliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu değerlendirmesinde Mahkeme, Taraf Devletin yaptığı ihlalle ilgili saptamasının ağırlığı konusunda da dikkatlidir.

Devletin ölümden sorumlu olup olmadığını kanıtlanması bakımından ölümün hangi koşullarda meydana geldiğinin ortaya çıkarılması büyük önem taşımaktadır. Mahkeme, önüne gelen bir davada olayın kanıtlanması için kendisine sunulan bütün materyallere dayanabileceği gibi, gerekirse Sözleşme’nin 38. maddesi gereğince kendisi de soruşturma yapıp delil toplayabilir. Bu madde, dava konusu olayların belirlenmesinde davalı devlete, Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim davalı devletin bu yükümlülüğe aykırı davrandığı durumda, Mahkeme bu durumdan hukuki sonuçlar çıkarabilmektedir. Mahkeme’nin maddi gerçeği ortaya çıkarmak için yaptığı soruşturma sırasında devletin, örneğin elindeki olayla ilgili bütün belgeleri veya iç hukukta yaptığı soruşturma dosyasının içeriğini Mahkeme’ye sunmaması veya kamu tanıklarının Mahkeme’nin yapabileceği bir duruşmada dinletmemesi, devletin gerekli kolaylıkları sağlama yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlamına gelmektedir.

Mahkeme'nin *Timurtaş – Türkiye* kararına konu olan olayda, başvuruçunun oğlunun güvenlik kuvvetleri tarafından gözaltına alındığı ve daha sonra kaybolduğu ileri sürülmekteydi. Bu iddiasına dayanak olarak başvuruçunun oğlunun gözaltına alındığını gösteren askeri operasyon sonrasında hazırlanmış olduğunu ileri sürdüğü bir belgeyi Sözleşme organlarına sunmuştu. Ancak söz konusu belgenin aslı istenmiş olmasına karşın, askeri sırlar içerdiği gerekçesiyle belge İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na sunulmamıştı. Buna karşılık Hükümet, başvuruçunun sunduğu bu belgenin tahrif edilmiş olduğunu ileri sürmüştü. Mahkeme ise, Hükümetin bu işbirliğinden kaçınma girişimi karşısında başvuruçunun lehine sonuçlar çıkarmaktan kaçınmamıştır. Bu sonuca bağlı olarak Mahkeme, başvuruçunun oğlunun gözaltına alındığı iddiasını kabul etmiştir (*Timurtaş, §66*).

İspat külfeti, ölümün meydana geldiği şartlara göre farklılık gösterir. Kural olarak iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak Mahkeme, her olayda bu kuralın katı bir şekilde uygulanmasının adaletsiz sonuçlara götürebileceğini fark etmiştir. Örneğin, gözaltı veya cezaevi gibi “devletin kontrolü altındayken ölüm” olaylarında, ölümün nasıl meydana geldiğine ilişkin bilgiler münhasıran veya büyük ölçüde devletin elinde olacağından, ispat külfeti tersine çevrilecektir. Bu durumda ölüme yol açan olaylar hakkında devletin aklın kabul edebileceği bir açıklama getirmesi beklenecektir. Devletin bunu yapmaması halinde ölümden sorumlu olduğuna hükmedilecektir.

Salman – Türkiye kararında Mahkeme, “kişinin gözaltında yaşamını kaybettiği durumlarda hükümetin gözaltındaki muamele hakkında açıklamada bulunma yükümlülüğünün daha da ağır” olacağını belirtir. Kamu makamları kendi denetimleri altındaki kişileri korumakla yükümlüdürler (*Salman, §99*).

Ancak hangi durumda kişi, davalı devletin denetimi altında ölmüş sayılacaktır?

İlk olarak, eğer güvenlik güçleri bir kişiyi yakalamışlarsa devletin kişiyi koruma yükümlülüğü başlamıştır. Kişinin mutlaka resmi bir binada gözaltında tutulurken ölmüş olması gerekmez. *Yasin Ateş – Türkiye* kararında Mahkeme, kişinin gözaltına alındıktan sonra götürüldüğü bir askeri operasyon sırasında meydana gelen ölümden devleti sorumlu tutmuştur. Mahkeme bu davada yalnızca güvenlik güçlerinin gözaltında tutukları sırada değil, ama aynı zamanda kişiyi mutlak denetim altında tuttukları bir yerde meydana gelen olay sırasında ölmesi halinde de devletin denetimi altında ölümün meydana gelmiş olduğunu kabul etmiştir. O halde, eğer güvenlik güçleri bir kişiyi yakalamışlarsa devletin yükümlülüğü başlamıştır (*Yasin Ateş, §93*).

İkinci olarak bu yükümlülük kişi salıverilinceye kadar sürmektedir. Kişinin salıverildiğini kanıtlamak da davalı devletin görevidir. *Süheyla Aydın – Türkiye* kararına konu olan olayda başvuruçunun eşi, gözaltına alınmasının ardından adliyeye götürülmüştür. Hâkim, ilgilinin tahliyesine karar vermiştir. Ancak kısa bir süre sonra bu kişinin cesedi bulunmuştur. Mahkeme, davalı devletin maktulün adliyeden çıktığını gösteren bir kanıt sunmadığını dikkate almıştır. Mahkeme bu kararında “Herkesin Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Korunmasına Dair Bildiri”nin özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin serbest bırakılmalarını düzenleyen 18. maddesine atıf yapmıştır.

Yukarıda açıklanan durumlarda ölümün nedeni hakkında makul ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü Devlete aittir.

Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında gösterilen amaçlarla devlet görevlilerinin öldürücü şiddet kullanmaları sonucu meydana gelen ölüm olaylarında ölümün hukuka uygunluğunu kanıtlama yükümlülüğü esasen devlete aittir. Ölümün devletin görevlileri tarafından güç kullanılmak suretiyle meydana geldiğinin kabul edilmesi halinde, başvuruçunun iki tür iddia bulunabilir. Başvuruçunun bu tür bir olayda kullanılan gücün Sözleşme'nin 2. madde-

sinin 2. fıkrasındaki meşru amaçlardan birine girmediğini ve böylece devlet görevlileri tarafından “kasten öldürme” bulunduğunu iddia ediyorsa, kasıt iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür.

Güç kullanmanın amacı meşru ise, başvuru ikinci olarak olayda kullanılan gücün “kesinlikle zorunlu” bir güç olmadığını, yani amaçla “orantısız” bir güç kullanma bulunduğunu iddia edebilir. Mahkeme mevcut delillerin başvuruçunun bu iddiasını kanıtlamaya yetip yetmediğini aramaktadır. Bu durumda “kesinlikle zorunlu” bir durumla karşıya kalındığını ve durumla orantılı bir şiddet kullanıldığını ispat külfeti kime aittir?

Mahkeme, *Mansuroğlu – Türkiye* kararında “eğer bir ölümün 2. maddenin 2. bendi anlamında devlet görevlileri tarafından kullanılan öldürücü şiddet sonucu meydana geldiği tartışmasız olarak tespit edilmişse, başvuruçunun iddialarının aksini uygun ve ikna edici araçlarla ispat külfeti davalı devlete düşer” demiştir (*Mansuroğlu*, §33). Bu davada Mahkeme, davalı devlet görevlilerinin uyguladığı “öldürücü şiddetin” makul şüphenin ötesinde bir ispat külfeti çerçevesinde, “mutlaka gerekli” ve “orantılı” olduğunu devlet kanıtlamadığı için, 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Devlet görevlileri tarafından bireyin kontrol altına alınması sırasında orantısız güç kullanılmadığını ve böylece hukuka aykırı bir öldürme bulunmadığını kanıtlama külfetinin de, zorunlu bir durumda orantılı bir şiddet kullanıldığını iddia eden devlete ait olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak yukarıdaki açıklamalardan, devlete düşen ispat külfetinin aşırı yorumlanabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Üç THKP-C militanının öldürüldüğü *Perk ve Diğerleri – Türkiye* kararında Mahkeme, ilk ateşin söz konusu militanlar tarafından açıldığını tartışmasız bir şekilde tespit edildiği koşullarda, “orantılı şiddet” kavramının, soyut olarak ve güvenlik görevlilerine gerçekçi olmayan yükümlülükler yükleyecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir (*Perk ve Diğerleri*, §72).

Devletin Yükümlülükleri

Sözleşme’nin 2. maddesinde açıkça belirtilmiş olmadığı halde, Mahkeme 2. maddede devlet için üç tür yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlamıştır: Öldürmeme, yaşamı koruma ve soruşturma yükümlülükleri. İlk iki yükümlülük, 2. maddenin esasına ilişkin yükümlülük (substantive obligation) olarak tanımlanırken, soruşturma yükümlülüğü bir usul yükümlülüğüdür.

Devletin öldürmeme yükümlülüğü, negatif nitelikte bir yükümlülüktür. Devletin öldürmeme yükümlülüğünün hukuki dayanağı, ‘... hiç kimse yaşama hakkından kasten yoksun bırakılamaz’ diyen 2(1). fıkra ile meşru güç kullanma hallerinde bile ‘mutlaka gerekli olandan’ fazla güç kullanmayı yasaklayan 2(2). fıkradır. Öldürmeme yükümlülüğü polis, asker veya diğer kolluk kuvvetlerinin güç kullanmaları sonucu meydana gelen ölüm olaylarına uygulanır.

Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, pozitif nitelikte 2. maddenin esasına ilişkin bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün hukuki dayanağı, “herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur” diyen Sözleşme’nin 2(1). fıkrasının birinci cümlesidir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 2(1). fıkrasının birinci cümlesi, devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınmayı değil, ama aynı zamanda egemenlik alanı içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almayı da emretmektedir (*L.C.B. – Birleşik Krallık*, §36). Devletin pozitif yükümlülüğü, bireyin yaşamına yönelik riskli alanlarda i) hukuki düzenlemeler yapma; ii) gerektiğinde pratik tedbirler alma şeklinde görülmektedir.

Devlet bireyin yaşamını bütün bu risklere karşı korumalıdır. Modern yaşamda bireyin yaşamına yönelik risk kaynaklarının çokluğu ve çeşitliliği, devletin pozitif yükümlülüğünü giderek genişleten bir içtihat alanı haline getirmektedir. Devletin bu bağlamdaki yükümlülüğü, üçüncü kişilerin bireye yönelik şiddet eylemleri ve özellikle aile içi şiddet eylemleri; tıbbi hata veya ihmali gibi eylemler; endüstriyel faaliyetler veya kamu güvenliği bağlamında tehlike doğuran faaliyetler; bireyin kendisine karşı şiddet eylemleri (intihar) gibi çok değişik risk alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Öldürmeme yükümlülüğü

Devlet bireyi kasten öldürmemelidir. Kolluk güçlerinin meşru ve mutlaka gerekli olmayan öldürücü şiddet kullanarak bir kişiyi öldürmesi, devletin negatif yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelir.

Sözleşme'nin 2(1). fıkrasında öngörülen ölüm cezası, kasten öldürme yasağının tek istisnasıdır. Ancak ölüm cezası, 6. Protokolle 'barış zamanında işlenen suçlar' bakımından, 13. Protokolle bütünüyle kaldırılmıştır. Bu Protokollere taraf Sözleşmeciler Devletler iç hukuklarında ölüm cezasına yer vermemekle ve infaz etmemekle yükümlüdürler.

Devlet görevlileri güç kullanarak bireyin yaşama hakkına kasten tecavüz etmemelidirler. Kastensiz öldürme yasaktır. Dolayısıyla bazı hallerde devlet görevlilerinin kastensiz öldürmesini hukuka uygun kılan iç hukuk normlarının ve içtihatlarının Sözleşme'nin 2(1). fıkrasını ihlal edeceği açıktır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2(2). fıkrasındaki istisnalar devlete öldürme yetkisi verildiğini değil, 'fakat istenmediği halde yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek güç kullanma hallerini' gösterir (*McCann ve Diğerleri*, §148).

Devlet görevlilerinin gözaltı veya cezaevi gibi kontrolleri altındaki yerlerde şiddet kullanarak bireyin ölümüne sebebiyet vermeleri, bu ölümden devletin sorumlu olduğu karinesini doğurur. Bu gibi hallerde davalı devletler Mahkeme önünde hiçbir zaman, görevlilerinin şiddet kullanarak kastensiz öldürmelerinin haklılığını savunmamış, fakat örneğin kalp krizi gibi doğal sebeplerin (*Salman*, §102; *Tanlı*, §146) veya gözaltına alma anından önceki bir yaralamanın (*Anguelova*, §118-122) veya bizzat kişinin kendisine yönelik şiddetin (intiharın) varlığını ileri sürerek ölümün maddi sebebinin devlete yüklenemeyeceğini savunmuştur. Böyle bir durumda kanıtlanma sorunu ortaya çıkar. Devletin kendi kontrolü altındaki bir kişinin ölümüne yine kendi görevlilerinin sebebiyet vermediğini gösterememesi ve ölüm sebebine ilişkin (doğal bir ölüm veya intihar gibi) aklın alabileceği şekilde bir açıklama getirememesi halinde, Mahkeme ölümün sorumluluğunun devlete yüklenebileceği sonucuna varmaktadır. Mahkeme, bu sorumluluğu devlete yüklediğinde, 2. maddenin hangi fıkrasına göre ihlal bulunduğunu belirtmemektedir; ancak böyle bir olayda Sözleşme'nin 2(2). fıkrasına göre öldürmenin haklılığını tartışmadığından, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki kastensiz öldürme yasağının ihlal edildiği sonucuna vardığı söylenebilir.

Gözaltında kayıp etme de devletin öldürmeme yükümlülüğünü ihlal eder. Şu iki koşulun bir arada bulunması halinde devlet bireyi kayıp etmekten sorumlu tutulur: (i) kayıp edilmiş kişinin devlet görevlileri tarafından gözaltına alınmış olduğunun makul kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmış olması; ii) kişinin öldüğüne dair somut unsurlara dayanan yeterli belirtiler bulunması (*Çakıcı*, §85; *Tanış ve Diğerleri*, §200). Kişinin gözaltına alındıktan sonra geçen zaman, tek başına belirleyici olmamakla birlikte, konuyla ilgili dikkate alınması gereken bir unsurdur. Tutulan kişi hakkında haber alınmaksızın geçen süre ilerledikçe, kişinin öldüğünün daha büyük bir ihtimal haline geldiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla zamanın geçmesi, belirtilere atfedilecek ağırlığı etkiler. Gözaltında kayıp iddiasının bulunduğu olaylarda, devletin kişinin gözaltına alınmadığı (*Kurt*, §26-

32, *Timurtaş*, §22) veya kamu binasından serbestçe ayrıldığı (*Tanış ve Diğerleri*, §200-1) savunmasını ikna edici bulmayan Mahkeme, kişinin gözaltında öldüğünü kabul etmektedir; kayıp etmenin haklılığı savunulamayacağından, 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Gözaltında kayıp olayının da Sözleşme'nin 2(1). fıkrasına aykırı bir kasten öldürme sayılması gerektiği açıktır.

Devlet görevlilerinin öldürme kastı olmaksızın, meşru amaçları gerçekleştirmek için ama mutlak gerekli olmayan ve orantısız güç kullanmaları sonucu meydana gelen ölümden Sözleşme karşısında devlet sorumludur. Devlet görevlileri 2(2). fıkrasındaki koşullar doğduğunda bireyi etkisiz hale getirmeli, fakat öldürmemelidirler. Devlet görevlisi bireyi öldürmek istemediği halde kullandığı güç sonucu ölüm meydana gelmiş ise, bazı şartlarda devlet Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal etmiş sayılmaz. Bu şartlar Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında gösterilmiştir. Bu bağlamda bir öldürmenin Sözleşme'ye uygun sayılabilemesi için, i) güç, Sözleşme'nin 2(2)(a), (b) ve (c) bendlerinde belirtilen amaçlardan en birini gerçekleştirmek için kullanılmış olmalı; ve ii) bu güç 'mutlaka gerekli' olandan fazla kullanılmamış olmalı, yani tam anlamıyla orantılı olmalıdır (*McCann ve Diğerleri*, §148-149). Ölümle sonuçlanan bir olayda ancak bu iki koşulun birlikte bulunması halinde, devlet 2. maddeyi ihlal etmiş sayılmaz. Sözleşme'nin 2(2)(a), (b) ve (c) bendlerinde gösterilen istisnalar sınırlı sayıda olup, dar yorumlanır.

Devlet, kendi görevlilerinin bir kimseyi güç kullanarak öldürdüklerini kabul ettiği takdirde, kullanılan gücün amacının meşru olduğunu, yani kullanılan gücün istisnalarından en az birine girdiğini savunur; aksi, gücün keyfi olarak kullanıldığını kabul etmek olurdu. Bu noktada devlet, kullanılan gücün (a) bendindeki haksız şiddete karşı savunma (meşru savunma) (*McCann ve Diğerleri*, §192); veya (b) bendindeki gözaltına alma veya kaçmasını önleme (*Makaratzis*, §53); veya (c) bendindeki ayaklanma veya isyanı bastırma (*Şimşek ve Diğerleri*, §108) istisnalarından birine girdiğini savunur. Buna karşı başvurucu, devletin kullandığı gücün meşru amaç taşımadığını iddia etmiyor veya iddiasını kanıtlayamıyorsa, Mahkeme davalı devletin bu noktadaki savunmasını kabul etmekte zorlanmayacak ve güç kullanımının amacının meşru sebeplerden en az birine girdiğini kabul edecektir.

Kullanılan güç meşru bir amaç taşıyorsa, ikinci olarak mutlak gereklilik ve orantılılık şartını yerine getirip getirmediği incelenir. Sözleşme'nin 2(2). fıkrasındaki "mutlaka gerekli" terimi, normal olarak Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. fıkralarına göre bir devlet tasarrufunun "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı karara bağlanırken uygulanandan daha katı ve daha zorlayıcı bir gereklilik testi kullanılması gerektiğine işaret etmektedir. Özellikle kullanılan güç, Sözleşme'nin 2(2). fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek için tam anlamıyla orantılı olmalıdır (*McCann ve Diğerleri*, §149). Orantılılık testi uygulanırken devletlere bir takdir alanı tanınmaz ve Mahkeme kullanılan gücün orantılılığıyla ilgili kendi objektif değerlendirmesini yapar.

Mahkeme, öldürücü şiddetin konu olduğu bir olayı incelerken, ilk olarak kolluk yetkililerine öldürücü şiddet kullanma imkânı veren mevzuatın Sözleşme'ye uygunluğunu inceler. Kolluk güçlerinin iç hukukta izin verilen şiddet sınırını aşmaları, onların keyfi şiddet kullanmaları anlamına gelir. Ancak iç hukukta şiddet kullanma konusunda yeterli açıklığa sahip olmayabilir. Mahkeme'ye göre devlet görevlilerinin düzenlenmemiş ve keyfi eylemleri, insan haklarına etkili saygı ilkesiyle bağdaşmaz. O halde, güvenlik operasyonları, iç hukukta yetkilendirilmiş olmanın yanında, gücün keyfi ve kötüye kullanılmasına ve hatta kaçınılmaz kazalara karşı yeterli ve etkili koruyucuların bulunduğu bir çerçevede içinde, iç hukuk tarafından yeterince düzenlenmiş olmalıdır (*Makaratzis*, §58). Bu konuda düzenleme eksikliği, devletin hem öldürmeme hem de yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğünü ihlal edebilir.

Öldürücü şiddetin konu olduğu bir olayda Mahkeme, ikinci olarak kullanılan gücün ‘mutlaka gerekli’ olup olmadığını inceler. *McCann ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, kuvvete başvurunun “kesin zorunluluk” olması kavramını tanımlanmıştır (§149). Aynı zamanda bu kavramı hangi sınırlar içinde ele aldığını da ortaya koymuştur (§150). Bu maddenin demokratik bir toplumdaki önemi uyarınca Mahkeme, yaptığı değerlendirmelerde özellikle ölüme sebebiyet verecek kaba kuvvet kullanımının söz konusu olduğu durumlarda öldürme olaylarını son derece titiz bir şekilde gözden geçirmeli, sadece kaba kuvvete başvuran devlet görevlilerinin eylemlerini değil, inceleme altında bulunan eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi konuları da içeren her tür koşulu göz önünde bulundurmalıdır. O halde, bu konudaki incelemede, olayın içinde bulunduğu bütün maddi şartların göz önünde tutulmasını gerektirir. Bu inceleme, bir olayda gücü fiilen kullanan devlet görevlilerinin eylemleriyle sınırlı değildir; aynı zamanda bu eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi konuları da içeren bütün şartları, yani operasyonu planlayan ve kontrol eden yetkililerin tutumlarını da dikkate almayı gerektirir. Bu bağlamda devlet, bir olayda sadece silah kullananların değil, ama aynı zamanda veya sadece kolluk amirlerinin tutumlarının yol açabileceği ölümlerden de sorumlu tutulabilir. Planlama ve kontrol bağlamında güvenlik güçleri, ister hazırlıklı bir operasyon isterse tehlikeli görülen bir kimsenin planlanmış olmayan takibi sırasında olsun, görevlerini yerine getirirken boşlukta bırakılmamalıdır; hukuki ve idari çerçeve, bu konuda geliştirilmiş uluslararası standartlar ışığında, kanun adamlarının güç ve silah kullanacakları koşulları sınırlamalıdır (*Şimşek ve Diğerleri, §105*).

Öldürücü şiddetin konu olduğu bir olayda Mahkeme, sadece şiddetin mutlaka gerekli olup olmadığını incelemekle yetinmez. Ayrıca bu şiddetin mutlaka orantılı olmasını da arar. Üç THKP-C militanın öldürüldüğü *Perk ve Diğerleri – Türkiye* kararında Mahkeme, ilk ateşin söz konusu militanlar tarafından açıldığının tartışmasız olarak tespit edildiği koşullarda “orantılı şiddet” kavramının, soyut olarak ve güvenlik görevlilerine gerçekçi olmayan yükümlülükler getirecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir.

Maddi şartların incelenmesi, bir olayda güvenlik güçlerinin neden öldürücü güç (silah) kullanmayı tercih ettikleri sorusuyla çözülmeye başlar.

Meşru savunma amacıyla öldürme

Güvenlik güçleri, kendilerini ve/veya üçüncü kişileri meşru savunma durumuna sokan öldürücü bir saldırıyla karşılaşmaları halinde bile mutlaka gerekli ve orantılı güç kullanmalıdırlar. Meşru savunma durumunda güvenlik güçlerinin, operasyon başladıktan sonra yaralamak suretiyle etkisiz hale getirmek yerine, öldürmek suretiyle etkisiz hale getirmek için atış yapmalarına dair eğitim veya talimat almış olup olmadıklarına bakılmalıdır; öldürmek için atış eğitim ve talimatı verilmiş olması, operasyonu planlayan ve kontrol edenlerin kusuru nedeniyle Sözleşme’nin 2. maddesini ihlal edebilir (*McCann ve Diğerleri, §212*). Kişi etkisiz hale getirildikten sonra ateşe devam edilip öldürülmesi halinde, kasten öldürme nedeniyle devletin sorumluluğu doğabilir.

Öte yandan güvenlik güçleri, bir terör veya yakalama operasyonunda, henüz fiili saldırıyla karşılaşmamış olsalar bile Sözleşme’nin 2(2). fıkrasındaki amaçları gerçekleştirmek için güç kullanabilirler. Ancak bu durumda güç kullanmalarının o sırada geçerli gibi görünen sağlam sebeplere dayandığına dair samimi bir inançları bulunmalıdır. Daha sonra bir hata olduğunun anlaşılması, kullanılan gücü otomatik olarak haksız hale getirmez; aksini düşünmek, devlete ve kanun adamlarına görevlerini yaparlarken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin yaşamlarına zarar verebilecek, gerçekçi olmayan bir külfet yüklemek olur (*Giuliani ve Gaggio, §204*). Bununla birlikte olayın içinde bulunduğu koşullar, güç kullanılmasını gerektiren makul bir inancın varlığını göstermelidir. Mahkeme,

operasyonun planlanması ve kontrolüne büyük önem vermektedir. Yakalanacak kişilerin o anda arz ettikleri tehlikeye ilişkin istihbaratın doğru olmayabileceğine ilişkin yeterli değerlendirmenin yapılmış olmaması (*McCann ve Diğerleri*, §212), masum insanların oturduğu apartmandaki kadın ve çocukların bulunduğu bir daire kapısının açtırılması sırasında çıkan gürültüye karşılık görünmeyen bir hedefe doğru yoğun ateş sonucu öldürme (*Gül*, §78, 82), yakalanacak kişileri hayati tehlike içine sokmadan gözaltına alınmaları konusunda yeterli yöntemler kullanılmaması ve çevresi sarılan evdekilerin yaşamlarının tehlikeye sokulması ve operasyon sırasında polislerin sadece silah kullanıp göz yaşartıcı veya sersemletici bomba kullanmamış olmaları (*Hamiyet Kaplan ve Diğerleri*, §51-55), kişileri daha önce ve farklı bir yerde yakalama imkânı varken silahlarıyla birlikte yakalayıp adalet huzuruna çıkarma düşüncesiyle yakalamama ve operasyon sırasında öldürme, güvenlik güçlerinin güç kullanmalarının gerekliliğine ilişkin makul inançları bulunduğu savunmasını kuşkuya düşürebilir ve mutlak gereklilik ile orantılılık ilkesini ihlal edebilir (*McCann ve Diğerleri*, §203-5).

Yakalama amacıyla öldürme

Yakalanacak kişinin yaşam veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığı biliniyor ve şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmiyorsa, kaçma karşı öldürücü güç kullanılmaması kendisini yakalama fırsatını kaybettirecek olsa dahi, Mahkeme, kural olarak öldürücü güç kullanılmasına gerek bulunmadığı kanaatindedir (*Kakoulli*, §108). Mahkeme'ye göre bir yakalama operasyonunun planlanmasındaki en önemli unsur, yakalanacak kişinin işlediği suçun niteliği ve bu kişinin gösterdiği tehlikenin derecesi gibi olayın içinde bulunduğu şartlar hakkında mevcut bilgilerin analizini yapmaktır; yakalanacak olan kişinin kaçmaya çalışması halinde kendisine karşı silah kullanılıp kullanılmayacağına ve hangi koşullarda kullanılacağına açık hukuki kurallara göre, yeterli eğitimle ve mevcut bilgiler ışığında karar verilmelidir (*Nachova ve Diğerleri [BD]*, §103). Yakalamak için uyarı atışının yapılması gerektiği taktirde havaya ateş edilmelidir; güvenlik güçlerinin bir operasyon sırasında kaçan kişinin yakalanmasını sağlamak için yapılan uyarı atışının öldürücü bölgeye, örneğin enseye isabet etmesi, olayda uyarı ateşi yapıldığı savunmasını kuşkuya düşürür; bu gerçekten bir uyarı atışı olsa bile, ağır bir kusur oluşturacak şekilde çok kötü bir uyarı atışıdır (*Oğur*, §83). Bir yakalama operasyonunda kaçan kişinin silahlı olduğunun sonradan fark edilerek silahını bırakma uyarısının yapılmasına rağmen silahını bırakmaması ve durup silahını görevlilere yöneltmesi, görevlileri meşru savunma durumuna sokabilir ve kendisine karşı silah kullanılması 2. maddeyi ihlal etmeyebilir (*Ramsahai ve Diğerleri [BD]*, §282).

Ayaklanma veya isyanı bastırma amacıyla öldürme

Mahkeme'ye göre ayaklanma veya isyanı bastırma için güç kullanılması, Sözleşme'nin 2(2)(c) bendi bakımından haklı görülebilir. Ancak göz yaşartıcı gaz, su püskürtme veya plastik mermi kullanılması gibi yaşamı daha az tehdit edici yöntemlere başvurmadan, barışçıl olmayan göstericileri dağıtmak için göstericilere doğrudan ateş edilmesi, güvenlik güçlerine sınırlı koşullarda silah kullanma yetkisi veren iç hukuk hükümlerinin uygulanmadığı anlamına gelir. Bu durum, polislerin ölümcül güç kullanırken büyük bir stres ve psikolojik baskı altında olmalarıyla mazur gösterilemez; çünkü Mahkeme'ye göre polisler yaşama hakkının korunmasında hayati bir rol oynarlar; bu nedenle olayın bütün parametrelerini değerlendirebilecek ve operasyonu dikkatlice düzenleyebilecek durumda olmalıdırlar. Hükümetler kolluk güçlerine insan hakları ve güvenliğe ilişkin uluslararası standartlara uygun bir etkili eğitim vermekle yükümlüdürler (*Şimşek ve Diğerleri*, §108-9).

Yaşamı koruma yükümlülüğü

Kasıtlı öldürmeye karşı koruma

Bireyin yaşamına karşı risk, örneğin üçüncü kişilerin kasıtlı suç niteliğindeki eylemlerinden kaynaklanabilir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 2(1). fıkrası öncelikle devlete, kişiye karşı suçların işlenmesini caydırmak için etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koyma ve bu tür hükümlerin ihlalini önleyecek, ihlaline karşı mücadele edecek ve ihlalini cezalandıracak bir adli mekanizmayla desteklemek suretiyle yaşama hakkını koruma ödevi yükler. Devletin bu konuda tedbir alma yükümlülüğü, bir hukuki çerçeve oluşturma ve adli mekanizma kurma yükümlülüğü ile sınırlı değildir; devlet pratikte operasyonel tedbirler de almalıdır. Sözleşme'nin 2(1). fıkrası, gerekli hallerde yetkililere, yaşamı başka kişilerin cezayı gerektiren eylemlerinin riski altında olan bir bireyi korumak için önleyici tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülük yükleyecek kadar geniştir (*Osman, §115*).

Ne var ki devletin operasyonel tedbir alma yükümlülüğü sınırlıdır. Mahkeme, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükleri, insan davranışının önceden bilinmezliğini ve uygulamada önceliklere ve kaynaklara göre tercih yapma zorunluluğunu göz önünde tutarak, pozitif yükümlülüğün kapsamının yetkili makamlara imkânsız veya orantısız bir külfet yükleyecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini hatırlatmıştır. O halde yaşama yönelik her risk iddiası, yetkililere, bu riskin gerçekleşmesinin önlenmesi amacıyla pratik tedbirler alınması için Sözleşme'den doğan bir yükümlülük yüklemes (Akkoç, §78). Mahkeme'ye göre bir suç eylemi karşısında devletin sorumluluğunun doğabilmesi için: (i) o sırada yetkililerin belirli bir kişi veya kişilerin yaşamına karşı üçüncü bir şahsın cezayı gerektiren eylemlerinden doğan gerçek ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetini bildiklerinin veya bilmeleri gerektiğinin, ve (ii) bu riski bertaraf edebilecek, yetkileri kapsamındaki tedbirleri almadıklarının kanıtlanması gerekir (*Osman, §116*). Güvenlik güçleri suçu kontrol ve önleme yetkilerini kullanırken, suçu soruşturma ve faileri adalet önüne çıkarma faaliyetleri üzerinde mesru kısıtlamalar getiren Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerindeki güvencelere, adil yargılanma hakkına ve diğer güvencelere tam olarak saygı göstermek zorundadırlar (*Opuz, §129*). Öte yandan Mahkeme'ye göre, yetkililer farklı davranmış olsalardı ölümün gerçekleşmeyeceği şeklinde kesin bir sonuca varılamayabilir; ancak devletin sonucu değiştirmeye ya da zararı hafifletmeye yönelik gerçek bir umut taşıyan makul önlemler almaması, devletin sorumluluğunu doğurabilir (*Opuz, §135*).

Mahkeme'ye göre Sözleşme, üçüncü kişilere karşı ceza davası açtırma hakkını güvence altına almamış olmakla birlikte, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği etkili yargısal sistem, ceza hukukuna başvurulmasını gerektirebilir ve bazı koşullarda başvurulması zorunludur (*Kılıç, §62; Mahmut Kaya, §85*).

Kasıt olmadan meydana gelen ölüme karşı koruma

Mahkeme, bireyin yaşama hakkının üçüncü kişi tarafından 'kasıt olmadan' (unintentionally) ihlal edilmesi halinde de devletin pozitif yükümlülüğünün var olduğunu söylemiş, ancak devletin bu bağlamdaki yükümlülüğün kapsamını daha dar tutmuştur. Mahkeme'ye göre, yaşama hakkının ve kişi bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, Sözleşme'nin 2. maddesinin yüklediği etkili bir yargısal bir sistem kurma şeklindeki pozitif yükümlülük, her olayda ceza hukuku yollarının bulunmasını zorunlu kılmaz. Örneğin tıbbi ihmal gibi özgün bir alanda hukuk sisteminin, cezai yolla birlikte medeni hukuk yollarının veya sadece medeni hukuk yolunun, doktorların sorumluluklarının ortaya çıkarılmasına ve mağdurlara gerekli tazminatın ödenmesine imkân vermesi halinde, bu yükümlülük yerine getirilmiş olur (*Calvelli ve Ciglio, §51*). Bireye karşı taksirle işlenen suçlarda cezai olmayan dava yollarının, kişinin sorumluluğunu ortaya çıkarmadaki

etkililiğinin her hukuk sisteminde farklılık gösterebileceği dikkate alınmalıdır.

Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğü, halk sağlığı alanında da uygulanır. Mahkeme, sağlık hizmetleri alanında yetkili makamların eylem veya ihmallerinin, belirli koşullarda Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından devletin sorumluluğunu doğurabileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bir Sözleşmeci Devlet, sağlık personelinin yüksek mesleki standarda sahip olmaları ve hastaların yaşamlarının korunması için yeterli hükümler getirmiş ise, sağlık personelinin belirli bir hastayı tedavi ederken takdir hatalarının veya sağlık personeli arasında koordinasyon ihmalinin, davalı devletin Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşamı koruma yükümlülüğü açısından otomatik olarak sorumlu tutulmasını gerektirmez (*Powell – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 43305/99; *Sevim Güngör [k.k.]*, no. 75173/01). Dolayısıyla tıbbi hata (medical malpractice) alanında devletin yaşamı koruma yükümlülüğü, hastanelerin hastalarının yaşamlarını korumak için düzenlemelere sahip olmalarını sağlamayı ve ayrıca hastanede meydana gelen bir ölümün sebebini ve sağlık çalışanının sorumluluğunu ortaya çıkarabilecek etkili bir yargısal sistem kurmayı içerir (*Calvelli ve Ciglio [BD]*, §49). Öte yandan sağlık hizmetlerinin sağlanması konusunda Mahkeme, devletin nüfusun geneli için mevcut sağlık hizmetlerinden bir bireyi yararlandırmamak suretiyle o bireyin yaşamını risk altına sokmanın, Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından bir sorun doğurabileceği kanaatindedir (*Kıbrıs – Türkiye [BD]*, §219). Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin devlete hangi ölçüde sağlık hizmeti sağlama yükümlülüğü yüklediğini belirlememiştir. Mahkeme bir başvurucunun 37 yıl sağlık primi ödedikten sonra ALS hastalığı için kullandığı beş ilaçtan çok pahalı olan birinin ücretinin sadece %70'inin sigorta tarafından karşılanmasının, olayın şartları içinde devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*Nitecki – Polonya [k.k.]*, no. 65653/01).

Endüstriyel faaliyetler ve kamu güvenliği faaliyetleri, bireyin yaşamına karşı tehlike doğuran faaliyetlerdir. Bu faaliyet alanlarında da devletin yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğü vardır. *Öneryıldız – Türkiye* davasında hükümetin, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün tehlikeli faaliyetler alanını kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğine dair savunması, Mahkeme tarafından reddedilmiştir (*Öneryıldız [BD]*, §69-74; *Paşa ve Erkan Erol*, §23-27). Bu alandaki yükümlülük, devlete her şeyden önce yaşama hakkına yönelik tehditleri etkili bir şekilde önlemeyi hedefleyen yasal ve idari çerçeveyi yürürlüğe koyma ödevi yükler. Özellikle insan yaşamına karşı oluşturduğu potansiyel riskin düzeyi hesaba katılarak, söz konusu faaliyetin özellikleriyle yakından ilgili düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemeler söz konusu faaliyet için ruhsat verme, tesis kurma, işletme, güvenliği sağlama ve denetim konularını düzenlemeli ve işin doğasındaki risklerle yaşamları tehlikeye giren vatandaşların etkili bir biçimde korunmaları için ilgili herkesi pratik tedbirler almaya zorlamalıdır. Bu önleyici tedbirler arasında, Sözleşme organlarının içtihatlarında ortaya çıktığı gibi, halkın bilgi edinme hakkına büyük önem verilmelidir. Söz konusu düzenlemeler, bu faaliyetlerin teknik yönlerini de dikkate alarak, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir (*Öneryıldız [BD]*, §90). Tehlikeli faaliyetin ölüme sebep olduğu bir olayda bu noktadaki bir eksiklik, devletin 2. maddeyi ihlal etmesine yol açabilir. Ayrıca tehlikeli faaliyetler alanında devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, kamu makamlarının i) o sırada bireyin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir riskin var olduğunu biliyor olmaları ve bilmeleri gerektiğinin ve ii) bu riski, yetkileri dâhilindeki makul tedbirleri almadıklarının ortaya çıkması gerekir (*Öneryıldız [BD]*, §100 ve 109).

İntihara karşı koruma

Mahkeme, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasından doğan devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü gözaltı, cezaevi veya zorunlu askerlik hizmeti sırasında bulunan bireyi intihara karşı korumayı kapsayacak kadar geniş yorumlamıştır (*Keenan, §90-91; Ataman, §54*). Devletin bu konuda, bireyin kendisine karşı bir risk oluşturduğunu biliyor olması veya bilmesi gerektiği takdirde ve makul tedbirleri almaması halinde sorumluluğu doğabilir.

Mahkeme Türkiye'ye karşı bir davada, zorunlu askerlik hizmeti sırasında meydana gelen intihar olaylarını incelemiştir. Bu davalarda Mahkeme, 2. maddenin zorunlu askerlik hizmeti söz konusu olduğunda da uygulama alanı bulacağı ve devletlerin yaşama hakkını koruyucu etkili bir yasal ve idari mevzuat kabul etmelerinin öneminin altını çizmiştir (*Abdullah Yılmaz, §55-58*). İnsan faktörünün devreye girdiği askeri etkinliklerde bu mevzuatın ortaya çıkan risklere ve koşullara uygun bir tarzda hazırlanması ve gerekirse güçlendirilmesi gereklidir. Bu çerçevede, askere alım sırasında kişilerin uygun denetimlerden geçirilmesi ve askerlik sürecinde gerekli denetim ve müdahalelerin duruma uygun koşullarda yapılması büyük önem taşımaktadır (*Kılınç ve Diğerleri, §40-43*).

Soruşturma yükümlülüğü

Devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü, pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür (procedural obligation). Usul yükümlülüğünün hukuki dayanağı, Sözleşmeciler Devletler 'Sözleşme (de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır', diyen Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlanan 'herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur', diyen Sözleşme'nin 2(1). fıkrasıdır (*McCann ve Diğerleri, §161; Kaya, §105*).

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesi gereğince etkili bir soruşturma yapma şeklindeki usul yükümlülüğü, maddi yükümlülükten ayrı ve bağımsız bir yükümlülük haline gelmiştir. Usul yükümlülüğü, Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi yönüyle ilgili eylemler tarafından tetiklenmiş olsa bile, ayrı ve bağımsız bir 'müdahale' tespitine yol açabilir. Bu anlamda usul yükümlülüğü, bir ölüm Sözleşme'nin/bireysel başvurunun davalı devlet bakımından yürürlüğe girdiği 'kritik tarih'ten çok önce meydana gelmiş olsa bile, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devleti bağlayıcı ve 'ayrılabilir' (detachable) bir yükümlülük olarak kabul edilebilir (*Silih [BD], §159*). Ancak, hukuki kesinlik ilkesi (principle of legal certainty) gereğince, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından usul yükümlülüğüne uygunluğu inceleme konusundaki zaman bakımından yetkisi sınırsız değildir. Mahkeme bu konuda iki kriter getirmiştir: ilk olarak, ölümün kritik tarihten önce meydana gelmiş olması halinde, ancak bu tarihten sonra yapılan usul işlemleri ve/veya ihmalleri (acts and/or omissions) Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi içinde kalır. İkinci olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği usul işlemlerinin önemli bir oranı, ki bunlar hem kişinin ölümünün soruşturulmasını ve hem de ölümün sebebini ortaya çıkarma ve ilgilileri sorumlu tutma amacı taşıyan uygun davaların açılmasını da içerir, kritik tarihten sonra meydana gelmiş olmalıdır (*Silih [BD], §161-163*).

Devletin usul yükümlülüğü, doğal olmayan her ölüm olayı bakımından mevcuttur. Usul yükümlülüğü, ölüme kim sebebiyet vermiş olursa olsun, ister devlet görevlileri, isterse üçüncü kişiler ve hatta kişinin kendisi (intihar) sebebiyet vermiş olsa da uygulanır; ölüm nasıl meydana gelmiş olursa olsun, ister şiddet kaynaklı olsun isterse tehlikeli faaliyetler alanında olduğu gibi şiddet kaynaklı olmasın, doğal olmayan her türlü ölüm olayında uygulanır. Devlet bir olayda öldürme veya yaşamı koruma yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsa da, ölüm sebebini, şeklini ve sorumluları ortaya çıkarmaya çalışan etkili bir soruşturma yapmamış ise, soruşturma yükümlülüğünü ihlal edebilir.

Usul yükümlülüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan cezai, idari ve medeni muhakemelerin hepsini ve bu muhakemelerin bütün aşamalarını kapsar. Mahkeme'ye göre usul yükümlülüğü, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirir. Böyle bir soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan iç hukuk hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölümüne ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır (*Aktaş, §299; Nachova ve Diğerleri [BD], §110*). Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, vasıta yükümlülüğüdür (*Gül, §89*). Dolayısıyla yetkililerin her türlü çabasına rağmen sonucun elde edilememiş olması halinde, devlet sorumlu tutulamaz.

Ayrıca Mahkeme'ye göre, ölümle ilgili ulusal mahkemelerde dava açılmış ise, usul yükümlülüğünün gerekleri, soruşturma aşamasının ötesine geçer. İlk derece mahkemesi önündeki yargılama aşaması dâhil, dava bir bütün olarak, yaşamı hukuk vasıtasıyla koruma yükümlülüğünün şartlarını yerine getirmiş olmalıdır. Bütün kovuşturmaları mahkûmiyetle ve özellikle hapis cezasıyla sonuçlandırma şeklinde mutlak bir yükümlülük bulunmamakla birlikte, ulusal mahkemeler yaşamı tehlikeye sokan suçların cezasız kalmasına imkân vermemelidirler (*Ali ve Ayşe Duran, §61*). Bu durum, halkın hukukun üstünlüğüne güvenini sürdürmek ve bağlılığını sağlamak, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü gösterildiği görüntüsü vermemek için temel bir şarttır (*Öneryıldız [BD], §96*).

Usul yükümlülüğünün bir olayda ne tür bir soruşturmayı gerektirdiği, 2. maddenin esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım uygulanmasını gerektirip gerektirmediğine bağlıdır. Bu yükümlülük cezai bir yaptırım gerektiriyorsa, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte cezai bir soruşturma yapılması gerekir (*Slimani, §30-31*). Ölümüne ister devlet görevlileri isterse üçüncü kişiler sebebiyet vermiş olsun, kasten öldürme olaylarında cezai soruşturma yapmanın gerekliliği açıktır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesi, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından meşru amaçla güç kullanılması sonucu öldürülmesi halinde de şu veya bu biçimde etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zimnen gerektirir (*McCann ve Diğerleri, §161*). Çünkü bu tür suçlara ilişkin iddialar normalde ceza sorumluluğuna yol açtığı gibi (*Caraher – Birleşik Krallık [k.k.], no 24520/94*), uygulamada ölümle ilgili doğru bilgiler genellikle sadece devlet görevlilerinin veya makamlarının elinde olduğu veya olabileceği için de ceza soruşturması yapılmalıdır.

Yaşama hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleri sebebiyet vermiş ise, Mahkeme, 'etkili bir yargısal sistem' oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara hukuki veya idari hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceği kanaatinde dir (*Vo – Fransa [BD], §90; Calvelli ve Ciglio, §51; Mastromatteo, §90, 94 ve 95; Fedina, §62*). Mahkeme, tıbbi hata veya ihmal nedeniyle ölüm şikâyetlerinde de soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu kaydetmiş ve ölümüne yol açan olayların aydınlatılmasını sağlayan yeterli bir mekanizma bulunup bulunmadığını incelemiştir (*Sevim Güngör [k.k.], no. 75173/01*). Ancak Mahkeme, kamu görevlilerinin tedbir alma yükümlülüğünü ihlal ettikleri olaylarda cezai soruşturma yükümlülüğünün bulunduğu kanaatinde dir. Mahkeme'ye göre, kasıt bulunmasa bile, kamu görevlilerine veya organlarına yüklenebilecek kusurun takdir hatasını veya dikkatsizliği ve özensizliği (carelessness) aştığı hallerde, yani bu makamlar muhtemel sonuçların tam olarak farkında olmalarına rağmen ellerindeki yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlarda, insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişiler aleyhine yaşama hakkı ihlali yönünden suçlamada bulunulmaması ve yargılanmamaları, Sözleşme'nin 2. maddesini usul yönünden ihlal edebilir (*Öneryıldız [BD], §93*).

Soruşturma nasıl yapılacak olursa olsun, iç hukukta, ölümüne sebebiyet veren olayların

doğru bir şekilde tespitine, muhtemel sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açacak nitelikte hemen, bağımsız, etkili, hızlı ve kamuya açık bir soruşturma mekanizması bulunmalıdır. Mahkeme'nin usul yükümlülüğüyle ilgili tespit ettiği bazı ilkeler bulunmaktadır.

Soruşturmanın re'sen başlatılması

İlk olarak, doğal olmayan bir ölüm olayını öğrenen yetkililer, olayı soruşturmak için re'sen harekete geçmelidirler. Yetkililer, ölenin yakınlarının resmi bir şikâyetle bulunmalarını veya soruşturmanın yürütülmesine katılmalarını beklememelidirler (*Hugh Jordan, §105*). Bir soruşturmanın en önemli yönlerinden biri, mümkün olan en kısa zamanda harekete geçerek, kanıtların kaybolmasını önlemek ve tanıkların hafızaları hala taze iken ifadelerine başvurmaktır.

Mahkeme, soruşturma organlarının olaydan haberdar olur olmaz harekete geçmeleri gerektiğini belirlemiştir (*Ergi, §82*). Bu çerçevede ölenin yakınlarının resmi bir suç duyurusunda bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Mahkeme, jandarmaların gözaltında ölümü hemen adli makamlara haber vermemiş olmalarını ve soruşturmanın re'sen değil ama başvuruçunun savcılığa şikâyeti üzerine ölümden dört gün sonra başlatılmasını bu ilkeye aykırı görmüştür (*Aktaş, §303*). Mahkeme gözaltında kayıp iddiasıyla ilgili soruşturmanın kişinin gözaltına alınmasından bir buçuk yıl sonra başlatılmasını (*Çiçek, §149*), yine gözaltında kayıp olayı ile ilgili soruşturmanın bir yıl beş ay sonra başlatılmasını (*Bazorkina, §121*), açıklanamayacak kadar uzun bir gecikme olarak görmüştür.

Soruşturmanın re'sen başlatılması gerekliliği, 2. maddesinin esası yönünden iç hukuk yollarına başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Mahkeme, etkili iç hukuk yollarına başvurma imkânı bulunan başvuruçuların bu yollara başvurmamış olmaları nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin esası ile ilgili şikâyeti iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur (*Slimani, §41*).

Soruşturma organlarının bağımsızlığı

Devlet görevlilerinin hukuka aykırı şekilde öldürdüklerinin iddia edildiği bir olayda soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yapmakla görevli kişilerin, olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olması gerekir. Bu sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmamasını değil, ama aynı zamanda pratikte de bağımsız olunmasını ifade eder (*Hugh Jordan, §106*).

Kurumsal bağımsızlık konusunda Mahkeme, Türkiye ile ilgili davalarda güvenlik güçlerinin sebebiyet verdiği iddia edilen ölüm olaylarında soruşturmanın il ve ilçe idare kuralları tarafından yapılmasını yoğun bir şekilde eleştirmiştir. *Güleç – Türkiye* davasında soruşturma, memurların yargılanması ile ilgili mevzuat gereğince ilçe idare kurulunun atadığı bir soruşturmacı tarafından yapılmıştır. Olaya karıştığı iddia edilen kişiler jandarma görevlileri, soruşturmacı ise bir jandarma subayıdır. İlçe idare kurulu, bu soruşturmacının hazırladığı rapor doğrultusunda kovuşturma izni vermemiş ve bu karar daha sonra Danıştay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Mahkeme olayın failleri olduğu iddia edilen jandarma görevlilerinin eylemlerinin soruşturmasının bizzat kendi komutanları tarafından yapılmasını eleştirmiş ve bu soruşturmacıların bağımsız soruşturma yapmalarının imkânsız olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, kaymakamın başkanlığında ilçedeki idari teşkilatların müdürlerinden oluşan ilçe idare kurulunun da tarafsız olamayacağına karar vermiştir (*Güleç, §81-82*).

Mahkeme *Oğur – Türkiye* davasında idare kurulları önünde gerçekleşen soruşturmanın şikâyetçiye kapalı olduğunu belirtmiştir. İdare kurullarının kararlarının idari yargının yargısal denetimine tabi olması da bu soruşturma usulünün bağımsız olduğu anlamına gelmez; çünkü idari yargı sadece dosyadaki belgelere bakarak karar vermektedir (*Oğur*; §91-92).

Mahkeme, Türkiye ile ilgili çok daha yeni tarihli *Dink – Türkiye* kararında, öldürmeyi önlemekle görevli güvenlik güçlerinin olaydaki sorumluluklarına ilişkin soruşturmanın, yine olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmayan yürütme organına mensup görevlilerce yürütülmüş olmasını eleştirmiştir (*Dink*, §88).

Pratikte bağımsızlık konusunda ise Mahkeme, soruşturma yapmakla görevli savcılardan tutumunu eleştirmiştir. Mahkeme, *Ergi – Türkiye* davasında başvurusunun kardeşinin PKK tarafından öldürüldüğüne dair jandarmanın vukuat raporuna savcı tarafından tamamen inanılmış olmasını ve böylece savcının soruşturma açmamasını çok çarpıcı bulmuştur (*Ergi*, §83-84).

Mahkeme *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD]* kararında, soruşturma organlarının pratikte bağımsız olmamalarına ilişkin önemli bir değerlendirme yapmıştır. Bu davaya konu olan olayda, silahsız firari iki askeri kaldıkları akraba evinde yakalamak üzere gönderilmiş ağır silahlı askerlerden binbaşının bu kişileri kaçarken vurarak öldürmesi üzerine yapılan soruşturmadaki kusurları tespit eden Mahkeme, soruşturma makamlarının söz konusu binbaşının kovuşturulmaması için etkili bir kalkan oluşturduklarını belirtmiştir. Mahkeme, soruşturma yapan makamların ölenlerin silahlı olmadıkları ve kimseye karşı tehlike oluşturmadıklarını bilmelerine rağmen, suçları sadece firar etmek olan bu iki kişiyi takip etmek için ağır silahlı kuvvet göndermenin uygun olup olmadığı gibi meseleleri ele almamaları konusuna dikkat çekmiştir. Ayrıca soruşturma organları, olayla ilgili bütün materyalleri derinlemesine incelememişler ve gerekli bazı soruşturma işlemleri de yapılmamıştır. Olay yeri tespiti ve canlandırması yapılmadığı için, bu şekilde elde edilebilecek bilgiler elde edilmeden, yakalamakla görevlendirilen askerlerin olayı anlatış şekillerinin doğruluğunu denetlemek mümkün olmamıştır. Diğer yandan soruşturma makamları, kaçak kişilerden birinin göğsünden vurulmuş olmasını, ikisinin de düştükleri yerden sadece bir kaç metre uzaklıkta boş kovanlar bulunmuş olmasını ve binbaşının otomatik modda ateş etmek suretiyle bir hayli aşırı güç kullanmış olmasını görmezden gelmişlerdir. Yetkililer bütün bu önemli olayları ihmal ederek, her hangi bir açıklama getirmeden, binbaşının ifadesini temel almışlar ve soruşturmayı sonlandırmışlardır. Mahkeme'ye göre böylesi bir tutum, soruşturma makamlarının bağımsızlıklarını ve objektifliklerini ciddi ölçüde şüpheye düşüren kaygı verici bir tutumdur (*Nachova ve Diğerleri [BD]*, §116-7).

Soruşturmanın etkililiği (kanutların toplanması)

Soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte etkili ve yeterli olmalıdır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, vasıta yükümlülüğüdür. Bir soruşturmanın etkili ve yeterli olabilmesi için, ölümün neden ve nasıl meydana geldiğini aydınlayabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekir (*Salman [BD]*, 106; ve *Gül*, §89). Yetkililer, başka delillerin yanında, tanık ifadelerini, adli tıp ve kriminolojik delilleri toplamalıdır (*Hugh Jordan*, §107). Soruşturmada ölüm sebebinin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma imkânını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma ilkesiyle çelişme riski taşır (*Dink*, §78). Ayrıca şiddet eylemlerini soruşturan devlet yetkililerinin, olaylarda, eğer bu yönde bir iddia varsa, ırkçı bir saikin bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak ve etnik özelliğe dayalı kin veya önyargılı duyguların bir rol oynayıp oynamadığını belirlemek için gerekli bütün makul

adımları atma şeklinde ek bir yükümlülükleri de bulunmaktadır (*Nachova ve Diğerleri*, §160; ve *Dink*, §81, 90).

Ölümlerle sonuçlanan olayların aydınlatılmasında kriminoloji biliminin sunduğu imkânların kullanılması büyük önem taşır. Olay yerinden elde edilecek parmak izleri, tekerlek izleri, mermi kovanları vs. gibi deliller toplanmalı ve en kısa sürede incelenmek üzere kriminal laboratuvarlarına gönderilmelidir. Olay yerinin ve maktulün fotoğraflarının çekilmesi, krokilerin çizilmesi ve krokilerde ölçümlerin gösterilmesi de önem taşımaktadır. Mahkeme, şüphelinin yer göstermeye götürüldüğü sırada meydana gelen patlama sonucu ölmesi üzerine savcının olay yerine gitmemesini (*Demiray*, §51), yine güvenlik güçlerinin operasyonu sırasında gözaltına alınan kişinin kayıp edildiği iddiasıyla ilgili olarak savcının mezraya gitmemesini (*İpek*, §172-3); olay yerinin fotoğraflarının çekilmemesini (*Tanrıkulu*, §104; *Şemsi Önen*, §88; *Hamiyet Kaplan ve Diğerleri*, §62); ölene ait olduğu iddia edilen silahların fotoğraflarının olay yerinde değil ama muhtemelen polis merkezinde veya savcılıkta çekilmiş olmasını (*Gül*, §89); olay yerinin krokisinde zeminin özelliklerinin gösterilmemiş olmasını veya olay yerinde bulunanlar arasındaki mesafelerin gösterilmemesini (*Nachova ve Diğerleri [BD]*, §115); olay yerinde ölmeden önce kişi tarafından güvenlik görevlilerine sıkıldığı iddia edilen kurşunun boş kovanının bulunmaya çalışılmamasını ve bu silah ile ölen arasındaki ilişkiyi gösterebilecek parmak izi alınmamasını ve ellerin incelenmemesini (*Gül*, §89); bulunan boş kovanların veya sayısının veya olay yerindeki konularının kaydedilmemesini (*Şemsi Önen* 88); kurşunların hangi silaha çıktığını tespit etmeye yarayacak balistik incelemenin yapılmamasını (*Hamiyet Kaplan ve Diğerleri*, §62); ölenin kullandığı iddia edilen silaha parmak izi aranmamış olmasını (*Kaya*, §89; *Ağdaş*, §101); ölenin üzerinde ve giysilerinde başka bir kişiye ait kan, kıl gibi izler bulunması için inceleme yapılmamasını (*Nuray Şen* (no. 2), §177); gözaltında ölüm olayında olay yerinin sadece olaya karışmış olabilecek güvenlik güçleri tarafından incelenmiş olmasını (*Aktaş*, §301); Kuzey Kıbrıs'ta meydana gelen olayda, olay yerinde bulunan kovanların Türkiye'deki balistik laboratuvardaki örnekleriyle karşılaştıracak şekilde balistik incelemenin genişletilmemesini (*Adalı*, §228), soruşturma eksiklikleri olarak görmüştür.

Ölü muayenesi (post-mortem) ve otopsi (autopsy), şüpheli ölüm sebebini ve ölümlün nasıl meydana geldiğini açıklayacak en önemli delillerdir. Otopsi bağımsız uzman doktorlar tarafından yapılmalı, tüm bulgular otopsi raporuna geçirilmeli ve ölüm nedenini belirlemeye dönük olmalıdır. 1991 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen "Hukukdışı, Keyfi ve Kısıyoldan İnfazların Etkili Bir Biçimde Önlenmesi ve Soruşturulmasına Dair El Kılavuzu"nda, savcılar ve adli tıp personeli tarafından otopsi yapılırken uyulması gereken ilkeleri belirleyen bir örnek otopsi protokolü (Minnesota Protokolü) yer almaktadır. El Kılavuzunun girişinde, potansiyel olarak ihtilafli olaylarda kısa muayene ve raporun asla uygun olmadığı belirtilmiş, önemli ayrıntıların ihmal edilmemesi ve kaybedilmemesi için sistematik ve tam bir muayene yapılmasının ve rapora bağlanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Bölüm 2(c)'de otopsinin sonuçlarının belgelendirilmesi için uygun şekilde çekilmiş fotoğrafların bulunmasının çok büyük öneme sahip olduğu ifade edilmiştir. Fotoğrafların mağdurun tam görüntüsünü içermesi ve otopside bahsi geçen bütün yara ve hastalık izlerini teyit etmesi gerekir. Mahkeme otopsi yapılmasını gerekli görmektedir. Mahkeme, ölümün çatışma sırasında meydana geldiğine dair başka belirtiler olmamasına rağmen ölen kişi üzerinde sadece yüzeysel bir ölü muayenesi yapıp klasik otopsi yapılmamasını (*Kaya*, §89); savcının kurşun yarasının ölümüne sebebiyet verdiğinin kesin olduğunu belirterek ölen kişi ile atış mesafesi ve pozisyonlar ile atış zamanını ortaya çıkarabilecek tam otopsi yapılmasını gerekli görmemesini (*Oğur*, §89); ölü muayenesine uzman doktorun katılmamasını ve tam otopsi yapılmamasını (*Tanrıkulu*, §106), faili meçhul ölümlerde tam otopsi yapılmamasını (*Mahmut Kaya*,

§104), otopsi yapılması şeklindeki yasal yükümlülüğün gözaltında intihar olarak görünen bir olayda yerine getirilmemesini (*A.K. ve V.K. – Türkiye, §55*), morga giden savcının ölüme kalbe ve ciğerlere giren kurşunların sebebiyet verdiğini belirterek otopsiye gerek görmemesini (*Zengin, §51*), yer gösterme sırasında çıkan çatışmada altı kurşun yarasıyla ölen kişiye otopsi yapılmaması (*Gezici, §60*), gözaltından salıverildiği kanıtlanmayan kişinin daha sonra bulunan cesedinde tam otopsi yapılmamasını (*Süheyla Aydın, §174*), etkili soruşturma ilkesine aykırı bulunmuştur.

Otopsinin adli tıp uzmanı tarafından yapılmaması da (*Tepe, §154; Tanlı, §152*) sorun oluşturur. Otopsinin kusurlu yapılmaması gerekir. Mahkeme, klasik otopsi yapılmasına rağmen ölüm sebebini tam olarak belirlemeye yetmeyen bir otopside maktulün vücudunda görülen yaraların tıbbi açıklamasının yapılmamasını (*Salman, §107*), otopside organların çıkarılıp tartılmamasını, kalbin ve boynun açılmamasını ve elektrik şoku ile başka tür kötü muamele izlerinin tespitine yaracak her hangi bir histopatolojik örnek alınıp analize gönderilmemesini (*Tanlı, §150*), etkili soruşturma ilkesine aykırı görmüştür. Eğer birden fazla rapor varsa ve raporlarda ölüm sebebine veya zamanına ilişkin farklı sonuçlara ulaşılmışsa, bu farklılık açıklanmalıdır. Örneğin kafatası kırığının birinci raporda ölümden 4-6 saat önce meydana geldiği belirtilmişken, ikinci raporda 10 saat önce meydana geldiğinin ifade edildikten sonra bu farklı açıklama için bir gerekçe gösterilmemesi (*Anguelova, §143*), bir soruşturma kusuru oluşturmuştur. Otopside tespit edilen bulguların yargılamada dikkate alınmaması da etkili olmayan soruşturma olarak görülmüştür. Mahkeme, ölenin elinde ateşli silah kullandığını gösteren nitrat veya nitrat iyonu bulunmadığı otopsi raporunda belirtilmesine rağmen, sanık polisleri yargılayan ceza mahkemesinin kararında bu durumun tamamen göz ardı edilerek sanıkların meşru savunma gerekçesiyle beraat ettirilmiş olmalarını (*Ağdaş, §103*), devletin soruşturma yükümlülüğüne aykırı bulmuştur.

Tanık ifadeleri etkili bir soruşturmanın temel unsurlardan biridir. Sözleşme bakımından tanık içinde görgü tanıkları, ölenin yakınları, şikâyetçiler, şüpheli veya sanıklar da yer alır. Mahkeme görgü tanıklarının ifadelerinin alınmamasını etkili soruşturma ilkesine aykırı görmektedir. Örneğin, savcının ölen kişinin gerçekten PKK'nın aktif bir mensubu olup olmadığını doğrulamamış olmasını ve olay yerine yakın köylülere olay günü silahlı çatışma sesleri duyup duymadıklarını sormamış olmasını ve ölen kişinin güvenlik güçleriyle silahlı çatışmada öldürülen bir terörist olduğuna dair samimi inancını başka herhangi bir delille sınamamış olmasını (*Kaya, §90*), başvuru ve aile fertlerinin polisler aleyhine dava açıldığından haberdar edilmemelerini ve tanık olarak olayları kendi gördükleri şekilde anlatmalarına imkân verilmemesini (*Gül, §93*), kayıp edilme olayında o sırada kolaylıkla izi bulunabilecek kilit görgü tanıklarının ifadelerinin alınmamasını (*Orhan, §341*), yine kayıp edilme olayında kaçırma olayıyla ilgili muhtemel tanıkları belirlemek için soruşturmanın genişletilmemesini (*Tekdağ, §80*), bireysel başvurunun Hükümete iletilmesinden sonra yapılan soruşturmada şikâyetçinin, güvenlik mensuplarının ve görgü tanıklarının ifadelerinin alınmamış olmasını (*İpek, §173*), faili meçhul öldürme olayında kişinin kaçırılmasıyla ilgili olarak savcı tarafından görgü tanıklarından ifade alınmamış olmasını (*Nuray Şen (no. 2), §177*), soruşturma makamlarının önemli tanıkların ifadelerini almamış olmalarını (*Adalı, 299*), gözaltından serbest bırakılmadığı iddia edilen kişinin öldürülmesi olayında çok önemli tanıklarla birlikte özellikle kişiyi mahkemeye getiren polislerin Hükümet tarafından belirlenip tanık olarak dinletilmemesini (*Süheyla Aydın, §168*), soruşturma eksiklikleri olarak tespit etmiştir.

Tanık ifadelerinin soruşturmayı yapanlar tarafından olayı aydınlatıcı şekilde alınmasının büyük önemi vardır. İfadelerin yetersiz ve kısa bir şekilde alınması bir soruşturma kusurudur. (*Şemsi Önen, §88-89; Tekdağ, §80; Özalp ve Diğerleri, §44*). Ayrıca ifadeler

geç alınmamalıdır. Mahkeme, gözaltında ölüm olayında ölen kişiyle birlikte gözaltında bulunan kilit tanığın hemen ifadesinin alınmaması, kaçma teşebbüsü bulunduğu iddiasını yalanlayan bu tanığın sanıkları yargılayan ceza mahkemesi tarafından dinlenmemesini ve bu tanığın ifadesinin talimatla ancak dokuz ay sonra alınmasını (*Abdurrahman Orak, §83*), gözaltında ölüm olayında soruşturmacının ancak olaydan dört ay sonra jandarma mensuplarının ifadesini almasını ve ölenin üzerindeki yara izlerine ait bir soru sormamasını (*Aktaş, §306*) soruşturma eksiklikleri olarak tespit etmiştir. Şüpheli güvenlik güçlerinin tanık olarak dinlenmeye zorlanamamaları (*Hugh Jordan, §142*) veya şüpheli ya da sanık güvenlik güçlerinin ifadelerinin yetersiz ve kısa bir şekilde alınması halinde etkili bir soruşturma yapılmış sayılmaz. Bu bağlamda Mahkeme, evde operasyon sırasında ölüm olayında, savcının polislerin ifadesini almamasını, polislerden silahlarını ve mühimmatı nasıl kullandıklarını anlatmalarını istememesini, polisleri yargılayan ceza mahkemesinin polislerden çok kısa ifadeler almış olmasını, savcının olaya karışan güvenlik güçlerini ifade vermek üzere savcılığa çağırılmamasını (*Gül, §90*), soruşturmadaki eksiklikler olarak görmüştür. Soruşturma sırasında yüzleştirme yaptırılmaması da soruşturmayı sakatlayabilir. Mahkeme, faili meçhul ölüm olayında yetkili makamlara olayda köy korucularıyla ilgili şüpheler bildirildikten sonra savcının köy korucuları ile kendilerini tanıyan başvuruçunun annesi arasında bir yüzleştirme yapmamasını ve köy korucularının ifadelerine dayanmasını, köy korucuların ifadelerinin doğruluğunun denetlenmemesini ve muhtemel tanıkların dinlenmemesini (*Seyhan, §89-90*), etkili soruşturma ilkesine aykırı görmüştür.

Bilirkişi raporları, soruşturma ve kovuşturma makamlarının verecekleri kararlarda yararlanabilecekleri unsurlardır. Ancak bilirkişi raporları konunun uzmanı kişiler tarafından hazırlanmalı ve teknik bilgiler içermelidir. Mahkeme, başvuruçunun oğlunun ailesiyle birlikte yaşadığı eve gelen güvenlik güçlerinin yaptığı bir operasyon sırasında öldürülmesi olayını incelemiştir. Mahkeme bu davada, olayın faili güvenlik güçlerini yargılayan ceza mahkemesinin beraat kararının tamamen iki adet bilirkişi raporuna dayandığını ve bu raporların da yine güvenlik mensubu kişilerce hazırlandığını tespit etmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu bilirkişi raporlarının teknik açıklamalardan yoksun olduğuna ve bilirkişilerin tamamen öznel düşüncelerinden oluştuğuna dikkat çekmiş ve soruşturmanın gereği gibi yapılmadığı gerekçesiyle (*Gül, §93-4*), Sözleşme'nin 2. maddesinin öngördüğü soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kayıp kişiler ile ilgili şikâyetlerde, sadece gözaltı kayıtlarına bakarak burada kişinin bir kaydının bulunmadığını söylemek, mevcut belgelerin ötesine geçmemek ve iddiaların ışığında bir inceleme yapmamak, 'etkili soruşturma' anlamına gelmez. Kayıp iddiası veya diğer faili meçhul ölüm iddialarında soruşturmayı yapanlar, resmi belgelerin ötesine gidebilmelidir. Görgü tanıklıklarının ve görevlilerin ifadeleri alınmalıdır. Ayrıca soruşturma dosyası bir bütün olarak ileri sürülen veya re'sen göz önüne alınabilecek bütün ihtimallerle ilgili kanıtları içermelidir. Mahkeme bir davada, başvurunun kocasının gerçekten hangi koşullarda kayıp edildiğinin bir varsayım ve spekülasyon konusu olarak kaldığını ve devlet görevlileri veya onların suç ortakları tarafından öldürüldüğü sonucuna varmak için yeterli delil bulunmadığını belirtmiş, ancak delil olarak sunulan bir ifadeye adı geçen iki hükümlünün ve iki polisin olayla ilgili ifadelerinin alınmamış olmasını soruşturma eksikliği olarak görmüştür (*Türkoğlu, §126*).

Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması

Soruşturma hemen başlamalı ve makul bir hızla yapılmalıdır. Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyen güçlükler veya engeller bulunabilir. Ancak özellikle öldürücü güç kullanılmasıyla ilgili bir soruşturmada yetkililerin çabuk hareket etmeleri,

halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterilmediği ve işbirliği yapılmadığını göstermek için esaslı bir unsurdur (*Hugh Jordan*, §108; *Yaşa*, §102-104; *Çakıcı*, §80, 87 ve 106; *Tanrıkulu*, §109; *Mahmut Kaya*, §106-107).

Soruşturmanın süratle yapılmaması, soruşturmayı usul yönünden sakatlar. Mahkeme, başvuru yapan avukatlık yapan kocasının 1989 yılında bir faili meçhul cinayetle öldürülmesiyle ilgili bir şikâyeti ele almıştır. Bu olayı araştırmak için iç hukukta kurulan iki soruşturma komisyonu hiçbir sonuca ulaşamamıştır. Başvurucunun iddiaları, güvenlik güçlerinin de bu olaya karıştığı yolundadır. 1999 yılında yeni delillerin ortaya çıkması üzerine kurulan bir soruşturma komisyonu ise başvuru tarihinde çalışmalarına devam etmektedir. Mahkeme bu olayın soruşturulmasının çok uzun sürdüğünü ve bu soruşturmanın 2. maddenin gerekleriyle bağdaşmadığını belirterek, bu maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Finucane*, §84). Hazırlık soruşturması hızla yapıp, sanıklar hakkında ceza davası açılmış olsa bile, ulusal mahkemenin süre yönünden yavaş ve özensiz davranması, 2. maddeyi usul yönünden ihlal edebilir. Bir başka davaya konu olan öldürme olayı 13 Mayıs 1996'da meydana gelmiş, 3 Nisan 1997'de polisler aleyhine kasten öldürmeden dava açılmış, duruşmaya davet edilen sanık polislerden biri dört ay sonra ve diğerleri ancak bir yıl kadar sonra 17 Mart 1998'de duruşmaya gelip ilk ifadelerini vermişler, ceza mahkemesi boş kovana toplayan polisleri 17 Mart 1998'de duruşmaya çağırdığı halde bir yıl kadar sonra mahkemeye gelip ifade vermişler, ceza mahkemesi başvuru talebi üzerine boş kovana getirilmesini 19 Nisan 1999'da istediği halde mahkemeye bunlar ancak on beş ay sonra getirilmiştir. Ceza Mahkemesinin beraat kararı 1 Temmuz 2002'de Yargıtay tarafından onanmıştır. Mahkeme de yapılan soruşturmanın hızlı ve yeterli olmadığı sonucuna varmıştır (*Ağdaş*, §103).

Mahkeme 12 Eylül döneminde, Dev-Yol üyesi olduğu şüphesiyle 18 Ekim 1980'de gözaltına alınan Artvin Veliköy'de ilkökul öğretmeni olan Cengiz Aksakal'ın 12 Kasım 1980'de ölümü üzerine güvenlik görevlileri aleyhine işkence suretiyle ölüme sebebiyet vermektan açılan ceza davalarının 2003 yılında sona ermesinin, sürat ilkesi bakımından haklı görülemeyeceğini belirtmiştir (*Teren Aksakal*, §89-100).

Soruşturma ve sonuçlarının açıklığı

Teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için, soruşturmanın veya sonuçlarının kamusal denetime açıklığı (alenyeti) için yeterli unsurlar bulunmalıdır. Bununla birlikte her olayda, mağdurun yakınlarının bu sürece meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (*Hugh Jordan*, §109).

Mahkeme, etkin bir soruşturmanın mümkün olduğunca kamuya açık olarak yapılmasının önemli olduğunu belirtmiştir. Ancak elbette belirli durumlarda bu şeffaflık sınırlanabilir. Ancak ne olursa olsun, meşru çıkarlarının korunması amacıyla maktulün ailesi ve yakınlarının soruşturmaya mümkün olduğunca katılmalarının sağlanması ve gelişmelerden haberdar edilmeleri gereklidir. Mahkeme, maktulün babasının kovuşturama kararından haberdar edilmemesini (*Güleç*, §82), mağdurun ailesinin soruşturma ve dava dosyasını görememesini (*Gül*, §93), bu yönden 2. maddeye aykırı bulmuştur.

Soruşturma komisyonu önündeki usule şikâyetçilerin yeterince katılmalarına imkân verilmemesi, 2. maddenin ihlaline yol açmıştır (*Paul ve Audrey Edwards*, §84). Mahkeme'ye göre, başvuru yapan soruşturma komisyonu önündeki oturlara bizzat katılmamaları, dinlenmelerini istedikleri tanıkların komisyon tarafından dinlenmemesi ve başvuru yapan dinlenen tanıklara soru sorma hakkı verilmemesi, soruşturmanın bütünü olumsuz yönde etkilemiştir. Mahkeme *Dink – Türkiye* kararında, öldürmeyi

engellemekle görevli polis ve jandarmanın ihmalleriyle ilgili idari makamlar tarafından soruşturmalara maktulün yakınlarının katılmamalarını soruşturma yükümlüğüne aykırı bulmuş, yakınların olayı dosya üzerinden inceleyecek organlara itiraz edebilmelerini ise mağdurların meşru menfaatlerini koruyucu bir usul olarak görmemiştir (*Dink*, §89).

Mahkeme bir başka kararda, kamunun olay hakkında yeterince bilgilendirilmediğini çünkü yapılan polis soruşturması ile ilgili raporun makul bir neden olmadan kamuya açıklanmadığını belirtmiştir (*McKerr*, §141). Aynı kararda Mahkeme, ölen kişinin yakınlarının soruşturma ile ilgili belgelere yeterince ulaşamadıkları ve soruşturmanın yeterince hızlı gerçekleştirilmediği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki usul yükümlüğüne yerine getirilmediği sonucuna varmıştır.

Soruşturma sonucunun caydırıcılığı (cezasızlık sorunu)

Mahkeme, iç hukukta bir davanın açılmış olması halinde, devletin usul yükümlülüğünü soruşturma ve yargılama aşamasının ötesine taşımış ve cezalandırma aşamasını da içerecek şekilde genişletmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesi bir başvuruca, üçüncü bir kişinin suç işlemesi halinde onun aleyhine ceza davası açtırma ve cezalandırılmasını sağlama hakkı vermez (*Perez [BD]*, §70; *Tanlı*, §111). Ancak ulusal mahkemeler, yaşama karşı suçların cezasız kalmasına hiçbir koşulda izin vermemelidirler; bu durum, halkın hukukun üstünlüğüne güvenini sürdürmek ve bağlılığını sağlamak, hukuka aykırı eylemlerde bulunulduğu veya bunlara hoşgörü gösterildiği görüntüsü vermeme için temel bir şarttır (*Hugh Jordan*, §136-140). Mahkeme'nin bu noktadaki görevi, ulusal mahkemelerin bir karara varırken Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği dikkatli incelemeyi yapıp yapmadıklarını veya yaptılarsa ne ölçüde yaptıklarını ve böylece yargısal sistemin caydırıcı etkisinin ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde oynaması gereken rolün zayıflatılmış olup olmadığını denetlemektir. İnsan yaşamını korumak için kabul edilen yasaların koruyucuları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarını değerlendirmektir (*Öneriyıldız [BD]*, §96, 115). Mahkeme, fiilin ağırlığı ile ulusal mahkemeler tarafından verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunması halinde, belirli bir denetim ve müdahale yetkisi kullanabileceğini belirtmiştir (*Ali ve Ayşe Duran*, §66).

Doğal olmayan bir ölüm bağlamında, hangi suçtan dava açıldığı ve mahkûmiyet kararı verildiği ve ne miktar ceza verildiği, devletin usul yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini değerlendirirken önem taşır. Mahkeme'ye göre kamu görevlilerine yüklenebilecek kusurun takdir hatasını veya dikkatsizliği ve özensizliği aştığı hallerde, yani kamu görevlilerinin tehlikeli faaliyetin muhtemel sonuçlarının tam olarak farkında olmalarına rağmen ellerindeki yetkileri göz ardı ederek oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almamaları ve insanların yaşamlarını tehlikeye sokmaları halinde, görevlilerin yaşama hakkının korunmasıyla ilgili olmayan 'görevi ihmal' suçundan gülünç bir para cezasına mahkûm edilmeleri, ceza hukukunun caydırıcı işlevini etkili bir şekilde yerine getirmediğini gösterir (*Öneriyıldız [BD]*, 116-7).

Mahkeme, gözaltında öldürmeyle ilgili bir ceza davasında ceza mahkemesi tarafından takdiri indirim nedenlerinin uygulanarak cezanın hafifletilmesini, davalı devletin yaşamı koruma yükümlülüğüne aykırı olup olmadığını da incelemiştir. Mahkeme *Ali ve Ayşe Duran – Türkiye* kararında, polislerin gözaltındaki kişiyi öldürme kastı olmaksızın dövmek suretiyle ölümüne sebebiyet verdiklerinin kanıtlandığını kabul eden ve polislerle sadece 3 yıl dört ay hapis cezası veren ceza mahkemesinin daha sonra takdiri indirim nedenleri uygulayarak cezayı 2 yıl dokuz aya indirmesini eleştirmiştir. Bu olayda sanık polisler, aleyhlerindeki iddiaları ısrarlı bir şekilde inkâr etmelerine rağmen, ceza mahkemesi sanıkların verdikleri ifadelerle soruşturma ve ceza davası sırasında olayın aydın-

latılmasına yardım ettikleri gerekçesiyle cezalarını indirmiştir. Mahkeme'ye göre, ceza mahkemesi takdir yetkisini, tutulan bir kimseye kötü muamele sonucu ölümle sonuçlanacak kadar ağır bir suç fiiline hiçbir biçimde hoşgöründe bulunulmayacağını göstermek için kullanmak yerine, bu ağır suçun sonucunu hafifletmek için kullanmıştır (*Ali ve Ayşe Duran, §68*).

Yaşama karşı suçlara ilişkin af veya benzeri yasal tedbirler nedeniyle suçun kovuşturulmasının engellenmesi veya cezasız bırakılması veya cezanın infaz edilmemesi, devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü ihlal eder mi? Komisyon 1991 tarihli bir kararında, diğer suçlar gibi öldürme suçlarının da af kapsamına girebileceğini, bu tür suç faillerinin kovuşturulmalarını sistematik olarak önleme amacı taşıyan genel bir pratiğin parçası olmadıkça, affın 'kendiliğinden' Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olmadığını söylemiştir. Komisyon söz konusu olayda, 1988 yılında Yeni Kaledonya'da silahlı dört askeri öldüren şüpheliler aleyhine dava açılmasını da engelleyen genel affın, tamamen istisnai nitelikte olduğunu ve adadaki çeşitli toplumlar arasındaki çatışmaların çözüm sürecinin bir parçası olduğunu kaydetmiştir (*Dujardin – Fransa [k.k.], no. 16734/90, 72 DR s.236*). Mahkeme, bir devlet görevlisinin kötü muameleyle ilgili suçlarla itham edildiği zaman, davanın ve cezanın zamanaşımına girmemesinin büyük önem taşıdığını ve genel veya özel af çıkarılması gibi tedbirlerin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir (*Abdülsamet Yaman, §55*). Mahkeme aynı ilkeyi öldürme suçları bakımından da uygulamıştır. Mahkeme, gözaltında şiddet sonucu ölüm sebebiyle mahkûm edilen polislerin cezalarının, cezaların ertelenmesine ilişkin 4616 sayılı gereğince ertelenmesini bir tür affa benzetmiş ve bunu Mahkeme'nin içtihatları bakımından kabul edilemeyecek bir tedbir olarak görmüş, mahkûm olan görevlilerin mahkûmiyetlerine rağmen cezasızlıktan yararlandıklarını kaydetmiştir (*Ali ve Ayşe Duran, §69*). Yine *Teren Aksakal – Türkiye* davasına konu olan olayda, 12 Eylül döneminin başlarında gözaltında öldürülen öğretmenin ölümüyle ilgili olarak 22 yıl sonra verilen kararla, sanıklar eski TCK 243 ve 452(2) maddeleri gereğince 2'er yıl birer ay hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir, ancak haklarında mahkûmiyet kararı verilen subaylar, bütün bu süreç boyunca, emekli oluncaya kadar ordudaki görevlerine devam etmişler, tutuklanmamışlar ve cezaları bugüne kadar infaz edilmemiştir. Mahkeme bu olaydaki ceza davasının, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde yer alan değerlerin ihlaline karşı yeterli bir giderim sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır (*Teren Aksakal, §100*). Mahkeme 8 Ağustos 1980'de gözaltında öldürülen 20 yaşındaki öğrenci Faruk Tuna'nın ölümü üzerine polisler hakkında açılan ceza davalarının da benzer bir şekilde uzun sürmesini ve böylece ortaya çıkan yargısal pasifliği, böylesine önemli olaylar karşısında yargısal bir direnç olarak nitelendirmiş ve sorumlular için bir tür cezasızlık oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Tuna, §75*).

ÖNEMLİ KARARLAR

KÜRTAJ

08.07.2004 53924/00 VO - FRANSA

◆ *hamileliğin sonlandırılması - taksirle öldürme* (soyadı benzerliği nedeniyle yanlışlıkla kendisine tıbbi müdahale yapılan 6 aylık hamile annenin zorunlu kürtaja tabi tutulması üzerine doktor aleyhine açılan ceza davasında ceninin ceza kanunu anlamında birey olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - doğmamış çocuğun yaşama hakkı - hekimin sorumluluğu - tıbbi hata

DAVANIN ESASI

Başvurucu bayan Thi-Nho Vo, 1967 doğumlu Fransız vatandaşıdır. Altı aylık hamile olan başvuru 27 Kasım 1991'de Lyons Devlet Hastanesine randevulu muayeneye gitmiştir. Aynı gün, bayan Thi Thanh Van Vo adında bir başka kadın, aynı hastaneye karnındaki bir kisti aldirmek için gelmiştir. Her iki kadının aynı soyadı taşımalarından kaynaklanan bir karışıklık nedeniyle, doktorun odasına başvuru girmiş, doktor ikinci kadına müdahale ettiğini zannederek, hamile olan başvuru rahmini delmiş ve başvurucuya kürtaj yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Başvuru ve erkek arkadaşı, doktor aleyhine başvuru bakımından üç aydan daha az iş göremezliğe sebebiyet verecek şekilde yaralama ve doğmamış çocuk bakımından da taksirle öldürme suçu şikâyetinde bulunmuşlardır. Üç bilirkişi raporu alındıktan sonra doktor hakkında dikkatsizlik ve ihmal suretiyle başvuru içinde ceninin büyüdüğü rahmini tahrip ederek bebeğin ölümüne sebebiyet vermekten ve anneyi yaralayıp üç aydan daha az iş göremez durumuna sokmaktan ceza davası açılmıştır.

Ceza Mahkemesi başvuru iş göremez şekilde yaralama suçunun af kapsamına girdiğini; öte yandan yirmi bir haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve Ceza Kanunu anlamında 'insan' veya 'başkası' olmadığını kabul etmiştir. Buna göre Ceza Mahkemesi, yirmi bir haftalık ceninin hayatına son verme veya taksirle öldürme suçunun işlenmiş olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu karara karşı başvuru Üst Mahkemeye başvurmuş, bu mahkeme kararı bozmuştur. Üst Mahkeme hukukun, yaşamın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olmasını gerektirmediğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda bulunduğu ve olayda suç fiilinin taksirle öldürme olarak nitelendirilmesi gerektiğini, çünkü olayın yirmi ile yirmi dört hafta arasında sağlığı gayet iyi durumda bulunan bir ceninin kusur veya ihmal sonucu ölümüne sebebiyet veren bir eylemle ilgili olduğunu belirtmiştir. Doktora altı ay hapis cezası verilip ertelenmiş ve ayrıca 10,000 Frank para cezası verilmiştir.

Doktorun kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi mahkûmiyet kararını bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre dava konusu olaylar, taksirle öldürme suçu oluşturmaz. Temyiz Mahkemesi cenini ceza hukuku tarafından korunmayı hak eden bir insan olmadığını kabul etmiştir.

Başvuru Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, ulusal makamların olayı doğacak çocuğun taksirle öldürme olarak nitelendirilmemesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuru Fransa'nın bu tür eylemleri suç olarak nitelendiren kanun çıkarmakla yükümlü olduğunu savunmuştur.

Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: Mahkeme kararının bu bölümünde, ilk olarak Ceza Kanununun kasıtsız öldürmeyle ilgili hükümlerine ve ardından Kamu Sağlığı Kanunu hükümlerine yer vermiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesinin konuyla ilgili kararları yer almıştır. Mahkeme daha sonra konuyla ilgili Avrupa Hukuku belgelerinden alıntılar yapmıştır. Bu belgeler arasında, İnsan Hakları ve Biotip Oviedo Sözleşmesi (1997), İnsan Klonlanmasının Yasaklanması Hakkında İnsan Hakları ve Biotip Sözleşmesine Ek Protokol (1998), Biotip Araştırmalarıyla İlgili İnsan Hakları ve Biotip Sözleşmesine Ek Protokol (2004), Biyoetik Daimi Komitesi tarafından kurulan İnsan Embriyo ve Fetüsün Korunması üzerine Çalışma Gurubunun görüşü (2003), Avrupa Komisyonunda Bilim ve Yeni Teknolojilerde Etik hakkında Avrupa Gurubunun görüşü (1998) yer almaktadır. Mahkeme ayrıca, karşılaştırmalı hukuk başlığı altında, Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunda taksirle öldürme suçunun fetüse uygulanmadığını tespit etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvurunun kabuledilebilirliği

[42-45]: Hükümet başvurunun, doğmamış çocuğa uygulanmayan Sözleşme'nin 2. maddesiyle konu bakımından bağdaşmaz olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu doğmamış çocuğun Fransız ceza hukukunda korunmadığını ve devletin Sözleşme'nin 2. maddesindeki yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin hamileliğin gayri iradi sonlandırılmasına ve böylece doğmamış çocuğa uygulanabilir olmadığına dair Hükümetin itirazının davanın esasıyla yakından bağlantılı olması nedeniyle esasla birleştirilmesine karar ve daha sonra itirazların reddine vermiştir.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası

[47-73]: Mahkeme başvurunun ve davalı devletin iddia ve savunmalarını aldıktan sonra, davaya üçüncü taraf olarak katılan Üreme Hakları Merkezinin (Center for Reproductive Rights) ve Aile Planlaması Derneğinin (Family Planning Association) görüşlerini almıştır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“74. Başvurucu, tıbbi hatasıyla sağlığı için kürtaj olmasına sebebiyet veren doktorun mahkûm edilmesini sağlayamadığından şikâyetçi olmuştur. Başvurucunun hamileliğini sonuna kadar götürmek istediği ve doğacak çocuğunun sağlığının iyi olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Söz konusu olayın ardından başvuru ve partneri, başvurunun taksirle yaralandığı ve taşıdığı çocuğun taksirle öldürüldüğü iddiasıyla bir suç şikâyetinde bulunmuşlar ve davaya katılan olmak istediklerini belirtmişlerdir. Ulusal mahkemeler başvurunun taksirle yaralanması suçunun zamanaşımına girdiğine karar vermişler ve ikinci noktayla ilgili olarak Üst Mahkemenin kararını bozan Temyiz Mahkemesi ceza kanununu çok dar bir şekilde yorumlayarak, fetüsün taksirle öldürme suçunun mağduru olamayacağına hükmetmiştir. Bu başvuruyla ortaya atılan temel sorun, bir fetüsün taksirle ortadan kaldırılmasını cezalandırmak için Fransız hukuk sisteminde bir cezai yol bulunmamasının, devlet tarafından Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşama hakkını hukuk yoluyla koruma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğidir.

1. Mevcut hukuk

75. Sözleşme'nin 2. maddesi, yaşama hakkının “hamile kalındığı andan itibaren” korunması gerektiğini öngören İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesinin 4. maddesinden farklı olarak, yaşama hakkının zaman bakımından sınırları konusunda sessiz olup, Sözleşme'yle “yaşam”ı korunacak olan “herkes”i tanımlamamaktadır. Mahkeme bu madde anlamında “herkesin yaşama hakkı”nın “başlangıcı” ve doğmamış çocuğun böyle bir hakka sahip olup olmadığı konusunda karar vermemiştir. Bugünü kadar bu mesele sadece kürtaj ya-

salariyla bağlantılı olarak ileri sürülmüştür. Kürtaj, Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında açıkça yer verilen istisnalardan biri değildir, fakat Komisyon kürtajın annenin yaşamını ve sağlığını korumak için 2(1). fıkranın birinci cümlesine uygun olduğunu, çünkü “bu maddenin hamileliğin ilk aşamasına da uygulanabilir olduğu kabul edilecek olursa, bu aşamada kadının yaşamı ve sağlığını koruyan kürtajın zımnen sınırlanmak suretiyle, fetüse ‘yaşama hakkı’ tanınmış olacağını” ifade etmiştir (bk. *X – Birleşik Krallık*, no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli Komisyon kararı, (DR) 19, s. 244).

76. Komisyon başlangıçta kürtaj yasalarının Sözleşme'nin 2. maddesine uygunluğunu soyut olarak incelemeyi reddettikten (bk. *X – Norveç*, no. 867/60, 29 Mayıs 1961 tarihli Komisyon kararı, *Collection of Decisions*, c. 6, s. 34, ve *X – Avusturya*, no. 7045/75, 10 Aralık 1976 tarihli Komisyon kararı, DR 7, s. 87) sonra verdiği *Brüggemann ve Scheuten – Almanya* kararında (no. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu, DR 10, s. 100), kürtajı kısıtlayan Anayasa Mahkemesi kararının Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğinden şikâyetçi olan kadının, mağdur olarak taraf ehliyeti bulunduğunu kabul etmiştir. Komisyon o davada şöyle demiştir: “... hamilelik sadece özel yaşam alanına giren bir husus değildir. Bir kadın hamile kaldığında, kendisinin özel yaşamı, büyümekte olan fetüse yakından bağlantılı hale gelir” (a.g.k. s. 116, §59). Ancak Komisyon, “bu bağlamda doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında bir ‘yaşam’ mı olduğu, yoksa Sözleşme'nin 8(2). fıkrası anlamında ‘başkalarının haklarının korunması için’ müdahale edilebilecek bir varlık mı olduğu konusunda karar vermeyi gerekli” görmemiştir (a.g.k. s. 116-117, §61). Komisyon şunu da vurgulamıştır: “Sözleşme’ye Taraf Devletlerin belirli bir çözüm konusunda kendilerini bağlamak istediklerine dair bir delil yoktur” (a.g.k. s. 117-118, §64).

77. Komisyon yukarıda geçen *X – Birleşik Krallık* davasında, karısına sağlık nedeniyle kürtaj olmasına izin verilmesinden şikâyetçi olan bir adamın başvurusunu incelemiştir. Komisyon, müstakbel babanın yaşama hakkının ihlali konusunda “mağdur” görülebileceğini kabul etmekle birlikte, Sözleşme'nin birçok maddesinde geçen “herkes” kelimesinin doğum öncesine uygulanabilir olmadığını kabul etmiş, fakat “örneğin Sözleşme'nin 6(1). fıkrası gibi nadiren bazı olaylarda uygulanabilmesinin ihtimal dışı olmadığını” gözlemlemiştir (s. 249, §7; *mahkemeye başvurma hakkıyla ilgili böyle bir başvuru için bk. Reeve – Birleşik Krallık*, no. 24844/94, 30 Kasım 1994 tarihli Komisyon kararı, DR 79-A, s. 146). Komisyon, “herkes” (*toute personne*) kelimesinin genel kullanımının ve Sözleşme'nin 2. maddesinde kullanıldığı bağlamın, doğmamış çocuğu içermediğini belirtmiştir. Komisyon, “yaşam” kelimesi ve özellikle yaşamın başlangıcı ile ilgili olarak, “yaşamın nerede başladığı meselesi hakkındaki görüşlerde farklılıklar bulunduğunu” kaydetmiş ve şöyle devam etmiştir: “bazıları yaşamın hamile kalınmasıyla başlamakta olduğuna inanırken, diğerleri fetüsün ‘yaşayabilir’ hale gelmesi üzerine nidasyon anına veya sağ doğmuş olmaya odaklanmaktadır” (*X – Birleşik Krallık*, s. 250, §12).

Komisyon daha sonra, Sözleşme'nin 2. maddesinin “fetüsü kapsamayacak şekilde mi, belirli sınırlar içinde fetüse ‘yaşama hakkı’ tanıyacak şekilde mi, fetüse mutlak bir ‘yaşama hakkı’ tanıyacak şekilde mi yorumlanması gerektiğini incelemiştir (a.g.k. s. 251, §17). Komisyon, ilk iki seçenek üzerinde bir görüş belirtmemiş olmakla birlikte, doğmamış çocuğun yaşamından ayrılamaz olan annenin yaşamını koruma gereğini göz önünde tutarak, üçüncü yorumu kategorik olarak ihtimal dışı bırakmıştır. Komisyona göre, fetüsün ‘yaşamı’ hamile kadının yaşamıyla doğal olarak bağlantılı olup, hamile kadının yaşamından ayrı görülemez. Sözleşme'nin 2. maddesi, fetüsü kapsadığına ve bu maddedeki korumanın açık sınırlar olmaksızın mutlak bir koruma olduğuna karar verilecek olursa, kürtaj, hamile kadının yaşamına karşı ciddi bir risk oluşturmasına rağmen sürdürülmesi gereken bir yasak olarak görülmesi gerekecektir. Bu durum, ‘doğmamış’ olan fetüsün yaşamının, hamile kadının yaşamında daha değerli görülmesini gerektirecektir” (a.g.k. s. 252, §19).

Komisyon, 1950 yıllarında uygulamada bütün Sözleşmeci Devletlerin “annenin yaşamını korumanın gerekli olduğu hallerde kürtaja izin verdiklerini” ve şu hamileliğin sonlandırılması konusundaki ulusal hukukun “daha ileri serbestliğe doğru bir eğilim göstermiş” olduğunu kaydederek, bu sonuca ulaşmıştır (*a.g.k. s. 252, §20*).

78. Komisyon, babanın isteği üzerine tıbbi olmayan nedenlerle yapılan bir kürtaja ilgili yukarıda geçen *H. – Norveç* davasında, Sözleşme’nin 2. maddesinin devletlerin sadece bir kimseyi kasten yaşamdan yoksun bırakmaktan kaçınmasını değil, ama aynı zamanda yaşamı korumak için gerekli tedbirleri almasını da gerektirdiğini eklemiştir. Komisyon, “fetüsün Sözleşme’nin 2. maddesinin birinci cümlesi bakımından belirli bir korumadan yararlanıp yararlanmadığına” karar vermesi gerektiğini belirtmiştir (*a.g.k.*). Komisyon ayrıca, böylesine hassas bir konuda Sözleşmeci Devletlerin belirli bir takdir yetkisine sahip olmaları gerektiğini kaydetmiş ve anneni verdiği kararın dayanağı olan Norveç mevzuatın, bu takdir yetkisini aşmadığı sonucuna varmıştır (*s. 168*).

79. Mahkeme Sözleşme’nin 2. maddesinin fetüse uygulanması meselesini nadiren incelemiştir. İrlanda Hükümeti, yukarıda geçen *Open Door ve Dubli Well Woman* davasında, yurtdışında kürtaj imkânıyla ilgili bilgi verilmesini yasaklayan mevzuatını haklı göstermek için doğmamış çocuğun yaşamının korunmasına dayanmıştır. Çözülmesi gereken tek mesele, söz konusu bilgiyi alma ve verme özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların, “İrlanda’da doğmamış çocuğun yaşama hakkının korunmasının bir yönünü oluşturduğu ahlakın korunması şeklindeki meşru amacı” izlemek için, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamındaki demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı meselesidir (*s. 27-28, §63*). Çünkü Mahkeme, “kürtajın Sözleşme’de güvence altına alınmış bir hak olup olmadığına veya fetüsün 2. maddede yer alan yaşama hakkıyla korunup korunmadığına” karar vermenin konuyla ilgili olmadığını düşünmüştür (*s. 28, §66*). Mahkeme, *H. – Norveç* davasına benzer, babanın arzusuna rağmen hamileliğini sonlandırmaya karar vermiş bir kadının söz konusu olduğu yakın tarihli bir davada, “fetüsün, yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülükle ilgili içtihadın yorumlanmış olan 2. maddenin birinci cümlesine göre korumadan yararlanıp yararlanmadığına” karar vermesinin gerekli olmadığını belirtmiş ve şöyle devam etmiştir: “Fetüsün belirli koşullarda Sözleşme’nin 2. maddesiyle korunan haklara sahip olabileceği düşünülecek olsa bile, ... bu davada ... hamilelik 194 sayılı ve 1978 tarihli Kanununun 5. maddesine uygun olarak sonlandırılmış olup, bu kanun kadının menfaatleri ile fetüsün korumasını sağlamak arasında adil bir denge kurmaktadır (*bk. yukarıda geçen Boso kararı*).

80. İchtihadın özetlenmesinden çıkan sonuca göre, bugünü kadar Sözleşme organları tarafından kürtaj yasalarının incelendiği olaylarda, doğmamış çocuk Sözleşme’nin 2. maddesiyle doğrudan korunan “kişi” olarak görülmemektedir; doğmamış çocuk “yaşama hakkı”na sahip olsa bile, bu hak annenin hakları ve menfaatleriyle zımnen sınırlıdır. Ancak Sözleşme organları, koruyucuların belirli koşullarda doğmamış çocuğu da kapsayacak şekilde genişletilebileceği ihtimalini yok saymamışlardır. İşte bu, Komisyon’un “Sözleşme’nin 8(1). fıkrasının, hamileliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel yaşamına giren bir mesele olarak yorumlanamayacağını” söylerken tam da düşündüğü şeydir (*bk. Brüggemann ve Scheuten, a.g.k. s. 116-117, §61*); Mahkeme de yukarıda geçen *Boso* kararında aynı şeyi düşünmüştür. Bu davaların incelenmesinden anlaşıldığına göre bu mesele daima, çeşitli ve bazen bir anne olarak kadının veya bir babanın birbirine göre doğmamış çocuk karşısından çelişen hak ve özgürlüklerini dengelenerek karara bağlanmıştır.”

2. Mevcut olaydaki yaklaşım

[81-95]: Mahkeme, yaşamın ne zaman başladığı sorununun ulusal makamlar tarafından karar verilmesi gereken bir sorun olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre ilk olarak,

Sözleşme'yi onaylamış olan devletlerin çoğunluğunda ve ayrıca konuyla ilgili kamusal tartışmaların yapıldığı Fransa'da, bu sorun hakkında karar verilmiş değildir. İkinci olarak yaşamın başlangıcının tanımı konusunda Avrupa'da bilimsel ve hukuksal açıdan bir konsensüs bulunmamaktadır. Konuyla ilgili Fransız mahkemelerinin kararlarından ve hamileliğin gayri iradi sonlandırılmasına dair bir suç oluşturma konusunda yakın tarihli parlamento tartışmalarından, embriyo ve/veya ceninin niteliğinin ve hukuki statüsünün Fransa'da tanımlanmamış olduğu ve embriyo ve/veya ceninin nasıl korunacağını Fransız toplumundaki çeşitli güçler tarafından karar verilecek bir mesele olduğu anlaşılmaktadır. Avrupa düzeyinde de embriyo ve/veya ceninin niteliği ve statüsü konusunda bir konsensüs yoktur. En iyi ihtimalle, embriyo ve/veya ceninin insan ırkına ait olduğunun devletler arasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo ve/veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru adına korumayı gerektirir. Bu düşüncelerle Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün ve istenilir bir şey olmadığını kanaat getirmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin olayda uygulanabilir olduğu varsayılabilir bile, Fransa'nın halk sağlığı alanında yaşamı korumayla ilgili şartlara uygun davrandığını göz önünde tutarak, başvuruçunun hamileliğinin beklenmedik bir şekilde sona ermesinin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamına girip girmediğini incelemeyi gerekli görmemiştir. Olaydaki uyuşmazlığın, annenin iradesine aykırı olarak ve kendisinin yoğun acı duyması pahasına, doğmamış çocuğu istemeden ölümcül surette yaralamayla ilgili olduğunu kaydeden Mahkeme, bu olayda ceninin menfaatleriyle annesinin menfaatlerinin örtüşüğünü kabul etmiştir. Buna göre Mahkeme iç hukukta başvuruçuya sağlanan korumayı, ceninin kaybında doktorun ihmalinin kanıtlanması ve hamileliğin zorunlu sona erdirilmesi nedeniyle bir giderim elde edilmesi için mevcut mekanizmanın yeterliliği açısından incelemiştir.

Olay, başvuruçunun maddi bütünlüğünün taksirle ihlal edilmesi olduğundan, Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülük, mutlaka cezai nitelikte bir hukuk yolunun varlığını gerektirmez. Başvuruçunun doktorun ihmali nedeniyle yetkililere karşı tazminat davası açabilirdi. Böyle bir davanın yüksek bir başarı şansı vardı; başvuruçunun hastaneyi tazminat ödemeye zorlayan bir karar elde edebilirdi. Bu durum, cezai soruşturmada hazırlanan uzman raporlarındaki tespitlerden anlaşılmaktadır. Öte yandan olayın şartları içinde, idare mahkemesine açılacak olan davanın dört yıllık bir zamanaşımına tabi olması, Mahkeme'ye göre çok kısa bir süre değildir; kaldı ki yeni bir yasayla bu süre on yıla çıkarılmıştır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 2. maddesi uygulanabilir olsa bile, bu madde ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Başvurunun konu bakımından Sözleşme hükümleriyle bağdaşmaz olduğuna ve iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümetin itirazının esasla birleştirilmesine ve bu itirazların reddine;
2. Oybirliğiyle, başvurunun kabuledilebilir olduğuna,
3. Üçe karşı on dört oyla Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

GÖZALTINDA ÖLÜM

27.06.2000 21986/93 SALMAN - TÜRKİYE

◆ *gözaltında ölüm - şiddet sonucu ölüm* (gözaltına alındıktan 24 saat kadar sonra ölen kişinin sorgusu sırasında işkenceye tabi tutulduğu ve bunun da bir kalp krizine yol açarak ölüme sebebiyet vermiş olması), *ölüm soruşturması* (ölüm sonrası tıbbi inceleme eksiklikleri), *öldünden önce yaralama* (gözaltında ölen kişinin sol ayak bileğindeki sıyrıklarla birlikte sol ayak üzerinde görülen bere ve şişlik, falaka izleriyle uyumlu olması), *etkili hukuk yolu* (başvurucunun eşinin ölümünü çevreleyen koşullar hakkında etkili bir soruşturma yapılmamış olması), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvurucunun gözlerinin bağlanarak eşinin ölümünden sorumlu olduğu iddia edilen Terörle Mücadele Şubesine bağlı polisler tarafından sorgulanması) ■ *yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - işkence ve kötü muamele yasağı - işkence - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - bireysel başvuru - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Behiye Salman 1942 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Davaya konu olan olaylar tartışmalıdır. Komisyon olaylarla ilgili bir soruşturma yapmıştır. O tarihte 45 yaşında olan başvurucunun eşi Agit Salman, 28 Nisan 1992 tarihinde gece yarısından biraz sonra, Adana'da taksi şoförü olarak çalıştığı taksi durağından Adana Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi polisleri tarafından gözaltına alınmıştır. Newroz kutlamalarına katılma, bir yangın çıkarma ve bir kişinin öldüğü ve diğer dört kişinin yaralandığı güvenlik güçlerine karşı saldırı faaliyetlerine katıldığı gerekçesiyle gözaltına alınan Agit Salman nezarethaneye konulmadan önce bir doktora muayene ettirilmemiştir. Ancak Agit Salman'ın gözaltına alınırken yaralandığı veya sağlığının bozulduğuna dair belirtiler gösterdiği veya solunum zorluğu çektiği ispat edilememiştir. Aynı operasyon çerçevesinde üç kişi daha gözaltına alınmıştır. Gözaltına alınanların sorgu zamanlarını gösteren bir kayıt bulunmamaktadır. Daha sonra savcıya ifade veren polisler Agit Salman'ın gözaltı sırasında sorgulanmadığını, çünkü operasyonun bitmesinden önce herhangi bir sorgulama yapılamayacağını belirtmişlerdir. Ancak Komisyon diğer delilleri de dikkate alarak Agit Salman'ın gözaltında tutulduğu sırada sorgu timi tarafından sorgulandığı sonucuna varmıştır.

29 Nisan 1992 gününün ilk saatlerinde Agit Salman Adana Devlet Hastanesi'ne götürülmüştür. Kendisini muayene eden doktor, Agit Salman'ın kalp, solunum ve diğer yaşam fonksiyonlarının durmuş, yüz ve kulakların morarmaya başlamış, göz bebeklerinin büyümüş olduğunu tespit etmiştir. Doktor, Agit Salman'ın hastaneye getirilmeden 15 veya 20 dakika önce ölmüş olduğunu bildirmiştir. Aynı gün bir adli tıp hekimi savcının huzurunda ölüyü incelemiş, sağ koltuk altının ön tarafında 1'e 3 cm boyutlarında iki kurumuş yara ve sol ayak bileği üzerinde 1'e 1 cm boyutlarında bir taze yara ve göğüs bölgesi üzerinde 5'e 10 cm boyutlarında eski bir ekimoz (çürük) tespit etmiştir. Yine aynı gün otopsi yapılmış ve organlardan alınan bazı örnekler incelemeye gönderilmiştir. Polis Agit Salman'ın oğlu Mehmet'i alarak Emniyet Müdürlüğüne götürmüş ve kendisine babasının bir kalp krizi sonucu öldüğü söylenmiştir. Ceset aileye teslim edilmiş ve aile cenazeyi mezarlıkta yıkamıştır. Aile üyeleri Agit Salman'ın koltuk altlarında belirgin yara ve bereleri, sırtında deliklere benzeyen izleri, bir ayağının şişmiş olduğunu ve ayakta izleri görmüşler, dört tane renkli fotoğraf çekmişlerdir. Adli tıp hekimi 21 Mayıs 1992'de verdiği otopsi raporunda, bu kez göğüs üzerindeki ekimozun mor renkli olduğunu belirtmiş, ölü inceleme tutanağındaki fiziki tespitleri tekrarlamış, ciğerlerin her birinin 300 gram olduğunu ve ci-

ğerlerde ödem bulunduğunu, kalbin ise 550 gram ve normalden büyük olduğunu, beyinde ödem bulunduğunu, bazı damarlarda damar sertliği olduğunu, kalp zarının kalbe sıkı bir şekilde yapışmış olduğunu tespit etmiştir. Hekim, kırılmış olan göğüs kemiğine yapışık yumuşak dokularda görülen taze kanamanın, bir reanimasyon (diriltme) denemesinden kaynaklanmış olabileceğini belirtmiştir. Otopsi raporunda ölümün gerçek sebebinin tespit edilemediği belirtilmiş ve dosyanın İstanbul Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesi tavsiye edilmiştir.

Savcı Mayıs ve Haziran 1992'de yakalama tutanağında imzası bulunan polislerin, sorgu timi üyesi polislerin, Agit Salman'ın babasının ve taksi şoförlerinin, hastanede Agit Salman'ı ilk gören doktorun ifadelerini almıştır. 15 Temmuz 1992'de Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi raporunu açıklamıştır. Raporunda, otopside yapılan iç ve dış incelemeler sonucu ulaşılan tespitler tekrar edilmiştir. Sonuç olarak topuktaki birkaç yeni travmaya bağlı lezyon ve göğüs kafesi üzerinde bulunan mor renkli eski ekimoz dışında, travmaya bağlı herhangi bir lezyon bulunmadığı belirtilmiştir. Sternum çevresindeki yeni kanama ise, bir reanimasyon denemesine bağlanabilir. Ölümün doğrudan bir travmanın sonucu olduğunu düşündürecek herhangi bir bulgu bulunmamaktadır. Ceset üzerinde görülen yüzeysel travmalar doğrudan yapılmış olabilir ise de, ilgilinin yakalandığı veya polis arabasına bindirilmeye çalışıldığı esnada gösterdiği direnişin ve bu arada gerçekleşen itiş kakışın sonucu da olabilir. Bu darbelerin hiçbiri tek başına ölüme yol açabilecek nitelikte değildir. Kalbin göreceli olarak büyük olması, kalbe giden damarlardaki sertleşme, kalp zarı ve kasları üzerinde bulunan eski bulaşıcı hastalık izleri, eski bir kalp hastalığının varlığını göstermektedir. Raporunda varılan sonuca göre, ölen kişi gözüne alınmadan önce aktif bir şekilde çalışmış ve yaşamış olmasına rağmen yakalanmasından 24 saat sonra ölmesine, mevcut kalp hastalığına ilave olarak, olayın getirdiği baskının sinir sistemi üzerinde yarattığı değişikliklerle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir kalp krizi neden olmuş olabilir.

Adana savcısı 15 Ekim 1992'de takipsizlik kararı vermiştir. Savcının anlatımına göre Agit Salman, 29 Nisan 1992 saat 01:15 sularında polislerle kalp rahatsızlığı olduğunu söylemiş ve götürüldüğü Adana Devlet hastanesinde ölmüştür. Başvurucu 13 Kasım 1992 tarihinde, Agit Salman'ın sorgulandığını ve işkence altında öldüğünü iddia ederek, takipsizlik kararına itiraz etmiştir. Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı 25 Kasım 1992 tarihinde başvurusunun itirazını reddetmiştir. Adalet Bakanı 22 Aralık 1992'de CMUK 343. maddesindeki yazılı emir yoluyla bozma talebinde bulunmuş, Yargıtay 16 Şubat 1994'te takipsizlik kararını bozarak dava açılması için dosyayı Adana Savcılığı'na göndermiştir.

Savcı 2 Mayıs 1994 tarihli iddianameyle 10 polis aleyhine adam öldürme suçundan ceza davası açmıştır. Sanık polisler suçsuz olduklarını, kötü muamele yapmadıklarını savunmuşlardır. Adana Ağır Ceza Mahkemesi 26 Aralık 1994 tarihinde verdiği kararda, sanıkların Agit Salman'a karşı zor kullandıkları veya şiddet uyguladıkları veya ikrar elde etmek için işkence yaptıkları veya tehdit ettiklerinin kanıtlanamadığı sonucuna varmış ve delil yetersizliği sebebiyle sanıkların beraatına karar vermiştir. Davaya müdahil olan başvuru, beraat kararına karşı temyize başvurmamış, karar da 3 Ocak 1995 tarihinde kesinleşmiştir.

Komisyon, yazılı ve sözlü deliller, fotoğraflar ve Profesörler Pounder ile Cordner'in raporları ışığında, Agit Salman'ın uzun süre soluksuz kalmadan, hızlı bir şekilde öldüğü sonucuna varmıştır. Komisyon, sol ayak bileğindeki izler ve sıyrıklar hakkında açıklama yapılmadığını, sol ayak tabanındaki bere ve şişliğin falaka uygulamasıyla uyumlu olduğunu, göğüs ortasındaki berenin tam olarak ne zaman meydana geldiğinin tespit edilmediğini, kalp masajının bu yaralara birlikte sebebiyet vermiş olamayacağını, kalp masajı uygulandığına dair ilk kez olaydan dört yıl sonra polislerin Komisyon önünde verdikleri

ifadenin inandırıcı olmadığını belirtmiştir. Komisyon, Agit Salman'ın sorgusu sırasında işkenceye tabi tutulduğunu ve bunun da bir kalp krizine yol açarak ölüme sebebiyet verdiği kanaat getirmiştir. Başvurucu 24 Ocak 1996 tarihinde Adana Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesine çağırılmıştır. Polisler başvurucudan ifade almışlar ve ifade tutağının altına parmağını bastırmışlardır. Bu belge 'Avrupa İnsan Haklarına [organlarına] yardım için yaptığı başvuruyla ilgili' başlığını taşımakta ve şu şekilde başlamaktadır: 'Tanığa, İnsan Hakları Avrupa Derneği'ne bir başvuru yapıp yapmadığı, yardım isteyip istemediği, bir başvuru formu doldurup doldurmadığı, başvuruda kimin aracılık ettiği soruldu'. Komisyona göre bu soru, başvurucunun nasıl olup da Komisyon'a başvurabildiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Hükümet, Komisyon'un tespitlerine karşı çıkmış, polislerin verdikleri ifadelere, otopsi raporuna ve Adli Tıp Kurumu tarafından verilen rapora ve İhtisas Dairesi Başkanının Komisyon temsilcileri önünde verdiği ifadeye dayanmıştır. Başvurucu 20 Mayıs 1993'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda Sözleşme'nin 2, 3, 13, 18 ve (eski) 25. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

[79-88]: Hükümet, başvurucunun beraat kararını temyiz etmediğini, hukuk veya idare mahkemelerine tazminat davası açmadığını belirterek Sözleşme'nin 35. maddesinin gerektirdiği şekilde mevcut giderim yollarını kullanmadığını, dolayısıyla da iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuştur. Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak *Akdıvar ve Diğerleri* kararı ile *Aksoy* kararındaki prensipleri hatırlatmış, *Aytekin* kararındaki durumun bu olaylardan farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme hukuki ve cezai yollarla ilgili itirazların, cezai soruşturmanın etkililiğiyle ilgili meseleler ortaya çıkardığını, cezai soruşturmanın da başvurucunun Sözleşme'nin 2, 3, ve 13. maddeleri bakımından yaptığı şikâyetlerle yakından bağlantılı olduğunu düşünmüş ve bu itirazları esas hakkındaki inceleme ile birleştirmiştir. Mahkeme daha sonra bu itirazları reddetmiştir.

III. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların iddia ve savunmaları

[93-96]: Başvurucu eşinin gözaltında tutulduğu sırada öldürüldüğünü ileri sürmüştür. Başvurucuya göre tıbbi deliller, eşinin şiddet gördüğünü ve bunun da bir kalp krizine yol açtığını ortaya koymuştur. Hükümet, başvurucunun iddialarının temelden yoksun olduğunu savunmuştur.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

A. Agit Salman'ın ölümü

“97. Yaşama hakkını güvence altına alan ve hangi durumlarda yaşamdan yoksun bırakmanın haklı kılınabileceğini gösteren Sözleşme'nin 2. maddesi, Sözleşme'nin en temel maddeleri arasında yer almakta olup, hiçbir şekilde askıya alınmasına izin verilmemektedir. Bu madde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturur. Bu nedenle, yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görülebileceği durumların dar yorumlanması gerekir. Bireyin korunmasının bir vasıtası olan Sözleşme'nin amacı ve gayesi ayrıca, Sözleşme'nin 2. maddesinin koruyucularını pratik ve etkili yapacak şekilde yorumlanması ve uygulanmasını gerektirir (*McCann ve Diğerleri*, §146-47).

98. Sözleşme'nin 2. maddesi bir bütün olarak yorumlandığında, bu maddenin sadece kasten öldürmeyi değil, ama ayrıca istenmeyen bir netice olarak yaşamdan yoksun bırakmayla sonuçlanabilecek 'güç kullanma'ya izin verilen halleri de kapsadığı görülmektedir. Bununla birlikte, öldürücü güç kullanımının bilerek veya isteyerek olup olmadığı, gücün gerekliliği değerlendirilirken dikkate alınacak faktörlerden sadece biridir. Herhangi bir şekilde güç kullanımı, ikinci fıkranın (a), (b) ve (c) bendlerinde gösterilen amaçlardan bir veya birkaçını gerçekleştirmek için 'mutlaka gerekli' olandan fazla olamaz. Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında kullanılan 'mutlaka gerekli' terimi, burada devletin eyleminin Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. fıkraları bakımından 'demokratik toplumda gerekli' olup olmadığı karara bağlanırken normal olarak uygulanan gereklilik testinden daha sıkı ve daha zorlayıcı bir gereklilik testi uygulanması gerektiğine işaret etmektedir. Sonuç olarak kullanılan güç, izin verilen amaçların gerçekleştirilmesiyle kesinlikle orantılı olmalıdır (*McCann ve Diğerleri*, §148-49).

99. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinde korunan hakkın önemi nedeniyle, sadece devlet görevlilerinin eylemlerini değil, ama aynı zamanda olayı çevreleyen bütün koşulları dikkate alarak, yaşamdan yoksun bırakma olaylarını çok dikkatli bir incelemeye tabi tutmalıdır. Gözaltındaki kişiler korunmasız bir durumda olup, yetkililer bu kişileri korumakla yükümlüdürler. Sonuç olarak, gözaltına alınırken sağlığı yerinde olan bir kimsenin gözaltından çıkarken yaralanmış olduğu görülecek olursa, bu yaraların nasıl meydana geldiği konusunda aklın alabileceği bir açıklama getirmek, devlete düşer (*Selmouni*, §87). Kişinin gözaltında ölmesi halinde, yetkililerin bireye yapılan muameleyi anlatma yükümlülükleri daha da artar.

100. Mahkeme delilleri değerlendirirken, genellikle 'makul kuşku kalmayacak' şekilde kanıtlama standardını kullanmaktadır (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §161). Bununla birlikte bu kanıtlamaya yeterince sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamalardan veya aynı biçimde çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunmasından varılabilir. Eğer tartışma konusu olaylar, yetkililerin kontrolü altındaki nezarete bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, münhasıran veya büyük ölçüde yetkililerin bilgisi dâhilinde gerçekleşmiş ise, yaraların böyle bir tutma sırasında meydana geldiğine dair güçlü maddi karineler ortaya çıkar. Aslında bu gibi durumlarda kanıtlama yükümlülüğünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerinde olduğu söylenebilir.

101. Mahkeme, Komisyon'un olaylar hakkındaki değerlendirmesinin, yukarıdaki ilkelere tam olarak uyduğunu saptamaktadır.

102. Agit Salman, tamamen sağlıklı olduğu ve önceden mevcut herhangi bir yarası veya hastalığı bulunmadığı bir sırada gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralar ve sol ayaktaki bere ve şişlik, göğüsteki bere ve göğüs kemiğindeki kırılma hakkında aklın alabileceği bir açıklama getirilmemiştir. Deliller, hükümetin yaraların gözaltına alma sırasında oluşmuş olabileceğine veya göğüs kemiğindeki kırığın kalp masajı sırasında meydana gelmiş olabileceğine yönelik savunmalarını desteklemektedir. Dr. Bilge Kırangil'in göğüs üzerindeki berenin yakalanma öncesine ait olduğu ve Agit Salman'ın yalnızca yakalanmanın yarattığı stres yüzünden ve uzun bir soluk alma zorluğu çektikten sonra öldüğüne dair görüşü, Profesör Pounder ve Profesör Corder'in raporlarıyla çürütülmüştür. Komisyon, bu profesörlerin ölümün hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve göğüs üzerindeki berenin ve göğüs kemiğindeki kırılmanın aynı olaydan, yani göğse tek bir darbeden kaynaklandığı görüşünü kabul ederken, Dr. Kırangil'in raporuna gerekli ağırlığı vermeyi ihmal etmiş ve Profesör Corder ve Profesör Pounder'in görüşlerine gereksiz bir öncelik tanımış değildir. Dikkat edilecek olursa, İstanbul Adli Tıp Kurumu'nun Komisyon önünde tartışılan raporunu Dr. Kırangil'in imzalamış olduğu görülür ve bu nedenle objektif ve

bağımsız olduğu iddia edilemez. Ayrıca, iki Profesör arasında hileli bir işbirliği bulunduğuna dair Hükümet temsilcisinin duruşmadaki beyanı asılsızdır.

103. Mahkeme bu nedenle, Hükümetin Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında tutulduğu sırada bir kalp krizinden kaynaklanan ölümüne açıklama getiremediği ve bu ölüme davalı devletin sorumluluğunun bulunduğu sonucuna varmıştır.”

2. Soruşturmanın yetersizliği iddiası

“**104.** Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesine göre yaşamı koruma yükümlülüğünün, Sözleşme'nin 1. maddesindeki 'Sözleşme (de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma' görevi ile bağlantılı olarak okunduğunda, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu öldürülmesinin, şu veya bu biçimde etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zimnen gerektirdiğini hatırlatır (*McCann ve Diğerleri, §161; Kaya – Türkiye, §105*).

105. Bu bağlamda Mahkeme yukarıda bahsedilen yükümlülüğün, ölüme yalnızca bir devlet görevlisinin eyleminin neden olduğunun görüldüğü durumlara sınırlı olmadığını belirtir. Başvurucu ve ölenin babası yetkili soruşturma makamlarına, ölümün işkenceden kaynaklandığını iddia eden resmi bir şikâyetle bulunmuşlardır. Dahası, sırf Agit Salman'ın gözaltında ölümünün yetkililere ihbar edilmiş olması kendiliğinden, Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde ölümün hangi koşullarda meydana geldiğini etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü doğurur (*Ergi, §82; Yaşa, §100*). Bu yükümlülük, gerektiğinde kötü muamele ve yara izlerinin ayrıntılı ve tam bir dökümünü sağlayacak türden bir otopsi ile ölüm sebebi gibi klinik bulguların objektif bir analizinin yapılmasını da içerir.

106. Dava konusu olaya dönülecek olursa, Mahkeme Agit Salman'ın ölümüne sebebiyet veren koşulların belirlenmesinde otopsi incelemesinin büyük önem taşıdığını gözlemlemektedir. Mahkeme önünde hala unsurları tartışma konusu olan maddi olayların ortaya konulmasında Komisyon'un karşılaştığı güçlükler, büyük ölçüde ölüm sonrası yapılan tıbbi incelemelerdeki eksikliklerden kaynaklanmaktadır. Özellikle adli tıbbın gerektirdiği şekilde cesedin fotoğraflarının çekilmemiş olması, ceset üzerindeki yaraların ve izlerin ayrıntılı histopatolojik incelemesinin ve tahlilinin yapılmamış olması, Agit Salman'ın ölümüne son 24 saat içinde gördüğü kötü muamelelerin yol açmış olup olmadığını ortaya koymak için hayati öneme sahip bu izlerin meydana geliş tarihine ve kaynağına ilişkin gerçeğe uygun analiz yapılmasını engellemiştir. Dr. Şen'in, bir kalp masajı yapıp yapılmadığını doğrulamaksızın, göğüs kemiğindeki kırılmaya bu tür bir masajın sebep olmuş olabileceğine dair raporunda yer verdiği koşulsuz varsayım, olayın şartları altında yanıltıcı olmuştur. İstanbul Adli Tıp Kurumu'nun Dr. Şen'in tespitleri üzerinde yaptığı inceleme, bu kusurları gıdirmemiştir. Adli Tıp Kurumu, otopsinin Agit Salman'ın önceden var olan bir kalp rahatsızlığı ile birlikte yakalanmasının yarattığı heyecanın birleşmesinin tetiklediği bir kalp krizi sonucu öldüğünü ortaya koyduğunu belirterek, bunları birbirine bağlamıştır.

107. Başvurucu tarafından dile getirilen işkence iddialarını destekleyen delil eksikliği, savcı tarafından 19 Ekim 1992 tarihinde verilen takipsizlik kararı ile Adana Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 26 Aralık 1994 tarihinde verilen beraat kararının dayanağı olmuştur. Mahkeme, yapılan otopsideki kusurların, Agit Salman'ın ölümünden polislerin sorumluluğunu belirlemeye yönelik herhangi bir girişimi temelinden çürüttüğünü düşünmektedir. Zaten iddianamede, bütün bu dönem içinde nöbetçi üç nezarethane memuru dâhil, yakalanmasından ölümüne kadar Agit Salman'la temasta buldukları bilinen tüm polislerin isimleri, aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın yer almıştır. Agit Salman'a kötü muamele yapan veya yapmış olabilecek polislerin kimliklerinin daha açık bir şekilde tespiti için herhangi delil sunulmamıştır.

108. Bu koşullarda, sadece ilk derece mahkemesi tarafından dosyanın yeniden incelenmesi için geri gönderme yetkisine sahip Yargıtay'a yapılabilecek bir temyiz başvurusu, mevcut delillerin açıklanması ve geliştirilmesi bakımından etkili bir şansa sahip değildir. Mahkeme bu nedenle, başvurunun teorik olarak sahip olduğu ceza yargılamasındaki temyiz başvurusunun, yapılmış olan soruşturmanın gidişatını kayda değer bir şekilde değiştirebilecek türden olduğuna ikna olmamıştır. Bu durumda başvurunun ceza hukuku alanında iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği kuralına uyduğunun kabul edilmesi gerekir.

109. Mahkeme yetkililerin, Agit Salman'ın ölümünü çevreleyen koşullarla ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütmedikleri sonucuna varmıştır. Bu durum, olayın şartları içinde, hukuk mahkemelerine yapılabilecek başvuru yollarını da etkisiz kılmaktadır. Buna göre Mahkeme, Hükümetin ilk itirazının hukuk ve cezai yollarla ilgili kısımlarını da reddetmekte ve bu bakımdan da Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

IV. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu, eşinin Adana Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında tutulduğu sırada işkence sayılabilecek bir muameleye tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, eşinin işkence gördüğü şikâyetinin gereği gibi araştırılmadığını, bunun da Sözleşme'nin 3. maddesini usul yönünden ihlal ettiğini iddia etmiştir. Hükümet bu iddialara karşı çıkmıştır.

“**113.** Yukarıda Mahkeme, hükümetin sağlıklıyken gözaltına alınmış Agit Salman'ın daha sonra vücudunda bulunan yara ve izler hakkında aklın kabul edebileceği bir açıklama yapmadığı sonucuna varmıştır. Dahası, sol ayak bileğindeki sıyrıklarla birlikte sol ayak üzerinde görülen bere ve şişlik, falaka izleriyle uyumlu olup, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin raporuna göre falaka, ülkede en yaygın olan, başka yerlerin yanı sıra Adana Emniyet Müdürlüğü'nde de uygulanan kötü muamele biçimlerinden biridir. Bu yaraların kazaen meydana gelmiş olması pek mümkün değildir. Göğüs kemiğindeki kırığın üzerinde yayılan bere de bir düşmeden çok, göğse vurulan bir darbeye uyumludur. Hükümetin açıklayamadığı bu yaraların, yetkililerin sorumlu olduğu bir kötü muamele sonucunda oluştuğu kabul edilmelidir.

114. Bir kötü muamele biçiminin işkence olup olmadığını belirlemek için, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat etmelidir. Mahkeme'nin önceki kararlarında da belirttiği gibi, Sözleşme bu ayrımı yapmak suretiyle, çok ağır ve zalimane acılara sebep olan kasti insanlık dışı muameleye özel bir damga vurmak istemiş olmalıdır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §167*). İşkenceyi bilgi elde etme, ceza verme veya korkutma gibi amaçlarla kasten ağır acı veya ıstırap verme şeklinde tanımlayan 26 Haziran 1987 yürürlük tarihli B.M. İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesine göre, işkencede muamelenin ağırlığı yanında bir de kast unsuru vardır.

115. Kötü muamelenin nitelik ve ağırlığını (falaka ve göğse darp) ve bunun PKK'nın eylemlerine katıldığından şüphelenilen Agit Salman'a sorgusu sırasında yapıldığına dair delillerden çıkarılabilecek güçlü çıkarsamaları göz önünde tutan Mahkeme, bu muamelenin işkence olarak nitelenebilecek kadar ağır ve zalimane bir muamele olduğunu tespit eder (*Selmouni, §96-105*).”

IV. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu, Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını kullanamadığından şikâyetçi olmuştur. Hükümete göre olayla ilgili soruşturma ve

polisler hakkında yapılan yargılama, başvurunun iddiaları bakımından etkili bir hukuk yolu oluşturmuşlardır. Bununla birlikte başvuru, polisler hakkında verilen beraat kararını temiz etmemiş ve dolayısıyla da kendisine tanınan etkili başvuru yollarını kullanmamıştır.

“121. Mahkeme, iç hukukta Sözleşme’deki hak ve özgürlükler hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, Sözleşme’nin 13. maddesinin bu hak ve özgürlüklerin özü itibarıyla uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun bulunmasını güvence altına aldığı hatırlatır. Bu nedenle Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşmeciler Devletlere bu madde kapsamındaki yükümlülüklerine uygun davranma tarzı konusunda belli bir takdir yetkisi tanınmasına karşın, Sözleşme bakımından ‘savunulabilir iddia’nın esasını inceleyecek bir iç hukuk yolunu sağlamayı ve gerekli giderimi vermeyi gerektirmektedir. Sözleşme’nin 13. maddesinden doğan yükümlülüğün alanı, başvurunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetin niteliğine göre değişir. Bununla birlikte, Sözleşme’nin 13. maddesinin gerektirdiği hukuk yolu, hukuken olduğu kadar, özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız biçimde engellenmeden kullanılması anlamında, uygulamada da ‘etkili’ olmalıdır (*Aksoy, §95; Aydın, §103; Kaya, §106*). Yaşamın korunması hakkının temel bir öneme sahip olması nedeniyle, Sözleşme’nin 13. maddesi, gerektiğinde tazminat ödenmesinin yanında, şikâyetçinin soruşturma sürecine etkili bir şekilde katıldığı, öldürme olayında sorumlu olanların kimliklerinin belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir (*Kaya, §107*).

122. Mahkeme, elde edilen delillerin ışığında mevcut olayda, başvurunun eşinin gözaltında ölümünden ve tabii tutulduğu işkenceden davalı devletin Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleri uyarınca sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle başvurunun şikâyetleri, Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından ‘savunulabilir’ nitelikte şikâyetlerdir (*Boyle ve Rice, §52; Kaya, §107; Yaşa, §113*).

123. Dolayısıyla yetkililerin, başvurunun eşinin ölümünü çevreleyen koşullar hakkında etkili bir soruşturma yapma yükümlülükleri vardır. Olayda, yukarıda gösterilen gerekçelerle, Sözleşme’nin 2. maddesinin yüklediği soruşturma yükümlülüğünden daha geniş şartları bulunan 13. maddeye uygun etkili bir cezai soruşturma yapıldığı düşünülemez (*Kaya, §107*). Böylece Mahkeme, başvurunun eşinin ölümüyle ilgili olarak etkili bir başvuru hakkından yoksun bırakıldığı ve dolayısıyla tazminat davası gibi teorik olarak mevcut diğer başvuru yollarından da yoksun kaldığı sonucuna varmaktadır.”

IV. Sözleşme’nin 2, 3 ve 13. maddelerinin yetkililer tarafından idari pratik şeklinde ihlal edildiği iddiası

“124. Başvuru Türkiye’de Sözleşme’nin 2, 3, 13. maddeleri ihlal pratiğine yetkililer tarafından hoşgörü gösterildiğini, bu durumu kendisinin ve kocasının mağduriyetini ağırlaştırdığını iddia etmiştir. Başvuru, Mahkeme’nin ve Komisyon’un bu maddelerin ihlaline karar verdikleri Türkiye’nin güney doğu bölgesiyle ilgili diğer davalardan söz ederek, bu davaların insan hakları ihlal iddialarının yetkililer tarafından inkâr edilme ve hukuk yollarını tanımama şeklinde bir davranış tarzı bulunduğunu ortaya koyduğunu ileri sürmüştür.

125. Mahkeme, yukarıda Sözleşme’nin 2, 3 ve 13. maddelerine ilişkin tespitlerini göz önünde tutarak, bu davada belirlenen kusurların yetkililer tarafından benimsenmiş bir pratik olup olmadığını karara bağlamayı gerekli görmemektedir.”

VII. Sözleşme’nin eski 25. maddesinin (yeni 34 madde) ihlal edildiği iddiası

Başvuru, Adana Terörle Mücadele Şubesi’nde gözleri bağlı olarak yaptığı bireysel başvuru hakkında sorgulanmış olduğunu iddia etmiştir. Komisyon’a göre başvurunun polis

tarafından sorgulanmış olması, Sözleşmecî Devletin Sözleşme'nin eski 25. maddesindeki yükümlülüğüyle bağdaşmamaktadır. Hükümetin savunmasına göre yetkililerin başvuru-cuyla temas kurmalarındaki amaç, başvurucunun Komisyon'a yaptığı adli yardım başvurularında gösterdiği gelir kaynaklarının gerçeği yansıtır yansıtmadığını doğrulamaktır.

“130. Mahkeme, başvurucuların veya potansiyel başvurucuların şikâyetlerini geri almaları veya değiştirmeleri için yetkililerden gelebilecek herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın Komisyon'la serbestçe iletişim kurabilmelerinin, eski 25. madde ile kurulan bireysel başvuru sisteminin etkili işlemesi bakımından son derece büyük önem taşıdığını hatırlatır (*Akdıvar ve Diğerleri, §105; Aksoy, §105; Kurt, §159; Ergi, §105*). Bu kapsamda, ‘baskı’ sadece doğrudan zorlama ve açık yıldırma eylemlerini değil, ama aynı zamanda başvurucuları Sözleşme yolunu izlemekten vazgeçirmek veya engellemek için tasarlanmış, uygun olmayan dolaylı eylemleri ve ilişkileri de içerir (*Kurt, §159*). Bundan başka, yetkililerle bir başvuru arasındaki ilişkinin (eski) 25(1). fıkra bakımından kabul edilemez uygulamalardan olup olmadığı, olayın özel şartları ışığında saptanmalıdır. Bu konuda şikâyetçinin korunmasızlığı ve yetkililerin nüfuzuna karşı duyarlılığı dikkate alınmalıdır (*Akdıvar ve Diğerleri, §105 ve Kurt, §160*). Daha önceki davalarda Mahkeme, başvuru köylülerin korunmasız durumunu ve Güneydoğu bölgesinde yetkililer aleyhine şikâyetlerin haklı bir misilleme korkusuna yol açabileceği gerçeğini göz önünde bulundurmuş ve başvurucuların Komisyon'a başvuruları hakkında sorgulanmalarının, Sözleşme'nin eski 25. maddesinin ihlal biçiminde bireysel başvuru hakkının kullanılmasını engelleyen bir çeşit hukuk dışı ve kabul edilemez baskıya eşdeğer olduğunu saptamıştır.

131. Mevcut olayda başvurucunun Adana Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesine bağlı polisler tarafından bir kez 24 Ocak 1996 ve yine polisler tarafından bir kez de 9 Şubat 1996 tarihinde sorgulandığı, taraflar arasından uyuşmazlık konusu değildir. İlk sorgulamayla ilgili belgeler, başvurucunun yalnızca gelir kaynakları hakkında değil, ama Komisyon'a yaptığı başvurunun niteliği ve kendisine yardım eden kişilerin kimliği hakkında da sorgulandığını göstermektedir. Ayrıca Hükümet, başvurucunun Adana Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde tutulduğu sırada gözlerinin bağlandığını inkâr etmemiştir.

132. Mahkeme başvurucunun gözlerinin bağlanmış olmasının, başvurucuda sıkıntı ve korku yaratarak, kendisinin korunmasızlığını artırmış olduğu ve bu şartlar altında bunun bir baskı oluşturduğunu tespit etmektedir. Ayrıca, başvurucunun adli yardım talebi hakkında neden iki kez sorgulandığı ve neden sorgunun başvurucuya göre eşinin ölümünden sorumlu olduğu iddia edilen Terörle Mücadele Şubesine bağlı polisler tarafından yapıldığına dair aklın alabileceği bir açıklama getirilmemiştir. Başvurucu, yetkililerle bu temaslardan yılgınlık duymuş olmalıdır. Bu durum, Sözleşme organlarına yapılan başvuruya haksız bir müdahale oluşturmuştur.”

VIII. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

[134-144]: Mahkeme başvurucuya maddi tazminat olarak 39,320 Sterlin, manevi tazminat olarak 35,000 Sterlin, ücretler ve masraflar için 21,544 Sterlinden adli yardım olarak alınan 11,195 FF düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on altı oyla, Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Bire karşı on altı oyla, Agit Salman'ın gözaltında ölümü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oybirliğiyle, Agit Salman'ın gözaltında ölüm sebepleri konusunda yetkililerin etkili ve yeterli bir soruşturma yapmamış olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;

4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
6. Oybirliğiyle, davalı devletin Sözleşme'nin 25(1). fıkrasından doğan yükümlülüklere uygun davranmadığına;
7. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

08.04.2008 42942/02 ALİ ve AYŞE DURAN - TÜRKİYE

◆ *gözetiminde ölüm - ölüm soruşturması - cezasızlık* (gözetim altına alınan gencin 18 saat sonra hücrede ölü olarak bulunması, otopside sol kürek kemiği üzerinde geniş bir kanama tespit edildiği halde ölüm sebebinin kalp yetmezliği olarak belirlenmesi, kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılarak polisler hakkında yapılan yargılama sonunda işkence ile öldürme yerine öldürme kastı olmaksızın döverek ölüme sebebiyet vermekten suçlu bulunan polislerden hangisinin ölüme sebebiyet verdiğinin belirlenmemesi ve takdiri hafifletici nedenler görülmesi üzerine cezalarının 2 yıl dokuz aya indirilmesi, fiilin ağırlığı ile verilen ceza arasında açıkça bir orantısızlık bulunması, ayrıca 4616 sayılı yasa gereğince polisler verilen cezaların infazının ertelenmiş olması nedeniyle cezalarının hiç infaz edilmemiş olması) ■ yaşama hakkı - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvuruculardan Ali Duran 1933, Ayşe Duran 1945 doğumludur. Başvurucular, Bayram Duran'ın anne ve babasıdır. Bayram Duran 16 Ekim 1994'te İstanbul'da bir polis merkezinde dört polisin dövmesi sonucu ölmüştür.

Başvurucuların oğulları tehditle para alma suçu şikâyeti üzerine, 15 Ekim 1994 günü saat 11:00'de Gazi polis merkezinde gözetim altına alınmış ve 16 Ekim 1994 sabahı 05:00 sularında gözetiminde ölü olarak bulunmuştur. Aynı gün 12:35'te düzenlenen ve savcı, doktor, emniyet amiri ve dört kişi tarafından imzalanan 'olay yeri ve ölü muayene tutanağına' göre Bayram Duran'ın cesedinde kötü muamele izi veya kurşun yarası bulunmamaktadır. Hekim ölüm sebebinin anlaşılabilmesi için otopsi yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Aynı gün Gaziosmanpaşa savcısına ifade veren polisler, Bayram Duran'a gözetiminde tutulduğu sırada işkence veya kötü muamele yapılmadığını, kendisine bir bardak çay götürmek için gittikleri sırada hücrede ölü bulduklarını söylemişlerdir.

17 Ekim 1994'te Bayram Duran'ın cesedi üzerinde otopsi yapılmıştır. 14 Aralık 1994 tarihli otopsi raporuna göre ölüm sebebi, kalp yetmezliği olarak belirlenmiştir. Adli tıp uzmanları, sol kürek kemiği bölgesinde 3 x 8 cm boyutlarında bir kanama olduğunu tespit etmişler, bununla birlikte bu kanamanın Bayram Duran'ın ölümüne doğrudan sebebiyet vermediğini belirtmişlerdir. Savcı 29 Aralık 1994'te Bayram Duran'ın ölümüyle ilgili olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Babası Ali Duran'ın 21 Şubat 1995'te bu karara itiraz etmesi üzerine Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi bazı soruşturma işlemlerinin yapılmasını istemiştir. 13 Mart 1996'da Adli Tıp Kurumundan alınan bir raporda, kanamaya, kürek kemiği bölgesine bir darbin sebebiyet vermiş olduğu belirtilmiştir. Adli tıp uzmanları, darbin ve tutulduğu maddi koşulların Bayram Duran'ın kalbindeki rahatsızlığı ağırlaştırdığı ve kalp krizine yol açtığı sonucuna varmışlardır.

9 Nisan 1996'da Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi, savcının takipsizlik kararını kaldırmış ve Bayram Duran'ın 15 Ekim 1994'te gözetim altına alınmasına dair belgeleri imzalayan yedi polis hakkında ceza davası açılmasına karar vermiştir. Bu kararda mahkeme, Bayram Duran'ın işkence sonucu ölmüş olabileceğini kaydetmiş ve bu nedenle ceza davası açılması gerektiğini belirtmiştir.

Eyüp savcısı, 6 Haziran 1996'da yedi polis memuru aleyhine öldürme kastı olmaksızın şiddet uygulayarak ölüme sebebiyet vermekten, eski Ceza Kanununun 452(2) ve 251. maddelerine göre Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi'nde ceza davası açmıştır. 28 Ağustos 1996'da kamu güvenliği nedeniyle davanın Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakline karar verilmiştir. Bu mahkeme Kasım 1996 ile Temmuz 1997 tarihleri arasında bazı polislerin istinabe yoluyla ifadelerinin alınmasını sağlamış, ayrıca birinci başvurunun ve olay günü görevli hekimin ifadesini almıştır. Denizli Mahkemesi 7 Temmuz 1997 ile 10 Mayıs 1999 tarihleri arasında ifadesi alınması gereken sanıklardan polis komiseri A.Ş.'nin bulunamaması nedeniyle duruşmaları ertelemiş, 10 Mayıs 1999'da A.Ş.'nin gıyabında tutuklanmasına karar vermiştir. 22 Haziran 1999'da ikinci başvuru davaya katılma talebinde bulunmuş, ancak mahkeme bu talep hakkında bir karar vermemiştir. Komiser A.Ş. 3 Kasım 1999'da Denizli Ağır Ceza Mahkemesi önünde ifade vermiş ve Bayram Duran'ın kötü muamele sonucu öldüğü iddiasını reddetmiştir. A.Ş., Bayram Duran'ın basit bir iddia nedeniyle gözaltına alındığını ve kendisine kötü muamele yapmak için bir sebep bulunmadığını söylemiştir. Aynı gün ilk derece mahkemesi, A.Ş. hakkındaki tutuklama kararını kaldırmıştır.

Denizli Mahkemesi 6 Eylül 2000'de davayla ilgili karar vermiştir. Ağır Ceza Mahkemesi gerekçeli kararında, sanık polis M.S.'nin emekliye ayrıldığını ve diğer sanık polislerin görevlerine devam ettiklerini kaydetmiştir. Denizli Ağır Ceza Mahkemesi A.Ş, A.Ç. ve H.A. hakkında mahkûmiyet için yeterli delil bulunmadığını, çünkü bu sanıkların 15 Ekim 1994 günü 19.00 sularında polis merkezinden ayrıldıkları ve başvurunun Bayram Duran'ı aynı gün 19.00'a kadar birkaç kez ziyaret ettiğini belirtmiş ve bu nedenle isnat edilen suçlardan haklarında beraat kararı vermiştir. İlk derece mahkemesi, 15 Ekim 1994 saat 19.00 ile 16 Ekim 1994 saat 05.00 arasında nöbetçi olan M.S., A.A., A.K. ve İ.U.'nun Bayram Duran'ı belirlenemeyen bir nedenle öldürme kastı olmaksızın döverek Duran'ın ölümüne sebebiyet vermekten mahkûm etmiştir. Bu mahkeme, ölümün Bayram Duran'ın polisler tarafından daha önce bilinmeyen kalp hastalığıyla birleşmesi sonucu meydana geldiğini kaydederek, eski Ceza Kanununun 448 maddesi ve 452(2). fıkrası gereğince M.S., A.A., A.K. ve İ.U.'ya beşer yıl hapis cezası vermiştir. Bu mahkeme, mahkûm edilen polislerin Bayram Duran'ı suçunu ikrar ettirmek için dövdüklerinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan eski Ceza Kanununun 243. maddesindeki işkence suçunu uygulamamıştır. Bu mahkeme verdiği kararda, Bayram Duran'nın mahkûm edilen polisler tarafından dövüldüğünü ve travmanın sebep olduğu stresin bir sonucu olarak öldüğünü kaydetmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, Bayram Duran'ın başındaki travmaya sebep olan gerçek failin belirlenememiş olduğunu dikkate alarak, eski Ceza Kanununun 463. maddesi gereğince polislerin hapis cezasını iki yıl altı aya indirmiştir. Bu mahkeme, polislerin görevleri sırasında suç işlediklerini göz önünde tutarak, eski Ceza Kanununun 251. maddesi gereğince hapis cezalarını üç yıl dört aya çıkarmıştır. Son olarak mahkeme, mahkûm edilen bazı polislerin soruşturma ve ceza davası sırasında verdikleri ifadelerin olayın aydınlatılmasına yardımcı olduğu gerekçesiyle, eski Türk Ceza Kanununun 59. maddesi gereğince hapis cezalarını iki yıl dokuz ay on güne indirmiştir. İlk derece mahkemesi ayrıca, başvuruçuların maddi ve manevi zararlarına ilişkin haklarının saklı tutulmasına karar vermiştir.

Birinci başvurunun avukatı temyiz dilekçesinde, eski Ceza Kanununun 452. maddesinin uygulanmasının ve verilen cezaların hafif olmasının ilk derece mahkemesinin kararını etkisiz kıldığını ve dolayısıyla Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'yi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni ve İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerini ihlal ettiğini belirtmiştir. Yargıtay bu kararı 1 Ekim 2001'de ikinci başvurunun müdâhil olma talebi hakkında karar verilmemiş olması nedeniyle usulden bozmuştur. Denizli Ağır Ceza Mahkemesi

ikinci başvuruçunun talebini kabul etmiş ve sanıkları aynı cezalara mahkûm etmiş ve maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tutmuştur. Başvuruçular bu kararı da temyiz ederek, oğullarının işkenceyle öldürüldüğünü ve ilk derece mahkemesinin maddi olayları yanlış yorumladığını iddia etmişlerdir. Başvuruçular polislerin eski Ceza Kanununun 243. maddesi ve 450(3). fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular son olarak, mahkûm edilen polislerin memuriyetten men edilmeleri gerektiğini iddia etmişlerdir.

10 Haziran 2003'te Yargıtay başvuruçuların temyizini reddetmiş ve 25 Mart 2002 tarihli kararı onamıştır. 1 Haziran 2005'te, 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. A. A., A. K. ve İ. U. Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'ne dilekçe vererek, haklarındaki mahkûmiyetlerin yeni Ceza Kanunu hükümlerine göre yeniden incelenmesini istemişlerdir. Polisler kendi eylemlerinin 'hafif yaralama' olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca meslekten çıkarıldıklarını belirtmişlerdir. 24 Kasım 2005'te Denizli Ağır Ceza Mahkemesi bu talepleri reddetmiştir.

Başvuruçular, 6 Eylül 2002 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yaptıkları başvuruda, Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 13. maddelerine dayanarak, oğullarının güvenlik güçleri tarafından işkenceyle öldürüldüğünden ve polisler aleyhine açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmaması ve oğullarının işkence görmesinden ve ölümünden sorumlu olanlara caydırıcı bir ceza verilmemesi nedeniyle yetkililerin etkili bir soruşturma yapmadıklarından şikâyetçi olmuşlardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Bayram Duran'ın ölümü nedeniyle Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

A. Kabuledilebilirlik

[52-54]: Hükümet, başvuruçuların Sözleşme'yle ilgili şikâyetlerini ulusal makamlar önünde ileri sürmediklerini iddia etmiştir. Mahkeme, Bayram Duran'ın ölümünün ardından, Gaziosmanpaşa savcılığı tarafından re'sen bir soruşturma başlatıldığını ve bu soruşturmanın 29 Aralık 1994 tarihinde takipsizlik kararıyla sonuçlandığını gözlemlemektedir. Başvuruçuların itirazı üzerine, 29 Aralık 1994 tarihli karar kaldırılmış ve yedi polis aleyhine ceza davası açılmış, bu davaya başvuruçular aktif bir şekilde katılmışlardır. Başvuruçular ilk derece mahkemesine ve Yargıtay'a verdikleri dilekçelerde, sanık polislerin cezai sorumlulukları iddiasıyla ilgili beyanlarda bulunmakla kalmamışlar, ama aynı zamanda açıkça oğullarının ölümünün Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'yi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni ve İşkencenin, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini belirtmişlerdir. Bu unsurları göz önünde tutan Mahkeme, başvuruçuların şikâyetlerini ulusal makamlar önünde dile getirdiklerini tespit etmiş ve Hükümetin ilk itirazının birinci kısmını reddetmiştir.

[55-56]: Hükümet ikinci olarak, Gaziosmanpaşa savcılığı tarafından soruşturma yapılmasının, dört polis aleyhine ceza davası açılmasının ve polislerin Denizli Ağır Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmesinin, Sözleşme'yi ihlal iddialarıyla ilgili etkili bir hukuk yolu oluşturduğunu iddia etmiştir. Hükümet ayrıca, başvuruçuların ulusal mahkemelerin kararlarıyla tatmin olmamaları halinde, önce idari makamlardan ve daha sonra idare mahkemelerinden tazminat talebinde bulunabileceklerini ileri sürmüştür. Mahkeme, bu başvurunun esas itibarıyla kişinin yaşamının ve maddi ve manevi bütünlüğünün hukuk vasıtasıyla korunmasına dair pozitif yükümlülükle ilgili olduğunu hatırlatır. Dolayısıyla hükümetin bu konudaki itirazı, başvuruçuların şikâyetlerinin esasıyla ayrıştırlamaz bir biçimde bağlantılıdır. Bu nedenle bu itiraz, davanın esasıyla birleştirilmelidir.

B. Esas

1. Tarafların iddia ve savunmaları

Hükümet Bayram Duran'ın ölümüyle ilgili yapılan soruşturmanın hızlı, tam ve etkili olduğunu savunmuştur. Başvurucular ise Denizli Ağır Ceza Mahkemesinin Bayram Duran'ın işkenceyle öldürüldüğünü dikkate almadığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular göre işlenen suçun eski Ceza Kanununun 452. maddesine göre nitelendirilmesi ve sonuçta verilen hapis cezalarının ertelenmesi, mahkûm edilen görevlilere fiilen cezasızlık getirmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a. Genel ilkeler

59. Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinin, Sözleşme hükümleri arasında en temel hükümlerden biri olduğunu hatırlatır. Bu madde, askıya alınmasına izin verilmeyen Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir. Tek tek bireylerin korunmasına dair bir belge olan Sözleşme'nin konusu ve amacı, bu maddelerin getirdiği koruyucuların pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanmasını gerektirir (*bk. Uçar §102; ve Angelova, §109*).

60. Mahkeme, gözaltında tutulan bir kimsenin, polislerin veya diğer devlet görevlilerinin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı kötü muameleleri sonucu öldüğüne dair güvenilir bir iddianın bulunması halinde, bu madde ve Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının koruma yükümlülüğünün, devletin Sözleşme'nin 1. maddesinden doğan “bu Sözleşme’(de)... tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar” şeklindeki Sözleşme'nin 1. maddesindeki genel yükümlülüğü ile birlikte yorumlandığında, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirdiğini hatırlatır (*bk. mutatis mutandis, Slimani, §30-31; ve Assenov ve Diğerleri, §102*). Aksi taktirde yaşamı koruma yükümlülüğü ve kötü muamele yasağı, temel bir öneme sahip olmalarına rağmen, pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin gerçek anlamda bir cezasızlıkla kontrolü altındaki kişilerin haklarını ihlal etmeleri mümkün olacaktır (*bk. mutatis mutandis, Zeynep Özcan, §40; ve Khashiyev ve Akayeva, §177*).

61. Ulusal mahkemelerde dava açılmış ise, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin gerekleri, resmi soruşturma aşamasının ötesine geçer. İlk derece mahkemesi önündeki yargılama aşaması dâhil, dava bir bütün olarak, hukuk vasıtasıyla yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğünün ve kötü muamele yasağının şartlarını yerine getirmiş olmalıdır. Bütün kovuşturmaları mahkûmiyetle ve özellikle de hapis cezasıyla sonuçlandırmaya dair mutlak bir yükümlülük bulunmasa da, ulusal mahkemeler yaşamı tehlikeye sokan suçların ve maddi ve manevi bütünlüğe karşı ağır saldırıların cezasız kalmasına imkân vermemelidirler (*Öneryıldız, §95 ve Salman kararı, 104-109; Okkalı, §65*).

62. Dolayısıyla Mahkeme tarafından ele alınması gereken bir önemli nokta da, ulusal mahkemelerin bir sonuca varırken Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin gerektirdiği dikkatli ve derinden incelemeyi yapıp yapmadıkları ve ne ölçüde yaptıklarıdır. Böylece yürürlükteki yargı sisteminin caydırıcı etkisi ve yaşama hakkı ile kötü muamele yasağı ihlallerinin önlenmesinde oynadığı rolün önemi zedelenmemiş olur (*Okkalı, §66*).

63. Bu bağlamda, makul bir özen ve hızlilik şartının zımnen bu yükümlülük kapsamında yer aldığından kuşku yoktur (*Hugh Jordan, §108*). Gözaltında tutulan bir kimsenin öldüğü bir olayda yetkililerin buna hızla cevap vermeleri, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesinde ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görünüşü verilmemesinde genellikle esaslı bir unsur olarak görülebilir (*Slimani, §32*).

64. Mahkeme son olarak, bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muamele ile ilgili suçlarla itham edildiği hallerde, soruşturma ve yargılama süresince görevinden alınmasının ve mahkûm edilmesi halinde görevine son verilmesinin büyük bir öneme sahip olduğunu hatırlatır (*Abdilsamet Yaman, §55*).”

b. Genel ilkelerin olaya uygulanması

“65. Mahkeme ilk olarak, Gaziosmanpaşa savcısı tarafından bir hazırlık soruşturması yapıldığını, bu soruşturmanın takipsizlik (kovuşturmaya yer olmadığı) kararıyla sonuçlandırıldığını kaydeder. Bununla birlikte, başvuru bu karara itirazı üzerine, yedi polis aleyhine Denizli Ağır Ceza Mahkemesi’nde ceza davası açılmış ve bu davada maddi olaylar yargısal olarak karara bağlanmıştır. Denizli Ağır Ceza Mahkemesi, başvuru nun oğullarının dört polis tarafından dövüldükten sonra öldüğünü ortaya çıkarmıştır. Mahkeme ayrıca, olayların Denizli Ağır Ceza Mahkemesi tarafından ortaya konulduğu şekliyle, Mahkeme önündeki taraflar arasında tartışmalı olmadığını kaydeder.

66. Dolayısıyla Mahkeme’ye göre, Hükümet tarafından söylendiği gibi (bk. yukarıda parag. 57) hazırlık soruşturmasının bütün usul gereklerine tam olarak uygun olup olmadığını incelemek yerine, egemenlik alanlarında bulunan kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerini düzenleyen hukuk kurallarının koruyucuları olan yargısal makamların, sorumlulara cezalarını verip vermedikleri meselesi değerlendirilmelidir (*Okkalı, §68; ve Öneriyıldız, §115*). Kişisel ceza sorumluluğuyla ilgili iç hukuk meseleleri hakkında söz söylemek veya kişinin suçu veya suçsuz olduğuna hükmetmek Mahkeme’nin görevi olmamakla birlikte (*Öneriyıldız, §116*), Mahkeme davalı devletin Sözleşme’den doğan uluslararası hukuktaki yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirleyebilmek için (*Tanlı, §111*), Denizli Ağır Ceza Mahkemesi’nin dört polisi mahkûm ederken ve sonuç olarak kendilerine ceza verirken sahip olduğu düşünceleri göz önünde tutmak zorundadır. Elbette Mahkeme bunu yaparken, ulusal mahkemelerin devlet görevlilerinin kötü muameleleri veya adam öldürmeleri için uygun cezaları seçişlerine büyük bir saygı göstermelidir. Ancak yine de Mahkeme, fiilin ağırlığı ile verilen ceza arasında açıkça bir orantısızlığın bulunduğu durumlarda belirli bir denetim ve müdahale yetkisi kullanmalıdır.

67. Bu bağlamda Mahkeme, M. S., A. A., A. K. ve İ. U.’nun öldürme kastı olmaksızın dövmek suretiyle Bayram Duran’ın ölümüne sebebiyet verdiklerinin kanıtlandığını hatırlatır. Ayrıca Bayram Duran’ın gasp suçundan bir polis merkezinde gözaltında tutulduğu ve kendisini döven polislerin kontrolü altında bulunduğu bir durumda ve yine aleyhindeki suçlamalar hakkında Bayram Duran’ı sorgulama görevi sırasında dövme suçunun işlendiği ve böylece Bayram Duran’ın öldüğü kanıtlanmıştır. Aslında ilk derece mahkemesi de, polislerin Bayram Duran’ı görevleri sırasında dövdüklerini ve ölümüne sebebiyet verdiklerini dikkate alarak, eski Ceza Kanununun 251. maddesi gereğince hapis cezalarını üçte bir oranında artırmıştır (bk. yukarıda parag. 32).

68. Ancak mahkûm olan polisler, ‘verdikleri ifadelerle soruşturma ve ceza davası sırasında olayın aydınlatılmasına yardım ettikleri’ için, ceza indiriminden yararlanmışlardır. Polisler Gaziosmanpaşa savcısı ve Denizli Ağır Ceza Mahkemesi önünde aleyhlerindeki iddiaları ısrarlı bir şekilde inkâr etmenin dışında bir beyanda bulunmadıklarından (bk. yukarıda parag. 9, 19, 30, 31 ve 37), Mahkeme, Denizli Ağır Ceza Mahkemesi’nin takdir yetkisini, tutulan bir kimseye kötü muamele sonucu ölümle sonuçlanacak kadar ağır bir suç fiiline hiçbir biçimde hoşgörü gösterilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine (*Okkalı, §75*), bu ağır suçun sonucunu hafifletmek için kullandığını düşünmektedir.

69. Dahası, yeni Ceza Kanununun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra A. A., A. K. ve İ. U. tarafından Denizli Ağır Ceza Mahkemesi’ne verilen dilekçelerden anlaşıldığına göre, mahkûm olan polisler 4616 sayılı Kanun gereğince cezalarının infa-

zı ertelendiğinden, hiç hapis cezası çekmemişlerdir. Mahkeme daha önce de, bir devlet görevlisinin kötü muameleyle ilgili suçlarla itham edildiği zaman, davanın ve cezanın zamanaşımına girmemesinin büyük önem taşıdığını ve genel veya özel af çıkarılması gibi tedbirlerin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir (*Abdülsamet Yaman, §55*). Mahkeme'ye göre, mahkûm olan polislerin hapis cezalarının 4616 sayılı Kanun gereğince infazının ertelenmesi, kısmi bir affa benzemekte olup (*Kalan [k.k.] no. 73561/01*), Mahkeme'nin içtihatları bakımından kabul edilemeyecek bir tedbirdir; çünkü mahkûm olan görevliler mahkûmiyetlerine rağmen gerçek anlamda bir cezasızlıktan yararlanmışlardır.

70. Mahkeme, A. A., A. K. ve İ. U tarafından 1 Haziran 2005 tarihli yeni Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'ne verilen dilekçelerden anlaşıldığına göre, bu polisler, mahkûmiyet kararından sonra meslekten çıkarılmışlardır. Mahkeme bu tedbirin, mahkûm olan polislerin hapis cezalarının hiç infaz edilmemiş olmasını telafi etmek için yeterli olmadığını düşünmektedir. Mahkeme, cezai soruşturma devam ederken veya ceza davasının sonucu öğrenildiği zaman polisler hakkında herhangi bir disiplin işlemi yapılmamış olduğunu kaydeder (*krş. Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri, §97*).

71. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme'ye göre, Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'nin takdiri ile birlikte mahkûm edilen polislerin hapis cezalarının hiçbir zaman infaz edilmemiş olması, söz konusu suçun ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık bulunduğunu göstermiştir (*Zeynep Özcan, §43, ve krş. Dölek, §76-83, Dölek kararına konu olan olayda ulusal mahkeme başvurusunun kocasının bir güvenlik mensubunun tabancasını ele geçirmeye çalıştığı sırada yine bir güvenlik mensubu tarafından öldürüldüğünü tespit etmiş, öldüren güvenlik mensubunu eski Ceza Kanununun 452. maddesi gereğince mahkûm ettikten sonra 647 sayılı Kanunun 6. maddesi gereğince hapis cezasının infazını ertelemiştir; bu olayda Mahkeme gerekli kişisel sorumluluğun kanıtlandığını ve böylece etkili bir soruşturma yapılmış olduğunu kabul etmiştir*).

72. Sonuç olarak Mahkeme, polisler verilen cezanın infazının ertelenmesi konusundaki ceza kanunu sisteminin, mevcut olayda uygulandığı şekliyle sert olmaktan çok uzak olduğu ve başvuru sahiplerinin şikâyet ettikleri eylemler gibi hukuka aykırı eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesinde pek az caydırıcı bir etkisi olabileceğini düşünmektedir (*Okkalı, §61; ve Zeynep Özcan, §45*). Bu nedenle Mahkeme, mevcut olayda davalı devletin hukuk vasıtasıyla kişinin yaşamını ve maddi ve manevi bütünlüğünü koruma şeklindeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varmaktadır.

73. Buna göre Mahkeme, hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını reddetmekte ve Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

II. Bayram Duran'ın tutulma koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

“**74.** Mahkeme, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vardığını göz önünde tutarak, Bayram Duran'ın tutulma koşullarıyla ilgili olarak ayrı bir tespitte bulunmanın gerekli olmadığını kabul etmektedir.”

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

[75-86]: Mahkeme başvuru sahiplerine maddi tazminat olarak Bayram Duran'ın oğlu Erdem Duran'a verilmek üzere, KDV eklenerek, 22,000 (yirmi iki bin) Euro; manevi tazminat olarak iki başvuru sahibinin her birine, KDV eklenerek, 10,000 (on bin) Euro; ücretler ve masraflar için başvuru sahiplerine toplam olarak, daha önce adli yardım olarak alınan 850 Euro'nun düşüleceği 4,000 (dört bin) Euro ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucuların Sözleşme şikâyetlerini ulusal makamlar önünde ileri sürmediklerine dair Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Başvurucuların idare mahkemelerinden tazminat talep etmediklerine dair Hükümetin ilk itirazının esasla birleştirilmesine ve reddine;
3. Başvurunun kalan kısmının kabuledilebilir olmadığına;
4. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlaline;
5. Başvurucuların oğullarının tutulma koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasının ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına;
6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

CEZAEVİNDE ÖLÜM

14.03.2002 46477/99 PAUL ve AUDREY EDWARDS - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *cezaevinde ölüm - öldürülme riskine karşı korumama* (kadına sarkıntılıktan tutuklanmasına karar verilen şizofren kişinin cezaevinde koyulduğu hücrede yanına yerleştirilen ve yaralamadan tutuklu paranoid şizofren kişi tarafından dövülerek öldürülmesi, ölen gencin hücreesine tehlikeli ve dengesiz bir kişinin yerleştirilmiş olması ve cezaevindeki tarama usulünün yetersiz olması nedeniyle devletin sorumluluğunun bulunması), *ölüm soruşturması* (idari araştırma kurulunun tanıkları ifade vermeye zorlama yetkisinin bulunmaması nedeniyle potansiyel olarak önemli delillerin toplanamaması, araştırmanın gizli tutulması için gerekçe gösterilmemesi, başvurucuların araştırmaya sadece ifade verirken katılmaları ve araştırmada temsil edilmemiş ve tanıklara soru soramamış olmaları), *etkili hukuk yolu* (tazminat davasının giderim sağlayacak bir yol olarak görünmemesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Bu dava, başvurucuların olay tarihinde 30 yaşında bulunan oğulları Christopher Edwards'ın cezaevinde başka bir tutuklu tarafından öldürülmesiyle ilgilidir. 1991 yılında kendisine şizofren teşhisi konulan Christopher, 27 Kasım 1994'te sokakta bir kadına sözle sarkıntılık etmekten gözaltına alınmış ve Colchester polis merkezine götürülmüştür. Christopher'ın hal ve hareketleri, poliste kendisinin akıl hastası olabileceği şüphesini uyandırmıştır. Christopher'ın durumu burada bir sosyal hizmet uzmanı tarafından değerlendirilmiş ve sosyal hizmet uzmanı telefonda bir psikiyatrist ile görüşmüştür. Christopher'ın gözaltında tutulabileceği sonucuna varılmıştır. Ertesi gün Christopher sulh ceza hakiminin önüne çıkarılmış, sonra bir hücreye konulmuştur. Christopher burada sürekli olarak hücrenin kapısına vurmuş ve kadınlara küfürler savurmuştur. Sulh mahkemesi Christopher'ın hastanede tutulmasına karar verme yetkisi olmadığını düşünerek, tutuklanmasına karar vermiştir.

Cezaevine götürülen Christopher, burada sağlık personeli tarafından taramadan geçirilmiştir; ancak kendisinin ruh sağlığı hakkında bilgi sahibi olmayan bu personel, Christopher'ı cezaevinin sağlık merkezinde tutmayı gerektirecek bir sebep görmemiştir. O sırada cezaevinde bir hekim yoktur. Christopher önce tek başına bir hücreye konulmuş, ancak daha sonra aynı hücreye Richard Linford adında bir tutuklu daha yerleştirilmiştir. Geçmişte akıl hastalığı bulunan Richard, kişiye saldırıda bulunmaktan tutukludur. Polis

hekiminin raporuna göre Richard tutulmaya elverişli değildir. Ancak Richard'ın durumu, daha sonra psikiyatri servisi sekreteri tarafından, psikiyatr ile telefon konuşmasından sonra değerlendirilmiştir. Telefonda danışılan psikiyatr, Richard'ın tutulmaya elverişli olduğuna karar vermiştir; buraya nakledildiği karakoldaki hekim de aynı görüştedir. Bu kişiler Richard'ın garip tutumunun alkol ve uyuşturucudan kaynaklandığını düşünmüşlerdir. Polisin Richard'ın akıl hastası olduğunu düşünmesine rağmen konuyla ilgili form doldurulmamıştır.

Richard cezaevine getirildiğinde, önce Christopher'ı kontrolden geçiren kişiler tarafından taranmıştır. Bu kişiler Richard'ın önceki mahkûmiyetlerini veya hastanede yatmış olduğunu bilmemektedirler; kendisini sağlık merkezine yatırmak için bir sebep görmemişlerdir. Richard yer darlığı nedeniyle Christopher'ın hüccesine konmuştur. Sürekli kapıya vurulması nedeniyle hücreye giden cezaevi görevlisi kapının üstündeki yardım isteyen acil durum lambasının yeşil yandığını, hücre içindeki düğmenin çevrildiğini görmüş, ancak alarm sesinin çıkmadığını tespit etmiştir. Cezaevi görevlisi hücreye girdiğinde Christopher'ı yerde öldüresiye dövülmüş olarak yatarken bulmuştur.

Paranoid şizofren olan Richard, sorumluluğunu azaltan sebeplerle adam öldürme suçu işlediğini kabul etmiş ve özel bir hastaneye yatırılmıştır. Olayla ilgili açılan cinayet soruşturması (inquest), ceza davasının sonuna kadar ertelenmiş ve daha sonra bu koşullarda soruşturmaya devam etmeye gerek olmadığı gerekçesiyle kapatılmıştır. Christopher'ı korumakla yükümlü bulunan cezaevi, yerel yönetim ve sağlık kuruluşlarında gizli bir idari inceleme (inquiry) yapılmıştır. Mayıs 1996'da başlayan ve 10 ay süren inceleme sırasında 56 gün boyunca tanık dinlenmiştir. İnceleme kurulunun tanıkları gelmeye zorlama yetkisi yoktur; iki cezaevi görevlisi ifade vermeye gelmemiştir. Haziran 1998'de tamamlanan raporda, Christopher ve Richard'ın cezaevine girmemiş olmalarının en ideali olduğu, uygulamada bir hücreyi paylaşmalarını gerektiği ve 'koruma mekanizmasının sistemi etkileyecek şekilde çökmüş' olduğu sonucuna varılmıştır. Raporda, kayıtların düzgün tutulmaması, haberleşmenin yetersizliği ve kurumlar arasında eşgüdümün kısıtlılığı gibi bir dizi eksikliklere dikkat çekilmiştir. Başvurucuların avukatı, hukuk davası açmak için mevcut bir yol olmadığını söylemiştir. Savcılık da suç isnadında bulunmak için yeterli delil olmadığı gerekçesiyle eski kararını sürdürmüştür.

Başvurucular yetkililerin oğullarının yaşamını korumamış oldukları gerekçesiyle şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular Sözleşme'nin 2, 6, 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülük konusunda

Mahkeme ilk önce tarafların iddia ve savunmalarını özetlemiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Genel ilkeler

Osman kararındaki (parag. 115-116) yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülükle ilgili ilkeleri hatırlatmıştır.

(b) İlkelerin olayda uygulaması

[57-64]: Christopher, cezaevindeki bir mahpus olarak, hem iç hukuka ve hem de Sözleşme'ye göre kendisinin yaşamını korumakla yükümlü olan yetkililerin sorumluluğu altındadır. İlk sorun, yetkililerin Christopher'ın yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir teh-

likenin varlığını bilip bilmedikleri veya bilmeleri gerekip gerekmediğidir. Bu bağlamdaki temel mesele, cezaevi yetkililerinin Richard'ı Christopher'ın hücrelerine koyma kararı verdikleri anda Richard'ın aşırı tehlikeliliğini bilip bilmedikleri veya bilmeleri gerekip gerekmediğidir.

Richard'ın doktorları kendisinin akıl hastası olduğunu ve geçmişte şiddet kullandığını bilmektedirler. İlk değerlendirmeyi yapan polis hekimi de kendisinin tutulmaya elverişli olmadığını tespit etmiştir. Ancak bütün bunlar psikiyatrin sekreteri tarafından okunmadığı için görmezden gelinmiştir. Cezaevindeki sağlık görevlisi Richard'ın zor bir insan olduğunu bilmektedir; ancak Richard'ın önceki cezaevi kayıtlarının veya daha önce hastanede tedavi gördüğünün farkında değildir; polis, savcılık ve mahkeme, Richard'ın davranışları ve ruh sağlığının geçmişi hakkında ayrıntılı bir bilgi vermemişlerdir. Dolayısıyla, Richard'ın akıl hastalığına ve geçmişteki şiddet içeren davranışlarına ilişkin bilgi mevcut olup, Richard'ın bu durumu ve garip davranışları, kendisinin başkalarına karşı gerçek ve ciddi bir risk oluşturduğunu göstermektedir.

Yetkililerin bu riski bertaraf etmek için kendilerinden beklenebilecek makul tedbirleri alıp almadıkları konusuna gelince: Richard'ın tıbbi geçmişi ve tehlikeliliği cezaevi yetkililerinin ve özellikle kendisini Sağlık Merkezine yerleştirmeye karar vermekle görevli olanların dikkatine sunulmamıştır. Bilginin naklinde bir dizi kusur bulunmaktadır. Şöyle ki, sekreter Richard ile ilgili notlara bakmamıştır; polis gerekli formu doldurmamıştır; polis, savcılık ve mahkeme Richard'ın tehlikeliliği ve dengesizliği konusunda cezaevi yetkililerini bilgilendirmemişlerdir. Bu kusurlara bir de, cezaevine girenleri sağlık taramasından geçiren sağlık görevlilerinin, zor veya şüpheli durumlarda başvurulabilecek bir hekimin yokluğunda, kısa ve yüzeysel incelemede bulunmaları eklenmiştir. Christopher'ın bir hastanede veya cezaevinin sağlık merkezinde tutulması arzu edilir bir durum olduğu halde, hücrelerine tehlikeli ve dengesiz bir mahpusun yerleştirilmesi, kendisinin yaşamını risk altına sokmuştur. Sonuç olarak, konuyla ilgili kuruluşların Richard hakkındaki bilgileri cezaevi yetkililerine nakletmemeleri ve Richard'ın cezaevine geldiğinde yapılan tarama sürecinin yetersizliği, devletin Christopher'ın yaşamını koruma yükümlülüğünü ihlal etmesine yol açmıştır.

B. Etkili soruşturma yapma şeklindeki usul yükümlülüğü

Mahkeme ilk önce tarafların iddia ve savunmalarını özetlemiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

Mahkeme devletin soruşturma yükümlülüğüyle ilgili genel ilkeleri hatırlatmıştır.

(b) İlkelerin olayda uygulaması

[74-87]: Mahkeme'ye göre devletin Christopher'ın ölümünü soruşturma şeklinde bir usul yükümlülüğü vardır. Christopher bir başka mahpusun şiddet eylemleriyle öldüğü sırada yetkililerin gözetim ve sorumluluğu altındaydı. Bu durumda kendisinin ölümüne yol açan olaylarda devlet görevlilerinin eylemlerinin mi yoksa ihmallerinin mi söz konusu olduğu önemsizdir. Hukuk davası açmanın mümkün olduğu varsayılsa bile, bu ancak mağdurun yakınları tarafından açılabilir ve bu devletin yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamayacaktır.

Şüpheli ölüm soruşturması (inquest) ve ceza davasında tanıkların dinlenebileceği bir duruşma yapılmadığından, artık mesele sadece yapılan idari incelemenin (inquiry) etkili bir soruşturma usulü olup olmadığını belirlemektir. İdari araştırma sırasında çok sayıda tanık dinlenmiş ve Christopher'ın ölümüne yol açan koşullar ayrıntılı olarak incelenmiş ve olayların değerlendirilmesine dayanan 388 sayfalık çok titiz bir rapor ortaya çıkmıştır. Ayrıca araştırma kurulunun bağımsızlığına ilişkin bir sorun bulunmamaktadır; olayın

şartları içinde yetkililerin yeterince hızlı bir şekilde hareket geçtikleri ve makul bir süratle ilerledikleri söylenebilir.

Bununla birlikte, idari araştırma kurulunun tanıkları ifade vermeye zorlama yetkisinin bulunmaması, potansiyel olarak önemli delillerin toplanamaması anlamına gelmekte ve bu da araştırmanın etkililiğini zayıflatan bir unsur olmaktadır. Ayrıca olayın mümkün olduğu kadar geniş bir çevreye açıklanmasında kamu yararı bulunduğu halde, araştırmayı gizli tutmak için bir gerekçe gösterilmemiştir. Buna ek olarak, başvuruçular araştırmaya sadece ifade verirken katılmışlar, araştırmada temsil edilmemişler ve tanıklara soru sormamışlardır. Başvuruçular delillerin ne olduğunu anlamak için raporun yayımlanmasını beklemek zorunda kalmışlardır. Başvuruçuların araştırmayla olan yakın ve kişisel ilgileri göz önüne alındığında, başvuruçuların bu süreçte menfaatlerini korumak için gerekli ölçüde katılamadıkları anlaşılmaktadır.

Mahkeme'ye göre, tanıkları getirme yetkisinin bulunmaması ve başvuruçuların ifade verme dışında katılma imkânlarının bulunmadığı muhakemenin özel karakteri nedeniyle, Christopher Edwards'ın ölümünü etkili bir şekilde soruşturma bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerine uyulmamıştır. Bu nedenle bu noktalarda Sözleşme'nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme önce tarafların iddia ve savunmalarını özetlemiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

[96-102]: Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmakta olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özü itibarıyla uygulanabilmesi için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun mevcudiyetini gerektirmektedir. Böylece Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme bakımından 'savunulabilir bir şikâyet'in esasının ele alınması ve gerekli giderimin verilmesi için bir iç hukuk yolunun sağlanmasını gerektirmektedir. Ancak 13. maddeden doğan yükümlülüklerini Sözleşme'ye uygun hale getirme tarzı konusunda Sözleşmeciler Devletlere belirli bir takdir yetkisi de bırakılmıştır. Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvuruçunun Sözleşme bakımından şikâyetinin niteliğine göre değişir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği iç hukuk yolu, hukuken olduğu gibi pratikte de 'etkili' olmalıdır. Ayrıca bu hukuk yolunun kullanılması, davalı devlet yetkililerinin eylem ve ihmalleriyle haksız yere engellenmemelidir. Yetkililerin bireyleri başkalarının eylemlerine karşı korumadıkları iddiası söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 13. maddesi yetkililerin her zaman bu iddiaları soruşturmalarını gerektirmeyebilir. Ancak mağdur veya mağdurun ailesi için, devlet görevlilerinin veya organlarının Sözleşme'deki hakların ihlalini içeren eylem veya ihmalleri nedeniyle sorumluluklarının ortaya çıkarılabileceği bir mekanizmanın mevcut olması gerekir. Dahası, Sözleşme'nin en temel hükümlerinden olan 2. ve 3. maddelerin ihlali söz konusu olduğunda, kural olarak, bu giderim sisteminin bir parçası olarak, ihlalden kaynaklanan manevi zararlar için tazminat da yer almalıdır (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §109, *Kenan*, §129).

Mevcut olayda Mahkeme, hükümetin, cezaevi yetkililerinin gözetimi altında bulunduğu sırada Christopher Edwards'ın yaşamını yeterince korumadığı için Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalden sorumlu olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle başvuruçuların bu konudaki şikâyetleri 13. madde bakımından 'savunulabilir' niteliktedir. Mahkeme, kamu makamlarının hukuka aykırılık veya kusurlu olduklarının iddia edildiği olaylarda, genel olarak ulusal mahkemelerde açılacak tazminat davalarının etkili bir hukuk yolu oluşturduğunu gözlemlemektedir. Mevcut olayda, kusur nedeniyle veya Ölümlü Kazalara ilişkin Yasa gereğince ulusal mahkemelerde açılacak bir hukuk davası, Christopher'ın

ölümünden sorumlu olanları ortaya çıkarma gücüne sahip bir olay bulgulama yolu oluşturabilecek olduğu halde, başvurucular bu hukuk yolunu izlememişlerdir. Christopher Edwards'ın ölmeden önce aldığı yaralar ve duyduğu ıstırap nedeniyle veya kendisinin ölümünden başvurucuların duyduğu elem ve üzüntü nedeniyle doğan zararların karşılanıp karşılanmayacağı veya bu yolu izlemek için adli yardım verilip verilmeyeceği belirsizdir. Mahkeme bu giderim yolunun, olayın şartları içinde pratik bir yol olmadığını tespit etmektedir. Aynı şekilde 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasına göre bir dava açılması da akıl almaz bir şey olarak görünmemekle birlikte, bu yasa sadece 2 Ekim 2000 tarihinden sonra Sözleşme'nin 2. maddesinin devam eden usul yükümlülükleriyle ilgili olduğundan, bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen Christopher Edwards'ın ölümüyle ilgili olarak tazminat sağlamayacaktır. Hükümet, yetkililerin sorumluluklarının ortaya konabileceği başkaca bağımsız, aleni ve etkili bir yoldan söz etmemiştir. Hükümet idari araştırmaya ağırlık vermiştir. Mahkeme ise, yukarıda idari araştırmanın bazı yönlerden iyi ve yararlı bir soruşturma olduğunu kabul etmekle birlikte, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği usul yükümlülüklerine uygunluk açısından taşıdığı usul kusurları nedeniyle yetersiz bulmuştur. Başvurucuların da işaret ettiği gibi, idari araştırma tazminat elde etme imkânı vermemektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

[103-110]: Mahkeme başvuruculara manevi tazminat olarak 20,000 Sterlin, ücretler ve masraflar için 20,000 Sterlin ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Christopher Edwards'ın ölümü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Etkili bir soruşturma yapılmaması bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Sözleşme'nin 6 ve 8. maddeleri bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
4. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

ASKERDE ÖLÜM

07.06.2005 40145/98 KILINÇ ve Diğerleri - TÜRKİYE

♦ *askerde ölüm - intihar riskine karşı korumama* (askerliği sırasında psikiyatrik tedavi gören kişinin birliğine döndüğünde gönderildiği nöbette silahla intihar etmesi ve bölük komutanının görevi ihmal suçundan beraat etmesi, Türk mevzuatında askerlik görevine elverişliliği şüpheli kişilerin durumu ve akıl hastalığı bulunan eratin istikrasızlık halleriyle ilgilenmekle görevli üstlerin görev ve sorumluluklarına ilişkin açık hükümlerin bulunmaması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucular Abdurrahman ve Memnue Kılınç ile Şule Özsoy, Mayıs 1995'te zorunlu askerlik hizmetini yaptığı sırada intihar ederek ölen Mustafa Canan Kılınç'ın babası, annesi ve kız kardeşidirler. M.C. Kılınç'a 1992 yılında atipik depresyon teşhisi konmuş, 1994 yılında askerliğe elverişli olduğu belirtilmiştir. M.C. Kılınç, askerlik eğitiminin başladığı Kasım 1994'ten itibaren psikiyatrik tedavi görmüştür. Kendisinin akıl hastalığı bulunduğunu ve sinir krizleri geçirdiğini belirten birlik komutanı, M.C. Kılınç'ı İsparta asker hastanesine sevk etmiştir. 22 Şubat 1995'te kendisini muayene eden doktorlar, M.C.

Kılıç'ta anksiyete bozukluğu teşhisi koymuşlar ve ilaç tedavisi uygulayarak üç gün istirahat vermişlerdir.

Birlik komutanı M.C. Kılınc'ın durumunda bir iyileşme görmeyince, yeniden tıbbi muayeneye göndermiştir. M.C. Kılınc askeri hastanede gözlem altına alınmış ve 4 Nisan 1995'te nero-psikiyatrik muayeneye tabi tutulmuştur. Bu muayenede anksiyete bozukluğu teşhisi teyid edilmiş ve kendisine bir ay istirahat verilerek, bu sürenin sonunda yeniden muayene edileceği belirtilmiştir. M.C. Kılınc, hastaneden çıkmasına izin verilince, birliğine dönmek yerine köyüne gitmiştir. İzin süresi sona ererken yeniden muayeneye olmak istemiş, fakat gittiği hastanede psikiyatri servisi olmadığı için muayene olamamıştır. Birliğine dönmesi gerekirken ilk önce köyüne gitmiştir. Ertesi gün birliğine dönüşü, 7 Mayıs 1995'te birlik komutanı kendisine günlük askeri işler vermiştir. 15 Mayıs 1995'te, Ramazan ayının son günü, dolu bir Kalaşnikof tüfekle birliğin nöbetçi kulesinde nöbete gönderilmiştir. Öğleden sonra, 15.25'te, elindeki tüfeği şakağına dayayarak kendini vurmuştur.

Bu intihar olayı nedeniyle yapılan soruşturma sırasında komutan da suçlanmış, ancak komutan görevi ihmal suçunun unsurları bulunmadığı gerekçesiyle beraat etmiştir. Başvurucular tarafından Yüksek Askeri İdare Mahkemesinde açılan tazminat davası, şikâyet konusu olayla ilgili kusurun sadece ölen kişiye yüklenebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucular, M.C. Kılınc'ın intiharına ilişkin olayların Sözleşme'nin 2. ve 8. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2 ve 8. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

Mahkeme ilk önce tarafların görüşlerini özetlemiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

[40-57]: Mahkeme, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının ilk cümlesindeki pozitif yükümlülüğün, devletleri kendi egemenlik alanlarında bulunan kişileri başkalarına karşı ve gerekirse kendilerine karşı korumak için gerekli tüm önleyici tedbirleri almakla yükümlü tuttuğunu hatırlatmıştır (*Tarılbilir*, §70; ve *Kenan*, §88-89). Zorunlu askerlik hizmeti alanında da bulunan bu yükümlülük (*Alvarez Ramon [k.k.]*, no 51192/99), her şeyden önce, etkili bir koruma için yasal ve idari bir yapı oluşturmayı gerektirir (*Öneryıldız [BD]*, §89). Bu yapı, askerlikle ilgili alanda yaşama karşı riskin düzeyine uygun özel bir düzenlemeye yer verilmesini gerektirir. Bu düzenleme, sadece askeri görevleri ve belirli faaliyetleri değil, fakat sıradan vatandaşların devlet tarafından askere çağrıldığı zaman insan unsurunun oynadığı rolü de dikkate almalıdır. Bu tür düzenlemeler, askeri yaşamın doğasında bulunan risklere maruz kalabilecek eratın etkili bir şekilde korunması için pratik tedbirler alınmasını ve çeşitli düzeylerdeki görevliler tarafından yapılabilecek hataların ve işlenecek kusurların belirlenmesi için yeterli bir soruşturma usulü getirilmesini gerektirir.

Mevcut olayda askeri yetkililerin Mustafa Canan Kılınc'ın yaşama hakkını korumak için pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği iddia edildiğinden, Mahkeme, kendi içtihatlarına uygun olarak, askeri makamların söz konusu kişinin intihar edebileceğine dair gerçek ve yakın bir tehlike bulunduğunu bilip bilmediklerini veya bilmeleri gerekip gerekmediğini ve eğer biliyorlarsa bu riski bertaraf etmek için kendilerinden beklenebilecek her türlü makul tedbiri alıp almadıklarını incelemelidir.

Mahkeme, Mustafa Canan Kılınc'ın psikiyatrik problemlerinin askere çağrılmadan çok önce teşhis edildiğini kaydeder. Askeri makamlar, kendisinin askerliğe elverişli olup olmadığını mevcut sağlık dosyasına ve geçmişine dayanarak ortaya koyabilecek durumdadırlar. Ayrıca, daha ilk testlerde kaydedilen ruhsal bozukluk, normal olarak ken-

disini hemen askere almak yerine daha ileri incelemeye tabi tutulmasına yol açmalıydı. Mustafa Canan Kılıç, askerlik hizmetinin daha başlangıcından itibaren psikiyatrik tedavi gördüğünden, askeri makamlar en azında bu tarihte kendisinin alarm veren davranışlarının farkında olmalıdırlar. Bu belirtilere rağmen, Mustafa Canan Kılıç olağan bir er gibi jandarma birliğine gönderilmiştir. Askerlik görevinin bazı dönemlerinde normal olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kendisinin bilinen ruhsal durumu nedeniyle davranışları ciddiye alınmalıydı; çünkü intihar edebileceği riski gözden uzak tutulamazdı; kaldı ki bunu jandarma arkadaşlarına da söylemiştir. Bu durumda Mahkeme, askeri makamların Mustafa Canan Kılıç'ın intihar etmeye çalışacağını bilmeleri gerektiğine kanaat getirmiştir.

Yetkililerin bu riskin gerçekleşmesini önlemek için yetkileri dâhilinde her şeyi yapıp yapmadıklarına gelince: Mahkeme, Türk mevzuatında, askerlik görevine elverişliliği şüpheli kişilerin durumu ve daha da önemlisi, Mustafa Canan Kılıç gibi akıl hastalığı bulunan eratin istikrarsızlık halleriyle ilgilenmekle görevli üstlerin görev ve sorumluluklarına ilişkin açık hükümler bulunmadığını kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre düzenleme alanı, Mustafa Canan Kılıç'ın askerlik hizmetine ruhsal bakımdan elverişliliğini askere almadan önce ve sonra izleyecek ve tespit edecek doktorlar tarafından izlenecek usul açısından eksiktir. Ayrıca bu durum, Mustafa Canan Kılıç'a verilebilecek görevler bakımından da belirsizlik yaratmıştır. Böylece bu durum, olayının meydana gelmesinde belirleyici bir rol oynamıştır; çünkü yetkili makamlar, Mustafa Canan Kılıç'ı kendisine karşı oluşturduğu tehlikeden korumak için yetkileri dâhilindeki her şeyi yapmamışlardır. Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir. Mahkeme bu durumda 8. madde ihlal iddiasını incelemeyi gerekli görmemiştir.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme başvuruculara maddi tazminat olarak 4,000 Euro, manevi tazminat olarak 17,500 Euro ile ücretler ve masraflar için 2,000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Mustafa Canan Kılıç'ın ölümü nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi yönden ihlal edildiğine;

2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

KAYIP EDİLME

27.07.2006 69481/01 BAZORKINA - RUSYA

♦ *kayıp edilme - gözaltında öldü kabulü* (başvurucunun oğlunun Çeçenistan'a gittikten sonra bir televizyon programında oğlunun askerler tarafından yakalandığını ve komutanın öldürme emri verdiğini duyması, hükümetin bu kişinin gözaltına alındığını kabul etmemesi), *kayıp soruşturması* (soruşturmanın olaydan bir yıl beş ay kadar sonra başlatılması), *gözaltının hukukiliği - gözaltını kaydetmeme* (gözaltına alındığı kanıtlanan kişinin tutulma tarihi, zamanı ve yeri, tutulan kişinin adı ve tutma sebebi ile tutma işlemi yapan kişinin adını içeren bir tutma kaydı bulunmaması), *etkili hukuk yolu* (başvurucunun sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve tazminat almasını sağlayabilecek etkili ve pratik hukuk yolları bulunmaması) ■ *yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Fatima Sergejevna Bazorkina, 1938 doğumlu bir Rus vatandaşıdır. Başvurucu 27 Ağustos 1975 doğumlu oğlu Khadzhi-Murat Yandiyev ve kendi adına başvuruda bulunmuştur. Başvurucu, oğlunun Ağustos 1999'da Grozni'ye (Çeçenistan) gittiğini ve kendisinden bir daha haber alamadığını ileri sürmüştür. Başvurucu 2 Şubat 2000'de, bir televizyon haber programında, oğlunu bir Rus subayı tarafından Alkhan-Kala köyünün ele geçirilmesiyle ilgili olarak sorgulanırken görmüştür. Başvurucu daha sonra NTV (Bağımsız Rusya Televizyonu) ve CNN muhabirinden bu programın tam kaydını elde etmiştir. Sorgunun sonunda görevli subay askerlere 'işini bitirin' ve 'vurun' talimatları vermiştir. Sorguyu kaydeden CNN muhabiri, daha sonra bu sorguyu yapan subayın, Alkhan-Kala köyünü ele geçiren birliğin başındaki Kurmay Albay Alexander Baranov olduğunu belirlemiştir.

2 Şubat 2000'den hemen sonra başvuru oğlunu tutma merkezlerinde, cezaevlerinde aramaya başlamış ve çeşitli makamlara başvuruda bulunmuştur. Ağustos 2000'de başvurucuya oğlunun Rusya'daki herhangi bir cezaevinde bulunmadığı bildirilmiştir. Kasım 2000'de askeri savcı, Yandiyev'in kayıp edilmesiyle ilgili olarak ceza davası açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bir ay sonra aynı savcı, video kasette görünen eylemler nedeniyle asker kişilerin sorumlu tutulması için bir sebep bulunmadığı sonucuna varıldığını açıklamıştır. Temmuz 2001'de Çeçenistan savcılığı tarafından Yandiyev'in kimliği belirsiz kişilerce kaçırılmasıyla ilgili bir cezai soruşturma açılmıştır. Yandiyev'in kayıp kişilerin listesinde olduğu daha sonra ortaya çıkmıştır.

Bayan Bazorkina'nın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru, Kasım 2003'te Rus Hükümeti'ne iletilmiştir. Mahkeme'nin kabuledilebilirlik kararının ardından, Hükümet cezai soruşturma dosyasının bir kopyasını sunmuştur. Yapılan soruşturma başvurusunun oğlunun 2 Şubat 2000'de Alkhan-Kala'da gözaltına alındığını ortaya koymuştur. Gözaltına alınmasının hemen ardından bir tutukevine nakledilmek üzere Adalet Bakanlığına bağlı askerlere teslim edilmiştir. Yandiyev herhangi bir tutukevine ulaştırılmamış ve kendisinin nerede olduğu ortaya çıkarılamamıştır. Olaylara ilgili olarak iki kez ifadesi alınan Kurmay Albay Baranov, Yandiyev için 'vurma' emri vermediğini, fakat saldırgan tutumunu ve muhtemel bir kargaşayı engellemek istediğini söylemiştir. Kurmay Albay Baranov, çevresindeki askerlerin kendisinin astları olmadığını ve bu nedenle kendisinden emir alamayacaklarını belirtmiştir. Temmuz 2001 ile Şubat 2006 tarihleri arasında soruşturma altı kez ertelenip yeniden açılmıştır. Soruşturma dosyasındaki belgelerin büyük çoğunluğu Aralık 2003 tarihinden sonraya aittir. Soruşturmayı gözetim yetkisi bulunan savcı, soruşturmanın farklı aşamalarında soruşturmacılara çeşitli işlemler yapmaları için emirler vermiştir. Özellikle Aralık 2003'te bir savcı, gerçek bir soruşturma yapılmamış olduğunu kaydederek, Şubat 2000'nin başında Alkhan-Kala'da yapılan özel operasyona katılan federal kuvvetlere bağlı birliklerin belirlenmesi ve tutulan kişilerin ne olduğunun ortaya çıkarılması için harekete geçilmesine karar vermiştir. Başvurucu, oğlunun federal kuvvetler tarafından kötü muameleye tabi tutulup öldürüldüğünü ve gördüğü kötü muamele ve 'kayıp edilmesi' ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yapılmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu Sözleşme'nin 2, 3, 5, 6, 8 ve 13. maddelerine dayanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu oğlunun devlet görevlileri tarafından hukuka aykırı olarak öldürüldüğünü iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca oğlunun kayıp edilmesiyle ilgili etkili ve yeterli soruşturma yapılmadığından şikâyetçi olmuştur.

A. Yaşama hakkının korunmadığı iddiası

Başvurucu oğlunun kayıp edilmesinden ve öldürülmesinden yetkililerin sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Hükümet başvuruçunun oğlunun Çeçenistan'da kanun ve düzenin kurulmasına direnen yasadışı silahlı bir grubun aktif bir üyesi olduğunu ve 2 Şubat 2000 tarihinde gözaltına alındığını ve daha sonra kayıp olduğunu inkâr etmemiştir. Hükümet kendisinin devlet görevlileri tarafından öldürüldüğü iddiasını reddetmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Genel düşünceler

Mahkeme, yaşama hakkıyla ilgili genel ilkeleri ve devletin gözaltına aldığı kişiyi koruma yükümlülüğünü hatırlatmıştır.

b) Yandiyev'in öldüğünün kabul edilip edilemeyeceği

[109-112]: Başvurucu, oğlu Khadzhi-Murat Yandiyev'in gözaltına alındığını ve kayıp olduğunu ve gözaltında ölmüş olması gerektiğini iddia etmiş, Hükümet ise öldüğü iddiasını reddetmiştir. Hükümet, öldüğü iddiasını reddetmiştir. Hükümet yapılan soruşturmadaki tanık ifadelerine dayanarak, Yandiyev'in sorgudan sonra birkaç metre uzağa götürüldüğünü ve burada bir süre tutulduğunu, daha sonra ise Tolstoy-Yurt'taki 'süzme noktası'na götürüldüğünü söylemiştir. Hükümet yapılan soruşturmada Yandiyev'in öldürüldüğünün kanıtlanmadığını belirtmiştir. Hükümet, Yandiyev'in kaçmak için güçlü nedenleri bulunduğunu, soruşturmanın devam ettiğini, kaçma veya konvoyu pusuya düşürme sonucu ölüm gibi kayıp edilmenin her biçiminin araştırıldığını ifade etmiştir.

Mahkeme, ilk olarak Yandiyev'in öldüğünün kabulü sorununu ele almıştır. Mahkeme, konuya ilişkin genel düşüncelerini belirtirken, tutulan kişilerin korunmasız durumda olduklarını ve yetkililerin bu kişileri korumakla görevli olduklarını hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre tutulan bir kimsenin gözaltına alındıktan sonra ölmesi veya kayıp edilmesi halinde, yetkililerin bu tutulan kişiye yapılan muameleyi açıklama yükümlülüğü daha da kesin bir hale gelir. Mahkeme Yandiyev'in 2 Şubat 2000'de Alkhan-Kala köyünde yapılan bir terörle mücadele operasyonu sırasında gözaltına alındığı konusunda bir tartışma bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme daha sonra, kıdemli bir subay tarafından sorgulandığını ve sorgunun sonunda vurulmasının söylendiğini gösteren video kaseti ve cezai soruşturma dosyasının içinde bulunan tanık ifadelerini dikkate almıştır. Son olarak Mahkeme, başvuruçunun oğlu hakkında o tarihten bu yana güvenilir bir haber alınmadığını kaydetmiştir. Rus Hükümeti tarafından aklın kabul edebileceği bir açıklama yapılmamış olmasını ve nerede olduğu hakkında altı yıldan fazla bir süredir haber alınmamış olmasını dikkate alan Mahkeme, Yandiyev'in inkâr edilen bir tutmanın ardından öldüğünün kabul edilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Yetkililer devlet görevlileri tarafından öldürücü güç kullanılmasının haklı olduğunu ileri sürmediklerinden, sorumluluk Rus Hükümetine atfedilebilir.

b) Soruşturmanın yetersizliği iddiası

[117-125]: Mahkeme, ölümün soruşturulmasıyla ilgili genel ilkeleri hatırlattıktan sonra, mevcut olayda soruşturmanın olaylardan bir yıl beş ay gibi açıklanamayacak kadar uzun bir gecikmeden sonra başladığını kaydetmiştir. Dahası, suçu ortaya çıkartmak için gerekli işlemlerin çoğunun, başvuruçunun şikâyetinin Rus Hükümeti'ne iletilmesinden sonra yapıldığı görülmektedir. Mahkeme, tek başına bu gecikmelerin bile soruşturmanın etkililiğini tehlikeye düşürdüğünü ve gerçeğe ulaşılması ihtimali üzerinde olumsuz etkiye bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, tutulanlardan sorumlu askerlerden bazılarını belirleyememe ve ifadelerini alamama gibi ağır ihmallerin bulunduğunu kaydetmiştir. Bazı ihmaller, belirli işlemler yapılmasını emreden savcı tarafından da bilinmektedir.

Ancak savcıların talimatları ya hiç yerine getirilmemiş ya da kabul edilemeyecek kadar uzun gecikmelerle yerine getirilmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, yetkililerin, Yandiyev'in kayıp edilmesi ve kabul edilen ölümüyle ilgili olaylar hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Khadzhi-Murat Yandiyev'in insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye karşı korunmadığı iddiası

[129-136]: Mahkeme başvurusunun oğlunun tutulurken kötü muamele gördüğü iddiasına ilişkin yeterli kanıt olmadığı sonucuna varmıştır.

C. Başvurucu bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[139-142]: Başvurucunun oğlunun kayıp edilmesi nedeniyle duyduğu ıstırapla ilgili olarak Mahkeme, başvurusunun Yandiyev'in annesi olduğunu ve videoda oğlunu sorgulanırken ve kendisinin infaz edileceğine dair sözlerden sonra askerler tarafından götürülürken gördüğünü kaydetmiştir. Dahası, başvuru talepte bulunmasına rağmen, oğlunun tutulmasından sonra başına ne geldiğine dair makul bir açıklama veya bilgi verilmemiştir. Mahkeme bu olayların başvurusunun elem ve ıstırap çekmesine sebep olduğunu belirtmiştir. Mahkeme daha sonra, yetkililerin başvurusunun şikâyetlerini ele alış biçimlerinin insanlıkdışı muamele oluşturduğu kanaatine varmıştır.

III. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[146-149]: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesi, keyfi tutma riskini en aza indirmek amacıyla, özgürlükten yoksun bırakma işlemini bağımsız bir yargı denetimine tabi tutmayı amaçlayan maddi haklar bütünü getirmekte ve böyle bir tedbir için yetkililerin sorumluluğunu öngörmektedir. Bir bireyin tutulduğunun inkâr edilmesi, bu güvencelerin toptan reddedilmesi anlamına gelir ve 5. maddeyi en ağır şekilde ihlal eder. Bireyleri kontrolleri altında tutan yetkililerin sorumluluğu göz önünde tutulduğunda, Sözleşme'nin 5. maddesi kayıp edilme riskine karşı korumak için etkili tedbirler almalarını ve gözaltına alınan bir kimsenin bir daha görülmediğine dair savunulabilir bir iddiayı hemen ve etkili bir şekilde soruşturmalarını gerektirir.

Mevcut olayda başvurusunun oğlunun 2 Şubat 2000'de federal yetkililer tarafından gözaltına alındığı ve bir daha görülmediği ortaya çıkmıştır. Aynı gün gözaltına alınan bir çok kimse, Tolstoy-Yurt'taki 'süzme noktası'na ve oradan da tutma merkezlerine götürülmüşlerdir. Yandiyev'in gözaltı kayıtlarında adı yoktur ve kendisinin nerede olduğuna dair bir iz veya akıbeti konusunda resmi bir bilgi de yoktur. Mahkeme'ye göre bu durumun bizzat kendisi bile çok ağır bir kusur olarak görülmelidir; çünkü bu durum özgürlükten yoksun bırakma işlemi yapan görevlilere suça karıştıklarını gizleme, izlerini kaybettirme ve tutulan kişinin akıbetiyle ilgili sorumluluktan kaçma imkânı vermektedir. Dahası tutmanın tarihi, zamanı ve yeri, tutulan kişinin adı ve tutma sebebi ile tutma işlemi yapan kişinin adını içeren bir tutma kaydının bulunmaması, Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağdaşmaz (*Kurt, §125; Çakıcı, §105; Çiçek, §165; Orhan, §371*). Mahkeme'ye göre yetkililer ayrıca, başvurusunun oğlunun güvenlik güçleri tarafından tutulduğu ve yaşamı tehdit eden koşullarda götürüldüğüne ilişkin şikâyetlerini hemen ve daha derin soruşturma gereği konusunda uyanık olmalıydılar. Oysa yetkililer, Yandiyev'i kayıp edilme riskine karşı korumak için hemen ve etkili tedbirler almamışlardır. Ayrıca Mahkeme, yetkililerin Aralık 2000'in sonuna kadar, Yandiyev'in federal askerler tarafından yakalandığı iddiasını reddettiklerini kaydetmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, Yandiyev'in Sözleşme'nin 5. maddesindeki koruyuculardan tamamen yoksun olarak, inkâr edilen bir gözaltında tutulduğu sonucuna varmıştır.

VI. Sözleşme'nin 2, 3, ve 5. maddeleriyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiği iddiası

[160-165]: Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeler bakımından yapılan tespitleri göz önünde tutan Mahkeme, başvuruçunun sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve tazminat almasını sağlayabilecek etkili ve pratik hukuk yollarını kullanabilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Ne var ki cezai soruşturmanın etkili olmaması nedeniyle, devlet Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülüğüne aykırı davranmıştır. Mahkeme 5. maddeyle bağlantılı olarak 13. maddeyle ilgili ayrı bir sorun doğmadığını düşünmüştür.

VII. Sözleşme'nin 34. maddesi ve 38(1)(a) bendine uygun davranma

[170-176]: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 34. maddesine göre yapılan bir başvuru sisteminin etkili işleyebilmesi için devletin düzgün ve etkili bir soruşturma yapılması için gerekli kolaylıkları göstermesi gerektiğini hatırlatmıştır. Mahkeme mevcut olaydaki özel durumu dikkate alarak, istenen bilgilerin sunulmasındaki gecikmenin, olayların ortaya çıkarılmasına zarar vermediği ve davanın gereği gibi incelenmesini engellemediği sonucuna varmıştır. Olaya Sözleşme'nin 38. maddesi ihlal edilmemiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, başvurunun Mahkeme ile iletişimine müdahale edilmesi veya başvuruçunun Sözleşme organları önünde temsil edilmesi veya başvuruçuya haksız bir baskı uygulanması şeklinde başvurunun bireysel başvuru hakkının engellendiğine dair bir belirti yoktur. Bu nedenlerle Sözleşme'nin 34. maddesi ve 38(1)(a) bendi ihlal edilmemiştir.

VIII. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

[177-188]: Mahkeme başvuruya manevi tazminat olarak 35,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 12,241 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Khadzi-Murat Yandiyev'in kayıp edilmesi bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Khadzi-Murat Yandiyev'in kayıp edildiği koşulların etkili bir şekilde soruşturulmaması bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Başvuruçunun oğlunun insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye karşı korunmaması konusunda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
4. İşkence iddialarının soruşturulması konusunda Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
5. Başvuruçunun bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
6. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine;
7. Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
8. Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
9. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları bakımından 13. maddenin ihlal edildiğine;
10. Sözleşme'nin 5. maddesi ihlal iddiası bakımından 13. maddenin ihlal edilmediğine;
11. Sözleşme'nin 34. maddesi ve 38(1)(a) bendine aykırı davranılmadığına;
12. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

FAİLİ MEÇHUL ÖLÜM

08.11.2005 34056/02 GONGADZE - UKRAYNA

◆ *faili meçhul ölüm - öldürülme riskine karşı korumama* (siyasi yazıların yayımlandığı bir internet gazetesinin editörlüğünü yapan gazetecinin tehditler aldığı ve izlendiğini söyledikten dört ay sonra Eylül 2000’de kayıp edilmesi ve birkaç ay sonra bulunan başsız bir cesedin teşhis edilememesine ve ancak daha sonra DNA testiyle tespit edilebilmesi), *ölüm soruşturması* (yetkililerin failleri ortaya çıkarmaktan çok, üst düzey yetkililerin konuyla ilgisi olmadığını kanıtlamaya çalışmaları), faili meçhul yakınının duyduğu ıstırap (başvurucuya eşinin akıbetiyle ilgili çelişkili bilgiler verilmesi ve kimliğin ancak birkaç yıl sonra kesinleşmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - işkence ve kötü muamele yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bayan Myroslava Gongadze, 1972 doğumlu olup ABD’nin Arlington şehrinde yaşamaktadır. Başvurucunun ölen eşi Georgiy Gongadze, siyasi gazeteci olup, bir internet gazetesi olan ‘Ukrainskaya Pravda’nın baş editörlüğünü yapmıştır. Bay Gongadze, Ukrayna’da yeterince ifade özgürlüğünün bulunmadığı konusunda ulusal ve uluslararası düzeyde farkındalığı artıran ve ülkedeki yolsuzluklar hakkında bilgilendirici yazılar yazmıştır. Örneğin üst düzey devlet görevlileri arasındaki yolsuzlukları haber yapmıştır.

Gongadze kaybolmadan dört ay önce, tehditler aldığı ve izlendiği konusunda yetkililere şikâyetinde bulunmuştur. Gongadze, 14 Temmuz 2000’de Başsavcılığa yazdığı açık mektupta akrabalarının, arkadaşlarının ve meslektaşlarının görevliler tarafından kendisinin bilmediği bir olay hakkında sorgulandıkları ve kim oldukları belirlenemeyen kişiler tarafından 07309 KB plakalı bir araçla izlendiği şikâyetinde bulunmuştur. Gongadze Başsavcıdan kendisinin korunmasını ve bunu yapanların bulunmalarını ve cezalandırılmalarını istemiştir.

Gongadze 16 Eylül 2000’de kayıp edilmiş, başvurucu bu olayı ertesi gün Kiev’deki Moskovskiy Emniyet Müdürlüğü’ne bildirmiştir. 2 Kasım 2000 günü Kiev yakınındaki Tarashcha kasabası çevresinde başsız bir ceset bulunmuştur. 15 Kasım 2000’de cesedi inceleyen akrabaları cesetteki değerli takıdan ve eksi bir yara izinden cesedin Gongadze’ye ait olduğunu teşhis etmişlerdir. 28 Kasım 2000’de Ukrayna Sosyalist Parti lideri Bay Moroz, ‘Melnychenko bantı’ denilen bir ses kasetinin bulunduğunu kamuoyuna açıklamıştır. Devlet Başkanlığı ofisinde gizlice yapılan bu ses kasetinden, Devlet Başkanı Kuchma ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin Gongadze’nin kayıp edilmesi olayına karıştıkları anlaşılmaktadır. Devlet Başkanı ve İçişleri Bakanı Yuriy Kravhenko arasında yapıldığı iddia edilen kaydedilmiş konuşmalardan birinde, Devlet Başkanı Gongadze’nin tehdit edilmesini istemiştir. Daha sonra Bakan, ‘gerçek şahinler’ dediği ve verilen görevi gerçekleştirmek için her şeyi yapabilecek bazı kişilerden söz etmiştir. Aralık 2000’de Başsavcı, Tarashcha’da bulunan cesedin Gongadze’ye ait olmadığını açıklamıştır. 10 Ocak 2001’de Başsavcı, söz konusu cesedin büyük bir ihtimalle Gongadze’ye ait olduğunu, aynı zamanda Gongadze’yi kaybolduktan sonra gören tanıkların bulunduğunu açıklamıştır. Üç gün sonra Başsavcılık ofisinden başvurucuya cesedin Gongadze’ye ait olduğuna dair bir delil bulunmadığı söylenmiştir. Bir gün sonra, bulunan cesedin kocasına ait olduğuna dair yeterli delil bulunduğu gerekçesiyle başvurucunun mağdur sıfatı kabul edilmiştir.

15 Ocak 2001'de Grani gazetesinin baş editörü, Gongadze'yi izleme olayına karıştığı iddia edilen dört polis memurunun adlarını açıklamıştır. 11 Mart 2003'te Sans Frontières Muhabirleri, yapılan bir DNA testine göre söz konusu cesedin Gongadze'ye ait olduğunu anlaşıldığını bildirmişlerdir. 22 Ekim 2003'te, İçişleri Bakanlığı görevlisi olan Korgeneral Pukach, Gongadze'nin kayıp edilmesi olayına karıştığından şüphelenilerek gözaltına alınmıştır. Korgeneral, dosyadaki bazı belgelerin ortadan kaldırılması emrini vermekle suçlanmıştır. 29 Ekim 2003'te Başsavcı Piskun, Devlet Başkanı tarafından görevinden alınmıştır. 6 Kasım 2003'te Kiev Mahkemesi, kaçmayacağı taahhüdünde bulunan Korgeneral Pukach'ın salıverilmesine karar vermiştir. 26 Aralık 2004'te Ukrayna Devlet Başkanı seçilen Viktor Yushchenko, Gongadze soruşturmasının yeniden açılacağına söz vermiştir. 2 Mart 2005'te basında çıkan haberlere göre Başsavcı, başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki davasıyla ilgili olarak üç polisin gözaltına alındığını açıklamıştır. 4 Mart 2005'te eski İçişleri Bakanı Yuriy Kravchenko, o sabah Başsavcılıkta ifade vereceken, intihar ettiği açıklanmıştır. Ağustos 2005'te başvurucunun soruşturma dosyasını görmesine izin verilmiştir. Eylül 2005'te Başsavcılık, Almanya'da yapılan DNA testinin, Tarashcha'da bulunan cesedin Gongadze'ye ait olduğunu kanıtlandığını açıklamıştır. Emniyet Müdürlüğü görevinden alınmış olan Bay Turchinov, 15 Eylül 2005'te gazetecilere, başka şeylerin yanında, 'Melnychenko bantı' üzerinde yapılan laboratuvar incelemesinde herhangi tahrifat bulunmadığının anlaşıldığını ve bantta kayıtlı seslerin kimliklerinin belirlendiğini açıklamıştır.

20 Eylül 2005'te Ukrayna Parlamentosu'nda, Gongadze cinayeti ile ilgili soruşturma komitesi başkanının raporu okunmuştur. Raporda, Gongadze'nin kaçırılması ve öldürülmesi olayının eski Devlet Başkanı Kuchma ve İçişleri Bakanı Kravchenko tarafından organize edildiği ve halen Meclis Başkanı olan V. Lytvyn ile Meclis üyesi L. Derkach'ın suça karıştıkları sonucuna varılmıştır. Raporda son olarak, Başsavcılığın soruşturma komitesinin vardığı sonuçlarla ilgili bir işlemde bulunmadığı kaydedilmiştir. Yakın bir tarihte Başsavcılık failerle ilgili cezai soruşturmanın tamamlandığını ve bunun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne gönderileceğini açıklamıştır. Başvurucu 16 Eylül 2002 tarihinde yaptığı başvuruda, kocasının yaşamının devlet yetkilileri tarafından korunmadığından ve kocasının kayıp edilmesi ve ölümü hakkında etkili soruşturma yapılmadığından ve bunun kendisini ağır manevi zarara uğrattığından şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Sözleşme'nin 2, 3 ve 13. maddelerine dayanmıştır. Başvurucu ayrıca, Ukrayna Hükümeti tarafından sunulan son bilgilerin, kocasının öldürülmesi olayına devlet görevlilerinin karıştığını teyit ettiğini, fakat soruşturmanın doğrudan failerle sınırlı tutulduğunu ve öldürmeye karar verenleri ve organize edenleri kapsamadığını belirtmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

[150-158]: Hükümet, başvurucunun ölen kocasının yaşama yönelik tehditlerine ilişkin şikâyeti hakkında Başsavcılığın 1 Eylül 2000'de ret kararı verdiğini, oysa başvurunun bu tarihten çok sonra yapıldığını ileri sürmüştür. Hükümet, yine başvurucunun kocasının öldürülmesiyle ilgili cezai soruşturmanın 27 Şubat 2001'de başladığını ve başvurucunun mağdur sıfatının kabul edildiğini, başvurucunun bu konudaki şikâyetini de altı aylık süre içerisinde yapmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu ise, mevcut hukuk yollarını kullanmaya çalıştığını, ama sonuç alamadığını, dolayısıyla altı aylık süre kuralına dayanılmayacağını savunmuştur.

Mahkeme, Sözleşme'deki hakların ihlali ile ilgili iddialara ilişkin iç hukuk yolu bulunmaması halinde, altı aylık sürenin, kural olarak, şikâyet konusu olayın meydana geldiği veya başvurucunun bu eylemi öğrendiği veya öğrenebileceği veya bu eylemden doğrudan etkilendiği tarihten başladığını hatırlatmıştır. Ancak, başvurucuların önce bir iç hukuk

yolunu kullanıp, daha sonra bu hukuk yolunun etkili olmadığını farkına vardığı veya varması gerektiği istisnai hallerde özel bir durum oluşur. Böyle bir durumda altı aylık süre, başvuru bu koşulların farkına vardığı veya varması gerektiği tarihten başlatılır (*Aydın - Türkiye [k.k.]*). Başvurucu kayıp edilme ve öldürme bakımından iç hukuk yollarına başvurmuş, fakat soruşturmadaki gecikmeler ve eksiklikler nedeniyle, soruşturma devam ederken kocasının kayıp edilmesinden 2 yıl sonra İnsan Haklarına Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme'ye göre başvuru iddia ettiği belirsizliğe katkıda bulunan çelişkili beyanlar göz önünde tutulduğunda, başvuru soruşturmaya olan güveninin kaybolduğunu savunabilir. Bu belirsizlik, cesedin kimliğinin son olarak Eylül 2005'te belirlenmiş olmasıyla da güçlenmiştir. Mahkeme'ye göre başvuru, olaydaki istisnai koşullar içinde, süresinde başvuru yapmıştır.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Yaşama hakkının korunmadığı iddiası

[164-171]: Mahkeme'ye göre yakın tarihli gelişmeler, başvuru kocasının kaçırılması ve öldürülmesi olayına polislerin karıştıklarının yüksek bir ihtimal olduğunu göstermiştir. Ancak burada karar verilmesi gereken sorun, yetkililerin Gongadze'nin yaşamını bilinmeyen risklere karşı koruma konusunda pozitif yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarıdır. Mahkeme ilk olarak, başvuru kocasının 14 Temmuz 2000 tarihli açık mektubunda Başsavcılığa hem akrabalarının ve meslektaşlarının polisler tarafından sorgulandığı ve hem de izlendiği konusunda bilgi verdiğini kaydetmiştir. Gongadze ayrıca, bir soruşturma açılmasını ve kendisinin korunması için tedbir alınmasını istemiştir.

İkinci olarak, yetkililer ve özellikle savcılar, siyaset açısından hassas konularda haberler yapan bir gazetecinin korunmasız durumunun farkında olmuş olmalıydılar; kaldı ki 1991 yılında o tarihe kadar Ukrayna'da 18 gazeteci öldürülmüştür. Üçüncü olarak, Başsavcılık polislerin faaliyetleri üzerinde gözetim ve polislerin eylemlerinin hukukiliğini soruşturma yetkisine ve görevine sahiptir. Bay Gongadze'nin mektubunda polisler tarafından kendisine gösterilen nedeni anlaşılmaz ilgi hakkında açık ifadeler bulunmasına rağmen, Başsavcılık sadece şekli değil, ama aynı zamanda ağır surette ihmalkar bir cevap vermiştir. Bir gün sonra Gongadze kaybolmuştur. Mahkeme, ölen Gongadze'nin şikâyetlerin ve daha sonra kayıp edilmesine ve öldürülmesine devlet görevlilerinin karıştığı ihtimalini gösteren olayların, uzun bir süre gereği gibi soruşturma yapılmadan ihmal edildiğini veya sadece yok sayıldığını tespit etmiştir. Gongadze'nin kayıp edilmesine polisin karışmış olması ihtimali, *Grani* gazetesi baş editörü tarafından kamuoyuna açıklandığı zaman, bu iddiaya karşı bir tepki gösterilmemiştir. Ülkedeki siyasi liderliğin değişmesinden birkaç gün sonra, gazetecinin kaçırılması ve öldürülmesiyle ilgili olarak ikisi görevi başında polis olan failerin belirlenip suçlanmış olmaları, önceki yönetim altındaki yetkililerin olayı tam anlamıyla samimi olarak soruşturmak istediklerine dair ciddi kuşkular uyandırmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesi maddi yönden ihlal edilmiştir.

B. Olayı soruşturmama

[175-180]: Mahkeme, başvuru kocasının kayıp edilmesiyle ilgili soruşturmada gecikmeler ve kusurlar bulunduğunu, bu kusurların ulusal makamlar tarafından da kabul edildiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, Aralık 2004 tarihine kadar yapılan soruşturmada devlet yetkililerinin başvuru kocasının kayıp edilmesi ve öldürülmesiyle ilgili gerçekleri ortaya çıkarmaktan çok, üst düzey devlet görevlilerinin konuyla ilgilerinin olmadığını kanıtlamakla meşgul olduklarını düşünmüştür. Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[184-186]: Başvurucunun eşi, Eylül 2000'de kayıp edildiği halde, bulunan cesedin eşi-ne ait olduğuna dair ancak Mart 2003'te ikna edici bilgi alabilmiştir. Bu arada başvuru yetkililerden kocasının akıbeti hakkında çelişkili beyanlar almıştır. Bu belirsizlik, Tarashcha'da bulunan cesedin kimliğine ve dolayısıyla başvurunun kocasının akıbetine ilişkin kuşklar doğurarak sürdürülmüştür. Başvurucunun soruşturma dosyasını görme talepleri sürekli olarak reddedilmiştir. Ancak Ağustos 2005'te soruşturma dosyasını görebilmesine izin verilmiştir. Başsavcılık Eylül 2005'te DNA testine göre cesedin başvurunun kocasına ait olduğunu açıklamıştır. Dolayısıyla yetkililerin başvurucuya ve ailesine karşı aldıkları tutum başvuruca ciddi üzüntü yaratmıştır. Bu da aşağılayıcı bir muamele oluşturmuştur.

IV. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[190-194]: Başvurucunun eşinin ölümü hakkında dört yıldır etkili bir soruşturma yapılmamıştır. Ayrıca ana cezai soruşturmada bir sonuca varılamamış olması, başvuruca tazminat almaktan yoksun bırakmıştır. Çünkü pratikte bir tazminat davası, cezai soruşturma kesin olarak karara bağlanmadan incelenmemektedir. Bu gerekçeyle - Md 02 + Md 13: ihlaline

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme başvuruca manevi tazimat olarak 100,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Sözleşme'nin 2. maddesinin hem maddi yönden ve hemde usul yönünden ihlal edildiğine;
3. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ŞİDDETİ SONUCU ÖLÜM

28.10.1998 23452/94 OSMAN - BİRLEŞİK KRALLIK

- ◆ *üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm - öldürülme riskine karşı korumama* (başvurucunun oğlunun öğretmeninin silahlı saldırısına uğrayan kocasının ölümü ve oğlunun yaralanması)
- yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Birinci başvuruca Mülkiye Osman, 1948 Kıbrıs doğumlu bir Britanya vatandaşıdır. İkinci başvuruca Ahmet Osman, birinci başvurunun 1972 İngiltere doğumlu oğludur. Birinci başvurunun eşi ve ikinci başvurunun babası olan Ali Osman, 7 Mart 1988'de Ahmet Osman'ın okulunda öğretmen olan Paul Paget-Lewis tarafından vurularak öldürülmüştür. Aynı olayda Ahmet Osman da yaralanmıştır. Başvurucular, Paul Paget-Lewis'in Ahmet Osman'ın ve ailesinin güvenliğine karşı ciddi bir tehdit oluşturduğuna dair açık işaretler bulunmasına rağmen, yetkililerin bunu değerlendirmediklerinden ve buna göre hareket etmediklerinden şikâyetçi olmuşlardır.

Bu trajediye yol açan olaylar konusunda başvuru ile davalı devlet arasında uyumsuzluk vardır. Daha 1986 yılında, o tarihte 14 yaşında olan Ahmet'in gittiği okulun müdürü, öğretmen Paul Paget-Lewis'in Ahmet'e karşı yakın bir ilgi duyduğunu tespit etmiştir. Bundan birkaç ay sonra müdür yardımcısı Bay Perkins, öğretmen Paget-Lewis'in psikiyatrik yardıma ihtiyacı olduğunu söylemiştir. Paget-Lewis'in Ahmet'e olan yakın ilgisi konusunda polise bilgi verilmiş, ancak polis yakın ilginin cinsel bir unsur içermediği gerekçesiyle olayın okul içinde halledilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Paget-Lewis, Nisan 1987'de tek taraflı düzenlediği bir belgeyle Paul Ahmet Yıldırım Osman ismini almıştır. Mayıs 1987'de polis yeniden okul yetkilileri ile görüşmüş ve Paul-Lewis'in bu ismi daha önce, başka bir okulda bir öğrenciyi okuttuktan sonra aldığı kaydedilmiştir. Paget-Lewis eğitim müdürlüğü psikiyatri tarafından görülmüş, bu hekim kendisinin okulda öğretmen olarak kalmasını fakat psikoterapi görmesini tavsiye etmiştir. Bu arada başvuru evi ve arabaları saldırıya uğramıştır. Haziran 1987'de Paget-Lewis işe uygun olmadığı için görevinden alınmış ve kendisine sağlık izni verilmiştir. Yılın geri kalan bölümünde başvuru mallarına karşı suçlar işlenmiştir. Ocak 1988'de Paget-Lewis bir av tüfeği çalmıştır.

Paget-Lewis, 7 Mart 1988'de Osman'ların evlerinin civarına gitmiş ve burada gördüğü Ali Osman'ı vurarak öldürmüş, Ahmet'i ise ağır biçimde yaralamıştır. Hemen ardından müdür yardımcısı Perkins'lerin evine yönelmiş ve Perkins'i ağır yaralamış, oğlunu da öldürmüştür. Paget-Lewis, ertesi gün gözaltına alınmış ve daha sonra iki kişiyi öldürmekten mahkûm olmuştur. Paget-Lewis'in akıl hastalığı nedeniyle azaltılmış sorumlulukla güvenli bir akıl hastanesinde süresiz olarak tutulmasına karar verilmiştir.

Öte yandan başvuru, Paget-Lewis'in öldürme ve yaralama eylemlerini önlemekte ihmali/hizmet kusuru (negligence) bulunduğu gerekçesiyle Emniyet Müdürlüğüne karşı dava açmışlardır. Üst Mahkeme bu tür davalara karşı polise bağımsızlık tanımakta kamu yararı bulunduğu sonucuna varmıştır. Başvuru, yaşama hakkının ve mahkeme hakkının ihlal edildiği şikâyetiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların görüşleri

[103-112]: Başvuru, yetkililerin Paget-Lewis'in yarattığı bilinen ve gerçek bir tehlikeye karşı ikinci başvuru ve babası Ali Osman'ın yaşamlarını korumak için yeterli ve gerekli tedbirleri almamakla, Sözleşme'nin 2. maddesindeki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediklerini iddia etmişlerdir. Hükümet, Sözleşme'nin 2. maddesinin bir kimsenin yaşamını bir başka kimsenin yarattığı tehlikeye karşı korumak için önleyici tedbirler alma şeklinde Sözleşme'ci Devletlere pozitif bir yükümlülük yükleyebileceğine karşı çıkmamıştır. Ancak Hükümet bu yükümlülüğün sadece, bireyin yaşamına yakın, doğrudan, gerçek ve bilinen bir riskin bulunduğu ve yetkililerin kişinin güvenliğini sağlama görevi üstlendikleri istisnai hallerde doğduğunu vurgulamıştır. Hükümete göre ayrıca, yetkililerin önleyici tedbirler almamalarının, ağır bir görevi ihmal veya bilerek aldırma oluşturduğu gösterilmelidir. Hükümete göre son olarak, yetkililerin suçlandığı önleyici tedbir almama ile gerçekçi ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapıldığında söz konusu olayı önlemesi muhtemel eylem arasında bir nedensellik bağı bulunduğu iknâ edici sebeplerle ortaya koyulmalıdır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Olayların kanıtlanması

Mahkeme mevcut davadaki olayların ulusal düzeyde bağımsız bir yargı yeri tarafından karara bağlanmış olmadığını kaydetmiştir.

2. Ali ve Ahmet Osman'ın yaşama haklarının korunmadığı iddiası

“115. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının birinci cümlesi devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için uygun tedbirleri alma görevi de yüklemektedir (*L.C.B. – Birleşik Krallık, §36*). Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli bir mekanizma kurmak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir. Taraflarca kabul edildiği gibi Sözleşme'nin 2. maddesi ayrıca, belirli bazı durumlarda yetkililere, başka birinin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif bir yükümlülük de yükler. Bu yükümlülüğün kapsamı taraflar arasında tartışma konusudur.

116. Mahkeme'ye göre bu yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla yaşama karşı her risk iddiası, yetkililerin o riskin gerçekleşmesini önlemek için operasyonel tedbirler almalarını gerektirmez. Bir başka nokta, polis suçu kontrol ve önleme yetkilerini, suçu soruşturma ve failleri adalet önüne çıkarma faaliyeti üzerinde meşru kısıtlamalar getiren Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerindeki güvencelere, adil yargılanma hakkına ve diğer güvencelere tam olarak saygı gösterilmek suretiyle kullanmasını sağlama gereğidir. Mahkeme'ye göre, bir kimseye karşı suçun işlenmesini önleme ve bastırma görevi bağlamında yetkililerin yaşama hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddia ediliyorsa, belirli bir bireyin yaşamına karşı üçüncü kişinin suç fiillerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının o anda yetkililer tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği ve makulce değerlendirildiğinde bu riski bertaraf etmesi beklenebilecek yetkileri dâhilindeki tedbirleri almadıklarının kanıtlanması gerekir. Mahkeme, bilinen şartlarda yaşama karşı bir risk bulunduğunu anlayamamış olmanın veya riskten kurtarmak için önleyici tedbirler almamış olmanın, ağır bir görevi ihmale veya yaşamı koruma ödevini bilerek göz ardı etmeye eşdeğerde olması gerektiği şeklindeki Hükümetin görüşünü kabul etmemektedir. Böylesi katı bir standart, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'deki hakları ve özgürlükleri pratik ve etkili bir şekilde korumalarını gerektiren Sözleşme'nin 1 ve 2. maddelerinin gerekleriyle bağdaşmaz (*McCann ve Diğerleri, §146*). Mahkeme'ye göre, Sözleşme sisteminde temel bir hak olan 2. maddeyle korunan hakkın niteliği göz önünde tutulduğunda, yetkililerin bildiği veya bilmeleri gereken yaşama karşı gerçek ve yakın tehlikeden kurtarmak için kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yapmadıklarının başvuru tarafından gösterilmesi yeterlidir. Bu sorun, her olayın içinde bulunduğu şartlar çerçevesinde çözülebilecek bir meseledir.”

Mevcut olayda başvurucular, trajik ölümlere yol açan olayların hangi aşamasında Osman ailesi üyelerinin Paget-Lewis'ten gelen gerçek ve yakın bir tehlike nedeniyle yaşamlarının risk altında olduğunun polis tarafından bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini gösterememişlerdir. Başvurucular, Paget-Lewis tarafından oluşturulan tehlikeyi ortadan kaldırması için polise imkân veren kaçırılmış bir dizi fırsattan söz etmişler ise de, makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu tedbirlerin bu sonucu doğuracağı veya ulusal mahkemele-

rin eldeki delillere dayanarak kendisini mahkûm edebilecekleri veya bir akıl hastanesinde tutulmasına karar verebilecekleri söylenemez. Yukarıda da belirtildiği gibi, polis bireylerin hak ve özgürlükleriyle bağdaşacak bir tarzda görevlerini yerine getirmelidir. Mevcut olayın şartları içinde, masumiyet karinesine ağırlık verilmiş olması, gözaltına alma ve arama ve el koyma yetkilerini kullanmak için gerekli şüphe standardı bulunmadığı için bu yetkilerini kullanmamış olması nedeniyle polis eleştirilemez. Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmemiştir.

3. Sözleşme'nin 2. maddesindeki usul yükümlülüğüne aykırı davranıldığı iddiası

Mahkeme'ye göre ölüm olayında başvuru konudaki şikâyetinin esas itibarıyla Sözleşme'nin 6. maddesindeki mahkemeye başvurma hakkıyla ilgilidir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden incelenmesi gerekli değildir.

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Polis başvuru konusuna yönelik saldırıyı biliyor durumda olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmemiştir.

III. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

A. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği

Hükümete göre olayda Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanabilir değildir; çünkü Üst Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin *Hill* davasında ortaya koyduğu polisin davadan bağımsızlığı kuralını mevcut davada uygulayarak, başvuru konularının hukuk davası açma sebeplerinin bulunmadığı sonucuna varmıştır; dolayısıyla iç hukukta maddi hakları bulunmadığından, başvuru konularının Sözleşme'nin 6. maddesine dayanamazlar.

“136. Mahkeme ilk olarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, herkesin kişisel hak ve yükümlülükleriyle ilgili iddialarını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına aldığı hatırlatır. Bu fıkra, mahkemeye başvurma yani hukuki meselelerde mahkemelere dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu ‘mahkeme hakkı’ nı içerir (*Golder*, §36).

137. Mahkeme, davalı Hükümetin bu ilkeye gönderme yaparak, başvuru konularının iddiaları konusunda Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliğine itiraz ettiğini kaydeder. Üst Mahkemenin başvuru konularının polise karşı açtıkları tazminat davasında bir dava sebebinin bulunmadığını göstermek için Temyiz Mahkemesinin *Hill* davasında ortaya koyduğu istisna kuralını uygulamış olmasına dayanan Hükümet, iç hukukta başvuru konularının bu konuda maddi hakları bulunmadığını iddia etmektedir.

138. Mahkeme, davalı devletin common law sisteminin uzun bir süreden beri davacıya, davalının ihmali (negligence) nedeniyle bir mahkemeye dava açma ve mahkemeden davalının davacıyı koruma ödevini yerine getirmediğini ve korumamanın davacıya zarar verdiğini tespit talebinde bulunma imkânı verdiğini gözlemlemektedir. Ulusal mahkemeler böyle bir davada, koruma ödevine ilişkin şu unsurların bulunup bulunmadığını karara bağlamaya çalışırlar: zararın önceden görülebilir olup olmadığı; taraflar arasında bir yaklaşma ilişkisinin bulunup bulunmadığı; ve olayın şartları içinde davalıya bir koruma ödevi yüklemenin makul, adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığı. Hükümetin, başvuru konularının iç hukuka göre maddi bir hakkının bulunmadığını iddia ederken dayandığı bu son kriter, sadece polise karşı suçla mücadele ve soruşturma faaliyeti sırasında ihmaliyle ilgili değil, fakat başka bazı faaliyet alanlarını da kapsayan ihmallerin iddia edildiği hukuk davalarında uygulanır. Temyiz Mahkemesi ilk kez *Hill* davasında, bu kriterin polisi suçla mücadele ve soruşturma bağlamında sorumluluktan korumak için ileri sürülebileceğini açıklamıştır. Başvuru konularının, istisna kuralının bu bağlamda, polise ihmali

eylemlerinde mutlak bir yargı bağışıklığı sağlayacak şekilde işlediğini ima eden iddialarda bulunmuşlar ise de, Mahkeme, bu kuralın bir hukuk davasını daha başlangıçta otomatik olarak ölüme mahkûm etmediğini ve fakat ulusal mahkemelere belirli bir davada bu kuralın uygulanmasının uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı verdiğini savunan Hükümetin görüşünü kabul etmektedir.

139. Bu anlayışla Mahkeme, başvurucuların polisle yakınlaşmasının söz konusu olduğuna, verilen zararın önceden görülebilir olduğuna ve Hill davasında belirtilen istisna kuralını uygulamamanın makul, adil ve hakkaniyete uygun olduğuna dair savunulabilir olan iddialarının usulden ve esastan incelenmesini isteme hakları bulunduğu kanaatindedir. Mahkeme'ye göre başvurucuların bu haklarının bulunduğu iddiası bile, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliğini sağlamak için yeterlidir.

140. Bu gerekçelerle Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğunu sonucuna varmaktadır. Şimdi başvurucuların bu fıkraya göre sahip oldukları haklarına getirilen kısıtlamanın hukuki olup olmadığı karara bağlanmalıdır.”

B. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygunluk

Komisyon, Hükümetin söylediği gibi, başvurucuların hukuk davası açmalarını ortadan kaldıran istisna kuralının, Temyiz Mahkemesinin Hill kararında belirttiği şekilde meşru bir amaç veya amaçlar izleyebileceğini, özellikle savunmacı bir güvenlikten ve işgücünün dağıtılmasından kaçınma amacı taşıyabileceğini kabul etmiştir. Ancak Komisyon, bu kuralın uygulanmasının haklılığına karşı çıkan başvuruculara katılmıştır.

“**147.** Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, mahkemeye başvurma, yani hukuki konularda bir mahkemeye dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu ‘mahkeme hakkı’ nı içerdiğini hatırlatır. Ancak bu hak mutlak değildir, sınırlamalara tabi tutulabilir; bu sınırlamalara zımnen izin verilmiştir, çünkü mahkemeye başvurma hakkı, niteliği gereği devletin düzenleme yapmasını gerektirir. Sözleşmeciler Devletler bu noktada belirli bir takdir alanına sahiptirler, ama tabii ki Sözleşme'nin gereklerine uyulup uyulmadığına dair nihai kararı vermek, Mahkeme'nin görevidir. Mahkeme, uygulanan sınırlamaların, bireyin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde ve şekilde kısıtlamadığına veya zayıflatmadığına ikna olmalıdır. Ayrıca, bir sınırlama meşru bir amaç izlemiyorsa ve kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmaz (*Tinnelly ve Sons Ltd ve Diğerleri ve McElduff ve Diğerleri*, §72).

148. Mahkeme başvurucuların iddialarının hiçbir şekilde tam olarak yargılama konusu olmadığını ve dolayısıyla iddialarının dayanağı maddi olaylar ve esası hakkında karar verilmediğini kaydeder. Üst Mahkeme başvurucuların iddialarının düşürülmesine, Metropolitan Emniyet Müdürlüğünün istediği ihtiyati tedbir bağlamında karar vermiştir; Üst Mahkeme, o davada başvurucuların ileri sürdükleri maddi olayların doğru olduğu varsayımı ile hareket etmiştir. Başvurucuların iddiaları, Temyiz Mahkemesinin Hill kararında formüle ettiği istisna kuralının kapsamına girdiği için reddedilmiştir.

149. Hill davasında Temyiz Mahkemesini polisi ihmal davalarına karşı korumak için istisna kuralı getirmeye götüren neden, polisi haksız fiil sorumluluğuna ve operasyonel kararlara maruz bırakarak suçla mücadelede etkin ve etkili çalışmasının tehlikeye sokulmasının, toplumun bir bütün olarak menfaatlerine aykırı olacağı düşüncesidir.

150. Bu kuralın amacı, polis hizmetlerinin etkili bir şekilde sürdürülmesine ve böylece suçun ve düzensizliğin önlenmesine yönelik olduğundan, Sözleşme bakımından meşru görülebilir; ancak Mahkeme yine de orantılılık meselesine geldiğinde, bu kuralın kapsamına ve özellikle söz konusu olayda uygulanmasına özel bir dikkat göstermelidir.

Hükümet, sorumluluktan istisna edilme kuralının mutlak olmadığını ve başka kamusal gerekçelerle uygulanmasının gevşetilebileceğini savunmuş ise de, Mahkeme, mevcut olayda Üst Mahkemenin bu kuralı polise sıkı bir savunma sağladığı ve suçla mücadele ve soruşturmada ihmalleri ve eylemleri nedeniyle açılan hukuk davalarında polisin yararlandığı bağışıklığı zorla gevşetmenin mümkün olmadığını düşüncesiyle hareket ettiğini görmektedir.

151. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin bu kuralı, yarışan kamu yararlarının varlığını araştırmadan bu şekilde uygulamaları, sadece polise suçla mücadele ve soruşturma sırasındaki eylemleri ve ihmalleri için önceden açık bir bağışıklık verilmesine hizmet eder ve başvurucuların bazı olaylarda polise karşı iddialarının esastan karara bağlanması hakkına haksız bir kısıtlama getirmek olur. Mahkeme'ye göre bir ulusal mahkeme, kuralın uygulanmasını aksi yöne çeken diğer kamu yararı düşüncelerinin varlığını göz önünde bulundurabilmelidir. Böyle yapılmaması halinde, kusurun veya uğranılan zararın dereceleri arasında bir ayırım yapılmamış olacak veya belirli bir olaydaki adalet düşüncesi dikkate alınmamış olacaktır. Mevcut olayda Yargıç McCowan'ın, Hill davasındaki davacılarından farklı olarak olaydaki başvurucuların, ihmal nedeniyle polise karşı açılacak davaların sayısını önemli ölçüde azaltacak sıkı bir kriteri gerektiren yakınlık testine uyduklarına ikna olduğu kaydedilmelidir. Ayrıca başvurucuların davaları, bir çocuğun yaşamının korunmaması iddiasıyla ilgili olup, başvuruculara göre bu korumama, küçük usulsüzlük eylemleriyle karşılaştırıldığında ağır bir kusur oluşturan bir dizi eylem ve ihmalin sonucudur. Başvurucular ayrıca, kendilerinin güvenliğini sağlamanın polisin görevi olduğunu iddia etmişlerdir. Son olarak uğranılan zarar, çok ağır niteliktedir.

152. Mahkeme'ye göre bu gerekçeler, esastan incelemesi gereken ve polise bağışıklık vermeye varan bir kuralın uygulanması suretiyle otomatik olarak görmezden gelinemeyecek gerekçelerdir. Mevcut olayda Mahkeme, söz konusu kuralın ulusal mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle polise otomatik bir bağışıklık vermediğine dair Hükümetin savunmasıyla ikna olmamıştır.

153. Mahkeme, başvurucuların tazminat alabilmek için alternatif yolların bulunduğu dair Hükümetin savunmasıyla da ikna olmamıştır. Mahkeme'ye göre bu hukuk yollarının, başvurucuların ihmal nedeniyle polise karşı dava açma haklarını ve adalet arayışlarını kaybetmelerini hafiflettiği söylenemez. Ne Paget-Lewis'e ve ne de ILEA psikiyatru Dr. Ferguson'a karşı bir dava, başvurucuların davalarını güçlendiren temel sorularına, yani niçin polisin Paget-Lewis'in Ali ve Ahmet Osman'a karşı öldürücü davranışta bulunmasını engellenmek için harekete geçmediği sorularına yanıt almalarını sağlamayacaktır. Başvurucular, ulusal mahkemeleri polisin ihmalkar davrandığı konusunda ikna edebilirlerdi veya ikna edemeyebilirlerdi. Ancak, polisin eylemleri ve ihmallerinin sebebini çekişmeli bir yargılamada dinlemek hakkına sahiptirler.

154. Yukarıdaki gerekçelerle Mahkeme, mevcut olayda istisna kuralının uygulamasının başvurucuların mahkemeye başvurma haklarını orantısız bir şekilde kısıtladığı sonucuna varmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme başvuruculara manevi tazminat olarak 10,000 Sterlin ile ücretler ve masraflar için 30,000 Sterlin'den adli yardım olarak alınan 28,514 Fransız Frangı düşülerek ödemesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı on yedi oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Üçe karşı on yedi oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlale edilmediğine;

3. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğuna ve ihlal edildiğine;

4. Bire karşı on dokuz oyla, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından başvurunun şikâyetlerini incelemenin gerekli olmadığına;

5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

09.06.2009 33401/02 OPUZ - TÜRKİYE

◆ *üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm - öldürülme riskine karşı korumama - aile içi şiddet (kocasından olma üç çocuk sahibi başvuru kadının ve annesinin kocadan defalarca şiddet görmeleri ve öldürme tehditlerin kamu makamlarına bildirilmesine rağmen hareketsiz kalınması nedeniyle kocanın başvurunun annesi öldürmesi), cinsiyet bakımından farklı muamele (kadınlara karşı şiddetin cinsiyet yönünden ayrımcılık oluşturması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - ayrımcılık yasağı*

DAVANIN ESASI

Başvuru Nahide Opuz 1972 doğumlu olup, Diyarbakır'da yaşamaktadır. Başvurunun annesi A.O. ile dini nikahla evlenmiştir. 1990 yılında A.O.'nun oğlu H.O. ile başvuru arasında bir ilişki kurulmuş ve birlikte yaşamaya başlamışlardır. H.O. ile başvuru 12 Kasım 1995'te resmi nikahla evlenmişler ve 1993, 1994 ve 1996 yıllarında üç çocukları olmuştur. Başvuru ve H.O. arasında, ilişkilerinin başından beri öfkeli münakaşalar geçmiştir. Nisan 1995'ten itibaren H.O. başvurucuya ve bazen annesine çeşitli yaralamalı saldırılarda ve öldürme tehditlerinde bulunmuş, son olarak başvurunun annesini öldürmüştür. Saldırıları şöyle özetlenebilir:

İlk saldırı: 10 Nisan 1995'te H.O. ve A.O., başvuru ve annesini ağır fiziksel yaralanmaya sebep olacak şekilde dövmüşler ve ölümle tehdit etmişlerdir. Başvuru ve annesi, başlangıçta bu olay hakkında bir suç duyurusunda bulunmuşlar, ama daha sonra şikâyetlerinden vazgeçtikleri için, H.O. ve A.O. hakkındaki cezai takibat sonlandırılmıştır.

İkinci saldırı: 11 Nisan 1996'da H.O., başvuru ve annesini yine hayati tehlike arz eden bir yaralanmaya sebep olacak şekilde dövmüştür. H.O., göz altına alınmış ve ağır yaralanmadan aleyhinde dava açılmıştır. H.O.'nun salıverilmesinden sonra başvuru şikâyetinden vazgeçmiş ve H.O. aleyhindeki suçlamalar düşürülmüştür.

Üçüncü saldırı: 5 Şubat 1998'de H.O., başvuru ve annesine bıçakla saldırmıştır. Üçü de ağır surette yaralanmış, Cumhuriyet Savcısı yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle bu olay hakkında kimsenin kovuşturulmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Dördüncü saldırı: 4 Mart 1998'de H.O., başvuru ve annesinin üzerlerine araba sürmüştür. Mağdurların ikisi de ağır yaralanmışlar ve sağlık raporları başvurunun yedi gün iş göremez hale geldiğini ve annesinin yaralarının hayati tehlike arz ettiğini belgelemiştir. Bu olaydan sonra mağdurlar, H.O.'nun kendilerini öldürmekle tehdit ettiği gerekçesiyle Cumhuriyet Savcılığından koruma önlemleri almalarını talep etmişler ve başvuru boşanma davası açmıştır. Mağdurların ölüm tehdidinde ilişkin iddialarına yönelik polis soruşturması, her iki tarafın birbirine karşı tehditler yönelttikleri ve başvurunun annesinin intikam almak amacıyla kızını H.O.'dan ayırmak üzere böyle iddialarda bulunduğu ve güvenlik güçlerinin vaktini 'boşa harcadıkları' sonucuna ulaşmıştır. H.O. aleyhinde ölümle tehdit etmek ve öldürmeye teşebbüsten davalar açılmış; fakat H.O.'nun salıverilmesinin ardından başvuru ve annesi şikâyetlerinden vazgeçmişlerdir. Bu kez yargısal makamlar H.O. aleyhindeki ölüm tehdidi ve başvurucuya çarpma suçlamalarını

düşürmüşler, ancak Diyarbakır Asliye Mahkemesi, H.O.'yu başvurucunun annesini yaralamaktan suçlu bulmuş ve kendisini üç ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu ceza daha sonra para cezasına çevrilmiştir.

Beşinci saldırı: 29 Ekim 2001'de H.O., başvurucuyu annesini ziyaret etmesinin ardından 7 yerinden bıçaklamıştır. H.O., polise giderek kayınvalidesinin evliliklerine müdahale etmesinden dolayı çıkan bir kavga sırasında eşine saldırdığını söylemiştir. Polisler, H.O.'nun ifadesini aldıktan sonra kendisini serbest bırakmışlardır. Bununla beraber, başvurucunun annesi, H.O.'nun tutuklanması talebiyle Cumhuriyet Savcılığına başvurmuş ve ayrıca kendisinin ve kızının geçmişte yaptıkları şikâyetlerden H.O.'nun ölüm tehditleri ve baskıları yüzünden vazgeçmek zorunda kaldıklarını iddia etmiştir. Bunun sonucunda H.O. bıçakla saldırıdan suçlu bulunmuş ve para cezasına mahkûm edilmiştir.

Altıncı saldırı: 14 Kasım 2001'de H.O. başvurucuyu tehdit etmiş, fakat soruşturma mamekları somut delil bulunmadığı gerekçesiyle dava açmamışlardır.

Yedinci saldırı: 19 Kasım 2001'de başvurucunun annesi, Cumhuriyet Savcılığına bir dilekçe vererek, üzerinde silah bulunduran H.O.'nun ölüm tehditlerinde ve tacizlerde bulunmaya devam ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Polis H.O.'nun yine ifadesini aldıktan sonra kendisini serbest bırakmış, fakat Cumhuriyet Savcısı ölüm tehditleri konusunda H.O. aleyhine ceza davası açmıştır.

Sekizinci saldırı: Daha sonra 27 Şubat 2002'de, başvurucunun annesi Savcılığa başvurarak, H.O.'nun tehditlerinin yoğunlaştığını ve hayatlarının yakın tehlike altında olduğunu bildirmiş ve polisten H.O.'ya karşı harekete geçmesini talep etmiştir. Polis H.O.'nun ifadesini almıştır. Sulh Ceza Mahkemesi H.O.'nun başvurucunun annesini öldürmesinden sonra (11 Mart 2002) kendisini bu iddialarla ilgili olarak da sorgulamıştır. H.O. iddiaları yalanlamış ve eşinin ahlaksız bir yaşam süren annesini ziyaret etmesini istemediğini söylemiştir.

H.O.'nun başvurucunun annesini öldürmesi: Başvurucu 29 Ekim 2001 tarihindeki olaydan sonra annesiyle yaşamaya başlamıştır. Başvurucunun annesi, ev eşyalarını İzmir'e taşıtmak üzere bir nakliye şirketiyle anlaşmıştır. H.O. bunu öğrenmiş ve iddiaya göre 'Nereye gidersen git seni bulup öldüreceğim' demiştir. Tehditlere rağmen, 11 Mart 2002'de eşyalar nakliye şirketinin kamyonetine yüklenmiştir. Başvurucunun annesi de kamyonete binmiş, ön koltuğa oturmuş, nakliye merkezine giderlerken, yolda bir taksi kamyonetin önüne geçmiş, kamyonet şoförü aracı durdurmuştur. Taksiden H.O. inmiş, başvurucunun annesinin oturduğu taraftan ön kapıyı açmış ve 'Eşyayı nereye götürüyorsun?' diye bağırarak ve başvurucunun annesini vurmuştur. Başvurucunun annesi olay yerinde ölmüştür. H.O. aleyhinde (eski) Ceza Kanununun 449(1). fıkrasına gereğince açılan ceza davası açılmış, H.O. polise verdiği ifade, olay günü, ölen kişiye eşyaları nereye götürdüğünü ve karısının nerede olduğunu sorduğunda, ölenin 'S... git, karımı da götürüp satacağım' dediğini ileri sürmüştür. Kendisini kaybettiğini ve şerefi ve çocukları için onu öldürdüğünü ifade etmiştir. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi 26 Mart 2008 tarihinde verdiği kararında, H.O.'yu öldürme ve ruhsatsız silah taşıma suçlarından mahkûm etmiştir. Bu mahkeme H.O.'ya ömür boyu hapis cezası vermiştir. Bununla beraber Ağır Ceza Mahkemesi, sanığın bu suçu ölenin tahrik etmesi sonucu işlemiş olduğu ve sanığın yargılama sırasında iyi halini dikkate alarak, esas cezayı 15 yıl 10 ay hapis cezasına ve para cezasını da 180 Yeni Türk Lirası para cezasına indirmiştir. Bu mahkeme, sanığın karar öncesinde tutuklu kaldığı süreyi ve kararın Temyiz Mahkemesince de inceleneceğini göz önünde bulundurarak, H.O.'nun salıverilmesine karar vermiştir. Temyiz süreci halen Yargıtay'da devam etmektedir.

H.O.'nun salıverilmesinden sonraki gelişmeler: Başvurucu 15 Nisan 2008'de savcılığa verdiği dilekçe ile suç şikâyetinde bulunmuş ve yetkililerden yaşamının korunması için tedbir almalarını istemiştir. 14 Mayıs 2008'de başvurunun temsilcisi Mahkeme'ye, başvurunun eşinin cezaevinden tahliye edildiği ve yeniden başvuru tehdit etmeye başladığı bilgisini vermiş, başvurunun talebine rağmen ulusal makamlardan herhangi bir tedbir alınmamış olmasından şikâyetçi olmuştur. Bu nedenle başvuru Mahkeme'den, kendisine Hükümet'ten yeterli koruma sağlamasını istemesini talep etmiştir. Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü 16 Mayıs 2008 tarihli bir yazıyla, Hükümetin görüşünü almak üzere başvurunun talebini Hükümet'e iletmış ve yetkililerden alınan tedbirler konusunda Mahkeme'nin bilgilendirilmesini istemiştir. Adalet Bakanlığı ve savcılıklar arasında yapılan yazışmaların ardından, 29 Mayıs 2008'de A.E., başvurunun yaptığı suç duyurusuna ilişkin olarak H.O.'yu sorgulamıştır. 14 Kasım 2008'de başvurunun temsilcisi Mahkeme'ye, yetkililerin başvuru eski eşinden korumak üzere herhangi bir tedbir almamış olmaları nedeniyle müvekkilinin yaşamının yakın bir tehlike içinde olduğu bilgisini vermiştir. 21 Kasım 2008'de Hükümet, Mahkeme'ye emniyet makamlarının başvuru eski eşinden korumak üzere özel önlemler almış oldukları bilgisini vermiştir. Özellikle, başvurunun ikametgahına yaklaşması halinde tutuklanması için başvurunun eşinin fotoğraf ve parmak izleri bölgedeki polis karakollarına dağıtılmıştır. Polis, başvuru hakkındaki iddialara ilişkin olarak sorgulamıştır. Başvuru, son bir buçuk ay içerisinde kocası tarafından tehdit edilmediğini belirtmiştir.

Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: Mahkeme'nin alıntı yaptığı eski Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri şunlardır: 188, 191(1), 449, 456(1), (2) ve (4), 457, 460. Mahkeme ayrıca, 14 Ocak 1998 tarihli 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 1 ve 2. maddelerine yer vermiş, 1 Mart 2008 Tarihli Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelikten söz etmiştir. Mahkeme daha sonra, Türkiye'nin de taraf olduğu 1979 tarihli BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşmesi'ne (CEDAW), bu Sözleşmeyle kurulan CEDAW Komitenin 19. No'lu Genel Tavsiyesine ve Komitenin bazı kararlarına yer vermiştir. Mahkeme daha sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kadınların şiddete karşı korunmalarına dair 30 Nisan 2002 tarihli (Rec(2002)5) Tavsiye kararına, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'ne, 1994 tarihli Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Tasfiye Edilmesi Amerika Sözleşmesi'ne (Belem do Para Sözleşmesi) yer vermiştir. Mahkeme ayrıca, karşılaştırmalı hukuk metinlerinde, aile içi şiddet davalarında mağdur şikâyetini geri alsa bile, kamu makamları ceza davasına devam etmek zorunluluğu bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme son olarak, Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı'nın 4320 sayılı Kanunun uygulamasına ilişkin 7 Temmuz 2007 tarihli görüşüne, 4320 sayılı Kanunun uygulamasına ilişkin Diyarbakır Barosu Kadın Hakları Danışma ve Uygulama Merkezi (KA-MER) tarafından hazırlanan 25 Kasım 2005 tarihli araştırma raporuna ve 1 Ağustos 1997 – 30 Haziran 2007 dönemine ilişkin Diyarbakır KA-MER Acil Yardım Hattı istatistiklerine, ayrıca Uluslararası Af Örgütü'nün "Türkiye: Aile Şiddetine Maruz Kalan Kadınlar" başlıklı 2004 yılı Raporuna ve Diyarbakır Barosu Herkes İçin Adalet Projesi ile Kadın Hakları Danışma ve Uygulama Merkezi tarafından hazırlanan namus cinayetlerine ilişkin araştırma raporuna yer vermiştir. Başvuru 15 Temmuz 2002 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 2, 3, 6, 13 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Kabul edilebilirlik

[107-117]: Hükümet, 1995 ve 2001 arasında meydana gelen olaylar bakımından başvuru süresi dışında yapıldığını ileri sürmüş ve altı aylık süre kuralına uyulmadığı itirazında

bulunmuştur. Mahkeme kocası tarafından başvurucuya ve annesine uygulanan şiddet eylemlerinin ayrı olaylar olmadığını ve bir bütünün halkaları olarak görülmesi gerektiğini belirtmiş ve bu olayın özel koşulları içinde başvurucunun şikâyetinin 35(1). fıkrasındaki altı aylık süre içinde yapıldığını kabul etmiştir. Hükümet ayrıca iç hukuk yollarının da tüketilmediğini, çünkü başvurucu ve annesinin bir çok kez şikâyetlerini geri alarak kocası aleyhindeki ceza davalarının düşmesine sebep olduklarını ileri sürmüştür. Mahkeme iç hukuk yollarının tüketilmesi meselesiyle ilgili temel sorunun, başvurucunun iç hukuktaki mevcut hukuk yollarının ve özellikle 4320 sayılı yasadaki öngörülen hukuk yollarını kullanıp kullanmadığı ve ulusal makamların başvurucunun kocasına karşı şikâyetlerinden vazgeçmiş olmasına rağmen ceza davasını sürdürmelerinin gerekip gerekmediği meselesidir. Bu nedenle Mahkeme bu sorunları esasla birleştirmiş ve birlikte incelemiştir.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların görüşleri

[119-127]: Başvurucu, yetkililerin eşi tarafından Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olarak, annesinin yaşamını koruyamadıklarından şikâyetçi olmuştur. Başvurucu ilk başta, aile içi şiddetin yetkililer ve toplum tarafından hoş görüldüğünü ve aile içi şiddet faillerinin cezasızlıktan yararlandıklarını iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, H.O.'nun öldürme suçundan mahkûm olmasına rağmen, aldığı cezanın caydırıcı olmadığını ve normal öldürme suçuna verilen cezadan dikkate değer biçimde hafif olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre hafif bir ceza verilmesinin nedeni, sanığın Ağır Ceza Mahkemesi önündeki savunmasında, şerefini korumak için başvurucunun annesini öldürdüğünü iddia etmiş olmasıdır. 'Namus cinayeti' davalarında cezayı hafifletmek, Türkiye'deki ceza mahkemelerinin genel bir uygulamasıdır. Hükümet, ulusal makamların başvurucu ve annesinin yaptıkları şikâyetleri derhal ve somut bir şekilde takibe aldıklarını vurgulamıştır. Hükümete göre başvurucu ve annesi, şikâyetlerini geri alarak, yetkililerin H.O. hakkında cezai kovuşturmayaya devam etmelerine engel olmuşlar ve böylelikle saldırganın yararlandığı cezasızlık haline katkıda bulunmuşlardır. Interights, uluslararası uygulamaya atıfla, ulusal makamların kadına karşı özel kişilerin de şiddetini önlemek ya da bu tür şiddeti soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma konusunda gerekli özeni göstermedikleri durumlarda, devletin bu tür eylemlerden sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Yaşama hakkı ve işkence görmeme hakkının bir jus cogens olması, devletin bu tür eylemleri soruşturma ve kovuşturmada büyük bir özen göstermesini gerektirir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1) Başvurucunun annesinin yaşamının korunmadığı iddiası

a) Konuya ilişkin ilkeler

“128. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının birinci cümlesi devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için uygun tedbirleri alma görevi de yüklemektedir (*L.C.B. – Birleşik Krallık*, §36). Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli bir mekanizma kurmak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesi ayrıca, belirli bazı durumlarda yetkililere, başka birinin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülük de yükler (*Osman*, §115; ve *Kontrova*, §49).

129. Bu yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla yaşama karşı her risk iddiası, yetkililerin o riskin gerçekleşmesini önlemek için operasyonel tedbirler almalarını gerektirmez. Bir başka nokta, polisin suçu kontrol ve önleme yetkilerini, suçu soruşturma ve failleri adalet önüne çıkarma faaliyeti üzerinde meşru kısıtlamalar getiren Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerindeki güvencelere, adil yargılanma hakkına ve diğer güvencelere tam olarak saygı gösterilmek suretiyle kullanmasını sağlama gereğidir (*Osman, §116*).

130. Mahkeme'ye göre, bir kimseye karşı suçun işlenmesini önleme ve bastırma görevi bağlamında yetkililerin yaşama hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettikleri iddia ediliyorsa, belirli bir bireyin yaşamına karşı üçüncü kişinin suç fiillerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının o anda yetkililer tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği ve makulce değerlendirildiğinde bu riski bertaraf etmesi beklenebilecek yetkileri dâhilindeki tedbirleri almadıklarının kanıtlanması gerekir. Sözleşme sisteminde temel bir hak olan 2. maddeyle korunan hakkın niteliği göz önünde tutulduğunda, yetkililerin bildiği veya bilmeleri gereken yaşama karşı gerçek ve yakın tehlikeden kurtarmak için kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yapmadıklarının başvuru tarafından gösterilmesi yeterlidir.”

b) Yukarıdaki ilkelerin mevcut olaya uygulanması

i) Davanın kapsamı

“131. Yukarıdaki anlayış çerçevesinde Mahkeme, ulusal makamların, başvuruçunun annesinin yaşama hakkını korumak üzere önleyici operasyonel tedbirler alma şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirleyecektir. Bu bağlamda Mahkeme, başvuruçunun annesinin yaşamına karşı H.O.'nun suç fiillerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının o anda yetkililer tarafından bilinip bilinmediği veya bilinmesi gerekip gerekmediğini ortaya koymalıdır. Tarafların ifadelerinden ortaya çıktığı üzere, mevcut olaydaki en önemli soru, mağdurların şikâyetlerinden vazgeçmelerine rağmen, ulusal makamların H.O.'ya karşı gerekli cezai veya önleyici tedbirler almak suretiyle, başvuru ve annesine şiddet uygulanmasını önlemek için gerekli özeni gösterip göstermedikleridir.

132. Bununla beraber Mahkeme, bu meseleler üzerinde durmadan önce, aile içi şiddetin fiziksel şiddetten psikolojik şiddete ya da sözlü tacize kadar çeşitli şekiller alabildiğini ve mevcut olayın koşullarıyla sınırlandırılmayacağını vurgulamalıdır. Aile içi şiddet, bütün üye devletleri ilgilendiren ve genellikle kişiler arası ilişkilerde ya da kapalı çevrelerde gerçekleştiği için her zaman gün yüzüne çıkmayan genel bir sorun olup, bundan sadece kadınlar etkilenmemektedir. Mahkeme, erkeklerin de aile içi şiddetin mağduru olabileceklerini kabul eder ve aslında çocuklar da doğrudan ya da dolaylı olarak sıklıkla bu fenomenin mağduru olmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, mevcut olayı incelerken, sorunun ağırlığını akılda tutacaktır.”

ii) Yerel makamların H.O.'nun öldürücü bir saldırıda bulunabileceğini öngörüp öngöremeyecekleri

“133. Olayın koşullarına dönülürse, Mahkeme, başvuru ile kocası H.O.'nun başından itibaren sorunlu bir ilişkilerinin olduğunu gözlemlemektedir. Anlaşmazlıklarının bir sonucu olarak H.O., başvuruçuya karşı şiddete başvurmuş ve başvuruçunun annesi de kızını korumak için ilişkilerine müdahalelerde bulunmuştur. Böylece başvuruçunun annesi, kendisini sorunlarının nedeni olmakla suçlayan H.O.nun hedefi haline gelmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, bazı olayları ve yetkililerin bunlara gösterdiği tepkileri vurgulamayı önemli bulmaktadır: (...) [bk. yukarıda olaylar bölümü].

134. Yukarıdaki olaylar karşısında, başvuru ve annesine karşı H.O. tarafından git gide artan bir şiddet uygulandığı anlaşılmaktadır. H.O. tarafından işlenen suçlar, önleyici tedbirlerin alınmasını gerektirmeye yetecek düzeyde ağırdır ve mağdurların sağlık ve güvenliklerine yönelik süregelen bir tehdit bulunmaktadır. İlişkinin geçmişi incelendiğinde, failin aile içi şiddet konusunda sabıkasının bulunduğu ve dolayısıyla daha ileri düzeydeki bir şiddet ihtimalinin yadsınamaz bir risk oluşturduğu açıktır.

135. Üstelik mağdurların durumu yetkililer tarafından da bilinmektedir; başvuru annesi Diyarbakır Başsavcılığına yaşamının yakın bir tehlike içerisinde olduğunu bildiren ve polisten H.O.'ya karşı önlem alınmasını isteyen bir dilekçe vermiştir. Ne var ki yetkililerin bu talebe verdikleri cevap, annenin iddiaları hakkında H.O.'nun ifadesini almaktan ibaret olmuştur. Bu talepten yaklaşık iki hafta sonra, 11 Mart 2002'de H.O. başvuru annesini öldürmüştür.

136. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, yetkililerin, H.O.'nun ölümcül bir saldırıda bulunabileceğini öngörebilecek durumda olduklarını tespit etmiştir. Mahkeme, yetkililer farklı davranmış olsalardı, olayların başka bir biçimde sonuçlanabileceği ve ölümün gerçekleşmeyebileceği şeklinde kesin bir sonuca varamaz; ancak sonucu değiştirmeye ya da zararı hafifletmeye yönelik gerçek bir umut taşıyan makul önlemler alınmanın, devletin sorumluluğuna yol açmak bakımından yeterli olduğunu hatırlatır (*E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §99*). Bu nedenle Mahkeme, bundan sonra yetkililerin başvuru annesinin ölümünü engellemek için ne ölçüde önlem aldıklarını inceleyecektir.”

iii) Yetkililerin başvuru annesinin ölümüne engel olmak için yeterli özen göstermedikleri

“**137.** Hükümet, soruşturma makamlarının H.O. aleyhinde ceza soruşturmasına başladıkları her seferinde, başvuru ve annesi şikâyetlerinden vazgeçtikleri için, iç hukuka uygun olarak soruşturmayı sonlandırmak zorunda kaldıklarını savunmuştur. Hükümete göre, yetkililerin daha sonra yapacakları bir müdahale, mağdurların Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarını ihlal oluşturacaktır. Başvuru ise, kendisinin ve annesinin, H.O.'nun ölüm tehditleri ve baskısı yüzünden şikâyetlerinden vazgeçtiklerini belirtmiştir.

138. Mahkeme ilk olarak, mağdur şikâyetten vazgeçtiğinde, aile içi şiddet failine karşı ceza yargılamasının devam etmesine konusunda, Taraf Devletler arasında genel bir mutabakatın bulunmadığını kaydeder. Bununla birlikte davanın yürütülüşü konusunda karar verirken, mağdurun Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri ile 8. maddedeki hakları arasında bir denge kurmanın yetkililere düşen bir görev olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda Taraf Devletlerin uygulamalarını inceleyen Mahkeme, yargılamaya devam edilmesine karar verirken göz önüne alınabilecek bazı faktörlerin bulunduğunu gözlemlemiştir: - suçun ağırlığı; - mağdurun yaralarının fiziksel mi yoksa psikolojik mi olduğu; - sanığın silah kullanıp kullanmadığı; - sanığın saldırıdan bu yana tehditlerde bulunup bulunmadığı; - sanığın saldırıyı planlayıp planlamadığı; - saldırının evde yaşayan çocuklar üzerinde psikolojik etkisi gibi etkileri; - sanığın tekrar suç işleme ihtimali; - mağdurun veya olaydan etkilenen veya etkilenebilecek olan kişilerin sağlığına ve güvenliğine yönelik tehditlerin devam edip etmediği; - mağdurun halen sanıkla ilişkisinin durumu; - mağdurun arzusuna aykırı olarak soruşturmaya devam etmenin o ilişki üzerinde yaratacağı etki; - ilişkinin geçmişi ve bilhassa geçmişte başka bir şiddetin yaşanıp yaşanmadığı; - sanığın özellikle daha önce şiddet suçlarıyla ilgili adli sabıkası bulunup bulunmadığı.

139. Bu uygulamadan, suçun ağırlığı ya da başka suçlar işlenmesi riski arttıkça, mağdurlar şikâyetlerinden vazgeçseler dahi, yargılamanın kamu yararına devam etme olasılığının arttığı çıkarımı yapılabilir.

140. Hükümetin yetkililerin başvuru ve eşini ayırmaya dönük herhangi bir teşebbüsünün onların aile yaşamına saygı haklarının ihlali anlamına geleceği savunması konusunda Mahkeme, Türk hukukunda mağdurun şikâyetten vazgeçtiği ve kendisini 10 gün veya daha fazla iş göremez kılan yaralar almadığı durumlarda yargılamaya devam etme gereğinin bulunmadığını akıldan tutarak, şimdi yetkililerin mağdurun 2. madde ile 8. maddedeki hakları arasında uygun bir denge sağlayıp sağlamadıklarını inceleyecektir.

141. Bu bağlantıda Mahkeme, H.O.'nun başvuruyla ilişkisinin en başından itibaren şiddete başvurduğunu kaydeder. Birçok sefer hem başvuru ve hem de annesi fiziksel yaralar almışlar, çektikleri ıstırap ve korku dikkate alındığında psikolojik baskıya maruz bırakılmışlardır. Bazı saldırılarda H.O., bıçak ya da tabanca gibi öldürücü silahlar kullanmış ve sürekli olarak başvuru ve annesini ölümle tehdit etmiştir. Başvurucunun annesinin öldürülmesi olayının koşulları dikkate alındığında, H.O.'nun bıçak ve tabanca taşıdığı ve saldırıdan önceki zamanlarda mağdurun evinin etrafında dolandığı düşünüldürse, saldırıyı planlamış olduğu da söylenebilir.

142. Başvurucunun annesi, çiftin ilişkisine anlaşıldığı üzere müdahil olmasının bir sonucu olarak hedef haline gelmiştir; çiftin çocukları da ailenin evinde sürekli olarak vuku bulan şiddetin psikolojik etkileri bakımından mağdur olarak değerlendirilebilirler. Yukarıda belirtildiği gibi, H.O.'nun şiddet içeren davranışları ve suç kaydı, mağdurların sağlık ve güvenliklerine yönelik süregelen tehditleri ve ilişkideki şiddetin geçmişi düşünüldüğünde, mevcut olayda şiddetin devam etmesi yalnızca mümkün değil fakat aynı zamanda öngörülebilirdir.

143. Mahkeme'ye göre, ulusal makamlar, tekrar tekrar H.O. aleyhinde adli takibata devam etmeme kararı alırken, yukarıda belirtilen faktörleri yeterince dikkate almış görünmemektedirler. Bunun yerine, konuyu bir 'aile meselesi' olarak görüp müdahale etmekten kaçınmaya özel ağırlık vermiş görünmektedirler. Üstelik yetkililerin, şikâyetlerin geri alınmasının ardındaki saikleri dikkate aldıklarına ilişkin hiçbir belirti de bulunmamaktadır. Bu, başvurucunun annesinin Diyarbakır Cumhuriyet Savcısına kendisinin ve kızının şikâyetlerinden H.O.'nun kendilerini ölümle tehdit etmesi ve kendilerine baskı yapması nedeniyle vazgeçtiklerine ilişkin ifadesine rağmen, böyle olmuştur. Mağdurların şikâyetlerinden, H.O.'nun serbest olduğu ya da salıverilmesini takip eden zamanlarda vazgeçmeleri de dikkat çekicidir.

144. Hükümetin, ulusal makamların daha ileri bir müdahalesinin mağdurların Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarını ihlal edeceğine ilişkin savunması konusunda Mahkeme, aile içi şiddete ilişkin benzer bir davadaki kararını hatırlatır (*Bevacqua ve S. - Bulgaristan*, §83). Bu kararda Mahkeme, uyuşmazlığın 'özel bir mesele'ye ilişkin olduğu gerekçesiyle yetkililerin herhangi bir yardımda bulunmanın gerekli olmadığı görüşünün, başvuru haklarından yararlanmalarını güvence altına alma şeklindeki pozitif yükümlülükle bağdaşmaz bulmuştur. Üstelik Mahkeme, bazı durumlarda ulusal makamların bireylerin özel veya aile yaşamlarına müdahalesinin, başkalarının haklarını ve sağlığını korumak veya suç oluşturan eylemleri önlemek için gerekli olabileceğini hatırlatır (*K.A. ve A.D. - Belçika*, §81). Mevcut olayda başvuru annesinin maruz kaldığı riskin ağırlığı, yetkililerin bu tür bir müdahalede bulunmalarını gerekli kılmıştır.

145. Bununla beraber Mahkeme, mevcut olayda o dönemde yürürlükte olan iç hukuk hükümleri uyarınca, ceza davalarının başvuru ve annesinin şikâyetlerinin devamına sıkı sıkıya bağlı olduğunu kaydetmekten üzüntü duyar. Şimdi kaldırılmış olan bu maddeler, suç oluşturan eylemler 10 gün ya da daha uzun süre hastalık ya da iş göremezlikle sonuçlanmadığı için soruşturma makamlarının ceza soruşturmasına devam etmelerini engelleyen (eski) Ceza Kanununun 456(4). fıkrası, 457. ve 460. maddeleridir. Mahkeme,

yukarıda sözü edilen maddelerin uygulanmasının ve ulusal makamların H.O. aleyhindeki ceza yargılamasını hep birlikte sürdürmemelerinin, başvuruçunun annesini yaşamın korunmasından ve güvenlikten yoksun bırakmıştır. Diğer bir ifadeyle, o dönemde yürürlükteki yasal çerçeve, özellikle aşgari 10 gün hastalık ve iş göremezlik koşulu, devletin aile içi şiddetin her türlüünü cezalandıran ve mağdurlara yeterli koruyucular sağlayan etkili bir sistem kurmasını ve uygulamasını gerektiren pozitif yükümlülüklerine ilişkin olan koşulları karşılayamamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, H.O.'nun geçmişte işlediği suçların ağırlığını akılda tutarak, soruşturma makamlarının mağdurların şikâyetlerinden vazgeçmelerine bakmaksızın, yargılamayı kamu yararı gereğince sürdürmüş olmaları gerektiği kanısına varmıştır (*Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararı Rec(2002)5*).

146. Mahkeme, aile içi şiddet mağdurlarının etkili bir şekilde korunmasını engelleyen yasal çerçevenin yanı sıra, ulusal makamların başvuruçunun annesinin yaşama hakkını korumak için diğer bakımlardan gerekli özeni gösterip göstermediklerini de araştırmalıdır.

147. Bu bağlamda Mahkeme, ölenin H.O. tarafından taciz edildiği ve üzerinde bıçak ve silahlarla evinin çevresinde dolaşarak mahremiyetini ihlal ettiği yönündeki şikâyetine rağmen, polisin ve soruşturma makamlarının, ne H.O.'yu gözaltına almak ve ne de bir tabancasının bulunduğu ve bununla şiddet tehditlerinde bulunduğu iddiaları konusunda gereken adımları atmadıklarını kaydeder (*Kontrova, §53*). Hükümet, başvuruçunun annesinin yaşamının yakın bir tehlike içinde bulunduğuna ilişkin inandırıcı bir delilin bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise, H.O.'nun yarattığı tehdidin yetkililer tarafından araştırılıp araştırılmadığının ve bu koşullarda H.O.'nun tutulmasının orantısız bir adım olduğu sonucuna varıp varmadıklarının açık olmadığını, dahası yetkililerin meseleleri hiç dikkate almadıklarını gözlemlemiştir. Her halükarda, Mahkeme, aile içi şiddet olaylarında failerin haklarının, mağdurların yaşama ve fiziksel ve zihinsel bütünlük haklarından üstün tutulamayacağını vurgular (*CEDAW Komitesi kararları, Fatma Yıldırım – Avusturya, §12.1.5 ve A.T. – Macaristan, 9.3*).

148. Ayrıca, devletin yaşamı tehlike içinde olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklindeki pozitif yükümlülüğünün ışığında, şiddet içeren saldırılarda bulunduğu dair suç kaydının varlığı bilinen bir şüpheli ile karşılaşan yetkililerin, başvuruçunun annesini korumak amacıyla durumun önemine uygun özel önlemler almaları beklenirdi. Bu amaçla Cumhuriyet Savcısı ya da Sulh Mahkemesi hakimi inisiyatif alarak, 4320 sayılı Yasa'nın 1. ya da 2. maddelerinde yer alan koruyucu tedbirlerden birine ya da daha fazlasına karar verebilirlerdi. Ayrıca H.O.'nun, başvuruçunun annesiyle irtibata geçmesini, iletişim kurmasını ya da başvuruçunun annesine yaklaşmasını veya belirlenen alanlara girmesini yasaklayacak tedbir kararları çıkartabilirlerdi (*Bakanlar Komitesinin Tavsiye kararı, Recommendation Rec(2002)5*). Bunun aksine, başvuruçunun annesinin yinelenen koruma taleplerine karşılık, polis ve Sulh Hukuk Mahkemesi, H.O.'nun yalnızca ifadesini alıp kendisini serbest bırakmışlardır. Yetkililer yaklaşık iki hafta boyunca ifade almak dışında pasif kalırlarken, H.O. başvuruçunun annesini tabancayla öldürmüştür.

149. Bu koşullarda Mahkeme, ulusal makamların gerekli özeni gösterdiklerinin söylene-meyeceği sonucuna ulaşır. Bu nedenle ulusal makamlar, Sözleşme'nin 2. maddesindeki anlamıyla başvuruçunun annesinin yaşama hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğü yerine getirmemişlerdir.”

2) Başvuruçunun annesinin ölümüne ilişkin ceza soruşturmasının etkililiği

“**150.** Mahkeme, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki pozitif yükümlülüğün, öldürmenin sebebinin ortaya çıkarıldığı ve suçluların cezalandırıldığı, etkili ve bağımsız bir yargı sisteminin oluşturulmasını zımnen gerektirdiğini hatırlatır (*Calvelli ve Ciglio [BD], §51*).

Böyle bir soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan iç hukuk kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve devlet görevlilerinin veya kurumlarının karıştığı olaylarda, bu kişilerin kendi sorumlulukları altında meydana gelen ölümlerden hesap verebilmelerini sağlamaktır (*Paul ve Audrey Edwards*, §69 ve 71). Makul bir hız ve özen şartı, Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında etkili soruşturma bağlamında zımnen yer alır (*Yaşa*, §102-104; ve *Çakıcı [BD]*, §80-87). Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyen güçlükler veya engeller bulunabilir. Ancak öldürücü güç kullanılmasıyla ilgili bir soruşturmada yetkililerin çabuk hareket etmeleri, halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve işbirliği görüntüsü verilmemesi için esaslı bir unsurdur (*Avşar*, §395).

151. Mahkeme, başvuruannun annesinin ölümüyle ilgili olarak yetkililerin kapsamlı bir soruşturma yürüttüklerini kaydeder. Bununla beraber, H.O. öldürme ve ruhsatsız silah bulundurma suçlarından Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılandığı ve mahkûm edildiği halde, bu dava hala Yargıtay'ın önünde devam etmektedir (*bk. yukarıda §57 ve 58*). Dolayısıyla altı yıldan daha uzun süredir devam eden söz konusu ceza davası, daha önce failin suçunu ikrar ettiği bir kasten öldürmenin yapılan soruşturmasında, yetkililerin süratle karşılık verdiği bir dava olarak görülemez.”

3) Sonuç

“**152.** Bu anlatılanlar ışığında Mahkeme, yukarıda belirtilen hareketsizliklerin, cezai ve hukuki yollara başvuruyu aynı şekilde etkisiz kıldığı kanısındadır. Bu nedenle Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmemesine dayanan ilk itirazını reddetmektedir.

153. Ayrıca Mahkeme, mevcut olayda uygulandığı şekliyle ceza hukuku sisteminin, H.O.'nun gerçekleştirdiği hukuk dışı hareketlerin etkili bir şekilde önlenmesinin sağlanması için yeterli caydırıcı etkiye sahip olmadığı sonucuna varmaktadır. Yasalardan kaynaklanan engeller ile mevcut vasıtaların kullanılmaması, mevcut yargı sisteminin caydırıcılık etkisini ve başvuruannun annesinin yaşama hakkının ihlal edilmesini önlemede oynaması gereken rolü zayıflatmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, bir kez durumdan haberdar edilen ulusal makamların, artık mağdurun fiziksel bütünlüğüne yönelttiği tehditlerin gerçekleşmesini önleyecek yeterli tedbirleri almamasını mağdurun tutumuna dayandıramayacağını hatırlatır (*Osman*, §116). Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.”

III. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların görüşleri

[155-157]: Başvurucu, bir çok defa şiddete, yaralama ve ölüm tehditlerine maruz kaldığı halde, yetkililerin kendisinin durumuna kayıtsız kalmalarının, kendisine acı ve korku verdiğini, bunun Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Hükümet ise, başvuruannun şikâyetlerinden vazgeçmesinin ve yetkililerle işbirliği yapmasının, soruşturma makamlarının başvuruannun kocasına karşı ceza yargılamasını sürdürmesine engel olduğunu savunmuştur. Interights devletlerin, ister kamu görevlilerinden isterse özel kişilerden gelsin, bildikleri ya da bilmeleri gereken kötü muamele uygulamasına son vermek için hemen harekete geçmek üzere makul adımlar atmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Aile içi şiddetin şeffaf olmayan niteliği ve genelde bu şiddeti haber vermekten korkan kadınların korunmasızlığı düşünüldüğünde, devletin daha yüksek düzeyde bir özen göstermesi gerektiği söylenebilir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Uygulanabilir ilkeler

158. Mahkeme, bir kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görelidir: muamelenin niteliği ve bağlamı, süresi, fiziksel ve zihinsel etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır (*Costello-Roberts – Birleşik Krallık*, §30).

159. Devlet dışı kişilerin yaptıkları kötü muameleden Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı sorusu bakımından Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak okunması halinde, işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı ceza veya muamele özel kişiler tarafından yapılmış olsa da, devletin bireylerin bu tür muamelelere tabi tutulmaması için tedbirler almasını gerektirdiğini hatırlatır (*H.L.R. – Fransa*, §40). Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, fiziksel bütünlüklerinin böyle ciddi ihlallerine karşı devletin etkili caydırıcılığı biçiminde korunmasından yararlanma hakkına sahiptirler (*A. – Birleşik Krallık*, §22)."

2. Yukarıdaki ilkelerin olaya uygulanması

160. Mahkeme, başvurunun devlet korumasından yararlanma hakkına sahip 'korunmasız bireyler' gurubuna girdiğinin kabul edilebileceği görüşündedir (*A. – Birleşik Krallık*, §22). Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun geçmişte şiddete maruz kaldığını, H.O.'nun salıverilmesinin ardından tehditlerde bulunduğunu ve başvurunun yine şiddet görmekten korku duymasını ve ayrıca kendisinin sosyal çevresini, yani Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde kadınların korunmasız bir durumda olmalarını kaydeder.

161. Mahkeme ayrıca başvurunun fiziksel yaralamalar ve psikolojik baskı şeklinde maruz kaldığı şiddetin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında kötü muamele oluşturmaya yetecek düzeyde ağır olduğunu gözlemlemektedir.

162. Bu nedenle Mahkeme, bundan sonra ulusal makamların başvurunun fiziksel bütünlüğüne yönelik şiddet içeren saldırıların tekrarını önlemek üzere bütün makul tedbirleri alıp almadıklarını belirlemelidir.

163. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, Sözleşme'nin 1. bölümünde tanımlanan hak ve özgürlüklerin nihai bağlayıcı yorumunu kendisinin yaptığını akılda tutarak, başka devletlere ilişkin olsa bile benzer meselelerde verdiği kararlarından çıkan ilkelerin ulusal makamlar tarafından yeterince dikkate alınıp alınmadığını değerlendirecektir.

164. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin hükümlerini ve belirli olaylarda devletin yükümlülüklerinin kapsamını yorumlarken (*Demir ve Baykara [BD]*, §85 ve 86), Avrupa Devletlerinin uygulamalarında ve CEDAW gibi özel uluslararası belgelerde ortaya çıkan ortak değerleri ve mutabakatı arayacak, ayrıca aile içi şiddetin ortadan kaldırılmasıyla ilgili devletlerin özel yükümlülüklerini düzenleyen Belem do Para Sözleşmesi gibi gelişmeler vasıtasıyla uluslararası hukuktaki normların ve ilkelerin evrimini dikkate alacaktır.

165. Bununla birlikte, ulusal makamların yerine geçmek ve Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerine uyumu sağlamak için dizi alınması mümkün tedbirler arasından ulusal makamların yerine seçim yapmak, Mahkeme'ye düşen bir rol değildir (*Bevacqua ve S. - Bulgaristan*, §82). Üstelik Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi ile Sözleşme'nin hakları teorik ve görünüşte değil fakat pratik ve etkili bir şekilde korumayı

amaçladığı ilkesi uyarınca, bir devletin kendi egemenlik alanındaki kişilerin haklarını koruma yükümlülüğünü yeterli düzeyde yerine getirmesini sağlamak durumdadır (*Nikolova ve Velichkova - Bulgaristan*, §61).

166. Mevcut olayın incelenmesine geçen Mahkeme, ulusal makamların, yani polisin ve Cumhuriyet Savcılarının bütünüyle pasif kalmadıklarını kaydeder. Şiddet içeren her olayın ardından, başvuru tıbbi muayeneye gönderilmiş ve kocası aleyhinde ceza soruşturması başlatılmıştır. Polis ve soruşturma makamları, H.O.'yu suç oluşturan eylemleri nedeniyle sorgulamışlar, iki seferinde tutuklamışlar; ölüm tehditlerinde bulunmak ve müessir fiilde bulunmak suçlarından aleyhinde dava açmışlar ve başvuru yedi kez bıçaklaması nedeniyle mahkûm etmenin ardından kendisine para cezası vermişlerdir.

167. Ne var ki bu tedbirlerin hiçbiri H.O.'nun yeniden şiddet suçu işlemesini önlemeye yetmemiştir. Bu noktada Hükümet, başvuru yedi şikâyetlerinden vazgeçmekle ve yetkililerle işbirliği yapmamakla suçlanmış ve bu durumun yetkililerin H.O. aleyhindeki ceza yargılamasına devam etmelerine, mağdurun aktif katılımını gerektiren iç hukuk hükümleri nedeniyle engel oluşturduğunu belirtmişlerdir.

168. Mahkeme, yasal çerçevenin başvuru yedi şikâyetlerinden vazgeçmesine rağmen H.O. aleyhindeki ceza soruşturmasına devam edilmesini mümkün kılması gerektiği şeklindeki 2. madde altında yapılan şikâyete ilişkin görüşünü, H.O.'nun uyguladığı şiddetin ceza davasını gerektirecek ağırlıkta olmasına ve başvuru yedi fiziksel bütünlüğüne yönelik devam eden bir tehdidin bulunmasına dayanarak tekrar eder.

169. Ne var ki, ulusal makamların başvuruya karşı şiddet içeren saldırıların tekrarını önlemek üzere gereken özeni gösterdikleri söylenemez, çünkü başvuru yedi kocası, Sözleşme'yle korunan haklara aykırı olan şiddet eylemlerini hiçbir engelle karşılaşmadan ve cezasızlıkla işlemiştir (*Maria da Penha – Brezilya kararı*). Mahkeme, örnek olsun, ilk büyük olayın ardından, H.O.'nun başvuru yedi yeniden yaşamını tehlikeye sokacak ağırlıkta yaralanmalara sebep olacak kadar dövdüğünü; fakat 'suçun niteliği ve başvuru yedi sağlığına tamamen kavuşması dikkate alınarak', tutuksuz yargılanmasına karar verildiğini kaydeder. Neticede başvuru yedi şikâyetlerinden vazgeçtiği için dava düşmüştür. Yine, H.O. başvuru yedi ve annesine bıçakla saldırmış ve onların ağır yaralar almalarına sebep olmuşsa da, soruşturma makamları anlamlı bir soruşturma yapmaksızın soruşturmayı sona erdirmişlerdir. Keza H.O., başvuru yedi ve annesinin üzerlerine araba sürmüş ve bu kez başvuru yedi yaralanmasına annenin ise ölümcül yaralar almasına yol açmıştır. Cezaevinde sadece 25 gün kalmış ve başvuru yedi annesinin ağır yaralanmasına sebebiyet vermektense sadece para cezası almıştır. Son olarak Mahkeme, Diyarbakır Sulh Ceza Mahkemesi'nin H.O.'ya başvuru yedi yerinden bıçaklaması nedeniyle ceza olarak, taksitler halinde ödenebilecek olan oldukça küçük bir para cezası verilmesi kararını şaşkınlık verici bulmuştur.

170. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, başvuru yedi eski kocasının davranışlarına verilen karşılığın, söz konusu suçların ağırlığı karşısında açıkça yetersiz kaldığı görüşündedir (*Ali ve Ayşe Duran*, §54). Bu nedenle Mahkeme, bu olaydaki yargısal kararların etkililikten yoksun olduğunu ve belli bir ölçüde hoşgörü bulunduğunu ve H.O.'nun davranışları üzerinde dikkate değer önleyici ya da caydırıcı bir etkisi bulunmadığını gözlemlemektedir.

171. Mahkeme Hükümetin, başvuru yedi 4320 sayılı Kanunda mevcut olan yolların yanı sıra, kadınları korumak için açılmış olan misafirhanelerin birinde barınma olanağı talep edebileceği iddiasıyla ilgili olarak, 4320 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 14 Ocak 1998'e kadar, Türk hukukunda korunmasız kimseleri aile içi şiddete karşı korumak üzere

düşünülmüş özel idari ya da güvenlik tedbirleri öngörülmediğini kaydeder. Bu tarihten sonra bile, ulusal makamların, başvuru kocasına karşı korumak amacıyla bu kanunun getirdiği tedbir ve yaptırımları etkili bir şekilde uyguladığı söylenemez. H.O.'nun uyguladığı şiddetin toplamı dikkate alındığında savcının, kanunun uygulanması için başvuru tarafından yapılacak özel bir talep aramaksızın 4320 Sayılı Kanunda yer alan tedbirleri re'sen uygulaması gerekirdi.

172. Hal böyleyken Mahkeme, Hükümetin önerdiği gibi başvuru misafirhanelerden birine kabul edilmiş olduğu varsayılsa dahi, bunun yalnızca geçici bir çözüm olacağını kaydeder. Ayrıca bu evlerde kalan mağdurların güvenliklerinin sağlanması için herhangi bir resmi düzenlemenin bulunduğu da ileri sürülmemiştir.

173. Son olarak Mahkeme, başvuru maruz kaldığı şiddetin sona ermiş olmadığını ve yetkililerin hareketsiz kalmaya devam etmiş olduklarını büyük bir endişeyle kaydeder. Bu bağlamda Mahkeme, H.O.'nun tahliye edilmesinin hemen ardından yeniden başvuru fiziksel bütünlüğüne yönelik tehditlerde bulunmaya başladığına işaret eder. Başvuru soruşturma makamlarından kendisini korumak üzere tedbir almalarını talep eden 15 Nisan 2008 tarihli dilekçesine rağmen, Mahkeme'nin Hükümet'ten yetkililerin aldığı tedbirlere ilişkin bilgi talep etmesine kadar hiçbir şey yapılmamıştır. Bu talep üzerine, Adalet Bakanlığı'nın talimatıyla Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı ölüm tehditlerinde bulunmasına ilişkin olarak H.O.'yu sorgulamış, başvuru şimdiki erkek arkadaşının ifadesini almıştır.

174. Başvuru temsilcisi Mahkeme'yi, yetkililerin müvekkilini korumak üzere hala yeterli tedbir almadıklarını için, başvuru hayatının yakın bir tehlike içinde olduğu konusunda yeniden bilgilendirmiştir (bk. yukarıda §68). Ulusal makamların ancak bu şikâyetin iletilmesi ve Mahkeme'nin bu bakımdan bir açıklama talep etmesi üzerine başvuru korunmasını sağlamak için özel tedbirler aldıkları görülmektedir.

175. Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından yapılan şikâyetler için Hükümetin önerdiği yolların toplamdaki etkisizliğini dikkate alan Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını reddeder.

176. Mahkeme, devlet yetkililerinin, başvuru fiziksel bütünlüğünün kocası tarafından ağır biçimde ihlal edilmesine karşı etkili caydırıcılığı olan koruyucu tedbirler almamalarının bir sonucu olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

IV. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların görüşleri

[178-182]: Başvuru, davalı devletin iç hukukunun kadınları korunmada yetersiz ve ayrımcı olduğunu, çünkü aile birliği karşısında kadının yaşamının daha düşük tutulduğunu iddia etmiştir. 2002'de Medeni Kanunda ve 2004 yılında Ceza Kanununda reformlar yapılmış olmasına rağmen, erkeklerin uyguladığı aile içi şiddet hala hoş görülmede ve saldırganlar idari ve yargısal organlarca cezasız bırakılmaktadır. Hükümet, mevcut olaydaki şiddet karşılıklı olması nedeniyle, olayda cinsiyet ayrımcılığının bulunmadığını savunmuştur. Ayrıca ceza ya da aileye ilişkin yasalardan ya da yargısal ve idari uygulamalardan kaynaklanan kurumsallaşmış ayrımcılığın bulunduğu iddia edilemez. Interights, devletin aile içi şiddete karşı koruma sağlamamasının, cinsiyete dayalı olarak eşit hukuki koruma sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesiyle aynı anlama geldiğini belirtmiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Konuyla ilgili ilkeler

“183. Mahkeme, *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* davasındaki kararında ([BD], no. 57325/00, 13 Kasım 2007, §175-180), ayrımcılık konusunda aşağıdaki ilkeleri geliştirmiştir:

‘175. Mahkeme içtihatlarında, ayrımcılığın benzer durumda olan kişilere objektif ve makul bir sebep olmaksızın farklı muamele edilmesi anlamına geldiğini belirlemiştir (*Willis*, §48; ve *Okpisz* §33). ... Mahkeme ayrıca, belirli bir gurubu özel olarak hedef almasa bile, o gurup üzerinde orantısızca zararlar etkileri olan genel bir politika ya da tedbirin, ayrımcı olarak değerlendirilebileceğini (*Hugh Jordan*, §154; ve *Hoogendijk – Hollanda [k.k.]*, no. 58461/00) ve de facto bir durumun potansiyel olarak Sözleşme’ye aykırı bir ayrımcılığa sebep olabileceğini kabul etmiştir (*Zarb Adami*, §76)

177. Bu alandaki ispat yükümlülüğü konusunda Mahkeme, başvuru kişinin kendisine farklı muamele yapıldığını göstermesi halinde, bu muamelenin haklılığını ortaya koymanın Hükümete düşeceğini belirlemiştir (*Chassagnou ve Diğerleri [BD]*, §91-92; ve *Timishev*, §57).

178. ... İspat yükümlülüğünün davalı devlete geçmesini sağlayan prima facie delili neyin oluşturduğu konusunda Mahkeme, *Nachova ve Diğerleri* kararında, önündeki davalarda kanıtların kabuledilebilirliği bakımından bir değerlendirme yapmak için bir usul engeli ya da önceden belirlenmiş bir formülün bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, maddi olaylardan ve tarafların beyanlarından yapılabilecek çıkarsamalar gibi, kendisine göre bütün delillerin serbestçe takdirine dayanan sonuçları kabul eder. Yerleşik içtihadı göre bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamaların ya da aksi ispatlanmamış maddi karınelerin birlikte var olmasıyla ulaşılabilir. Ayrıca belli bir sonuca ulaşmak için gereken ikna düzeyi ve bu bağlamda ispat külfetinin dağıtılması, doğal olarak maddi olayların özelliğiyle, yapılan iddianın ve tehlikede olan Sözleşme hakkının niteliğiyle bağlantılıdır.

179. ... Mahkeme ayrıca, ‘iddia eden iddiasını ispatlar’ (affirmanti incumbit probatio) ilkesinin (*Aktaş*, §272) her olayda katı bir şekilde uygulanmadığını kabul etmiştir. Olayların münhasıran veya büyük ölçüde yetkililerin bilgisi dâhilinde olduğu durumlarda, kanıtlama yükümlülüğünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerinde olduğu söylenebilir (*Salman [BD]*, §100; ve *Anguelova*, §111). Mahkeme, *Nachova ve Diğerleri* davasında, bazı hallerde savunulabilir bir ayrımcılık iddiasını çürütmesinin davalı devletten beklenmesini ihtimal dışı tutmamıştır; bununla birlikte Mahkeme, ırkçı önyargı saikiyle yapılan şiddet eylemine maruz kalındığı iddiasının söz konusu olduğu o davada, bunun zor olabileceğini de kabul etmiştir. O bağlamda Mahkeme, birçok ülkenin hukuk sistemlerinde bir politikanın, kararın ya da uygulamanın ayrımcı etkisine ilişkin kanıtın, istihdamda veya diğer hizmetlerin tedarikinde ayrımcılık yapıldığı iddiası bakımından kastın kanıtlanmasını bir yana bıraktığını kaydeder.

180. İstatistiklerin kanıt oluşturup oluşturamayacağı konusunda Mahkeme, geçmişte istatistiklerin kendi başlarına ayrımcı olarak nitelendirilebilecek bir uygulamayı ortaya çıkartamayacaklarını belirtmiştir (*Hugh Jordan*, §154). Bununla beraber Mahkeme, başvuruların genel bir tedbirin ya da de facto bir durumun bir sonucu olarak farklı muamele bulunduğunu iddia ettikleri daha yeni tarihli kararlarında (*Hoogendijk kararı*, ve *Zarb Adami*, §77-78), taraflarca benzer durumdaki iki gurup (erkekler ve kadınlar) arasında farklı muamele bulunduğunu göstermek üzere oluşturulan istatistiklere geniş ölçüde dayanmıştır.

Böylelikle *Hoogendijk* kararında Mahkeme şöyle demiştir: ‘[B]aşvurucunun itiraz edilmiş resmi istatistiklere dayanarak, nötr bir şekilde formüle edilmiş olsa dahi, belli bir kuralın aslında erkeklerden çok kadınların açıkça daha yüksek bir yüzdesini etkilediğine ilişkin prima facie bir göstergenin varlığını ortaya koyabildiği durumlarda, bunun cinsiyete dayalı bir ayrımcılıkla ilişkisi olmayan nesnel faktörlerin sonucu olduğunu göstermek, Hükümete düşer. Eğer erkekler ve kadınlar üzerindeki etki farklılığın uygulamada ayrımcı olmadığını gösterme sorumluluğu Hükümete geçmezse, uygulamada dolaylı bir ayrımcılığın bulunduğunu kanıtlamak başvuru için çok güç olacaktır.’”

2. Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

a) Aile içi şiddet bağlamında ayrımcılığın anlamı

“184. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme hükümlerinin hedef ve amacını değerlendirirken, önündeki hukuki sorunun, uluslararası hukuktaki aralanını da dikkate aldığı kaydeder. Mahkeme’nin Sözleşme’nin bir hükmünün kapsamını açıklığa kavuşturması istendiği zaman, daha geleneksel yorum araçları hükmün kapsamını yeterli açıklıkta ortaya çıkarmasına imkân vermediği takdirde, devletlerin büyük çoğunluğunun kabul ettiği kural ve ilkelerden oluşan uluslararası ortak standartlar ile Avrupa Devletlerinin iç hukuk standartları, Mahkeme’nin göz ardı edemeyeceği bir gerçekliği yansıtır (*Saadi [BD]*, §63; ve *Demir ve Baykara*, §76).

185. Bu bağlamda Mahkeme, kadına karşı ayrımcılığın tanımını ve kapsamını incelerken, içtihatlarında belirlenmiş olan ayrımcılığın genel anlamının yanı sıra (bk. yukarıda §183), kadına karşı şiddet sorunu konusunda, daha spesifik uluslararası hukuki belgelerin hükümlerini ve uluslararası hukuk organlarının kararlarını dikkate almak zorundadır.

186. Bu bağlamda CEDAW 1. maddesinde kadına karşı ayrımcılık, ‘siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun, kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya bu hakları kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama’ olarak tanımlamaktadır.

187. CEDAW Komitesi, aile içi şiddet dâhil kadınlara karşı şiddetin, kadınlara karşı bir ayrımcılık biçimi olduğunu tekrar etmiştir.

188. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu da 2003/45 sayılı kararında, ‘kadınlara karşı bütün şiddet biçimlerinin, kadınlara karşı de jure ve de facto ayrımcılık ile toplumda kadınlara verilen düşük statü bağlamında meydana geldiğini ve devletten bir giderim isterken karşılaştığı engellerin bu şiddeti artırdığını’ vurgulamak suretiyle, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ile ayrımcılık arasındaki bağın varlığını açıkça tanımıştır.

189. Ayrıca sadece kadına yönelik şiddete ilişkin olarak şimdiye kadar yapılmış çok taraflı tek bölgesel insan hakları sözleşmesi olan Belem do Para Sözleşmesi, kadınların şiddet görmeme hakkını, diğerlerinin yanı sıra her türlü ayrımcılık bakımından ayrımcılığa uğramama hakkını da içerecek şekilde tanımlamaktadır.

190. Son olarak, İnsan Hakları Amerika Komisyonu da kadınlara karşı şiddeti, devletin bir aile içi şiddet şikâyetini önleme ve soruşturmada gerekli özeni göstermemesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmiştir (*Maria da Penha - Brezilya*, yukarıda, §80).

191. Yukarıda değinilen kural ve kararlardan, devletin kadınları aile içi şiddete karşı korumamasının, kadınların kanun önünde eşitlik haklarını ihlal ettiği ve bu korumamanın kasdi olmasının gerekmediği anlaşılmaktadır.”

b. Türkiye’de aile içi şiddete yaklaşım

“192. Mahkeme, olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan Türk hukukunun hak ve özgürlüklerden yararlanmada erkekler ve kadınlar arasında açık bir ayrım yapmamasına rağmen, Türk hukukunun demokratik ve çoğulcu bir toplumda kadınların statüsüne ilişkin uluslararası standartlarla aynı düzeye getirilmesi gerektiğini gözlemlemiştir. CEDAW Komitesi gibi (*the Concluding Comments*, §12-21) Mahkeme de, Hükümetin yaptığı reformlardan, bilhassa da aile içi şiddete karşı korumada özel tedbirler öngören 4320 Sayılı Kanunun çıkartılmasından memnuniyet duymaktadır. Dolayısıyla iddia edilen söz konusu ayrımcılığın, tek başına mevzuata dayanmadığı, fakat daha ziyade kadınların aile içi şiddet şikâyetinde bulduklarında polis merkezlerinde gördükleri muamele ile mağdurlara etkili bir koruma sağlanmasındaki yargısal pasiflikte olduğu gibi, ulusal makamların genel tutumlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, Türk Hükümetinin, mesele CEDAW Komitesi önünde tartışılırken, uygulamadaki bu güçlükleri kabul etmiş olduğunu kaydeder (*aynı yer*).

193. Bu bakımdan Mahkeme, başvurusunun kadınlara karşı ayrımcılığı ortaya koymak amacıyla Diyarbakır Barosu ve Uluslararası Af Örgütü olmak üzere önde gelen iki Hükümet Dışı Örgüt tarafından hazırlanmış raporlar ve istatistikler sunduğunu kaydeder. Bu raporlarda ulaşılan bulgular ve sonuçlara Hükümet tarafından yargılamanın herhangi bir aşamasında her hangi bir itirazda bulunulmadığını akılda tutan Mahkeme, bunları mevcut olayda kendi bulgularıyla birlikte değerlendirecektir (*Hoogendijk kararı; ve Zarb Adami*, §77-78).

194. Bu raporları inceleyen Mahkeme, rapor edilen aile içi şiddet mağdurlarının büyük kısmının başvurusunun da söz konusu zamanda yaşadığı Diyarbakır’da bulduklarını ve çoğu fiziksel şiddet gören mağdurların hepsinin kadın olduklarını tespit etmiştir. Bu kadınların büyük çoğunluğu, Kürt kökenli, okuma yazma bilmeyen ya da düşük bir eğitim seviyesine sahip ve genellikle bağımsız bir gelir kaynağından yoksun olan kadınlardır.

195. Ayrıca, Hükümetin aile içi şiddet gören kadınlar için mevcut hukuk yollarından biri olarak dayandığı 4320 Sayılı Kanunun uygulanmasında ciddi sorunlar olduğu görülmektedir. Yukarıda adı geçen örgütler tarafından yapılan araştırmalar, mağdurlar polis merkezlerinde aile içi şiddet şikâyetinde bulduklarında, polislerin şikâyetlerini soruşturmadıklarını; fakat mağdurları evlerine dönmeye ve şikâyetlerini geri almaya ikna etmeye çalışarak aracı rolü üstlenme isteğinde olduklarına işaret etmektedir. Bu bağlamda polisler sorunu, ‘müdahalede bulunamayacakları bir aile meselesi’ olarak görmektedirler.

196. Bu raporlardan ayrıca, mahkemeler tarafından 4320 Sayılı Kanun uyarınca tedbir kararı alınmasında makul olmayan gecikmelerin bulunduğu, zira mahkemelerin bunlara acil olarak bakılması gereken bir dava olarak değil, ama boşanma davasının bir biçimi olarak baktıkları anlaşılmaktadır. Polislerin olumsuz tutumları nedeniyle, tedbir kararlarının saldırganlara tebliği de genellikle gecikmektedir. Üstelik aile içi şiddetin faillerinin caydırıcı cezalar almadıkları görülmektedir; çünkü mahkemeler töre, gelenek ve şeref gerekçeleriyle cezalarda indirim yapmaktadırlar.

197. Bu sorunların bir sonucu olarak, yukarıda değinilen raporlar, aile içi şiddete yetkililerce hoşgörü gösterildiğini ve Hükümetin işaret ettiği hukuk yollarının etkili bir şekilde işlemediğini söylemektedirler. Benzer bulgu ve endişeler, ‘Türkiye’de aile içi şiddet dâhil, kadına karşı şiddetin sürdüğünü’ kaydeden ve davalı devletten kadına karşı şiddeti önleme ve bu şiddetle mücadele etme yönündeki çabalarını artırmasını talep eden CEDAW Komitesi’nce de dile getirilmiştir. CEDAW Komitesi ayrıca, kadına karşı şiddetin önüne geçmek, mağdurlara koruma ve destek hizmetleri sağlamak ve suçluları cezalandırmak ve rehabilite etmek üzere Ailenin Korunması Hakkındaki Kanunun ve ilgili politikaların

bütünüyle uygulanması ve etkililiklerinin dikkatlice izlenmesine olan ihtiyacın altını çizmiştir (*the Concluding Comments*, §28).

198. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvuruçunun itiraz edilmemiş istatikselsel bilgiyle destekleyerek aile içi şiddetin esas itibarıyla kadınları etkilediği ve yargısal pasifliğin Türkiye’de aile içi şiddete yol açan bir iklim yarattığına ilişkin *prima facie* bir belirtinin varlığını gösterdiği kanaatindedir.”

c. Yetkililerin başvuruçuya ve annesine eşit hukuki koruma sağlamamaları nedeniyle ayrımcılığa uğrayıp uğramadıkları

“**199.** Mahkeme, mevcut olayda işlediği haliyle ceza hukuku sisteminin, başvuruçunun ve annesinin kişisel bütünlüklerine karşı H.O. tarafından işlenen hukuka aykırı eylemlerin, etkili bir şekilde önlenmesini sağlayabilecek yeterlilikte caydırıcı bir etkisinin olmadığını ve bu nedenle Sözleşme’nin 2. ve 3. maddesindeki hakları ihlal edildiğini tespit etmiştir.

200. Mahkeme, her ne kadar kasıtsız da olsa, Türkiye’deki genel ve ayrımcı yargısal pasifliğin, esas itibarıyla kadınları etkilediği konusunda yukarıda belirtilen tespiti akılda tutarak, başvuruçuyu ve annesinin maruz kaldıkları şiddetin kadınlara karşı ayrımcılığın bir biçimi olan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. Hükümetin son yıllarda gerçekleştirdiği reformlara rağmen, mevcut olayda tespit edildiği üzere yargısal sistemin bütünüyle tepkisizliği ve saldırganların faydalandığı cezasızlık, aile içi şiddete karşı uygun tedbirleri alma konusunda verilen taahhütlerin yeterince yerine getirilmediğini göstermektedir (*özellikle CEDAW’nin 9. maddesi*).

201. İç hukuk yollarının başvuruçuyu ve annesine Sözleşme’nin 2. ve 3. maddelerinde güvenceye alınmış olan haklarından yararlanmada eşit hukuki koruma sağlamadaki etkisizliklerini dikkate alan Mahkeme, başvuruçuyu iç hukuk yollarını tüketme yükümlüğünden muaf kılan özel koşulların bulunduğu karar verir. Bu nedenle Hükümetin Sözleşme’nin 14. maddesi uyarınca yapılan şikâyet bakımından iç hukuk yollarını tüketilmediğine ilişkin itirazını reddeder.

202. Yukarıda belirtilenler doğrultusunda Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme’nin 14. maddesinin Sözleşme’nin 2. ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verir.”

V. Sözleşme’nin 6 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

“**203.** Sözleşme’nin 6. ve 13. maddelerine dayanan başvuruçuyu, H.O. hakkındaki ceza yargılamasının etkisiz olduğundan ve kendisi ve annesine yeterli koruma sağlamadığından şikâyetçi olmuştur.

204. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

205. Sözleşme’nin 2, 3, ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini tespit eden Mahkeme (*yukarıda §153, 176 ve 202*), aynı olguları 6 ve 13. maddeler bağlamında ayrıca incelemeyi gerekli bulmamaktadır.”

VI. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi tazminat talebinin reddine, manevi tazminat olarak 30,000 Euro ile ücretler ve masraflar için adli yardım olarak ödenen 1,494 EUR düşüleceği 6,500 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin altı aylık süreye uyulmadığı iddiasıyla ilgili ilk itirazının reddine;
2. İç hukuk yollarının tüketilmediği şeklindeki Hükümetin ilk itirazının Sözleşme’ 2,

- 3 ve 14. maddeleriyle ilgili şikâyetlerin esasıyla birleştirilmesine;
3. Başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
4. Başvurucunun annesinin ölümü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Yetkili makamların başvuru koca tarafından uygulanan aile içi şiddete karşı korumamaları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
6. Sözleşme'nin 6 ve 13. maddesi şikâyetlerinin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına;
7. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine;
8. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

TEHLİKE DOĞURAN FAALİYETLER

30.11.2004 48939/99 ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE [BD]

◆ *tehlike doğuran faaliyetler - ölüm riskine karşı korumama - cezasızlık* (çöplük patlama riski bulunduğunu gösteren raporlar bulunmasına rağmen idari makamların yeterli tedbir almamaları sonucu çöplüğün patlaması ve meydana gelen heyelan sonucu çevredeki evlerin yıkılması üzerine başvuru ailesinden 9 kişinin ve toplam 39 kişinin ölmesi), *ölüm soruşturması* (yetkililer hakkında açılan ceza davasında görevi ihmal nedeniyle çok küçük bir para cezası verilmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuru Maşallah Öneriyıldız, 1955 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Olayların geçtiği tarihte 12 yakını ile birlikte, İstanbul Ümraniye Kazım Karabekir mahallesinde bir gecekonduda yaşamaktadır. Kazım Karabekir mahallesi, çöplüğün çevresine kadar genişlemiş olan kaçak yapıların olduğu bir yerdir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi yetki ve sorumluluğunda olan bu çöplük, 1970 yılından beri dört belediye tarafından kullanılmıştır.

Üsküdar Belediyesi'nin başvurusu üzerine Üsküdar Hukuk Mahkemesi tarafından tayin edilen bir bilirkişinin hazırladığı 7 Mayıs 1991 tarihli raporda, söz konusu çöplükte çürüyen çöplerin oluşturduğu metan gazının patlamasını önleyici tedbirlerin yetkililer tarafından alınmamış olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu rapor belediyeler arasında ihtilaflara yol açmıştır. Fakat açılan davalar sonuçlanmadan, 28 Nisan 1993 günü çöplükte metan patlaması olmuş ve meydana gelen heyelan nedeniyle aralarında başvuru ailesinin de evinin bulunduğu 10'dan fazla ev yıkılmış, kazada 39 kişi ölmüş, başvuru ailesinden 9 kişiyi kaybetmiştir.

İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı ile Üsküdar Belediye Başkanı hakkında açılan idari ve cezai soruşturmalar sonucu, Üsküdar Belediye Başkanı hakkında çöplük çevresinde kaçak yapıları yıktırmadığı için, Büyükşehir Belediye Başkanı hakkında ise 7 Mayıs 1991 tarihli rapora rağmen çöplüğü yenilemediği veya kapatmadığı için görevi ihmal suçundan davalar açılmıştır. 4 Nisan 1996'da belediye başkanlarının her ikisi de 'görevi ihmal suçundan' suçlu bulunmuşlar ve kendilerine Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesindeki asgari haddten üç ay hapis ve 160,000 TL para cezası vermiştir. Mahkeme, 647 sayılı Kanunun 4(1). fıkrası gereğince hapis cezalarını para cezasına çevirmiş ve sonuç olarak para cezası 610,000 TL olmuştur. Sanıkların tekrar suç işlemeyeceklerine kanaat getiren Ceza Mahkemesi, aynı kanunun 6. maddesine göre cezaları ertelemiştir.

Başvurucu, daha sonra kendisi ve kalan üç çocuğu namına, yakınlarının ölümünden ve evinin yıkılmasından idarenin sorumlu olduğu iddiasıyla İstanbul İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır. İdare Mahkemesi, 30 Kasım 1995'te idarenin başvuru ve diğer çocuklarına 100 milyon (2,077 Euro) manevi tazminat ve ev eşyalarının tahribi nedeniyle 10 milyon maddi tazminat (208 Euro) ödemesine karar vermiştir. Bu miktarlar başvurucuya ödenmemiştir; başvurucu da icra sürecini başlatmamıştır. Başvurucu 18 Ocak 1999 tarihinde yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 2, 8 ve 13. maddeleri ile Birinci Protokol'ün 1. maddesine dayanarak, 28 Nisan 1993'te İstanbul Ümraniye'de belediyeye ait çöplükte metan gazı patlaması sonucu yaşamını kaybeden yakın akrabalarının ölümlerinden ve mal ve mülklerinin tahrip olmasından ulusal makamların sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, bu olayla ilgili açtığı idari davanın, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adillik ve sürat gereklerine uymadığından şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Uygulanabilirlik

[65-68]: Daire, Mahkeme'nin L.C.B. – Birleşik Krallık, Guerra ve Diğerleri, Botta kararlarına atf ve bu konudaki Avrupa standartlarına atf yaparak, çöplük alanlarının işletilmesi faaliyetine içkin bulunan potansiyel riskler nedeniyle bu alanları için de 2. maddenin uygulanabilir olduğunu vurgulamıştır.

Hükümet duruşmada, devletin temsilcilerine doğrudan yüklenemeyecek eylemler nedeniyle devletin sorumluluğunun, bütün kaza veya felaketleri kapsayacak şekilde yaygınlaştırılmayacağını; bu gibi durumlarda Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin Mahkeme'nin teleolojik veya geniş değil, ama dar yorum yapması gerektiğini ileri sürmüştür. Aksi takdirde, yalnızca bir havaalanının, nükleer santralin veya mühimmat fabrikasının yanında bulunmanın veya sadece kimyasal maddelere mevzu kalmanın bile Sözleşme'nin 2. maddesini potansiyel olarak ihlal edebileceği sonucuna varılabilir.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“69. Tarafların iddia ve savunmalarını bir bütün olarak ele alan Mahkeme, ilk olarak Sözleşme'nin 2. maddesine ilişkin yorumuna, bireylerin korunmasına yönelik bir belge olan Sözleşme'nin içerdiği koruyucuları pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektiren bir amaca ve gayeye sahip olduğu fikrinin rehberlik ettiğini hatırlar (*Yaşa, §64*).

70. Mevcut davada Mahkeme önündeki şikâyet, ulusal makamların başvuruçunun yakın akrabalarının 28 Nisan 1993 tarihinde idarenin kontrolü altında işletilen Ümraniye Belediye çöplüğünde meydana gelen kazada ölmelerini engellemek için kendilerinden beklenen tüm önlemleri almadıkları şeklindedir.

71. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin yalnızca devlet görevlilerinin güç kullanmaları sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını, ama aynı zamanda ilk fıkranın ilk cümlesi ile devletlerin egemenlik yetkileri içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almalarına dair pozitif bir yükümlülük de yüklediğini hatırlar (*L.C.B. – Birleşik Krallık, §36; ve Paul ve Audrey Edwards, §54*). Mahkeme bu yükümlülüğün, kamusal olsun veya olmasın, yaşama hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet ve tabi ki nitelikleri gereği tehlikeli olan çöp toplama alanlarının işletilmesi gibi endüstriyel faaliyetler bakımından da geçerli olduğu kanaatinde (*bk. “tehlükeli faaliyetler” – konuyla ilgili Avrupa standartları, yukarıda §59 ve 60*).

72. Sözleşme organları, yaşama hakkının ihlaline ilişkin iddiaları incelemek durumunda kaldıkları bu gibi alanlarda, hiç bir zaman Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanamaz olduğuna karar vermemişlerdir. Mahkeme, örneğin gübre fabrikasından yayılan zehirli atıklarla (Guerra ve Diğerleri, §60 ve 62) veya nükleer denemelerle (L.C.B. – Birleşik Krallık, §36) ilgili davalara atıfta bulunur.

73. Bu bağlamda, Hükümetin söylemek istediğinin aksine, söz konusu faaliyete ilişkin fenomenin zararlılığı, hayati tehlike içeren koşullar nedeniyle başvurunun maruz kaldığı riskin ne zaman gerçekleşebileceği konusundaki belirsizlik, bu tür koşulların ortaya çıkışında payı olan kişilerin statüsü ve bu kişilere atfedilen eylem veya ihmalin kasıtlı olup olmadığı, belirli bir davanın esasının incelenmesi sırasında, devletin 2. madde bakımından taşıdığı sorumluluğu belirlemek amacıyla göz önüne alınması gereken faktörlerden sadece birkaçıdır (L.C.B. – Birleşik Krallık, §37-41). Mahkeme aşağıda bu noktalara tekrar dönecektir.

74. Özetlemek gerekirse, başvurunun şikâyetinin (bk. yukarıda parag. 70) Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamına girdiği ve dolayısıyla bu maddenin mevcut davada uygulanabilir olduğu şüphesizdir.”

B. Sözleşme'nin 2. maddesine uygunluk

Mahkeme önce Dairenin görüşünü ve tarafların görüşlerini özetlemiştir.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Bu davaya uygulanabilir genel ilkeler

(i) Tehlikeli faaliyetler sonucunda yaşama hakkının ihlal edilmesini önlemeye yönelik ilkeler: Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönü

“89. Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yaşamı korumak amacıyla bütün uygun tedbirleri alma şeklindeki pozitif yükümlülük, her şeyden önce devlete, yaşama hakkına yönelik tehditleri etkili olarak önlemeyi hedefleyen yasal ve idari çerçeveyi yürürlüğe koyma ödevi yükler (Osman, §115; Paul ve Audrey Edvards, §54; İlhan [BD], §91; Kılıç, §62; ve Mahmut Kaya, §85).

90. Bu yükümlülük hiç kuşkusuz tehlikeli faaliyetler bağlamında da geçerlidir; ayrıca, özellikle insan yaşamına karşı oluşturduğu potansiyel riskin düzeyi hesaba katılarak, söz konusu faaliyetin özellikleriyle yakından ilgili düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemeler söz konusu faaliyet için ruhsat verme, kurma, işletme, güvenliği sağlama ve gözetim yapma konularını düzenlemeli ve işin doğasındaki risklerle yaşamları tehlikeye giren vatandaşların etkili bir biçimde korunmaları için ilgili herkesi pratik tedbirler almaya zorlamalıdır. Bu önleyici tedbirler arasında, Sözleşme organlarının içtihatlarında ortaya çıktığı gibi, halkın bilgi edinme hakkına büyük önem verilmelidir. Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından tanınmış olan bu hakka (Guerra ve Diğerleri, §60), özellikle Avrupa standartlarındaki mevcut gelişmelerin de desteklediği bir yorumla, kural olarak, yaşama hakkının korunması bakımından da dayanılabileceğine dair Daire'nin görüşüne Büyük Daire de katılmaktadır. Her halükarda söz konusu düzenlemeler, bu faaliyetlerin teknik yönlerini de dikkate alarak, bir faaliyetin işleyişindeki kusurları ve çeşitli düzeylerde görevliler tarafından yapılan hataları ortaya çıkarmak için gerekli usulleri de getirmelidir.”

(ii) Yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasına karşılık soruşturmayla ilgili ilkeler: Sözleşme'nin 2.maddesinin usul yönü

“91. Sözleşme'nin 2. maddesinin getirdiği yükümlülükler bunlarla sınırlı değildir. Bu

madde, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının bulunduğu durumlarda, Devlete elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşama hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak yeterli yargısal veya diğer tedbirleri alma görevi yüklemektedir (*Osman*, §115; ve *Paul ve Audrey Edwards* §54).

92. Bu bağlamda Mahkeme, yaşama hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, ‘etkili bir yargısal sistem’ oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceği sonucuna varmıştır (*Vo - Fransa [BD]*, §90; *Calvelli ve Ciglio*, §51; ve *Mastromatteo*, §90, 94 ve 95).

93. Ancak mevcut olaydaki gibi bir alanda daha ziyade Mahkeme’nin özellikle ölümcül güç kullanımıyla ilgili davalarda geliştirdiği ama diğer dava türlerine de uygulanabilir ilkeler uygulanabilir durumdadır. Bu bağlamda, adam öldürme davalarında Sözleşme’nin 2. maddesinin resmi bir soruşturma yapma yükümlülüğünü yüklediği şeklinde yorumlanması doğrudur; çünkü bu tür bir suçla ilişkin iddialar normalde sadece ceza sorumluluğuna yol açtığı için değil (*Caraher – Birleşik Krallık [k.k.]*, no 24520/94), ama ayrıca uygulamada ölümlerle ilgili doğru bilgiler genellikle sadece Devlet görevlilerinin veya makamlarının elinde olduğu veya olabileceği için de böyle yorumlanmalıdır (*McCann ve Diğerleri*, §157-164, ve *İlhan*, §91). Mahkeme’ye göre bütün bunlar, hiç kuşkusuz, kamu makamlarının sorumluluğu altında meydana gelen olayların bir sonucu olarak can kaybının olduğu tehlikeli faaliyetler bağlamında da geçerlidir; çünkü bu tür olaylara sebebiyet vermiş olabilecek karmaşık fenomenleri belirlemek ve ortaya çıkarmak için yeterli bilgiye sahip olanlar, genellikle sadece bu makamlardır. Bu konuda Devlet görevlilerine veya organlarına yüklenebilecek kusurun (negligence) tedbirsizliği (error of judgment) veya dikkatsizliği (carelessness) aştığı, yani söz konusu makamların muhtemel sonuçların tam olarak farkında olmalarına rağmen ellerindeki yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir olay nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlarda (*Osman*, §116), bireyler kendi inisiyatifleriyle başka ne tür hukuk yollarına başvurmuş olurlarsa olsunlar, insanların yaşamlarını tehlikeye sokan kişilerin aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması veya yargılanmamaları, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlaline yol açabilir; konuyla ilgili Avrupa standartlarındaki gelişmeler de bunu göstermektedir.

94. Özetlenecek olursa, Sözleşme’nin 2. maddesinin gerektirdiği yargısal sistemde, etkililik bakımından belirli bazı asgari standartları karşılayacak ve tehlikeli bir faaliyetin can kaybına yol açması halinde soruşturmada elde edilen bulgular çerçevesinde ceza verilmesini sağlayabilecek bağımsız ve tarafsız bir resmi soruşturma usulünün bulunmasını gerektirmektedir (*Hugh Jordan* §105-109; ve *Paul ve Audrey Edwards*, §69-73). Bu gibi olaylarda yetkili makamlar, kendiliklerinden soruşturmaya başlamalı ve büyük bir özen ve hızla hareket etmelidirler; ve bu soruşturma ilk olarak olayın meydana geldiği koşulları ve düzenleyici sistemin işleyişindeki kusurları belirleyebilecek ve ikinci olarak olaylar zincirinin içinde ne sıfatla yer alırsa alsınlar devlet görevlilerini veya makamlarını belirleyebilecek nitelikte olmalıdır.

95. Böylece Sözleşme’nin 2. maddesinin gerekleri, resmi soruşturma aşamasının ötesine geçmekte, bu soruşturma ulusal mahkemelerde dava açılmasına yol açmaktadır; yargılama aşaması dâhil, bu muhakeme bir bütün olarak, yaşamları hukuk yoluyla koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğün şartlarını taşımaktadır.

96. Yukarıda anlatılanlardan hiçbir şekilde, Sözleşme’nin 2. maddesinin başvuruca üçüncü tarafın bir suç nedeniyle kovuşturulmasını veya cezalandırmasını sağlama hakkı verdiği (*Perez [BD]*, §70) veya bütün kovuşturmaları mahkûmiyetle ya da belirli bir

cezayla sonuçlandırma yükümlülüğü doğurduğu (*Tanıtı, §111*) anlamı çıkarılamaz. Öte yandan ulusal mahkemeler, yaşama karşı suçların cezasız kalmasına hiçbir koşulda izin verememelidirler. Bu ilke, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığını sağlamak ve güvenini sürdürmek, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü görüntüsü vermek için temel bir şarttır (*Hugh Jordan, §136-140*). O halde burada Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin bir karara varırken Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği dikkatli incelemeyi yapıp yapmadıklarını veya yaptılarsa ne ölçüde yaptıklarını ve böylece yargısal sistemin caydırıcı etkisinin ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde oynaması gereken rolün zayıflatılmış olup olmadığını denetlemektir.”

(b) Bu ilkeler ışığında dava konusu olayların değerlendirilmesi

(i) Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönü bakımından mevcut olayda devletin ölümlerden doğan sorumluluğu

“97. Mahkeme mevcut olayda öncelikle davaya esas teşkil eden faaliyet alanlarında, yani evsel atık çöplüklerinin işletilmesi ve gecekondu bölgelerinin rehabilitasyonu ve ıslahı konularında, Türkiye’de bir mevzuatın bulunduğu dikkat çekmektedir. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davadaki olaya uygulanabilir nitelikteki hukuki tedbirlerin eleştirilebilecek durumda olup olmadığını ve ulusal makamların bu düzenlemelere gerçekten uyup uymadıklarını belirlemek durumundadır.

98. Bu durumda Mahkeme, öncelikle olayın şartlarının değerlendirilmesi bakımından belirleyici bir faktöre, yani belediye çöplüğünün teknik eksiklikleri nedeniyle Ümraniye’deki bazı gecekondu sakinlerinin fiziksel sağlıklarının risk altında olduğu yönündeki mevcut bilgilere dikkat çekmesi gerektiği kanısındadır. Üsküdar 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin isteği üzerine hazırlanan ve 7 Mayıs 1991’de sunulan bilirkişi raporuna göre, çöplük 1970’lerin başında ilgili teknik standartlara aykırı olarak işletmeye açılmış; daha sonra yürürlükteki sağlık, güvenlik ve teknik şartlara, özellikle de 14 Mart 1991 tarihli 20814 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Katı Atıkların Kontrolüne İlişkin Yönetmeliğe uymadığı halde kullanılmaya devam edilmiştir. Çöplük alanının yarattığı çeşitli risklerin sıralandığı raporda, özellikle çöplükte “dekompozisyon sonucu oluşan metan patlamasını engellemeye yönelik bir önlem alınmadığı” için metanojeneze bağlı patlama tehlikesine dikkat çekilmiştir.

99. Bu noktada Mahkeme, Hükümetin 7 Mayıs 1991 tarihli bilirkişi raporunun geçerliliğine ilişkin görüşünü ve Kadıköy ve Üsküdar İlçe Belediyeleri ile İstanbul Büyükşehir Belediyesinin raporun reddedilmesine yönelik başvurularına verilmesi gereken önemi incelemiştir. Ancak Mahkeme, bu hareketlerin daha çok çeşitli makamlar arasındaki kuvvetler çatışmasının bir göstergesi ve hatta bir geciktirme taktiğinden ibaret olduğu görüşündedir. Her halükarda, raporun reddi için açılan dava belediye avukatları tarafından takip edilmediği için yarım kalmış ve rapor hiçbir zaman geçersiz ilan edilmemiştir. Tam tersine bu rapor, 28 Nisan 1993 tarihinde meydana gelen kazanın soruşturulmasıyla görevli makamlar için belirleyici olmuş ve üstelik daha sonra Üsküdar Cumhuriyet Savcısı tarafından görevlendirilen bilirkişi heyetinin 18 Mayıs 1993 tarihli raporu ile İçişleri Bakanlığı tarafından görevlendirilen başmüfettişin 9 Temmuz 1993 tarihli raporunda atfta bulunulan iki bilimsel görüş tarafından teyit edilmiştir.

100. Mahkeme, söz konusu tehlikenin doğruluğu ve acilliği konusunda tereddüt bulunmadığını düşünmektedir; çünkü patlama riski, 7 Mayıs 1991 tarihli rapordan çok önce fark edilmiş olduğuna ve çöplük aynı şartlar altında kullanılmaya devam edildiğine göre, söz konusu risk bu süre içinde ancak artmış olabilir.

101. Bu nedenle Dairenin görüşüne katılan Büyük Daire, özellikle konuya ilişkin özel düzenlemeler de bulunduğu, çöplüğün işletim ve denetimiyle görevli genel ve yerel

idarecilerin, metan oluşumunda mevcut riskleri veya gerekli önleyici tedbirleri bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını düşünmektedir. Üstelik Mahkeme, en azından 7 Mayıs 1991 tarihli raporun kendilerine bildirildiği 27 Mayıs 1991 itibarıyla, diğer idari makamların da bu risklerin farkında olduğunu kabul etmektedir. Buna göre buradan, çeşitli düzeylerdeki Türk makamlarının Ümraniye belediye çöplüğünün yakınlarında yaşayan birçok insan için gerçek ve yakın bir risk bulunduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Sonuç olarak yetkili makamlar, özellikle bu riski doğuran çöplüğü kendileri açtıkları ve kullanımına izin verdikleri için, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca bu makamların bölgedeki bireyleri korumaya yönelik gerekli ve yeterli koruyucu işletim önlemlerini almalarını gerektiren pozitif yükümlülükleri vardır.

102. Ne var ki, Mahkeme önündeki kanıtlardan anlaşıldığına göre, özellikle Büyükşehir Belediyesi 14 Mart 1991'den önce veya sonra gerekli acil önlemleri almadığı gibi, Dairenin gözlemine göre, Başbakanlık Çevre Müsteşarlığının bu yöndeki tavsiyesine de karşı çıkmıştır. Çevre Müsteşarlığı, çöplüğün Katı Atıkların Denetimi Yönetmeliğinin 24 ve 27. maddelerinde belirtilen standartlara uygun hale getirilmesini istemiştir. Bu Yönetmeliğin 27 maddesi, biriken gazın kontrollü bir şekilde atmosfere salınmasına imkân veren “dikey ve yatay drenaj sistemi” oluşturulmasını açık bir şekilde gerektirmektedir.

103. Büyükşehir Belediyesi ayrıca, Ümraniye Belediye Başkanının 27 Ağustos 1992 tarihinde atık depolama alanının geçici olarak kapatılması için mahkemeye yaptığı son başvuruya da karşı çıkmıştır. Büyükşehir Belediyesi, söz konusu ilçe belediyesinin o ana kadar çöplüğü zehirden arındırmak için her hangi bir girişimde bulunmadığı için, çöplüğün kapatılmasını istemeye hakkı olmadığını savunmuştur. Bunun yanı sıra Hükümet, *Chapman – Birleşik Krallık* kararının sonuçlarına atıfta bulunmuş ve başvurucuyu bir çöplüğün yakınında yaşayarak yasalara bilerek karşı geldiği için eleştirmiştir. Ne var ki Mahkeme'ye göre bu savlar, aşağıdaki nedenlerle derinlemesine incelemeyi gerektirmektedir.

104. Mevcut olayda Mahkeme, ‘gecekondu rehabilitasyon ve yıkım alanlarının’ içinde ve dışında bulunan kamu arazilerinin üçüncü kişilere devrine ilişkin iç hukuk hükümlerini incelemiştir. Mahkeme ayrıca, 20 Temmuz 1966 tarihli ve 775 sayılı Yasanın zaman bakımından kapsamını uygulamada genişletmeye yönelik çeşitli yasal girişimlerin etkisini de göz önüne almıştır. Mahkeme bu hukuki görüşlerden yola çıkarak, imar planı konusunda yasal sınırlamalara rağmen Devletin gecekondu alanlarına ilişkin istikrarlı politikalarının, bu tür alanların kente bütünleştirilmesini teşvik ettiği ve böylece 1960'tan beri kendi istekleriyle ya da bu politikanın sonucu olarak oluşan bu alanların varlığını ve buraları inşa eden vatandaşların yaşam biçimini kabul ettiği sonucuna varmıştır. Uygulamada bu politikanın, kamu arazilerine kanundışı el koyulmasını kapsayan bir dizi imar planı ihlalinin affedilmesi anlamına da geldiği düşünülecek olursa, yasanın öngördüğü önlemleri uygulama yükümlülüğüne sahip idari makamların takdir yetkisinin genişliğine ilişkin bir belirsizlik de yaratmış olmalıdır. Dolayısıyla halkın bu önlemleri önceden görmesi de beklenemez.

105. Ayrıca mevcut olayda idari makamların başvurucuya karşı takındıkları tutum da bu yorumu desteklemektedir. Söz konusu evin ruhsatsız olarak inşa edildiği 1988'den kazanın meydana geldiği 28 Nisan 1993'e kadar, başvurucunun evinin durumu 775 sayılı yasanın özellikle 18. maddesine tabi olmasına ve bu madde uyarınca belediye makamlarının evi istedikleri zaman yıkmaya yetkileri bulunmasına rağmen, Mahkeme bu evin başvurucunun elinde olduğuna dikkat çekmektedir. Aslında Hükümet tam da bunu söylemek istemiş, ancak mevcut olayda ilgili makamların başvurucuya karşı böyle bir önlem almayı düşündüklerini bile gösterememiştir. Yetkili makamlar, başvurucu ve yakın akrabalarını,

kurdıkları aile ve toplum çevresinde hiç rahatsız edilmeden evlerinde oturmalarına izin vermişlerdir. Üstelik, Mahkeme'ye sunulan ve Hükümet tarafından yalanlanmayan somut kanıtlara göre, yetkililerin başvuru ve Ümraniye gecekondularının mahallelerinin diğer sakinlerinden emlak vergisi aldıklarından ve ücreti karşılığında kamu hizmetlerinden yararlanmalarını sağladıklarından şüphe duymayı gerektiren bir neden yoktur.

106. Bu şartlar altında, Hükümetin her türlü kusurun veya sağduyu eksikliğinin 28 Nisan 1993 tarihli kararın mağdurlarına yüklenmesi gerektiğine dair iddiasının haklı görülmesi veya İngiliz yetkililerinin bayan Chapman'ın yasadışı eylemleri karşısında pasif kalmadığına karar verilen *Chapman – Birleşik Krallık* kararında varılan sonuçlara dayanması zordur. Mahkeme'nin, Hükümetin genel olarak aşağıdaki hususlara ilişkin iddiaların yanıtlanması da gereklidir: söz konusu dönemde Ümraniye atık depolama alanının yarattığı sorunları azaltmak için Büyükşehir Belediyesi tarafından yürütülen rehabilitasyon projesinin boyutları; ulusal makamların çöplükteki duruma yaklaşım biçimlerini etkilediği söylenen yatırımın miktarı ve son olarak o dönemde gecekonduların bölgelemlerinin hızla ve tamamen yıkılmasını sağlayacak önlemlerin alınmasını olanaksız hale getirdiği iddia edilen insani düşünceler.

107. Mahkeme bu davadaki görevinin, İstanbul'un bu kısımdaki toplumsal, ekonomik ve kentsel sorunların çözümüne yönelik en iyi politikanın ne olduğu konusunda kendi düşüncelerini yerel yetkililerin düşüncelerinin yerine koymak olmadığını kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümetin bu konuda özellikle öncelikler ve kaynaklar bakımından operasyonel seçenekler göz önüne alınmadan, yetkililere imkânsız veya çok ağır külfetler yüklenmemesi gerektiği şeklindeki savunmasını kabul etmektedir (*Osman kararı, §116*); bu durum, Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi (*Hatton ve Diğerleri, §100-01*), mevcut davaya konu olan zor ve teknik bir konuda devletlerin geniş takdir alanından yararlanmalarının bir sonucudur. Ancak bu açıdan bakıldığında bile, Mahkeme Hükümetin savlarını ikna edici bulmamaktadır. Söz konusu pozitif yükümlülüğün gerektirdiği tedbirler, tam da bu makamlara tanınan yetkililerin kapsamına girmekte olup, yetkililerin dikkatleri çekilen riski ortadan kaldırmaya yönelik uygun bir vasıta olarak görülebilirler. Mahkeme, durumun ölümcül hale gelmesinden önce Ümraniye çöplüğünde kurulacak bir gaz boşaltma sisteminin, Devlet'in kaynaklarını Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı olarak harcanmasına fırsat vermeden veya Hükümetin iddia ettiği boyutta uygulama sorunlarına neden olmadan, etkili bir tedbir oluşturacağı kanaatinde. Böyle bir tedbir, konuya ilişkin Türk mevzuatıyla ve genel uygulamalarla uyumlu olmakla kalmayacak, ama ayrıca Hükümet tarafından Mahkeme önünde ileri sürülen insani kaygıları çok daha iyi yansıtmış olacaktır.

108. Şimdi Mahkeme, halkın bilgilendirme hakkına verilmesi gereken önemi değerlendirecektir. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümetin mevcut olayda Ümraniye gecekonduların bölgelerinde yaşayan insanlara yapmış oldukları tercihler sonucunda girdikleri riskleri değerlendirmelerini sağlayacak bir bilgi verildiğini gösteremediğini gözlemlemektedir. Her halükarda Mahkeme, Ümraniye gecekonduların bölgeleri sakinlerinin yaşamlarını tehdit eden riskleri önlemeye yönelik daha pratik önlemler alınmadığından, bilgilendirme hakkına saygı gösterilmiş olsaydı dahi Devletin yükümlülüklerinden kurtulmasını sağlamayacağı kanısındadır.

109. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, ulusal soruşturma makamlarının tespitlerinden şüphe etmek için bir neden görememekte (*Klaas, §29-30*) ve yukarıda incelenen şartların mevcut olayda Sözleşme'nin 2. maddesine göre Devletin bir kaç yönden sorumluluğunun doğduğunu gösterdiğini düşünmektedir. İlk olarak, hukuki çerçevenin yeterli olmadığı anlaşılmaktadır; çünkü Ümraniye Belediyesi atık depolama alanı gerekli teknik standartlara uymadığı halde işletmeye açılmış, halkı korumaları için görevlileri gerekli

tedbirleri almaya teşvik edecek tutarlı bir denetim sistemi kurulmamış, idari makamların dikkati çekilen riskler insan yaşamını tehlikeye sokacak kadar ciddi bir duruma gelmemesi için çeşitli idari makamlar arasında koordinasyon ve işbirliği oluşturulmamıştır. Genel imar sorunları karşısında güçsüz olduğu ortaya çıkan ve yasal tedbirlerin uygulanmasında belirsizlik yaratan bir uygulama nedeniyle daha da kötüleşen bu durum, hiç kuşkusuz, Devlet görevlilerinin bu insanları maruz kaldıkları acil ve bilinen risklerden korumak için hiçbir önlem almamaları sonucu, Ümraniye gecekondü bölgesi sakinlerinin hayatına mal olan 28 Nisan 1993 tarihli üzücü kazaya yol açan olaylar dizisinde rol oynamıştır.

110. Bu şartlar Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönünden ihlaline yol açmıştır; Hükümetin mevcut olayla ilgili açılan idari davanın olumlu sonuçlandığı savı, aşağıda 151 ve 152. paragraflarda belirtilen nedenlerle bir önem taşımamaktadır.”

ii) Ölümlere adli sistemin verdiği karşılık nedeniyle devletin sorumluluğu: Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönü

111. Mahkeme, Hükümetin söylediklerinin aksine, mevcut olayın gerektirdiği yargısal karşılığı değerlendirirken, tazminat talep etmek için kullanılan idare hukuku yollarını incelemenin gereksiz olduğu kanaatinde; çünkü sonucu ne olursa olsun, bu tür bir hukuk yolu Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönü bakımından dikkate alınamaz.

112. Mahkeme ilk olarak, Türkiye'deki ceza usul sisteminin, kuramsal olarak, tehlikeli faaliyetler bakımından insan yaşamını korumak için yeterli gibi görünen sistemin parçası olduğunu gözlemlemektedir. Türk Ceza Kanununun 230(1) ve 455(1) ve (2). fıkraları, kamu görevlileri veya makamlarının ihmalleriyle ilgilidir. Sözleşme'nin bu konuda gerektirdikleri göz önünde tutularak, Ümraniye Belediyesi çöplüğündeki kazanın ardından Türk ceza hukuku çerçevesinde alınan tedbirlerin uygulamada yeterli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

113. Bu bağlamda Mahkeme, 28 Nisan 1993'teki kazanın yaklaşık saat 11:00'de meydana gelmesinden hemen sonra polisin olay mahalline gelerek mağdurların aileleriyle görüştüğüne dikkat çekmektedir. Buna ek olarak İstanbul Valiliğinin oluşturduğu kriz masasının üyeleri aynı gün olay yerine gitmiştir. Sonraki gün, yani 29 Nisan 1993 günü, İçişleri Bakanlığı kendi inisiyatifiyle, kazanın meydana gelmesinde yetkililerin sorumluluklarını belirlemek için idari soruşturma açılmasını emretmiştir. Üsküdar Cumhuriyet Savcısı da 30 Nisan 1993'te cezai soruşturma açmıştır. Son olarak, resmi araştırmalar 15 Temmuz 1993'te, belediye başkanları bay Sözen ile bay Öktem'in ceza mahkemelerinde yargılanmaları kararıyla sona ermiştir. Bu durumda soruşturma makamlarının örnek bir süratle hareket ettikleri (*Yaşa, §102-104; Mahmut Kaya, §106-107; ve Tanrıkulu [BD], §109*) ve hem 28 Nisan 1993'te meydana gelen kazaya ve hem de bunun yol açtığı ölümlere neden olan olayları belirlemek için gayret gösterdikleri söylenebilir.

114. Ayrıca, olaydan sorumlu olanların belirlendiği sonucuna da varılabilir. Cumhuriyet Savcısı, geçerliliği tartışmalı olmayan bir bilirkişi raporuna dayanarak 21 Mayıs 1993 tarihli bir kararla, 'çöplüğün kurulduğu 1970 yılında var olan ve o zamandan bu yana giderek artan teknik sorunların önlenmesi için yeterince erken harekete geçmediği veya 3030 sayılı Kanun uyarınca ilçe belediyelerine alternatif çöp toplama alanları göstermekle yükümlü olduğu halde göstermediği için' İstanbul Büyükşehir Belediyesinin sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda ayrıca, başka kamu makamlarının da durumun kötüye gitmesine ve uzamasına katkıda bulunduğu belirtilmektedir; şöyle ki, Ümraniye Belediyesi ilgili mevzuata uygun olmayan bir imar planı uygulamış ve bölgedeki kaçak yapılaşmaya engel olmamıştır; Çevre Bakanlığı Katı Atıkların Kontrolüne ilişkin Yönetmeliğe uyulmasını sağlayamamıştır; dönemin Hükümeti de bina sahiplerine tapu vererek bu tip kaçak yapılaşmanın yayılmasını teşvik eden af yaslan çıkartmıştır.

Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı, söz konusu yetkililer bakımından Türk Ceza Kanununun 230 ve 455. maddelerinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

115. Ne var ki, ceza davasının açılmasında yetkili idari soruşturma organları, Mahkeme'nin anlayamadığı ve Hükümetin hiçbir zaman açıklamaya çalışmadığı nedenlerle, Cumhuriyet Savcısının görüşlerini ancak kısmen onaylamıştır. Aslında, bağımsızlıkları Mahkeme'nin daha önce ele aldığı birçok davada tartışma konusu olan bu organlar (*Güleç, §79-81 ve Oğur [BD], §91-92*), sonuç olarak Çevre Bakanlığı ile hükümet yetkilileri aleyhine tüm suçlamaları kaldırarak, olayı yaşamı tehlikeye sokma yönünden incelenmesini engelleyecek şekilde, suçlamayı sadece 'ihmal' ile sınırlı tutmaya çalışmışlardır. Ancak, bu kusurların üzerinde durmaya gerek yoktur; çünkü yine de İstanbul Beşinci Ceza Mahkemesinde ceza davası açıldığı ve bu mahkemenin önüne getirilen davada olayları istediği gibi inceleyebilme, gerekli gördüğünde soruşturmayı derinleştirme yetkisi bulunduğu, üstelik bu mahkemenin verdiği kararın Yargıtay'ın denetimine tabi olduğu görülmektedir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre asıl değerlendirilmesi gereken husus, bu gibi konularda oluşturulan tüm usul gereklerine tamamen uygun bir hazırlık soruşturması yapıp yapılmadığını incelemek değil, ama insan yaşamını korumak için kabul edilen yasaların muhafızları olan adli makamların, sorumluları cezalandırmaya kararlı olup olmadıklarını değerlendirmektir.

116. Mevcut olayda İstanbul Ceza Mahkemesi, 4 Nisan 1996 tarihli bir kararla, söz konusu iki Belediye Başkanını, Türk Ceza Kanununun 230(1). fıkrası uyarınca görevi ihmal suçundan 610,000 TL (o dönem için yaklaşık 9.70 Euro) para cezasına çarptırmış ve bu cezayı ertelemiştir. Mahkeme önünde Hükümet, iki Belediye Başkanına neden yalnızca bu hükmün uygulandığını ve neden öngörülen en düşük cezaya çarptırıldıklarını açıklamaya çalışmıştır. Ancak, bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin benzeri iç hukuk sorunları ulusal mahkemelerin değerlendirmesine giren bir konu olduğundan, bu konuda söz söylemek veya bu konuda suçluluk veya suçsuzluk kararı vermek Mahkeme'ye düşmez. Kendi görevini göz önünde tutan Mahkeme, mevcut olayda söz konusu ceza davasındaki tek amacın, yetkililerin, Türk Ceza Kanununun insan yaşamını tehlikeye sokan eylemlerle veya Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yaşama hakkının korunmasıyla bir ilgisi olmayan 230. maddesi uyarınca 'görevi ihmal' suçundan sorumlu tutulup tutulamayacaklarının belirlenmesi olduğunu gözlemlemektedir. Aslında dava mahkemesinin 4 Nisan 1996 tarihli kararından, İl İdare Kurulunun verdiği lüzumu mahkemeye kararının gerekçesinde ayrılmayı gerekli görmediği ve başvurusunun dokuz akrabasının ölümünden yetkililerin sorumlu olup olmadıkları sorununu muallakta bıraktığı görülmektedir. Tabi ki 4 Nisan 1996 tarihli kararda, 28 Nisan 1993'te meydana gelen ölümlerden maddi bir unsur olarak söz eden pasajlar yer almaktadır. Ancak bu pasajlar, yaşama hakkını koruyamamaktan kaynaklanan sorumluluğun kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Kararın hüküm fıkralarında bu hususta bir şey yoktur ve ayrıca ilk derece mahkemesinin, kazanın son derece ciddi sonuçlarına gereken önemi verdiğini düşündürmemektedir; sorumlu görülen kişiler de sonuçta gülünç sayılabilecek cezalara çarptırılmışlar, dahası bu cezalar ertelenmiştir.

117. Buna göre Türk ceza sisteminin, kamu görevlilerinin veya makamlarının bu trajedinin içinde oynadıkları rolde tam olarak sorumluluklarını gösterecek şekilde işlediği ve yaşama hakkına saygıyı güvence altına alan iç hukuk hükümlerinin ve özellikle ceza hukukunun caydırıcı işlevinin etkili bir şekilde uygulandığı söylenemez.

118. Kısacası mevcut olayda, tehlikeli faaliyetin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak yaşama hakkını koruyan ve gelecekte bu tür bir yaşamı tehlikeye sokma eylemlerini caydıran bir "hukuk tarafından" yeterli bir şekilde korunmadığından, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden de ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır."

II. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu, evini ve taşınmaz eşyalarını kaybetmesine sebep olan ulusal makamların kusurlu ihmallerinden devletin sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Dairenin kararı

Daire, başvurunun Sözleşme'nin 2. maddesi ile Birinci Protokolün 1. maddesine göre yaptığı şikâyetler bakımından vardığı sonuçların, ceza ve idari davalardaki kusurlar konusundaki iddialarını Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamında yeniden incelemeyi gereksiz kıldığı görüşündedir.

B. Tarafların görüşleri

“142. Hükümet, belediye başkanlarına karşı açılan ceza davasına yönelik Dairenin eleştirisine karşı çıkmıştır. Hükümet, bir sanığa karşı yöneltilecek bir suçlamanın niteliğini belirlemenin, sadece ulusal makamlara ait olduğunda ısrar etmiştir. Aynı şekilde, bir ulusal mahkemenin elindeki delillere dayanarak verdiği hükmün yerine, daha uygun gördüğü bir hükmü koyacak kadar ileri giderek eleştirmek, Strazburg Mahkemesi'nin görevi değildir. Hükümet, Sözleşme'nin veya Sözleşme içtihatlarının, yetkili makamları bir sanığı mahkûm etmeye zorlamadığını belirtmiştir. Belediye başkanları hakkında verilen hükümlerin onlara neredeyse tam bir cezasızlık (impunity) sağlamakla eşanamlı olduğu şeklindeki Dairenin görüşü, hem bu noktayı ve hem de başvurunun belediye başkanlarını ihmal suretiyle adam öldürmekten suçlamadığı bu gibi olaylarda, ulusal makamların bir olayın şartları içinde suçlamaları nitelendirme konusundaki takdir yetkilerini de göz ardı etmiştir.

143. Hükümete göre, bu ‘dördüncü derece mahkeme’ yaklaşımı, başvurunun tazminat talebi hakkında idare mahkemesinin verdiği karar için de geçerlidir. Başvurucuya oldukça uygun şartlarla yeniden ev tahsis edildiği dikkate alındığında, hükmedilen tazminat önemli bir miktardır. Aslında başvuru, yeni evi için yetkili makamlara 17.50 dolar öderken ilk olarak aylık 48.46 ABD doları karşılığında kiraya vererek, daha sonra da evi kendisine ilk tahsis edildiği tarihteki değerinin (125,000,000 TL) çok üzerinde bir fiyatla 20,000 Alman Markına satarak sermaye sağlamıştır. Hükümet ayrıca, Daire kararında söylenenin aksine, tazminat talebinin makul bir sürede belirlendiğini ve hatta tedbirsizlikten kaynaklanan ölümle ilgili bir tazminat talebinin altı yıl üç aylık süreden sonra Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından bir sorun doğurmayacağına karar verildiği Mahkeme'nin yukarıda geçen Calvelli ve Ciglio davasındaki süreden çok daha kısa sürede belirlendiğini öne sürmüştür. Üstelik başvuru ödenecek parayı tahsil etme yoluna gitmemiştir.

144. Başvuru esas itibarıyla, ceza ve idari davalarda Dairenin belirlediği noksanlıklarla ilgili olarak vardığı sonuçlara katılmıştır. Ancak başvuru, bu yargılamaların etkisizliğinin Sözleşme'nin 2. maddesi ve Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlaline sebebiyet verdiğini savunmuştur.”

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi:

1. Mevcut olayda uygulanabilecek ilkeler

“145. Sözleşme'nin 13. maddesi iç hukuk sistemlerinin, Sözleşme'ye göre ‘savunulabilir’ bir şikâyetin esasını çözmesi için ilgili ulusal makamı yetkilendiren etkili hukuk bir yolu sağlanmasını gerekli kılar (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık [BD]*, §108). Bu maddenin amacı, bireylerin Sözleşme'deki haklarının ihlali için Mahkeme önünde bir uluslararası şikâyet mekanizmasını harekete geçirmeden önce, ulusal düzeyde uygun bir giderim elde edebilecekleri yollar sağlamaktır (*Kudla [BD]*, §152).

146. Ne var ki Sözleşme'nin 13. maddesinin sağladığı koruma, belirli bir hukuki yolu zorunlu kılabacak kadar ileriye gitmez; Sözleşmeci Devletlerin bu maddeden kaynaklanan yükümlülüklerine uyarken belirli bir takdir yetkileri bulunmaktadır (*Kaya, §106*).

147. Tehlike altında bulunan hakkın niteliği, devletin Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca sağlaması gereken hukuk yolunun türü üzerinde bir etkiye sahiptir. Sözleşme'nin 2. maddesindeki hakların ihlalinin iddia edildiği durumlarda maddi ve manevi tazminat, kural olarak, mevcut giderim yollarının bir parçası olmalıdır (*Paul ve Audrey Edwards, §109; ve T. P. ve K. M. – Birleşik Krallık [BD], §107*). Öte yandan Mahkeme'nin yukarıda belirttiği gibi, Sözleşme'nin ne 13. maddesi ve ne de başka bir hükmü, başvuruçuya üçüncü bir kişinin kovuşturulması ve mahkûm edilmesini sağlama veya 'şahsi intikam' alma hakkı tanır (*Perez, §70*).

148. Mahkeme'nin hukuka aykırı bir biçimde veya güvenlik güçlerinin göz yummasıyla adam öldürme iddialarının olduğu olaylarda (*Kılıç, §73*), yetkililerin sorumluları bulma ve cezalandırma konusunda kapsamlı ve etkili bir soruşturma yürütememeleri nedeniyle bazen Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini tespit ettiği (*Kaya, §107*) doğrudur. Ancak, 1990'larda Türkiye'nin güneydoğusunda cereyan eden çatışmalardan kaynaklanan bu davalarda, başvuruçuların yakın akrabalarının güvenlik güçleri tarafından hukuka aykırı olarak öldürüldüğü veya şüpheli bir şekilde öldüğü yönündeki şikâyetlerinin bu türden bir soruşturmaya tabi tutulmadığı gözlenmektedir. İşte tam olarak bu unsur, Mahkeme'nin bu davalarda başvuruçuların etkili hukuk yollarından yoksun bırakıldıkları sonucuna varmasına neden olmuştur; çünkü bu kişiler şikâyetçi oldukları olaylarda sorumluluğun belirlenmesi ve böylece ceza davasına katılmak veya hukuk veya idare mahkemelerinde dava açmak suretiyle uygun bir karşılık isteme imkânına sahip olamamışlardır. Diğer bir ifadeyle o davalarda, ceza soruşturması ile başvuruçuların bir bütün olarak hukuk sisteminde yararlanabilecekleri hukuk yolları arasında yakın bir usul ve pratik ilişki vardır (*Salman, §109*). Ancak Mahkeme'ye göre, ölenin ailesinin menfaatleri ile ailenin etkili hukuk yoluna başvurabilme hakkı açısından bakıldığında, belirli bir olayda cezai soruşturma veya bunun sonucu yapılan yargılama, örneğin yukarıda anılan *Hugh Jordan* kararında özetlenen devletin 2. maddesindeki usule ilişkin yükümlülüklerini karşılamadığına, yukarıda geçen içtihatlardan kaçınılmaz olarak 13. maddenin ihlal edildiği anlamı çıkarılamaz. Önemli olan şey, devlet'in 2. maddedeki usule ilişkin yükümlülüğe uymamasının, ölenin ailesinin 2. maddede yer alan haklarının ihlaline yol açan eylemler ve ihmaller konusunda devlet görevlilerinin veya organlarının sorumluluğunu ortaya çıkarmak ve tazminat almak için mevcut başka etkili hukuk yollarına ulaşabilmeleri üzerindeki etkisidir.

149. Mahkeme, devlet'in sorumluluğu altında yapılan tehlikeli işlerden kaynaklanan ölümcül kazalarla ilgili olarak Sözleşme'nin 2. maddesinin, yetkili makamların kendiliğinden can kaybının nedeni hakkında belirli asgari koşulları taşıyan bir soruşturma yapmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Ayrıca, mevcut olaya benzer olayların açıklanması için gerekli bilgi sadece devlet görevlilerinin veya makamlarının elinde olduğu zaman, böyle bir soruşturmanın yapılmaması halinde söz konusu birey bir giderim elde etmek için mevcut hukuk yollarını kullanamayacaktır. Bütün bunlar dikkate alındığında, mevcut olayda Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından Mahkeme'nin görevi, yetkililerin Sözleşme'nin 2. maddesindeki usul yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin, başvuruçunun etkili bir hukuk yolu kullanması işini bozup bozmadığını belirlemektir (*Aksoy, §95; Aydın, §103; ve Kaya, §106*).”

2. Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

(a) Sözleşme'nin 2. maddesi konusunda yapılan şikâyet bakımından

150. Mahkeme daha önce Türkiye’deki değişik usulleri incelemiş ve resmi soruşturmaların 28 Nisan 1993 tarihli kazadaki olayları açıklayan ve sorumluları belirleyen tespitlerine rağmen, mevcut olayda ceza kanununa göre kamu makamları tarafından açılan davanın yaşama hakkını yeterince korumadığı sonucuna varmıştır. Ancak, bu soruşturmaların yeterliliği ve yapılan tespitler dikkate alındığında Mahkeme, başvurucunun tazminat alabilmek için Türk hukukuna göre mevcut hukuk yollarını kullanabilecek durumda olduğunu düşünmektedir.

151. Soruşturma sona erdikten birkaç ay sonra, yani 3 Eylül 1993 tarihinde, bir avukat tarafından temsil edilen başvurucu, dokuz yakın akrabası öldüğü ve eviyle birlikte eşyalarını da yitirdiği için maddi ve manevi zararları bulunduğu iddiasıyla, dört devlet kuruluşüne aleyhinde idare mahkemesinde dava açmıştır. Bu hukuk yolunun etkililiği, görülmekte olan ceza davasının sonucuna bağlı olmadığı gibi, yetkililerin eylem veya ihmalleriyle kullanılması da engellenmiş (*Kaya, §106*) değildir. Bu davaya bakan idare mahkemesinin, yukarıda ortaya konan olayları değerlendirme, söz konusu olaydaki sorumluluğu paylaşırma ve icra edilebilir bir karar verme yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur. Başvurucunun kullandığı idari dava yolu, ilk bakışta, akrabalarının ölümüyle ilgili şikâyetinin esasını kanıtlamak için yeterli ve yukarıda tespit edilen Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlali bakımından uygun bir giderim verebilecek nitelikte görünmektedir (*Paul ve Audrey Edwards, §97; ve Hugh Jordan, §162-63*). Ancak bu hukuk yolunun, mevcut olayın şartları içinde, uygulamada da etkili olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

152. Daire gibi Büyük Daire de, bu hukuk yolunun etkili olduğuna ikna olmamıştır. Tazminat davasının etkili olmadığına ilişkin Dairenin eleştirilerini Büyük Daire de onaylamakta, yine Daire gibi, başvurucuya sadece akrabalarının ölümü nedeniyle ödenmesine hükmedilen manevi tazminatın aslında henüz ödenmemiş olmasının belirleyici olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda konuyla ilgisi nedeniyle belirtilmelidir ki, Mahkeme’nin içtihatlarına göre Sözleşme’nin 6. maddesinde güvence altına alınan mahkeme hakkı, hukukun üstünlüğünü kabul eden devletlerde nihai ve bağlayıcı yargı kararlarının, taraflardan birinin aleyhine hükümsüz kılınamayacak şekilde icra edilmesini de korumaktadır (*Hornsby, §40; ve Immobiliare Safi [BD], §66*). Hükmedilen tazminatın hangi nedenle ödenmediği, Mahkeme’yi ikna edici bir şekilde açıklanmamıştır. Başvurucunun tazminat talebi hakkında idare mahkemesinin karar vermesi için geçen süre ile manevi tazminata gecikme faizi uygulanmaması dikkate alındığında, Mahkeme başvurucunun kararın icrası için adım atmamakla suçlanamayacağını düşünmektedir. Çekilen acı için hükmedilen tazminatın zamanında ödenmesi, yoksul bir eş ve baba için, Sözleşme’nin 13. maddesindeki hukuk yolunun esaslı unsurlarından biri olarak görülmelidir (*Paul ve Audrey Edvards, §101*). Hükümet, davanın daha kısa sürede bitirilmesi gerektiği konusunda Dairenin vardığı sonuca karşı çıkmasına rağmen, Büyük Daire de karar vermek için dört yıl, on bir ay ve on gün gibi bir sürenin, özellikle başvurucunun sıkıntılı durumu açısından bıkkınlığında, ulusal mahkemenin özensizliğine işaret ettiğini düşünmektedir. 30 Kasım 1995 tarihli karardan da açıkça anlaşılmaktadır ki ulusal mahkeme, sadece savcı tarafından alınan bilirkişi raporuna dayanmıştır. Ancak bu rapor, daha Mayıs 1993’te mevcut olan bir rapordur.

153. Mahkeme’ye göre bu gerekçeler, idari davanın, devletin başvurucunun yakın akrabalarının yaşamlarını koruyamamasına karşılık başvurucuya etkili bir hukuk yolu sağlamadığı sonucuna varması için yeterlidir.

154. Bununla birlikte Hükümet, başvurucuyu şikâyetlerini dile getirmek ve bir giderim istemek amacıyla yukarıda sözü edilen ceza davasına etkili bir şekilde katılmak için her hangi bir çaba göstermemiş olmakla suçlamıştır. Türk hukukunun katılan taraf başvurularına ilişkin hükümleri inceleyen Mahkeme, ceza davasının bir parçası olarak bu ihtimalin, Sözleşme’nin 13. maddesi açısından kural olarak dikkate alınması gerektiğini kabul

etmektedir. Ancak Mahkeme mevcut olayda, etkili ve şikâyetçi olduğu durumu doğrudan gidermeye elverişli görünen idari dava yolundan yararlanmayı seçen başvuruçunun, ceza mahkemesinden tazminat istemediği için eleştirilemeyeceği görüşündedir (*Manoussakis ve Diğerleri*, §33; ve *Aquilina [BD]*, §39); kaldı ki tazminat davası devam ederken, ceza mahkemesinden tazminat istenememektedir.

155. Kısacası, Sözleşme'nin 2. maddesine göre yapılan şikâyet bakımından 13. madde ihlal edilmiştir.”

(b) Birinci Protokolün 1. maddesi konusunda yapılan şikâyet bakımından

Mahkeme, kayıp edilen mülkiyet nedeniyle hükmedilen tazminatın ödenmemiş olduğunu tespit etmiştir. Bu konuda da 13. madde ihlal edilmiştir.

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

[161-176]: Mahkeme başvuruya cenaze giderleri için 2,000 dolar, maddi ve manevi tazminat olarak 45,250 Euro, ücretler ve masraflar için 16,000 Euro'dan adli yardım olarak alınan 3,993.84 Euro düşülerek ödenmesine, başvuruçunun üç yetişkin oğlundan her bir için manevi tazminat olarak 33,750 Euro olmak üzere toplam 100,250 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirligiyle, başvuruçunun dokuz yakınının öldükleri kazanın engellenmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi yönden ihlal edildiğine;
2. Bire karşı on altı oyla, yaşama hakkını koruyan yeterli hukuki koruma bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;
3. İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine;
4. İkiye karşı on beş oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi yönden şikâyetler konusunda Sözleşme'nin 13. maddenin ihlal edildiğine;
5. İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün 1. maddesi şikâyetleri konusunda Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
6. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 8. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
7. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

KAMU SAĞLIĞI

17.01.2002 32967/96 CALVELLI ve CIGLIO - İTALYA

◆ *kamu sağlığı - ölüm riskine karşı korumama* (riskli doğum için gerekli tedbirleri almayan ve doğum sırasında bulunmayan doktorun, bebeğin ölümü üzerine taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan verilen hapis cezasının üst yargılaması sırasında dava zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesi ve öte yandan davasının sulh ile sonuçlanması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvuruçular Bay Pietro Calvelli ve Bayan Sonia Ciglio, İtalyan vatandaşlardır. Başvuruçuların bebeği, Cosenza'da 'La Modannina' adlı özel bir klinikte doğar doğmaz, doğum sırasında geliş pozisyonunun yol açtığı nörolojik post-asfiksi sendromu ve so-

lunum güçlüğü nedeniyle Cosenza Hastanesi'nin yoğun bakım servisine kaldırılmıştır. Bebek, doğumundan iki gün sonra, 9 Şubat 1987'de ölmüştür.

Başvurucular, ertesi gün, kliniğin ortaklarından olan ve doğumu yaptırmakla görevli doktor hakkında savcılığa suç şikâyetinde bulunmuşlardır. Başvurucuların da katıldıkları hazırlık soruşturmasından sonra, 12 Haziran 1991'de doktor E.C. aleyhine taksirle bebeğin ölümüne sebebiyet verme nedeniyle dava açılmıştır. Cosenza Ceza Mahkemesi, doktor E.C.'yi 17 Aralık 1993 tarihinde yokluğunda taksirle öldürmekten suçlu bulmuş ve gerekçeli karar 19 Şubat 1994'te çıkmıştır. Ceza Mahkemesi, sanık doktor E.C.'nin, annenin A düzeyde bir diabet hastası olduğu için yüksek risk taşıdığını ve daha önceki doğumlarının ceninlerin büyüklüğü nedeniyle güç olduğunu bildiğini, bu koşullarda doğumda riskin öngörülebilir olduğunu, başvurucunun hamilelik sırasında danıştığı doktor E.C.'nin doğal doğuma elverişlilik konusunda muayene yapmak gibi gerekli tedbirleri almadığını, bütün bunların dışında, doktor E.C.'nin doğum sırasında bulunmadığını, doğum sırasında komplikasyon meydana gelince, o arada klinikte başka bir hastayla meşgul olan E.C.'nin çağrılmasının altı veya yedi dakika sürdüğünü, E.C.'nin gelip ceninin çıkarılması için gerekli çevirme işlemini yapmak suretiyle müdahalede bulunmasındaki gecikmenin yeni doğan bebeğin yaşama şansını önemli ölçüde azalttığını belirtmiştir. Ceza Mahkemesi, doktora bir yıl hapis cezası vermiş ve cezayı ertelemiştir.

Doktor E.C.'nin Üst Mahkeme'ye yaptığı başvuru, 17 Ağustos 1994'te kabuledilemez bulunmuştur. Temyiz Mahkemesi, 22 Aralık 1994'te Üst Mahkeme'nin kararını usulden bozmuş ve yeniden yargılama için dosyayı Üst Mahkeme'ye göndermiştir. Üst Mahkeme, 3 Temmuz 1995'te verdiği kararda, bu suçta davanın Temyiz Mahkemesi kararından bile önce, 9 Ağustos 1994'te zamanaşımına uğradığını belirtmiştir. Öte yandan başvurucular, Cosenza Ceza Mahkemesi'nin E.C. hakkında 19 Şubat 1994 tarihli mahkûmiyet kararından sonra hukuk mahkemesine başvurarak E.C.'den tazminat istemişlerdir. Başvurucuların açtıkları tazminat davası 95.000.000 Liret ödenmesi karşılığında sulh ile sonuçlanmış ve ceza davası Temyiz Mahkemesi'nin önündeyken hukuk davası düşmüştür. Başvurucular yaşama hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin şikâyetçi olmuşlardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

[37-40]: Hükümet, başvurucuların doktor E.C.'nin cezalandırılmamış olması nedeniyle şikâyetinde bulduklarını, oysa Sözleşme'nin üçüncü kişiler hakkında ceza davası açılmasını isteme hakkı vermediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesinin tıbbi hata nedeniyle meydana geldiği iddia edilen ölüm nedeniyle ceza davası açma hakkı verip vermediğinin belirlenmesi, Sözleşme'nin 2. maddesinin yorumlanmasını gerektirmekte olup, bu konu davanın esasıyla birlikte ele alınmalıdır.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Mahkeme ilk önce tarafları görüşlerini özetlemiştir.

B. Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilirliği

“48. Mahkeme, Sözleşme'nin temel hükümlerinden biri olan ve Avrupa Konseyi'ni oluşturan toplumların temel değerlerinden birini içeren 2. maddenin (*McCann ve Diğerleri*, §147), devlete sadece ‘kasten’ öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, fakat aynı zamanda kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler alma yükümlülüğünü de yüklediğini hatırlatır (*L.C.B. – Birleşik Krallık*, §36).

49. Bu ilkeler kamu sağlığı alanında da uygulanır. Dolayısıyla yukarıda belirtilen pozitif yükümlülükler, devletlerin, ister özel ister veya kamuya ait olsun bütün hastaneleri,

hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını gerektirir. Bu yükümlülük ayrıca, devletlerin, ölüm sebebinin belirlenmesi ve kusurlu olanların sorumlu tutulabilmeleri için etkili bir bağımsız yargısal sistem kurmalarını gerektirir (*Erikson [k.k.]*, no. 37900/97; *Powell [k.k.]*, no. 45305/99; ve *Işiltan [k.k.]*, no. 20948/92, DR 81, s. 35).

50. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilir olduğu kanaatinde-dir. Şimdi, olayın şartları içinde nasıl bir yargısal yanıt verilmesi gerektiği belirlenme-lidir.”

C. Sözleşme'nin 2. maddesine uygunluk

“**51.** Sözleşme'nin 2. maddesi, üçüncü kişiler aleyhine ceza davası açılmasını isteme hak-kını güvence altına almamakla birlikte, 2. maddenin gerektirdiği etkili bir yargısal sistem, bazı hallerde ceza hukukuna başvurmayı içerebilir (*Kılıç, §62; Mahmut Kaya, §85*). Buna göre, başvuruçuların bu bağlamda mağdurluk statüleri bulunmadığına dair Hükümetin ilk itirazı reddedilmelidir. Ancak, yaşama hakkının veya kişi bütünlüğünün ihlaline kasıt-sız olarak sebebiyet verildiğinde, devletin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü, her olayda mutlaka cezai hükümlerin getirilmiş olmasını gerektirmez. Tıbbi hata gibi özel bir alanda, örneğin bir hukuk sisteminin mağdurlara, hekimlerin sorumluluklarını kanıtlayan ve uygun bir hukuki giderim sağlayan sadece hukuk mahkemelerine veya ceza mahkeme-leri ile birlikte hukuk mahkemelerine başvurma imkânı vermesi halinde, bu yükümlülük yerine getirilmiş olur. Disiplin tedbirleri de konabilir.

52. Mevcut olayda hastaların yaşamlarını koruma için var olan kanuni hükümlerin cezai tedbirler de içerdiği tartışmasızdır. Başvuruçular, esas itibarıyla çocuklarının ölümünden sorumlu görülen hekimin zamanaşımı nedeniyle ceza almamış olmasından şikâyetçi ol-muşlardır. Başvuruçular çocuklarının kasten öldürüldüğünü de söylememişlerdir.

53. Mahkeme, tıbbi hata yoluyla ölüm olaylarında İtalyan hukuk sisteminin hem kamusal ceza davası açılmasını gerektirdiği ve hem de zarar gören tarafa hukuk davası açma hakkı tanıdığını kaydeder. Hekim hukuk davasında sorumlu görülmesi halinde, hekime karşı disiplin soruşturması açılabileceğini Hükümet teyit etmiş, başvuruçular da bunu inkâr etmemişlerdir. Sonuç olarak İtalyan sistemi taraflara teorik olarak Sözleşme'nin 2. mad-desinin gereklerini karşılayan hukuk yolları sağlamaktadır. Ancak iç hukukun sağladığı korumanın sadece teorik olarak mevcudiyeti, bu maddenin gereğini yerine getirmez. Her şeyden önce bu sistem, pratikte mahkemelerin her bir olayın esasını inceleyebilecekleri şekilde, belirli bir zaman aralığında işlemelidir.

54. Mahkeme, mevcut olayda ceza davasının, özellikle polis ve adli soruşturmalar sıra-sında meydana gelen usule ilişkin gecikmeler nedeniyle zamanaşımına uğradığını kayde-der. Ancak başvuruçular hukuk davası açma hakkına sahip olup, böyle bir dava açmışlar-dır. Hukuk mahkemesi tarafından doktorun sorumluluğunun tespit edilmediği doğrudur. Ne var ki dosya, Cosenza İlk Derece Mahkemesindeki hukuk davasının, başvuruçuların doktorun ve kliniğin sigortacılarıyla anlaşmaya varmış olduklarını ve kendi iradeleri ile davadan feragat ettiklerini göstermektedir. Oysa bu dava, doktorun zararları ödemesi şek-linde bir karara yol açabilirdi ve muhtemelen karar basında yayımlanabilirdi. Hükümetin de işaret ettiği gibi, hukuk mahkemesi tarafından verilecek böyle bir karar, doktora karşı bir disiplin işlemine yol açabilirdi.

55. Mahkeme'ye göre başvuruçular böylece, olayın şartları içinde, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğünü karşılayacak olan davadan vazgeç-mek suretiyle, çocuklarının ölümüne ilişkin doktorun sorumluluğunun boyutlarının orta-ya konmasının en iyi aracından da kendilerini mahrum bırakmışlardır. Bu bağlamda Mahkeme, ‘ölen bir kimsenin yakınının tıbbi hataya dayanan bir hukuk davasında sulh

amacıyla tazminatı kabul etmesi halinde, artık mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini (*Powell kararı*) hatırlatır.

56. Varılan bu sonuç zamanaşımının doktorun bu suçtan kovuşturulmasını engellemesinin, olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağdaşıp bağdaşmadığının Mahkeme tarafından incelemesini gereksiz kılar.

57. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğinin kanıtlanamadığı sonucuna varmaktadır.”

III. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Mahkeme ilk önce tarafları görüşlerini özetlemiştir.

B. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği

“62. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının olayda uygulanmayacağına dair Hükümetin ilk itirazını incelenmeyi esas ile birleştirmiştir. Mahkeme, başvurucuların davaya katılan olduklarını ve ceza mahkemeleri önündeki dava sadece doktor aleyhindeki suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili olmasına rağmen katılan olarak başvurucuların talepleri üzerinde etkili olabileceğini kaydeder. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının başvurucuların davaya katılmalarından davanın nihai bir kararla suçun zamanaşımına uğradığı sonucuna varılmasına kadar uygulanabilir olduğu kanaatindedir; buradaki belirleyici faktör bu davanın hukuki kısmının cezai kısmı ile yakından bağlantılı olmasıdır. Buna göre başvurucular, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına (*Torri, §23*) göre, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına dayanabilirler. Buradan çıkan sonuca göre Hükümetin ilk itirazı reddedilmelidir.”

C. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygunluk

[63-67]: Bu dava altı yıl üç aydan fazla sürmüştür. Ancak dava inkâr edilemeyecek kadar karmaşıktır, üzüntü verici gecikmelere rağmen, dört mahkeme önünde süren bu davanın süresi makul görülmelidir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliliğiyle, Hükümetin ilk itirazının esasla birleştirilmesine;
2. Üçe karşı on dört oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilir olduğuna ama ihlal edilmediğine;
3. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğuna ama ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

DEVLETİN GÜÇ KULLANMASI SONUCU ÖLÜM

27.09.1995 18984/91 McCANN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *devletin güç kullanması sonucu ölüm - terör operasyonunda ölüm - meşru savunma* (üç IRA üyesinin Cebelitarık'ta terör faaliyetinde bulunacakları ihbarı üzerine yakalama için hazırlan operasyonun planlama ve kontrolündeki kusurlar nedeniyle üçünün de öldürülmesi), *öldürülme riskine karşı korumama* (iç hukukta yaşama hakkını düzenleyen anayasa maddesinin hukuka uygun görülebilecek ölümle sonuçlanan güç kullanma fiilleri için mutlaka gereklilik öngörmemesi), *ölüm soruşturması* (öldürme olayına katılan güvenlik güçlerinin kapalı ancak çekimeli olarak yargılanıp bütün deliller ortaya koyulduktan sonra beraat etmeleri) ■ *yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü*

DAVANIN EASASI

Birleşik Krallık, İspanya ve Cebelitarık yetkilileri, 1988 yılının başlarında IRA'nın Cebelitarık'ta bir terör eyleminde bulunacağı haberini almışlardır. Anlaşıldığına göre, eylemin hedefi, İngiliz Kraliyet Muhafız Alayı'nın her Salı günü saat 11:00'de nöbet değişimi için toplandığı alandır. Cebelitarık Emniyet Müdürüne tavsiyede bulunmak ve kendisine yardım etmek için bir grup görevli Cebelitarık'a gönderilmiştir. Bu grupta, İngiliz Özel Hava Kuvvetleri'nden (SAS) askerler, İngiliz İstihbarat Servisi'nden görevliler ve bomba uzmanları vardır. Bu grubun görevi, IRA'nın eylem birimi ('ASU') üyelerini yakalamak için Cebelitarık polisine yardım etmektir.

4 Mart 1988'de ASU üyeleri, İspanya'nın Malaga kentinde görülmüş ve izlenmeleri yoğunlaştırılmıştır. 5 Mart 1988'de verilen operasyon brifinginde, Cebelitarık'ta bir terör saldırısı planlandığından, hedefin çok yüksek bir ihtimalle 8 Mart 1988'de saat 11:00'de nöbet değişim töreni sırasında İngiliz Kraliyet Muhafız Alayı bandocuları ve nöbetçileri olduğundan kuşkulandığı ifade edilmiştir. Eylemde bulunacaklar, daha önce patlayıcı bulundurmaktan mahkûm olan Bay McCann, daha önce bombalama eyleminden mahkûm olan Bayan Farrell ve bomba yapım uzmanı Bay Savage'dir. Muhtemelen bir araca yerleştirilmiş bombayı uzaktan kumanda ile patlatma şeklinde eylem yapılacağına dair belirtiler bulunduğu ifade edilmiştir. Patlatma cihazı telsiz kontrollü ise, güvenlik güçlerinin zanlılarla karşılaşmaları halinde cihazı patlatmak istemelerinin mümkün olduğu düşünülmüştür. Bu kişilerin çok tehlikeli oldukları, hemen hemen kesin olarak silah taşıdıkları ve güvenlik güçleriyle karşılaştıklarında silahlarını kullanmaktan çekinmeyecekleri belirtilmiştir. Anti-terör operasyonun amacı a) yaşamı korumak, b) teşebbüsü engellemek, c) suçluları yakalamak, d) yakalananları güvenli bir biçimde gözaltında tutmaktır.

6 Mart sabahı Cebelitarık emniyetinden bir polis, zanlıları teşhis edebilmesi için sınırdaki göçmen bürosuna gönderilmiştir. Zanlıların isimleri ve fotoğrafları kendisinde mevcuttur. Aynı gün öğlen 12:45 sularında beyaz bir Renault marka otomobil toplanma alanına park etmiş, içinden çıkan genç bir süre dolaştıktan sonra alana dönmüştür. Saat 14:00'te bu kişinin Savage olduğu teyit edilmiştir. Bundan yarım saat sonra McCann ve Farrell'in yürüyerek sınırdan geçtikleri görülmüştür. Saat 15:00 sularında üç zanlı toplanma alanında buluşmuşlar ve park edilen arabaya bakmışlardır. Zanlıların burada gözaltına alınmaları düşünülmüş, ancak Emniyet Müdürünün kişilerin kimliklerinin bir kez daha teyit edilmesini istemesi üzerine vazgeçilmiştir. Zanlılar arabadan uzaklaştıktan sonra bomba uzmanı arabayı iki dakika süreyle incelemiş, araç eski olmadığı halde paslı antenin yerinden çıkık olduğunu görmüş ve bunun bomba taşıdığına inanmak için yeterli sebep bulunan 'şüpheli bir araç' olduğunu Emniyet Müdürüne iletmıştır.

Emniyet Müdürü, saat 15:40'ta, askerlerden zanlıları durdurmalarını ve yakalamalarını isteyen bir form imzalamış ve kontrol askerlere geçmiştir. Üç zanlı bir kavşakta ayrılmışlar, McCann ve Farrell birlikte, Savage ise tek başına caddelerde yürümeye başlamışlardır. Kendilerini sivil giysili ve ceketli, silahlı ikişer asker 10 metre kadar mesafeden izlemiştir. O sırada geçen bir polis aracının siren sesini duyan McCann, sinirli bir şekilde geriye doğru dönmüş, kendisini izlemekte olan askerlerden biri, McCann'ın üzerindeki uzaktan kumanda düğmesine basacağını düşünerek McCann'e ateş etmiş, aynı anda Farrell'in elini çantasına doğru attığını görünce, bu kez Farrell'in aynı şeyi yapabileceğini düşünerek ona da ateş etmiştir. Diğer askerle birlikte 12 kez ateş etmişlerdir. Silah seslerini duyan Savage de arkasına dönmüş, iki veya üç metreden izlemekte olan askerlerden biri 'dur' diye bağırmış, ancak elini arkaya doğru götürdüğünü görünce ateş etmiştir. Her iki asker Savage'e toplam 15 kez ateş etmiştir. Üç zanlı da ölmüştür.

Zanlıların üzerinde silah veya uzaktan kumanda düğmesi bulunamamıştır. Alandaki

Renault marka araçta da bomba yoktur. Ancak Farrell'in çantasından çıkan bir anah-tarın, İspanya'nın Marbella kentinde kiralanmış bir arabaya ait olduğu belirlenmiş, bu otomobilin bagajında yedek lastik bölümüne gizlenmiş bir patlama cihazı bulunmuştur. Bu cihazda 4 patlatıcıya bağlı ve çevresinde 200 defa dolanılarak paketlenmiş beş paket (toplam 64 kilo) Semtex patlayıcı vardır. Ayrıca 10:45 ve 11:15'e ayarlı iki zaman ayarı bulunmaktadır. Cihaz kullanıma hazır hale getirilmemiş, yani bağlanmamıştır.

Eylül 1988'de öldürme olayı hakkında yapılan yargılama sırasında duruşmalar 19 gün sürmüş ve operasyona katılan askerler, güvenlik görevlileri ve polisler dâhil, 79 tanık din-lenmiştir. Jüri, ikiye karşı dokuz oyla, olayda öldürmelerin hukuka uygun olduğu sonu-cuna varmıştır. Ölenlerin mirasçıları tarafından Kuzey İrlanda'da Savunma Bakanlığı'na karşı açılan dava reddedilmiştir. Başvurucular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na baş-vurarak, bu kontra-terör operasyonunun planlanması ve icrasının Sözleşme'nin 2. madde-sini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Sözleşme'nin 2. maddesinin yorumu

1. Genel yaklaşım

“146. Sözleşme'nin 2. maddesini yorumlarken Mahkeme'ye rehberlik edecek olan şey, Sözleşme'nin her bir bireyin korunmasını amaçlayan bir belge olması ve hükümlerini bu korumayı pratik ve etkili kılacak bir biçimde yorumlamayı ve uygulamayı gerektirmesi-dir (Soering, §87; ve Loizidou - Türkiye (İlk İtirazlar) kararı, §72).

147. Sözleşme'nin 2. maddesinin, yaşamı güvence altına almakla kalmayıp yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görülebilecek hallerini de düzenlemesinin, yaşama hakkını yine Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince yükümlülük azaltma kapsamına sokmamasının, bu maddeyi barış zamanının gerçekten en temel hükümlerinden biri durumuna getirdiği akılda tutulmalıdır. Sözleşme'nin 2. maddesi, 3. maddeyle birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir (Soering, §88). Bu nedenle, Sözleşme'nin 2. maddesinin hükümleri, tam anlamları verilerek yorumlan-malıdır.

148. Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında istisnaların yer almış olması nedeniyle Mahkeme, bu maddenin münhasıran kasten öldürmeyle sınırlı olmadığını, fakat kasten öldürmeyi de kapsayacak şekilde geniş olduğunu düşünmektedir. Komisyon'un da işaret ettiği gibi, Sözleşme'nin 2. maddesi bir bütün olarak okunduğunda, ikinci fıkranın, esasen bir kim-senin kasten öldürülmesine izin verilen durumları tanımladığı değil, fakat istenmediği halde yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek 'güç kullanma' hallerini belirt-tiği görülür. Yine güç kullanma, ikinci fıkranın (a), (b) ve (c) bendlerinde belirtilen amaç-lardan birini gerçekleştirmek için 'mutlaka gerekli' olandan fazla olmamalıdır (Stewart – Birleşik Krallık [k.k.], no. 10444/82, (DR), c. 39, §169-171).

149. Bu noktada Sözleşme'nin 2(2). fıkrasındaki 'kesinlikle gerekli' terimi, 2. maddenin, devletin bir eyleminin Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. fıkralarına göre 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığı belirlenirken uygulanan gereklilik testinden daha sert ve zorlayıcı bir gereklilik testini ima eder. Özellikle kullanılan güç, Sözleşme'nin 2(2)(a), (b) ve (c) bendlerindeki amaçları gerçekleştirmek için kesinlikle orantılı bir güç olmalıdır.

150. Mahkeme, bu hükmü demokratik toplumdaki önemine uygun olarak değerlendi-riken, özellikle açıkça öldürücü bir güç kullanma halinde, sadece fiilen güç kullanmış

devlet görevlilerin eylemlerini değil, fakat ayrıca bu eylemlerin planlanmasının ve denetlenmesinin içinde yer aldığı tüm koşulları dikkate alarak, yaşamdan yoksun bırakma olayını çok yakından ve dikkatli bir incelemeye tabi tutmalıdır.”

2. Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki yaşamı koruma yükümlülüğü

(a) Ulusal hukuk ve uygulamanın 2. madde standartlarına uygunluğu

151. Başvurucular, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının yaşamı 'korumak' için devlete pozitif bir yükümlülük yüklediğini ileri sürmüşlerdir. Ulusal hukuk, özellikle bir devlet görevlisinin kişiyi yaşamından yoksun bırakılabileceği halleri sıkı sıkıya denetim altına almalı ve sınırlandırmalıdır. Devlet ayrıca, öldürmeye yönelik güç kullanılabilecek operasyonlar için, güç kullanılabilecek askerlere ve operasyonların tam denetimini sağlayacak diğer görevlilere gerekli eğitim ve talimatı vermiş ve operasyonla ilgili bilgilendirmeyi yapmış olmalıdır. Başvuruculara göre, buradaki iç hukuk, genel nitelikte ve muğlak olup, Sözleşme'nin 2. maddesindeki mutlaka gereklilik standardını içermemektedir. Bu durum kendiliğinden Sözleşme'nin 2(1). fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır. İç hukukun, devlet görevlilerinin Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının kesin standartlarına göre eğitilmelerini gerektirmemesi, bu hükme bir başka aykırılık oluşturmaktadır.

152. Hükümetin görüşüne katılan Komisyon'a göre, Sözleşme'nin 2. maddesi, madde hükümlerinin iç hukukta tamamen aynı formülasyonu gerektirdiği biçiminde yorumlanamaz. İç hukukun, Sözleşme'deki hakkı özü itibarıyla koruması halinde, bu maddenin şartları yerine getirilmiş olur.

153. Mahkeme, Sözleşme'nin devletleri Sözleşme hükümlerini iç hukuka içselleştirmeye zorlamadığını daha önce söylemiştir (*James ve Diğerleri*, §84; ve *Kutsal Manastırlar*, §90). Ayrıca, ulusal mevzuatın veya anayasa hükümlerinin Sözleşme hükümlerine uygunluğunu soyut bir biçimde denetlemek, Sözleşme organlarının görevi değildir (*Klass ve Diğerleri*, §33).

154. Yukarıdaki hususlar akılda tutularak, Cebelitarık Anayasası'nın 2. maddesinin, Sözleşme'nin 2. maddesiyle hemen hemen aynı olduğu; ancak, yaşamdan yoksun bırakma ile sonuçlanabilecek güç kullanmayı haklı kılmak için Sözleşme'nin 2(2). fıkrasındaki 'kesinlikle gerekli' terimine karşılık, Anayasa'nın 2. maddesinde 'makul olarak haklı görülebilecek' teriminin yer aldığı kaydedilmelidir. İlk bakışta Sözleşme'de yer alan standardın iç hukuktaki standarda göre daha kesin görünmesine rağmen, Hükümet, iç hukuktaki standardın ulusal mahkemeler tarafından yorumlanma ve uygulanma tarzına bakıldığında, her iki kavram arasında esas itibarıyla önemli bir fark bulunmadığını ileri sürmüştür.

155. Mahkeme'ye göre, bu savunmanın geçerliliği ne olursa olsun, bu iki standart arasındaki fark, sırf bu nedenle Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna götürecektir kadar büyük değildir.

156. Mahkeme, başvurucuların ileri sürdüğü devlet görevlilerinin eğitim ve öğretimi ile operasyonun denetimi konularının, bu dava bağlamında, gerçekleştirileceği düşünülen terör eylemine devletin gösterdiği karşılığın orantılılığı ile ilgili Sözleşme'nin 2(2). fıkrası bakımından sorunlar doğurduğunu düşünmektedir. Bu noktada, askerlere ve polislere verilen Görev Talimatının, güç kullanımını düzenleyen ulusal standartlarla birlikte Sözleşme'nin esasını da özenle yansıtan bir dizi kurala yer verdiğini kaydetmek yeterlidir.

(b) Soruşturma mekanizması olarak şüpheli ölüm soruşturmasının (inquest) yeterliliği

157. Başvurucular ayrıca, 'BM Zor ve Ateşli Silahlar Kullanma İlkeleri'nde yer alan

ilgili standartlara dayanarak, kamu görevlilerinin gerçekleştirdiği öldürme olaylarını aydınlatmak için, devletin, ölenin yakınlarının da tam olarak katılacakları bağımsız bir yargısal süreç vasıtasıyla etkili bir araştırma usulü sağlamış olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, mahkeme arkadaşları (amici curiae) olan Uluslararası Af Örgütü ile Britanyalı-İrlandalı ve Diğerlerinin Haklarını İzleme Örgütü (British-Irish Rights Watch and Others) ile birlikte, yukarıdaki usul şartının, şüpheli ölümleri soruşturma usulündeki kusurlar nedeniyle yerine getirilmediğini ileri sürmüşlerdir. Özellikle, kişilerin vurulmalarıyla sonuçlanan operasyonun herhangi bir yönü hakkında bağımsız bir polis soruşturması yapılmadığını; her zamanki suçun işlendiği olay yeri araştırmasının yapılmadığını; bütün görgü tanıklarının polis tarafından izlenip ifadelerinin alınmadığını; bir ‘garnizon’ kentinden askeriye ile yakın ilişkiler içinde bulunanlar arasından seçilen kişilerin, jüri üyesi olarak soruşturmacının yanında yer aldığını; Kraliyet adamlarının görüntülenmesini önlemek için, soruşturmacının jüri üyelerinin görüntülenmesine de izin vermediğini; kamu yararı gerekçesiyle Hükümet yetkilileri tarafından yapılan yayınların, operasyonun her yönüyle etkili bir biçimde incelenmesini engellediğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, soruşturma sürecinde Kraliyet ile aynı oranda temsil edilme olanağı bulamadıklarını ve bu nedenle gerçeğin tespit edilmesi için gösterdikleri çabaların büyük bir engelle karşılaştığını, çünkü adli yardım alamadıklarını ve sadece iki hukukçu ile temsil edildiklerini; balistik ve patolojik raporları dışındaki tanık ifadelerinin, önceden Kraliyete ve polis ve askerleri temsil eden hukukçulara verilmiş olmasına rağmen kendilerini temsil eden hukukçulara verilmediğini; günlük işlemlerin tutanaklarının 500-700 pound arasında bir miktara varan fotokopi ücretlerini ödemek için yeterli mali kaynağa sahip olmadıklarını belirtmişlerdir.

158. Hükümet ise, soruşturmanın, Sözleşme’nin 2(1). fıkrasında görülebilecek herhangi bir usul şartından daha fazlasını sağlayan etkili, bağımsız ve açık bir denetim mekanizması olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, Mahkeme’nin ölüm olaylarındaki bütün soruşturmaların değerlendirilebileceği tek bir standartlar dizgesini tespit etmeye girişmesinin uygun olmayacağını belirtmiştir. Dahası, şüpheli ölüm soruşturması ile yaşama hakkını ihlal iddiasıyla açılan hukuk davasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Son olarak Hükümet, davaya katılan Britanyalı-İrlandalı ve Diğerlerinin Haklarını İzleme Örgütü’nün, BM Hukukdışı İnfazlar hakkında Prensipler ile bir öldürmenin soruşturulması arasında ciddi bir fark tespit edilmesi halinde, Sözleşme’nin 2(1). fıkrasının ihlal edileceğine ilişkin iddiasının, Mahkeme tarafından reddedilmesini talep etmiştir.

159. Komisyon’a göre, devletin faaliyetleri geniş, bağımsız ve oldukça açık bir denetime tabi tutulmuş ve bu suretle Sözleşme’nin 2. maddesi bakımından yeterli usul güvenceleri sağlanmıştır.

160. Mahkeme, mevcut olayda başvurucular hukuk davası açmak için mahkemeye başvurma haklarını ileri sürmedikleri için, Sözleşme’nin 6. ve 13. maddelerine göre incelenmesi daha uygun olan bu hakkın, yaşamdan yoksun bırakma ile bağlantılı olarak 2(1). fıkrasından çıkarsanıp çıkarsanamayacağı sorunu hakkında karar vermenin gereksiz olduğunu kabul etmektedir.

161. Komisyon gibi Mahkeme de, devlet görevlilerinin öldürmeye yönelik güç kullanmalarının hukuka uygunluğunu denetlemek için hiçbir usul bulunmaması halinde, keyfi öldürmelerin hukuken genel olarak yasaklanmasının etkisiz kalacağını kaydetmekle yetinmektedir. Sözleşme’nin 2. maddesindeki yaşamı koruma yükümlülüğü, Sözleşme’nin 1. maddesindeki ‘Sözleşme(de) tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma’ yükümlülüğü ile bağlantılı olarak okunduğunda, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu öldürülmesi halinde, şu veya bu biçimde etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirir.

162. Bununla beraber, başvuruçuların hukuken temsil edildikleri ve yetmiş dokuz tanığın dinlendiği duruşmalara katıldıkları açık bir soruşturma muhakemesi yapıldığından, Mahkeme'nin bu olayda bir soruşturmanın hangi şartlarda yapılması gerektiği konusunda bir karar vermesi gerekli değildir. Ayrıca soruşturma on dokuz gün sürmüş olup, soruşturmanın öldürmeleri çevreleyen olaylar hakkında ayrıntılı bir incelemeyi kapsadığı ciltler dolusu soruşturma tutanağından bellidir. Dahası, soruşturmacının jüriye verdiği özet dâhil olmak üzere tutanaklardan, başvuruçuların namına hareket eden avukatların, anti-terör operasyonun planlama ve yürütümüne katılan asker ve polisler gibi önemli tanıkları çapraz olarak sorgulayabildikleri ve muhakeme sırasında diledikleri sunumları yapabildikleri anlaşılmaktadır.

163. Yukarıdaki saptamaların ışığında Mahkeme, hem başvuruçular ve hem de davaya katılanlar tarafından soruşturma muhakemesinde var olduğu iddia edilen çeşitli kusurların esas itibariyle, öldürmeleri çevreleyen koşullar hakkında tarafsız, dikkatli ve tam bir inceleme yapılmasını engellemediğini kabul etmektedir.

164. Buna göre, buradan, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasına aykırılık bulunmadığı sonucu çıkmaktadır.”

B. Sözleşme'nin 2. maddesinin davadaki olaylara uygulanması

1. Delillerin değerlendirilmesine ilişkin genel yaklaşım

“**165.** Hükümet, Sözleşme organlarının jürinin kararlarıyla herhangi bir biçimde bağlı olmadığını kabul etmekle birlikte, jürinin verdiği hükümlerin ölenlerin öldürülme biçimlerinin daha sonra incelenmesinde merkezi bir öneme sahip olduğunu belirtmiştir. Buna göre, jürinin verdiği hükümlerin usule aykırı olduğuna ilişkin bir belirtinin bulunmaması veya bu hükümlerin bir dava mahkemesinin ulaşamayacağı türden hükümler olmaması halinde, Mahkeme'nin bu hükümlere esaslı bir ağırlık tanınması gerekir. Bu bağlamda jüri, vurmaları çevreleyen koşulları değerlendirmesi için en uygun biçimde atanmıştır. Jüri üyeleri, çapraz sorgular dâhil, yetmiş dokuz tanığı uzun uzadıya ifade verirlerken görmüş ve dinlemişlerdir. Jüri üyeleri, bunun sağladığı avantaja, tanıkların verdikleri ifadelerin güvenilirliğini ve gerçeğe uygunluklarını değerlendirebilmişlerdir. Hükümet, jürinin ayrıca ölenleri temsil eden hukukçularınkiler dâhil olmak üzere tarafların sunuşlarını da dinlediğini belirtmiştir.

166. Başvuruçular ise, soruşturmanın, bu olayda olduğu gibi, tartışmalı öldürmelerin tam ve ayrıntılı bir şekilde araştırılması sayılamayacak kadar eksik olduğunu ileri sürmüşlerdir. Dahası, öldürme olayları, soruşturma sırasında ‘orantılılık’ ve ‘mutlaka gereklilik’ kavramları açısından incelenmemiş, fakat daha düşük ölçüler olan ‘makul güç’ ve ‘makul gereklilik’ ölçüleri açısından incelenmiştir. Ayrıca jüri, iddia edildiği üzere operasyonun planlanmasında ihmal ve dikkatsizlik gibi konular üzerinde değil, askerlerin sanki cezai sorumluluklarını ele alıyormuş gibi, onların ateş açtıkları sırada yaptıkları eylemler üzerinde yoğunlaşmıştır.

167. Komisyon ise, olayı tarafların fikirlerine ve yaptıkları sunuşlara, özellikle de soruşturma tutanaklarına dayanarak incelemiştir. Komisyon, jürinin vardığı sonuçlarla kendini bağlı saymamıştır.

168. Mahkeme, Sözleşme düzeni içinde olayların saptanmasının ve doğrulanmasının öncelikle Komisyon'un görevi olduğunu bilmektedir (Sözleşme md. 28 ve 31). Buna göre Mahkeme, bu alandaki yetkisini, sadece istisnai durumlarda kullanır. Mahkeme yine de, Komisyon'un olaylara ilişkin tespitleriyle bağlı olmayıp, önündeki materyallerin ışığında kendi değerlendirmesini yapmakta serbesttir (*Cruz Varas ve Diğerleri*, §74; *Klaas*, §29).

169. Bu davanın Mahkeme önünde görüldüğü sırada Hükümet veya başvuruçular, olayla-

rın Komisyon tarafından yapılan tespitlerine itiraz etmemişler, ancak bu tespitlerden esas itibariyle Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından farklı sonuçlar çıkarmışlardır. Mahkeme, kendi önünde yapılan sunuşlara ve soruşturma muhakemesine bakarak, yukarıda 13. paragrafta 132. paragrafta kadar özetlenen Komisyon'un olaylara ilişkin yaptığı tespitlerin, bu davanın temelini oluşturan olayların gerçek ve güvenilir bir öyküsü olduğunu kabul etmektedir.

170. Mahkeme, bu olayların Sözleşme'nin 2. maddesine göre değerlendirilmesi konusunda, jürinin tanıkları ilk elden dinleme, davranışlarını gözlemlene ve onların tanıklıklarının gerçeklik değerlerini takdir etme üstünlüğüne sahip olduğunu kabul etmektedir. Bununla beraber, jürinin vardığı sonucun hukuka uygun öldürme kararı ile sınırlı olduğu ve jürinin vardığı sonuç için her zaman olduğu gibi burada da gerekçe göstermediği akıldadır tutulmalıdır. Ayrıca, soruşturma muhakemesinin ilgi odağı ve jürinin uyguladığı standart, askerlerin öldürmelerinin yukarıda belirtildiği anlamda Sözleşme'nin 2(2). fıkrasına göre 'mutlaka gerekli' olup olmadığı değil, fakat öldürmelerin makul olarak haklı kılınması kılınamayacağıdır.

171. Bu araldan karşısında Mahkeme, Komisyon tarafından tespit edilen olayların, Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal edip etmediği konusunda kendi değerlendirmesini yapmalıdır.

172. Başvurucular ayrıca, devletin bilerek öldürücü güç kullanmasının yazılı olarak tasarlandığı bir olayda, devletin eylemleri incelenirken, operasyonun planlanma ve yürütümünün makul bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde Sözleşme'nin 2. maddesine uygun olduğunu kanıtlama külfetinin Hükümete yüklenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna ek olarak Mahkeme, devlet görevlilerinin sanki cezai sorumlulukları söz konusuymuş gibi kendilerine şüpheden yararlanma imkânı tanınamalıdır.

173. Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme'nin 2. maddenin ihlal edilip edilmediğini tespit ederken, doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi bulunan kişilerin cezai sorumluluklarını değerlendirmemektedir. Bu nedenle her zamanki uygulamasına göre Mahkeme, gerek başvuru ve gerekse Hükümet tarafından önüne getirilen ve gerekiyorsa kendisinin sağladığı bütün materyallerin ışığında sorunları değerlendirecektir (*İrlanda - Birleşik Krallık, §160; ve Cruz Varas ve Diğerleri, §75*)."

2. Başvurucuların olaydaki öldürmelerin kasten olduğu iddiaları

174. Başvurucular, söz konusu kişileri öldürmek için tasarlanmış bir plan bulunduğunu iddia etmişlerdir. Başvurucular, Savunma Bakanlığı'nın üst düzey yetkililerinin doğrudan emir verdiğine ilişkin bir delil bulunmadığını kabul etmekle birlikte, kendi iddialarını destekleyen güçlü belirtilerin de bulunduğunu söylemişlerdir. Başvuruculara göre, öldürme planı, öldürmek için ateş edip hedefi etkisizleştirmek üzere eğitilmiş olduklarını soruşturma sırasında söyleyen SAS komandoları gibi askeri birimlerin bu iş için seçilmiş olmaları yanında, ima ve dolaylı anlatım yöntemleriyle de yapılmış olabilir. Bu olayda olduğu gibi askerlere yanlış bilgi verilmesi, öldürücü atışı muhtemel kılacaktır. Bu olayda SAS askerlerinin kullanılması, öldürme eyleminin tasarlandığının bizzat kanıtıdır.

175. Başvurucular ayrıca, Cebelitarık polislerinin hukuka aykırı böyle bir girişimin farkında olmasının istenmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, SAS görevlisi E'nin kendi adamlarına Cebelitarık polislerinin bulunmadığı gizli bir brifing verdiğini söylemişlerdir. Dahası, askerler vurmalardan sonra polis karakoluna geldikleri zaman, askerlerin orada sadece silahları teslim etmek için bulduklarını söyleyen ordunun bir avukatı kendilerine refakat etmiştir. Buna ek olarak, askerler polis tarafından ifadeleri alınmadan hemen Cebelitarık'tan çıkarılmışlardır.

176. Başvurucular, iddialarını desteklemek için, başka bazı noktalarla birlikte şunları ileri sürmüşlerdir: - Bombanın patlamasını önlemenin ve zanlıları ele geçirmenin en iyi ve güvenli yolu, onları durdurmak ve bombanın ve onların Cebelitarık'a girişini engellemek olurdu. Yetkililer, onların fotoğraflarına sahiptiler; onların gerçek adlarını ve kod adlarını, taşıdıkları pasaporttaki adlarını da biliyorlardı; - Gazeteci Debelius'un iddia ettiği gibi zanlılar İspanyol yetkililerinin yakın takibi altında idiyse, beyaz Renault marka aracın kiralandığını görmüş ve bomba taşımadığını biliyor olmalıydılar; - Yetkililerin olaydan önce bombayı etkisiz hale getirmemiş ve halkı korumak için çevreyi güvenlik altına almamış olmaları, yukarıdaki iddiayı desteklemektedir. Cebelitarık'ta bombanın bulunduğu alanı süratle güvenlik altına alabilecek çok sayıda deneyimli asker bulunmaktaydı. Bu güvenlik ihmalinin tek açıklaması olabilir: o da güvenlik güçlerinin araçta bomba bulunmadığını bilmeleridir. - Aracı incelemeye gönderilen ve araçta bomba olduğundan kuşkulandığını söyleyen Asker G, soruşturmada telsiz sinyal iletiminde uzman olmadığını kabul etmiştir. Bu önemlidir, çünkü bu değerlendirmenin tek dayanağı antenin araçtan daha eski görünmesidir. Dr. Scott'un dediği gibi, gerçek bir uzman, patlayıcıyı tahrip etmeden telsiz ateşleyicisini iptal etmek için anteni çıkarmayı düşünürdü. Asker G'nin ayrıca, eğer zanlılar telsiz sinyalleri ile bombayı patlatmak isteseydiler, bunu sinyal alışı gücünü düşürecek olan paslı bir antenle değil, ama temiz bir anten ile gerçekleştirmek isteyeceklerini bilmesi gerekirdi. Patlayıcılar konusunda uzman olmadığı yine kendi ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu nedenle Asker G'nin gerçek rolü, Cebelitarık polisini, SAS komandolarının öldürücü güç kullanabilmeleri için gerekli olan yetki belgesini imzalamaya ikna etmek üzere araçta bomba bulunduğundan kuşkulandığını haber vermektir.

177. Hükümetin savunmasına göre, jürinin öldürmeleri hukuka uygun bulan hükmü, üç teröristi öldürme planı bulunmadığını ve Cebelitarık'taki operasyonun bu amaçla yapıldığının düşünülemeyeceğini zımnen içermektedir. Operasyonun amacı, üç teröristi hukuka uygun olarak gözaltına almaktır; işte bu amaçla askeriyeden yardım istenmiş ve yardım sağlanmıştı. Bundan başka jüri, askerler A, B, C ve D'nin, teröristleri açık bir emir veya aldıkları 'baş ve göz işareti' üzerine kasten öldürdüklerine dair başvurucuların iddiasını da reddetmiş olmaktadır.

178. Komisyon, başvurucuların zanlıları öldürmek için tasarlanmış bir plan olduğuna dair iddialarını destekleyecek bir delilin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

179. Mahkeme'nin başvurucuların belirttiği şekilde tasarlanmış bir planın bulunduğu sonucuna varması için ikna edici delillere ihtiyacı vardır.

180. Mahkeme, önündeki materyalleri inceledikten sonra, Hükümet veya Savunma Bakanlığı'nın üst düzey komuta kademesinde bir infaz planı bulunduğu veya operasyondan önce askerler A, B, C ve D'ye briefing veren üst düzey görevlilerin öldürmeyi teşvik ettikleri veya talimat verdikleri ve hatta askerlerin öldürücü güç kullanmalarının haklı bir nedeni olduğuna bakmadan ve gözaltına almaları için verilen talimata uymadan, kendi başlarına zanlıları öldürmeye karar verdikleri kanıtlanamadığına kanaat etmiştir. Yetkililerin, askerlere üç zanlıyı öldürmeleri için ima veya işaretle bulduklarına dair zımnî bir teşvik veya delil de yoktur.

181. Başvurucuların dayandıkları noktalar, kendilerini yetkililerin araçta bomba olduğunu bilmeleri gerektiğine dair bir varsayıma götürmektedir. Ancak yetkililerin aldıkları istihbarat, patlayıcılar ile ilgili geçmişe sahip üç teröristin bilinen kısa biyografileri, Savage'in aracı terk etmeden önce 'oyalanmış' olması göz önünde tutulduğunda, araçta bomba bulunduğuna dair bir fikir, inanılmaz veya bütünüyle temelsiz değildir.

182. Zanlıları Cebelitarık'ta karşılama kararı, her ne kadar tehlikeler içermesi nedeniyle eleştiriye açıksa da, her üç zanlının Cebelitarık'a varmalarından ve mahkûmiyetlerini

sağlamak üzere bombalama eylemiyle ilgili yeterli delil elde etmeden onları yakalamak için hiçbir girişimde bulunulmaması gerektiği konusunda Danışma Grubu'nun formüle ettiği gözaltına alma planına da uygundur.

183. Mahkeme, başvuruçuların SAS komandolarının kullanılmasının zanlıların öldürülme istenmesinin delili olduğuna dair iddiasını da kabul edemez. Bu konuda Mahkeme, SAS'ın terörle mücadele için uzmanlık eğitimi almış özel bir birim olduğunu kaydetmektedir. Bu nedenle, gerçekleştirilmesi yakın bir terör eylemi hakkında duyum alan yetkililerin, tehlikeyi en güvenli ve en fazla eğitilmiş kişiler aracılığıyla önlemek için SAS'ın beceri ve deneyimine başvurmaları doğaldır.

184. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuların üç zanlının öldürülmelerinin tasarlanmış olduğuna veya operasyona katılanlar arasında zımnı bir anlaşmanın sonucu olduğuna dair iddialarını temelsiz bularak reddetmektedir.”

3. Operasyonun planlanması ve icrası

(a) Tarafların iddia ve savunmaları

“**185.** Komisyon gibi başvuruçular da, Mahkeme'nin ele aldığı sorunu, zanlıları öldüren askerlerin eylemlerinin haklılığı sorunuyla sınırlandırmasının yanlış olacağını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Hükümet'in sorumluluğunu operasyonun bütün yönleri bakımından incelemelidir. Gerçekten de askerler, kendilerine verilen asılsız ve yanlış bilgiye samimiyetle inandıklarını göstermeleri halinde ceza davasından beraat edebileceklerdir.

186. Harekat komutanı görevli E, askerlere üç zanlının Cebelitarık'a bombalı bir araç soktuklarını söylemiş; bomba tertip uzmanı Asker G, bunun sadece kuşkuyla bir bomba olduğunu, bu bombanın uzaktan kumandalı olduğunu, her üç zanlının sadece bir düğmeye dokunmakla Cebelitarık'ın herhangi bir yerinden bombayı patlatabileceklerini ve sıkıştıkları anda bunu yapmakta tereddüt etmeyeceklerini söylemiştir. Gerçekte ise bu 'kesinlikler' ve 'olaylar', şüpheden ve müphem değerlendirmelerden başka bir şey değildir. Ancak bütün bunlar, sadece çok küçük bir tehlike halinde bile vurmak için değil, soruşturma sırasında verilen ifadelerde ortaya çıktığı gibi, hedeflerine öldürünceye kadar ateşe devam etme eğitimi alan askerlerin önüne birer gerçekmiş gibi konmuştur. Başvuruçularla özetle, bu öldürmelerin, zanlıları gözaltına almak için yapılan anti-terör operasyonunun planlama ve icrasındaki yetersizlik ve ihmal ile birlikte, üç zanlının yaşama hakları ile karşı karşıya bulunulan tehlikeyi giderme gereği arasındaki dengeyi bulmadaki başarısızlık sonucu meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir.

187. Hükümet, askerlerin eylemlerinin, Sözleşme'nin 2(2). fıkrasının (a) bendindeki kişileri hukuka aykırı bir şiddete karşı koruma bakımından kesinlikle gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, her bir asker, saniyenin yarısı kadar bir süre içinde çok sayıda insanın yaşamını etkileyecek bir karar vermek zorundaydı. Zanlılar yollarının kesildiği anda yaptıkları hareketlerle, askerlere bombayı patlatmak üzere oldukları izlenimini vermişlerdir. Bu beyan, söz konusu hareketleri gören diğer tanıklar tarafından da teyit edilmiştir. Askerlerin, ateş açtıkları teröristlerin bir düğmeye basarak bombayı patlamak üzere olduklarına içtenlikle ve makulce inandıkları kabul edilecek olursa, ateş etmekten başka bir alternatifleri olmadıkları görülür.

188. Hükümet, yetkililere ulaşan bilginin çoğunun ve onların vardıkları yargıların gerçek olduğunun ortaya çıktığını da belirtmiştir. Ölen üç kişi, IRA'nın Cebelitarık'ta gerçekleştireceği eylemi planlayan eylem biriminden olup, daha sonra İspanya'da bulunan çok miktarda patlayıcıya sahiptirler; eylemin özelliği bombalı bir araç kullanılmasıdır. Bu nedenle Cebelitarık'ta bulunanların yaşamlarının karşılaştıkları tehlike, gerçek ve çok ciddidir.

189. Hükümet ayrıca, anti-terör operasyonun planlanması incelenirken, gerçek görünümün sadece parçalarının bilenebileceğini, istihbarat değerlendirmelerinin bütünlükten yoksun bilgilere dayandığının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Üstelik geçmiş tecrübeler, IRA'nın fevkalade insafsız olduğunu ve karşı istihbarat tekniklerinde becerikli olduğunu ve planlarını yetkililerden gizlemek için ellerinden geleni yaptıklarını göstermiştir. Buna ek olarak Kuzey İrlanda'daki tecrübeler, IRA'nın sürekli olarak ve hızla yeni teknolojiler geliştirdiğini göstermektedir. Bu nedenle Hükümet'in, IRA'nın daha önce kullandığı bilinen ve kolaylıkla gizlenebilir telsiz kontrollü cihazlardan daha gelişmiş bir cihaza sahip olabileceğini göz önünde tutması gerekirdi. Nihayet eylem birimi tarafından yaratılan tehdidin gerektiği gibi değerlendirmenin sonuçları bir felaket olabilirdi. İspanya'da bulunan bombayı patlatmayı başarabilmiş olsalardı, park yerindeki herkes ölebilir veya çok kötü bir biçimde yaralanabilirdi; aralarında bir okulun ve bir huzurevinin bulunduğu çevredeki binalardaki çok sayıda kişinin yaralanmasına yol açabilirdi.

190. Hükümete göre, operasyon sırasında yetkililere sağlanan tabii ki sınırlı bilginin ve teröristlerin kabiliyet ve kaynaklarını eksik değerlendirmenin muhtemel yıkıcı sonuçlarının ışığında yapılan istihbarat değerlendirmeleri makuldür. Bu konuda Hükümet, aşağıdaki noktaları dile getirmiştir: - Uzaktan kumandalı bir cihazın kullanılacağına inanılıyordu, çünkü bu cihaz teröristlere daha fazla kaçma şansı verecek ve sivil kişilerden çok askerlerin öldürülme oranını en üst düzeye çıkarma imkânı verecekti. Dahası, IRA daha altı hafta önce böyle bir cihazı Brüksel'de kullanmıştı; - Mahkeme'ye gösterilen türden herhangi bir uzaktan kumanda cihazının kişinin üstünde kolaylıkla gizlenebilecek kadar küçük olacağı düşünülmüştü. Askerlerin kendileri de aynı boyutlardaki telsizleri başarılı bir biçimde üzerlerinde gizlemişlerdi; - Yüzbaşı Edwards tarafından soruşturmada ifade edildiği gibi, yapılan deneyler otoparktaki bir bombanın teröristlerin vurdukları noktadan patlatılabileceğini göstermişti; - Geçmiş deneyler, teröristlerin tek bir düğmeye basarak harekete geçirebilecekleri bir patlatma cihazı kullanacaklarını kuvvetle telkin ediyordu; - Tanık O. tarafından soruşturmada açıklandığı gibi, yer tutmak için başka bir aracın kullanılması gereksiz olacaktı; çünkü teröristlerin 8 Mart günü boş yer bulmakta herhangi bir güçlükle karşılaşacakları beklenemezdi. Ayrıca Cebelitarık'a iki kez gelmeyi gerektireceği ve bu da sezilme riskini önemli ölçüde artıracığı için tehlikeli de olacaktı; - Asker G'nin aracın kışkılanan bombalı araç olduğu konusunda yaptığı değerlendirmesinin iyi niyetliliğinden şüphe etmek için bir neden yoktu. Öncelikle kendisi, bombalı araçlar konusunda oldukça deneyimlidir. Dahası araç, bomba yapımcısı olarak bilinen kişi tarafından park edilmiş ve koltukların arasındaki bir şeyle "oyalandığı" ve araç anteninin yerinden çıkık olduğu görülmüştü. Tecrübelerine göre IRA, araç bombaları için özel olarak uyarlanmış antenler kullanırdı ve G de yaptığı dış incelemeden sonra aracın kesinlikle bomba taşımadığını söyleyemezdi. Ayrıca her üç zanlı, Cebelitarık'ı terk edecekmiş gibi görünüyordular. Son olarak, aracın çevresindeki alanı kordon altına alma hareketi, yukarıdaki bomba değerlendirmesi yapıldıktan yirmi dakika sonra başladı; çünkü eldeki insan gücünde yetersizlik vardı ve tahliye planlarının 7 veya 8 Mart tarihine kadar uygulanması düşünülmüyordu; - Eğer yetkililer, teröristlerin sıkıştıkları sırada bombayı patlatmayacaklarını düşünselerdi, bu bir kayıtsızlık olurdu. IRA üyeleri, kendi görüşlerine göre, Birleşik Krallık ile savaş halinde olan ve geçmişte kendi güvenliklerini göz ardı edecek kadar umursamazlık gösteren kendilerini adanmış teröristlerdi. Sivillerin ölümüne neden olacak bir patlatmayı gerçekleştirmek ile gerçekleştirmemek arasında tercih yapma durumunda kalmış olsalardı, teröristlerin birinciyi tercih edeceklerine dair gerçek bir tehlike mevcut idi.

191. Komisyon, askerlerin Cebelitarık'taki insanların yaşamlarının tehlikede olduğu şeklindeki algılayışlarını göz önünde tutarak, üç zanlının vurulmalarının, hukuka aykırı bir şiddete karşı başkalarının yaşamını korumak gibi haklı bir amaç için mutlaka gerekli olarak görülebileceğini kabul etmiştir. Komisyon ayrıca, patlatılmış olsaydı bir çok kişinin

hayatını kaybetmesine neden olacak bir bombayı zanlıların arabanın içinde getirmiş olmaları ve askerlerle karşılaşmış olsalardı bombayı patlatabilecekleri ihtimalini göz önünde tutarak, operasyonun planlanmasında ve icra edilmesinde yaşamı koruma amacıyla orantısız ölçüde öldürücü güç kullanılmasını doğuracak şekilde yetkililerce düşünülmüş bir planın varlığının veya gerekli özen yoksunluğunun ortaya çıkmadığı sonucuna varmıştır.”

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

(1) İlk düşünceler

“192. Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesine göre inceleme yaparken, Birleşik Krallık yetkililerinin Cebelitarık’ta terör eylemi yapılacağına dair aldıkları bilginin kendilerini esaslı bir ikileme içine soktuğunu akılda tutmalıdır. Yetkililerin bir yandan kendi askeri personeli dâhil Cebelitarık’taki insanların yaşamlarını koruma görevini yerine getirmeleri, diğer yandan da iç hukuktan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri altında bu tehlikeye yol açan zanlılara karşı öldürücü güce asgari ölçüde başvurmaları gerekliydi.

193. Daha birçok faktörün dikkate alınması gerekir. Birincisi, yetkililer, bombalama suçlarından mahkûm olmuş ve patlayıcı uzmanı olarak bilinen IRA’nın eylem birimi ile karşı karşıyadırlar. Geçmiş eylemlerine bakıldığında IRA’nın, kendi üyelerinininki dâhil, insan yaşamına kayıtsız olduğu görülmektedir. İkinci olarak, yetkililer, pek yakında meydana gelebilecek bir terör eylemi hakkında önceden duyum almışlar ve böylece buna karşı hareketlerini planlamak ve Cebelitarık yetkilileri ile birlikte eylemi önlemek ve zanlıları yakalamak üzere önlem almak için yeterli imkânâ sahip olmuşlardır. Ancak tabii ki güvenlik güçleri her türlü bilgiye sahip olmadıklarından, kendi davranışlarını eksik hipotezler üzerine kurmuşlardır.

194. Bu ardalana karşılık Mahkeme, kullanılan gücün Sözleşme’nin 2. maddesine uygun olup olmadığına karar verirken, yukarıda da belirtildiği gibi, sadece askerler tarafından kullanılan gücün insanları hukuka aykırı şiddete karşı koruma amacıyla tam olarak orantılı olup olmadığını değil, ama yetkililer tarafından anti-terör operasyonunun öldürücü güce başvurmayı mümkün olduğu kadar asgariye indirecek şekilde planlanıp planlanmadığını ve kontrol edilip edilmediğini dikkatlice incelemelidir.”

(2) Askerlerin eylemleri

“195. Vuruşları yapan askerlerin (A, B, C ve D) amirleri tarafından, özetle, üç zanlının üzerlerinde gizlemiş olabilecekleri telsiz kontrollü bir cihaz vasıtasıyla patlatabilecekleri bombalı bir araç bulunduğu; bu cihazın bir düğmeye basılarak harekete geçirilebileceği; zanlıların sıkışmaları halinde bombayı patlatmalarının muhtemel olduğu, bu suretle çok sayıda kişinin yaşamını kaybetmesine ve ağır bir biçimde yaralanmalarına yol açabilecekleri ve ayrıca muhtemelen silahlı oldukları ve gözaltına alınmaya karşı direnecekleri konusunda bilgilendirildikleri hatırlanmalıdır.

196. Mahkeme, McCann ve Farrell’in, aAskerler A ve B’ye sanki elleri bombayı patlatmaya gidiyor gibi gelen hareketlerinden sonra, yakın mesafeden vurulduklarına dair Komisyon’un tespitini hatırlatır. Deliller, bu kişilerin yerde yatarken değil, yere düşerken vurulduklarını göstermektedir. Dört tanık, uyarı sesini duyduklarını hatırlamışlardır. Görevli P, zanlıların el hareketleri konusunda askerlerin ifadelerini doğrulamıştır. Görevli Q ve Polis Parady de, Farrell’in el çantasına doğru ani ve kuşkulandırılacak bir hareket yaptığını teyit etmişlerdir.

197. Savage’in vurulması konusundaki deliller, McCann ve Farrell’in Shell garajında, Savage’nin Landport geçidinde vurulmaları arasında birkaç saniye bulunduğunu ortaya

koymaktadır. Komisyon, polis aracının siren sesiyle veya silah sesiyle uyarıldıktan sonra geriye dönen Savage'i arkasından izleyen askerler C ve D'nin birinci vuruşu görmüş olabileceklerinin ihtimal dışı olduğunu tespit etmiştir. Savage'in sağ elini ceket cebine doğru götürmesi ve bu suretle bombayı patlatmak üzere olduğu korkusuna yol açması nedeniyle, asker C tarafından kendisine ateş açılmıştır. Buna ek olarak asker C, Savage'in cebinde patlatıcı iletkeni olduğunu düşündüğü kabarık bir şey görmüştür. Asker D, zanlının var olduğu sanılan bombayı patlatmaya çalıştığını düşünerek ateş açmıştır. Askerlerin ifadeleri, Savage'in polis sireni veya ilk atışları duyduktan sonra askerlerle yüz yüze gelecek şekilde döndüğünü gören tanık H ve J'nin ifadeleriyle bazı yönlerden doğrulanmıştır. Komisyon, Savage'in yakın mesafeden yere düşünceye kadar ve muhtemelen yere düşerken veya düştükten sonra vurulduğunu tespit etmiştir. Bu tespit, patoloğların soruşturma sırasındaki ifadeleriyle desteklenmiştir.

198. Zanlıların silahlı olmadıkları, üzerlerinde patlatma cihazı taşımadıkları ve araçta bomba bulunmadığı daha sonra anlaşılmıştır.

199. Dört askerin her biri, öldürmek için ateş ettiklerini kabul etmişlerdir. Askerler, cihazı patlatamayacak hale gelinceye kadar zanlılara ateş etmeye devam etmeleri gerektiğini düşünmüşlerdir (bk. yukarıda parag. 61, 63, 80 ve 120). Patoloğların ifadelerine göre, Farrell'e sekiz, McCann'a beş ve Savage'e on altı kurşun isabet etmiştir.

200. Yukarıda görüldüğü üzere Mahkeme, askerlerin kendilerine verilen bilgilerin ışığında, zanlıların bombayı patlatmalarını ve çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesine yol açmalarını önlemek için onları vurmaları gerektiğine içtenlikle inandıklarını kabul etmektedir (bk. yukarıda parag. 195). Askerler, masum hayatları korumak için amirlerinin emirlerine uyarak yaptıkları eylemlerin, aslında yapılması mutlaka gerekli eylemler olarak görmüşlerdir. Mahkeme, Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında sayılan amaçlardan birine göre, daha sonra yanlışlığı ortaya çıkmasına rağmen, sağlam gerekçeler nedeniyle o sırada geçerli olduğu sanılan samimi bir inanca dayanması halinde, devlet görevlileri tarafından güç kullanılmasının haklı görülebileceğini düşünmektedir. Aksini düşünmek, devlete ve kanun adamlarına görevlerini yaparlarken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin yaşamlarına zarar verebilecek gerçekçi olmayan bir külfet yüklemek olur. Mevcut olay çerçevesinde yetkililerin karşılaştıkları ikilem göz önünde tutulduğunda, askerlerin eylemlerinin kendiliğinden bu hükmü ihlal etmediği sonucu çıkmaktadır.

201. Bununla beraber, anti-terör operasyonunun bir bütün olarak 2. maddenin gereklerine uyacak bir tarzda kontrol ve organize edilip edilmediği, askerlere verilen ve kaçınılmaz olarak öldürmeye yönelik zor kullanma sonucunu doğuran bilgi ve talimatların, üç zanlının yaşam hakkını yeteri kadar dikkate alıp almadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.”

(3) Operasyonun kontrol ve organizasyonu

“202. Mahkeme ilk önce, Emniyet Müdürünün operasyon talimatından da anlaşıldığı gibi, yetkililerin niyetinin zanlıları en uygun zamanda gözaltına almak olduğunu görmektedir. Gerçekten de soruşturma sırasında, 6 Mart tarihinden önce askerler tarafından gözaltına alma sürecine ilişkin tabikat yapıldığı ve zanlıları gözaltına aldıktan sonra Cebelitarık'ta gözaltında tutabilmek için uygun bir yer bulmak üzere çaba harcandığı ifade edilmiştir.

203. Üç zanlının Cebelitarık sınırına vardıkları anda niçin gözaltına alınmadıkları ve Müfettiş Ullger tarafından soruşturma sırasında verilen ifadede ortaya çıktığı gibi zanlıların bombalama işine giriştikleri düşünülmüş idiyse niçin Cebelitarık'a girmelerini önlememe kararı alındığı sorulabilir. Teröristlerin niyetleri hakkında önceden duyum alınması, yetkililerin gözaltına alma operasyonunu tasarlamalarını mümkün kılmıştır. Üç zanlının beklenenden önce gelmeleri bir sürpriz yaratmışsa da, sınırdaki bir gözetim timi ve yanında bir gözaltına alma grubu vardır. Buna ek olarak, güvenlik güçleri ve İspanyol

yetkililer, üç zanlının fotoğraflarına sahip bulunmakta, gerçek adlarıyla birlikte kod adlarını bilmekte ve hangi pasaportu aradıklarını da bilmektedirler.

204. Hükümet, bu konuyla ilgili olarak, o anda zanlıların tutuklanmaları ve yargılanmaları için yeterli delil bulunamayabileceğini belirtmiştir. Üstelik zanlıları, yetkililerin eylem planının farkında oldukları konusunda uyardıktan sonra salıvermek, onları ve diğerlerini yeniden eyleme teşebbüs etmeleri için serbest bırakmak, haliyle tehlikeyi daha da artıracaktı. Yetkililer, sadece bu üç teröristle meşgul olmaları gerektiğinden veya sadece bu tarzda bir bombalamanın tasarlanmış olduğundan da emin olmazlardı.

205. Hükümetin savunmasının odağında, Cebelitarık'taki insanları yaratılan tehlikeye karşı korumak yer almaktadır. Mahkeme, zanlıların Cebelitarık'a girişlerinin önlenmesi nedeniyle Cebelitarık'taki insanların içine düştüğü tehlikenin, zanlıların tutulmaları ve yargılanmaları için yeterli delil bulunamamanın muhtemel sonuçlarına göre daha ağır bastığını kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre, ya yetkililer araçta bomba bulunmadığını biliyorlardı, ki Mahkeme bu ihtimali göz ardı etmiştir, ya da operasyonu kontrol etmekle yetkili kişiler çok ciddi bir hesap hatası yapmışlardır. Sonuç olarak mizansen, yapılan istihbarat değerlendirmelerine göre, büyük bir olasılık olarak değilse bile önceden görülebilir bir ihtimal olarak ölüm vuruşlarıyla tamamlanmaktadır. Üç teröristin Cebelitarık'a girmelerini önlememe kararı, bu başlık altında dikkate alınması gereken konuyla ilgili bir faktördür.

206. Mahkeme, 5 Mart günü askerler A, B, C ve D'nin katılımıyla yapılan brifingde, eylemin büyük bir ihtimalle bombalı araçla yapılacağını düşünülüğünü kaydetmektedir. Birçok kilit değerlendirme yapılmıştır. Özellikle, teröristlerin yer tutmak için başka bir araç kullanmayacakları; bombanın telsiz kontrollü bir cihazla patlatılacağı; patlatmanın bir düğmeye basılarak gerçekleştirileceği; zanlıların sıkışmaları halinde bombayı patlatmalarının büyük bir olasılık olduğu; zanlıların silahlı olduğu ve yüz yüze gelecek olurlarsa büyük bir olasılıkla silahlarını kullanacakları düşünülmüştür.

207. Teröristlerin bir eylem yapma niyetlerinin dışında, bütün bu önemli varsayımlar fiiliyatta yanlış çıkmıştır. Bununla beraber, IRA ile ilgili tecrübelerine dayanan Hükümet'in gösterdiği gibi, bütün bunlar, gerçek olayların bilinmediği ve yetkililerin sınırlı istihbarat bilgisine dayanarak çalıştıkları bir durum için muhtemel hipotezlerdir.

208. Gerçekten, diğer varsayımlara yeteri kadar zaman ayrılmadığı görülmektedir. Örneğin, nöbet değişim töreninin yapılacağı 8 Mart tarihine kadar bombalama eylemi beklenmediği için, bu üç teröristin bir keşif görevinde olmaları aynı ölçüde ihtimal dâhilindedir. Bu konu üzerinde kısaca durulduğundan, ciddi bir olasılık olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca brifinglerde veya zanlılar görüldükten sonra, McCann ve Farrell'in sınır bölgesine doğru yürüdükleri sırada teşhis edilme ve ele geçirilme riskleri artacağından, bombayı patlatmak ve bu suretle çok sayıda sivil öldürmek için hazırlıklı olabilecekleri ihtimalinin bulunmadığı düşünülmüş olmalıdır. Bu noktada karşılaşma olduğu zaman, zanlıların var sanılan bombayı derhal patlatabilmeyi umarak iletkeni kurmuş olabileceklerinin ihtimal dâhilinde olmadığı da düşünülmüş olmalıdır. Dahası, IRA'nın teknik kabiliyetleri konusunda yeteri kadar düşünülmüş olsa bile, soruşturma sırasında uzmanların patlatma cihazının niteliklerini tanımlamaksızın 'düğme işi' şeklinde tasvir etmeleri, bu cihazın gerçek niteliğini yetkililerin de fark etmeleri gereken bir basitleştirme değildir.

209. Bu bağlamda asker G'nin aracı dışarıdan gelişigüzel incelemesinden sonra 'bomba kuşkulu araç' olduğu konusundaki değerlendirmesinin, askerlerin ifadelerine göre, kendilerine araçta böyle bir bomba bulunduğu dair kesin bir tespit şeklinde iletilmesi de dikkat çekicidir. Asker G'nin, bombalı araçlar konusunda deneyimli olduğu halde telsiz

iletkenleri ve patlayıcılar konusunda uzman olmadığı anlaşıldığı; bomba kuşkulu araç konusundaki değerlendirmesini antenin yerinden çıkık olmasına dayandırdığı ve bunun aracın bombalı olması ihtimalinden çok bir sanı niteliğinde olduğu hatırlanmalıdır.

210. Alternatiflerin düşünülmesi için yeterli zaman ayrılmadan ve yapılan değerlendirmelere göre bir düğmeye basılarak patlatılabilecek bombalı araç bulunduğu dair tam istihbarat yapılmadan kurulan bir dizi çalışma hipotezinin, askerler A, B, C ve D'ye kesin maddi olaylar şeklinde iletilmesi, öldürücü güç kullanımını hemen hemen kaçınılmaz kılmıştır.

211. Bununla beraber, bir kez ateş açtıklarında zanlıları öldürünceye kadar ateşe devam etmeleri konusunda verilen eğitimle bağlantılı olarak, askerlerin bir hata payı için hazırlanmaları da dikkate alınmalıdır. Soruşturmacının jüriye soruşturma sırasında yaptığı özette kaydettiği gibi, her dört asker de zanlıları öldürmek için ateş etmişlerdir. Asker E, 'düğmeli' bir cihazın varlığı nedeniyle daha az zaman bulunacağı için öldürmek için vurmaları gerekeceği ihtimalinin yüksek olduğunun askerlerle konuşulduğunu ifade etmiştir. Bu ardaan karşısında yetkililer, kendilerine verilen bilgiyi, otomatik olarak öldürmek için ateş edecek olan askerlere ilemeden önce değerlendirirken, zanlıların yaşama haklarına azami dikkat gösterme yükümlüğü ile bağlıdırlar.

212. Soruşturma sırasında askerlerin aldığı eğitim üzerine ayrıntılı bir araştırma yapılması, kamu yararı için konulan yasaklarla önlediğinden, askerlerin gözüaltına alma anında karşılaşacakları mazur görülebilecek özel koşullarda hedeflerini yaralamak için ateş edip edemeyecekleri konusunda değerlendirme yapmaları için kendilerine eğitim veya talimat verilip verilmediği açık değildir. Bu hayati konuda askerlerin refleks eylemleri, tehlikeli terör zanlıları ile mücadele ederken bile demokratik bir toplumun kanun adamlarından beklenen dikkat derecesinden yoksundur. Refleks eylemler, silah kullanma şartlarından polis dikkatini çeken ve eylem sırasındaki koşullarda görevlinin hukuki sorumluluğunu vurgulayan talimatlardaki dikkat standardına açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Yetkililer tarafından buna uyulmaması da, gözüaltına alma operasyonunun denetim ve organizasyonunda gerekli özen bulunmadığını göstermektedir.

213. Özetle Mahkeme, zanlıların Cebelitarık'a gelmelerinin önlenmemesi kararını; yetkililerin, istihbarat değerlendirmelerinin en azından belirli yönlerden hatalı olabileceği ihtimalini düşünmek için yeterli zaman ayırmamalarını ve askerlerin ateş açtıklarında otomatik olarak öldürücü güç kullanmalarını göz önünde tutarak, üç teröristin öldürülmesinin Sözleşme'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi bakımından hukuka aykırı şiddete karşı kişinin savunmasında mutlaka gerekenden fazla olmayan güç kullanma oluşturduğuna ikna olmamıştır.

214. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır."

II. Sözleşme'nin 50. maddesinin (yeni 41. madde) uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine, ücretler ve masraflar için 38,700 Sterlin'den adli yardım olarak alınan miktar düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dokuza karşı on oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
2. ... ödenmesine;
3. Oybirliğiyle başvuruçuların tazminat taleplerinin reddine;
4. Oybirliğiyle Cebelitarık'taki şüpheli ölüm soruşturmasına katılma nedeniyle ücretler ve masrafların ödenmesi talebinin reddine
5. Oybirliğiyle diğer adil karışık taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

20.12.2004 50385/99 MAKARATZIS - YUNANİSTAN

♦ *devletin güç kullanması sonucu ağır yaralama - yakalama sırasında ağır yaralama - orantısız güç kullanma* (kırmızı ışıkta geçen aracı takip eden polis arabalarından kaçan araca yönelik çok sayıda kurşun atılması sonucu sürücünün ağır yaralanması, kullanılan gücün türü ve derecesi ve güç kullanmanın ardındaki niyet veya amacın da dikkate alınması), *ölüm soruşturması* (kırmızı ışıkta geçen sürücüyü takip eden ve silah kullanan bütün polislerin kimliklerinin belirlenmemiş olması, bütün kovanların toplanmaması) ■ yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Christos Makaratzis 1967 doğumlu bir Yunan vatandaşıdır. 13 Eylül 1995'te, silahlı bir sivil olan başvurunun arabasıyla Atina'nın merkezinde ABD Büyükelçiliği'nin yanındaki kırmızı ışıkta geçmesi üzerine polis kendisini durdurmaya çalışmıştır. Başvurucu durmamış ve süratlenmiştir. Başvurucuyu çok sayıda polis arabası ve motosikletli polis takip etmiş, bu arada başvuru birkaç araca çarpmış ve iki sürücü yaralanmıştır.

Başvurucu, beş adet polisin yola kurduğu bariyerleri geçtikten sonra, polis başvurunun arabasına ateş etmeye başlamıştır. Polisler arabaya ateşe devam etmişlerdir. Hükümet, polisin arabanın lastiklerini hedef aldıklarını savunmuştur. Başvurucu daha sonra bir benzin istasyonunda durmuş, arabanın kapılarını kilitlemiş ve dışarı çıkmamıştır. Başvurucu, polislerin diz çökerek kendisine doğru ateşe devam ettiklerini iddia etmiş, Hükümet ise polislerin havaya ateş ettiklerini, çünkü orada patlayabilecek benzin pompaları bulunduğunu savunmuştur. Polislerden biri ön cama rastgele ateş etmiştir. Nihayet kapıyı açmayı başaran bir polis tarafından başvuru ele geçirilmiştir. Başvurucu arabadan sürüklenerek çıkarılırken, ayağından vurulduğunu iddia etmiştir. Hükümet ise, ulusal mahkemelerin tespitlerine dayanarak bu iddiaya karşı çıkmıştır. Başvurucu hemen hastaneye kaldırılmış ve dokuz gün hastanede tedavi görmüştür. Başvurucu, sağ omzundan, sağ ayağından, sol kalçasından ve göğsünün sağ tarafından kurşun yaraları almıştır. Bir kurşun sağ ayağından çıkarılmış, bir diğer kurşun sol kalçasında kalmıştır. Başvurunun geçmişte yaşadığı ruhsal rahatsızlık, bu olaydan sonra giderek kötüleşmiştir.

Olaydan sonra polis tarafından yapılan idari soruşturma, başvuru 29 polisin takip ettiğini ortaya koymuş, ancak olay yerinden kimlik bırakmadan ayrılan başka bazı polislerin kimlikleri belirlenememiştir. Başvurunun arabasında ve silahlarda laboratuvar testleri yapılmıştır. Balistik raporuna göre arabada, sürücünün hizasında yatay veya yukarıya doğru 16 kurşun deliği, arka camı kırarak ön camdan çıkan kurşunların yol açtığı üç kurşun deliği ve bir kurşun izi vardır. Savcı, 7 polis aleyhine ağır yaralamaya sebebiyet vermekten ve usulsüz silah kullanmaktan ceza davası açmıştır. Ancak başvurunun yaralanmasına bu polislerin sebebiyet verdiğinin makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı ve belirlenemeyen silahlardan da birçok kez ateş edilmiş olduğu gerekçesiyle, yargılanan polisler haklarında beraat kararı verilmiştir. Ayrıca ilk derece ceza mahkemesi, sürücüsünün tehlikeli bir suçlu olduğunu düşündükleri bir aracı hareketsiz hale getirmek için polislerin silah kullandıklarını belirtmiştir.

Başvurunun, bu karara karşı üst mahkemeye başvurma hakkı bulunmamaktadır. Başvurucu, kendisini takip eden polislerin aşırı silah kullanmaları nedeniyle yaşamını tehlikeye soktuklarını ve yetkililerin olay hakkında etkili ve yeterli soruşturma yapmadıklarını ve böylece Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal ettiklerini iddia etmiştir.

Mahkeme konuyla ilgili iç hukuk hükümlerine yer verdikten sonra, konuyla ilgili uluslararası hukuka ve özellikle Birleşmiş Milletler Kanun adamlarının Silah ve Güç Kullanmalarına Dair Temel İlkeler Bildirisine yer vermiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Mahkeme tarafların görüşlerine ve bir insan hakları enstitüsü olan Institut de Formation en Droits de l'Homme du Barreau de Paris'in görüşlerine yer vermiştir.

1. Olayların tespiti

Mahkeme olayların farklı anlatımları bulunmasına ve bazı olayların açık olmamasına rağmen, önündeki materyalden olayı değerlendirebilmesi için yeterli maddi ve kanıtlayıcı unsur bulunduğunu kabul etmiştir.

2. Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilirliği

[49-55]: Devlet görevlileri tarafından ölümle sonuçlanmayan bir fiziksel kötü muamele veya yaralama, istisnai hallerde Sözleşme'nin 2. maddesinin kapsamına girebilir. Mahkeme önündeki yargılamanın konusu, söz konusu gücü kullananların cezai sorumlulukları değildir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 2. maddesinin konusu ve izlediği amaç göz önünde tutulduğunda, belirli bir olayda devlet görevlilerinin ölümüne varmamış olan yaralama eylemlerinin olayı Sözleşme'nin 2. maddesinin koruduğu alana sokup sokmadığı değerlendirilirken, başka faktörlerin yanında, kullanılan gücün türü ve derecesi ve güç kullanmanın ardındaki niyet veya amaç da dikkate alınması gereken faktörlerdir. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucunun yaralanmasına karışan devlet görevlilerinin bulunduğu mevcut olayda, başvurucuya karşı kullanılan gücün potansiyel olarak öldürücü olup olmadığını ve söz konusu görevlilerin eylemlerinin, başvurucunun sadece fiziksel bütünlüğünü değil ama aynı zamanda yaşama hakkının korumayı amaçladığı menfaati üzerinde ne tür bir etkisi olduğunu belirlemek durumundadır.

Mevcut olayda polisler, silahlarını başvurucunun arabasını durdurmak ve kendisini gözetim altına almak için kullanmışlardır; bu da Sözleşme'nin 2(2). fıkrasında öldürücü veya potansiyel olarak öldürücü güç kullanılmasının meşru sayılabileceği hallerden biridir. Mahkeme, polislerin başvurucuyu öldürme kastı taşımadıklarını kabul etmektedir. Ancak başvurucunun ölmemesi bir tesadüftür. Başvurucunun arabasında sürücü hizasında 16 kurşun deliği ve ön camdan çıkan üç kurşun deliği vardır. Başvurucu ağır yara almıştır. Buna göre Mahkeme, polisin gerçek niyeti başvurucuyu öldürmek olsun veya olmasın, başvurucu sağ kalmış olsa bile, niteliği gereği yaşamını tehlikeye sokan bir eylemin mağdurudur. Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesi olayda uygulanır.

3. Yetkililerin başvurucunun yaşama hakkını hukuken koruma konusundaki pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandıkları iddiası

[56-72]: Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 2(1). fıkrası, devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınmayı değil, ama aynı zamanda kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için iç hukuk düzeninde gerekli tedbirleri almayı da emretmektedir. Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için yargısal bir mekanizma kurmak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklindeki temel bir görevi içermektedir. Sözleşme'nin 2. maddesinin gösterdiği gibi, polisler tarafından öldürücü güç kullanılması bazı hallerde haklı görülebilir. Bununla birlikte 2. madde açık bir çek vermez. Devlet görevlilerinin ayarsız (unregulated) ve keyfi eylemleri, insan haklarına saygı ile bağdaşmaz. Bu demektir ki güvenlik operasyonları (policing operations), iç hukukta yetkilendirilmiş olmanın yanında, gücün keyfi ve kötüye kullanılmasına ve hatta kaçınılmaz kazalara karşı yeterli ve etkili koruyucuların bulunduğu bir çerçeve içinde yeterli ölçüde düzenlenmiş olmalıdır (parag. 58). Buna göre Mahkeme, sadece fiilen güç kullanmış olan devlet görevlilerinin eylemlerini değil, ama aynı zamanda incelenecek olan eylemin planlanması ve kontrolü

gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşulları dikkate almalıdır. Planlama ve kontrol bağlamında polisler, ister hazırlıklı bir operasyon isterse tehlikeli görülen bir kimsenin spontane takibi sırasında olsun, görevlerini yerine getirirken boşlukta bırakılmamalıdır; hukuki ve idari çerçeveye, bu konuda geliştirilmiş uluslararası standartlar ışığında kanun adamlarının güç ve silah kullanacakları koşulları sınırlamalıdır (parag. 60). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut olayda sadece başvurucuya karşı kullanılan potansiyel olarak öldürücü gücün haklı olup olmadığını değil, ama aynı zamanda operasyonun başvurucunun yaşamına karşı riski en aza indirecek şekilde düzenlenip organize edilmediğini de incelemelidir.

Olayların geçtiği tarihte polislerin silah kullanmalarıyla ilgili hükümler, Yunanistan'ın Almanlar tarafından işgali sırasında 1943 tarihinde çıkarılmış bir yasada yer almıştır. Bu yasa, polislerin meydana gelecek sonuçlardan sorumlu tutulmaksızın silah kullanabilecekleri durumların geniş bir listesini yapmıştır. Yasada daha sonra yapılan değişikliklerle, 'ancak zorunlu hallerde ve daha hafif yöntemler tüketildikten sonra' silah kullanılabileceği öngörülmüştür. Başvurucunun arabayı kontrolsüz ve tehlikeli bir şekilde sürmesi, polislerin makul olarak silah kullanma gereği doğduğunu ve böylece öldürücü güç kullanmalarının haklı görülebileceğini düşünmelerine yol açmıştır. Ancak operasyon, komuta zincirinin olmadığı, çok sayıda polisin kaotik bir şekilde ve büyük ölçüde kontrolsüz bir takibe katılmaları şeklinde gerçekleşmiştir. Mahkeme, olaya karışan polislerin durumu bütün parametreleriyle ve dikkatlice değerlendirmek için yeterli zamanları olmadığını kabul etmekle birlikte, olaydaki yozlaşmanın, büyük ölçüde o sırada toplu bir güvenlik operasyonu olarak görülen takibin veya bireysel olarak polislerin iç hukukta ve pratikte öngörülmüş olması gereken uygun bir yapıdan yararlanmamış olmalarından kaynaklandığını düşünmüştür. O sırada devlet görevlilerinin silah kullanmaları, modern demokratik toplum için eksik ve demode bir yasa tarafından düzenlenmiş durumdadır. Yürürlükteki sistem, kanun adamlarının barış zamanında güç kullanmalarını düzenleyen açık kriterler ve yönergeler içermemiştir. Dolayısıyla söz konusu polisler, geniş bir hareket serbestliğinden yararlanmışlar ve gerekli eğitimi ve talimatları almış olsalardı girişmeyecekleri düşüncesizce hareketlere girişmişlerdir. Sonuç olarak Mahkeme, Yunan makamlarının yeterli yasal ve idari çerçeveyi oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüklerine uymadıklarını ve kendilerinden beklendiği ölçüde vatandaşlarına Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği düzeyde koruyucu sağlamadıklarını kabul etmiştir.

4. Soruşturmanın yetersizliği iddiası

[73-79]: Ölüm olayıyla ilgili olarak kırmızı ışıktaki geçen sürücüyü takip eden ve silah kullanan bütün polislerin kimlikleri belirlenmemiştir. Bazı polisler, kendilerini bildirmedi ve silahlarını vermeden olay yerinden ayrılmışlardır. Bölgede görevli polislerin belirlenmesi için bir şey yapılmamıştır. Üç kovan toplanmış ve başvurucunun ayağından çıkarılan ve halen kalçasında olan bir kurşun dışında kendisini yaralayan kurşunlar aranmamış ve bulunmamıştır. Soruşturmadaki bu kusurlar, Yunanistan mahkemesinin olayı bütünüyle ortaya çıkarmasını engellemiştir. Başvurucuyu kimin yaraladığının belirlenmemesi, polisler hakkında beraat kararı verilmesine yol açmıştır. Bu nedenle olayda etkili ve yeterli bir soruşturma yapılmamıştır.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından ihlal tespit edilmiş olması 3. madde yönünden ayrıca incelemenin gerekli olmadığını belirtmiştir.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Mahkeme bu dava başvurucuların iddiaları ve 2. maddenin usul yönünden ihlal edildiğinin tespit edilmiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığı sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi zarar iddiaları bakımından delil sunulmadığından bu tabin reddine, maddi tazminat olarak 15,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Beşe karşı on iki oyla, davalı devletin başvuruçunun yaşama hakkını hukukla koruma şeklindeki yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Oybirliğiyle, başvuruçunun yaşamını risk altına sokan olaydaki koşullara ilişkin etkili soruşturma yapma şeklindeki davalı devletin yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3. İkiye karşı on beş oyla, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
4. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

06.07.2005 43577/98 NACHOVA ve Diğerleri - BULGARİSTAN [BD]

◆ *devletin güç kullanması sonucu ölüm - yakalama operasyonunda ölüm - orantısız güç kullanma* (asker firari iki Roman kökenli silahsız gencin, sıkıştırıldıkları akraba evinden kaçarken kendilerini yakalamak için gönderilen otomatik silahlı askeri timin komutanı tarafından öldürülmeleri), *ölüm soruşturması* (olay yeri incelemesi yapılmaması ve olayların yeniden kurgulanmamış olması, savcının ayrıntılı soruşturma yapmaması) *etnik köken bakımından farklı muamele* (öldürme olayında ırkçı saiki soruşturmama) ■ yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvuruçuların yakınları olan Roman kökenli Kuncho Angelov ve Kiril Petkov, zorunlu askerlik hizmetlerini yaptıkları sırada firar etmeleri üzerine, 19 Temmuz 1996'da askeri polisler (jandarmalar) tarafından yakalanırken öldürülmüşlerdir.

Bu iki asker, zorunlu askerlik hizmetlerini ordunun inşaat kısmında ve sivil hizmetlerde çalışarak yerine getirmektedirler. Bu iki kişi, 1996 yılının ilk aylarında, birkaç kez kısa süreli firar suçları işlemişlerdir. 22 Mayıs 1996'da Angelov hırsızlık suçundan dokuz ay ve Petkov da beş ay hapis cezası almıştır. Her ikisinin de daha önce hırsızlıktan mahkûmiyetleri vardır. Bu iki asker, 15 Temmuz 1996'da çalıştıkları inşaat alanından kaçmışlar ve Angelov'un büyükannesinin küçük bir köydeki evine gitmişlerdir. İkisi de silahsızdır.

Kimliği bilinmeyen bir kişinin ihbarı üzerine, 19 Temmuz 1996'da askeri birliğin komutanı Albay D., bu iki askeri yakalamak üzere Binbaşı G.'nin komutasında dört kişilik jandarma ekibi göndermiştir. Bu ekipten en az iki kişi kaçan askerleri tanımaktadır. Albay D. görevlendirilen askerlere, 'kurallara göre' tabanca ve otomatik tüfeklerini yanlarına almaları ve kurşun geçirmez yelek giymeleri gerektiğini söylemiştir. Albay D., Angelov ve Petkov'un suç işlediğinden şüphelenilen veya daha önce mahkûmiyetleri bulunan kişiler için kullanılan 'aktif kriminal' kişiler olduklarını söylemiştir. Jandarmalara bu kişileri yakalamak için gerekli her türlü vasıtayı kullanma talimatı verilmiştir.

Askeri jipin Angelov'un büyükannesinin evinin önüne geldiğini gören iki firari, evden kaçmak istemişlerdir. Binbaşı G., teslim olmamaları halinde kendilerini vuracağı konusunda bağırdıktan ve havaya uyarı atışı yaptıktan sonra, otomatik tüfeğini kullanarak kaçmakta olan iki kişiyi de vurmuştur. İkisi de hastaneye kaldırılırken yolda ölmüştür. Görgü tanığı M.M., olayın meydana geldiği yerde bulunan küçük torununu alıp tehlikeye uzaklaştırmak için Binbaşı G.'den izin istediğini, ancak Binbaşı G.'nin silahını kendisine doğrultarak: 'Lanet olası Çingeneler!' (You damn Gypsies) dediğini iddia etmiştir.

Aynı gün ölümlerle ilgili olarak cezaî bir soruşturma açılmıştır. Olay yeri askeri bir soruşturmacı tarafından incelenmiş ve cesetler üzerinde otopsi yapılmıştır. Otopsi raporuna göre, her ikisi de otomatik tüfekle uzaktan yapılan atış sonucu aldıkları kurşun yaralarıyla ölmüşlerdir. Petkov göğsünden, Angelov ise sırtından vurulmuştur. Binbaşı G.'nin, diğer askerlerin, büyükannenin ve komşuların soruşturmacı tarafından ifadeleri alınmıştır. Yapılan kan testiyle, olay yerinde bulunan kan lekelerinin vurulan askerlere ait olduğu belirlenmiştir. Başvuruculara soruşturma dosyasını inceleme imkânı tanınmış, fakat tanıkların yeniden dinlenmeleri talebi reddedilmiştir. Soruşturmacının soruşturma sonunda hazırladığı raporda Binbaşı G.'nin ifadesine ağırlık verilerek, Binbaşı G.'nin ölen iki kişiyi birkaç kez sözlü olarak uyardığı ve bir defa havaya ateş ettiği; Binbaşı G.'nin ölen bu kişileri teslim olmadıkları ve kaçma tehlikesi bulunduğu için vurduğu ve vururken öldürücü bir yara vermektan kaçtığı, başka bir kimsenin yara almadığı, Binbaşı G.'nin kaçanları sağ olarak yakalamak için bacaklarından vurmaya çalıştığı ve bu nedenle Jandarma Yönetmeliği'nin 45. maddesine uygun davrandığı belirtilmiştir. Soruşturmacının tavsiyesine uyan askeri savcı, jandarmalar hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucuların Silahlı Kuvvetler Savcılığına ve Silahlı Kuvvetler Soruşturma Birimine yaptıkları itirazlar reddedilmiştir. Başvurucular, yakınlarının, mutlaka gerekli olmadan öldürücü güç kullanmaya izin veren kusurlu iç hukuk ve uygulamanın bir sonucu olarak öldürüldükleri için Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, Sözleşme'nin 2. ve 13. maddelerine aykırı olarak etkili bir soruşturma yapılmadığından şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular ayrıca, öldürmenin ve etkili soruşturma yapmamanın ardında, Roman kökenli kişilere önyargılı ve düşmanca yaklaşımın belirleyici bir rol oynadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular bu bağlamda, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme Dairesi, 26 Şubat 2004 tarihli kararında, gözaltına alma operasyonunun 2. maddeye uygun bir tarzda planlanmaması ve kontrol edilmemesi ve ayrıca etkili ve yeterli bir soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin; öldürme fiilleri sırasında ırkçı saikle (motive) hareket edildiğinin ortaya çıkarılması için gerekli adımların atılmamış olması nedeniyle 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Hükümetin talebi üzerine dava Büyük Daire önüne gelmiş, Büyük Daire davayı yeniden ele almıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Davanın kapsamı

Hükümet ve başvurucular, Dairenin 2 ve 13. maddelerine ilişkin tespitlerini kabul ettiklerinden Büyük Daire tarafından sadece 14. maddeyle ilgili sorunların incelenmesini istemişlerdir.

“85. Mahkeme, davanın Büyük Daire tarafından incelenmesi talebinin kabulüne dair heyet kararının, “dava”nın bir bütün olarak yeni bir sonkarar yoluyla yeni bir karar verilmesi için Büyük Daireye gönderildiği anlamına geldiğini hatırlatır. Büyük Daire önündeki “dava”, zorunlu olarak, sadece Büyük Daireye gönderilen ciddi “sorunları” veya “meselerleri” değil, Daire tarafından daha önce verilen sonkararda incelenmiş olan başvurunun

bütün yönlerini kapsar (*K. ve T. – Finlandiya [BD], §139-141*).

86. Tarafların yeniden yargılama usulünün Sözleşme'nin 14. maddesiyle ilgili meselelerle sınırlı tutulması taleplerine rağmen, Büyük Daire Sözleşme'nin 2 ve 13. maddeleriyle ilgili meseleleri incelemelidir.”

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiaları

Mahkeme ilk önce Dairenin kararını özetlemiş ve tarafların görüşlerini belirtmiştir.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Angelov ve Petkov'un Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olarak öldürülmüş olup olmadıkları

(a) Genel ilkeler

[93-97]: Mahkeme ilk önce, içtihatlarından çıkan yaşama hakkının önemine ve sınırlan- dırılmasına ilişkin ilkeleri hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2(2)(b) bendin- deki hukuka uygun bir gözaltına alma meşru amacı, sadece mutlaka gereklilik bulunduğu hallerde insan yaşamını tehlikeye sokmayı haklı kılabilir. Mahkeme, gözaltına alınacak kişinin bir başkasının yaşamına veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığının bilindiği ve şiddet suçu işlediğinden şüphelenilmediği hallerde, öldürücü güç kullanılma- ması kaçığı yakalama fırsatını kaybettirecek olsa dahi, kural olarak böyle bir gereklilik bulunmadığını düşünmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesi, yaşamdan yoksun bırakmayı haklı kılan koşulları göstermenin yanında, yaşama hakkının korunması için, devletin uluslararası standartların ışığında kanun adamlarının zor ve silah kullanabilecekleri sı- nırlı koşulları tanımlayan uygun bir yasal ve idari düzenlemeyi yürürlüğe koyma ödevi bulunduğunu ima etmektedir. Mahkeme'ye göre yakalama operasyonlarını düzenleyen ulusal mevzuat silah kullanılmasını, olayın içinde bulunduğu şartların dikkatlice takdirine ve ayrıca kaçığın işlemiş olduğu suçun ve kendisinin yaratacağı tehlikenin niteliğinin değerlendirilmesine dayandırılmalıdır. Dahası, güvenlik operasyonlarını düzenleyen ulusal hukuk, gücün keyfi ve kötüye kullanılmasına ve hatta kaçınılmaz kazalara karşı yeterli ve etkili koruyucuların bulunduğu bir sistem kurmalıdır. Ayrıca kanun adamları, insan yaşa- mına saygının önceliği göz önünde tutularak, bir olayda silah kullanılması için mutlaka gereklilik bulunup bulunmadığını değerlendirmek üzere eğitilmelidirler. Mevcut olayda Angelov ve Petkov, kaçtıkları sırada kendilerini yakalamak isteyen jandarma tarafından vurularak öldürüldüğünden, olay Sözleşme'nin 2(2)(b) bendi kapsamına girmektedir. Mahkeme, olayda orantılı güç kullanılıp kullanılmadığını üç açıdan ele almıştır.

(b) Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

i) Konuyla ilgili hukuki düzenlemeler

[99-102]: Mahkeme, silah kullanmayla ilgili iç hukukun, askeri güçler tarafından yaka- lama işlemi sırasından en küçük suçlarda bile öldürücü güç kullanılmasına izin verdiğini büyük bir endişe ile kaydetmiştir. Bu konudaki düzenleme yayımlanmadığı gibi, keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakmayı önleyecek koruyuculara da yer vermemiştir. Bu ko- nudaki düzenlemeye göre, sözlü olarak uyarının ardından uyarı ateşine karşılık hemen teslim olmayan herhangi bir kaçak hukuka uygun olarak vurulabilir. Silah kullanmayla ilgili düzenlemenin bu gevşekliği ve öldürücü güç kullanılmasına dair gösterdiği hoşgö- rü tarzı, Angelov ve Petkov'un ölümlerine yol açan olaylarda ve soruşturma organları- nın bu olaylara karşı verdikleri cevapta açıkça görülmektedir. Bu tür bir yasal çerçeve, Avrupa'daki günümüz demokratik toplumlarında Sözleşme'nin gerektirdiği yaşama hak- kını 'hukuken' koruma düzeyi bakımından eksik ve kusurludur.

ii) Operasyonunun planlanması ve kontrolü

[103-105]: Daire'nin bu konudaki görüşünü onaylayan Büyük Daire'ye göre, yetkililer, ölüm riskini asgariye indirme yükümlülüklerine uygun davranmamışlardır; çünkü kaçakların silahsız oldukları ve yaşama veya beden bütünlüğüne karşı bir tehlike oluşturmadıkları dikkate alınmaksızın, gözaltına alacak olan görevlilere Angelov ve Petkov'u yakalamak için her türlü vasıtayı kullanma talimatı vermişlerdir. Mahkeme'ye göre, bir yakalama operasyonunun planlanmasındaki en önemli unsur, yakalanacak kişinin işlediği suçun niteliği ve bu kişinin gösterdiği tehlikenin derecesi gibi olayın içinde bulunduğu şartlar hakkında mevcut bilgilerin analizini yapmaktır. Yakalanacak olan kişinin kaçmaya çalışması halinde kendisine karşı silah kullanılıp kullanılmayacağına ve hangi koşullarda kullanılacağına, açık hukuki kurallara göre, yeterli eğitimle ve mevcut bilgiler ışığında karar verilmelidir. Büyük Daire'ye göre, bu konuda da açık yasal ve idari düzenlemeler bulunmaması, yakalanacak olan kişilerin gösterdikleri tehlike önceden tartışılmadan ve yaşama karşı tehlikeyi asgariye indirmek için gerekli açık uyarılar yapılmadan, iki kişiyi yakalamak için ağır silahlı bir timin gönderilmesine imkân tanımıştır. Kısacası, operasyonun planlanma ve kontrol tarzının yaşama hakkının önceliğini maalesef göz ardı ettiği ortaya çıkmıştır.

(iii) Yakalayan görevlilerin eylemleri

[106-109]: Ordu İnşaat Birliğinde askeri olmayan işlerde çalıştırılan Angelov ve Petkov, kişiye karşı şiddet içermeyen suçlardan kısa süreli hapis cezaları almış olup, çalıştıkları yerden şiddet kullanmadan firar etmek suretiyle kaçmışlardır. Şiddet suçlarından adli sabıkalari yoktur. Her ikisi de silahlı değildir ve yakalamaya gelen görevlilere veya üçüncü kişilere karşı tehlike oluşturmamışlardır. Bu durum, mevcut bilgiler ışığında gözaltına alacak görevlilerin farkında olmaları gereken bir durumdur. Her halükarda görevliler ve en azından Binbaşı G., bu kişilerin silahlı olmadığını ve tehdit edici davranışlar göstermediklerini gözlemlemişlerdir. Buna göre Mahkeme, olayın şartları içinde, Angelov ve Petkov'un kaçma riski bulunsa bile, Sözleşme'nin 2. maddesinin kendilerine karşı öldürücü güç kullanılmasını potansiyel olarak yasakladığını düşünmektedir. Çünkü yakalanacak kişinin yaşama veya beden bütünlüğüne karşı bir tehdit oluşturmadığının ve şiddet suçu işlemiş olmadığının bilinmesi halinde potansiyel olarak öldürücü güç kullanılması 'mutlaka gerekli' görülemez. Mahkeme ayrıca, mağdurları bir hayli aşırı güç kullanarak vurup öldüren Binbaşı G.'nin davranışını da eleştirmiştir. Birincisi, bu kişileri yakalamak için başka araçları vardır: görevlilerin jipi vardır; operasyon küçük bir köyde gün ortasında gerçekleşmiştir; Angelov ve Petkov'un nerede bulunabilecekleri bilinmektedir. İkincisi, Binbaşı G. tabanca da taşıdığı halde otomatik hale getirdiği tüfeğini kullanmıştır. Üçüncüsü, Petkov göğsünden vurulmuştur; bu konuda aklın alabileceği bir açıklama getirilmemiştir. Muhtemeldir ki Petkov, son anda teslim olmak için döndüğü sırada vurulmuştur.

(iv) Mahkeme'nin vardığı sonuç

Sonuç olarak, güç kullanılmasına ilişkin hukuki çerçeve esaslı bir biçimde kusurlu olduğu, Angelov ve Petkov'un yakalanmaları için silah kullanılmasının 2. maddeyle bağdaşmadığı koşullarda öldürüldükleri ve bir hayli aşırı güç kullanıldığı için davalı devlet Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal etmiştir.

2. Angelov ve Petkov'un ölümleri üzerine yapılan soruşturmanın 2. maddenin gerektirdiği gibi etkili olup olmadığı

[110-119]: Daire'nin görüşüne katılan Büyük Daire'ye göre yapılan soruşturmanın olayda kullanılan gücü haklı göstermiş olması, hukuki düzenlemelerin eksikliğini ve yaşama hakkına saygı göstermediğini teyit etmeye yaramıştır. Soruşturma yapan makamlar

düzenlemelerin terimlerine dayanarak, mağdurların silahlı olmadıklarının bilindiği ve kimseye karşı tehlike oluşturmadıkları, suçları sadece firar etmek olan bu iki kişiyi takip etmek için ağır silahlı kuvvet göndermenin uygun olup olmadığı gibi meseleleri ele almamışlardır. Kısacası, olayla ilgili bütün materyaller derinlemesine incelenmemiştir. Soruşturmanın aşırı dar bir hukuki çerçeve içinde yapılması olmasından ayrı olarak, gerekli bazı soruşturma işlemleri yapılmamıştır. Yetkililerin dayandığı krokide, zeminin özellikleri gösterilmemiştir. Gerekli ölçümler bulunmamaktadır. Olaylar yeniden kurgulanmamıştır. Bu şekilde elde edilebilecek bilgiler edinilmeden, yakalamakla görevli askerlerin olayları anlatış şekillerini denetlemek mümkün olmamıştır. Ayrıca soruşturmacı ve savcı, Bay Petkov'un göğsünden vurulmuş olmasını, Angelov ve Petkov'un düştükleri yerden sadece bir kaç metre uzaklıkta boş kovanlar bulunmuş olmasını ve Binbaşı G.'nin otomatik modda ateş etmek suretiyle bir hayli aşırı güç kullanmış olmasını görmezden gelmişlerdir. Yetkililer, bütün bu önemli olayları ihmal ederek, herhangi bir açıklama getirilmeden, Binbaşı G.'nin ifadesini esas almışlar ve soruşturmayı sonlandırmışlardır. Soruşturmacı ve savcılar, Binbaşı G.'ye kovuşturulmaya karşı etkili bir kalkan oluşturmuşlardır. Mahkeme'ye göre, böylesi bir tutum, daha önce *Velikova - Bulgaristan ve Anguelova* kararlarında da belirttiği gibi, konuyla ilgili soruşturmacıların ve savcılarının bağımsızlıklarını ve objektifliklerini ciddi ölçüde şüpheye düşürme kaygı verici bir tutumdur. Buradan çıkan sonuca göre davalı devlet, ölümü etkili soruşturma şeklinde Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

III. Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiası

[126-143]: Daire kararında Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin usul ve esas yönünden ayrı ayrı ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Daire, Sözleşme'nin 2 ve 14. maddelerinin birlikte, devlet yetkililerine mağdurun ırk ve etnik kökenine bakmaksızın etkili bir soruşturma yapma ödevi yüklediğini belirtmiş; yetkililerin, kanun adamları tarafından güç kullanıldığı olaylarda ırkçı saik bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak için gerekli bütün makul adımları atmaları gerektiğini söylemiştir. Daire'ye göre, ırkçı sözler söylendiğine dair M.M.'nin ifadesi olduğu halde, yetkililer bu konuda bir soruşturma yapmamışlardır. Bu nedenle yetkililer, bu yönden 14. maddeyi ihlal etmişlerdir. Ayrıca Daire'ye göre, yetkililer, devlet görevlilerinin şiddet eylemlerinin soruşturulmasında gerekli araştırma çizgisini izlemedikleri ve ayrımcılık ihtimaliyle ilgili delilleri görmezden geldikleri takdirde, devletin aleyhine olumsuz bir çıkarsamada bulunmak gerekir ve kanıtlama yükümlülüğü de davalı Hükümet'e geçmelidir. Daire, Hükümet'in aklın alabileceği bir açıklama getirmediği ve Mahkeme'nin daha önce Bulgaristan'da Roman etnik kökenlilere ölümle sonuçlanan şiddet uyguladıklarını tespit ettiğini kaydederek, Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin maddi yönden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Büyük Daire önündeki yargılama sırasında başvuruçular ve Hükümet'in görüşlerinin yanında, davaya katılan 'The European Roma Rights Centre', 'Interights' ve 'Open Society Justice Initiative' adlı kuruluşların görüşleri alınmıştır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Davalı devletin mağdurun ırkı ve etnik kökeni bakımından ölümünden sorumlu olup olmadığı

[144-159]: Büyük Daire ilk önce, davalı devletin, mağdurların ırk veya etnik kökeni nedeniyle öldürülmelerinden sorumlu olup olmadığını (maddi yönden) ele almıştır. Mahkeme'ye göre, ayrımcılık, benzer durumda olan kişilere, objektif ve makul bir haklı sebep olmaksızın, farklı muamelede bulunmaktır (*Willis*, §48). Irkçı şiddet insan onurunu kırmanın ayrı bir biçimi olup, tehlikeli sonuçları göz önünde tutulduğunda, yetkililerin özel bir uyanıklık ve kuvvetli bir tepki göstermelerini gerektirir. Bu nedenle yetkililer, ırkçılıkla ve ırkçı şiddetle mücadele için bütün araçları kullanmalı ve böylece farklılık-

ların bir tehdit olarak değil ama bir zenginlik kaynağı olarak anlaşıldığı demokratik toplum vizyonunu güçlendirmelidirler. Başvurucunun 14. maddenin ihlal edildiği şikâyetiyle karşılaşan Mahkeme'nin görevi, ırkçılığın Angelov ve Petkov'un ölümlerine yol açan ateşin bir nedeni (causal factor) olup olmadığını ortaya çıkarmaktır. Mahkeme bu bağlamda delilleri değerlendirirken, yerleşik içtihatları gereğince 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtama standardı kabul ettiğini ve kanıtlamanın yeterince güçlü, açık ve bir birleriyle uyumlu çıkarsamalardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere ulaşabileceğini kaydetmiştir. Başvurucular, öldürmelerin ırkçı saikle işlendiğine dair çeşitli argümanlar ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme, bunları ikna edici bulmamıştır. Mahkeme, bu olaydaki gibi olaylarda silah kullanılmasının konuyla ilgili hukuki düzenlemelerde yasaklanmamış olduğunu üzüntüyle kaydetmiştir. Jandarmalar otomatik tüfeklerini 'kurallar gereğince' taşımışlar ve yakalama işlemi için her türlü aracı kullanmaları talimatı verilmiştir. Binbaşı G.'nin sırf düzenlemelere sıkı sıkıya bağlı kalacak olması ve bu gibi olaylarda kaçakların etnik kökenlerine bakmaksızın aynı şekilde davranacak olması ihtimali göz ardı edilemez. Konuyla ilgili düzenlemeler, Sözleşme'deki yaşama hakkını koruma şartları açısından esastan kusurlu ve eksik iken, Binbaşı G.'nin silahını Roman çevresi dışında kullanmayacağını söylemek için bir sebep yoktur. Daire'nin yaklaşımından ayrılan Büyük Daire, yetkililerin öldürmede ırkçı saik bulunduğu iddiası hakkında etkili bir soruşturma yapılmamış olmasının, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin maddi yönden ihlal edildiği iddiası bakımından kanıtama yükümlülüğünü davalı Hükümet'e geçirdiğini kabul etmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, Angelov ve Petkov'un ölümünde ırkçı tutumların rol oynadığının kanıtlanmadığını düşünmüştür.

2. Usul yönünden: davalı devletin muhtemel ırkçı saikleri soruşturma yükümlülüğüne uyup uymadığı

[160-168]: Soruşturma yapan yetkililerin önünde, mağdurun komşusunun bir ifadesi bulunmaktadır; bu ifadeye göre Binbaşı G. ateş ettikten hemen sonra silahını mağdurun komşusuna yönelterek 'Lanet olası Çingeneler!' demiştir. Bulgaristan'da Romanlara karşı önyargı ve düşmanca bir tutumun varlığı konusunda çok sayıda yazı bulunduğu düşünülecek olursa, bu ifadenin doğruluğu araştırılmalıdır (verification). Büyük Daire'ye göre, bir etnik kökenden veya diğer bir azınlıktan kişilere karşı güç kullanılan bir operasyon sırasında kanun adamlarının ırkçı sözler kullandıklarına dair bir delil, konuyla çok yakından ilgilidir. Soruşturma sırasında böyle bir delilin bulunması halinde doğruluğu araştırılmalı ve doğruluğunun teyit edilmesi halinde, muhtemel ırkçı saikin ortaya çıkarılması için bütün maddi olaylar tam olarak incelenmelidir. Öte yandan Binbaşı G. tarafından silahsız ve şiddetsiz iki adama karşı aşırı güç kullanılması da dikkatli bir soruşturmayı gerektirir. Özetle, olaydaki soruşturmacının ve savcılarının önlerinde, hemen araştırma yapma gereği konusunda kendilerini uyuracak ve sonuca göre iki adamın ölümüne yol açan olaylarda ırkçı bir ton ihtimalini sorgulamaya götüreceği yeterli bilgi vardır. Ancak bu olayları göz ardı etmişler ve soruşturmayı sonlandırmışlar ve böylece Binbaşı G.'yi yargılanmaya karşı korumuşlardır. Bu nedenle Mahkeme, yetkililerin 2. maddeyle birlikte 14. maddeden doğan olaylarda ayrımcılığın bir rol oynayıp oynamadığını soruşturma ödevlerini yerine getirmemişlerdir. Sözleşme'nin 14. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

ADİL KARŞILIK - maddi ve manevi zararları için başvuruculardan ikisine birlikte 25,000 Euro, diğer ikisine birlikte 22,000 Euro, ücretler ve masraflar için hepsine birlikte 11,000 Euro - Md 41: ödenmesine

İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI

Madde 3 – İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 3. maddesinin ifade tarzı, bir hakkın tanınması şeklinde değil, fakat bazı muamelelerin yasaklanması şeklindedir. Bu madde ile korunan değer, bireyin fiziksel bütünlüğü ve onurudur.

Sözleşme'nin 3. maddesi 'işkenceyi', 'insanlıkdışı muameleyi', 'aşağılayıcı muameleyi', 'insanlıkdışı cezayı' ve 'aşağılayıcı cezayı' yasaklamaktadır. Birleşmiş Milletler belgelerinde 'zalimane' kelimesi de yer aldığı halde, Sözleşme'nin 3. maddesinde bu kelimeye yer verilmemiştir. Bunun dışında Sözleşme ile diğer uluslararası belgeler arasında ifade farkı yoktur. Sözleşme'nin 3. maddesinin kenar başlığı 'işkence yasağı' olmakla birlikte, aşağıda işkence sözcüğü ile birlikte, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele veya cezayı kapsayacak şekilde, jenerik bir kavram olarak 'kötü muamele' terimi de kullanılacaktır.

Sözleşme'nin 3. maddesinin düzenlediği işkence ve kötü muamele yasağı, Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biri olup, Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içermektedir (*Soering*, §88). Sözleşme işkenceyi, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleyi ve cezayı mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır. Bu çerçevede, Sözleşme'de yer alan diğer bir çok haktan farklı olarak, Sözleşme'nin 3. maddesi hiçbir istisnaya yer vermemektedir. Bu maddenin tanıdığı hakların kullanımı, 15. maddeye göre savaş ve benzeri durumlarda dahi askıya alınamaz. Mahkeme, modern zamanlarda devletlerin kendi toplumlarını terör faaliyetlerinden korumak için karşılaştıkları büyük güçlüklerin farkındadır. Ancak Mahkeme, terörizm veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme'nin işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir (*Chahal*, §79; ve *Labita*, §119). Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından başvurusunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur (*Gafgen*, §87).

İşkence yasağı, diğer birçok uluslararası yargı yeri tarafından olduğu gibi, Mahkeme tarafından da bir *jus cogens* olarak kabul edilmiştir (*Al-Adsani*, §60-61). Başka bir deyişle bu yasak, uluslararası kamu düzeninin emredici hukuk kuralı olup, uluslararası kurallar hiyerarşisinde andlaşma hukuku ve teamül hukukundan üstündür. Bu yasağa hiç bir istisna getirilemez.

Sözleşme'nin 3. maddesi sadece münferit bir olayda değil, ama bir idari pratik şeklinde de ihlal edilebilir. Sözleşme'yle bağdaşmayan bir idari pratik, sadece birbirinden kopuk ve istisnai olaylar şeklinde kalmayıp, bir model veya sistem meydana getirecek

şekilde birbirleriyle bağlantılı ve yeterli sayıda özdeş veya benzer aykırılıkların birikiminden meydana gelir. İdari pratik, bu tür aykırılıklar dışında, kendi başına bir ihlal oluşturmaz. Bir devletin üst düzey yetkililerinin bu tür bir pratiğin varlığından habersiz olabilecekleri, en azından habersiz olma hakkına sahip olabilecekleri düşünülemez. Dahası, Sözleşme'ye göre bu yetkililer, kendilerine bağlı alt düzey görevlilerin davranışlarından kesinlikle sorumludurlar. Bu yetkililer, verdikleri emirlerin kendilerine tabi görevliler tarafından yerine getirilmesini sağlamakla görevlidirler; emirlerin yerine getirilmesini sağlayamamanın ardına sığınamazlar (*İrlanda – Birleşik Krallık, §159*). Sözleşmeciler Devletler, 3. madde açısından bütün kamu görevlilerinin sorumluluğunu taşırlar.

Bir olayda devletin yükümlülüklerinden herhangi birine aykırı davranıp davranmadığını ve böylece bir olayda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğini belirleyebilmek için, öncelikle şikâyet konusu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin koruma alanına bir müdahale oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir (uygulanabilirlik sorunu). İkinci olarak, şikâyet konusu muamele veya cezaya gerçekten maruz kalındığını gösteren uygun deliller bulunup bulunmadığına bakılmalıdır (kanıtlama sorunu). Üçüncü olarak, kanıtlandığı kabul edilen muamelenin hangi yasak eylem kapsamına girdiği belirlenmelidir (nitelendirme sorunu).

Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan 'maddi ve manevi bütünlük' hakkının karşısında devletin yükümlülükleri yer alır. Mahkeme tıpkı yaşama hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 2. maddesini olduğu gibi, Sözleşme'nin 3. maddesinin de devlete üç tür yükümlülük yüklediği şeklinde yorumlamıştır. Birincisi, hiç kimseye 'işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü'; ikincisi, bireyi 'işkence ve kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü'dür. Bu iki yükümlülük maddi yükümlülüktür. Üçüncüsü 'işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü'dür; bu yükümlülük ise bir usul yükümlülüğüdür.

Uygulanabilirlik sorunu

Sözleşme'nin 3. maddesinin bir olayda uygulanabilir olması için, gerçek olduğu varsayılan şikâyet konusu muamelenin, bu maddenin koruduğu hakka müdahale oluşturacak nitelikte bir muamele olması gerekir.

Mahkeme'nin önüne getirilmiş davalar göz önünde tutulduğunda, Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan maddi ve manevi bütünlük hakkına müdahaleleri esas itibarıyla beş grup altında toplamak mümkündür: i) şiddet (devlet görevlilerinin veya üçüncü kişilerin yaralayıcı eylemleri); ii) tutulma koşulları (özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin insani koşullarda ve sağlık durumlarının gerektirdiği şekilde tutulmamaları); iii) riskler (geri verme veya sınır dışı etme halinde ölüm cezasıyla karşılaşma, öldürülme veya işkence görme riski); iv) cezalar (eğitimde disiplin vasıtası veya yargısal bir yaptırım olarak bedensel ceza, ciddi ıstıraba ve sıkıntıya yol açan hapis cezası ve bazı yönlerden ölüm cezası); iv) zorlayıcı koşullar (insanlık dışı koşullarda yaşamaya zorlanma).

Öte yandan her müdahale, 3. maddenin yasakladığı alana girmez. Mahkeme'ye göre bir muamele veya cezanın 3. maddenin yasak kapsamına girdiğini kabul edebilmek için, acı veya ıstırabın 'asgari ağırlık düzeyine ulaşması' gerekir ("de minimis" kuralı). Mahkeme, asgari ağırlık düzeyine ulaşma testini uygularken hangi noktalara bakacağını kararlarında belirtmiştir. Buna göre yapılan muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, hatta bazı durumlarda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumu da göz önüne alınmalıdır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §162*). Mahkeme, daha sonraki kararlarında, bu ağırlık düzeyinin belirlenmesinde olayı çevreleyen bütün verilerin göz önünde tutulması ve özellikle muamele veya cezanın niteliğinin, bağlamının ve uygulandığı koşulların dikkate alınması gerektiğini de belirtmiştir (*Soering, §100*). Muamelenin amacı

ve kastı ile ardındaki saiki, ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği, dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir (*Gafgen*, §88).

Muamele veya cezanın mağdur üzerindeki etkisi subjektif bir şekilde değil, ama mümkün olduğu kadar objektif biçimde değerlendirilir. Mahkeme'nin bir kararında söylediği gibi, 'aşırı duyarsız bir kimseye yöneltilen bir tehdit o kişi üzerinde önemli bir etki yaratmasa bile, bu tehdidin aşağılayıcı olduğu savunulabilir. Öte yandan aşırı duyarlı bir kimse, sadece olağan ve günlük anlamları çarpıtılmak suretiyle aşağılayıcı olarak tanımlanabilecek bir tehditten derin bir biçimde etkilenebilir' (*Campbell ve Cosans*, §30). 'Asgari ağırlık düzeyine ulaşma' kavramı, dinamik bir yorumla günün koşulları ışığında değerlendirilmelidir (*Tyrrer*, §31). Mahkeme 1992 yılında verdiği bir kararda hasta hükümlünün güvenli gerekçesiyle hastanede yatağa bağlanmasını Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı görmemiş (*Herczegfalvy*, §83), ancak 2003 tarihli bir başka kararda benzer bir olayda böyle bir muameleyi 3. maddeye aykırı bulmuştur (*Henaf*, §55). Dolayısıyla, daha önce asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı için 3. maddeye aykırı görülmeyen bir muamele, gelecekte bu düzeye ulaştığı gerekçesiyle 3. maddeye aykırı görülebilir.

Kişide yara bere izi bırakan muameleler gibi, tehditler de Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir muamele oluşturabilir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmanın da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddeye girebileceğini söylemiştir (*Campbell ve Cosans*, §26). Bu nedenle bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlıkdışı muamele oluşturabilir (*Gafgen*, §91).

Mahkeme'nin 'asgari ağırlık düzeyi'nde görmediği muamele veya cezaların genel bir çerçevesini çizmek mümkün görünmemektedir. Ancak Mahkeme'nin 3. madde kapsamında görmediği şikâyet türlerini örneklemek, bu eşik hakkında bir fikir verebilir. Mahkeme, örneğin ayrımcı mevzuatın uygulanmasından doğan şikâyetleri (*Marx*, §66; *Abdülaziz, Cabeles ve Balkandali*, §91); cinsiyet değiştiren başvuru kişinin tabi tutulma şikâyetini (*B. – Fransa*, §64); bakımsız binalarda sevimsiz ve sıkıcı koşullarda zorunlu ikamet tabi tutulma şikâyetini (*Guzzardi*, §23-42, 107); çocukların ruhsal durumunu olumsuz etkilediği gösterilememiş olan eğitimde bedensel ceza tehdidini (*Campbell ve Cosans* §26-30); okul müdürünün yedi yaşında birinci sınıf öğrencisi kız çocuğuna disiplinsiz davranışları nedeniyle giyininin üzerinden üç kez terlikle hafifçe kalçasına vurma şeklinde eğitimde disiplin cezası olarak bedensel ceza vermesini (*Costello-Roberts*, §32); yine çocuklara okulda törene katılmamaları nedeniyle okuldan uzaklaştırma cezası verilmesini (*Efstratiou*, §41; ve *Valsamis*, §41); mesleki disiplin cezası verilmesini (*Albert ve Le Compte*, §22); haksız yere çekilen hapis cezasını (*Tsirlis ve Kouloumpas* §75-76); serserilikten tutulan başvuruçuların tutulma yerinde çalışmama nedeniyle çeşitli hak mahrumiyeti cezalarını (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §21, 22, 38, 94); gözaltı veya tutmaya ilişkin olağan utanma derecesini aşmayan güvenlik tedbiri olarak nakil sırasında kelepçe takılmasını ve ilaç verilmesini (*Öcalan [BD]*, §184); cezaevinde bütünüyle duysal ve toplumsal yalıtıma varmayan tek başına tutmayı (*Ramirez Sanchez*, §16-150; *Öcalan [BD]*, §196), uzun süren yargılama nedeniyle duyulan ıstıراب (*Howarth*, §31; *Orzel*, §58); iki yaşındaki bir çocuğu korkunç bir şekilde öldürdükleri sırada on yaşlarında olan iki çocuğun tehlike-lilikleri ortadan kalkıncaya kadar kendilerine süresi belirsiz bir hapis cezası verilmesini ve Mahkeme'nin karar tarihine kadar 6 yıldır hapis durumunda bulunmalarını (*T. – Birleşik Krallık*, §97-100), hal ve hareketlerinden şüphelenilerek kimliği sorulan ve üzerinde kimliği bulunmayan kişinin karakola götürülüp arama yapıp kimliği doğrulanıp kısa bir süre nezarethanede tutulduktan sonra toplam bir saat içinde salıverilen kişinin şikâyetini (*Novotka [k.k.]*, no. 47244/99), Sözleşme'nin 3. maddesine giren asgari ağırlıkta bir muamele veya ceza olarak görmemiştir.

Şu da belirtilmelidir ki, asgari ağırlık düzeyine girmediği için 3. madde kapsamında görülmeyen bir müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Mahkeme, ailenin bölünmesinden duyulan ıstırap nedeniyle yapılan şikâyetleri (*Berrehab, §30-1; Mustaqim, §50; Beldjoudi, §82; ve Nasri, §47-8*), çevre kirliliğinden çekilen sıkıntı nedeniyle yapılan şikâyeti (*Lopez Ostra, §58*), eşcinselliğe karşı tutumdan kaynaklanan şikâyetleri (*Smith ve Grady, §122-123; Beck, Copp ve Bazeley, §53*) asgari ağırlıkta görmeyerek Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ihlal bulmamış veya incelememiş, ancak 8. madde altında incelemiştir. Mahkeme ölümcül bir hastalığa yakalanmış bir kişinin durumunu da 3. madde açısından incelemeyi reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 3. maddesi devletlere ölümcül hastalığa yakalanmış kişilerin eşlerinin onların gönüllü ölümüne yardım etmesi durumunda kovuşturma yapmama veya bu ölüme hukuki çerçeve hazırlama yönünde bir pozitif yükümlülük getirmez (*Pretty, §56*).

Sözleşme'nin 3. maddesi, kural olarak ancak Sözleşmeci Devletin kendi egemenlik alanı içinde meydana gelen olaylara uygulanabilir. Sözleşme, ülke dışında meydana gelen kötü muamele olaylarına uygulanabilir mi? Sözleşmeci Devletin, yabancı bir ülkede kendi vatandaşına karşı işlenen işkence fiili nedeniyle yabancı ülkeye karşı açtığı tazminat davasını reddetmesi, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder mi?

Mahkeme Kuveyt ve Birleşik Krallık vatandaşı olan başvuruçunun Kuveyt'te gördüğü işkence nedeniyle Birleşik Krallık'ta Kuveyt'e ve işkence yapan Kuveyt yetkililerine karşı açtığı tazminat davasının reddedilmesini, Sözleşme'nin 3. aykırı bulmamıştır (*Al-Adsani, §35-41*). Bu olayda başvuruçunun, davalı devletin egemenlik alanında işkence gördüğünü iddia etmediği gibi, Birleşik Krallık makamlarının bu olayın meydana gelişine ilgili bir nedensellik bağı bulunduğunu da iddia etmemiştir. Bu koşullarda Sözleşmeci Devletin başvuruçuya, Kuveyt yetkilileri tarafından kendisine işkence yapıldığı iddiası için bir hukuk yolu sağlama yükümlülüğü bulunduğu söylenemez. Öte yandan Mahkeme, bir Sözleşmeci Devletin sınırdışı edeceği kişinin gideceği ülkede göreceği kötü muamele nedeniyle sorumluluğu doğabileceğini söylemiştir. Bu anlamda Sözleşme 3. maddesi, sınırlı bir şekilde ülke dışında meydana gelebilecek olaylara da uygulanmış olur (*Soering, §91*). O halde bir Sözleşmeci Devlet, kişinin geldiği ülkede görmüş olduğu kötü muameleler nedeniyle sorumlu tutulmaz; ancak kişiyi göndereceği ülkede kötü muamele görme riski nedeniyle 3. maddeyi ihlalden sorumlu tutulabilir.

Kanıtlama sorunu

Mahkeme hüküm verirken, asgari ağırlık düzeyine ulaştığı varsayılan şikâyet konusu olayların kanıtlanmış olmasını arar. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği iddia edilen muameleler Avrupa Mahkemesi'nin önüne getirilmeden önce ulusal makamlar önünde muhakeme konusu edilmiş ise, bu durumda hiç kuşkusuz Mahkeme'nin işi kolaylaşacaktır. Mahkeme önünde taraflar maddi olaylar konusunda hemfikir iseler, bu durumda Mahkeme bu olayları sadece nitelendirmekle ve muamele veya cezanın Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluğunu denetlemekle yetinecektir. Eğer maddi olaylar konusunda başvuruçunun savunulabilir bir iddiası bulunduğu halde taraflar arasında bir uzlaşma bulunmuyorsa, bu durumda Mahkeme Sözleşme'nin 38. maddesinden doğan yetkisini kullanarak olay hakkında bir soruşturma yapabilir. Bu bağlamda vurgulanmalıdır ki, Sözleşme'nin 38. maddesi ilgili Sözleşmeci Devletlere, Mahkeme'nin yapacağı soruşturmaya 'gerekli kolaylıkları sağlama yükümlülüğü' yüklemekte; Mahkeme de bireysel başvuru sisteminin etkili bir şekilde işlenmesini sağlamak için devletin bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini incelemekte, yerine getirilmediğini gördüğü takdirde, devletin aleyhine sonuç çıkarabilmektedir (*Nevmerzhitsky, §73-77*). Mahkeme'ye göre Hükümetin elinde olan bilgileri, tatmin edici bir açıklamada bulunmadan sunmaması, sadece davalı devle-

tin Sözleşme'nin 38. maddesine uyumsuz davrandığını yansıtmakla kalmaz, ama aynı zamanda iddiaların temeli bulunduğu dair Mahkeme'nin bir sonuç çıkarmasına da yol açabilir (*Volkan Özdemir, §40*).

Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele iddiası uygun delillerle kanıtlanmalıdır. Mahkeme iddiaların doğruluğunu araştırıp ortaya koyarken, tarafların kendisine sunduğu ve re'sen elde ettiği bütün materyallere dayanır ve delilleri takdir eder. Kanıtlama yükümlülüğünün taraflar arasında dağıldığı görülmektedir. Çünkü Mahkeme'nin bir kararında belirttiği gibi, Sözleşme organları önündeki bazı davalarda, 'iddiasını kanıtlamak iddia edene düşer' prensibini katı bir şekilde uygulama imkânı yoktur (*Orhan, §266*). Yaşama hakkı ihlal iddiasında olduğu gibi işkence ve kötü muamele iddiaları konusunda da Mahkeme, "makul şüphe bulunmaması" (beyond the reasonable doubt) ya da "bütün makul kuşkunun ötesinde" (au-delà de tout doute raisonnable) şeklinde bir kanıtlama standardı uygulamaktadır. Ancak Mahkeme, bu kanıtlamaya yeterince sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamaların ve aynı ölçüde çürütülememiş maddi karinelere bir arada bulunmasıyla varılabileceğini kabul etmektedir (*İrlanda – Birleşik Krallık, §161*).

Devletin işkence ve kötü muameleden dolayı sorumluluğunu kanıtlama işlemi, yapıldığı iddia edilen şikâyet konusu muameleler ile kişideki fiziksel yara bere izleri veya psikolojik travma arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulması işlemidir. Gözaltına alındığında sağlığı iyi durumda olan bir kişi, salıverildiğinde (veya tutuklandığında) yaralanmış olduğu tespit edilecek olursa, bu yaraların nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamak devlete düşer; devletin bunu yapamaması Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir sorunu doğurur (*Selmouni [BD], §87; Salman [BD], §100; Pruneanu, §44; ve Mamadov, §60*). Aynı ilke, cezaevi idaresinin kontrol ve sorumluluğu altındaki tutuklu ve hükümlülerin kötü muamele iddiaları için de uygulanır (*Satık ve Diğerleri, §54*). Öte yandan bu ilke, başvuruçunun yakalanması sırasında yaralanmadan kaynaklanan kötü muamele iddiaları için de geçerlidir (*Rehbock, §68-78; Staszewska, §53*). Devlet görevlilerinin şiddet kullandığının tartışmalı olmadığı yakalamaya direnenlere, emirleri dinlemeyen cezaevindeki tutuklu ve hükümlülere veya kanunsuz göstericilere karşı bir güvenlik operasyonu sırasında uygulanan şiddetin, Hükümet tarafından sadece orantısız olmadığı gösterilmesi beklenir (*Zelilof, §46-47; Kurnaz ve Diğerleri, §53-55; Vladimir Romanov, §60-61; Saya ve Diğerleri, §20; Balçık ve Diğerleri, §30-31; ve Matko, §101-104*). Bireyin devletin kontrolü altında olmadığı ve başvuruçunun devlet görevlilerinden şiddet gördüğünü iddia etmesine rağmen devlet kendisine şiddet uygulamadığını savunuyorsa, başvuruçunun tanık ifadeleri gibi bazı deliller sunması halinde, ispat külfeti devlete geçer (*Muradova, §112*).

İddia: Ne, nasıl, ne zaman oldu, kim yaptı?

Başvuruçunun, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren ağırlıkta bir muamele veya şiddet görmüş olabileceğini gösteren emareler veya deliller sunulmalıdır. Başvuruçunun kötü muamele gördüğüne ilişkin anlatımları soyut iddiaları değil, somut fiillerin tasvirini içermelidir.

Sevgin ve İnce – Türkiye davasında başvuruçuların gözaltındaki doktor muayene raporları vücutlarında yara bere izleri bulunmadığını ifade etmiş, başvuruçular savcılıkta ve yargıç önünde ve hatta yargılama sırasında gözaltında kötü muamele gördüklerini iddia etmemişler ve sadece temyiz aşamasında baskı altında ifade verdiklerini söylemişlerdir. Başvuruçular Mahkeme önünde de gördüklerini iddia ettikleri muameleler konusunda ayrıntılı bilgi vermemişlerdir. Bu yetersiz açıklamalar nedeniyle Mahkeme kötü muamelelerin makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığı sonucuna varmanın mümkün olmadığı sonucuna varmıştır (*Sevgin ve İnce, §52-58*). Kötü muamelelerin yapıldığı yer konusunda

çelişkili ifadeler ve başvuru ile avukatının farklı iddiaları, kötü muamelenin gerçekliğini kuşkuya düşürür (*Erikan Bulut, §53*). Başvuru dudağının kenarında küçük bir yara izinin bulunduğu dair bir rapor sunduğu halde, bu yaranın nasıl meydana geldiğine dair ayrıntılı bir anlatımda bulunmadığından, kötü muamele iddiasını kanıtlayamamıştır (*Çelik ve İmret, §46*).

Ayrıca, başvuru kendisine yapıldığını iddia ettiği kötü muamele filleri ile sunduğu deliller uyumlu olmalıdır. Başvuru muayene olurken dile getirdiği şikâyetler ile daha sonra Mahkeme önünde ayrıntılı bir şekilde anlatacağı kötü muamele şikâyetleri arasında önemli bir fark bulunması, kötü muamele iddiasını kuşkuya düşürmüştür (*Martinez Sala, §145*). *Çelik –Türkiye* davasında başvuru gittiği karakolda birkaç kez yüzüne ve karnına vurulduğunu iddia etmiş, sunduğu raporda göz çukurlarında, boynunda ve sağ omzunda acı hissettiği belirtilmiştir. Mahkeme’ye göre başvuru bu iddialarını kanıtlayan kesin ve ikna edici delil sunamamıştır; çünkü Mahkeme’ye göre, başvuru iddia ettiği şekilde bir kötü muamele, aynı gün kendisini muayene eden hekim tarafından görülebilecek belirgin izler bırakmış olmalıydı (*Çelik (no. 1), §33*). Başvuru iddia ettiği şekilde bir kötü muamele, kendisini birkaç gün sonra muayene eden doktorun gözlemleyebileceği şekilde izler bırakmadığından ve başvuru gördüğünü iddia ettiği muameleleri yansıtmayan rapora da itiraz etmemiş olduğundan, Mahkeme başvuruların gördüklerini iddia ettikleri muamelelerin gerçekliğinden kuşkuya düşmüştür (*Gök ve Güler, §36*). Dolayısıyla kötü muamele şikâyetleri ayrıntılı ve tutarlı, sunulan deliller kanıtlayıcı ağırlığa sahip olmalıdır.

Başvuru kendisine yapılan muameleye ilişkin tıbbi deliller sunamaması, kötü muamele iddiasının her zaman kanıtlanamaması sonucunu doğurmaz. Bir olayda cezaevindeki arama sırasında lastik coplarla dövüldüklerini iddia eden başvuruçulardan bir kısmının iç hukuktaki şikâyetleri ‘objektif olarak’ kanıtlanamadığı için takipsizlik kararı verilmiştir. Ancak Mahkeme’ye göre raporların bulunmaması, Sözleşme muhakemesi bakımından olayların kanıtlanmasında belirleyici bir rol oynamaz; aksi takdirde yetkililer fiziksel güç veya başka araçları kullandıklarını kaydetmemek suretiyle kötü muamele sorumluluğundan kaçınılabirler; başvuruçuların gördüklerini iddia ettikleri muameleyi ayrıntılı bir şekilde anlatmaları, bu muamelelerin yerini, zamanını ve süresini belirtmeleri ve buna karşılık davalı Hükümetin tanık dinleterek veya başka deliller sunarak bu iddiaları çürütememeleri, kötü muamelenin gerçekliği konusunda makul kuşku bırakmamıştır (*Devovski, §77-8; krş. Gömi ve Diğerleri, §75*).

Komiyon, inkâr edilen gözaltı ve kayıp etme olaylarında, bağımsız ve tarafsız bir tıbbi kanıt veya görgü tanığı ifadesinin sunulamayacağı ve bunlardan birisinin varlığının 3. maddenin ihlal edildiğinin tespit edilmesi için ön şart olarak aranmasının, bu madde ile sağlanan korumayı engelleyeceği kanaatindedir. Mahkeme de gözaltında tutulan diğer bir kişinin kötü muameleye ilişkin görgü ve duyum tanıklığının kötü muameleyi kanıtlayabileceğini kabul etmiştir (*Çakıcı, §91-2; Tekin, §24, 35-42*). Ancak karakolda kötü muamele gördüğünü iddia eden kişinin salıverildikten hemen sonra yaraları hakkında bir rapor vermesi için önce bir doktora gitmek yerine, gördüğünü iddia ettiği kötü muameleler hakkında savcının önüne çıktığı ertesi güne kadar şikâyetinde bulunmamış olması, kötü muamele iddiasını kuşkuya düşüren bir unsur olarak görülmüştür (*Erdagöz, §41*). Dolayısıyla kötü muamelenin tıbbi kanıtları kamu makamları tarafından tespit edilmemiş ise, salıverilen başvuruçuların hemen özel bir sağlık muayenesi ile bu kanıtları tespit ettirebilir. Ancak bir başvuruçuların salıverildikten uzun bir süre sonra özel bir hekime muayeneye gitmesi ve aldığı raporun standart sağlık raporuna benzememesi ve bu raporu şikâyet ile birlikte ulusal makamlara sunmaması, Mahkeme’nin makul şüphe kalmayacak şekilde başvuruçuların kötü muameleye tabi tutulduğu sonucuna varmasına imkân vermemiştir

(*Talat Tepe*, §52-54). Mahkeme, iki gözaltı döneminde başvurucuda bir yara bulunmadığına dair hekim raporlarına rağmen, salıverildikten üç gün sonra verilen sağlık raporunda tespit edilen bel bölgesindeki berenin sebebine ve zamanına ilişkin elde aydınlatıcı delil bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Toporkov*, §44-5).

Mahkeme, gözaltında işkence veya kötü muamelenin yapıp yapılmadığının tespiti için en önemli delil olan sağlık raporlarının, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT) tarafından tavsiye edilen standartlara ve İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Bir Biçimde Sorusuturulması ve Belgelendirilmesine İlişkin Kılavuzda (İstanbul Protokolü) yer alan ilkelere uygun verilmiş olmasını aramaktadır. Mahkeme'ye göre, bu belgelerdeki standartların ve ilkelerin altında kalan bir sağlık raporunda başvurucunun vücudunda yara bere izleri bulunmadığı söyleniyorsa, böyle bir sağlık raporuna başvurucunun kötü muamele gördüğünü veya görmediğini kanıtlayıcı bir belge olarak dayanılmaz; başvurucunun iddialarını destekleyen başka bir delil de bulunmaması halinde, kötü muamele kanıtlanmış olmaz (*Ballıktaş*, §29, 30). Böyle bir durumda Sözleşme'nin 3. maddesinin maddi yönünden ihlal bulunamayabilir, ama devletin etkili soruşturma yapmaması nedeniyle usul yükümlülüğü yönünden Sözleşme'nin 3 veya 13. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varılabilir.

Başvurucunun şiddete maruz kaldığı zamanı tespit etmek, devletin sorumluluğunu belirlemek açısından önem taşır. Başvurucuların yaralarını polis merkezine götürülmeden 'önce' mi 'sonra' mı aldığını tespit etmek önemlidir, çünkü önce ise, bu yaraların başvurucunun direnciyle baş edebilmek için kullanılmış güç sonucu meydana gelmiş olabileceğini düşünmek mümkündür. Eğer yaralar sonra ortaya çıkmış ise, tamamıyla polisin elinde olan başvurucunun bu yaraları nasıl aldığını aklın alacağı bir şekilde açıklamak, ilgili hükümete düşer (*Kmetty*, §40). Bu noktada bireyin gözaltında tutulmaya başlanmasından önce sağlık muayenesinden geçirilip rapor alınması, sadece bireyin gözaltında ifade vermeye uygun olup olmadığının tespitini değil, ama aynı zamanda davalı devletin bireyin mevcut yaralarını açıklama külfetinden kurtulmasını da sağlar (*Türkan*, §42).

Bireyin vücudundaki yara bere izleri veya gördüğü psikolojik travma kendisine 'gözaltından önceki bir dönemde' şiddet uygulanmış olduğuna işaret ediyorsa, devlet bu şiddetin uygulanmasından sorumlu tutulmayabilir. O halde ilk olarak yakalama/gözaltı tarihi ve zamanı ile ilgili tutulan kayıt, başvurucunun gerçekten gözaltına alındığı tarih ve zamanı yansıtmalıdır.

Hacı Özen – Türkiye davasında başvurucu 11 Haziran 1998'de gözaltına alındığını ve gözaltında tutulduğu sırada kötü muamele gördüğünü iddia etmiş; davalı devlet ise gözaltı tutanağına göre başvurucunun 15 Haziran 1998 tarihinde gözaltına alındığını ve aynı gün alınan doktor raporunda tespit edilen yara bere izlerinin kaynağının gözaltından önceki bir tarihe işaret ettiğini savunmuştur. Mahkeme, başvurucunun 11-15 Haziran tarihleri arasında tutulup tutulmadığının savcı tarafından araştırılmamış olmasına, 1990'lı yıllarda Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde jandarmanın gözaltı tutanaklarının yetersizliğine ve güvenilir olmamasına dayanarak, bu dört günlük sürede gözaltında tutulmadığının kanıtlanamadığı ve dolayısıyla yara berelerin gözaltında uygulanan şiddet nedeniyle meydana gelmiş olduğu sonucuna varmıştır (*Hacı Özen*, §48-55).

Zeynep Avcı – Türkiye davasında başvurucu gözaltında kendisine tecavüz edildiğini iddia etmiştir, ancak üç psikiyatr tarafından yapılan gözlemler, başvurucunun gözaltına alındığı 1996 yılında değil ama 1988 yılında uğradığı bir tecavüz nedeniyle psikolojik sorunları bulunduğunu göstermiştir. Bu durumda Mahkeme başvurucunun iddialarının kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır (*Zeynep Avcı*, §62-8). Yetkililer, gözaltında tutmaya başlamadan önce birey için bir sağlık raporu almamışlarsa, Hükümet bu ihmale dayanıp

mevcut yara bere izlerinin gözaltına alınmadan önce meydana gelmiş olabileceğini savunamaz; Mahkeme kişinin gözaltına alınmadan önce sağlık durumunun iyi olduğunu varsayabilir (*Türkan, §43*).

Bireyin vücudundaki yara bere izleri devlet görevlileri tarafından ‘yakalama sırasında’ uygulanan bir şiddetin sonucu ise, iki sorun ortaya çıkar. Birincisi birey yakalamaya direnmiş midir? Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, bizzat kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan hakkı ihlal eder (*Lewandowski ve Lewandowska, §59, 65*). O halde birey diremediği halde güç kullanılmışsa, 3. madde ihlal edilmiş olabilir. İkincisi, direnmiş ise kullanılan güç mutlak gerekli, aşırı, yani orantısız mıdır? Mutlak gerekli olmayan veya aşırı güç kullanılmış olması halinde devletin sorumluluğu doğar (*Caloc, §101; Rehbock, §72-6; Berlinski, §60-4*). Bir olayda şiddetin bireye devlet görevlilerinin kontrolü altındayken mi yoksa yakalama sırasında mı uygulandığını kesin olarak belirlemek güç olabilir. Davalı devlet, başvuruculardaki yaraların kendilerini yakalamak isteyen polise direnmeleri sırasında meydana geldiğini savunuyorsa, Mahkeme’yi buna ikna etmek durumundadır. Mahkeme, yakalamaya direnmiş olsalar bile bu direnmenin başvurucuların aldıkları yaraları açıklamadığı, yaraların ancak gözaltında alınmış olabileceği sonucuna varabilir (*Karakaş ve Yeşilirmak, §39; Dalan, §26-7*). Kişinin yakalandıktan sonra gözaltında tutulmaya başlanmasından önce bir sağlık raporu alınmamış ise ve yakalama tutanağında da yakalama sırasında şiddet kullanıldığı belirtilmiyorsa, daha sonra tespit edilen yara bere izlerinin yakalama sırasında oluştuğu iddiası ikna edici olmayabilir (*Yavuz, §39-41*).

Şiddet, birey tamamen ‘devlet görevlilerinin kontrolü altında bulunduğu sırada’ uygulanmış ise, ilk olarak, güç kullanmayı bireyin kendi davranışları gerektirmiş olmadıkça, şiddetin meşruluğu veya orantılılığı tartışılmaz; devlet kötü muameleden sorumlu tutulur. Gözaltına alındığında sağlığı iyi durumda olan bir kişinin, salıverildiği veya tutuklandığı zaman yaralanmış olduğu tespit edilecek olursa, bu yaraların nasıl meydana geldiğini ‘aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamak’ (plausible explanation) ve mağdurun özellikle sağlık raporlarıyla desteklenmiş olan iddialarının doğruluğu üzerine kuşku çekmek, devlete düşer; devletin bunu yapamaması halinde Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından açık bir sorun doğar (*Çolak ve Filizer, §30; Selmouni [BD], §87; Aksoy, §61; ve Ribitsch, §34*).

İkinci olarak, bireye şiddet uygulayanların devlet görevlileri olup olmadığını tespit etmek de devlete sorumluluk yüklemek açısından önemlidir. Başvurucu devlet görevlilerinin kontrolü altındayken kötü muamele gördüğünü iddia ediyorsa, önce kötü muamele gördüğü sırada gözaltında veya cezaevinde bulunduğunu gözaltı tutanağı ve tutuklama kararı gibi belgelerle; eğer devlet görevlileri tarafından fiilen tutulmuş ise tanık ifadeleri gibi delillerle devlet görevlilerinin kontrolü altında bulunduğunu ortaya koymalıdır.

Bir başvurucu ağır kötü muamele gördüğünü gösteren sağlık raporları sunmuş, ancak kendisini kaçırانların ve kötü muamele yapanların devlet görevlileri olduğu iddiasını kanıtlayamamış ise, Mahkeme de bu muamelelerden devleti sorumlu tutmayabilir (*Ay – Türkiye, §47-58*). Bir başvurucu dört sivil polis tarafından kaçırıldığını, 12 saat bir yerlerde tutulduğunu, bu sırada kendisine kötü muamele yapıldığını ve ormanlık bir alanda gözleri bağlı olarak bırakıldığını iddia etmiş, anlattığı kötü muamele ile uyumlu vücudundaki bazı yara bere izlerine dair doktor raporları sunmuştur. Mahkeme soruşturma makamlarının kapsamlı bir soruşturma yaptıklarını ama kişi kaçırانların tespit edilemediğini görmüş ve başvurucunun kötü muamele şikâyeti yönünden de savunulabilir bir iddiasının bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Mustafa İlhan – Türkiye [k.k.], no. 33658/04*).

Muradova – Azerbaycan davasında başvuru, Azerbaycan'ın Azadlık meydanında yapılan büyük bir siyasi gösteri sırasında polislerin yanından geçerken gösterinin dağıtılması için harekete geçen polis copuyla başından yaralandığını ve bir gözünü kaybettiğini iddia etmiştir. Hükümet ise başvurucunun kargaşa sırasında yere düşerek yaralanmış olabileceğini, polislerin kendisine vurmadığını savunmuştur. İç hukuktaki ceza soruşturması delil yetersizliği gerekçesiyle sona ermiş, ancak açılan tazminat davasında iki kişi, yere düşen başvurucunun kafasına polisin nasıl copla vurduğunu tutarlı bir şekilde anlatmışlardır. Mahkeme'ye göre başvuru, doktor raporlarıyla şiddet görmüş olduğunu ve tanık ifadeleriyle bu şiddeti devlet görevlilerinin uyguladığına dair ilk bakışta savunulabilir bir iddia ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre başvurucunun bu iddiaları iç hukukta etkili bir soruşturmanın konusu olmalıdır; başvurucunun yaralarının sebebine ilişkin tatmin edici ve ikna edici açıklama yapmak Hükümete düşer (*Muradova, §112*).

Savunma: Devletin açıklaması ikna edici mi?

Başvurucunun devletin kontrolü altındayken kötü muamele gördüğü iddialarını destekleyen sağlık raporu gibi bir tıbbi delil bulunuyorsa, devlet görevlilerinin kötü muamele yapmış olduklarına dair güçlü bir maddi karine doğar. Bu maddi karineyi çürütmek için 'aklı kabul edebileceği bir açıklama' getirmek, devlete düşmektedir. Mahkeme'ye göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, bizzat kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan hakkı ihlal eder (*Balogh, §45*). Davalı devletin aklın alabileceği bir açıklama yapamaması halinde, Mahkeme önündeki delillerden, başvurucunun gözaltında veya cezaevinde açıklanamayan yaralar aldığı şeklinde bir sonuca varır ve davalı devleti sorumlu tutar (*Tomasi, §110; Klaas, §30; Satık ve Diğerleri, §61; Salman, §100; Berktaş, §93; Altay, §50*).

Davalı devletin gözaltında bireyden ikrar veya bilgi elde edilememiş olmasını kendisine işkence yapılmamış olduğunun kanıtı olarak sunması, aklın alabileceği türden bir açıklama gibi görünmemektedir. Türk Hükümeti bir davada, uzun süre tutulduğu gözaltında koltuk altlarındaki sinirlerin tahrip olması nedeniyle kolları tutmaz hale gelen ve buna ilişkin sağlık raporu sunan başvurucuya gözaltında işkence yapılmadığını, 'gerçekten işkenceye tabi tutulmuş ise neden bir ikrarda bulunmadığını anlamının zor olduğunu' savunmuştur (*Aksoy, §59*). Mahkeme eldeki delillerden bu olayda işkence yapılmış olduğu sonucuna varmıştır.

Davalı devletin, gözaltında alınmış yaralara ilişkin bir açıklama yapamayacağını kabul etmesi ve fakat bu yaraların başvurucunun şikâyet ettiği muamelelerden kaynaklanmadığına dair soyut savunması yeterli olmaz. Eğer davalı devlet bu yaraların başvurucunun gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini veya başvurucunun kendi kendine yaptığı eylemlerden kaynaklanmış olabileceğini veya kaçmaya teşebbüs etmesinin bir sonucu olduğunu ileri sürmemiş ise (*Tomasi, §109-111*), söz konusu yaralara devlet görevlilerinin sebebiyet verdiği sonucuna varmaktan başka bir seçenek kalmaz.

Davalı devlet, bir kimsenin kendi kontrolü altında bulunduğu sırada vücudunda meydana gelen yara berelerinin nasıl meydana geldiği sorusunun yanıtını açıkta bırakamaz. Bu bağlamda davalı devletin şikâyetle ilgili olarak iç hukukta yapılan muhakeme sonuçlarına dayanması normaldir. Ancak iç hukukta yapılan yargılamada, sağlık raporlarıyla tespit edilen yara bere izlerinin kötü muamele sonucu olmadığını veya kötü muamelelerin kimler tarafından yapıldığının tespit edilemediği gerekçesiyle sanık kamu görevlileri hakkında kovuşturmayla yer olmadığına veya delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiş ise, davalı devletin bu sonuca dayanarak Mahkeme önünde yaptığı savunma Sözleşme bakımından

ikna edici görülmeyebilir. Mahkeme'ye göre başvuruçunun yaraları tamamen polislerin kontrolü altındayken gözaltında tutulduğu sırada meydana geldiği halde, polisin ceza davasında masumiyet karinesi ilkesiyle bağlı olan bir mahkeme tarafından beraat ettirilmiş olması, davalı devleti Sözleşme'den doğan sorumluluğundan kurtarmaz (*Ribitsch*, §34; *Büyükdağ*, §166-170; *Tuncer ve Durmuş*, §35-43; *Esen*, §22-30; *Yaz*, §24-32; *Aydın ve Yunus*, 27-32; *Çolak ve Filizer*, §27-34; *Afanasyev*, §57-66; *Gültekin ve Diğeleri*, §20-30; *Hasan Kılıç*, §36-43; *Karayiğit*, §34). Hükümet, başvuruçunun yaralarının nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamakla yükümlüdür.

Davalı devletin bireyde meydana gelen yara berelerin kaynağına ilişkin açıklaması, iç hukuktaki soruşturma sırasında elde edilen sağlık raporları ve tanık ifadeleri gibi delillerle tutarlı olmalıdır. Sağlık raporları, yaraların başvuruçunun anlattığı şekilde meydana gelmiş olabileceğini belirttiği halde, şikâyetle ilgili takipsizlik kararı veren savcılığın raporlarda sözü edilmeyen sonuçlara dayanması, başvuruçunun polis arabasından çıkarıldıktan sonra polisler tarafından dövüldüğünü gören bağımsız tanığın ifadesinin olayı başından itibaren görmediği için savcılık tarafından göz ardı edilmesi, yaraların sebebinin yakalama sırasında direnme veya düşme olduğunu savunan Hükümetin açıklaması Mahkeme tarafından ikna edici bulunmamıştır (*Lewandowski ve Lewandowska*, §62-3).

Davalı devletin gözaltındaki şiddeti meşru savunma ile açıklaması, kolay kabul edilebilir bir açıklama değildir. Mahkeme bir olayda, gözaltında tutulan başvuruçuya karşı kullanılan şiddeti meşru savunma nedeniyle polisin beraatına hükmeden ulusal mahkemenin kararına dayanarak Hükümetin savunmasını reddetmiştir. Mahkeme, gözaltında tutulan başvuruçunun zayıf yapısını, genç yaşta oluşunu, daha önce şiddet suçu işlememiş olduğunu ve ayrıca kendisini sorguya ikna etmek için odasına götürülen komiser hakkında daha önce başkalarına da şiddet uyguladığı şikâyetleri bulunulduğunu göz önünde tutarak, başvuruçunun kaçmaya teşebbüs ettiği ve komiseri tehdit ettiği için ameliyatı gerektirecek şekilde komiserin başvuruçunun testislerine diz atmasının, başvuruçunun yarattığı tehditten korunma amacı taşıdığına ikna olmamıştır (*Rivas*, 26-42).

Bireyin gözaltında tutulduğu sırada meydana gelen yaralarına kendi davranışlarının sebebiyet verdiğine dair davalı devletin savunması her zaman ikna edici olmayabilir. Evde arama sırasında altı polisin kontrolü altında bulunan başvuruçunun binanın 4. katından düşmesi sonucu ağır yaralanması olayında, kendisinin polisler tarafından balkondan atıldığı iddiası karşısında yargılanan polisler aleyhinde delil bulunmadığı için beraat etmeleri, devletin sorumluluğu açısından Mahkeme'yi ikna etmemiştir (*Berktaş*, §162-9). Yine Mahkeme, bir başvuruçunun gözaltının 14. gününde kendisini muayene eden doktor raporunda yara bere izleri tespit edilmesi üzerine bu yaraların gözaltına direnme sırasında ve sorgulamadan kaçmak isterken kapıya çarpma sonucu meydana geldiği şeklinde emniyet müdürlüğünün soruşturma raporuna dayanan davalı devletin savunmasıyla ikna olmamıştır (*Altay*, §48-59). Mahkeme bir olayda başvuruçuların yaralarını bir barda polisler kendisine müdahale etmeden önce düşerek veya kasıtlı olarak kendini yere atarak kendi kendine bu yaralara sebebiyet vermiş olabileceğine dair devletin savunmasını, doktor raporları karşısında aklın kabul edebileceği bir açıklama olarak görmemiştir (*Bursuc*, §73-92). Dahası, başvuruçunun gözaltında kendini yaraladığına dair bir tutanağı imzalamış olması da devleti sorumluluktan kurtarmamıştır (*Bıyan*, §38-46).

Mahkeme, gözaltında tutma sırasında kazaların meydana gelebileceği ihtimalini yok saymamaktadır. Ancak Mahkeme, başvuruçunun gözaltında hem burnunda bir darp sonucu meydana gelen ödem ve morarmış bere ve hem de arka dışlarından birinin kırılmasını tespit eden sağlık raporları karşısında, davalı Hükümetin iç hukukta kovuşturmayla yer olmadığına dair verilen karara dayanarak bu yaraların başvuruçunun yüzünü yıkarken lavaboya çarpması sonucu meydana geldiği şeklindeki savunmasını kabul etmemiştir.

Mahkeme başvuruçunun aynı anda sert bir cisimle kazaen temas etmek suretiyle hem arka dişlerinden birini kırmış ve hem de burnundaki yaraları almış olabileceğini ikna edici bulmamıştır (*Mehmet Emin Yüksel, §28*). Başvuruçunun başında ve ayak tabanında sert bir cisimle darp sonucu meydana gelen yara berelerin, karakola götürülürken düşmesi sonucu meydana geldiği şeklindeki Hükümetin açıklaması da inandırıcı görülmemiştir (*Corsacov, §56-62*).

Başvuruçunun devletin kontrolü altında bulunduğu sırada aldığı yaralara ilişkin çelişkili raporlar verilmiş olması halinde bu çelişkiyi açıklamak, yine davalı devlete düşer. Tıbbi raporlar arasında çelişki, genellikle başvuruçuların gözaltının sonunda yapılan muayenelerinde verilen ve cebir ve şiddet izi tespit etmeyen raporlar ile tutuklandıktan sonra cezaevinde yapılan muayeneler sonucunda verilen ve yara bere izlerini tespit eden raporlar arasında meydana gelmiştir (*Algür, §33-47; Bakbak, §43-52; Sunal, §38-54; Ayşe Tepe, §32-42; Hasan Kılıç, §36-43; Soner Önder, §32-58; Türkmen, §45-7*).

Devletin kontrolü altındayken yapılan kötü muamele fiilinin kanıtlanması konusunda Mahkeme'nin 'makul şüphe bulunmaması' şeklindeki kanıtlama standardı, özellikle ulusal makamlar tarafından etkili soruşturma yapılmadığı haller bakımından eleştiri konusu olmuştur. *Labita* kararında Mahkeme'nin Büyük Dairesi 8'e karşı 9 oyla, başvuruçunun İtalya'daki bir cezaevinde kötü muameleye maruz kaldığı iddialarını kabul etmemiştir. Karşı oy veren yargıçlar kaleme aldıkları görüşlerinde başvuruçunun işkence iddialarının cezaevi yetkilileri tarafından ciddiye alınmadığını ve bu nedenle söz konusu iddiaların doğruluğunun etkili bir soruşturmanın konusu olmadığını belirtmişlerdir. Ulusal düzeyde etkili bir soruşturmanın yapılmadığı koşullarda, olaylar önemli ölçüde kamu görevlilerinin denetimi altında geliştiği için, kötü muamele mağdurlarının iddialarını destekleyecek kanıt sunmaları güçleşmektedir. Azınlıkta kalan yargıçlara göre etkili bir soruşturmanın olmamasından, yukarıdaki kanıtlama standardı nedeniyle, davalı Devletler yararlanmaktadır (*Labita, karşı oy gerekçesi*).

Gözaltında ölümden önce kişinin kötü muamele gördüğü şikâyetleri de Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Mahkeme *Salman – Türkiye* davasında gözaltında ölen kişinin ölüm sonrası yapılan muayenesinde, kişinin sol ayak bileğindeki sıyrıklar ile birlikte sol ayakta ki bere ve şişliği, ölüm öncesinde falaka uygulamasıyla ve yine göğüs kemiği kırığının üzerine kaplayan göğüsteki bereyi de yine ölüm öncesi göğse vurulan darbeye uyumlu görmüş, böylece kişinin ölümden önce kötü muamele gördüğünü iddiasının kanıtlandığı sonucuna varmıştır (*Salman, §113*). Ancak Mahkeme bir başka kararında, başvuruçunun ve diğer tanıkların vücudun üzerinde çürükler gördüklerini söylemelerine rağmen, bu izlerin cesette post-mortem (ölüm sonrası) değişikliklerden değil de travma yarısından kaynaklanmış olabileceğine dair tıbbi kanıt bulunmadığı gerekçesiyle, ölüm öncesi kötü muamele yapıldığı iddiasını kabul etmemiştir (*Tanlı, §159*).

Faili meçhul ölümün meydana gelmesinden önce kişinin kötü muamele görmüş olduğunun kanıtlanması, ancak ölü üzerindeki izlerden anlaşılabilir. Bir faili meçhul ölümün söz konusu olduğu bir davada Mahkeme, Hasan Kaya'nın kaybolduktan sonra ve ölümden önce ellerinin derisini kesecek kadar sıkı bir şekilde telle bağlanmış olmasını, ayakları moraracak kadar suda veya karda tutulmuş olmasını, ölümden önce kötü muamele yapıldığı iddialarıyla uyumlu görmüş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir (*Mahmut Kaya, §118*). Ancak Mahkeme, yine faili meçhul ölümden önce kişilere kötü muamele yapıldığı iddialarının konu olduğu diğer bazı kararlarda (*Tepe, §186; Nuray Şen (no.2), §183; Buldan, §97; O. – Türkiye, 138*), makul şüphe bulunmaması ölçütünü karşılayacak kadar delil mevcut olmaması nedeniyle, bu yönden 3. madde-nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Kişilerin kayıp edilmeden önce kötü muamele gördükleri iddiasının kanıtlanması daha da zordur. Kayıp edilmeden önce kişilerin kötü muamele gördüklerinin iddia edildiği bazı davalarda Mahkeme, bu iddiaların kanıtlanmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Çiçek, §155; Orhan, §354*). Mahkeme'ye göre bir zorla kayıp edilme olayında kişi hakkında hiçbir bilgi yok ise, bu kişinin kötü muameleye maruz kaldığı iddiası sadece bir spekülasyon konusu olabilir. Ancak Mahkeme az sayıdaki davada, kayıp edilen kişi gibi gözaltında tutulan kişilerin ifadelerine dayanarak, gözaltında kayıp edilen kişinin gözaltında tutulduğu sırada kötü muamele gördüğü sonucuna varmıştır (*Çakıcı, parag. 91-3; Akdeniz ve Diğerleri, §98*).

Nitelendirme sorunu

Sözleşme'nin 3. maddesinde 'işkence', 'insanlık dışı muamele', 'aşağılayıcı muamele', 'insanlık dışı ceza' ve 'aşağılayıcı ceza' kavramları yer almaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinde işkence kavramı ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat çekmiştir. Mahkeme bu ayırımı, genellikle duyulan acının yoğunluğundaki farklılıktan kaynaklandığını belirtmiştir (*İrlanda – Birleşik Krallık, §167*). O halde nitelendirilen şey failin eyleminden çok, mağdurun gördüğü muamelenin doğurduğu acı ve ıstıraptır.

Mahkeme'nin her davada duyulan acı ve ıstırapı nitelendirme gereğini duymadığı gözlenmektedir. Mahkeme bir olayda muamelenin işkenceye mi, insanlık dışı muameleye mi, yoksa aşağılayıcı muameleye mi girdiğini açıkça belirtmeksizin 3. maddenin ihlal edildiğine karar verdiği kararları da vardır (*Abdurrahman Orak, §93-94; Karayiğit, §35*). Mahkeme'nin her zaman olmasa bile, olayın içinde bulunduğu şartlar gerektirdiği zaman, genellikle devlet görevlilerinin eylemlerinin sonucu 3. maddeye aykırı bir muameleden doğan acı ve ıstırapı nitelendirdiği gözlemlenebilir. Öte yandan Mahkeme, üçüncü kişinin eylemini 3. madde bakımından nitelendirse bile (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §74*), devleti aynı muameleden sorumlu tutmaz; devlet 3. maddeden doğan pozitif yükümlülüğünü veya koruyucu tedbirler alma yükümlülüğünü (*M.C. – Bulgaristan, §187; Pantea, §195; Opuz, §176*) ihlal etmekten sorumlu tutulur. Böylece örneğin, bir olayda üçüncü kişinin tecavüzü işkence sayılabilecek bir muameledir ama, devlet o olayda 3. maddede işkence yasağını ihlal etmekten değil, bireyi bu işkenceye karşı korumamış olmaktan sorumludur.

Mahkeme, bir muamelenin asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olmadığını tespit ederken kullandığı kriterleri, bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasaklardan hangisine girdiğini değerlendirirken de uygulamaktadır. Mahkeme, kişiye yapılan muamelenin süresi, muamelenin mağdur üzerindeki fiziksel ve psikolojik etkileri, hatta bazı durumlarda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlık durumunu ve olayın içinde bulunduğu bütün koşulları göz önünde tutmaktadır. Ayrıca Mahkeme'nin önceki bir kararında 'insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele' olarak nitelendirdiği bir eylem veya ceza, gelecekte 'işkence' olarak nitelendirilebilir. Örneğin Mahkeme, eski tarihli bir kararında çok sayıda darp etmeyi 'insanlık dışı muamele' olarak nitelendirmiş (*Tomasi, §115*), ancak daha sonra benzer bir muameleyi, başka faktörlerle birlikte 'işkence' olarak (*Selmouni, parag. 101*) adlandırmıştır. İnsan haklarını koruma düzeyinin güçlenmesi, demokratik toplumların temel değerlerine tecavüzler karşısında daha koruyucu bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

İşkence ile kötü muamelenin diğer türleri arasındaki ayırım, Sözleşme'nin 41. maddesi bakımından hükmedilecek tazminat miktarı ile devletin itibarı bakımından önemlidir. Ancak bir kötü muamelenin niteliği ne olursa olsun, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder.

İşkence

Mahkeme daha 1978 tarihli bir kararında işkenceyi, ‘çok ağır ve zalimane ıstıraplara neden olan kasti insanlıkdışı muamele’ olarak tanımlamıştır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §167*). Birleşmiş Milletler tarafından 1984 yılında kabul edilen ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren ‘İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin 1. maddesinde işkence şu şekilde tanımlanmaktadır: ‘Bu Sözleşme bakımından ‘işkence’, bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.’

BM İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 1. maddesi işkenceyi bir suçta bulunan bütün unsurları içerecek şekilde tanımlamıştır. Bu tanımda şu unsurlar yer almaktadır: (a) Fiil, fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren bir fiil olmalıdır. (b) Fiil, kasten işlenmiş olmalıdır. İşkencenin ikrar veya bilgi elde etmek, cezalandırmak, gözdağı vermek veya zorlamak veya ayrımcılık gibi amaç veya niyetlerle yapılması gerekir. (c) Acı veya ıstırap, kanuni bir yaptırımdan kaynaklanmamalıdır. (d) Fail, resmi sıfatla hareket eden bir kişi veya bu kişinin bilgisi veya onayı dâhilinde üçüncü kişiler tarafından işlenmiş olmalıdır. Mahkeme’nin önüne gelen bir olaydaki kötü muamelenin işkence oluşturup oluşturmadığını incelerken, BM Sözleşmesi’nin 1. maddesindeki tanımın unsurlarını birlikte göz önünde tuttuğu görülmektedir.

Bir fiilin işkence olarak nitelendirilebilmesi için, ilk olarak, fiilin mağdura ‘ağır acı veya ıstırap’ vermiş olması gerekir. Acı ve ıstırap fiziksel olabileceği gibi, ruhsal da olabilir. Mahkeme bazı olaylarda, fiziksel acı ve ıstırapla birleşen, örneğin *incommunicado* (dış dünya ile temas kesilmiş) tutmanın verdiği psikolojik baskı (*Dikme, §95*), gözleri bağlı olarak tutma (*Aydın, §84*) gözaltındaki anneyi çocuklarına işkence yapılacağı tehdidinde bulunma (*Akkoç, §116*), ölüm bekleyişinde uzun bir dönem infaz korkusuyla ve sürekli ölümün gölgesi altında yaşatma (*İlaşcu ve Diğerleri, 435*), sahte infazlar gibi barbarca eylemlerde bulunma (*İlaşcu ve Diğerleri, §435*) suretiyle verilen ruhsal acı ve ıstırapı, işkence tespitinde katkıda bulunan unsurlar olarak görmüştür. Eğer iddia edilen kötü muamele fiili acı veya ıstırap verecek nitelikte ise, bu acı ve ıstırapın ‘ağır’ olup olmadığına bakılır. Mahkeme’nin elinde bir acı ölçer bulunmadığından, acı veya ıstırapın ‘ağır’ olup olmadığını çeşitli faktörlere bakarak değerlendirir. Fiilin yoğunluğu, fiilin uygulanma süresi, fiilin uygulandığı koşulların yanında, fiilin mağdurda yarattığı fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi faktörler dikkate alınmaktadır. Bu gibi faktörlerin bileşimi her bir olayda farklı olabileceğinden, belirli bir fiil türünü her zaman belirli bir kategoriye sokmak mümkün olmayabilir.

İkincisi, ancak kasten işlenen fiiller işkence olarak nitelendirilir. Devlet görevlilerinin işkence yasağını taksirle veya ihmal suretiyle ihlal etmeleri öngörülmemiştir. Mahkeme’ye göre, örneğin bir başvurunun gözaltında çırılçıplak soyularak elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asılmak suretiyle ‘Filistin askısı’ uygulanması, ancak kasten yapılabilir bir muameledir; bunu yapmak için tabii ki belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya ihtiyaç vardır. Ayrıca bu muamelenin başvuruca bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır (*Aksoy, §64; Salman [BD], §114; ve Corsacov, §63*). Bu değerlendirmelerden Mahkeme’nin işkence kastını, fiilin yapılış sürecinden ve amacından çıkarsadığı görülmektedir. Bir suç şüphesiyle gözaltına alınmış bir kimseye

‘ağır acı ve ıstırap’ veren muamelelerde bulunulması, bu muamelenin bir sorgulama tekniği olarak kullanıldığına, yani amacın ikrar veya bilgi elde etmek olduğuna dair güçlü bir maddi kaninedir. Ancak Mahkeme’nin gözaltında veya cezaevinde ikrar elde etmek için değil ama örneğin misilleme veya cezalandırma amacıyla uygulanan şiddetli işkence olarak gören kararları da bulunmaktadır (*İlhan, §85-7; Nevmerzhtsky, 97-8*).

Strasburg organları ilk kez Yunanistan’a karşı yapılan bir başvuruda işkence tespit etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 1967 yılında başlayan Albaylar Cuntası döneminde özgürlüğünden yoksun bırakılan bazı kişilere yapıldığı iddia edilen kötü muameleleri incelemiş ve falaka, elektrik verme, kaba dayak, sahte infaz, darp veya ölümle tehdit gibi birçok kötü muamelenin varlığını saptamış ve bunları işkence olarak nitelendirmiştir (*5 Kasım 1969 tarihli Komisyon raporu, Yearbook, c. 12, s. 186-510*).

Mahkeme’nin ‘işkence’ tespit ettiği kararlar tarih sırasıyla şöyledir: 12 Aralık 1996 tarihli *Aksoy – Türkiye* kararı (gözaltında Filistin askısı); 25 Eylül 1997 tarihli *Aydın – Türkiye* kararı (gözaltında tecavüz); 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı – Türkiye* kararı (gözaltında kayıp edilmeden önce tutulduğu sırada ağır dövme, elektrik verme); 28 Temmuz 1999 tarihli *Selmouni – Fransa* kararı (gözaltında çok sayıda darp, diz çöktürülüp üzerine işeme, tecavüz tehdidi); 27 Haziran 2000 tarihli *İlhan – Türkiye* kararı (gözaltına alınırken beyne zarar verecek şekilde başa dipçikle vurma); 27 Haziran 2000 tarihli *Salman – Türkiye* kararı (gözaltında ölümden önce falaka ve göğse darp); 11 Temmuz 2000 tarihli *Dikme – Türkiye* kararı (gözaltında çok sayıda darp); 10 Ekim 2002 tarihli *Akkoç – Türkiye* kararı (gözaltında çırılçıplak tutma, elektrik verme, çocuklarına işkence yapmakla tehdit etme); 24 Nisan 2003 tarihli *Aktaş – Türkiye* kararı (gözaltında ölümden önce moraracak kadar havasız bırakma, germe veya Filistin askısı); 13 Kasım 2003 tarihli *Elçi ve Diğerleri – Türkiye* kararı (gözaltında avukatlara hakaret, vurma, çırılçıplak soyup dondurucu soğuk su dökme); 3 Haziran 2004 tarihli *Batı ve Diğerleri – Türkiye* kararı (gözaltında gençleri kollardan asma, üzerlerine su sıkma, sürekli dövme, falaka uygulama, günlerce uykusuz bırakma, hamilenin çocuk düşürmesine sebep olma); 8 Temmuz 2004 tarihli *Ilaşcu ve Diğerleri – Moldova ve Rusya* kararı (cezaevinde çok uzun bir süre tam bir duysal ve sosyal yalıtma altında dış dünya ile temas kurmaya izin vermayla birlikte tuvaleti, suyu, doğal ışığı bulunmayan hücrede ölüm cezası hükümlüsü olarak tutma); 12 Ekim 2004 tarihli *Bursuc – Romanya* kararı (gözaltında başına çok sayıda vurma ve beyinde ödem oluşturma); 2 Kasım 2004 tarihli *Abdülsamet Yaman – Türkiye* kararı (gözaltında gözleri bağlı olarak tutma, çırılçıplak soyarak soğuk suya sokma, bileklerden asma, bu halde elektrik verme); 5 Nisan 2005 tarihli *Nevmerzhtsky – Ukrayna* kararı (cezaevinde açlık grevi yapan hükümlüye yemek borusundan boru indirerek zorla besleme); 26 Ocak 2006 tarihli *Mikheyev – Rusya* (gözaltında elektrik verme ve camdan kendisini aşağıya atmasına sebep olacak kadar acı çektirme); 9 Mart 2006 *Menesheva – Rusya* (evde izinsiz aramaya direnen 19 yaşındaki kadının götürüldüğü karakolda iki kez dövülmesi); 4 Nisan 2006 tarihli *Corsacov – Moldova* (gözaltında başa ve ayak tabanlarına sert bir cisimle vurma); 17 Ekim 2006 *Okkalı – Türkiye* (12 yaşındaki çocuğun karakolda darp edilmesi üzerine işkenceden suçlu bulunan polislere hafif cezalar verilmesi); 19 Ekim 2006 tarihli *Öktem – Türkiye* (gözaltında öğretmenin kollarında hareketsizlik oluşturacak şekilde dövülmesi üzerine iç hukukta işkenceden 10 ay hapis cezasının tecil edilmesi ve sonra davanın zamanaşımından düşmesi); 19 Aralık 2006 tarihli *Türkmen – Türkiye* kararı (gözaltında kollardan asma ve falaka); 11 Ocak 2007 tarihli *Mammadov (Jalaloğlu) – Azerbaycan* kararı (gözaltında falaka); 18 Ocak 2007 *Chitayev ve Chitayev – Rusya* (gözaltında başta, vücutta ve kollar ile bacaklarda darp sonucu yaralar oluşturma); 3 Mayıs 2007 tarihli *Koçak – Türkiye* (gözaltında gözleri bağlama, çırılçıplak soyma, üzerine soğuk su dökme, vücudun çeşitli yerlerine copla vurma, ayak tabanlarına vurma ve tuzlu yerde yürümeye zorlama, Filistin askısına alma

ve cinsel organlarından elektrik şoku verme); 19 Haziran 2007 tarihli *Ciorap – Moldova* kararı (cezaevinde açlık grevindeki başvurucağı 7 kez zorla besleme); 24 Ocak 2008 tarihli *Maslova ve Nalbandov – Rusya* kararı (gözültünde defalarca tecavüz, dövme, elektrik verme, boğazı sıkma); 15 Mayıs 2008 tarihli *Dedovskiy ve Diğerleri – Rusya* kararı (cezaevinde arama sırasında misilleme veya cezalandırma amacıyla lastik copla dövme); 24 Temmuz 2008 tarihli *Vladimir Romanov* kararı (cezaevinde koğuşu boşaltırken lastik copla göğüsten ve dalak yırtılmasından ameliyat olacak şekilde dövme); 2 Ekim 2008 tarihli *Samoylov – Rusya* kararı (gözültünde elektrik verme, dövme); 2 Ekim 2008 tarihli *Belousov – Rusya* (gözültünde sarhoş polisler tarafından ağır bir şekilde dövölme); 2 Ekim 2008 tarihli *Akulinin ve Babich – Rusya* kararı (gözültünde suçü ikrar için omurga ezilmesine yol açacak şekilde dövme); 5 Şubat 2009 tarihli *Khadisov ve Tsechoyev – Rusya* kararı (gözültünde dövme sonucu kaburga kırılması, vücutta sigara yanıkları, sol kolda felç); 19 Mart 2009 tarihli *Polonskiy – Rusya* kararı (gözültünde dövme ve elektrik verme); 5 Ocak 2010 tarihli *Paduret – Moldova* (gözültünde ellerin ve ayakların arkadan birbirine bağlanarak iki masa arasındaki bir demire asılma ve bu sırada ayaklara copla vurma, vücutun çeşitli yerlerine yumruk ve tekmelerle vurma, başa bir gaz maskesi geçirilerek hava girişine sigara dumanı üfleme suretiyle boğma, anüse üç kez cam şişe sokma ve birinde bayılma); 20 Mayıs 2010 tarihli *Baran ve Hun – Türkiye* (gözültünde dövme, soyma, tazyikli soğuk su dökme ve bir fanın önünde durdurma, cinsel tacizde bulunma, saçlarını ve parmaklarını çekme, asma, ayakları üzerine ağırlık koyarak bekletme); 2 Eylül 2010 tarihli *Bekirski – Bulgaristan* (cezaevinde kaçmaya çalışırken görevliler tarafından ağır bir şekilde dövöldükten bir süre sonra ölme).

Mahkeme'nin işkence yapıldığı sonucuna vardığı davaların hepsinde bu kötü muamelelerin gözültünde veya cezaevinde kamu görevlilerinin şiddet fiillerinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle Mahkeme Sözleşmecı Devletleri ancak işkence yapma şeklindeki negatif yükümlölüğüne aykırı davranmaları halinde işkence yasağını ihlalden sorumlu tutmuştur. Üçüncü kişilerin 'ağır acı ve ıstırap' veren işkence fiillerine, örneğın tecavüze karşı devletin iç hukukunda bireyi korumamış olması devletin de işkence yasağını ihlal ettiğı değil, Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan 'pozitif yükümlölüğü'nü ihlal ettiğı anlamına gelir (*M.C. – Bulgaristan, §187; Pantea, §195, Opuz, §176*).

İnsanlık dışı veya aşığılayıcı muamele

Bir insanlık dışı muamele 'ya fiziksel yaralamaya ya da yoğun bir fiziksel veya ruhsal acı veya ıstırapa sebebiyet vermiş' olmalıdır (*Kudla [BD], §92*). Ayrıca Mahkeme, küçük düşürme veya ıstırapın, meşru bir muamele veya cezada zorunlu olarak bulunan küçük düşürme veya ıstırap düzeyinin ötesine geçmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Kudla [BD], §92*).

İnsanlık dışı muamele, işkencedeki unsurlarla karşılaştırılarak incelenebilir. Acı veya ıstırap asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirmek için gerekli unsurlardan en az birini taşımayan bir muamele, insanlık dışı muamele olarak görülebilir. Buna göre: i) kamu görevlileri tarafından kasten yapılan bir muamele doğurduğu acı veya ıstırap işkencedeki kadar 'ağır' değilse, insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilir; veya ii) kamu görevlileri tarafından yapılan bir muamele ağır acı veya ıstırap doğurduğu halde işkencedeki gibi acı veya ıstırap verme 'kasti' yoksa, yine insanlık dışı muamele olarak nitelendirilebilir.

O halde fiil bakımından insanlık dışı muamele, işkence sözcüğünden anlaşılan özel yoğunluk ve zalimliğin verdiğı acı kadar bir acı veya ıstırapa neden olmayan, ama yine de fiziksel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal acıya sebep olan bir muameledir. Hiç kuşkusuz, kişinin bedenine fiziksel müdahalelerin sebebiyet verdiğı yaralanmalar ve

fiziksel acılar insanlıkdışı muamele oluşturabilir. Sırf ruhsal ıstıraba sebep olan bir eylem nedeniyle insanlıkdışı muamele de söz konusu olabilir. Mahkeme, yeterince gerçek ve yakın olmak koşuluyla, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir fiil tehdidinin bu maddede aykırı düşebileceği görüşündedir. Bu nedenle, bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, bazı koşullarda en azından 'insanlıkdışı muamele' oluşturabilir (*Campbell ve Cosans*, §26; *Gafgen*, §91). Mahkeme, bazı olaylarda gözleri önünde evleri ve içindeki eşyaları yakılan yaşlı köylülerin (*Selçuk ve Asker*, §77-9; *Bilgin*, §101-4; *Ayder ve Diğerleri*, §109-110), yakınları gözaltında kayıp edilen kişilerin (*Kurt*, §133; *Timurtaş*, 94-7) çektikleri ıstırapları, insanlıkdışı muamele olarak nitelendirmiştir.

Kast, insanlıkdışı bir muamelede bulunabilir, ama bulunmayabilir de. Mahkeme'ye göre bir muamelenin amacının mağduru utandırma veya küçültme olup olmadığı dikkate alınması gereken bir faktör olduğu halde, böyle bir amacın bulunmaması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sonucuna varma imkânını ortadan kaldırmaz (*Peers*, §74-5; *Kalashnikov*, §101; *Labzov*, §48). Bir başka deyişle böyle bir kastın bulunmadığı fakat devletin örneğin cezaevinde tutulma koşullarını iyileştirmek için de her hangi bir tedbir almadığı durumlarda, insanlıkdışı muamele nitelendirmesi yapılabilir.

Aşağılayıcı muamele, insan onuruna ağır saldırıları içeren bir eylemdir. Mağdurda korku, üzüntü, bayağılık duyguları yaratabilecek nitelikte eylemler, kişinin fiziksel veya ruhsal direncini kırıcı belli bir ağırlık düzeyine ulaşmışsa, aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilirler (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §167; *Smith ve Grady*, §120; *Kudla*, §92). Ayrıca Mahkeme, bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'aşağılayıcı' bir muamele olup olmadığını incelerken, bu muamelenin söz konusu kişiyi utandırma ve küçültme amacı taşıyıp taşımadığına ve sonuçları itibarıyla bireyin kişiliğini Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdaşmayacak bir tarzda olumsuz etkileyip etkilemediğine bakar (*Albert ve Le Compte*, §22). Ancak böyle bir amacın bulunmaması, bu maddenin ihlal edilme ihtimalini kesin olarak ortadan kaldıran bir durum değildir (*Kalashnikov*, §101). Bir başka deyişle, kural olarak bu tür muamelelerin kişiyi aşağılayıcı bir niyet taşıması gerekir; ama bazı hallerde bu niyetin olup olmamasının bir önemi yoktur. Ayrıca, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşmesi yeterli olabilir (*Tyler*, §32; *Smith ve Grady*, §120). Mahkeme başvurusunun katlandığı sonuçları değerlendirirken, bu muamelenin bağlamını ve başvurusunun kişiliği üzerindeki sonuçlarını özel olarak göz önünde tutar (*Erdoğan Yağız*, §39).

İnsanlıkdışı muamele ile aşağılayıcı muamele arasındaki farkın, mağdurda yarattığı etkilerin yoğunluğundan kaynaklandığı söylenebilir. Bu durumda her insanlıkdışı muamele, insan onuruna bir saldırı olduğu, kişide korku, sıkıntı, utanma duygusu yarattığı için, aynı zamanda aşağılayıcı bir muameledir. Ancak her aşağılayıcı muamele, aynı yoğunlukta olmadığı için, insanlıkdışı muamele değildir.

Mahkeme'nin insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele olarak gördüğü davalar uzun bir liste oluşturmaktadır. İnsanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kapsamında görülen müdahale biçimleri şöyle gruplandırılabilir: 'Şiddet', 'şiddet riski', 'tutulma koşulları' ve 'zorlayıcı koşullar'. Aşağıda devletin yükümlülükleri incelenirken bu müdahale alanlarında getirilen kriterler üzerinde durulacaktır.

İnsanlıkdışı veya aşağılayıcı ceza

Sözleşme'nin 3. maddesindeki 'ceza' kavramı 'ölüm cezası'nı, 'hapis cezaları'nı, 'disiplin cezaları'nı, hatta iç hukuk gereğince verilmiş 'bedensel cezaları' da içerir.

Sözleşme'nin 3. maddesi, açıkça 'insanlıkdışı' ve 'aşağılayıcı' cezaları yasakladığından, bu tür cezalar ile genel olarak ceza arasındaki farka da işaret etmektedir. Yargı organ-

ları tarafından verilen cezaların hemen hepsinde kaçınılmaz olarak bir aşağılama unsuru bulunduğu için, bir cezanın kategorik olarak Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmak anlamsız olur. Meşru olarak verilmiş her ceza, kaçınılmaz olarak belirli bir utandırma ve ıstırap unsuru içerir. Bir cezanın 'insanlık dışı ceza' veya 'aşağılayıcı ceza' olarak nitelenebilmesi için, her halükarda verilen cezadaki utandırma ve ıstırapın, meşru bir ceza biçiminde kaçınılmaz olarak var olan utandırma ve ıstırapın ötesine geçmesi gerekir (*Kudla [BD], §92-94*). Bu konudaki değerlendirme zorunlu olarak olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır; konuyla ilgili koşulların bütünü ve özellikle cezanın niteliği, bağlamı ve infaz koşulları dikkate alınmalıdır (*Tyres, §30*).

Niteliği itibarıyla kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik bütün cezalar insanlık dışı veya aşağılayıcıdır. Ayrıca kişinin kamu makamlarının elinde bir nesneye dönüştüren cezalar da kişi onuru ve bütünlüğüyle bağdaşmaz. Mahkeme insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza kavramlarını özellikle ölüm cezası ve küçüklere uygulanan cezalarla ilgili davalarda geliştirmiştir. Hapis cezaları belirli düzeyde bir utandırma ve ıstırap unsuru içerir. Ancak Mahkeme, bağlamı itibarıyla hapis cezalarının da 3. madde bakımından bir sorun oluşturabileceğini fark etmiştir. Mahkeme'ye göre 'başvurucunun fikri şahsiyetini bastırmayı, onu küçük düşürebilecek ve alçaltabilecek korku, kaygı ve zayıflık hisleri vermeyi, onun dayanıklılığını ve iradesini kırmayı amaçlayan' ve başvurucuyu neredeyse 'medeni ölüm' halinde kaçak yaşamaya zorlayan' hapis cezaları da 'aşağılayıcı ceza' olarak görülebilir (*Ülke, §62*).

Mahkeme'ye göre kişiyi özgürlükten yoksun bırakan cezalar gibi, zorunlu askerlik hizmeti de genellikle utandırma ve ıstırap unsurunu içerir; ancak tutuklu ve hükümlüler bakımından insanlık dışı veya aşağılayıcı oluşturabilecek birçok eylem, örneğin savaş koşulları için eğitim gibi silahlı kuvvetlere özgü misyona katkı sağlaması şartıyla, askerlik sırasında yapıldığı zaman kötü muamele eşliğine ulaşmayabilir (*Chember, §49*).

Bir cezanın 'insanlık dışı' olması ile 'aşağılayıcı' olmasındaki fark, kişiye verilen ıstırapın yoğunluğundan kaynaklanır. Aşağılayıcı bir cezanın varlığı için, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanması da yeterlidir (*Tyres, §32*).

Devletin maddi yükümlülükleri

Devletin işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü, maddi nitelikte negatif bir yükümlülüktür. Sözleşme'nin 3. maddesinin kenar başlığında kullanılan 'yasak' sözcüğü ve hiç kimsenin söz konusu muamelelere 'tabi tutulamayacağı'nı belirten madde metni, bu yükümlülüğü açıkça ifade etmektedir. 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 4. maddesi de devletlere 'bütün işkence fiillerini kendi ceza kanunlarında suç olarak düzenleme' ve 'fiillerin ağırlıklarını göz önünde tutarak uygun cezalar ile cezalandırma' yükümlülüğü yüklemektedir.

Devlet görevlileri bireylere işkence ve kötü muamele yapmamalıdır. Devlet görevlilerinin yaptıkları işkence ve kötü muamelelerden Sözleşme karşısında devlet sorumludur. Devlet görevlilerinin 3. madde ile yasaklanmış eylemlerden birini yapmış olduklarının kanıtlanmış olması halinde, devletin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılır.

Devletin işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü daha çok devlet görevlilerinin bireye karşı şiddet kullanmaları ile kamu makamlarının bireyi şiddet görme riskine maruz bırakan geri verme veya sınır dışı etme kararları vermeleri halinde ihlal edildiği gözlenmektedir.

Devlet aynı zamanda bireyi işkence ve kötü muameleye karşı korumalıdır. Devletin koruma yükümlülüğü, maddi nitelikte pozitif bir yükümlülüktür. Devletin bireyi işkence ve kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğünün kaynağı, Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlanan 3. maddesidir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 3. maddesi, 1. maddesiyle birlikte ele alındığında, devletlerin egemenlik alanları içinde bulunan bireylerin özel kişilerden kaynaklanan kötü muameleler dâhil olmak üzere, herhangi bir şekilde kötü muamele görmelerini engellemek için tedbirler almalarını gerektirir (*A. – Birleşik Krallık, §22; Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §73-5; E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, 88; M.C. – Bulgaristan, §148*).

İşkence ve kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü, devletin hem hukuki ve hem de fiili tedbirler almasını gerektirir. İlk olarak iç hukuk, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren ağırlıkta bir muameleye karşı bireye koruma sağlamalıdır (*A. – Birleşik Krallık, §24*). Ayrıca 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 4. maddesinin devletlere 'bütün işkence fiillerini kendi ceza kanunlarında suç olarak düzenleme' ve 'fiillerin ağırlıklarını göz önünde tutarak uygun cezalar ile cezalandırma' yükümlülüğü yüklediği hatırlanmalıdır. İkinci olarak bu tedbirler, özellikle çocukların ve diğer korunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlamalı ve yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gereken kötü muameleleri önlemek için makul adımlar atmalarını içermelidir (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §73*).

Bireyi 'üçüncü kişinin şiddet, istismar ve ihmali'ne karşı koruma; gözaltında, tutukevinde veya cezaevinde insani 'tutulma koşulları' sağlama; insanlıkdışı veya aşağılayıcı sayılabilecek 'cezalar'ı kaldırma, devletin 3. madde bağlamında hukuki ve fiili tedbirler alması gereken alanlar olarak kaydedilmelidir.

Şiddet uygulamama

Şiddet, bir kimseyi iradesine aykırı olarak bir eyleme zorlamak için kendisini yalayıcı fiziksel veya sözel güç kullanmaktır. Mahkeme'ye göre özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kendi davranışı kesinlikle gerektirmediği halde fiziksel güç kullanılması insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkı ihlal eder (*Ribitsch, §38*).

Devlet görevlilerinin şiddet fiillerine daha çok i) gözaltında veya cezaevinde olduğu gibi 'bireyin devletin kontrolü altında bulunduğu sırada'; ii) yakalama veya kaçmayı önleme veya toplantıyı dağıtma gibi 'bireyi kontrol altına alma sırasında' başvurdukları görülmektedir.

Gözaltında sorgulama sırasında şiddet

Gözaltında işkence ve kötü muamele, iç hukuklarda olduğu gibi, uluslararası belgelerde de yasaklanmıştır. BM 'Kanun Adamları için Talimatname' (1979) adlı Bildirinin 5. maddesine göre, 'hiç bir kanun adamı, işkence veya başka bir zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza uygulayamaz, bu fiilleri teşvik edemez ve bunlara hoşgörü gösteremez. Kanun adamları amirin emrini, savaş veya savaş tehdidini, ulusal güvenliğe yönelen bir tehdidi, iç siyasal istikrarsızlığı veya başka bir olağanüstü durumu, işkenceyi veya başka bir zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı haklı göstermek için ileri süremez'. BM 'Her Hangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü' (1988) adlı Bildirinin 21. maddesine göre, 'tutulan veya hapsedilen bir kimseyi suçunu ikrar etmeye, kendini suçlandırmaya veya başka bir kimse aleyhinde ifade vermeye zorlamak amacıyla bulunduğu durumundan haksız olarak yararlanmak yasaktır; tutulan bir kimse sorgulanması sırasında şiddete, tehdide veya şahsi

kararlarını veya yargılarını zayıflatabilecek sorgulama yöntemlerine tabi tutulamaz'. Yine BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin (1984) 11. maddesi, 'Taraf Devletlerin kendi egemenliği altındaki bir ülkede her hangi bir işkence olayının meydana gelmesini önlemek amacıyla, sorguya dair kuralları, talimatları, yöntemleri ve uygulamaları' sistematik olarak denetlemekle yükümlü olduklarını belirtmektedir.

Bir suç şüphesiyle gözaltına alınmış bir kişiye devlet görevlileri tarafından, sorgulama tekniği olarak, yani şüpheliden bir ikrar veya suçla ilgili bir bilgi elde etmek için şiddet uygulanması, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan fiilleri meydana getirir. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, bizzat kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan hakkı ihlal eder. Şiddet kullanılarak elde edilen ikrarın ve bu ikrar veya ifade vasıtasıyla ulaşılan maddi delillerin yargulamada kullanılması, Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkıyla ilgili bir sorun oluşturur.

Mahkeme, gözaltında devlet görevlileri tarafından uygulanan her şiddetin kategorik olarak şüpheliden ikrar veya bilgi almak amacıyla sahip olabileceğini düşünmemekte, böyle bir amacın varlığını ortaya koyan koşulların bulunup bulunmadığına bakmaktadır.

İrlanda – Birleşik Krallık davasında Birleşik Krallık Başsavcısı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki 8 Şubat 1978 tarihli duruşmada 'beş tekniğin bir daha hiç bir koşulda sorgulamaya yardımcı olarak kullanılmayacağını' açıklamıştır. Şiddetin bir sorgulama tekniği olarak uygulanmış olduğunun davalı devlet tarafından itiraf edildiği ve bir daha kullanılmayacağını taahhüt edildiği tek dava budur. Söz konusu beş teknik şunlardan oluşmaktadır: a) Duvar dibine dikme: bir kaç saat süreyle, eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış, kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış, dolayısıyla bedenin ağırlığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde 'gergin pozisyonda' durmaya zorlanma; b) başlık geçirme: başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tutturma; c) Gürültü verme: sorgulanmayı bekleyenleri bir odaya alıp, sürekli bir biçimde yüksek tonda ısıklık ve yuhalama sesi verme; d) uyutma: sorgulanmayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakma; e) yiyecek ve içecek vermeme: merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulanmayı beklerken sadece az bir yiyecek verme. Komisyona göre bu eylemler işkence oluşturmuştur. Mahkeme'ye göre ise bu eylemler, düşünülerek, birlikte ve hiç durmadan uygulandığı, buna maruz kalan kişinin bedensel olarak yaralanmasına değilse bile, en azından fiziksel veya ruhsal açıdan acı çekmesine yol açtığı için 'insanlıkdışı muamele'dir. Ayrıca mağdurları utandırarak ve küçük düşürerek, muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerini kırarak onlarda korku, şiddetli üzüntü ve aşağılanma duygusu uyandırdığı için ayrıca 'aşağılayıcı muamele'dir (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §102, 165 ve 167).

Başka her hangi bir davada davalı devletler gözaltında uygulanan şiddetin ikrar veya bilgi elde etme amacı taşıdığını itiraf etmedikleri için, Mahkeme gözaltında şiddete bir sorgulama tekniği olarak başvurulmuş olup olmadığını olayın içinde bulunduğu koşullardan çıkarmış ve ağır acı ve ıstırap veren muameleleri işkence olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, gözaltında 'Filistin askısı' uygulanması nedeniyle işkence yapıldığına karar verirken 'bunun başvurucağından bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığının anlaşıldığını' (*Aksoy*, §64), jandarma karakolunda gözaltında tutulduğu sırada 17 yaşındaki kadına tecavüz edilmesini işkence olarak nitelerken 'güvenlik güçlerinin bilgi elde etme ihtiyacı'ni karşılama amacıyla bu acının verilmiş olabileceğini (*Aydın*, §85), yine gözaltında kendisine çok sayıda darbe vurulan kişiye işkence yapıldığına karar verirken 'günler boyunca süren sorgusu sırasında ard arda saldırılara maruz kaldığının açıkça ortaya çıktığını' (*Selmouni*, §104), yine gözaltında çok sayıda darp edilen başvurucağının işkence

gördüğüne karar verirken ‘bu muamelenin devlet görevlileri tarafından görevlerini yaparken başvurunun işlediğinden şüphelenilen suçlar hakkında kendisinden bir ikrar veya bilgi almak amacıyla kasten yapıldığı’ kanaatinde olduğunu (*Dikme*, §95), yine gözaltında gençleri kollardan asma, üzerlerine su sıkma, sürekli dövme, falaka uygulama, günlerce uykusuz bırakma, hamilenin çocuk düşürmesine sebep olma gibi eylemleri işkence olarak kabul ederken ‘bu muamelelerin başvuruçulara işlediklerinden şüphelenilen suçlar hakkında devlet görevlileri tarafından görevleri sırasında ikrar veya bilgi almak amacıyla kasten yapıldığını’ (*Batu ve Diğerleri*, §122), yine gözaltında kollardan asma ve falaka uygulanan başvuruçuya işkence yapıldığı sonucuna varırken bu ‘muamelelerin kendisini sorgulayan görevliler tarafından ikrar veya bilgi elde etmek amacıyla kasten yapılmış olabileceğini’ (*Türkmen*, §49), yine gözaltında dövme ve elektrik verme muamelelerine maruz kalan başvurunun işkence gördüğü sonucuna varırken kullanılan şiddetin başvuruçuyu ‘ifade vermeye zorlama ve kendisinden işlediği suçlar hakkında ikrar elde etmek amacıyla taşıdığı’ (*Polonskiy*, §124) belirtmiştir.

Mahkeme, gözaltında uygulanan bir şiddetin olayın şartları içinde şüpheliden ikrar veya bilgi almak amacına sahip olduğuna kanaat getirmediğinde, ağır da olsa bu kötü muameleyi işkence yerine insanlıkdışı muamele olarak nitelendirme eğilimindedir. Yakalandığı anda tekmelenip dövülen ve başına en az bir kez tüfek dipçiliğiyle vurulan ve beyindeki hasar nedeniyle yürüme ve konuşma güçlüğü çeken başvurunun gördüğü muameleyi işkence olarak nitelendiren Mahkeme (*İlhan*, §86-7), bu muamelede saiki değil ama meydana gelen sonucun ağırlığını ön plana çıkardığından, bu karar bir istisna gibi durmaktadır. Öte yandan Mahkeme, gözaltında ‘ikna edilmek üzere’ götürüldüğü odada arkadan itilmeye sözlü tepki gösterdiği için testislerinden hemen tıbbi müdahale yapılmasını gerektirecek şekilde polisten tekme yiyen başvurunun gördüğü muameleyi insanlıkdışı muamele olarak nitelendirmiştir (*Rivas*, §42). Evde arama sırasında dördüncü katın balkonundan polisler tarafından aşağıya atılıp iki hafta komada kalacak şekilde ağır yaralanan başvurunun gördüğü muamele de insanlıkdışı muamele olarak kabul edilmiştir (*Berktaş*, §162-9). Yakalama ve hemen sonrasında, polis tarafından başına iki kez tabanca ile vurulan, yüzünde bereler, kulağında ve kalçasında kesikler, bacaklarında uzun ve düz paralel yaralar ve sırtında geometrik tarzda yaralar oluşan başvuruçuya polis tarafından kasten yapılan kötü muamelenin, ‘gerginliğin ve heyecanın yüksek olduğu kısa bir dönemde’ yapıldığını ve ‘ikrar alma amacı taşıdığı gösterilemediği için’ insanlıkdışı muamele sayılmıştır (*Egmez*, §18, 78). Gözaltında polisler tarafından dövülme sonucu, vücudunda çeşitli şekillerde 14 tane yara tespit edilen ve kısa zaman öncesi alınan bir travma sonucu idrarında kan bulunan başvurunun gördüğü muamele de bir ikrar elde etmek için yapıldığı kanıtlanamadığı için insanlıkdışı muamele sayılmıştır (*Denizci ve Diğerleri* (*Tufansoy ve Diğerleri*), §329, 384).

Mahkeme gözaltında şiddet nedeniyle kötü muameleyi ele aldığı bütün davalarda, uygulanan şiddetin saiki üzerinde durmuş değildir. Örneğin bir davada (*Hasan Kılıç*, §36-43), 10 gün kadar gözaltında tutulan ve bombalı eylemler hakkında sorgulanan başvurunun gözaltında kollardan asma, elektrik şoku verme, su dökme ve falaka şikâyetleriyle karşılaşmış, doktor raporlarıyla kollarda, avuç içlerinde ve küçük parmaklarda hissizlik tespit edilmiştir. Mahkeme bu kararında, daha önceki *Algür*, *Yaz* ve *Ayşe Tepe* kararlarında benzer olayları incelediğini, kollarda hissizlik, karıncalanma ve acı gibi gözlenen belirtiler ile belirli bir kötü muamele türü arasında yakın ilişki olduğunu belirtmiş, kategorik bir tespitle bulunmaksızın başvurunun dayandığı tıbbi delillerin kendisinin kollardan asıldığı iddiasına inanılırlık kazandırdığı vurgulamıştır. Ne var ki Mahkeme bu davada uygulanan şiddetin saikinin ikrar veya bilgi almak olup olmadığını incelememiş ve bu kötü muameleyi nitelendirmeksizin, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir (*krş. Aksoy, Abdülsamet Yaman, Öktem ve Türkmen kararları*).

Mahkeme, gözaltında şiddet sonucu meydana geldiği anlaşılan yara bere izlerinin davalı devlet tarafından aklın alabileceği şekilde açıklanamamış olması halinde, devletin maddi yükümlülüğü yönünden Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermektedir.

Birey gözaltında işkence ve kötü muameleye karşı hangi hukuki tedbirlerle korunabilir? Mahkeme, gözaltında işkence ve kötü muamelenin engellenmesi için, proaktif bir yaklaşımla, tutulan kişinin 'koruyucular'dan yararlandırılması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme'ye göre, uzun süre gözaltında tutulan bir kimseye özellikle bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemesi ve gözaltında tutulmasının hukukilik denetimini yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir imkânın bulunmaması, kişiyi tamamen kendisini tutanların insafına bırakmak anlamına gelir (*Aksoy*, §83). Buna göre Mahkeme, gözaltında i) sağlık muayenesinden geçirilmenin, ii) bir avukatla görüştürülmenin, iii) gözaltında tutmadan üçüncü bir kişiye haber vermenin, iv) hızlı hukuki denetimin, kötü muameleye karşı önemli koruyucular olduğunu kaydetmiştir (*Algür*, §44; *Türkan*, §42; ve *Salmanoğlu ve Polattaş*, §79).

Yakalama sırasında şiddet

Yakalama/gözaltına alma yetkisi, iç hukuklarda kanun adamlarına tanınmış bir yetkidir. BM 'Kanun Adamları İçin Talimatname' (1979) adlı Bildirinin 2. maddesi, özellikle gözaltına alma ve tutma gibi polisiye yetkiler kullanan görevliler olan kanun adamlarının görevlerini yerine getirirken, insan onuruna saygı göstermeleri ve insan onurunu koruma ve bütün insanların sahip olduğu insan haklarını kullanmasını sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Yine bu Bildirinin 3. maddesine göre kanun adamları, 'sadece ve kesinlikle gerekli olduğu zaman ve görevlerini yapabilmek için gerekli olduğu ölçüde güç kullanabilirler'. Yakalama sırasında silah kullanma suretiyle de kişi yaralanabilir. Yakalamak için silah kullanma ise, BM 'Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler' (1990) adlı Bildirinin 9. maddesine göre ancak, yaşama karşı ciddi tehdit içeren ağır nitelikte özel suçların işlenmesini önlemek ve bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacıyla ve bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemlerin yetersiz kalması halinde mümkündür.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 3. maddesi, yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanılmasını yasaklamamaktadır; fakat güç, zorunlu hallerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır (*Rehbock*, §68-78; *Altay*, §54; *Ivan Vasilev*, §63). Hatırlanmalıdır ki, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, bizzat kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir güç kullanımı, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan hakkı ihlal eder (*Staszewska*, §53). Buna göre yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı şikâyeti incelenirken, iki sorunun çözümü gerekmektedir: i) güç kullanmayı gerektiren bir durum var mıdır? varsa, ii) kullanılan güç orantılı mıdır?

Mahkeme, bireylerin kanun adamlarının meşru isteklerine uymalarını, demokratik bir toplumda genel yurttaşlık ödevinin parçası olan basit bir yükümlülük olarak görmektedir (*Berlinski*, §62). İşte bireyler kanun adamlarının meşru isteklerine karşı direnir, kaçmaya veya güç kullanmak suretiyle yakalamaya karşı koymaya çalışırlarsa, devlet görevlileri yakalama amacıyla kendilerine karşı güç kullanabilirler. Eğer bireyler yakalamaya direnmedikleri halde devlet görevlileri kendilerine karşı güç kullanmışlarsa, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiş olur. Bir olayda başvuruçunun oğlu arkadaşlarıyla birlikte bira içmiş, aralarından birinin bir panonun camını kırması üzerine olay yerine gelen polisler sadece başvuruçunun oğlunu yakalayabilmişler, önce polis aracına sokmuşlar, sonra tanık ifadesine göre arabadan çıkarıp kaldırımında dövmüşlerdir. Mahkeme önündeki delillerden

bu olayda başvuruçunun oğlunun davranışının kendisine karşı fiziksel güç kullanılmasını gerektirmediği sonucuna varmıştır (*Lewandowski ve Lewandowska, §65*).

Yakalama sırasında mutlaka güç kullanılması gerekmiş ise, kullanılan gücün yakalama amacıyla orantılı olduğuna Mahkeme ikna edilmelidir.

Rehbock – Slovenya davasında başvuruçunun, ülkesine karayolu ile girmiş, uyuşturucu hapları teslim edeceği sırada bir operasyon sonucu 13 polis tarafından yakalanmıştır. Başvuruçunun anlatımına göre siyah giysili ve siyah maskeli altı kişi silahlarını kendisine doğrultmuş, başvuruçunun Almanca ve İngilizce olarak karşı koymadığını söylemesine rağmen kaba bir şekilde arabanın ön tarafına doğru sürüklenmiş, iki kişi kendisini arabanın kaputuna yapıştırmış, elleri arkadan bükülmüş ve kelepçelenmiş, bu arada diğer dört kişi başına sopalar ve yumruklarla vurmaya devam etmişlerdir. Başvuruçunun yüzünden ağır bir şekilde yaralanmış ve çene kemiğinin kırıldığı anlaşılmıştır. Hükümet ise, eldeki bilgilere göre başvuruçunun yetkililer tarafından hazırlanan bir operasyon gereğince yakalandığını savunmuştur. Yetkililer yakalama ekibini oluştururken, uyuşturucu kaçakçısı olduğundan şüphelendikleri başvuruçunun Almanya’da birkaç kez vücut şampiyonluğu kazanmış çok güçlü bir kişi olduğunu hesaba katmışlardır. Hükümet bu yaralanmayı başvuruçunun yere düşerken çenesini tampona vurduğu ve yüzünü asfalta çarptığı şeklinde açıklamaya çalışmıştır. Mahkeme ise iç hukukta bir yargılama yapılmamış olmasını ve yaraların ağırlığını dikkate alarak, Hükümetin gözaltına alma operasyonu sırasında kullanılan gücün temelini açıklayabilecek veya bu gücün derecesini haklı kılacak ikna edici veya güvenilir gerekçeler getiremediği, dolayısıyla bu olayın şartları içinde kullanılan gücün aşırı olduğunu sonucuna varmıştır (*Rehbock, §76*).

Berlinski – Polonya davasında ise, üyesi olmadıkları spor salonundan ancak polis zoruyla çıkartılabilen vücut geliştirmeci iki başvuruçunun kardeş, kendilerini yakalamak isteyen iki polise vurmak suretiyle etkili bir şekilde direnmişler ve polisler yumruk ve coplarla defalarca vurup yaralayarak ve silahla korkutarak yakalanabilmişlerdir. Mahkeme bu olayda başvuruçulara karşı kullanılan gücün aşırı görmemiş, devleti Sözleşme’nin 3. maddesini ihlalden sorumlu tutmamıştır (*Berlinski, §62-64*).

Yakalama sırasında silah kullanarak yaralama ile ilgili bir olayda Mahkeme, gece duvarlara yazı yazan kişilerin yakalanması için bir saat kadar süren takipte, 16 yaşındaki başvuruçunun polisler tarafından sol bacağından yaralanmasının, polislerin görevleri sırasında, yani yakalama işlemi gerçekleştirme sırasında kullandıkları güç sonucu meydana geldiğini tespit etmiş, ancak kullanılan gücün türünü, yani ateşli silah kullanılmış olmasını göz önünde tutarak, başvuruçunun yaralanmasına yol açan güç kullanımının aşırı olmadığına dair Hükümet tarafından ikna edici deliller sunulmadığı ve dolayısıyla Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Necdet Bulut, §24-29*).

Toplantı veya gösteriyi dağıtma sırasında şiddet

Yasal ve barışçıl toplantılara ve gösteri yürüyüşlerine katılmak herkesin hakkıdır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bu hakkı tanımıştır.

BM ‘Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler’ (1990) adlı Bildirinin 13. maddesine göre ‘kanun adamları, yasadışı olan ve fakat şiddet içermeyen toplantıların dağıtılması sırasında zor kullanmaktan kaçınırlar; zor kullanmaktan kaçınmak mümkün değilse, gerekli olan asgari ölçüde zor kullanırlar’. Aynı Bildirinin 14. maddesine göre ise, ‘kanun adamları şiddet içeren toplantıların dağıtılmasında, daha az tehlikeli araçların kullanılmasının elverişli olmaması halinde ve sadece gerekli olan as-

gari ölçüde zor kullanabilirler'. Bu Bildirinin 9 ve 14. maddeleri gereğince kanun adamlarının bu şiddet içeren toplantıları dağıtmak için silah kullanmaları ise, kendilerinin ve başkalarının öldürülmesine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı savunma halleri ile yaşama karşı ciddi tehdit içeren ağır nitelikte özel suçların işlenmesini önlemek'le sınırlı tutmuş, bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanılmayacağı belirtilmiştir.

Mahkeme'ye göre bir Sözleşmeci Devletin toplantı düzenlenmesini kamu düzeni ve ulusal güvenlik gerekçeleriyle ön bildirim tarzı bir usule tabi tutması, *a priori* olarak Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı değildir. Bir toplantı için bildirimde bulunmamak, gösteri yürüyüşünü yasadışı kılabilir; ancak bildirimde bulunmadan toplantı yapmak, devletin toplanma özgürlüğüne aykırı davranmasını haklı kılmaz (*Oya Ataman, §37, 39*). Bu nedenle, kamu görevlilerinin izin alınmamış veya bildirimde bulunulmamış her toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale etmeleri gerekli değildir. Mahkeme'ye göre, belirli bir konuda dikkat çekmek isteyen küçük bir grubun kısa süreli olarak trafiği engelleyen ama kamu düzenine karşı bir tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne karşı kamu görevlilerinin belirli bir ölçüde hoşgörü göstermeleri gerekir (*Oya Ataman, §41-2*).

Barışçıl olmayan toplantılara müdahale edilebilir, ama dağıtma ve yakalama amacıyla uygulanan şiddetin de orantılı olması gerekir. Mahkeme, barışçıl olmayan bir gösteri sırasında yakalanan 16 yaşındaki başvuruçunun yakalama sırasında aldığı yaraların orantılılığına ilişkin olarak polisler aleyhindeki yargılamada ulusal mahkemeler tarafından bir açıklama getirilmemiş olmasını dikkate alarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir (*Ahmet Akman, §40-42; Serkan Yılmaz ve Diğerleri, §24-25*).

Oya Ataman – Türkiye davasında Mahkeme, toplantıyı dağıtmak için göz yaşartıcı (biber) gazının Avrupa ülkelerinde kullanıldığını ve bu gazın 13 Ocak 1993 tarihli Kimyasal Silahların Yasaklanması ilgili Sözleşme'nin (CWC) ekinde kimyasal silahlardan sayılmadığını belirtir. Bu gazın kullanılmasının bazı sağlık sorunlarına yol açabileceğini kaydeden Mahkeme, olayda bu gazın kullanılmış olmasının solunum, bulantı, kusma, tahriş gibi sonuçlarının ortaya çıktığının gösterilmediğini ve başvuruçunun kısa bir süre tutulup salıverildikten hemen sonra sağlık muayenesi istemediğini belirterek, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamelenin bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Oya Ataman, §25-26*). O halde biber gazı kullanılması mutlaka 3. maddeye aykırı bir muamele olarak değerlendirilmeyebilir. Buna karşılık biber gazının kullanıldığı koşullar ve buna maruz kalan bireyin sağlığı üzerindeki etkisi 3. maddeye aykırı bir muamele oluşturabilir.

Cezaevinde direnmeye karşı şiddet

Tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde tutulan bir kişiye devlet görevlileri tarafından şiddet uygulanması Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edebilir.

BM 'Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar' (1955-1977) adlı Bildirinin 54. maddesi, 'kurum görevlilerinin tutuklu ve hükümlülerle ilişkileri sırasında meşru savunma, kaçma teşebbüsü, yasaya veya hukuki düzenlemelere dayanan bir emre aktif veya pasif direnme halleri dışında güç kullanamayacaklarını; 'güç kullanan görevlilerin kesinlikle gerekli olandan daha fazla güç kullanamayacaklarını'; tutuklu ve hükümlülerle doğrudan temas halinde çalışan görevlilerin özel durumlar dışında silah taşıyamayacaklarını', ayrıca, 'silah kullanma konusunda kendilerine eğitim verilmemiş olan görevlilere hiç bir koşulda silah verilemeyeceğini' belirtmektedir. Daha yeni tarihli bir belge olan BM 'Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipler' (1990) adlı Bildirinin 15. maddesi, 'kurum içinde güvenliğin ve düzenin sürdürülmesi için gerekli

olmadıkça veya kişisel güvenlikleri tehdit edilmedikçe, kanun adamlarının tutuklu ve hükümlülerle ilişkileri sırasında güç kullanamayacakları', aynı maddede 'kendilerini veya başkalarını yakın bir ölüm veya ciddi surette yaralanma tehlikesine karşı savunma halleri dışında veya kaçmanın önlenmesi için kesinlikle gerekli olmadıkça, tutulan kişilere karşı silah kullanamayacakları' ifade edilmiştir.

Mahkeme, tutuklu ve hükümlülerin korunmasız ve zayıf durumda olduklarını ve yetkililerin bu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla ödevli olduklarını belirtmiştir (*Tarariyeva*, §73; *Sarban*, §77; *Mouisel*, §40). Mahkeme, cezaevlerinde bir şiddet potansiyeli bulunduğu ve tutulan kişilerin direnişinin çok çabuk ayaklanmaya dönüşebileceğinin farkındadır (*Satık ve Diğerleri*, §58). Mahkeme, cezaevinde güvenliği sağlamak veya düzeni korumak veya suç işlenmesini önlemek için gerekli olduğu takdirde güç kullanılabilceğini kabul etmiştir; ancak bu güç zorunlu hallerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır (*Ivan Vasilev*, §63).

Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kendi davranışı kesinlikle gerektirmediği halde fiziksel güç kullanılması insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki haklı ihlal eder (*Sheydayev*, §59; *Krastanov*, §53; ve *Vladimir Romanov*, §63). Cezaevinde tutuklu ve hükümlülere karşı güç kullanılması söz konusu olduğunda Mahkeme, ilk olarak bir olayda güç kullanılmasının iç hukuk hükümlerine uygun olup olmadığını (*Dedovskiy*, §83) ve ikinci olarak kullanılan gücün gerçekleştirilmek istenen amaçla orantılı olup olmadığını (*Vladimir Romanov*, §65) incelemektedir. Ayrıca Mahkeme, cezaevi yetkililerinin cezaevi sınırları içindeki bir olayla baş edebilmek için bir dış yardıma başvurmaları halinde, kullanılan gücün orantılı olup olmadığı meselesi dâhil, kullanılan güç nedeniyle hesap verilebilmesini sağlamak için, yapılan eylemi bağımsız olarak izleyebilecek bir yöntemin varlığının gerekli olduğunu düşünmektedir (*Satık ve Diğerleri*, §58).

Buca Cezaevinden mahkemeye götürülmek üzere bekleyen tutukluların aranmaya karşı direnmelerini kırmak amacıyla infaz koruma memurları ve içeriye alınan jandarmalar tarafından şiddet kullanıldığı ileri sürülmüştür. Hükümete göre ise, birbirlerine kenetlenen tutuklular cezaevi kapısına doğru yürümeye başlamışlar, kenetlenmiş durumda merdivenlerden inerken, birbirlerinin üstüne yıkılmışlar, merdiven parmaklıklarına ve duvara çarpmışlar ve bu şekilde yaralanmışlardır. Mahkeme'ye göre başvuruculardaki yaraların niteliği Hükümetin yaptığı açıklamaya uymamaktadır; başvurucuların protesto eylemine katıldıkları sırada kasten dövüldükleri iddiası Hükümet tarafından çürütülemez ve böylece 3. madde ihlal edilmiştir (*Satık ve Diğerleri*, §53-58).

Gömi ve Diğerleri – Türkiye davasında Ümraniye Cezaevinde Aralık 1995 ve Ocak 1996'da meydana gelen ve başvurucuların yakını olan 4 hükümlünün öldüğü ve 20 hükümlü ile birkaç görevlinin yaralandığı olaylarda Mahkeme, başvurucuların koğuş kapılarını kırarak koridorlara çıkmış olmalarını ve görevlilere karşı direnmelerini bir isyan olarak görmüş, kullanılan gücün amacını meşru savunma ve ayaklanma ve isyanı bastırma olarak kabul etmiştir. Mahkeme, görevlilerin silah kullanmamış olmalarını, göz yaşartıcı gaz, basınçlı su ve cop kullanma sonucu yaralanmaların meydana gelmiş olması nedeniyle davalı devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*Gömi ve Diğerleri*, §76-77).

Vladimir Romanov – Rusya davasında Mahkeme, başvurucunun tutulduğu cezaevindeki koğuştaki mahkûmların tekmelerle ve metal tabaklarla koğuş kapısına vurmalarının genel bir isyana dönüşme riski nedeniyle görevlilerinin koğuş kapısını açtıklarında, mahkûmların protestoyu kesmelerine ve ranzaların tepesine çıkmalarına rağmen aralarından bazılarını koğuştan çıkararak koridorda dövmelelerini ve başvurucunun dalağının

yırılmasına ve sırtında izler oluşacak şekilde lastik coplarla ağır surette dövmelemlerini işkence olarak nitelendirmiştir (*Vladimir Romanov, §58-70*). Mahkeme bu davada ilk olarak, cezaevi görevlilerinin hangi hallerde lastik cop kullanılabileceğine dair bir hukuki düzenleme bulunduğunu ve bu düzenlemede lastik cop kullanılabilecek hallerin sınırlı sayıda gösterildiğini kaydetmiş ve olayda lastik cop kullanılmasının iç hukuka uygun olup olmadığını ele almıştır. Mahkeme'ye göre öncelikle davalı devletin cezaevi disiplinini topluca ihlal gerekçesi geçerli değildir. Seçilen bazı kişilere ve özellikle aşırı davrandığı düşünülen kişilere coplarla vurulmuştur. Ayrıca görevlilerin başvuruca vurmaları başvuruca suçlandığı aşırı davranışla ağır bir şekilde orantısız olup, görevlilerin gerçekleştirmek istedikleri amaca da açıkça aykırıdır. Görevliler koğuşa girdikten sonra gürültü kesilmiş, fakat hükümlüler koğuşa boşaltmamışlar ve ranzaların tepesine çıkmışlardır. Bu durumda görevliler hükümlüleri koğuştan çıkarmak için fiziksel güç kullanabilirler, ancak bu sonucu elde etmek için bir hükümlüye copla vurulması gerekli değildir. Kaldı ki başvuruca aktif bir şekilde direndiği veya diğerlerini direnmeye teşvik ettiği kanıtlanmamıştır. Üstelik başvuruca koridora çıkarıldıktan sonra ve yere düştükten sonra bile kendisine vurulmaya devam edildiğini iddia etmiş, Hükümet ise bu iddiayı çürütememiştir. Mahkeme'ye göre bu durumda coplarla vurulması sırf bir misilleme veya bedensel ceza oluşturmuştur. Başvuruca emirlerle uyduktan ve koğuştan çıktıktan sonra bile dövülmesi bu muamelemlerin cezalandırma amacı güttüğünü ortaya koymaktadır.

Cezaevinde açlık grevinde zorla besleme

Devletin açlık grevi yapan bir tutuklu veya hükümlüyü zorla beslemesi, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder mi?

Açlık grevi, bir uygulama değişikliğini sağlamak gibi belirli bir hedefi gerçekleştirmek için yemek yememe şeklinde bir siyasal protesto eylemi olup, şiddet içermeyen bir direnme yöntemidir. Ancak bazı devletler bu direnme yöntemine bireyi zorla beslemek suretiyle şiddetle karşılık vermeyi tercih etmektedir. Dünya Tabipler Birliğinin 'Açlık Grevcileri hakkında Bildirisi'nde (Kasım 1991, Malta 43. toplantısı) açlık grevcisi, açlık grevi yapmaya karar verdiğini açıklayan ve önemli bir süre yiyecek ve/veya içecek almayı reddeden, akli yeterliliği bulunan bir kişi olarak tanımlanmıştır. Aynı Bildirinin 'yapay besleme' kenar başlıklı dördüncü paragrafında, bir açlık grevcisinin zihni bulanıklaştığında ve böylece sağlıklı karar veremeyecek hale geldiğinde veya komaya girdiğinde, hekimin bu hastasının açlık greviden önce verdiği kararı dikkate alarak, hastasının yararına olabileceğini düşündüğü bir tedavide bulunma kararı verebileceğini belirtilmektedir. Yine aynı Bildiriye göre açlık grevcileri, açlık grevine katılmaya zorlanmaya karşı korunmalıdır; bu durum diğer açlık grevcilerinin yanında uzaklaştırılmasını gerektirebilir. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 8 Nisan 1998 tarihli Tavsiye Kararında (Recommendation No. R (98) 7), açlık grevcilerine eylemlerinin fiziksel esenlikleri üzerindeki zararlı etkilerinin objektif bir şekilde anlatılmasını, hekimin görüşüne göre açlık grevcisinin sağlık durumu kötüleşmekte olduğu takdirde bu durumu yetkililere bildirmesini ve ulusal mevzuata göre tutum almasını tavsiye etmektedir (parag. 62-63).

Strasburg organları, bir kimseyi zorla beslemenin bazı koşullarda Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muamele olarak görülebilecek bazı unsurlar içerebileceğini kaydetmişlerdir. Strasburg organlarına göre, tutulan bir kimsenin açlık grevi yapması, bireyin fiziksel bütünlük hakkı ile Sözleşmeciler Devletinin Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşamı koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğü arasında kaçınılmaz bir çelişkiye yol açar ve bu çelişki bizzat Sözleşme tarafından çözülmüş değildir (*Nevmerzhitsky, §93*). Mahkeme'ye göre, tıbbın yerleşik ilkeleri açısından 'tedavinin gereği' olan bir tedbir, kural olarak insanlıkdışı veya aşağılayıcı olarak görülemez. Aynı şey, bilinçli olarak yemeği

reddeden bir tutuklu veya hükümlünün yaşamını korumayı amaçlayan bir zorla besleme için de söylenebilir (*Nevmerzhitky, §94*). O halde Mahkeme, zorla beslemeyi kategorik olarak reddetmemiştir. Ancak zorla beslemenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmemesi için şu şartları taşıması gerekir: i) zorla beslemenin tedavinin gereği bir tedbir olduğu ikna edici bir şekilde gösterilmelidir; ii) zorla besleme kararında usul güvencelerine uyulmuş olmalıdır; iii) zorla beslemeye tabi tutulma tarzı, Sözleşme'nin 3. maddesine göre Mahkeme tarafından düşünülen asgari ağırlık düzeyi eşliğini aşmamış olmalıdır (*Nevmerzhitky, §94*).

Açlık grevi yapan bir başvurucunun idrarında aseton miktarının yükseldiğini tespit eden cezaevi yetkililerinin başvurucuyu kalorifer borusuna ve sandalyeye bağlayarak, ağır açtırıcı kullanarak ve sonra yemek borusuna özel bir tüp sokularak zorla beslenmesi olayında Mahkeme, Hükümetin 'başvurucunun sağlık durumunun yaşamı tehdit edici olduğunu gösteren sağlık komisyonu raporunu' ve iç hukuka göre gerekli olan 'kurum başkanının mevcut bir kararını' sunmadığını ve böylece başvurucunun zorla beslenmesi için olayda 'tıbbi gereklilik' bulunduğu kanıtlanamadığı belirterek zorla beslemenin keyfi olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre olayda başvurucunun bilinçli bir şekilde yemeği reddetmesi karşısında usul koruyucularına saygı gösterilmemiştir. Zorla besleme tarzı Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence oluşturmuştur (*Nevmerzhitky, §96-98*).

Ciorap – Moldova davasında açlık grevi yapan başvurucunun yaşamının veya sağlığının ciddi tehlike içinde bulunduğunu gösteren bir sağlık raporu bulunmadığı halde zorla besleyen yetkililerin başvurucunun yararına hareket etmediklerini ve cezaevi yetkililerinin açlık grevlerini cezaevi düzeninin ihlali olarak gördüklerini tespit eden Mahkeme, zorla beslemenin başvurucunun devam eden protestosunu kırmayı amaçladığı görüşüne katılmış ve zorla besleme tarzını da işkence olarak nitelendirmiştir (*Ciorap, §83-9*).

Şiddet riskine maruz bırakmama

Bireyin doğrudan devlet görevlileri tarafından işkence veya kötü muameleyle tabi tutulmadığı, fakat öldürülebileceği veya işkenceye veya kötü muameleyle maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmesine karar verildiği zaman, Sözleşmeciler Devletin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sorumluluğu doğabilir.

Aslında Sözleşmeciler Devletlerin, yerleşik uluslararası hukuk ilkeleri gereğince ve Sözleşme gibi antlaşma hukukundan doğan yükümlülükleri çerçevesinde, yabancıların ülkeye girişini ve ikamet etmelerini kontrol etme ve kendilerini sınırdışı etme yetkileri vardır. Ayrıca siyasal sığınma hakkının Sözleşme'de veya Protokollerde yer almadığı da kaydedilmelidir (*Vilvarajah ve Diğerleri, 102; Abdolkhani ve Karimnia, §72*). O halde bir Sözleşmeciler Devlet, kural olarak, bir yabancıyı ülkeye kabul etmeyebilir; hukuka aykırı olarak ülkeye girmiş olan veya ülkede kalmaya çalışan bir yabancıyı sınırdışı edebilir veya bulunduğu ülkede suç işlemiş kişiyi geri gönderebilir; başka bir ülkede suç işlemiş biri olan yabancıyı o ülkeye geri verebilir.

Ne var ki devletin bu yetkileri, insan haklarını ihlal etme riskiyle sınırlıdır. 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesi, 'bir kimsenin diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde, Sözleşmeciler Devletin bu kimseyi sınırdışı etmesini, geri göndermesini veya geri vermesini' yasaklamaktadır.

Mahkeme'ye göre, bireyi yasaklanmış olan kötü muameleyle maruz bırakma şeklinde doğrudan sonuç doğuran bir işlemde bulunan devletin Sözleşme karşısında sorumluluğu doğabilir (*Soering, §91*). Bir Sözleşmeciler Devletin bir kimseyi sınırdışı edecek olması durumunda o kimsenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleyle maruz kalacağına

dair ‘gerçek bir risk’ ile karşılaşacağına inanmak için maddi sebepler gösterilmesi halinde, devletin Sözleşme gereğince sorumluluğunun doğabileceği Mahkeme’nin yerleşik içtihadı haline gelmiştir. Bu şartlarda Sözleşme’nin 3. maddesinin, söz konusu kişiyi o ülkeye göndermeme yükümlülüğü yüklediği söylenebilir (*Chahal, §74; Saadi [BD], §125*).

Bu bağlamda Sözleşme’nin 3. maddesi, başka bir ülkede suç işlemiş olup Sözleşmeci Devletin ülkesinde bulunan bir kaçağın ‘geri verilmesi’ (extradition) kararlarına (*Soering, §91*) uygulanabilir olduğu gibi, Sözleşmeci Devletin ülkesine hukuka aykırı olarak girmek isteyen veya sığınma talebi reddedilen bir sığınmacının (asylum seeker) ülkesine geri gönderilmek üzere ‘sınırdışı etme’ (expulsion) kararlarına da (*Cruz Varas, 70*) uygulanabilir. Mahkeme, bu tür kararlar olmadan fiili sınırdışı etme işlemlerine karşı da Sözleşme’nin 3. maddesinin uygulanabilir olduğunu ve karara dayanmaksızın sınırdışı edilenlerin de mağdurluk statüsü bulunduğunu kabul etmiştir (*Abdolkhani ve Karimnia, §52-55*).

Bu bağlamda Sözleşme’nin 3. maddesi ne tür ‘risk’lere uygulanabilir? Bunlar kişinin gönderileceği ülkenin iç hukukundan ve uygulamasından kaynaklanan riskler olabilir: ‘Ölüm cezası’, ‘ölüm koridoru olgusu’, ‘bedensel ceza’ gibi. Öte yandan kişinin gönderileceği ülkedeki fiili durumdan kaynaklanan riskler de söz konusu olabilir: Devlet görevlileri veya özel gruplar veya kişiler tarafından ‘öldürülme veya işkence veya kötü muameleyle tabi tutulma riski’ gibi. Mahkeme, ölümcül bir hastalığı bulunan kişinin gönderilmesinin kendisini ‘gerilimli bir ortamda ölüm riski’ altına sokacak olmasını, bu bağlamda bir risk olarak kabul etmiştir (*D. – Birleşik Krallık, §46-54*).

Riskin gerçekliği hangi kriterlere göre tayin edilir? Mahkeme’nin riskin gerçek olup olmadığını tayin ederken, üç noktayı incelediği söylenebilir: i) başvurunun özel koşulları; ii) gönderileceği ülkedeki genel durum; iii) geri gönderme kararının verilmesinde yeterli esas ve usule ilişkin güvenceler bulunup bulunmaması. Riskin varlığı değerlendirilirken, bireyin 3. maddeyle yasaklanan muameleleri görmeyeceğine dair kişinin gideceği ülkenin gönderen ülkeye verdiği ‘güvenceler’ dikkate alınır; ancak bu güvenceler her zaman belirleyici değildir, güvenceler yetersiz olabilir veya karşı deliller ağır basabilir.

Riskin varlığı hangi aşamadaki bilgilere göre tayin edilir? Hakkında karar verildiği halde birey henüz sınırdışı edilmemiş veya geri verilmemiş ise, Mahkeme bu riski karar tarihindeki bilgilere dayanarak tayin eder (*Saadi, §133*). Birey sınırdışı edilmiş veya geri verilmiş ise, riskin varlığı esas itibarıyla sınırdışı etme veya geri verme tarihinde Sözleşmeci Devlet tarafından bilinen veya bilinmesi gereken olaylara dayanarak tayin eder. Ama sınırdışı etme veya geri verme işleminden sonra da ortaya çıkan bilgileri de göz önünde tutulabilir (*Mamatkulov ve Askarov, §69*).

Kural olarak başvurunun kendisine yönelik somut bir riskin varlığını göstermesi gerekir. Ancak bireyin sistematik olarak kötü muamele pratiğine maruz kalan bir grubun üyesi olduğunu iddia ettiği olaylarda, başvurunun böyle bir pratiğin varlığına inanmak için ciddi sebeplerin bulunduğunu ve kendisinin de söz konusu grubun üyesi olduğunu ortaya koyması halinde, Sözleşme’nin 3. maddesinin koruması devreye girer (*Saadi §132*). Böyle bir durumda Mahkeme, Sözleşme’nin sağladığı korumayı kâğıt üzerinde bırakacak şekilde başvurunun özel bir takım unsurların varlığını göstermesini aramaz; bu konu başvurunun anlatımı ve söz konusu grubun bulunduğu ülkedeki durum hakkındaki bilginin ışığında karara bağlanır (*Salah Sheekh, §148*).

Ölüm cezası uygulanabilecek ülkeye gönderme

Bireyin gönderileceği ülkede ‘ölüm cezası’ ile yargılanacak olması veya bu cezasının infaz edilecek olması, geri verme kararını kendiliğinden Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı hale getirir mi?

Komisyon önüne gelen 1972 tarihli bir başvuruda, Fas Hava Kuvvetlerinden bir subayın başarısız darbe teşebbüsünden sonra kaçtığı Cebelitarık'tan istediği siyasi sığınma talebi İngiliz makamları tarafından reddedilmiş ve ertesi gün Fas'a geri gönderilmiş, yargılanıp olup ölüm cezasına mahkûm edildikten sonra Ocak 1973'te cezası infaz edilmiştir. Eşin başvurusu, Birleşik Krallık'ın Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal iddiasını kabul etmeksizin 37,500 Alman Mark ödenmesi karşılığında Komisyon önünde dostane çözümlerle sonuçlanmış (*Amekrane – Birleşik Krallık, Komiyon Raporu, no. 5961/72*) ve böylece konu esastan tartışılmamıştır. Öte yandan Komisyon, barış zamanı suçlar bakımından ölüm cezasını kaldıran Sözleşme'ye Ek 6. Protokolü onaylamış bir Sözleşmeci Devletin, geri vereceği ülkede ölüm cezasıyla yargılanacak bir kimseyi talep eden ülkeye geri vermesi halinde, 6. Protokolün 1. maddesi bakımından sorumluluğunun doğabileceğine işaret etmiştir (*Aylor-Davis – Fransa, [k.k.], no. 22742/93*). Sözleşmeci Devletin böyle bir sorumlulukla karşılaşma ihtimalini ancak, bireyin geri verileceği ülkede ölüm cezasıyla yargılanmayacağına ve ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair alacağı 'güvence' ortadan kaldırılabılır. Yukarıda sözü edilen Komisyon kararına konu olan olayda Fransa, bireyi geri vereceği ABD'nin Texas Eyaletinde ölüm cezasıyla karşılaşmayacağına dair güvence aldığı için, Komisyon bu başvuruyu açıkça temelsiz bulmuştur.

Mamatkulov ve Askarov – Türkiye davasında Türkiye, Özbekistan Cumhurbaşkanı suikast düzenleme suçundan yargılanacak olan iki kişiyi, henüz 6. Protokolü onaylamadan önce 27 Mart 1999'da, Özbekistan'dan başvuruçuların ölüm cezasına mahkûm edilmeyecekleri, işkence görmeyecekleri ve mallarının genel müsadereye tabi tutulmayacakları güvencelerini aldıktan sonra geri vermiştir. Mahkeme, geri verildikten sonra hapis cezalarına çarptırılan başvuruçular için Türkiye'nin geri vermeden önce aldığı ve Mahkeme'ye bildirdiği bu güvenceleri yeterli görmüş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Mamatkulov ve Askarov [BD], §66-70*).

Mahkeme *Bader ve Kandor – İsveç* davasında, bir Sözleşmeci Devletin, açıkça adil yargılamadan yoksun bir şekilde ölüm cezasına çarptırıldığı veya çarptırılacağı bir ülkeye gönderilme riski altında bulunan bir yabancıyı göndermesi halinde, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleriyle ilgili bir sorunun doğabileceğini belirtmiştir (*Bader ve Kanbor, §42*). Bu davada Suriye vatanında olan başvuruçuyu öldürme suçuna karıştığı iddiasıyla giyabında yargılanmış ve ölüm cezasına mahkûm edilmiş, geldiği İsveç'ten sığınma talebi reddedilmiş ve ülkesine gönderilmesine karar verilmiştir. Mahkeme, İsveç'in Suriye'den başvuruçunun yeniden yargılanacağına ve ölüm cezasına mahkûm edilmeyeceğine veya infaz edilmeyeceğine dair bir güvence almadan ülkesine göndermesinin, başvuruçuyu ağır bir risk altına sokacağını kaydetmiştir. Mahkeme, başvuruçunun yeniden yargılanacak olması halinde de kısa ve savunma hakları göz ardı edilerek yargılanacak olmasının adil yargılanma hakkını açıkça ihlal edeceğini belirtmiş, böyle bir durumda gönderilmesinin başvuruçuda korku ve üzüntü yaratacağını ifade ederek, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerin ihlal edileceği sonucuna varmıştır (*Bader ve Kanbor, §45-48*).

Ölüm koridoru yaşayabileceği ülkeye gönderme

Sözleşme'nin 3. maddesi, bireyi ölüm cezasının infaz sürecinde yaşayacağı 'ölüm koridoru olgusu'na maruz bırakan bir geri verme kararı halinde de uygulanır (*Soering, §81-91*). Ölüm koridoru olgusu, bireye ölüm cezası verilmesi halinde maruz kalacağı tutulma koşullarında meydana gelen bir olgu olarak tanımlanır.

Mahkeme, ölüm cezasına mahkûm edilen kişinin özel koşulları ve işlenmiş olan suçun ağırlığıyla orantısızlığını, infazı beklerken tutulma koşullarını, bu cezaya mahkûm edilen kişi tarafından görülecek muamele veya cezayı, ölüm koridoru olgusunu Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasak kapsamına sokabilecek faktörlere örnek olarak göstermiştir (*Soering, §104*). Öğrenci olarak bulunduğu ABD'nin Virginia Eyaletinde sevgilisinin anne ve ba-

basını sevgiliyle birlikte bıçakla öldürdükten sonra Birleşik Krallık'a gelen Alman vatan-dışı başvurunun ABD'ye geri verilmesi kararının 3. maddeyi ihlal ettiği iddiasını ele alan Mahkeme, Virginia'da ölüm cezasına mahkûm edilmiş bir kişinin infaz edilmeden önce ölüm koridorunda bekleyebileceği sürenin ortalama 6 yıl ile 8 yıl arasında uzun bir süre olduğunu belirtir. Mahkeme ölüm koridorunda tutulduğu süre içinde ölüm cezasına çarptırılmış mahkûmların emniyeti için aşırı güvenlik tedbirlerine tabi tutulmasının ağırlığını, suçun işlendiği sırada 18 yaşında bulunan başvurunun yaş ve mevcut psikiyatrik delillere göre akli durumunun, ölüm koridoru muamelesini Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına sokmaya katkıda bulunduğunu dikkate alarak, geri verilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır (*Soering, §106-110*). Aynı olayda İngiliz makamları, ABD'den başvurunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde bunun infaz edilmeyeceği konusunda güvence verilmesini istemişlerdir. ABD makamları ise, başvurunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde cezanın infaz edilmemesi için İngiltere'nin isteğinin cezayı onaylamakla yetkili makamlara bildirileceği konusunda hafif bir güvence vermişlerdir. Mahkeme bu güvenceyi yeterli görmemiştir. Mahkeme'ye göre objektif olarak bakıldığında, ceza verilmesi aşamasında yargıca, Birleşik Krallık'ın arzusunun bildirileceği taahhüdünün, ölüm cezası verilmesi riskini ortadan kaldırdığı söylenemez. Mahkeme'nin, başvurunun ölüm cezasıyla cezalandırılma ve böylece 'ölüm koridoru olgusunu' yaşama riskiyle karşılaşmayacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunmadığına karar vermesi beklenemez (*Soering, §98*).

Bedensel ceza uygulanabilecek ülkeye gönderme

Bireyin geri gönderileceği ülkede suçlandığı fiilin ve verilebilecek cezanın niteliği de söz konusu riskin değerlendirilmesinde dikkate alınan faktörlerdendir. Bireye verilecek cezanın 'bedensel ceza' gibi Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir ceza olması halinde, Sözleşmeciler Devlet geri göndermemekle yükümlüdür.

Türkiye, İran uyruklu bayan başvurunun zina suçu işlediği ülkesine geri gönderme halinde taşlanarak öldürülme veya kırbaçlanma riski bulunduğu halde, başvurunun geri gönderilmesine karar vermiştir. Mahkeme, başvurunun geri gönderilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine karar verirken, başvurunun kendi ülkesindeki durumun artık zina eylemlerinin İslam hukukuna göre cezalandırılabilir bir eylem olarak kabul edilmediği yönünde bir gelişme bulunmadığını ve zina suçlusunun taşlanarak cezalandırılmasının hala kanunda yer aldığını ve yetkili makamlar tarafından kullanılabilirliğini kaydetmiştir (*Jabari, §42*).

D. ve Diğerleri – Türkiye davasında erkeğin Kürt kökenli bir Sünni ve kadının Azeri kökenli bir Şii olduğu iki İran vatan-dışı başvuru, kadının babasının ve ağabeyinin muhalefetine rağmen Sünni dini törenle evlenmişlerdir. Yerel İslam mahkemesi, bu evliliği tanımamış, başvuru-bunların üzerine bir kez de Şii usulle evlenmişler, ancak yerel mahkeme Ceza Kanununun 88. maddesindeki evlilik dışı ilişki suçunun işlendiği gerekçesiyle her birine 100'er kırbaç cezası vermiş, erkeğin cezası infaz edilmiş, kadının cezası hamileliği ve doğum sonrası sağlık durumu nedeniyle bir süre ertelenmiş, ancak daha fazla ertelenmeyeceği belirtilerek 50 kırbaç olmak üzere iki bölümde infaz edilmesine karar verilmiştir. Kadın başvuru-cezadan kurtulmak için çocuğu ile birlikte 22 Kasım 1999'da pasaportuyla, erkek başvuru-cu da kaçakçıların yardımıyla Türkiye'ye gelmiştir. Türkiye başvuru-culara daimi sığınmacı statüsü vermemiştir. Başvuru-cular her an İran'a geri gönderilme riski altındadırlar. Mahkeme, İran'da zina veya evlilik dışı ilişki gibi ahlaka aykırı suçlardan yargısal bedensel ceza verildiğini, geçen zaman içinde durumun değişmediğini kaydederek ve bu durumun Türk makamları tarafından bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini, bu cezanın 'insanlıkdışı' bir ceza olduğunu, *Jabari* davasında bedensel ceza verilmesi riski olduğu halde mevcut davada bedensel cezanın verilmiş oldu-

ğunu ve infazının açık ve yakın olduğunu kaydederek, başvurucuların İran'a gönderilmek üzere sınırdışı edilmeleri halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır (*D. ve Diğerleri – Türkiye, §45-54*).

Öldürülebileceği veya işkence görebileceği ülkeye gönderme

Ülkenin vatandaşı olmayan bir kimsenin sınırdışı edilmesine veya geri verilmesine karar verilmiş ise ve bu bireyin gönderileceği ülkede öldürülebileceğini veya işkenceye tabi tutulabileceğine dair bir iddiası varsa, gerçek bir riskin bulunup bulunmadığını tespit sorunu ortaya çıkar. Mahkeme, gerçek riskin varlığı halinde, birey henüz gönderilmemiş ise 'gönderilmesi halinde 3. maddenin ihlal edileceği', gönderilmiş ise bu 'gönderme nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiği' sonucuna varabilir.

Bireye karşı risk, gönderileceği ülkedeki kamu görevlilerinin davranışlarından kaynaklanabileceği gibi, kamu görevlisi olmayan kişilerin davranışlarından da kaynaklanabilir. Sözleşme'nin 3. maddesi, bu bağlamda riskin kamu görevlisi olmayan kişilerden veya gruplardan kaynaklandığı hallerde de uygulanır (*H.L.R. – Fransa, §40*). Ayrıca kötü muamele riski, bireyin gönderileceği ülkede görevli veya özel kişilerin eylemlerinden değil, sağlık koşullarındaki yetersizliklerden de kaynaklanabilir. Mahkeme bu bağlamda Sözleşme'nin 3. maddesinin korumasını, olayın istisnai koşulları ve insani düşüncelerle, ölümcül hastalığı bulunan ve gönderileceği ülkede tedavisine devam edilemeyecek başvurucuları kapsayacak şekilde genişletmiştir (*D. – Birleşik Krallık, §46-54; Ben Said, §34-5*).

Kötü muamele riskinin değerlendirilmesiyle ilgili olarak Mahkeme şu ilkeleri tespit etmiştir: i) Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir kötü muameleyle ilgili gerçek bir riskin varlığına inanmak için maddi sebeplerin bulunup bulunmadığını belirlerken, meseleyi önündeki mevcut, gerekirse kendisinin re'sen toplayacağı bütün materyaller ışığında değerlendirir. ii) Bu tür davalarda Sözleşmecî Devletin sorumluluğu, bireyi kötü muamele riskine maruz bırakma işlemiyle ortaya çıktığından, riskin varlığı öncelikle sınırdışı etme tarihinde Sözleşmecî Devletin bildiği veya bilmesi gereken olaylara dayanılarak değerlendirilir. Fakat Mahkeme'nin sınırdışı etmeden sonra gün ışığına çıkan olayları dikkate almasına bir engel yoktur. Bu bilgiler, Sözleşmecî Devlet tarafından yapılan değerlendirmenin teyit edilmesinde veya çürütülmesinde, ayrıca başvurucunun kaygılarının temeli olup olmadığı konusunda değer taşır. iii) Kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir; bu asgari düzeyin değerlendirilmesi işin doğası gereği görecelidir; olayın içinde bulunduğu şartlara bağlıdır (*Vilvarajah ve Diğerleri, §107*). Bu ilkelerden çıkan sonuca göre bu meselenin incelenmesi, kişinin gönderileceği ülkede o tarihteki 'genel koşullar' ile 'başvurucunun kişisel durumu' ışığında, geri göndermenin öngörülebilir sonuçları üzerinde odaklanmaktadır (*Vilvarajah ve Diğerleri, §108*).

Mahkeme riskin varlığını 'başvurucunun özel koşulları', 'gönderileceği ülkedeki genel durum' ve 'geri gönderme kararının verilmesinde yeterli esas ve usule ilişkin güvenceler bulunup bulunmaması' kriterleri açısından incelediği ilk davada, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Eşi ve çocuklarıyla birlikte Haziran 1987'de Şili'den İsveç'e gelen bir başvurucu siyasal sığınma talebinde bulunmuş, ancak İsveç Hükümeti başvurucunun bu talebini reddederek Ekim 1989'da başvurucuyu ülkesine geri göndermiştir. Mahkeme, başvurucunun kişisel durumuyla ilgili koşulları incelerken, başvurucunun bulunduğu tıbbi delillerin başvurucunun geçmişte insanlıkdışı muameleye tabi tutulmuş olduğunu desteklemekle birlikte, İsveç'teki ilk sorgusunda itibaren 18 ay boyunca geçmişteki gizli faaliyetleri ve Şili polislerinin kendisine işkence yaptığı konusunda sessiz kalmış olmasının kendisinin güvenilirliği üzerinde kuşku uyardığını, başvurucunun her polis sorgusunda sürekli öyküsünü değiştirmesinin ve gizli

siyasi faaliyetleri konusunda kanıt bulunmamasının kuşkuyu artırdığını, başvurucağın geri gönderilmesi nedeniyle ruhsal bir travmaya uğradığına dair bir doktor raporu da bulunmadığını kaydetmiştir. Ayrıca Mahkeme başvurucağın gönderileceği ülkedeki genel koşullarla ilgili olarak, Şili’de siyasal durumun iyileşmesine ve aslında İsveç’ten ve başka ülkelerden çok sayıda mültecinin gönüllü olarak ülkelerine dönmelerine yol açan demokratik gelişmenin sürdüğünü dikkate almıştır. Mahkeme, İsveç makamlarının 1973’ten beri İsveç’e çok sayıda Şili’li sığınmacının gelmiş olması nedeniyle mevcut durumu değerlendirme konusunda özel bir bilgiye ve deneyime sahip olduklarını, başvurucağın geri gönderilmesi kararının derin incelemelerden sonra verildiğini kaydetmiştir. Nihayet Mahkeme, başvurucağın korkularının maddi temeli bulunmadığı ve dolayısıyla başvurucağın sınır dışı edilmesinin Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*Cruz Varas, §77-84*).

Riskin ‘ihtimal’ değil, ‘gerçek’ olması gerekir. Mahkeme’ye göre, geri göndermeden sonra birey kötü muamele görmüş olsa bile, geri gönderme tarihinde koşullar incelenecek olduğundan, bu tarihte sırf kötü muameleyle maruz kalmaya dair sadece bir ‘ihtimal’ bulunması, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edilecek olmasına karar vermek için yeterli değildir. Sri Lanka’da kötü muameleyle maruz kalmış olan Tamil etnik kökenli Sri Lanka vatandaşı beş başvurucağ, 1987 yılında çeşitli tarihlerde geldikleri Birleşik Krallık Hükümeti’nden sığınma istemişlerdir. Başvurucağların talepleri Birleşik Krallık makamları tarafından normal göçmen usullerine göre incelenip reddedilmiş ve Sri Lanka’ya geri gönderilmişlerdir. Dört başvurucağ döndüklerinde kötü muameleyle tabi tutulduklarını iddia etmişlerdir. Başvurucağlar yeniden Birleşik Krallık’a geldiklerinde kendilerine oturma izni verilmiştir. Mahkeme, başvurucağları geri gönderildikleri Şubat 1988 tarihinde, karışıklığın olduğu Sri Lanka’nın kuzey ve doğu bölgelerindeki durumda bir iyileşme olduğunu, Temmuz 1987’de yapılan anlaşma gereğince Hindistan Barış Gücünün hâkimiyeti sağladığını ve asıl çatışmanın sona erdiğini tespit etmiş, ancak bu anlaşmayı reddeden Tamil militanları ile Barış gücü arasında nadiren çatışmalar olduğunu, bununla birlikte Birleşmiş Milletler gönüllü eve dönüş programının işlemeye başladığını ve Şubat 1988’de çok sayıda Tamilin Sri Lanka’ya döndüğünü kaydetmiştir. Başvurucağların geçmişleri ve genel durumla ilgili olarak, başvurucağların durumunun Tamil toplumunun genelinden daha kötü olmadığını, durumun tam olarak düzelmemiş olması nedeniyle, başvurucağların durumunda olduğu gibi bazılarının gözaltına alınıp kötü muamele görme ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, böyle bir durumda sırf kötü muamele görme ihtimalinin, kendiliğinden Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal etmediğini, bazı başvurucağlar geri gönderildikten sonra kötü muameleyle tabi tutulmuş olsalar bile, geri gönderme kararı veren Bakanlığın bu başvurucağların böyle bir muameleyle maruz kalacaklarını öngörmesini sağlayacak özel bir durum bulunmadığını; bazı başvurucağların kimlik belgeleri bulunmaksızın geri gönderilmiş olmalarının kendilerini 3. madde eşliğini aşacak bir muamele riskine maruz bırakmadığını ifade etmiştir. Mahkeme aynı davada, Birleşik Krallık makamlarının Sri Lanka’dan gelen çok sayıda sığınmacı nedeniyle bilgiye ve deneyime sahip olduklarını Sri Lanka’daki mevcut durum ve Tamil toplumu açısından eldeki bilgi birikimiyle, her birinin şahsi durumunun Bakanlık tarafından titizlikle incelendiğini kaydetmiş ve sonuç olarak 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Vilvarajah ve Diğerleri, §109-114*).

Fransa, El Kaide ile bağlantılı radikal İslami bir grup üyesi olmakla ve intihar bombacı olarak terör faaliyetine hazırlanmakla suçlayıp mahkûm ettiği Cezayir kökenli başvurucağın cezasını çektikten sonra ülkesine sınır dışı edilmesine karar vermiştir. Mahkeme, BM İşkenceye Karşı Komitenin raporlarına, Uluslararası Af Örgütünün raporlarına, Human Rights Watch’un raporlarına, ABD yıllık İnsan Hakları Raporlarına ve Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığının raporlarına dayanarak, terör eylemlerine karış-

mış Cezayirliilerin Cezayir İstihbarat ve Emniyet Teşkilatı tarafından yakalanıp gözaltına alındıklarını, adli amaçla değil ama sırf bilgi toplamak için sorgulandıklarını, bu kişilerin gözaltında tutulmaya itiraz hakları bulunmadan ve bir avukat veya doktor veya aile üyesi ile görüştürülmeden tutulduklarını ve böylece işkence ve kötü muameleye tabi tutulabileceklerini belirtmiş ve başvurucunun ülkesine sınırdışı edilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır (*Daoudi*, §64-73).

Bireyin bulunduğu ülkedeki kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunması, gönderileceği ülkede maruz kalacağı riskin gerçekliğini hafifletmez. Bir başka deyişle, yabancı'nın gönderileceği ülkede 3. maddeye aykırı bir muameleyle karşılaşacağına dair gerçek bir risk varsa, halen bulunduğu ülkede kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunmuş olması, geri gönderilmesini haklı kılmaz. Çünkü Sözleşme'nin 3. maddesi, başvurucunun eylemi ne olursa olsun, işkence ve kötü muameleyi mutlak bir şekilde yasaklamaktadır. Hindistan'da işkence görmüş bir ayrılıkçı Sih militanı olan başvurucu, bulunduğu Birleşik Krallık'ta da bazı faaliyetleri nedeniyle defalarca gözaltına alınmış ve hapis cezalarına mahkûm edilmiştir. İçişleri Bakanlığı 27 Temmuz 1992'de, başvurucunun Birleşik Krallık'ta kalmasının, ulusal güvenlik ile uluslararası terörizmle mücadele bakımından uygun olmadığı gerekçesiyle başvurucunun Hindistan'a geri gönderilmesine karar vermiştir. Birleşik Krallık Hükümeti Mahkeme önünde, Sözleşme'nin 3. maddesinin sağladığı korumanın mutlak olmadığını, sınırdışı etme kararı ulusal güvenlik gerekçesine dayanıyorsa bu güvencenin zimnen sınırlı olduğunu; ayrıca, bireyin gönderileceği ülkede kötü muamele riski konusunda şüpheler varsa, bulunduğu ülkedeki ulusal güvenlik tehdidinin ağır bastığını iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre ise gerçek bir risk varsa, Sözleşme'nin Devletin o kimseyi bu tür muamelelere karşı koruma sorumluluğu söz konusudur; kişinin faaliyetleri ne kadar tehlikeli olursa olsun, önemli değildir; dolayısıyla kötü muamele riski, sınırdışı etme gerekçeleriyle dengelenemez (*Chahal*, §79-81). *Ahmed – Avusturya* davasında, kendisine mülteci statüsü tanınan bir başvurucunun, daha sonra gasp suçu işlemesi üzerine, vatandaşı olduğu Somali'deki durumda bir değişiklik olup olmadığı incelenmeksizin mültecilik statüsünün kaldırılarak geri gönderilmesine karar verilmesi, Mahkeme'ye göre Somali'deki durum hala değişmediğinden, geri gönderilmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecektir (*Ahmed*, §42-44).

Bireyin gönderileceği ülkede kötü muamele riskine karşı korunabilmesi için, sınırdan geri çevirme veya sınırdışı etme işlemlerine karşı başvuru yolunun bulunması yetmez; bu hukuk yoluna başvurma etkili olmalı ve geri çevirme veya sınırdışı etme işlemini otomatik olarak durdurucu bir etkiye sahip olmalıdır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 13. maddesi ve diğer maddeleri, sırf bir niyet beyanı değil ama bir güvence olarak görülmelidirler; bu durum Sözleşme'nin bütün maddelerine ilişkin olan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri ve hukukun üstünlüğünün bir sonucudur (*Gebremedhin [Gaberamadhien]*, §66). Mahkeme, başvurucunun ülkeye girdikten sonra beş gün içinde sığınma başvurusunda bulunmadığı gerekçesiyle risk incelemesi yapılmaksızın sığınma talebinin reddedilmesini Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre olayda Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele riskinden kaygılanmak için esaslı sebepler bulunduğu iddiasını bağımsız ve titiz bir şekilde inceleme şartı yerine getirilmemiştir (*Jabari*, §50). Yine Mahkeme, sınırda bekleme bölümünde tutulan başvurucunun sınırdan geri çevrilme işlemine karşı yaptığı başvurunun bu işlemi durdurucu etkiye sahip olmamasını Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı görmüştür (*Gebremedhin [Gaberamadhien]*, §66-7).

Türkiye, İran vatandaşı Halkın Mücahitleri Örgütü eski üyeleri olan iki başvurucuyu geldikleri Irak sınırından geri göndermiş, başvurucuların yeniden Türkiye'ye girmelerinin ardından sığınma taleplerini reddetmiş ve İran'a sınırdışı etme teşebbüsünde bulunmuştur. Başvurucular, Arapça konuşup Farsça anlamıyor gibi davranarak sınırdışı edilmelelerine engel olmuşlardır. Mahkeme, İran'da Halkın Mücahitleri Örgütü üyelerinin ölüm

cezası, işkence ve kötü muamele riskine maruz kaldıklarını kaydederek başvuruçuların İran'a veya Irak'a sınırdışı edilmeleri halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceği, öte yandan başvuruçular hakkında verilmiş sınırdışı etme kararları kendilerine tebliğ edilmediğinden bunlara karşı yargı yolunu kullanamadıkları, ayrıca sınırdışı etme kararlarına karşı başvurunun işlemleri durdurucu etkisi bulunmadığı için Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Abdolkhani ve Karimnia*, §90-91, 107-117).

İnsanlık dışı cezalar vermeme

Ölüm cezası

Ölüm cezası (death penalty/capital punishment), Sözleşme'nin 2. maddesinde yer almakla birlikte, bazı koşullarda Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında bir sorun doğurabilir. Mahkeme'ye göre adil olmayan bir yargılamanın ardından bir kişiye ölüm cezası vermek, bu kişiyi haksız yere idam edileceği korkusuna maruz bırakmak demektir. Kararın uygulanacağına ilişkin gerçek bir olasılığın var olduğu durumlarda, ölüm cezasının yol açacağı geleceğe dair korku ve belirsizlik duyguları, önemli derecede üzüntüye neden olur. Bu tür bir üzüntü, insan hayatının tehlikede olduğu düşünüldüğünde, Sözleşme bakımından hukuka aykırı olan kararın temelini oluşturan işlemlerin adaletsizliğinden soyutlanamaz (*Öcalan [BD]*, 169). Bu ilkeler ışığında Mahkeme, Türkiye'nin henüz ölüm cezasını kaldırmadığı bir dönemde, başvuruçuya bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışmaya açık bir mahkeme tarafından adil olmayan bir yargılama sonucu ölüm cezası verilmesinin, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden insanlık dışı bir muamele oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Öcalan [BD]*, 175). Mahkeme ölüm cezasının bazı hallerde kendiliğinden insanlık dışı muamele oluşturduğunu kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, 1989 yılında ölüm cezasına mahkûm edildikten bir yıl kadar sonra ölüm cezalarını infaz etmeme moratoryumu ilan etmiş olan Bulgaristan'daki bir başvuruçunun ölüm cezasının kaldırıldığı 1998 yılına kadar infaz edilmemiş olmasını, insanlık dışı muameleye aykırı görmemiştir (*Jorgov*, §74-79).

Halen Sözleşme'nin 2(1). fıkrasındaki ölüm cezasıyla ilgili hüküm kaldırılmamış olmakla birlikte, barış zamanı suçlar bakımından ölüm cezasını kaldıran Sözleşme'ye ek 6. Protokole Avrupa Konseyine üye 46 devlet tarafından taraf olduğundan, Avrupa 'ölüm cezasından arındırılmış' bir bölge olarak görülebilir; dolayısıyla mevcut duruma göre ölüm cezası bakımından da 3. madde sorunu doğmayacağı düşünmek mümkündür.

Bedensel ceza

Bedensel ceza, bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanmasıdır. Mahkeme'ye göre, kanunla düzenlenen, ulusal mahkeme tarafından hükmedilen ve devletin polisi tarafından infaz edilen bir 'yargısal bedensel ceza', kurumsallaştırılmış bir şiddettir (*Tyner*, §33). Mahkeme, Man Adası Çocuk Mahkemesi tarafından 15 yaşındaki çocuğa verilen ve hekim kontrolünde, kapalı olarak polis karakolunda infaz edilen üç kez sopa vurma cezasını, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir aşağılayıcı ceza olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre bu cezanın başvuruçuya müessir fiil suçu işlemiş olması nedeniyle verilmiş olmasının, hapis cezasına bir alternatif olmasının veya Man Adası halkının çoğunluğu tarafından benimsenen bir ceza olmasının bir önemi yoktur (*Tyner*, §31 ve 34); ayrıca, başvuruçunun kendi gözünde aşağılanmış olması yeterlidir.

Mahkeme disiplin amacıyla 'okulda bedensel ceza'yı Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından incelemiştir. Özel bir okulda, disiplinsiz hareketleri nedeniyle yedi yaşındaki çocuğun kaba etine terlikle üç kez hafifçe vurulması cezası verildikten üç gün sonra okul müdürü tarafından uygulanması, aşağılayıcı bir ceza oluşturmamıştır (*Costello-Roberts*, §29-32).

Mahkeme, *Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık* davasında, bazı okullarda öğretmenler tarafından öğrencilerin ellerine kayışla vurulmak suretiyle bedensel ceza uygulamasını, birinci başvuru için okulda bedensel ceza uygulanmayacağı güvencesi verilmemesi, ikinci başvuru için çocuğuna verilen bedensel cezaların uygulanmasına karşı çıkılması üzerine okuldan kaydının silinmesi nedeniyle aşağılayıcı ceza şikâyetlerini incelemiştir. Mahkeme bu olayda başvuru sahiplerinin çocuklarının bedensel cezayla karşılaşma riski veya tehdidi nedeniyle ruhsal durumlarının olumsuz etkilendiğinin bir sağlık raporuyla gösterilemediği gerekçesiyle 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Campbell ve Cosans*, §30).

Sözleşme'nin 3. maddesi, çocukları, 'anne babanın bedensel ceza' uygulamalarına karşı da korur. Üvey baba, dokuz yaşındaki yaramaz bir çocuğu 3. madde kapsamına girecek ağırlıkta, birkaç kez sayıyla dövmüş, yargılanan üvey baba, uygulanan şiddet makul olduğu ve ebeveynin böyle bir hakkı bulunduğu gerekçesiyle beraat ettirilmiştir. Mahkeme'ye göre çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, kişi bütünlüğüne yönelik bu tür ağır ihlallere karşı devlet tarafından etkili bir caydırıcılıkla korunmalıdır; oysa iç hukuk başvuru çocuğa Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamele veya cezaya karşı yeterli koruma sağlamamıştır (*A. – Birleşik Krallık*, §23 ve 24).

Askerlik hizmeti sırasında yapılan bazı eylemler, 3. madde kapsamına giren bir ceza oluşturabilir. Mahkeme, zorunlu askerlik hizmeti yapmakta iken dizlerinden sorunları bulunduğu bilinen başvurucuya, koğu yeterince temizlemediği gerekçesiyle komutanları tarafından bir disiplin cezası olarak verilen 350 kez çökme kalkma hareketini, insanlıkdışı bir ceza olarak nitelendirmiştir (*Chember*, §57). Mahkeme bu davada, tutuklu ve hükümlüler için insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturabilecek birçok eylemin, silahlı kuvvetlerin özel misyonuna katkıda bulunmaları şartıyla askerlikte kötü muamele eşğine ulaşmayabileceğini kabul etmiş, ancak yine de, devletin bir kimsenin askerlik hizmetini insan onuruna saygıyla bağdaşan koşullarda yerine getirmesini sağlama ödevi bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre askeri eğitim usulleri ve yöntemleri, kişiyi askeri disiplinde kaçınılmaz olarak mevcut zorluğun düzeyini aşacak yoğunlukta sıkıntı veya ıstıraba tabi tutmamalı, bu hizmetin pratik gerekleri çerçevesinde kişinin sağlığı ve esenliği yeterince korunmalıdır. Mahkeme'ye göre olayda başvuru, fiziksel çöküşe kadar fiziksel egzersiz yapmaya zorlandığı, bu ceza, komutanları tarafından başvuru için özel sağlık sorunları bilinerek ve askeri bir gereklilik bulunmadığı halde kasten verildiği için, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

Hapis cezası

Hapis cezası gibi, bir kimseyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir, kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz, çünkü bir kimseyi özgürlükten yoksun bırakan meşru bir hapis cezası, zorunlu olarak küçük düşürme ve ıstırap unsuru içerir. Bir hapis cezasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sorun oluşturabilmesi için, küçük düşürme veya ıstırapın, meşru bir muamele veya cezada zorunlu olarak bulunan küçük düşürme veya ıstırap düzeyinin ötesine geçmesi gerekir (*Kudla*, §92-93). Yine bir cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'aşağılayıcı' olup olmadığı incelenirken, Mahkeme bu cezanın söz konusu kişide utandırma ve küçültme duyguları yaratma amacı bulunup bulunmadığına ve bu kimsenin kişiliğini Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdaşmayacak bir biçimde olumsuz etkileyip etkilemediğine bakar (*Albert ve Le Compte*, §22).

Kişinin yaşının düşüklüğü veya yüksekliği gibi objektif koşulların, hapis cezasının infazını otomatik olarak aşağılayıcı cezaya dönüştürücü bir etkisi olmadığı görülmektedir. Çocukların hapis cezasıyla cezalandırılmaları, asgari ceza yaşının çok düşük olmaması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmez. Birleşik Krallık'a karşı iki davada olay

tarihinde 10 yaşında bulunan iki çocuk başvuru 2 yaşındaki küçük bir çocuğu kaçı-
rıp öldürmesi dövmüşler ve tren yolu üzerine bırakmışlardır. Başvurucuların müdafileri,
asgari ceza sorumluluk yaşının düşük olduğu ve bu çocuklara hapis cezası verilmesinin
Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir ceza oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme,
bu konuda Avrupa Konseyi'nde geçerli olan standardı dikkate almayı düşünmüş, ancak
ortak bir asgari ceza sorumluluk yaşı bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, Birleşik
Krallık'ta asgari ceza sorumluluk yaşının 10 yaş olmasının, diğer ülkelerle karşılaştırdı-
ğında orantısız bir şekilde düşük olmadığını belirtmiş ve 3. maddenin ihlal edilmediği
sonucuna varmıştır (*T. – Birleşik Krallık, §72*). Öte yandan Sözleşme'de hapis cezası-
nın infazıyla ilgili azami yaş haddi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla
yaşlılığın, başlı başına hapis cezasının infazına engel bir durum olmadığı hatırlanma-
lıdır. Yaşlıların hapis cezalarının infazının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sorun
doğurması için, kişinin durumu ile tutulma koşulları birleştiğinde aşığılayıcı bir muamele
oluşturması gerekir.

Haksız verilen ve çektirilen bir hapis cezası, kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesini
ihlal eder mi? Komisyon, tanınmış dinlerin temsilcilerine askerlikten muafiyet getiren
yasaya ve Yehova Şahitliğini tanınmış din olarak kabul eden idare mahkemesi kararları-
na rağmen, başvuru askerlik kararının iptaline kadar yaklaşık 1 yıl hapsedil-
miş olmalarını Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine aykırı bulunduğu halde, bu hapis cezasının 3.
maddenin aradığı asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı sonucuna varmıştır (*no. 19233/91,
Komisyon Raporu, 7 Mart 1996*).

Mahkeme *Ülke – Türkiye* davasında, üniforma giymeyi reddettiği için halen sekiz kez
hapis cezasına çarptırılmış durumda bulunan vicdani reŕçi başvuru durumunu ince-
lemiştir. Mahkeme bu olayda başvuru pek çok kez kovuşturulmasına ve mahkûm
edilmesine karşın, aldığı cezaların başvuru askerlik hizmetinde bulunma yüküm-
lülüğünden muaf kıldığını, olayda uygulanan mevzuatın kişinin inançlarına dayalı
olarak askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinden kaynaklanan durumlarla başa
çıkabilecek bir araç olmadığını kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre verilen bu mahkûmiyet
kararları başvuru askerlik hizmetini yerine getirmesini sağlama amacıyla orantısız
olup, daha ziyade başvuru fikri şahsiyetini bastırmayı, onu küçük düşürebilecek
ve alçaltabilecek korku, kaygı ve zayıflık hisleri vermeyi, onun direncini ve iradesini
kırmayı amaçlamaktadır. Başvuru mecbur bırakıldığı ve neredeyse 'medeni ölüme'
yol açan kaçak yaşam da, demokratik bir toplumdaki ceza rejimiyle bağdaşmamaktadır.
Mahkeme, ağırlığı ve tekrarlayıcı niteliği göz önüne alındığında, her hangi bir hapis ceza-
sı veya tutmada mevcut olan ve olağan sayılan küçük düşürme unsurunun ötesine geçen
ciddi bir ıstıraba ve sıkıntıya yol açtığı kanaatine varmıştır (*Ülke, §60-62*).

Ömür boyu hapis cezası verilmesi, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder mi?
Mahkeme'ye göre yetişkin bir suçluya ömür boyu hapis cezası verilmesi, Sözleşme'nin
3. maddesi veya başka bir maddesiyle yasaklanmış olmayıp, 3. maddeyle bağdaşmaz
değildir. Fakat bir yetişkine verilen ve süresi gerçekten yaşamın bütününe kapsayan ve
bu sürenin azaltılamaz olduğu bir ömür boyu hapis cezası, Sözleşme'nin 3. maddesi ba-
kımından bir sorun doğurabilir. Bir ömür boyu hapis cezasının indirilemez ceza olup
olmadığı belirlenirken, ömür boyu hapis cezasına hükümlü olan kişinin salıverilme ola-
sılığının bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Bir ulusal hukuk sistemi, bir ömür boyu
hapis cezasını başka bir cezaya dönüştürme, indirme, sonlandırma veya koşullu salıverme
amacıyla denetlenmesine imkân vermesi halinde, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık
oluşmaz. Örneğin ömür boyu hapis cezasının asgari süresi çekildikten sonra denetimli
serbestlikle salıverilme için denetlenebilmesi halinde, ömür boyu hapis cezası hüküm-
lüsünün salıverilme ümidinden yoksun bırakıldığı söylenemez. Koşullu salıverilme için

asgari bir süre olmasa da ve hatta ömür boyu hapis cezası hükümlüsünün salıverilme imkânı sınırlı da olsa, aynı şey geçerlidir. Bir ömür boyu hapis cezasının pratikte tam olarak çekilebilir olması, bu cezayı ‘indirilemez’ hale gelmez. Ömür boyu hapis cezasının hukuken veya fiilen indirilebilir olması, Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından yeterlidir (*Kafkaris [BD], §97-98*).

Disiplin cezası

Mesleki disiplin cezaları, başvuruçunun kişiliğini aşağılama değil, ama isnat edilen bir disiplin suçuna karşı uygulanmış bir yaptırım olma amacını taşıdığı ve sonuçları bakımından da kişiyi Sözleşme’nin 3. maddesiyle bağdaşmayacak bir şekilde etkilemediği sürece, aşağılayıcı bir ceza olarak görülemez (*Albert ve Le Compte, §22*). Eğitimde verilen, örneğin anne ve babası Yehova Şahidi olan çocuğa dini inanç gereği askeri gösteriler içeren okul törenine katılmaması nedeniyle bir gün okuldan uzaklaştırma şeklinde disiplin cezası, aynı unsurları içermediğinden, Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamına giren bir ceza olarak görülmemiştir (*Efstratiou, §42*).

İnsani olmayan koşullarda tutma

Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimsenin beden ve ruh sağlığı, tutulma sırasında kendisine şiddet uygulanmasa ve yetkililerin kendisini aşağılama niyeti bulunmasa bile, tutulma koşullarından olumsuz etkilenebilir. Devlet özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişinin beden ve ruh sağlığından sorumludur. Bu nedenle, Sözleşme’nin 3. maddesi, tutulma koşullarından kaynaklanan müdahalelere karşı bireyi korumaktadır. Bu korumadan gözaltında tutulanlar, tutuklular, hükümlüler, sınırdışı edilmek üzere tutulan yabancılar gibi, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes yararlanır.

Sözleşme, tutulma koşullarıyla ilgili doğrudan bir hüküm içermemektedir, ama Strasburg organları tutulma koşullarından doğan şikâyetleri Sözleşme’nin 3. maddesi altında inceledikleri çok sayıda karar vermişlerdir. Öte yandan tutulma koşullarını doğrudan düzenleyen BM “Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kurallar” (1957), “Mahpusların İslahı için Temel Prensipler” (1990) adlı bildirimleri ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Avrupa Cezaevi Kuralları” (1987, 2006) adlı Tavsiye Kararları bulunmaktadır. Ayrıca Avrupa Konseyi İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi (1987) ile kurulan İşkenceyi Önleme Komitesinin (CPT) raporları, Mahkeme’nin kullandığı önemli kaynaklardır. Ayrıca BM “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”nin işkence tanımını yapan 1. maddesindeki ‘Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz’, diyen hükmü de akılda tutulmalıdır.

Bir kimseyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir, kişide genellikle küçük düşme ve alçalmaya yol açabilecek kadar korku, elem ve aşağılanma duyguları uyandırır. Ancak, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin kendiliğinden Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurduğu söylenemez. Bununla birlikte devlet bu madde gereğince, tutulan bir kimsenin insan onuruna uygun koşullarda tutulmasını, tutmaya ilişkin ıstırap düzeyini aşacak yoğunlukta bir sıkıntı ve zorluk çektirmeyecek tarzda ve usulde tutma tedbirinin uygulanmasını, tutmanın pratikteki gerekleri göz önünde tutularak, sağlığını ve esenliğinin yeterince korunmasını sağlamaktır (*Kudla, §93-4*).

Devletin tutulma koşullarıyla ilgili ulusal veya uluslararası normlara aykırı her türlü müdahalesi, Sözleşme’nin 3. maddesinin aradığı asgari ağırlık düzeyine ulaşmaz. O halde konuyla ilgili her türlü şikâyete Sözleşme’nin 3. maddesi uygulanmaz. Örneğin tutuklu veya hükümlülerin haberleşmelerine getirilen kısıtlamalara Sözleşme’nin 3. maddesi de-

ğil, 8. maddesindeki haberleşmeye saygı hakkı uygulanır. Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulama alanı ise, en azından kişinin fiziksel ve moral direncini kırabilecek nitelikteki şartlar ve muamelelerdir. Ayrıca bu şartlara devletin müdahalesi sebebiyet vermiş olmalıdır. Strasbourg organları, tutulanların idareyi protesto eylemleri sonucu tutulma koşullarının ağırlaşmasından ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir hale gelmesinden, (kirli protesto) devleti sorumlu görmemişlerdir (*McFeeley ve Diğerleri – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 8317/78, DR c. 20., s. 44).

Mahkeme, tutulma koşullarıyla ilgili bir şikâyete konu olan muamelenin kanıtlanması konusunda, yine 'makul şüphe bulunmaması' şeklindeki kanıtlama standardını kullanmaktadır. Tutulma koşullarıyla ilgili bir şikâyet Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından incelenirken, bir yandan nezarethane, tutukevi veya cezaevi gibi hem tutma yerindeki genel koşullar ve buralarda uygulanan tutma rejimi ve hem de kişinin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi tutulan kişiye bağlı faktörler göz önünde tutulur. Tutulma koşulları değerlendirilirken, tutulma koşullarının bütüncül etkileriyle birlikte, başvurucu tarafından ileri sürülen özel iddialar da dikkate alınır (*Nevmerzhitsky*, §81).

Tutulma koşulları bağlamında kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına devletin eylem veya ihmali şeklindeki müdahalelerini genel olarak dört grupta toplamak mümkündür: bireyi sağlıksız koşullarda tutma; koşullar sağlıklı olsa bile hasta, sakat, yaşlı veya çocukları tutma; bireyi yüksek güvenli rejimde tutma ve tutulanlara yapılan çeşitli muameleler.

Sağlıksız koşullarda tutma

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin temiz hava alma, yeme içme, ısınma, aydınlanma, yıkanma, temizlenme, uyuma ve egzersiz yapma gibi en basit insani ihtiyaçlarını karşılayabileceği şartların sağlanmaması, tutulan kişinin bedensel ve ruhsal sağlığı üzerinde önemli bir etki yapabilir. Tutulma mekânında bireye düşen alan miktarının azlığı bu şartları olumsuz etkileyebilir. Bu tutulma koşullarını iyileştirmek için gerekli tedbirleri almaması, devletin 3. madde bakımından sorumluluğunu doğurabilir.

Gözaltında birkaç günlük süreyle de olsa soğukta veya yiyeceksiz tutma, 3. madde kapsamına giren bir muamele olarak görülebilir. Başvurucunun 15-19 Şubat 1993 tarihleri arasında Derinsu Jandarma Merkezinin bodrum katında sıfırın altında soğuk ve tamamen ışıksız bir hücrede, yataksız ve battanivesiz olarak tutulduğu iddiasını Mahkeme kabul etmiş ve böylesine bir tutmayı, başvurucuya uygulanan şiddet ile birlikte, insanlıkdışı muamele saymıştır (*Tekin*, §24-38).

Mahkeme, cezaevinde veya yabancıları tutma merkezlerinde tutulma koşullarını değerlendirirken, koşulların toplam etkisini ve başvurucunun iddialarını dikkate almakta, bu koşulların ne kadar sürdüğüne de bakmaktadır (*Labzov*, §42). Yunanistan'da uyuşturucu suçları işlemiş bir sığınmacı olan başvurucu, vatandaşı olduğu Suriye'ye gönderilinceye kadar 17 ay boyunca yabancıları tutma merkezinde aşırı kalabalık ve pis bir koğuştaki tutulduğunu, burada uyuma, sıcak su, temiz hava, doğal ışık ve yürüme imkânı bulamadığını, kitap okuyamadığını iddia etmiştir. Mahkeme, başvurucunun kaldığı tutma merkezlerinde CPT'nin yaptığı ziyaretlerdeki tespitlerine dayanarak, tutma merkezinde tutulma koşullarının, özellikle aşırı kalabalık ve uyuma imkânının bulunmaması ve ayrıca uzun bir süre bu koşullarda tutulması yüzünden, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir aşağılayıcı muamele oluşturduğunu kabul etmiştir (*Dougoz*, §44-8). Yine Yunanistan'ın Koridallos Cezaevinin Delta adlı binasının ayırma biriminde aylarca tutulan İngiliz vatandaşı başvurucu, kötü koşullarda tutulduğundan şikâyetçi olmuştur. Birimde tek kişilik dokuz hücre, bir duş yeri ve egzersiz için 10 adımlık küçük bir havalandırma boşluğu vardır; hücre kapısı sabah açılmakta, ama akşam saatlerinde kapatılmaktadır. İki yatağın bulunduğu

7 metre karelik tek kişilik hücrede sürekli olarak bir başka hükümlüyle birlikte kaldığından, hücrede adım atmak için yer yoktur ve sürekli yatağın üstünde oturmak zorundadır; hücrede bir paravanla ayrılmamış açık bir alaturka tuvalet bulunduğundan, mahrem bir şekilde tuvalet ihtiyacını karşılama imkânı yoktur. Hücrenin tavanda açılmayan küçük camı o kadar kirlidir ki, doğal ışık girmemektedir. Çok cılız olan tavandaki ampul ışığı da okumaya imkân vermemektedir; yazın hücreler çok sıcak olmasına karşın, hücrede havalandırma bulunmadığından, hücre kapısı kapatıldığında ancak gözetleme deliğinden hava girmekte ve yaz sığacı çekilmez olmaktadır. Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin tutulma yerindeki büyüklük, ışıklandırma ve havalandırma konularında yaptığı tespitleri ve ayrıca CPT'nin Koridallos Cezaevine yaptığı ziyaret sonucu hazırladığı raporu dikkate alarak iddiaların doğruluğunu kabul etmiştir. Mahkeme, olayda yetkili makamların başvuru yollarını açmamasının, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna götürmeyeceğini belirtmiş ve yetkili makamların başvuru yollarının tutulduğu koşulları iyileştirmek için gerekli tedbirleri almamış olmaları nedeniyle insanlıkdışı muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Peers*, §67-75).

Kalashnikov – Rusya davasında konu, Rusya'da Magadan Tutukevinde tutma koşulları ile ilgilidir. Başvurucunun 4 yıl 10 gün boyunca tutulduğu oda 17 m² olup, 8 kişilik ranza yatağı bulunmakta, ancak hemen her zaman 24 tutuklu veya hükümlü kalmakta ve böylece her bir yatağa üç kişi düştüğünden sırayla uyumak mümkün olmuş, ancak televizyon ve ışıklar hiçbir zaman kapatılmadığı için düzgün bir şekilde uyumak mümkün olmamıştır. Odanın içinde bir köşedeki kapısız tuvaleti sadece 1 metre yüksekliğinde bir duvar ayırmakta olduğundan diğer kişilerin infaz memurlarının önünde tuvaleti kullanmaları gerekmiştir. Tutuklu ve hükümlüler yemeklerini tuvaletten sadece bir metre mesafedeki masada yemek zorunda kalmışlardır. Odada havalandırma bulunmadığından yazları çok sıcak ve kışları çok soğuk olmuştur. Odada sigara içmeye izin verildiğinden, çok sigara içenlerin arasında kalan başvuru pasif içici durumuna gelmiştir. Odada sıklıkla görülen hamam böceği ve farelere karşı ilaçlama yapılmamıştır. Başvurucu çeşitli deri hastalıkları ve mantar enfeksiyonu kapmış, bazı ayak tırnakları ve el tırnakları düşmüştür. Başvurucu altı kez odaya yerleştirilen verem ve frengi hastası tutuklularla bir arada kalmış ve koruyucu antibiyotik iğneler olmuş, uyuz, alerjik dermatit (deri yangısı) mantar hastalıklarına yakalanmıştır. Mahkeme, başvuru yollarının açılmaması yönünde bir niyet bulunmadığını tespit etmekle birlikte, başvuru yollarının özellikle yoğun kalabalık ve gayri sıhhi çevre ve bunların başvuru yollarının sağlığı ve esenliği üzerindeki olumsuz etkileri ile başvuru yollarının bu tür koşullarda tutulma süresi birlikte ele alındığında, tutulma koşullarının açıcı muamele oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Kalashnikov*, §96-102).

Mahkeme'ye göre aşırı alan darlığı, tutma koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından 'açıcı' olup olmadığını ortaya koymak için ağırlıklı olarak dikkate alınması gereken bir husustur. Mahkeme, bazı davalarda, uyunan bölümlerdeki alan darlığı tutulanların gün boyunca hareket serbestliğinden yararlanmalarıyla giderildiği için, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlali görmemiştir (*Valasinas*, §103, 107; ve *Nurmagomedov – Rusya* [k.k.], no. 30138/02). Bu nedenle Mahkeme, CPT'nin kişi başına düşen alan miktarının 7 m² olmasının arzulanır olduğuna dair tavsiyesini, asgari alanın mutlaka 7 m² olması gerektiği şeklinde yorumlamamıştır. Ancak Mahkeme aşırı alan darlığının, başvuru yollarının tutulma koşullarını Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluk analizinin odak noktası olarak kabul etmiştir (*Labzov*, §46).

Hasta, sakat, yaşlı veya küçükleri tutma

Sözleşme'de özgürlükten yoksun bırakılan kişilerin hastalıkları, sakatlıkları veya yaşlılıkları nedeniyle salıverilmelerini öngören bir hüküm yoktur.

Sözleşme'nin 3. maddesi, tutulan bir kimseyi sağlık sebebiyle salıverme veya belirli türden bir tedavi görmesi için hastaneye yatırma yükümlülüğü doğurduğu şeklinde yorumlanamaz. Bununla birlikte devlet 3. madde gereğince, tutulan bir kimsenin insan onuruna uygun koşullarda tutulmasını, tutmanın uygulamadaki gerekleri göz önünde tutularak kendisine gerekli tıbbi yardım verilmek suretiyle sağlığının ve esenliğinin yeterince korunmasını sağlamak zorundadır (*Aerts, §64 vd; Kudla, §93-4*). O halde tutulan kişilerle gerekli tıbbi yardımın verilmemesi, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele oluşturabilir.

Tutulan hasta bir kimseye gerekli tıbbi yardımın verilmemesi acil bir duruma yol açmışsa veya kişinin 'yoğun ve uzun süreli acı çekmesine' sebep olmuşsa, insanlıkdışı muamele yasağı ihlal edilmiş olabilir.

McGlinchey – Birleşik Krallık davasında eroin bağımlısı ve astım hastası iki çocuk annesi 50 kilo ağırlığındaki kadın, hırsızlık suçundan 4 ay hapis cezasına mahkûm olmuş ve cezaevinde eroin yoksunluğu belirtileri göstermiş, sık sık kusmuş ve kilo kaybetmiştir. Cezaevine girdiğinin ertesi günü bir doktor tarafından görülmüş ve doktor kendisine yoksunluk belirtileri dâhil çeşitli sorunları için ilaç verilmesine karar vermiş, doktor üç gün sonra kendisini bir kez daha görmüş, yoksunluk belirtileri için iğne yapılmasını istemiş ve kilosunun izlenmesi talimatını vermiştir. Ertesi gün doktor kadının durumun düzgün olduğunu görmüş; bundan sonraki iki gün doktor kendisini görmemiş; ertesi gün kadın hastaneye kaldırılmış ve birkaç hafta sonra ölmüştür. Mahkeme önündeki delillere dayanarak, kadının doktor tarafından görülmediği günlerde kilo kaybettiğini ve vücudunun susuz kaldığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum kendisine ıstırap vermesinin yanında, sağlığı için de büyük bir risk oluşturmuştur. Mahkeme cezaevi yetkililerinin kadına gerekli tıbbi yardımda bulunma ödevlerini yerine getirmediklerini tespit etmiş ve cezaevi yetkililerini bu muamelesinin insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*McGlinchey, §57*).

Pilcic – Hırvatistan davasında hükümlü başvurucunun böbrek taşı nedeniyle acil olmakla birlikte sorundan kurtulması için ameliyat olması gerektiği doktorlar tarafından tavsiye edilmiş ve yetkililer bu durumu öğrendikleri halde 4 yıl kadar ameliyat için bir girişimde bulunmamışlardır. Mahkeme, ağır suçlardan hükümlü başvurucunun olağan bir hastanede ameliyat edilmesinin güvenlik riski oluşturabileceğini ve bu konuda bazı pratik sorunların bir ölçüye kadar gecikmeye yol açabileceğini kabul etmiştir. Ancak başvurucunun 4 yıl gibi uzun bir dönem zaman zaman gelen bu böbrek ağrılarından tamamen kurtulması için ameliyat edilmemesini başvurucuya gerekli tıbbi tedavi verme yükümlülüğüne aykırı bulmuş ve insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Pilcic, §41-2*).

Ağır hastalığı bulunan kişilerin tutulmaya devam edilmesi, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren ağırlıkta bir muamele oluşturabilir.

Moussel – Fransa davasında Fransa'da kemoterapi tedavisi cezaevinden hastaneye götürülüp getirilmek suretiyle devam eden başvurucunun sağlık durumu giderek kötüleşmiş, o tarihte hastalık nedeniyle ceza infaz ertelemesi imkânı da bulunmadığından, salıverilememiştir. Mahkeme, hekim raporlarının başvurucunun kanser tedavisine cezaevinden devam edilmesinin güç ve özel bir birime nakledilmesinin uygun olduğu tavsiyesinde bulduklarını, başvurucunun hastalık nedeniyle ağırlaşan psikolojik durumunun yaşam beklentisini etkilediğini ve sağlık durumunun gerilediğini tespit ettiklerini kaydetmiştir. Mahkeme, bütün bunların başvurucunun hastalığının ilerlemekte olduğunu ve cezaevinin tedavi için uygun bir yer olmadığını gösterdiği halde, yetkililerinin başvurucuyu hastaneye yatırmak veya özellikle geceleri izlenebileceği bir başka bir kuruma nakletmek gibi

özel bir tedbir almadıklarını belirtmiş ve insanlıkdışı muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Mouisel*, §45-8).

Başvurucunun kendi davranışı sonucu hastalanmış olması, tutulmasının cezaevi koşullarına aykırı görülmesini engellemez. Cezaevinde yaptığı açlık grevi nedeniyle Wernicke-Korsakoff hastalığına yakalanan başvurucunun cezası ertelendikten bir süre sonra bu kararın kaldırılarak tekrar cezaevine koyulmasını eleştiren Mahkeme, hastalığı süren başvurucunun yeniden cezaevine koyulmasını Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele olarak görmüştür (*Tekin Yıldız*, §72).

Akıl hastası tutuklu veya hükümlülere de cezaevinde yeterli sağlık yardımında bulunulmaması Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun oluşturabilir. Bu kişilere uygulanan muamele veya cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi standartlarına uygun olup olmadığı değerlendirilirken, özellikle bu kişilerin korunmasızlığı ve bazı durumlarda belirli bir muameleden nasıl etkilendikleri konusunda açıkça şikâyetle bulunamamaları da dikkate alınmalıdır (*Keenan*, §111).

Kudla – Polonya davasında cezaevinde iki kez intihara teşebbüs eden bir başvuru, kendisine gerekli tıbbi yardımın verilmediğinden şikâyetçi olmuştur. Kendisine kişilik veya nörotik bozukluk ve olaylara depresif tepki verme teşhisi koyulan başvurucunun intihara teşebbüsünün dikkat çekme amacı taşıdığını belirten cezaevi görevlilerinin raporuna dayanılarak, salıverilme talebi reddedilmiştir. Mahkeme, başvurucunun defalarca psikiyatrik muayeneye tabi tutulduğunu kaydetmiş; başvurucunun psikolojik durumunun kendisini ortalama tutulanlara göre daha korunmasız hale getirmiş olabileceğini ve tutukluluğunun belirli bir ölçüde kendisinin sıkıntı, üzüntü ve korku duygularını artırmış olabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca 11 Haziran ile 29 Ekim 1996 tarihleri arasında başvurucunun tutukluluğunun devam etmesi halinde intihar eğilimi nedeniyle yaşamını tehlikeye sokacağına dair bir psikiyatr görüşü bulunduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre önündeki deliller çerçevesinde olaylar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine giren ağırlıkta bir kötü muameleyle tabi tutulduğu kanıtlanamamıştır, yetkililere yüklenebilecek bir kusur bulunmamaktadır. Bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmemiştir (*Kudla*, §99).

Sürekli sakatlık halinde olan kişiyi tutma, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun oluşturabilir.

Matencio – Fransa davasında ömür boyu hapis cezasına hükümlü başvuru, cezaevinde geçirdiği beyin kanaması üzerine vücudunun sağ tarafı felç olmuş ve konuşma güçlüğü çekmeye başlamış, hastanede 16 ay tedavi gördükten sonra yüzde 80 malul durumda kendi isteğiyle ailesinin bulunduğu yere yakın olan ve engelliler için kolaylıkların bulunduğu bir odası bulunan bir cezaevine nakledilmiştir. Ancak başvurucunun sağlık durumunun psikoterapi de dâhil, sürekli tedaviyi gerektirdiğine ilişkin doktor raporu üzerine, kendisine gündüz ve gece doktorun bulunduğu ve tedavi görebileceği Paris'teki bir cezaevine nakledilmesi önerilmiştir. Fakat başvuru ailesinden uzaklaşacağı gerekçesiyle bu öneriyi reddetmiş, bu cezaevinde gerekli tedaviyi görmek istediğini bildirmiştir. Bir süre sonra durumu kötüleşen başvuru hastaneye kaldırılmış ve daha sonra cezaevinde sağlanamayan tedaviyi gerektiren bir durumda olduğu gerekçesiyle kendisi şartlı olarak salıverilmiştir. Mahkeme, başvurucunun günlük ihtiyaçlarını karşılayabildiğini, kişisel temizliğini yapabildiğini, yemeğini yiyebildiğini ve okuyup yazabildiğini, ayrıca cezaevi müdürünün kendisini sürekli sağlık hizmeti verilen bir cezaevine nakil önerisini reddettiğini dikkate alarak, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren ağırlıkta bir muameleyle tabi tutulmadığı sonucuna varmıştır (*Matencio*, §80-9).

Price – Birleşik Krallık davasında doğuştan iki kolu ve iki bacağından sakat ve ayrıca ve böbrek yetmezliği bulunan bayan başvuru mal bildiriminde bulunmadığı için mahkemeye saygısızlıktan yedi gün hapis cezası almış, cezaevine götürülmek için zaman geç olduğundan ilk geceyi bir polis karakolunun nezarethanesinde geçirmiştir. Bir tahata yatağın ve bir minderin bulunduğu nezarethane engelli kişiler için elverişli değildir. Başvurucu, yatağın sert olması nedeniyle tekerlekli sandalyesinde uyumaya zorlandığını, acil düğmesinin ve lamba düğmelerinin ulaşabileceği yerden uzak olduğunu, tekerlekli sandalyesinden daha yüksekte olduğu için tuvaleti kullanamadığını iddia etmiştir. Nezaret kayıtlarına göre başvuru her yarım saatte bir soğuktan şikâyet etmiş ve böbrek hastalığı nedeniyle ve çevresinde dönüp kendini sıcak tutamadığı için bu durum ciddi problem oluşturmuştur. Bütün gece nezarethanede kalan başvurunun daha uygun başka bir yere götürülmesi veya salıverilmesi düşünülmemiştir. Kayıtlara göre tuvaleti kullanması için erkek görevlilerden yardım istemek zorunda kalmıştır. Mahkeme, olayda başvuru aşığılama veya küçük düşürme gibi bir kast bulunmadığını söylemiştir. Ancak Mahkeme, ağır sakatlık durumu bulunan bir kimsenin çok soğuk bir ortamda, yatağı sert ve çıkılabilir olmadığı için yaralanma riski bulunan ve tuvalete gidemediği ve ancak büyük zorluklarla temizlenebildiği bir hücrede tutulmasını, 3. maddeye aykırı bir aşığılama muamele oluşturduğunu kabul etmiştir (*Price*, §24-30).

Yaşlılık, tutulmaya tek başına engel bir sebep değildir. Mahkeme, üç damardan bypass ameliyatı geçirmiş olan, 90 yaşın üzerinde bulunan, insanlığa karşı suça yardım ve yataklıktan 10 yıllık hapis cezasını cezaevinin 12 metrekairelik tek kişilik VIP odasında çekmekte olan ve cezasının kaldırılması için Cumhurbaşkanına yaptığı başvuruları doktor raporlarına dayanılarak reddedilen başvurunun durumunu incelemiştir. Mahkeme, Avrupa Konseyine üye ülkelerde cezanın infazı için üst yaş sınırı bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, başvurunun sağlık durumunun iyi olduğuna dair doktor raporlarını, başvurunun serbest kalmış olsaydı yaşayacağı kalitede bir yaşamı cezaevinde yaşamasına rağmen ulusal makamların kendisinin sağlığı ve yaşı için her türlü şeyi yaptıklarını, ailesi ve avukatıyla düzenli olarak görüştüğünü not etmiştir. Bu koşulların ışığında Mahkeme, başvurunun durumunun 3. madde kapsamına giren ağırlık düzeyinde olmadığını gerekçesiyle başvuruyu açıkça temelsiz bulmuş, kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (*Papon (no. 1) [k.k.]*, no. 64666/01).

Farbtuhs – Letonya davasında başvuru, 1940 ve 1941 yıllarında emniyet müdür yardımcısı iken onlarca Leton vatandaşının sınırışı edilmesindeki ve ölümlerindeki rolü nedeniyle, 1999 yılında soykırım ve insanlığa karşı suçtan 5 yıl hapis cezasına mahkûm olan 84 yaşında bir hükümlüdür. Mahkeme, kendi kendine oturup kalkamayan, giyinemeyen ve yıkanamayan başvurunun, doktor raporlarına rağmen salıverilmesi yönündeki taleplerin bir yıldan fazla bir süre karara bağlanmaması nedeniyle cezaevinde tutulmasını, kendisinin yaşı, hastalığı ve durumu nedeniyle hapisliğe elverişli olmadığını kabul etmiş ve 3. maddenin ihlaline karar vermiştir (*Farbtuhs*, §53 vd).

Küçüklerin cezaevinde tutulmalarını yasaklayan bir uluslararası hukuk hükmü yoktur. Ancak BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 37(a) bendine göre, ‘bir çocuk hukuka uygun bir biçimde ve ancak son bir çare olarak, mümkün olan en kısa süreyle gözaltına alınabilir, tutulabilir veya hapsedilebilir’. Aynı maddenin (b) bendine göre ‘özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, özellikle çocuğun yüksek menfaatleri aksini gerektirmedikçe yetişkinlerden ayrı tutulur; istisnai durumlar hariç, bu çocuklar haberleşmek ve ziyaret edilmek suretiyle ailesiyle ilişki kurma hakkına sahiptir’.

Mahkeme *Güveç – Türkiye* davasında gözaltına alınıp tutuklandığında 15 yaşında bulunan başvurunun yetişkinlerin tutulduğu bölümde tutuklu olarak geçirdiği sonraki 5 yıldan fazla dönemin başvurunun ruh sağlığı üzerinde yarattığı tahribatı incelemiştir.

tir. Mahkeme başvurusunun yetişkinlerle birlikte tutulmasının hem ulusal mevzuata ve hem de davalı devletin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine aykırılığını tespit etmiştir. Başvurucuya ilgili sağlık raporlarına göre başvurusunun ruhsal sorunlarının tutuklandıktan sonra başladığını ve beş yıl boyunca devam ettiğini, defalarca intihara teşebbüs ettiğini, başvurusunun ceza ehliyeti bulunduğu dair raporun kendisinde tutulu bulunduğu sırada yaşadığı sağlık sorunlarını hafifletmediğini, tutuklandıktan sonra ilk altı buçuk ayda bir hukuki yardım almadığını not etmiştir. Ayrıca beş yıl boyunca gereği gibi temsil edilmediğini ve müdafinin durumu mahkemeye bildirmediğini, başvurusunun ilk on sekiz ay boyunca idam cezasıyla yargılandığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvurusunun sorunlarından ulusal makamlar doğrudan sorumlu oldukları gibi, kendisine yeterli bir tıbbi yardım da vermemişlerdir. Mahkeme'ye göre başvurusunun yaşı, cezaevinde yetişkinlerle birlikte kaldığı sürenin uzunluğu, ulusal makamların psikolojik sorunları için yeterli tıbbi yardım vermemiş olmaları, ardı adına intihar teşebbüsleri konusunda gerekli tedbirleri almamış olmaları dikkate alındığında, başvurusunun tabi tutulduğu muamele, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturmuştur (*Güveç*, §82-99).

Yüksek güvenlikli rejimde tutma

Özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri genellikle elem ve ıstırap unsurunu içermekle birlikte, tutuklu ve hükümlüleri yüksek güvenlikli bir cezaevinde tutma, kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz (*Van der Ven*, §50). Sıkı güvenlik rejimine ilişkin bir tedbir olan tek başına tutma, kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir müdahale sayılmaz. Güvenliği sağlama, tutulan kişiyi diğer tutululardan koruma, devam eden yargılamada sanıkların hileli işbirliği yapmalarını veya tutulan kişinin dışarıdakilerle suç için işbirliği yapmalarını önleme gibi amaçlarla, tek başına tutma tedbirini uygulamak mümkündür. Ancak devlet, bireyin insan onuruyla bağdaşan ve hapisliğin pratik gerekleri doğrultusunda esenliğinin yeterince korunduğu koşullarda tutulmasını sağlamak durumundadır (*Kudla*, §92-94).

Mahkeme, tamamen duysal yalıtma ile birlikte bütünüyle sosyal yalıtmanın kişiliği tahrip edeceğini ve güvenlik veya başka gerekçelerle haklı gösterilemeyecek bir insanlıkdışı muamele biçimi oluşturacağını belirtmiştir (*Öcalan [BD]*, §191; *Ilaşcu ve Diğerleri [BD]*, §243). Bir tutuklu veya hükümlünün güvenlik, disiplin veya koruyucu gerekçelerle diğer tutuklu veya hükümlülerle temasını yasaklama, kendiliğinden insanlıkdışı bir muamele veya ceza sayılmaz (*Messina (no. 2) [k.k.]*, no. 25498/94). Uzun süre başkalarından ayrı tutmanın Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girip girmediği değerlendirilirken, olayın içinde bulunduğu özel koşullara, tedbirin zorunluluğuna, süresine, izlenen amaca ve ilgili kişi üzerindeki etkilerine bakılması gerekir (*Dhoest – Belçika*, 14.05.1987 Komisyon raporu, DR 55, s. 20-21, §117-118; ve *McFeeley ve Diğerleri – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 8317/78, , DR 20, s. 44; ve *Rohde*, §93).

Ayrıca, bir kimseyi tek başına tutma kararında keyfilik riskinden kaçınmak için, tutulan kişinin esenliğini ve tedbirin orantılılığını güvence altına alan usul güvenceleri bulunmalıdır. İlk olarak tek başına tutma kararı, Avrupa Cezaevi Kurallarının 53.1 maddesinde belirtildiği gibi, ancak istisnai durumlarda ve her türlü önlem alındıktan sonra verilmelidir. İkinci olarak tek başına tutmaya ilişkin hem ilk baştaki karar ve hem de sürenin uzatılması kararları gerçekten var olan sebeplere dayanmalıdır. Üçüncü olarak yetkili makamların verdikleri kararlar, tutuklu veya hükümlünün koşullarını, durumunu ve davranışlarını dikkate alan bir değerlendirme yapıldığını ortaya koymalı ve bu kararı destekleyen maddi sebepler göstermeli ve gerekçeler giderek daha ayrıntılı ve daha zorlayıcı olmalıdır. Son olarak tek başına tutma tedbirlerinin gerekliliğinin devamının gösterilebilmesi için, tutulan kişinin fiziksel ve ruhsal durumunu düzenli olarak izleyen bir sistem bulunmalıdır (*Ramirez Sanchez*, §139; *Onoufriou*, §70).

Mahkeme, *Öcalan – Türkiye* başvurusu ile ilgili olarak Mayıs 2005'te verdiği kararda, başvurucunun duyuşal yalıtma altında tutulan veya hücreye kapatılmış bir kişi olarak görülemeyeceğini söylemiştir. Mahkeme, ayrıca başvurucunun elinin altında kitapları, gazeteleri ve bir radyosu bulunduğunu, mektup vasıtasıyla diş dünya ile iletişim kurabildiğini, her gün bir doktoru ve her hafta bir kez avukatlarıyla ve aile üyeleriyle görüşebildiğini belirtmiştir. Diğer yandan Mahkeme, bu kısmi yalıtmanın çok uzun sürmemesi gerektiğini vurgulamış, ancak diş dünya ile haberleşmeyi başvurucunun lideri olduğu silahlı ayrılıkçı hareketin üyeleriyle temasını canlandırmak için kullanabileceğine ilişkin Hükümetin duyduğu kaygıların temelsiz olmadığını kaydederek, İmralı Cezaevindeki genel koşulların, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele oluşturması için gerekli asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı sonucuna varmıştır (*Öcalan [BD], §194-196*).

Mahkeme, 1970'li yıllarda dünyanın en tehlikeli teröristlerinden biri olarak görülen ve Çakal Karlos olarak bilinen başvurunun Fransa'da cezaevinde tamamıyla duyuşal veya bütünüyle sosyal yalıtma altında olmadığını ama kısmi ve görel bir yalıtma altında tutulduğunu kaydettikten sonra, başvurucunun 8 yıl iki ay bu şekilde yalıtma altında tutulmasını ele almıştır. Mahkeme, tek başına tutma tedbirlerin haklı olup olmadıklarını, bu tedbirlerin mevcut alternatif tedbirlerle karşılaştırıldıklarında gerekli ve orantılı olup olmadıklarını, başvurucuya ne gibi koruyucular sağlandığını ve başvurucunun fiziksel ve ruhsal durumunun tek başına tutmanın devamıyla bağdaşmasını sağlamak için yetkililerin ne gibi tedbirler aldıklarını incelemiştir. Bu incelemenin neticesinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Ramirez Sanchez, §136-150*).

Mahkeme, Türkiye'de F tipi cezaevlerindeki tutulma koşulları hakkında yapılan bir başvuruyu, İşkenceyi Önleme Komitesinin 13 Aralık 2001 tarihinde vermiş olduğu rapora dayanarak reddetmiştir. Söz konusu rapor 2000 ve 2001 yıllarında Komitenin Türkiye'ye yaptığı beş ziyaret sonrasında ve özellikle bu cezaevlerinin kurulmasına karşı düzenlenen açık grevleri üzerine gerçekleştirilmiştir. Bu raporunda Komite, F tipi cezaevlerine toplu kabul sırasında ortaya çıkan şiddet olaylarını eleştirmiş; öte yandan geniş koğu düzenine dayalı geleneksel Türk cezaevi sisteminin olumsuzluklarını ve sistem değişikliğinin gerekliliğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, küçük birimli cezaevi sisteminin mahkûmlara günlerinin makul bir kısmını ortak etkinlik alanlarında geçirme imkânı vermesi gerektiğinin altını çizmiştir (*Yılmaz Karakaş – Türkiye [k.k.], no. 68909/01*).

Tutulanlara yapılan diğer muameleler

Tutuklu ve hükümlülerin cezaevinde çıplak aranması, güvenlik ve kamu düzeni bakımından haklı görülebilir, ancak çıplak arama, insan onuruna saygılı bir şekilde ve uygun bir tarzda yapılmalıdır. O halde bazı hallerde çıplak arama aşağılayıcı bir muamele oluşturabilir.

Litvanya'da hükümlü erkek başvurucu, bir akrabasıyla görüşmeden koğuşu dönerken bayan infaz memurunun önünde çırlıçıplak soyunmaya zorlandığını, çömeltilip cinsel organlarının ve ziyaretçiden aldığı yiyeceklerin bir erkek infaz memuru tarafından çıplak elle arandığını iddia etmiştir. Mahkeme yaptığı incelemede bayan görevlinin cezaevinde çalışmasının teorik ve pratik olarak mümkün olduğunu, kişisel ziyaret sonrasında hükümlünün çırlıçıplak soyularak aranabileceğini, başvurucunun şikâyeti konusunda cezaevi yönetiminin araştırma yapıldığına dair bir kayıt bulunmadığını ve başvurucunun iddialarına inanmamak için bir delil sunulmadığını tespit etmiş ve başvurucunun iddia ettiği gibi çıplak aranmış olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme daha sonra çıplak aramanın bazı hallerde cezaevi güvenliğini ve suçun ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla yapılabileceğini, ancak bunun uygun bir tarzda yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye

göre erkek başvurucuyu bir kadının önünde çıplak soyunmaya zorlamak ve daha sonra cinsel organlarına ve yiyeceklere çıplak elle dokunmak, başvurucuya açıkça bir saygısızlık olup, insan onuru çiğnemiştir. Bu eylem başvurucuda kendisini aşağılayabilecek türde bir üzüntü ve çöküntü duygusu yaratmış olmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesindeki aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Valasinas*, §116-7).

Iwanczuk – Polonya davasında bir tutuklu başvurucu, kanunen kendisine tanınmış olan seçimlerde oy kullanma hakkını kullanmak istediğinde, infaz koruma memurlarının odasında çıplak soyunması istenmiş, başvurucu bunu reddedince oy kullanılmadan koğuşuna geri döndürülmüştür. Mahkeme, cezaevinde oy kullanma hakkının tutuklular tarafından kullanılmasının cezaevi güvenliğinin normal gerekleri dışında özel bazı şartlara tabi tutulmasının kuşku olduğunu belirtmiş, olayda bir gurup cezaevi infaz koruma memuru önünde çıplak soyunmasının istenmesinin haklı görülemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, Hükümet tarafından şikâyet konusu tedbirin seçimlerde nasıl uygulandığına dair bir açıklama yapılmadığını ve başvurucunun saldırgan bir şekilde davranacağından kaygılanmak için bir sebep gösterilemediğini ve sonuç olarak çıplak arama beden araması kararının haklı olduğunun kanıtlanamadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre şikâyet konusu muamele değerlendirilirken, bu muamelede bulunan kişilerin kastına, yani kişiyi açıkça aşağılama veya küçük düşürme niyetleri bulunup bulunmadığına da bakmak gerekir. Koruma görevlilerinin bu davranışlarındaki niyet, başvurucuda aşağılanma ve küçümsenme duygusu yaratmaktır. Bu durum Mahkeme'ye göre başvurucunun insan onurunu çiğnemektedir. O halde, söz konusu muamele Sözleşme'nin 3. maddesindeki aşağılayıcı muamele yasağına aykırıdır (*Iwanczuk*, §54-8).

Mahkeme rutin çıplak arama için daha zorlayıcı koşulların bulunması gerektiği görüşündedir. Birleşik Krallık'ta IRA üyesi terör suçlarından hükümlü başvurucuların geçmişte anüslerinde gizlenmiş tehlikeli cisimler bulunduğu için, ziyaretlerden önce ve sonra ve mahpusların yeni Maze Cezaevi ek binasına nakillerinden önce, yedi gün ile on gün aralıklarla anal inceleme dâhil, 'yakın beden' aramaları yapılması söz konusu olmuştur. Komisyon bu muameleyi 3. maddeye aykırı görmemiştir (*McFeeley ve Diğerleri [k.k.]*, no. 8317/78, 15.05.1980). Hollanda'da bir tutuklunun bir çok sıkı denetim tedbirlerine tabi tutmanın söz konusu olduğu ve ikna edici bir şekilde güvenlik ihtiyacının bulunmadığı bir cezaevinde, yaklaşık üç buçuk yıl süreyle her hafta rutin olarak anal arama dâhil çıplak olarak aranmasının, kendisinde insan onurunun zedelenmesi ve küçük düşürücü şekilde üzüntü ve elem duygularına yol açmış olabileceğini belirtmiş ve insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Van der Ven*, §62).

Mahkeme ilk kez Bulgaristan'a karşı bir davada, cezaevinde zorla saç kazınmasının, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği iddiasıyla karşılaşmıştır. Bu karara konu olayda, 55 yaşında bir ekonomist olan başvurucunun tutukluluğu sırasında, kendisinin yazdığı ve cezaevindeki görevliler hakkında hakaret sözcükleri içerdiği düşünülen bir defter ele geçirilmiş ve bunun üzerine verilen 7 günlük hücre cezası için hücreye sokulmadan önce saçları kazınmış ve 9 gün sonraki duruşmaya bu şekilde çıkarılmıştır. Mahkeme'ye göre, saçları zorla kazınmış olan bir mahpusun bayağılık duygusu hissetmesi çok muhtemeldir. Bu muamelenin sonuçları, cezaevi görevlileri, diğer tutulular ve ziyaretçiler ile mahpus salıverilecek veya halkın önüne çıkarılacak olursa halk tarafından görülebilecektir. Tutulan bir kimsenin zorla saçlarının kazınması, Mahkeme'ye göre kural olarak, insan onurunu zedeleyen veya kendilerini utandırma ve küçültmeye yetecek şekilde bayağılık duygusu uyandıran bir muameledir. Mahkeme'ye göre şikâyet konusu muamelenin hiçbir hukuki temeli ve haklı gerekçesi de yoktur. Bu muamele utandırma amacı taşımamış olsa bile, başvurucunun saçlarının özel bir haklı sebep olmaksızın kazınması, bizzat keyfi

ve cezalandırıcı bir muamele olup, kendisini küçültmeyi amaçlayan bir muamele olarak görülebilir. Üstelik başvurunun, bu muamelenin kendisini utandırma amacı taşıdığına inanması için gerekçesi de vardır; çünkü başvurunun başı, gardiyanlar hakkında eleştirel sözler yazdığı için verilen disiplin bağlamında kazanmıştır. Mahkeme'ye göre bu muamele, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından aşağılayıcı sayılabilecek bir muamele olduğundan, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir (*Yankov, §108-122*).

Nakil sırasında kelepçe gibi hareketi kısıtlayıcı araçların kullanılması, hukuka uygun bir tutma kararıyla ilgili olarak uygulanması ve makul ölçüde gerekli olandan fazla güç kullanmayı içermemesi veya kişinin kelepçeli halini kamuya ifşa etme amacı taşıyamaması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz. Bu işlemin uygulanmasında kişinin kaçma, yaralamaya veya bir zarara sebebiyet verme riski bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır.

Mahkeme, *Raninen – Finlandiya* davasında, askere gitmeyi reddettiği için tutuklanan başvurunun duruşmanın ardından götürüldüğü cezaevinden askeri kışlaya nakledilirken kelepçelenmesi konusunu ele almıştır. Mahkeme'ye göre kelepçeleme, o davanın koşullarında başvurunun davranışının gerekli kıldığı bir muamele değildir. Bizzat bu tedbir haksız bir tedbir olmasının yanında, haksız bir gözaltı ve tutma bağlamında uygulanmıştır. Ayrıca başvuru cezaevi kapısındaki askeri araca sokulurken kendisini destekleyen kişiler tarafından kelepçeli olarak görülmüş olmasının utandırıcı olabileceği hususu da dikkate alınmıştır. Bütün bu unsurlar, bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'aşağılayıcı' olup olmadığına karar verilirken dikkate alınır. Ancak Mahkeme, bu muamelenin başvurunun ruhsal durumu üzerinde olumsuz bir sonuç doğurduğuna ikna olmamış ve 3. maddenin aradığı asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı sonucuna varmıştır (*Raninen, §52-59*).

Mahkeme *D.G. – İrlanda* kararında, suç geçmişi olan çocuk başvurunun cezaevinden mahkemeye nakli sırasında görevlinin bileğine kelepçe ile bağlanmasını, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir muamele olarak görmemiştir (*D.G. – İrlanda, §99*).

Hasta hükümlülere nakil veya tedavi sırasında kelepçe takılması da Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Mahkeme *Mouisel – Fransa* davasında, kemoterapi seansı için hastaneye götürülen başvurunun fiziksel güçsüzlüğünü, kaçmaya teşebbüs edebileceğine veya şiddete başvurabileceğine dair bir işaret bulunmamasını dikkate alarak, kendisinin kelepçelenmesini güvenlik gereğiyle orantısız görmüş ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur (*Mouisel, §47*).

Mahkeme, *Henaf – Fransa* kararında ise, yaşlı, hasta, güvenlik riski oluşturmayacağı düşünülen hükümlünün ertesi gün ameliyat edileceği hastaneye kelepçeli olarak sevk edildikten sonra odasının kapısında bekleyen iki güvenlik görevlisine rağmen, yatağa ayağından zincirle bağlanmış olarak tutulmasını insanlıkdışı muamele yasağına aykırı bulmuştur (*Henaf, 47-60*).

Üçüncü kişinin şiddetine karşı koruma

Şiddet bağlamında devletin Sözleşme'nin 3. maddesinden doğan yükümlülüğü, şiddet uygulamamakla sınırlı değildir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlandığında, devletlerin kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin, özel kişilerin kötü muameleleri dâhil, herhangi bir şekilde işkenceye ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarını engellemeyi amaçlayan tedbirler almalarını gerektirmektedir. Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, kişi bütünlüğüne yönelik bu tür ağır ihlallere karşı devlet tarafından etkili bir caydırıcılıkla korunmalıdırlar (*A. – Birleşik Krallık, §22; Opuz, §159*). Bu nedenle dev-

let, bireyi üçüncü kişinin fiziksel saldırılarına karşı olduğu gibi, cinsel saldırılarına karşı da korumalıdır. Şiddet uygulayan üçüncü kişinin bireyin yakını olması, devletin koruma yükümlülüğünü kaldırmaz.

Mahkeme'ye göre, ulusal hukukun yeterli koruma sağlamaması veya yetkililerin bildikleri veya bilmeleri gereken bir kötü muamele riskini önlemek için makul adımlar atmamaları halinde, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından devletin sorumluluğu doğabilir (*Mahmut Kaya, §115*).

Bireysel ve toplu fiziksel saldırılar, aile içi şiddet

Üçüncü kişilerin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına giren bir muamele oluşturacak şekilde fiziksel saldırılarına karşı bireyin maddi bütünlüğünün hukuken veya fiilen korunmaması, devletin sorumluluğunu doğurabilir. Mahkeme ruhsal sıkıntıları olan bir tutuklunun tehlikeli hükümlülerle birlikte kaldığı koşuğa uğradığı ağır yaralamalı saldırıdan devleti sorumlu tutmuştur (*Pantea, §178-196*). Etnik veya dinsel nefret saikiyle bir gurubun diğer bir guruba saldırısına seyirci kalan bir devlet, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edebilir. Yehova Şahitlerinin dinsel toplantısını basarak kendilerini yaralayan ve dinsel yayınlarını yakan aşırı Ortodoks bir gurubun saldırısına polisin derhal müdahale etmemesi, Gürcistan devletinin sorumluluğunu doğurmuştur (*Gladani Yehova Şahitleri Kongresinin 97 üyesi ve Diğer 4 Başvurucu, §124*).

Aile içinin şeffaf olmayan niteliği ve genelde bu şiddeti haber vermekten korkan kadınların korunmasızlığı, devletin bu tür olaylara daha yüksek düzeyde bir özen göstermesini gerektirir. Mahkeme aile içi şiddet olgusunu *Opuz – Türkiye* davasında ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (*Opuz, §160-176*). Bu olayda başvurusunun korunmasız bireyler gurubuna girdiğini tespit eden Mahkeme, kocasından gördüğü muamelelerin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek ağırlıkta olduğunu belirtmiş ve ardından ulusal makamların başvurusunun fiziksel bütünlüğüne yönelik şiddet içeren saldırılarının tekrarını önlemek üzere makul tedbirleri alıp almadığını incelemiştir. Mahkeme, polisin ve savcılarının bütünüyle pasif kalmadıklarını ve koca aleyhine davalar açıldığını ve para cezasına mahkûm edildiğini, ancak bu tedbirlerin kocanın yeniden şiddet suçu işlemesini önlemediğini gözlemlemiştir. Mahkeme Türk Hükümetinin başvurusunun şikâyetlerinden vazgeçmekle ve yetkililerle işbirliği yapmamakla suçlayan ifadelerini reddetmiştir. Mahkeme'ye göre yasal düzenlemeler, başvurusunun şikâyetlerinden vazgeçmesine rağmen, kocası aleyhindeki ceza soruşturmasına devam edilmesini mümkün kılmalıdır; çünkü kocanın uyguladığı şiddet ceza davasını gerektirecek ağırlıktadır ve başvurusunun fiziksel bütünlüğüne yönelik tehdit devam etmektedir. Mahkeme'ye göre başvurucuya karşı şiddet eylemlerini bir engelle karşılaşmadan cezasızlıkla işleyen kocanın bu saldırılarını engellemek için ulusal makamların gereken özeni gösterdikleri söylenemez. Başvurusunun kocasının davranışlarına verilen karşılığın söz konusu suçların ağırlığı karşısında yetersiz kaldığını tespit eden Mahkeme, ayrıca 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunla getirilen tedbir ve yaptırımların etkili bir şekilde uygulanmadığını belirtmiştir. Mahkeme devlet yetkililerinin, başvurusunun fiziksel bütünlüğünün kocası tarafından ağır biçimde ihlal edilmesine karşı etkili caydırıcılığı olan koruyucu tedbirler almamış olmaları nedeniyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve ihmali

İç hukuktaki boşluk gibi soruşturma veya yargılama makamlarının uygulamaları da, devletin bireyi üçüncü kişilere karşı koruma yükümlülüğünün ihlal edilmesine sebep olabilir. 1980'li yılların başında Komisyon, Hollanda hukukundaki üçüncü kişinin cinsel saldırı eyleminin kovuşturulmasını engelleyen hukuki boşluk ile 3. maddenin 'kapsadığı ko-

ruma alanı' arasında yakın ve doğrudan bir bağlantı görmemiş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğini söylemiştir (*X ve Y – Hollanda*, §34). Aynı olayda Mahkeme de, akli dengesi yerinde olmayan ve özel bir yurttaki kalan 16 yaşındaki kız çocuğunun üçüncü kişinin cinsel saldırısına uğramasından sonra babanın yaptığı suç şikâyetinin mağdur tarafından yapılmadığı gerekçesiyle kovuşturulmamasını, kötü muamele yasağı değil ama özel yaşama saygı bağlamında incelemiş ve 8. maddenin ihlaline karar vermiştir.

2003 yılında verdiği *M.C. – Bulgaristan* kararında Mahkeme, üçüncü kişinin cinsel saldırı fiilini direnmeyle ilgili bir kanıtın bulunmaması nedeniyle tecavüz olarak değerlendirmeyen Bulgar makamlarının tutumunu eleştirmiştir. Mahkeme'ye göre yetkililerin bu olaydaki yaklaşımı, suçun kurucu unsurunda 'direnme'yi ön plana çıkaran kısıtlayıcı bir yaklaşımdır. Oysa Mahkeme'ye göre yapılan soruşturma ve varılan sonuçlar, 'rıza gösterme' meselesine odaklanmalıdır. Mahkeme bu olayda davalı devletin, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerinden doğan pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*M.C. – Bulgaristan*, §169-187).

Devletin çocuklara ve diğer korunmasız kişilere etkili koruma sağlama yükümlülüğünün ihlali, üçüncü kişinin kötü muamelesinin idari makamlar tarafından bilindiğinin veya bilinmesi gerektiğinin gösterilmesi ve kötü muameleyi engellemek için makul adımlar atılmadığının kanıtlanmasıyla mümkündür.

Mahkeme *E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık* davasında üvey babaları tarafından yıllarca cinsel istismara uğrayan dört küçük çocuğun durumlarının idare tarafından bilinmesine rağmen gerekli koruma tedbirlerinin alınmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §89-101). Benzer bir olayda Mahkeme, idarenin cinsel istismar olaylarını bildiği veya bilmesi gerektiğinin kanıtlanamaması üzerine, 3. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*D.P. ve J.C. – Birleşik Krallık*, §110-114).

Devletin çocuğu koruma yükümlülüğü cinsel istismar olaylarıyla sınırlı değildir; devletin aile içinde ihmal edilen çocukları da koruma yükümlülüğü vardır. Mahkeme, küçük yaştaki dört çocuk başvuruçunun, anne babaları tarafından ihmal edilmeleri sonucu odalarının pislik içinde, yataklarının idarla sınırlı olduğu ve aç bırakıldıklarının idare tarafından bilinmesine rağmen, yasal yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesiyle idare tarafından önlem almamasını, devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak görmüştür (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §74).

Devletin usul yükümlülüğü

Dayanağı, amacı, kapsamı

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının ihlali iddialarında olduğu gibi 3. maddesindeki işkence ve kötü muamele yasağı ihlali iddiaları konusunda da, devletlerin bu iddiaları etkili bir şekilde 'soruşturma yükümlülüğü' altında olduklarına dair yerleşik bir içtihadı sahiptir. Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü, pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür. Başka bir anlatımla bu yükümlülük bir yapma edimidir. Devletin yapması gerekenleri yapmaması ya da ihmal etmesi bu yükümlülüğün yerine getirilmemesine neden olmakta ve 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

Devletin soruşturma yükümlülüğü, yaşama hakkı bağlamında olduğu gibi, işkence ve kötü muamele yapmama veya bu muamelelere karşı koruma şeklindeki maddi yükümlülüğünden bağımsızdır. Mahkeme bir olayda, davalı devletin Sözleşme'nin 3. maddesini maddi yönden, deyim yerindeyse örneğin 'delil yetersizliğinden' ihlal etmediğine karar

vermiş olsa bile, devletin soruşturma yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 3 veya 13. maddelerinden birini ihlal ettiği sonucuna varabilir.

Diğer yandan Mahkeme bir olayda Sözleşme'nin 3. maddesinin esas yönünden ihlal edildiği sonucuna ulaştığı zaman, soruşturma yükümlülüğü bakımından da Sözleşme'nin 3 veya 13. maddelerinden birinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmak zorunda mıdır?

Kural olarak, eğer bir devlet soruşturmayı iyi yaparsa, hem sorumluları saptayabilir hem de onları cezalandırabilir. Bu nedenle, 3. maddenin esası bakımından ihlal bulunan bir davada ilke olarak soruşturmanın da iyi yapılmadığını varsayabiliriz. Fakat bu, Mahkeme esas hakkında ihlal sonucuna vardığı takdirde mutlaka soruşturma bakımından da ihlal sonucuna varacak anlamına gelmemelidir. *Balogh – Macaristan* davasında Mahkeme başvuruçunun vücudundaki yara bere izlerinin Hükümet tarafından aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklanmamış olması nedeniyle gözaltında kötü muamele sonucu olduğu sonucuna varmıştır. Ancak şikâyet üzerine iç hukukta savcılık tarafından yapılan soruşturmayı bağımsız ve etkili bir soruşturma olarak kabul etmiş ve bu yönden 13. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Balogh*, §60-68).

Devletin işkence ve kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağı nedir? BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 12. maddesine göre 'her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul sebepler bulunması halinde, yetkili makamlar tarafından derhal ve tarafsız bir soruşturma yapılmasını sağlamakla' yükümlüdür. Bu tür bir yükümlülük, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde düzenlenmemiştir. Ancak Mahkeme, konuyla ilgili ilk kararlarından bu yana, bazen Sözleşme'nin 13. maddesiyle (*Aksoy*, §98), bazen Sözleşme'nin 1. maddesiyle (*Assenov ve Diğerleri*, §102) birlikte yorumladığı 3. maddenin, devlete işkence ve kötü muamele iddialarını tam ve etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü yüklediği kanaatindedir.

İstanbul Protokolü'ne göre soruşturmanın amacı, Mahkeme'nin içtihatlarında ortaya koyulan amaçlardan biraz daha geniştir. Kısa adıyla İstanbul Protokolü, etkili soruşturma kavramını tanımlamak amacıyla bazı kuruluşlarca oluşturulmuş, 1999 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine sunulmuş olan "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu" adlı belgedir. İstanbul Protokolü 58 sayfalık açıklayıcı metinden ve 4 Ek'ten oluşmaktadır.

İstanbul Protokolü I. Ek'in 1. maddesine göre soruşturmanın amaçları: a) maddi olayları açıklığa kavuşturmak, devletin ve bireylerin mağdurlara ve mağdur ailelerine karşı sorumluluğunun varlığını kanıtlamak ve kabul ettirmek; b) bu tür olayların tekrarını önlemek için ihtiyaç duyulan tedbirleri belirlemek; c) soruşturma sonunda sorumlu olduklarına işaret edilen kişiler hakkında kovuşturma yapılmasını ve/veya gerekirse disiplin cezaları uygulanmasını kolaylaştırmak ve adil ve yeterli maddi tazminat ile tıbbi tedavi ve rehabilitasyon araçlarının sağlanması dâhil, devletten tam bir giderim ve tazminat alınması ihtiyacı bulunduğunu göstermektir.

Mahkeme içtihatlarına göre soruşturmanın amacı, i) yaralama sebebine ilişkin gerçeği ortaya çıkarmak; ii) sorumluları belirlemek; iii) sorumluları cezalandırmak ve/veya gerektiği takdirde mağdura bir giderim sağlamak olmalıdır. Mahkeme'ye göre, bir kimse Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleyle uğradığına dair güvenilir bir iddiada bulunduğu takdirde, ulusal makamlar olayları ortaya çıkarabilecek ve sorumluların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte 'etkili bir resmi soruşturma' yapmakla görevlidirler (*Slimani*, §30, 31; ve *Assenov ve Diğerleri*, §102). Soruşturmanın ardından ulusal mahkemeler önünde bir dava açılmışsa, yargılama aşaması dâhil, mu-

hakeme bir bütün olarak, Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasağın gereklerini karşılamak zorundadır. Bu demektir ki, yargısal makamlar, çektilmiş maddi ve manevi ıstırabın hiçbir şekilde cezasız kalmasına imkân vermemelidirler. Bu ilke, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığını sağlamak ve güvenini sürdürmek, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü görüntüsü vermemek için temel bir şarttır (*Öneriyıldız [BD], §96*). Bu bağlamda Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin önlerindeki davada bir sonuca varmadan önce, Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği titizlikte bir incelemeyi yapıp yapmadıklarını veya ne ölçüde yaptıklarını belirlemektir (*Okkalı, §65-66*).

Dolayısıyla buradaki soruşturma kavramı, her alandaki ve her aşamadaki ulusal muhakeme ile yaptırımları ve tedbirleri içerecek şekilde geniş bir kavram olarak anlaşılır. Bu çerçevede cezai alandaki soruşturma, kovuşturma, hüküm ve kanun yolları ve bu aşamalarda verilen kararlar; idare hukuku alanındaki haksız fiil disiplin soruşturmaları ve tazminat davaları; ayrıca medeni hukuk alanındaki haksız fiil sorumluluğunu ortaya çıkarabilecek tazminat davaları, soruşturma kapsamına girer.

Öte yandan, devletin işkence ve kötü muamele iddialarını soruşturma yükümlülüğü ile bireyin Sözleşme'nin 35. maddesine göre iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü arasında yakın bir ilişki vardır. İşkence ve kötü muamele iddialarını soruşturmamış ve yaptığı soruşturmanın etkisizliği anlaşılmış bir davalı devletin, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazının Mahkeme önünde başarıya ulaşması zordur.

Soruşturma ilkeleri, Mahkeme içtihatlarında belirmeye başlamış, İstanbul Protokolü'nde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmeye çalışılmıştır. Mahkeme daha sonra Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili bazı kararlarında İstanbul Protokolünden alıntılar ve Protokole atıflar yapmıştır (*Batu ve Diğerleri, §100, 113; Mehmet Emin Yüksel, §29; Mehmet Eren, §41, 43; Böke ve Kandemir, §48; Salmanoğlu ve Polattaş, §80, 89; Volkan Özdemir, §39; Türkmen, §46; Abdülkadir Aktaş, §98*). Böylece Mahkeme, İstanbul Protokolünün soruşturma ilkeleri bağlamında kullanabilecek bir kaynak hukuki metin olduğunu göstermiştir.

İlkeleri

Mahkeme soruşturma ilkelerini, İstanbul Protokolü ışığında incelenmiştir (*Batu ve Diğerleri, §133-137*). Buna göre, etkili bir soruşturmanın olmazsa olmaz koşulları beş başlık altında toplanmıştır:

- (a) *soruşturmanın başlaması*: Soruşturma makamı şikâyeti öğrendiğinde veya şikâyetin konusu kendisine yeterince açıklıkla sunulduğunda, soruşturmayı başlatmalıdır;
- (b) *soruşturma organlarının bağımsızlığı*: Şikâyeti soruşturacak olan soruşturma organları, soruşturulan kişi veya kuruluşlardan bağımsız olmalıdır;
- (c) *soruşturmanın etkililiği*: soruşturma, maddi gerçekleri ortaya çıkarmaya dönük olma anlamında etkili olmalı ve bütün deliller toplanmalıdır;
- (d) *soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması*: soruşturma organları soruşturmanın her aşamasında gerekli özeni ve titizliği göstermeli ve soruşturma yeterince hızlı yapılmalıdır;
- (e) *soruşturmanın şeffaflığı ve kamu tarafından denetimi*: soruşturma şeffaf ve kamu denetimi altında yapılmalıdır.

Bunların yanında Mahkeme'nin içtihatlarında şu ilkenin de ortaya çıktığını gözlemlemek mümkündür:

- (f) *Yaptırımın caydırıcılığı*: Soruşturma sonunda sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar ve mağdura gerekirse tazminat verilmelidir.

Soruşturmanın başlatılması

Soruşturma hangi koşullarda ve ne zaman başlatılmalıdır? İşkence veya kötü muamele soruşturması, kamu makamlarının olaydan ‘haberdar olma’larından sonra ‘hemen’ başlatılmalıdır. Haberdar olma şartı, resmi bir şikâyet gibi biçimsel bir başvuru yapılmasını gerektirmez. Soruşturmanın hemen başlatılması şartı da, hiç zaman geçirilmemesini gerektirir.

Haberdar olma şartıyla ilgili olarak İstanbul Protokolü şöyle demektedir: “... Açık bir şikâyet olmasa bile, işkence veya kötü muamelelerin yapılmış olabileceğine dair belirtiler varsa, bir soruşturma yapılır. ...” (I. Ek, md. 2). Mahkeme’ye göre, dar anlamda bir şikâyette bulunulmamış olsa bile, işkence veya kötü muamele yapıldığına dair yeterince açık belirtilerin mevcut olması halinde, soruşturma başlatılmalıdır; çünkü yetkililer, işkence mağdurlarının korunmasız durumda olduklarını ve ciddi kötü muameleyle tabi tutulmuş kişilerin genellikle şikâyette bulunmaya pek istekli ve hazır olamayacaklarını dikkate almalıdırlar (*Batı ve Diğerleri*, §133).

Mahkeme, ulusal makamların bir şekilde kötü muameleden haberdar edilmiş olmaları halinde, soruşturmanın başlatılması için mutlaka yazılı ve hatta bazı hallerde sözlü olarak bir şikâyette bulunulmuş olmasını aramamaktadır. Mahkeme, 14 gün gözaltı sırasında Filistin askısına tabi tutulduğu için kolları tutmaz bir halde savcının önüne çıkarılan başvuruçunun, gözaltında gördüğü işkence hakkında sözlü veya yazılı bir şikâyette bulunmamış olmasına ve vücudunda darp ve cebir izi bulunmadığını söyleyen doktor raporuna rağmen, başvuruçunun yaralarının savcı tarafından görülebilir olduğu ve bu konuda soruşturma yapmakla yükümlü savcının soruşturma başlatmadığı gerekçesiyle, davalı devletin soruşturma yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varmıştır (*Aksoy*, §56, 99). O halde potansiyel olarak kamu görevlilerinden veya üçüncü kişilerden kötü muamele görmüş olabilecek kişilerin ifadelerini alan savcı veya yargıçların önce bu konuda soru sormaları, şüphelendikleri hallerde ifade verecek kişiyi daha yakından gözlemlemeleri, kötü muameleden haberdar olmalarını kolaylaştırır.

Gözaltına direnmeye karşı güç kullanma sonucu yaralama meydana gelmişse ve bu yetkililer tarafından biliniyorsa, yaralama esas bakımından haklı olsa bile, yani kötü muamele oluşturmasa bile, kötü muamele şikâyeti yine de soruşturulmalıdır; soruşturulmaması 3. maddeyi usul yönünden ihlal eder (*Shchukin ve Diğerleri*, §101-108).

Soruşturma makamlarının kötü muamele şikâyetlerini kaydetmelerine rağmen soruşturma için harekete geçmemelerini Sözleşme çerçevesinde mazur göstermek mümkün değildir. Ulusal makamların hareketsizliği üzerine Strasburg organlarına yapılan bireysel başvurunun Hükümete iletilmesinden sonra iç hukukta bir kötü muamele soruşturmasının başlatılması, Sözleşme’nin aradığı hızda açılmış bir soruşturma sayılmayacaktır.

Tekin – Türkiye davasında başvuruçunun gözaltında tutulduktan sonra önüne çıkarıldığı savcıya gözaltında işkence ve kötü muamele gördüğünü söylemiş ve boynunda unutulmuş ıslak gözbağını savcıya vermiş, savcı bu durumu tutanağa geçirmiş, ancak soruşturma başlatmamıştır. Başvuruçunun Komisyona bireysel başvuruda bulunmasının ardından başvurunun Hükümete bildirilmesi üzerine, yani olaydan sonra yaklaşık on ay kadar sonra soruşturma açılmış; bu soruşturma da yıllar sonra jandarma görevlilerinden alınabilen ifadenin ardından İl idare kurulu tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararlar sonuçlanmıştır. Savcı hakkında görevi ihmal nedeniyle açılan soruşturma Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda devam etmiştir. Mahkeme bu olayda, soruşturma yükümlülüğünün ihlaline karar vermiştir (*Tekin*, §67-68).

Sevta Veznedaroğlu – Türkiye davasında başvuru 11 gün gözaltında tutulmuş, gözaltının 9 ve 11. günlerinde alınan iki adli tıp raporunda başvuru vücutundaki yara bere izleri kaydedilmiştir. Başvuru hem savcı önünde ve hem de tutuklama talebiyle sevk edildiği yargıç önünde verdiği ifadelerde gözaltında işkence gördüğünü söylemesine ve yetkililerin önlerindeki dosyada raporlar bulunmasına rağmen, savcı tarafından bu şikâyetin soruşturulmamış olması, başvurucudan olayla ilgili ayrıntılı bilgi alınmaması ve başvuru tutulduğu yerdeki polislerin ifadesinin de alınmaması, başvuru serbest bırakan mahkeme yedek yargıç tarafından başvuru iddiaları hakkında bir araştırma yapılmamış olması, sonuç olarak başvuru iddialarına karşı yetkililerin gösterdiği bu hareketsizlik, Sözleşme'nin 3. maddesindeki usul yükümlülüğüyle bağdaşmaz bulunmuştur (*Sevta Veznedaroğlu, §32-35*).

İlhan – Türkiye davasında yakalanma sırasında ağır bir şekilde yaralanan başvuru vücutundaki kötü muamele şikâyeti bakımından savunulabilir bir iddiasının bulunduğu açıktır. Savcının, başvuru hastaneye kaldırılacak kadar ağır yaralandığını bilmesine rağmen, başvuru düşmek suretiyle yaralandığını belirten güvenlik güçlerinin tuttuğu tutanağa dayanarak konuyla ilgili ayrı bir soruşturma yapmaması da 13. maddeye aykırı bulunmuştur (*İlhan, §98-103*). *Egmez – Türkiye* davasında Mahkeme, ağır şiddet kullanılarak gözaltına alınan başvuru gözaltına alınırken gördüğü kötü muameleden savcılığın haberdar olmasına rağmen sorumlular hakkında cezai soruşturma açmamasını, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı bulmuştur (*Egmez, §96-100*).

Kötü muamele iddiaları 'savunulabilir' nitelikteyse ve 'makul bir şüphe doğuruyorsa', yetkililer bu iddialar hakkında hemen soruşturma başlatmalıydılar. *Yusuf Gezer – Türkiye* davasında gözaltı süresinin sonunda 22 Nisan 2001 tarihinde yapılan tıbbi muayenenin ardından verilen raporda başvuru vücutunda yara bere izleri tespit edilmiştir. Yargıç önünde gözaltındaki ikrarını reddeden ve ifade vermeyen başvuru tutuklanmıştır. Başvuru aleyhindeki ceza davasının 19 Temmuz 2001 tarihli duruşmasında kendisine isnat edilen suçlamaları reddetmiş ve gözaltında kötü muamele gördüğünü iddia etmiş ancak yargıç bu iddia konusunda bir işlem yapmamıştır. Başvuru 21 Ekim 2003'te gözaltında kendisine kötü muamelede bulduklarını iddia ettiği polisler aleyhinde suç şikâyetinde bulunmuş, dört sanık polis aleyhine açılan ceza davası 13 Aralık 2004 tarihinde, yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararıyla sonuçlanmıştır. Mahkeme, yetkililerin daha 19 Temmuz 2001'de gözaltında kötü muameleyle ilişkin yeterince açık bir bilgiye sahip olduklarını, bu bilginin 22 Nisan 2001 tarihli sağlık raporuyla doğrulandığını gözlemlemiş ve yetkililerin olaydan ve başvuru şikâyetinden yaklaşık üç yıl sonra harekete geçmiş olmalarını, soruşturmaya geç başlama olarak değerlendirmiş ve 3. maddenin usul yönünden ihlaline karar vermiştir (*Yusuf Gezer, §35*).

Tigran Ayrapetyan – Rusya davasında Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra çenesinin kırıldığı gözaltında muayene eden doktor raporunda belirtildiği halde, soruşturmanın başvuru ve ailesinin yaptıkları şikâyetten ancak üç ay sonra başlatılmış olmasını, yetkililerin gerekli hızda hareket etmemiş olmaları ve bunun etkili soruşturma üzerinde ciddi olumsuz etki yaptığı şeklinde değerlendirmiş ve usul yönünde 3. maddenin ihlaline karar vermiştir (*Tigran Ayrapetyan, §83*).

Soruşturma organlarının bağımsızlığı

Soruşturma hangi niteliklere sahip organlar tarafından yapılmalıdır? Soruşturma, olayda sorumluluğu söz konusu olabilecek kişilerden kurumsal ve pratik olarak bağımsız görevlilerce yapılmalıdır. Aksi takdirde yapılacak soruşturmaya güven duyulmaz.

İstanbul Protokolü, hem soruşturmayı yapanların ve hem de soruşturmaya katkıda bulunan uzmanların bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğini söylemektedir. Buna göre:

“Soruşturmayı yapanlar, bu tür olayların faili olduğundan şüphelenilen kişiler ile onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, uzmanlığa sahip ve tarafsız kişiler olmalıdır. Soruşturmayı yapanların, tarafsız tıp uzmanlarına veya konuyla ilgili diğer uzmanlara ulaşma veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır. Soruşturma yapılırken, en yüksek profesyonel standartlara uygun yöntemler kullanılmalıdır” (I. Ek, md. 2).

Protokole göre, mevcut soruşturma usullerinin yetersiz uzmanlık veya önyargı ya da kötüye kullanma şüphesi veya başka bir nedenle yetersiz kalması halinde, bağımsız bir araştırma komisyonu kurulabilmelidir; komisyonun üyeleri toplumda tarafsızlıkları, uzmanlıkları ve bağımsızlıklarıyla tanınmış kişiler arasından seçilmelidir; bu kişiler özellikle, işkence ve kötü muamele zanlılarından ve/veya bu kişilerin hizmet ettikleri kurumlardan bağımsız kişiler olmalıdır; komisyon araştırma için gerekli bütün bilgileri elde etme yetkisine sahip olmalıdır (I. Ek, md. 5(a)).

Mahkeme’ye göre de, işkence veya kötü muamele soruşturması yapanların olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerekir; bu demektir ki, soruşturmacı ile soruşturulan kişi arasında sadece hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmaması yetmez; ama aynı zamanda soruşturmacıların pratikte de bağımsız olmaları gerekir (*Bati ve Diğerleri*, §135).

Mahkeme, Türkiye ile ilgili verdiği birçok kararında, güvenlik görevlileri tarafından yapıldığı iddia edilen kötü muameleler hakkındaki soruşturmanın İdare Kurulları tarafından yapılmasını ve soruşturmacı olarak güvenlik güçlerinin amirlerinin atanmasını, bu organların bağımsız olmaması nedeniyle Sözleşme’nin 13. maddesine aykırı bulmuştur (*Mehmet Emin Yüksel*, §38-41; *Talat Tepe*, §84; *Sunal*, §60-63; *Zülcihan Şahin ve Diğerleri*, §60-63). Haklarında kötü muamele isnadıyla soruşturma yapılan polislerin görevde buldukları sırada Emniyetin bir başka şubesi tarafından ifadelerinin alınması ve delillerin toplanması, Mahkeme’ye göre soruşturmayı yapan kişiler ile hakkında suç nedeniyle soruşturma yapılan görevliler arasında kurumsal ve hiyerarşik bir bağlantının bulunmaması kuralıyla bağdaşmaz (*Bursuc*, §100-110).

Pratikte bağımsızlık konusunda Mahkeme, bir başvurunun jandarma merkezinde gözaltına alınıp alınmadığını tanık dinlemeden, olay yerine gitmeden ve görevlilerin ifadesini almadan başvurunun gözaltına alınmadığını bildiren jandarmanın söylediğinden kuşku duymamasını ve gözaltı giriş kayıtlarını güvenilirliğini hemen kabul etmesini ve başvurunun iddialarını doğrulayan deliller aramamasını, savcının güvenlik güçlerine boyun eğen bir tutumu olarak nitelendirmiş ve ağır bir soruşturma kusuru olarak görmüştür (*Aydın*, §106).

Soruşturmanın etkililiği (delillerin toplanması)

Kötü muamele şikâyetiyle ilgili soruşturmanın hemen başlatılmış olması ve bağımsız organlar tarafından yürütülüyor olması yeterli değildir; soruşturmanın ‘etkili’ olması gerekir. Soruşturmanın etkililiği, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına götüreceği şekilde, bütün delillerin süratle toplanması ve korunması anlamına gelmektedir.

İstanbul Protokolü soruşturmanın etkililiğini sağlamak için ayrıntılı hükümlere yer vermiştir. Buna göre: “a) Soruşturma yapan makam, soruşturma için gerekli bütün bilgileri toplama yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olmalıdır. Soruşturmayı yürüten kişiler, etkili soruşturma için gerekli bütçe kaynaklarına ve teknik imkânlarla sahip olmalıdırlar.

Soruşturmayı yapanlar, işkence veya kötü muamele olaylarına karıştıkları iddia edilen resmi sıfatla hareket eden kişileri huzura gelmeye ve ifade vermeye zorlama yetkisine sahip olmalıdır. Aynı kural, bütün tanıklar için de geçerlidir. Bu amaçla soruşturma makamı, işkenceye karıştığı iddia edilen resmi görevliler dâhil, tanıklara davetiye çıkarma ve ifade vermelerini isteme yetkisine sahip olmalıdır. b) İşkence veya kötü muamele mağduru oldukları iddia edilenler, tanıklar, soruşturmayı yürütenler ve bunların aileleri, soruşturma nedeniyle ortaya çıkabilecek şiddete, şiddet tehdidinde ve her türlü gözdağı verilmesine karşı korunmalıdırlar. İşkence veya kötü muamele olayına potansiyel olarak karıştıkları ima edilen kişiler, doğrudan veya dolaylı olarak şikâyetçilerin, tanıkların ve onların ailelerinin ve ayrıca soruşturmayı yürütenlerin üzerinde amir veya denetleyici konumda iseler, bu görevlerinden alınırlar” (I. Ek, md. 3).

Ayrıca İstanbul Protokolü soruşturmanın tıbbi yönünü düzenleyen ayrıntılı hükümlere yer vermiş, özellikle tıbbi muayenenin güvenilir ve gerçeğe uygun bir raporla sonuçlanması için ‘görüşme koşulları’ nı, ‘öykünün alınması’ nı, ‘fiziksel ve psikolojik muayene’ yi, tıbbi bir ‘görüş’ oluşturulmasını, ‘rapor’ un düzenlenmesini ve korunmasını düzenleyen hükümler getirmiştir (I. Ek, md. 6).

Mahkeme’ye göre bir soruşturma, hukuken olduğu gibi pratikte de etkili olmalı ve devletin yetkili makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız bir şekilde engellenmemelidir. Soruşturma, sorumluların belirlenmelerini sağlayacak ve cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde, işkence ve insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele cezanın hukuken genel biçimde yasaklanmış olması büyük bir öneme sahip olmasına rağmen, bu yasak pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili bir dokunulmazlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını istismar etmelerini mümkün kılacaktır. Mahkeme’ye göre bu yükümlülük mutlak değil, ama sınırlı bir yükümlülüktür. Bir mağdurun kendisine destek verebilecek ve gerekli delilleri toplayabilecek hekime, avukata, ailesine veya arkadaşlarına ulaşma imkânı verilmeksizin dış dünyadan izole bir şekilde gözaltında tutulması halinde, gözaltında işkence gördüğüne dair iddialarını kanıtlaması aşırı derecede güç olacaktır. Yetkililer, olayla ilgili delilleri korumak için alabilecekleri her türlü makul tedbiri almalıdırlar; bu tedbirler arasında, başka şeylerin yanında, iddiada bulunan mağdurun iddialarıyla ilgili ayrıntılı ifadesinin alınması, görgü tanıklarının beyanlarının alınması, adli tıp delillerinin toplanması, ayrıca uygun olduğu takdirde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesini sağlamak amacıyla ilave tıbbi belgelerin alınması ve tıbbi bulguların özellikle de yaraların sebebine ilişkin objektif bir analizinin yaptırılması yer almaktadır. Soruşturmada, yarının sebebinin veya sorumlu kişiyi ortaya çıkarma yeteneğini sakatlayan bir kusur, bu standartla çelişme riski yaratacaktır (*Batu ve Diğerleri*, §134).

Mahkeme’nin önüne gelen davalarda tespit ettiği soruşturma eksiklikleri veya kusurları çok çeşitlidir. Bunların çoğu, savcılık aşamasında meydana gelen eksiklik veya kusurlardır. Mahkeme’ye göre savcının görevi, sadece suç faillerine karşı yürütülen ceza muhakemesi bakımından değil, başvuruçunun uğradığı zararların giderilmesi için diğer hukuk yollarını kullanabilmesi bakımından da çok önemlidir; bu hukuk yollarının tam olarak etkililiği, savcının görevlerini düzgün bir biçimde yerine getirmesine bağlıdır (*Aydın*, §104). Bununla birlikte Mahkeme, yargılama aşamasında ulusal mahkemeler tarafından yapılan soruşturma kusurlarına da dikkat çekmektedir.

Soruşturma makamları, şikâyetin konusunu oluşturan olaylarla ‘ilgili deliller’ toplamaya girişmelidir. Bir kadın başvuruçusu savcıya gidip, başka kötü muamelelerin yanında, gözaltında kendisine tecavüz edildiği şikâyetinde bulunmuş, savcı ise yapılmasını istediği üç ayrı tıbbi muayenede başvuruçunun bekâretini kaybedip etmediğinin tespit edilmesini

istemiştir. Doktorlar verdikleri raporlarda başvurucunun bacak arasındaki kızarıklıkların gayri iradi bir cinsel ilişki iddiası ile tutarlı olup olmadığı konusunda bir görüş belirtme gereğini duymamışlar, başvurucunun tutum ve davranışlarının psikolojik açıdan tecavüz mağdurlarının tutum ve davranışlarıyla uyumlu olup olmadığını değerlendirme girişiminde bulunmamışlardır (*Aydın, §107*). Mahkeme olayda etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna varmıştır.

Soruşturma makamları, ‘yeterli tıbbi delil’in toplanmasını sağlamalıydılar. Bu olayda başvurucuları muayene eden hekimler, başvurucuların vücutlarında bulunan izlerin sebebinin ortaya çıkarılması için ‘ileri tetkik’ yapılmasını istemiş olmalarına rağmen, bu tetkikler yapılmamış, savcı ve dava mahkemesinde bu sorunu gidermek için bir girişimde bulunmamışlardır. Mahkeme’ye göre ileri tetkiklerin yapılmaması, sadece bir soruşturma ihmalî oluşturmamakta, fakat aynı zamanda ‘insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele’ oluşturmaktadır (*Batı ve Diğerleri, §143*). Öte yandan sağlık raporlarında başvurucunun darp edildiği söylenmesine rağmen kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararda bu rapordan hiç söz edilmemesi, açık bir soruşturma kusurudur (*Bursuc, §100-110*).

Soruşturmanın tam ve bağımsız bir soruşturma standardına ulaşabilmesi için, kötü muamele mağduru olabilecek kişinin tıbbi muayenesinin, polislerin ve diğer kamu görevlilerinin bulunmadığı bir ortamda yapılması gerekir (*Lopata, §114; Karademir, §53*). Mahkeme bir olayda adli tıp muayenesinin yapılma şekli ile verilen raporun güvenilirliği ve gerçeği yansıtmaya niteliğinden kuşku duyduğu için etkili soruşturma yapılmadığı sonucuna varmıştır. Raporda başvurucunun ‘sol kulakta ağrıdan şikâyet ettiği’ belirtilmiş olmasına rağmen, hekim başvurucuya bu durumun kaynağını ve belirtilerini sormamış, kulaktan muayene etmemiş ve başvurucunun açıklamaları ile kendi bulgularını rapora yazmamıştır (*Lopata, §115*).

Soruşturma makamları, tespit edilen yara bere izlerinin ‘sebebini açıklayıcı deliller’ aramalıydılar. *Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan* davasında Roman kökenli 14 yaşındaki başvuru çarşıda kumar oynattığı için polisler tarafından gözaltına alınırken, babası gelip çocuğuna kendisinin ceza verebileceğini göstermek üzere tahta parçasıyla vurmuştur. Gözaltına alınan başvuru götürüldüğü karakolda da kendisine copla ve tabancayla vurulduğunu ve durmadan yumruklandığını iddia etmiş, alınan adli tıp raporunda yara bere izleri ayrıntılı olarak belirtilmiş ve yaraların şikâyetlerle uyumlu olduğu ifade edilmiştir. İç hukukta şikâyeti soruşturan soruşturmacı, başvurucunun babasının başvurucuyu sağlık raporunda tanımlanan belere sebebiyet verecek kadar ağır bir şekilde dövdüğüne dair bir delil bulunmamasına rağmen, başvurucunun yaralarına babası tarafından sebebiyet verildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ise, bu olayın aleni bir mekânda meydana geldiğini ve çok sayıda kişi tarafından görüldüğü halde olaydan hemen sonra henüz her şey hafızalarda tazeyken görgü tanıklarının bulup ifadelerini almak suretiyle babanın mevcut yara bere izlerine sebebiyet verecek ölçüde vurup vurmadığının ortaya çıkarılmasına çalışılmadığını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca soruşturmacının takipsizlik kararında ‘çocuğa vurulmuşsa bile, polisin emirlerine itaat etmediği için vurulmuştur’ şeklindeki ifadesini de hayretle karşılamış ve Sözleşme’nin 3. maddesi soruşturma yükümlülüğü yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Assenov ve Diğerleri, §101-106*).

Soruşturma makamları, faillerin belirlenebilmelerine imkân verecek şekilde ‘teşhis’ yaptırmalıydılar. Cezaevinde infaz koruma memurlarından kötü muamele gördüğü şikâyetinde bulunan başvurucuya olaydan 14 ay geçtikten sonra, cezaevinde çalışmış infaz koruma memurlarının fotoğraflarının fotokopileri gösterilmiştir. Başvuru infaz koruma memurlarını şahsen görmesi halinde tanıyabileceğini belirtmesine rağmen bunun için bir işlem yapılmamış, soruşturmayı yapanlar başvurucunun sorumluları teşhis

edemediği ve iddialarının temelsiz olduğu gerekçesiyle takipsizlik kararı vermişlerdir. Mahkeme tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle, soruşturma yükümlülüğü yönünden 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Labita, 130-136*).

Dalan – Türkiye davasında başvurucunun gözaltında kendisine kötü muamele yapıldığı şikâyeti üzerine savcı soruşturma başlatmış, ancak gözaltı tutanağını imzalayanlardan sadece polis amirini dinledikten sonra başvurucudaki yara bere izlerinin gözaltına direnme sırasında uygulanan meşru şiddet nedeniyle meydana geldiğine ikna olmuş ve takipsizlik kararı vermiştir. Başvurucu gözaltında kendisine kötü muamele yapan polisleri görse tanıyacağını söylemesine rağmen, savcı diğer polislerin bulunması, ifadelerinin alınması ve gözaltına alma işlemini gören tanıkların dinlenmesi için bir çaba göstermemiştir. Mahkeme soruşturmayı etkisiz bir soruşturma olarak görmüştür (*Dalan, §31-34*).

Kmetty – Macaristan davasında başvurucu, polislerden kötü muamele gördüğü şikâyeti üzerine yapılan soruşturma sırasında kendisine gösterilen fotoğraflardan iki polisi teşhis etmiş ama üçüncü polisin fotoğraflarda bulunmadığını söylemiştir. Soruşturma neticesinde polisler hakkında takipsizlik kararı verilmiştir. Mahkeme, bütün şüpheliler ile başvurucu arasında yapılacak bir yüzleştirmenin olayların açıklığa kavuşmasına katkıda bulunacağını belirterek, yapılan soruşturmayı kusurlu bulmuştur (*Kmetty, §41*).

Faillerin kimlikleri süratle belirlenmelidir. *Dikme – Türkiye* davasında başvurucunun gözaltında işkence gördüğü şikâyetinin üzerinden 8 yıl geçmesine rağmen, olay hakkında kayda değer bir sonuç elde edilememiş; başvurucuyu nezarete tutmakla görevli olup kötü muameleden sorumlu bulunan polislerin kimliği belirlenememiş; davalı Hükümet soruşturmanın ilerlemesi konusunda ikna edici herhangi bir açıklamada bulunamamıştır. Mahkeme bu olayda soruşturmanın etkisizliği nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Dikme, §101-104*).

Yargılama makamları sanığı, mağdurun huzurunda dinlemelidirler. Mahkeme, *Bati ve Diğerleri – Türkiye* davasında başvuruculara işkence yaptığı iddia edilen sanık polislerden birinin dava mahkemesi önüne getirilmediği ve istinabeyle ifadesi alındığı halde, başvurucuların bu sanığı teşhis edemediği gerekçesiyle hakkında beraat kararı verilmiş olmasının anlaşılabilir bir durum olduğunu belirtmiştir (*Bati ve Diğerleri, 141-44*).

Ulusal mahkemeler olay yerinde bulunanları çekişmeli bir yargılamanın yapıldığı duruşmada dinlemelidirler. *Berktaş – Türkiye* davasında başvurucu, 6 polisin bulunduğu evde arama sırasında balkondan itilerek ağır yaralandığından şikâyet etmiş, soruşturma sırasında polislerin alınan ifadelerinde önemli çelişkiler bulunmasına rağmen, üç polis hakkında açılan ceza davasında sadece sanık polisler dinlenmiş, diğer polisler ile şikâyetçiler dinlenmeden, balkondan düşme olayı ile polislerin davranışları arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir. Başvurucunun, polislerin kusur veya ihmalleri hakkında çekişmeli bir yargılamayla açıklama bekleme hakları bulunduğunu belirten Mahkeme, etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna varmıştır (*Berktaş, 180-190*).

Mağdur soruşturmanın etkililiği için, gerektiği takdirde soruşturma işlemlerine katılmalıdır. *Ay-Türkiye* davasında Mahkeme, başvurucunun güvenlik güçleri tarafından kaçırılarak kendisine işkence yapıldığı iddiasının kanıtlanamamış olması nedeniyle 3. maddede esas yönünden aykırılık görmediği gibi, devletin usul yükümlülüğünü de ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, soruşturma sırasında yetkililerin bazı kusurları bulunmakla birlikte soruşturmanın etkisiz kalmasının en büyük nedeni, başvurucunun keşfe katılmaması ve güvenlik mensuplarının fotoğraflarını incelemeye gelmemesidir. Başvurucu götürüldüğü yeri tanıyabileceğini ve kendisini kaçıranlardan en az

iki kişiyi teşhis edebileceğini söylediği için, bu soruşturma işlemleri daha da önemlidir. Başvurucu ve avukatı gerçeğin ortaya çıkarılması için daha fazla yardım etmemeleri nedeniyle, soruşturma daha olumlu bir sonuç beklenmesi mümkün değildir. Bu nedenle soruşturma yükümlülüğü yönünden Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir (*Ay – Türkiye, §61-69*). Mahkeme, bir başka olayda, ölüm cezası hükümlüsü başvurusunun cezaevinde tutulma koşullarıyla ilgili olarak savcıya şikâyetinin esası hakkında ayrıntılı bilgi vermemesi nedeniyle, soruşturma yükümlülüğünü ihlal bulmamıştır (*Gennadiy Naumenko, §134-139*).

Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması

İşkence ve kötü muamele iddialarının makul bir özen ve hızla soruşturulmaması, sadece bireylerin adalete olan güvenini kırmakla kalmaz; kötü muamelede bulunanların dava ve ceza zamanasını kuralları aracılığıyla dokunulmaz olmalarını da sağlar. O halde işkence ve kötü muamele şikâyeti söz konusu olduğunda hızlı, özenli ve etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapmak, kamuoyunun güvenini kazanmak ve bu tarz muamelelere karşı hoşgörü gösterilmediğini ortaya koymak açısından önemlidir.

İstanbul Protokolü'ne göre 'Devletler, işkence veya kötü muamele şikâyetlerinin veya ihbarlarının hızlı ve etkili bir şekilde soruşturulmasını sağlarlar' (I. Ek, md. 2).

Mahkeme'ye göre, makul bir özen ve hızlilik şartının bu bağlamda zımninden yer aldığından kuşku yoktur. Kötü muamele iddialarını soruşturan yetkililer tarafından bu iddialara hızla bir cevap verilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesinde ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsü verilmemesinde genellikle esaslı bir unsur olarak görülmelidir. Bir soruşturmada bazen soruşturmanın ilerlemesini önleyen engeller ve güçlükler bulunabilir. Ancak, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesi ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsü verilmemesi için yetkililerin derhal bir soruşturma başlatmalarının çok önemli bir unsur olduğu kabul edilmelidir (*Batu ve Diğerleri, §136*).

Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması, delillerin toplanmasını tehlikeye sokup soruşturmanın etkililiğini zayıflatabileceği gibi, zamanasını riski nedeniyle soruşturmanın sonuçlarını da etkileyebilir.

Batu ve Diğerleri – Türkiye davasında İstanbul Başsavcılığı, şikâyetin üzerinden bir yıl geçtikten sonra başvuru sahiplerinin tutulduğu gün nöbetçi olan beş polis hakkında, iki yıl sonra da altıncı polis memuru hakkında ceza davası açabilmiştir. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, şikâyetin yapılmasından altı yıl dokuz ay sonra, dört sanık görevli hakkında zamanasını dolduğu için, bir sanık görevli bakımından da öldüğü için davanın ortadan kaldırılmasına, bir sanık görevli hakkında iki kişiye işkence yaptığı gerekçesiyle iki yıl hapis cezasına karar vermiştir. Strasbourg Mahkemesi bu davada kararını verdiği 3 Haziran 2004 tarihinde, iç hukukta Yargıtay henüz yerel mahkemenin kararını onamamıştı ve bu nedenle mahkûm olan altıncı polisin de hakkında beş yıl içinde kesin karar verilmediği için zamanasımından yararlanması söz konusuydu. Mahkeme'ye göre bu durum, ulusal yargılama organlarının özensizliğinden kaynaklanmakta olup ve sanık polislere, aleyhlerine inkârı mümkün olmayan kanıtlar bulunmasına rağmen, dokunulmazlık zırhı tanınmaktadır. Bu nedenle ceza hukuku yolu etkisiz duruma gelmiş ve sonuç olarak Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir (*Batu ve Diğerleri, §145-147*). Bu olayda ilk iki yıl iki ay, asıl tanıklar ve sanıklar ağır ceza mahkemesi tarafından dinlenmiş, ancak bundan sonraki dört buçuk yıl iki tanığın aranmasıyla geçirilmiş, ancak üç yıl dokuz ay sonra bu tanıkların dinlenmesinden vazgeçilmiştir. Bu tarihten sonra da sanık polis vekillerinin davadan çekilmesi üzerine duruşma bir süre daha ertelenmiştir.

Mahkeme *Toteva – Bulgaristan* davasında başvuru aleyhindeki şikâyetin 1 yılda sonuçlanmış olmasına rağmen başvurucunun gözaltında kötü muamele şikâyetinin 8 yıl geçmesine rağmen sonuçlanmamasını, soruşturma yükümlülüğüne aykırı görmüştür (*Toteva, §61-66*).

Mahkeme cezaevinde kötü muamele şikâyetinin yapılmasının üzerinden 5 yıl sekiz ay geçtikten sonra yargılamanın başlamış olmasını, olaydan yaklaşık 2 yıl sonra cezaevinde çalışan 262 gardiyanın fotoğraflarının fotokopileri başvurucuya gösterilerek sorumluların belirlenmeye çalışılmasını ve olaydan sonra dokuzuncu yılında soruşturmanın halen sürdüğünü dikkate alarak, soruşturmadaki bu özensizliğin 3. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Indelicato, §36-37*).

Mahkeme'nin gözaltında işkence gördüğünü kabul ettiği başvuru, çıkarıldığı ilk duruşmada yargıca işkence gördüğünü söylemesi ve sorumlular hakkında şikâyetçi olduğunu belirten dilekçe vermesi ve yara bere izlerini gösteren sağlık raporunu sunması üzerine açılan soruşturmada, savcılığın birkaç gün sonra görevsizlik kararı vermesi ve sekiz ay kadar sonra il idare kurulunun kovuşturmaya yer bulunmadığına karar vermesi dışında bir soruşturma işlemi yapılmamış olmasını, olayın üzerinden sekiz yıl geçmesine rağmen başvurucuya kötü muamele yapan görevlilerin hala belirlenememiş olmasını, soruşturma yükümlülüğü yönünden 3. maddeye aykırı bulmuştur (*Dikme, §98-104*).

Soruşturmanın şeffaflığı

İşkence ve kötü muamele soruşturma sonuçları hem şikâyetçiye ve hem de kamuya açık olmalı ve böylece denetlenebilmesine imkân verilmelidir. Örneğin kötü muamele şikâyeti dosyasının şikâyetçiye açılmaması ve soruşturma sırasında verilen kararların şikâyetçiye iletilmemesi ve yine soruşturma sonucunun kamuya kapalı tutulması, bu ilke bakımından sorun oluşturur.

İstanbul Protokolüne I. Ek'in 4. maddesi gereğince, işkence veya kötü muamele mağduru olduğunu iddia eden kişiler ve bunların yasal temsilcileri, soruşturma işlemlerinden ve verilen kararlardan haberdar edilmelidirler. Failler hakkında dava açılmışsa, mağdur veya suçtan zarar gören kişi duruşmalardan haberdar edilmeli, davaya katılabilmeleri sağlanmalı, soruşturma için gerekli bilgileri elde etme hakkına ve olanağına ve duruşmalarda kanıt sunma hakkına sahip olmalıdırlar. Yine İstanbul Protokolüne göre "Makul bir süre içinde yazılacak soruşturma raporunda, soruşturmanın kapsamı, kanıtları değerlendirmek için kullanılan usuller ve yöntemler ile birlikte maddi bulgulara ve uygulanabilir hukuk kurallarına dayanan sonuçlar ve tavsiyeler yer alır. Soruşturma raporu tamamlandıktan sonra kamuoyuna açıklanır. Bu raporda ayrıca, gerçekleştirildiği tespit edilen spesifik olaylar detaylı bir biçimde anlatılır; bulguların dayandığı kanıtlar gösterilir; koruma amacıyla kimlikleri gizli tutulanlar hariç, tanıkların listesi yer alır. Devlet, makul bir süre içinde soruşturma raporuna yanıt verir ve gerekirse rapora karşılık atılacak adımları gösterir" (I. Ek, md. 5(b)).

Mahkeme'ye göre, hesap vermeyi teoride olduğu gibi uygulamada da sağlamak için, soruşturma ve soruşturmanın sonuçları kamu tarafından yeterince denetlenebilmelidir. Kamu denetiminin derecesi, olaydan olaya değişebilir. Ancak her olayda, şikâyetçiye soruşturma sürecine etkili bir şekilde katılma imkânı sağlanmalıdır (*Büyükdağ, §67; Batı ve Diğerleri, §137*). Mağdura soruşturma aşamasında soruşturma dosyasının iç hukukta bir yasak olmadığı halde gösterilmesi ve takipsizlik kararının verilmemesi, davalı devletin usul yönünden sorumluluğunu doğurmuştur (*Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin, §71-76*).

Başvuru Leyla Büyükdağ, gözaltında gördüğü kötü muamele nedeniyle savcılığa şikâyetçi olmuş, savcılık re'sen soruşturma başlatarak polislerin ifadelerini almış, bu ara-

da başvurucu tutuklanarak cezaevine konmuştur. Savcının yaptığı soruşturma sonunda verdiği takipsizlik kararı, Tebliğat Kanununun 16. maddesine göre cezaevi idaresi aracılığıyla cezaevinde kendisine tebliğ edilmesi gerekirken, ev adresine tebliğ edilmiştir. Başvurucu olaydan yaklaşık iki yıl kadar sonra bir kez daha savcılığa başvurmuş, ancak başvurucuya ilk şikâyeti hakkında takipsizlik kararı verildiği ve kesinleştiği gerekçesiyle ikinci şikâyeti reddedilmiş, başvurucunun bu karar aleyhine ağır ceza mahkemesine yaptığı itiraz da reddedilmiştir. Strasburg Mahkemesi, hem birinci şikâyet üzerine yapılan soruşturmadaki eksiklikleri ve hem de iki şikâyetin yeniden ve esastan bir soruşturmaya yol açmamış olmasını kaydederek, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Büyükdağ, §61-69*).

Berktaş – Türkiye davasında evde yapılan arama sırasında altı polis arasında bulunan başvurucu Devrim Berktaş'ın balkondan düşme sonucu ağır yaralanması üzerine üç polis hakkında açılan ceza davasından başvurucunun haberdar edilmemesi ve başvurucunun bu dosyayı inceleyememesi, Mahkeme'ye göre 13. maddeye aykırıdır (*Berktaş, §180-190*). Bir başvurucuya ise şikâyetçi olduğu polisler aleyhinde kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, karar tarihinden ancak iki ay sonra, başvurucunun ısrarları üzerine verilmesi, bir usul yükümlülüğü ihlali oluşturmuştur (*Paduret, §66*).

Yaptırımın caydırıcılığı (cezasızlık sorunu)

Mahkeme, bazı olaylarda işkence veya kötü muamele soruşturmasının, sanıkların fiilen cezasız kalmalarıyla sonuçlandığı gözlemlemiştir. Savcılığın soruşturması sonunda eğer ceza davası açılacak olursa, mahkemenin uzun süren özensiz yargılamasının ardından zamanaşımı süresi dolabilir; zamanaşımı dolmamış ise, ulusal mahkeme çeşitli gerekçelerle fiil ile orantısız düşük hapis cezasına hükmedebilir veya bunu para cezasına dönüştürebilir veya tecil edebilir; bu da olmadıysa, yasal bir tedbir olarak af çıkabilir. Bu dönem boyunca, sanık kamu görevlisi ise, görevinden alınmadan ve bir disiplin cezasıyla karşılaşmadan görevine devam edebilir.

Mahkeme bu sorunu incelerken, BM İşkenceye Karşı Komitenin Türkiye ile ilgili raporunu göz önünde tutmuştur (*BM İşkenceye Karşı Komitenin Sonuçları ve Tavsiyeleri: Türkiye, 27 Mayıs 2003, CAT/C/CR/30/5*). Mahkeme'ye göre, bir devlet görevlisinin kötü muamele veya işkence gibi suçlarla suçlanması halinde, ceza davasının ve verilen cezanın zamanaşımına uğramaması, 'etkili hukuk yolu' bakımından çok büyük önem taşır; genel veya kişiye özel af çıkarılmamalıdır; ayrıca, soruşturmaya tabi tutulan veya yargılanan görevlinin görevinden alınmasının ve mahkûm olması halinde meslekten çıkarılmasının büyük önemi vardır (*Abdülşamet Yaman, §55*).

Sanıklar hakkındaki ceza davası zamanaşımına girmemelidir. *Abdülşamet Yaman – Türkiye* davasında başvurucu, gözaltında gördüğü kötü muamele hakkında Adana savcılığına şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucunun ciddi iddialarda bulunmuş olmasına rağmen, savcı tümüyle hareketsiz kalmış ve kötü muamele failleri iki polis hakkında hazırlık soruşturmasından sonra takipsizlik kararı vermiştir. Başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna yaptığı bireysel başvurunun Hükümete iletilmesinden 1 yıl dört ay sonra, savcı yeni bir soruşturma başlatmış ve 1 yıl on bir ay sonra Ağır Ceza Mahkemesinde dava açmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, davanın açılmasından 5 yıl, kötü muamelelerin meydana gelmesinden 9 yıl sonra, zamanaşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre davanın bu kadar uzun sürmesinde başvurucunun her hangi bir sorumluluğu yoktur; Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir (*Abdülşamet Yaman, §55*).

Paduret – Moldova davasında başvurucu, gözaltında ellerin ve ayakların arkadan birbirine bağlanarak iki masa arasındaki bir demire asılma ve bu sırada ayaklara copla vurma, vücudun çeşitli yerlerine yumruk ve tekmelerle vurma, başa bir gaz maskesi geçirilerek hava girişine sigara dumanı üfleme suretiyle boğma, anüse üç kez cam şişe sokma suretiyle işkence gördüğünden şikâyetçi olmuş, 5 yıl süren polisler aleyhindeki ceza davası zamanaşımıyla son bulmuştur. Mahkeme bu olayda ceza davasının uzun sürdürülme amacının, polisleri cezai sorumluluktan kurtarmak olduğunu vurgulamış ve 3. maddenin ihlaline karar vermiştir (*Paduret, §75*).

Ulusal mahkemeler, ulusal hukuku sanıkların fiilen cezasız kalmalarını sağlayacak şekilde uygulamamalıdır.

Mahkeme *Okkalı – Türkiye* davasında iç hukukun sorumlu polislerin fiilen cezasızlığıyla sonuçlanacak şekilde yorumlanması ve uygulanması sorununu incelemiştir (*Okkalı, §71-78*). Bu olayda başvurucu, karakolda gözaltında tutulduğu bir buçuk saat içinde işkence oluşturacak şekilde kötü muamele görmüştür. Ceza mahkemesi aleyhlerinde ceza davası açılan polisleri eski TCK 243. maddesi gereğince işkence suçundan mahkûm etmiş ve önce 1'er yıl hapis cezası ve üçer ay meslekten yasaklama şeklinde asgari cezalar vermiş, sonra eski TCK 59(2). maddesine gereğince cezaları 10'ar ay hapis ve 2,5 ay meslekten yasaklama cezasına indirmiş ve daha sonra eski 647 sayılı Kanunun 6. maddesine göre bu cezaları tecil etmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Mahkeme, ilk önce olayın idari yönü bakımından işkence yapan polislerin görevden alınmadıklarını ve disiplin soruşturması geçirmediklerini gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre, ceza mahkemesinin 'tevilli ikrar'ı yanlış uygulamak ve cezanın takdirinde suçun özel niteliğini ve zararın ağırlığını hesaba katmamak suretiyle düşük ceza takdir etmesi, sanıklar pişman olduklarını söylemedikleri halde pişman olmuşlar gibi takdir edip cezayı tecil etmesi, mahkûmiyet kararını etkisiz kılmıştır. Mahkeme'ye göre ceza hukuk sisteminin mevcut olayda uygulanma şekli titiz olmak bir yana, başvurucu tarafından şikâyet edilen türdeki yasadışı eylemleri etkili bir şekilde önlemek için yeterince caydırıcı değildir. Bu nedenle 3. madde soruşturma yükümlülüğü yönünden ihlal edilmiştir.

Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri – Türkiye davasında ise Mahkeme, ciddi bir işkence suçu işledikleri iddiasıyla yargılanan sanık polisler aleyhine herhangi bir idari disiplin soruşturması açılmamış olmasının ve bu polislerin görevlerinden soruşturma süresince dahi uzaklaştırılmamış olmalarının hayret verici olduğunu belirtir. İşkence sanıklarına zımnen dokunulmazlık veren bu ihmal, sadece Sözleşme'nin 3. maddesine değil, aynı zamanda iç hukuka da aykırıdır (*Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri, §97*).

ÖNEMLİ KARARLAR

GÖZALTINDA ŞİDDET

18.01.1978 5310/71 İRLANDA - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözaltında yaralama - idari pratik - kanıtlama sorunu* (gözaltına alınan kişilerin derin sorgulama yöntemi olarak özellikle sorgu öncesi başlık geçirme, gürültü verme, uyutmama, yiyecek ve içecek vermeme ve duvar dibine dikme şeklinde beş teknik adı verilen bir muameleye tabi tutulmaları, haklarının idari pratik şeklinde ihlal edildiği iddiası) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - insanlık dışı muamele

DAVANIN ESASI

Başvurucu İrlanda Cumhuriyeti'nin, davalı Birleşik Krallık Hükümeti aleyhine yaptığı bu başvurunun köklerinde, Kuzey İrlanda'da süregelen trajik kriz yer almaktadır.

İrlanda adasının her yanında görülen terör eylemlerine karşı, Kuzey İrlanda'daki yetkililer, Ağustos 1971 tarihinden Aralık 1975 tarihine kadar bir dizi yargısız gözaltına alma, tutma ve enterne etme yetkileri kullanmışlardır. Bu davanın konusu, bu yetkilerin alanı ve uygulamadaki işleyişi ile özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yapıldığı iddia edilen kötü muamelelerdir. 9 Ağustos 1971 tarihinde Demetrius operasyonu ile birlikte Kuzey İrlanda'da birçok kimse, olağanüstü hal yetkilerine dayanılarak güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmış ve nezarete tutulmuşlardır.

Gözaltına alınan kimseler, genellikle Kraliyet polisi (RUC) mensupları tarafından enterne edilmelerine karar verilmesi ve/veya IRA hakkında bilgi toplanması amacıyla sorgulanmışlardır. Ağustos 1971'den Temmuz 1972'ye kadar, tutma merkezlerine toplam 3 bin 276 kişi getirilmiştir. 9 Ağustos 1971'de gözaltına alınan 12 kişiye ve Ekim 1971'de gözaltına alınan 2 kişiye 'derin sorgulama yöntemi' uygulanmıştır.

'Derin sorgulama' için kullanılan bu yöntemler, beş ayrı tekniğin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasından meydana gelmektedir. Bu yöntemlere 'zihin bulandırma' veya 'duyumu yoksunlaştırması' da denilmektedir. Beş teknik şunlardır: a) Duvar dibine dikme: birkaç saat süreyle, eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış, kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış, dolayısıyla bedenin ağırlığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde 'gergin pozisyonda' durmaya zorlanma; b) Başlık geçirme: başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tutturma; c) Gürültü verme: sorgulanmayı bekleyenleri bir odaya alıp, sürekli bir biçimde yüksek tonda ısıklık ve yuhalama sesi verme; d) Uyutmama: sorgulanmayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakma; e) Yiyecek ve içecek vermeme: merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulanmayı beklerken sadece az bir yiyecek verme.

Davalı devlet, bu beş tekniğin kullanılmasına 'üst düzey'den yetki verildiğini kabul etmiştir. Bu tekniklerin kullanılmasına yazılı olarak karar verilmemiş ve bunlar resmi bir belgeye geçmemiştir; ancak bu teknikler, İngiliz İstihbarat Merkezi'nde Nisan 1971'de yapılan bir seminerde Kraliyet Polisi mensuplarına öğretilmiştir. Beş teknik kullanılması suretiyle derin sorgulamanın yapıldığı iki operasyon sonucunda büyük bir miktarda istihbarat elde edilmiş, IRA'nın her iki fraksiyonundan 700 kadar mensubunun kimlikleri öğrenilmiş ve faili meçhul kalan 85 olayın faileri belirlenmiştir. Demetrius operasyonundan birkaç gün sonra, güvenlik güçleri tarafından fiziksel şiddet ve kötü muamele yapıldığına dair haberler yayılması üzerine Birleşik Krallık Hükümeti, 31 Ağustos 1971'de bu iddi-

aları araştırması için Edmund Compton başkanlığında bir Komite kurmuştur. Komitenin incelediği 40 olaydan 11'inde beş tekniğin kullanıldığı saptanmış; Komite, bu beş tekniğin bir zalimlik değil ve fakat kötü muamele oluşturduğu sonucuna varmıştır. Komite raporu, 3 Kasım 1971'de yayımlanmış ve Birleşik Krallık'ta eleştiri konusu olmuş; 16 Kasım 1971'de Lord Parker başkanlığında yeni bir Komite kurulmuştur. Parker raporu, 31 Ocak 1972'de kabul edilmiştir. Raporda çoğunluk ve azınlık görüşü bulunmaktadır. Her iki görüş, bu sorgulama yöntemlerinin iç hukuka göre yasadışı olduğunu kabul etmiş; çoğunluk görüşü, aşırı kullanılmaması şartıyla bu tekniklerden ahlaki gerekçelerle vazgeçilmesine gerek olmadığını söylerken; azınlık görüşü, bu tekniklerin terör altındaki olağanüstü hal koşullarında bile ahlaki açıdan kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Bu raporun yayımlandığı 2 Mart 1972 günü, Birleşik Krallık Başbakanı, Parlamento'da yaptığı konuşmada bu tekniklerin gelecekte sorgulamaya yardımcı olarak kullanılmayacağını ifade etmiştir. Birleşik Krallık Başsavcısı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki 8 Şubat 1997 tarihli duruşmada 'beş tekniğin bir daha hiçbir koşulda sorgulamaya yardımcı olarak kullanılmayacağını' belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, beş tekniğin uygulandığı iddia edilen olaylar arasından seçme yaparak incelediği olaylarda beş tekniğin kullanıldığı sonucuna varmıştır. Komisyon, bu olaylarda kişilerin ne kadar süreyle gergin durumda tutulmaya zorlandığını ve bu beş tekniğin uygulanmasından ötürü fiziksel yaralanmanın varlığını tespit edememiş, ancak sağlık raporlarına ve görgü tanıklarının ifadelerine dayanarak, bu kişilerde kilo kayıpları ve psikiyatrik rahatsızlıklar meydana geldiği sonucuna varmıştır.

Başvurucu İrlanda Hükümeti'nin, davalı Birleşik Krallık Hükümeti aleyhine 16 Kasım 1971 tarihli ve daha sonraki ek başvurularını inceleyen İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, 1 Ekim 1972'de Sözleşme'nin 1, 3, 5, 6 ve 14. maddeleri bakımından kabuledilebilirlik kararı vermiştir. Komisyon bu kararında, Sözleşme'nin 3. ve 5. maddesi ile ilgili iddiaların idari pratik oluşturduğunu kabul etmiştir. Komisyon, her iki hükümetin yazılı sunuşlarını ele almış, Komisyon temsilcileri vasıtasıyla iddia konusu olaylar hakkında 119 tanık dinlemiştir. Bu tanıklardan yüz kişi Sözleşme'nin 3. maddesi, on dokuz kişi Sözleşme'nin 14. maddesi ile ilgili olarak dinlenmiştir. Bu on dokuz kişiden davalı hükümet tarafından dinlenmesi istenen üç kişi, Londra'da, tarafların temsilcilerinin yokluğunda ve çapraz sorguya tabi tutulmaksızın dinlenmiştir. Komisyon daha sonra kabul ettiği raporunda, olayda: a) gözaltında tutma ve enterne etme yetkilerinin Sözleşme'nin 5(1-4). fıkralarına aykırı olduğuna, ancak bu yetkilerin Sözleşme'nin 15(1). fıkrası anlamında 'durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği' tedbirler olarak Kuzey İrlanda'da kullanılmasından dolayı Sözleşme'ye uygun olduğuna, b) beş tekniğin birlikte kullanılmasının işkence ve insanlık dışı muamele niteliğinde olduğuna ve bu suretle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine, Sözleşme'nin birinci bölümündeki haklara ilave bir hak getirmeyen 1. madde bakımından ise bir aykırılık bulunmadığına dair görüşünü açıklamıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

A. Ön sorunlar

Yetki konusu [152-155]: Birleşik Krallık Hükümeti, bir başvurunun amacına ulaşmış olması halinde, Mahkeme'nin yargılama yetkisini kullanmama yetkisine sahip olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, Komisyon tarafından yapılan tespitleri kabul ettiğini, bu tespitlerin alenileştiğini, Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlamasını ve uygulamasını gerektirecek önemde bir durum bulunmadığını belirtmiştir. Hükümete göre, bir sorgulama yöntemi olarak beş tekniğin uygulanmayacağına dair resmen ve koşulsuz bir taahhüt ve

rilmiş olması ve Komisyon'un tespit ettiği ihlallere ceza verilmiş ve tekrarının önlenmesi için çeşitli önlemler alınmış bulunması nedeniyle, Komisyon'un tespit ettiği olaylar, artık tarihe mal olmuştur.

Mahkeme, Birleşik Krallık Başsavcılığı tarafından davalı hükümet adına 8 Şubat 1977 tarihli duruşmada verilen taahhüdü ve ayrıca şikâyet konusu olayların yeniden meydana gelmesini önlemek ve meydana gelmiş olayların sonuçlarını gidermek için alınan tedbirleri, örneğin gözaltına alma ve sorgulama sırasında tutulan kişilere yapılacak muamele konusunda güvenlik güçlerine talimatlar ve direktifler gönderilmiş olmasını, şikâyetlerin soruşturulma usullerinin sağlamaştırılmış olmasını, araştırma komisyonlarının görevlendirilmiş olmasını, birçok olayda tazminat ödenmiş olmasını kaydetmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, Sözleşme'de Mahkeme'ye yüklenen görevler, 3. maddeyi ihlal ettiği artık tartışma konusu olmayan iddialar üzerinde beyanda bulunmayı da kapsar. Mahkeme'nin verdiği kararlar, sadece Mahkeme önüne getirilen olaylar hakkında karar verilmesiyle sınırlı değildir; Mahkeme kararları daha genel olarak, Sözleşme hükümlerinin açıklanmasına, korunmasına ve geliştirilmesine ve bu suretle Sözleşmeciler Devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerine katkıda bulunmaktadır. Ayrıca Mahkeme, 'dururma beyanı', 'dostane çözüm veya anlaşma' veya 'sorunun herhangi bir biçimde çözülmesi' halinde bile, bir davayı görmeye devam etme ve olay hakkında karar verme konusunda yetkilidir; Mahkeme, Sözleşme'nin 37(1). fıkrasının uygulama şartlarının oluşmadığı bir davada, elbette ki davayı görmeye devam edebilir. Buna göre, bu davanın konusuz kaldığı söylenemez; Mahkeme, bu davanın esası hakkında karar vermesi gerektiği sonucuna varmıştır.

İdari pratik [157-159]: Sözleşme'ye aykırı bir pratik, ancak münferit ihlallerden doğabilir. Bu nedenle Mahkeme, Komisyon gibi, bazı yerlerde meydana geldiği iddia edilen belirli olayları, tek başına olması temelinde değil, ama muhtemel bir pratiğin kurucu ögesi veya kanıtı olarak inceleyebilir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali ile ilgili tartışma konusu olayları, başvuru hükümetin bunları bir idari pratiğin varlığını kanıtlamak için ileri sürdüğü ölçüde dikkate almaya yetkili olduğu sonucuna varmaktadır. Sözleşme'yle bağdaşmayan bir pratik, sadece birbirinden kopuk ve istisnai olaylar şeklinde kalmayıp, bir model veya sistem meydana getirecek şekilde birbirleriyle bağlantılı ve yeterli sayıda olan, özdeş veya benzer aykırılıkların birikiminden meydana gelir. Bir pratik, bu tür aykırılıklar dışında, kendi başına bir ihlal oluşturmaz. Bir devletin üst düzey yetkililerinin bu tür bir pratiğin varlığından habersiz olabilecekleri, en azından habersiz olma hakkına sahip olabilecekleri düşünülemez. Dahası, Sözleşme'ye göre bu yetkililer, kendilerine bağlı alt düzey görevlilerin davranışlarından kesinlikle sorumludurlar. Bu yetkililer, verdikleri emirlerin kendilerine tabi görevliler tarafından yerine getirilmesini sağlamakla görevlidirler; emirlerin yerine getirilmesini sağlayamamanın ardına sığınamazlar.

Davalı Birleşik Krallık Hükümeti, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre bu kavram, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının işleyişi bakımından büyük öneme sahiptir. Sözleşme'nin (eski) 26. maddesindeki iç hukuk yollarını tüketme kuralı, bireysel başvurulara olduğu gibi (md. 25), bir başvuru devletin ihlalden zarar gören bireylerin yerine geçerek bir ihlali veya ihlalleri ihbar etmekten öteye geçmeyen devlet başvurularına da uygulanır. Öte yandan ve prensip olarak, başvuru devletin bir pratiğin devamını veya yeniden ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, olayların her biri hakkında bir karar verilmesini istemeden ve fakat sadece idari pratiğin bir kanıtı veya belirtisi olarak, olayları Komisyon ve Mahkeme'nin önüne getirmek suretiyle bir pratikten şikâyetçi olması halinde, bu olaylar hakkında iç hukuk yollarını tüketme kuralı uygulanmaz.

B. Kanıtlama sorunu

[160–161]: Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı pratiklerin bulunup bulunmadığı konusunda ikna olabilmek için, ispat külfetinin sadece bir hükümetin üzerinde olduğu düşüncesine dayanmaz. Mahkeme önüne gelen davalarda, ister Komisyon'dan, ister taraflardan, isterse başka kaynaklardan gelsin, önündeki bütün materyallere dayanır; gerekirse kendisi materyal toplar.

Komisyon vardığı sonuçları, dinlediği 100 tanığın ifadelerine, sağlık raporlarına, 16 'tanımlayıcı olaya', daha az ölçüde '41 olay' ile ilgili yazılı ve sözlü sunuşlara dayandırmıştır. Komisyon elde ettiği materyalleri değerlendirirken, Yunanistan Davası'nda (bk. Yunanistan Davası, (1969) 12 Yearbook: parag. 30) olduğu gibi, kanıt standardı olarak, 'makul kuşkunun bulunmaması' standardını kullanmıştır. Kanıtların değerlendirilmesinde Mahkeme, 'makul kuşku bulunmama' şeklindeki kanıt standardını kabul etmektedir; ancak Mahkeme, bu tür bir kanıtlamanın yeteri derecede sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu çıkarsamaların veya aynı ölçüde çürütülememiş maddi karinelerin bir arada bulunmasından türetilebileceğini eklemektedir.

C. Esasla ilgili sorunlar

[162-187]: Mahkeme'ye göre, bir kötü muamelenin 3. maddenin kapsamına girmesi için, asgari düzeyde bir şiddetin bulunması gerekir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, olayın niteliğine göre değişir; bu asgari düzey, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın bütün şartlarına bağlıdır. Mağdurun olaydaki tutumu ne olursa olsun, Sözleşme işkenceyi ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır.

Sözleşme'nin 3. maddesinde hiçbir istisna hükmü yoktur. Bir devlet, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile, 3. maddeye ilişkin yükümlülüklerinde azaltma yapamaz.

Komisyon'un değerlendirmesine göre, olaydaki muamele, sadece insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir muamele değil, ama aynı zamanda bir işkencedir. Beş teknik, önceden düşünülerek, birlikte, hiç durmadan saatlerce uygulanmıştır. Bu teknikler buna maruz kalan kimsenin bedensel olarak yaralanmasına değilse bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine ve sorgu sırasında şiddetli psikiyatrik rahatsızlıklar duymasına yol açmıştır. Bu teknikler, 3. madde anlamında insanlıkdışı muamele kategorisine girer. Beş teknik, mağdurlarda korku, şiddetli üzüntü ve bayağılık gibi duygular uyandırarak, onların utanma ve aşağılanmalarına ve muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerinin kırılmasına neden olduğundan, ayrıca aşağılayıcı muamele oluştururlar. Beş tekniğin, işkence olup olmadığı konusunda karar verirken, Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence kavramı ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat edilmelidir. Bu ayırım, kural olarak, verilen acının yoğunluğundaki farktan kaynaklanmaktadır. Sözleşme, çok ağır ve zalimane ıstıraplara neden olan kasti insanlıkdışı muameleyi işkence olarak damgalamak istemiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1975 tarihinde 3452 (XXX) sayı ile kabul edilen kararın 1. maddesinde 'İşkence, zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın ağır ve kasti bir biçimini oluşturur' denmiştir. Beş teknik, ikrar ve/veya bilgi elde etme amacıyla sistematik olarak kullanılsa bile, birlikte uygulandığı zaman, hiç kuşkusuz, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluştur; ama 'işkence' terimiyle anlaşılan özel yoğunluk ve zalimliğin verdiği acıyı meydana getirmez. Mahkeme, beş tekniğe başvurulmasının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olduğu ve olayda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELER MAHKEME,

I. Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili olarak:

1. Oybirliğiyle, bazı olaylar hakkında 3. maddeyi ihlal ettikleri şikâyeti bulunmamasına rağmen bu olaylar bakımından bir karar verilmesine;
2. Oybirliğiyle, 3. maddeyi ihlal ettiği iddia edilen olayların, ihlallerin idari bir uygulama oluşturduğu iddiasını kanıtlamak üzere ileri sürüldüğü ölçüde dikkate alınmasına;
3. Bire karşı on altı oyla, Ağustos ve Ekim 1971'de kullanılan beş tekniğin, 3. maddeyi ihlal eden insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir uygulama olduğuna;
4. Dörde karşı on üç oyla, sözü edilen uygulamanın, 3. madde anlamında bir işkence uygulaması oluşturmadığına;
5. Bire karşı on altı oyla, adı belirlenemeyen sorgulama merkezleri bakımından başka bir kötü muamele bulunmadığına;
6. Oybirliğiyle, 1971 sonbaharında Palace Kışlasında, 3. maddeyi ihlal eden insanlıkdışı muamele bulunduğuna;
7. Üçe karşı on dört oyla, yukarıda sözü edilen uygulamanın 3. madde anlamında bir işkence olmadığına;
8. Oybirliğiyle, söz konusu uygulamanın 1971 Ağustos'tan sonra da devam ettiğinin kanıtlanamadığına;
9. İkiye karşı on beş oyla, başka yerler bakımından 3. maddeyi ihlal eden bir uygulama bulunmadığına;
10. Oybirliğiyle, Mahkeme tarafından 3. maddeyi ihlal ettiği tespit edilen fiilleri işleyen, bu ihlallere göz yuman ve hoş gören güvenlik güçlerine karşı cezai veya idari dava açması için davalı Hükümete talimat veremeyeceğine,

...

KARAR VERMİŞTİR.

27.08.1992 12850/87 TOMASI - FRANSA

◆ *gözetiminde yaralama - kanıtlama sorunu* (askeri kampa silahlı saldırıda bulunmaktan gözetimine alınan kişinin iki gün tutulduğu gözetimin ardından vücudunda yara bereler bulunduğu doktor raporlarıyla tespit edilmesi, polisler hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucunun gözetiminde kötü muamele gördüğü şikâyeti ile ilgili olarak polisler aleyhindeki soruşturmanın 5 yıl on ay sürmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (silahlı saldırı sonucu öldürme suçundan tutukluluğun 5 yıl yedi ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucunun gözetiminde kötü muamele gördüğü şikâyeti ile ilgili olarak polisler aleyhindeki soruşturmanın 5 yıl on ay sürmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - makul sürede yargılanma hakkı - kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

DAVANIN ESASI

1952 doğumlu bir Fransız vatandaşı olan başvuru Felix Tomasi, gözetimine alındığı sırada Korsika'nın bağımsızlığını savunan bir siyasi partinin aktif bir üyesi ve saymanıdır.

Başvurucunun, 11 Şubat 1982'de askeri bir dinlenme tesisinde iki askerin ağır surette yaralandığı silahlı saldırıya katıldığından kuşulanılmıştır. Başvurucu, 23 Mart 1983'te polis tarafından işyerinde gözetimine alınmış ve 25 Mart'a kadar Bastia merkezinde gözetiminde tutulmuştur. Başvurucunun, 25 Mart günü önüne çıkarıldığı yargıç tarafından sor-

gusu yapılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir. Başvurucu aleyhindeki dava 22 Ekim 1988’de sonuçlanmış ve başvurucunun beraatine ve salıverilmesine karar verilmiştir.

Başvurucu, tutukluluk dönemi sırasında 23 kez salıverilme talebinde bulunmuştur. Ulusal mahkemeler, başvurucunun salıverilme taleplerini: (a) iddia edilen suçların ağırlığı; (b) kamu düzeninin korunması; (c) tanıklara baskı ve suç ortaklarıyla işbirliği yapma tehlikesinin bulunması (d) başvurucunun kaçma tehlikesinin bulunması gerekçeleriyle reddetmişlerdir.

Başvurucu aleyhindeki dava 22 Ekim 1988’de sonuçlanmış ve başvurucunun beraatine ve derhal salıverilmesine karar verilmiştir. 8 Kasım 1991’de başvurucuya haksız tutukluluk nedeniyle 300,000 Frank tazminat ödenmesine hükmedilmiştir.

Öte yandan başvurucu, gözaltında tutulduktan sonra 25 Mart 1983’te önüne çıkarıldığı yargıca gözaltında kendisine kötü muamelede bulunulduğundan şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, yargıca polisler tarafından dövüldüğünü, aç bırakıldığını, sabah açık bir pencerenin önünde iki üç saat kadar çıplak tutulduğunu, daha sonra giydirilerek tekrar dövüldüğünü, bu durumun gözaltı boyunca devam ettiğini, göğsündeki bereleri ve sol kulağındaki kırmızı lekeyi gösterebileceğini söylemiş; yargıç bu ifadenin sonuna ‘görüldü, doğrudur’ sözlerini eklemiştir.

Yargıcın talimatı üzerine başvurucu, 26 Mart 1983 günü saat 12.00’de cezaevinde, soruşturma yargıcının önünde bir doktor tarafından muayene edilmiş ve doktor 30 Mart 1983 tarihinde ayrıntılı bir rapor vermiştir. Bu rapora göre, başvurucunun önce şikâyetleri kaydedilmiş, sonra klinik muayenesi yapılmıştır. Raporun sonuç bölümüne göre: ‘- sol göz kapağının üst kısmında, göğüste, karın üst bölgesinde ve sağ karın bölgesinde, sol kolda ve sol kulakta yüzeysel bereler; - sağ şakak üzerinde açıkça görülebilen ciltte iki sıyrık; çevrelerinde mor hale bulunan kırmızı renkli bereler bulunmaktadır ve bunların 26 Mart 1983 tarihli muayeneden iki ile dört gün arasında bir zaman önce meydana gelmiş olması muhtemeldir. Sıyrık ve berelerin aynı anda varoluşu, bu yaraların travmadan kaynaklandığını söylemeyi mümkün kılmaktadır; bununla beraber, diğer tıbbi nedenlere bağlı olmadığını söyleyebilmek için biyolojik testler yapılabilir. Bunların boyutları ve biçimleri, ilk kez nasıl meydana geldiklerine dair belirti vermemektedir; bunlar, Tomasi’nin beyanları ile uygunluk içindedir; fakat aynı ölçüde başka bir travmatik nedene de dayanabilirler. Bu yaralar, toplam olarak üç gün geçici iş göremezliğe neden olur.’ Ayrıca 29 Mart 1983’te soruşturma yargıcı tarafından dinlenen cezaevi doktoru da başvurucunun sol kulağının arkasından yanağa doğru yayılan cilt altı kanama gözlemlediğini, göğsünde yüzeysel hafif çizikler gördüğünü, Tomasi’nin ayrıca başında, boynunda, bacaklarında, kollarında ve sırtında ağrı olduğundan söz ettiğini, ancak bu şikâyetleri destekleyecek objektif deliller tespit edemediğini söylemiştir.

29 Mart 1983’te cezaevinde iki doktor tarafından yapılan muayene sonucu, 1 Nisan’da verilen ayrıntılı raporun sonuç bölümünde şöyle denilmiştir: ‘Félix Tomasi’nin ifadesi alındıktan ve klinik işlemleri tam olarak yapıldıktan sonra, aşağıdaki yaraları tespit ettik: - sol göz kapağında küçük ve sol kolda büyük olmak üzere iki bere; - ayrıca, göğüs ve göğüs kemiği yan bölgeleri üzerinde ve sol şakak ile sağ kaş üstünde sıyrıklar vardı. Bu sıyrıklar küçük boyutlarda idi. Kulaktaki ağrılar ve uğultular için kulak-burun-boğaz uzmanının görüşü gereklidir. Berelerin rengi, neden olan travmaların bundan dört ile sekiz gün kadar önce meydana gelmiş olabileceğini göstermektedir. Sol koldaki bereler, el ve parmaklarla kuvvetli bastırmanın sonucu olabilir. Sol göz kapağının üstündeki bere, Tomasi’nin taktığı gözlüğün biçimini andırmaktadır. Görülen cilt sıyrıkları belirli bir travmaya işaret etmemektedir. İşkence yapıldığını gösteren yara izi, yanık izi veya herhangi bir yaralama (tespit edilmemiştir).’

Başvurucu 24 Haziran 1983'te soruşturma yargıcına verdiği ifadede gözaltında gördüğü muameleyi daha ayrıntılı bir biçimde anlatmıştır. Kötü muamele şikâyetiyle ilgili yapılan soruşturmada, gözaltına almada, aramada ve sorgulamada yer alan on beş polisin, 3 ile 24 Şubat 1987 tarihleri arasında ifadeleri alınmıştır. Polislerden hiçbiri gözaltında tutulan kişilere tacizde bulunduğunu kabul etmemiş ve Tomasi ile yüzleştirilmemiştir. 23 Haziran 1987'de kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Bu kararda şöyle denilmiştir: '... bir kaç objektif tıbbi rapor tarafından desteklene bile, görevlilerin açık ve kesin inkârları karşısında, şikâyetçi tarafından yapılan suçlamalar kendiliğinden bir veya birden fazla kişinin suçlanmasını haklı gösterebilecek ciddi ve destekleyici türden bir suçun delilini oluşturmaz.'

Başvurucunun bu karara karşı yaptığı itirazlar, önce yerel mahkeme tarafından 12 Temmuz 1988'de ve daha sonra 6 Şubat 1989'da Temyiz Mahkemesi tarafından ayrıntılı gerekçe içeren kararlarla reddedilmiştir.

Başvurucu Tomasi, 10 Mart 1987'de Komisyon'a yaptığı bireysel başvuruda, gözaltında gördüğü kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin, tutukluluk süresinin makul süreyi aştığı gerekçesiyle 5(3). fıkrasının, yargılamanın uzunluğu nedeniyle 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, 11 Aralık 1990 tarihli raporunda 3. maddenin, 5(3). fıkrasının ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

A. Hükümetin ilk itirazları

1. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı

[78-79]: Hükümet, başvurunun uzun tutuklulukla ilgili şikâyetiyle ilgili olarak erken başvuru itirazında bulunmuştur. Hükümete göre başvuru, iç hukukta tazminat için 18 Nisan 1989'da açtığı davadan bile önce, 10 Mart 1987'de Komisyon'a başvurmuş, 8 Kasım 1991'de hükmedilen tazminat, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre yapılan şikâyeti amacından yoksun bırakmıştır.

Mahkeme'ye göre, bir özgürlükten yoksun bırakma halinin sona erdirilmesini güvence altına alma hakkını, özgürlükten yoksunluğa karşı tazminat alma hakkından ayırmak gerekir. Oysa Ceza Usul Yasası'nın 149. maddesine göre, tazminat verilmesi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında öngörülme-yen özel koşulların yerine getirilmesine, yani 'sanık hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatine dair bir kararın' verilmesine ve 'fevkalade açık ve özellikle ciddi nitelikte bir zarar'ın varlığına bağlanmıştır. Kaldı ki, Tomasi, dört yıl tutuklu kaldıktan sonra Strasburg'a başvuruda bulunmuştur. Bu nedenle bu itiraz reddedilmelidir.

2. Mağdurluk statüsünün kaybedildiği itirazı

[80-81]: Hükümet, başvurucuya 300 bin Frank ödenmesine karar verildiğini, bu kararda tutukluluğun makul süreyi aştığının kabul edildiğini ileri, bu nedenle de başvurunun mağdurluk statüsünü kaybettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, Hükümetin bu itirazının süresi içinde yapılmadığını; öte yandan iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazına karşı gösterilen gerekçelerin aynı bu itiraza karşı da gösterilebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle bu itiraz da reddedilmelidir.

B. Şikâyetin esası

“82. Tomasi tutukluluk süresinin aşırı olduğunu belirtmiş; Hükümet bunu reddetmiş; Komisyon ise Tomasi’ye katılmıştır.

83. Dikkate alınacak süre, başvurunun gözaltına alındığı tarih olan 23 Mart 1983’te başlamış ve Girende Ağır Ceza Mahkemesinin beraat kararı vermesinin ardından salıverildiği 22 Ekim 1988 tarihinde sona ermiştir. Bu nedenle tutukluluk 5 yıl yedi ay sürmüştür.

84. Belirli bir olayda sanığın tutukluluğunun makul bir süreyi aşmamasını güvence altına almak, öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı yerleri, masumluk karinesini dikkate alarak, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan kamu yararının gerçekten var olduğu hakkında lehte ve aleyhte ileri sürülen bütün koşulları incelemeli ve salıverilme talebi hakkında verdikleri kararlarda bunları göstermelidirler. Mahkeme’den de esasen, bu kararlarda gösterilen gerekçeler ile başvurunun salıverilme ve üst başvurularında belirttiği maddi olaylara dayanarak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına bir aykırılık olup olmadığı hakkında karar vermesi istenmektedir.

Gözaltına alınan kişinin bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasındaki süreklilik, tutukluluğun devamının geçerliliği için olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldur; fakat bu koşul belirli bir sürenin geçmesinden sonra artık yeterli değildir. Bu nedenle Mahkeme, yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer gerekçelerin özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmelidir. Bu gerekçeler ‘ilgili’ ve ‘yeterli’ ise, Mahkeme, yetkili ulusal makamların muhakemeyi icra ederken ‘özel bir özen’ gösterip göstermediğini de belirlemelidir (*Clooth, §36*.)”

1. Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler

“85. Soruşturma yargıçları Tomasi’nin salıverilme başvurularını reddederken, ayrı ayrı veya birlikte olmak üzere dört tane temel gerekçe göstermişlerdir. Bunlar, isnat edilen suçların ağırlığı; kamu düzeninin korunması; tanıklara karşı yapılabilecek bir baskıyı engelleme veya suç ortakları arasında yapılabilecek bir işbirliğini bertaraf etme gereği; başvurunun kaçma tehlikesidir.”

(a) İsnat edilen suçların ağırlığı

“86. Soruşturma yargıçları ve Ceza Mahkemeleri, başvurunun suçlandığı cezai fiillerin özel veya istisnai ağırlığını vurgulamışlardır.

87. Başvurucu bunu inkâr etmemekte, fakat kendisinden kuşkulanan için milliyetçi bir hareketin üyesi olmasından başka hiçbir neden bulunmadığı halde, bunu, bu kadar uzun bir süre tutuklu kalmasını haklı kılmak için yeterli görmemektedir. Kendisinin tutukluluk süresi, on yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olmuş birinin fiilen içeride geçireceği hapislik süresine karşılık gelmektedir.

88. Hükümet, suç ortağı Moracchini’nin, Tomasi’nin saldırıyı hazırladığını ve organize ettiğini belirten ifadelerinin birbiriyle tutarlı oluşunu vurgulamıştır.

89. Söz konusu kişinin suç işlediği hakkında kuvvetli belirtilerin varlığı ve bunun devamlılığı, hiç kuşkusuz alakalı faktörlerdir; fakat Komisyon gibi Mahkeme de, bunların tek başlarına böylesine uzun bir tutukluluk süresini haklı gösteremeyeceğini kabul etmektedir.”

(b) Kamu düzeninin korunması

“90. Söz konusu mahkeme kararlarının çoğunluğu, başvurunun suçlandığı cezai fiillerin neden olduğu zararlardan kamu düzenini koruma gereğini önemle ve hemen hemen aynı terimlerle ifade etmişlerdir. Hükümetin uygun bulduğu bu gerekçeye, başvuru ve Komisyon karşı çıkmaktadırlar.

91. Mahkeme bazı suçların, özel ağırlıkları ve halkın bunlara tepkisi nedeniyle, en azından kısa bir süre için tutukluluğu haklı kılmaya yetecek kadar halkın huzursuzluğuna yol açabileceğini kabul etmektedir. O halde bu faktör, istisnai şartlarda ve tabii ki yeterli delil varsa, Fransız Ceza Usul Yasasının 144. maddesinde suçun kamu düzenine zarar vermesi kavramının yer alışı gibi iç hukukta tanınması halinde, Sözleşme bakımından dikkate alınabilir. Ne var ki bu sebep sadece, sanığın salıverilmesinin kamu düzenine gerçekten zarar vereceğini göstermeye yeterli olaylara dayandırıldığı zaman ilgili ve yeterli sayılabilir. Ayrıca tutukluluk, sadece kamu düzeninin gerçekten tehlikede olması halinde meşruluğunu sürdürebilir; tutukluluğun devamı hapis cezasının verilmesini beklemek için kullanılamaz (*Kemmache, (No. 1 ve No.2), §52*). Bu davada soruşturma yargıçları ve Ceza Daireleri, özgürlükten yoksun bırakmayı sürdürme gereğini sadece suçların ağırlığını vurgulayarak veya bunların etkilerini kaydederek, tamamen soyut bir görüş açısıyla değerlendirmişlerdir. Ancak, Yabancı Lejyon dinlenme merkezine yapılan saldırı, silahlı mücadeleyi savunan gizli bir örgütün sorumluluğu üstlendiği düşünülen bir terör eylemidir. Bu eylem bir kişinin ölümü ve bir başkasının çok ciddi bir biçimde yaralanmasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle, başlangıçta kamu düzenine zarar verme riski bulunduğunu varsaymak makuldür; ancak bu risk belirli bir zaman sonra kaybolmuş olmalıdır.”

(c) Tanıklar üzerinde baskı yapma ve suç ortakları arasında işbirliği riski

“92. Bu olayda verilen birçok yargısal kararda, tanıklar üzerinde baskı uygulama ve suç ortakları arasında işbirliği riskine dayanılmış, hatta Poitiers Ceza Dairesi ‘sindirme faaliyetlerine’ atıfta bulunmuş; fakat bu kararlarda her nedense bu risklerle ilgili herhangi bir ayrıntı yer almamıştır.

93. Hükümete göre Moracchini’ye yapılan tehditler, Tomasi’nin salıverilmesinin kabulünü imkânsız kılmıştır: Tomasi, soruşturmanın kökeninde yer alan ve intihara teşebbüs eden Moracchini üzerinde yapılan baskının etkililiğini arttırabilecekti.

94. Başvurucu bunu reddetmiş, Komisyon bu konuda görüş belirtmemiştir.

95. Mahkemenin görüşüne göre başlangıçta gerçekten tanıklar üzerinde baskı yapılması riski vardı. Ancak bu tehlike tamamen ortadan kalkamasa bile tedricen azalmıştır.”

(d) Başvurucunun kaçma tehlikesi

“96. Hükümet, başvurucunun kaçma tehlikesi bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, Tomasi’nin tehdidi altında bulunduğu cezanın ağırlığını dile getirmiştir. Hükümet bu görüşünü ayrıca, başvuru ile aynı suçlardan soruşturulan ve onun gibi sürekli masum olduğunu savunup üç buçuk yıl firarda kalan Pieri’nin kaçmış olmasıyla desteklemiştir. Hükümet son olarak, Korsika’daki durumun özel koşullarını vurgulamıştır.

97. Başvurucu buna, duruşmaya gelmesi için yeterli güvenceleri vermeye muktedir olduğu biçiminde karşılık vermiştir. Kendisinin bir dükkân sahibi olması, temiz polis kayıtlarının bulunması ve iyi bir üne sahip olması bu güvenceleri oluşturmaktadır.

98. Mahkeme ilk önce, Hükümet tarafından bu konuda ileri sürülen gerekçenin itiraz konusu yargısal kararda görünmediğini kaydetmektedir. İtiraf edildiği gibi yargısal kararlar genellikle, Tomasi’nin yargısal makamlar huzurunda hazır bulundurulmasını güvence altına alma ihtiyacına dayandırılmış; fakat sadece biri, yani Poitiers Ceza Dairesinin 22 Mayıs 1987 tarihli kararı bu bağlamda özel bir unsura, yani eski-FLNC üyelerinin başvuruca yargılanmaktan kaçması için verebilecekleri yardım unsuruna yer vermiştir. Mahkeme ayrıca, sadece alınabilecek cezanın ağırlığına dayanılarak kaçma riskinin ölçülemeyeceğine işaret etmektedir. Kaçma riskinin varlığını teyit eden veya kaçma tehlikesini tutuklamayı haklı kılmayacak kadar hafifleten konuyla ilgili daha birçok etmene dayanarak değerlendirme yapılmalıdır (*Letellier, §43*). Bu davada adli soruşturma ma-

kamlarının (judicial investigating authorities) kararları, başvurucunun salıverilme başvurularında ileri sürdüğü argümanlara rağmen, kaçma riskinin kesinliğini neden kabul ettiklerini ve bu riski neden örneğin bir güvenlik önlemini şart koşarak ve adli kontrol altına alarak karşılamaya çalışmadıklarını açıklayabilecek pek az gerekçe içermektedir.”

(e) Özet

“99. Sonuç olarak, Tomasi'nin başvurularının reddedilmesi için gösterilen bazı gerekçeler ilgili ve yeterlidir; ancak gösterilen gerekçeler zamanın geçmesiyle bu niteliklerini yitirmeye başlamış ve bu nedenle muhakemenin icrasını da ele almak gerekli hale gelmiştir.”

2. Soruşturmanın yürütülmesi

“100. Başvurucuya göre, soruşturma hiç de karmaşık değildir; aslında soruşturma özetleyici incelemenin yapıldığı 18 Ekim 1983 gibi erken bir tarihte tamamlanmıştır. Fakat yargısal makamlar tarafından birçok hata yapılmış ve ihmaller gösterilmiştir. Özellikle savcı, mütalaa vermemiş (réquisitions), daha önce yapılmış olan soruşturma tedbirlerinin alınmasını talep etmiş, yetkinin Bastia mahkemesinin görevsizlik kararı vermesini istemiş, hatalı olarak yargı yetkisi bulunmayan bir mahkemeye dava açmış ve sanığı soruşturma makamlarından çok uzak bir mesafede tutmuştur. Başvurucu, görülmekte olan davalara 9 Eylül 1986 tarihli Yasanın da uygulanmasını sağlayan 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın, o sırada yaklaşık dört yıldır tutuklu bulunan kendisi gibi kişilerin durumunu daha karmaşık hale getirdiğini belirtmiştir. Başvurucu, soruşturma yargıcı tarafından beş yılda sadece bir kez, 5 Eylül 1985'de Bordeaux'da sorgulandığını ifade etmiştir. Başvurucu, salıverilmesi ile ilgili olarak yirmi üç başvurudan yirmi birini özetleyici incelemeyi yaptıktan sonra yaptığı ve Bordeaux Ceza Dairesinin 27 Mayıs 1986 tarihli kararına karşı temyizi sonucu savunma haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle tutukluluğunun kaldırılmasına karar verildiğini belirtmiştir. Komisyon, esas itibarıyla başvurucunun görüşlerine katılmıştır.

101. Hükümet ise, söz konusu tutukluluk süresinin makul olduğu kanaatinde. Hükümet ilk önce, 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın işleyişi ve Poitiers ve Bordeaux Ceza Dairelerinin müşterek yetkileri nedeniyle, başvurucuyu ve üç suç ortağını suçlama sürecinin karmaşıklığını vurgulamıştır. Hükümet ayrıca, yetkililerin sürekli olarak gerekli özeni gösterdiklerini yansıtan soruşturmada alınan tedbirlerin birbirleriyle olan uyumuna, soruşturmadaki iki ertelemeye Bastia yargıcının görevsizlik kararının ve 30 Aralık 1986 tarihli Yasanın uygulanmasının neden olduğuna işaret etmiştir. Hükümet, Tomasi'nin Temyiz Mahkemesine yaptığı birçok temyiz başvurusunu eleştirmiş, özellikle Bordeaux'da verilen 27 Mayıs 1986 tarihli birinci sevk kararına karşı yapılan başvurunun duruşmanın başlamasını önemli ölçüde geciktirdiğini iddia etmiştir. Hükümet son olarak, salıverilme için çok sayıda başvuru yapıldığını vurgulamış ve tutukluluğun uzunluğu konusunda başvurucunun kendisinin de sorumlu olduğunu ifade etmiştir.

102. Mahkeme, tutuklu sanığın durumunun ivedilikle incelenmesini isteme hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirme çabalarını aşırı derecede engellemesi gerektiğini takdir etmektedir (*Toth*, §77). Bununla beraber deliller, Fransız mahkemelerinin bu davada gerekli çabuklukla hareket etmediklerini göstermektedir. Dahası Temyiz Mahkemesi Başsavcısının Tazminat Dairesine verdiği 5 Haziran 1991 tarihli mütalaa 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 kısalmış olurdu', denmiştir. Buna göre itiraz konusu tutukluluk süresi, esas olarak davanın karmaşıklığına veya başvurucunun tutumuna bağlanabilir görünmemektedir.”

3. Sonuç

“103. Bu nedenle Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası

B. Şikâyetin esası

107. Bu olay çerçevesinde Tomasi’nin şikâyeti, birbirine bağlı olsa da, iki ayrı sorunu ortaya çıkarmaktadır. İlk, başvurunun gözaltında bulunduğu sırada gördüğünü iddia ettiği muamele ile daha sonra soruşturma yargıcı ve doktorların tespit ettiği yaralar arasında nedensellik ilişkisi var mı; böyle bir muamele varsa, ikinci olarak, yapılan muamelelerin ağırlığıdır.

1. Şikâyet konusu muamele ile tespit edilen yaralar arasındaki nedensellik ilişkisi

“109. Hükümet, yaraların nedeni ile ilgili bir açıklama yapamayacağını kabul etmekte, fakat bunların Tomasi’nin şikâyet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Hükümete göre, tıbbi raporlar, tespit edilen hafif bere ve aşınmaların başvurunun tanımladığı şiddet eylemleri ile tamamen tutarsız olduğunu göstermektedir. Bastia Cezaevi başhekiminin 4 Temmuz 1989 tarihli raporu, olaydan uzun bir zaman sonra düzenlenmiş olup, önceki raporlarla tamamen çelişki içindedir. Başvurucu tarafından itiraz edilmiş olan soruşturma işlemlerinin kronolojisi, iddiaları hiçbir biçimde karşılamamaktadır. Son olarak, o sırada polis nezaretinde bulunan diğer beş kişi, ne bir şey görmüşler ne de duymuşlardır; içlerinden biri, Tomasi’nin bir dışının çıkmış olduğunu söylemiş olmasına rağmen, bu olay altı yıl boyunca bir doktor tarafından dile getirilmemiştir. Kısaca, nedensellik ilişkisinin varlığına dair herhangi bir varsayımı ortadan kaldıran açık bir kuşku mevcuttur.

110. Komisyon gibi, Mahkeme de, kendi görüşünü farklı noktalara dayandırmaktadır. İlk olarak, hiç kimse, başvurunun vücudu üzerinde tespit edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini veya başvurunun kendi kendine yaptığı eylemlerden kaynaklanmış olabileceğini veya kaçmaya teşebbüs etmesinin bir sonucu olduğunu ileri sürmemiştir. Ayrıca başvuru, sorgu yargıcının karşısına ilk çıktığında göğsünde ve kulağındaki izlere dikkat çekmiş, yargıç bunu tespit etmiş ve hemen bir uzman görevlendirmiştir. Dahası, biri cezaevi doktoru olan dört değişik doktor, gözaltının bitiminden sonraki günlerde başvuru muayene etmişlerdir. Bu doktorların raporları, açık ve birbiriyle uyumlu tıbbi tespitler içermekte ve yaraların meydana geliş tarihi olarak, polis binalarında geçirilen gözaltı dönemine işaret etmektedirler.

111. Mahkeme’nin vardığı bu sonuç, bu muamelelerin söz konusu görevlilerce yapıldığı iddiasının daha başka noktalardan araştırılmasını gereksiz kılmaktadır.”

2. Şikâyet edilen muamelelerin ağırlığı

112. Başvurucu, İrlanda - Birleşik Krallık kararına dayanarak, aldığı darbelerin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğunu ileri sürmüştür. Bu darbeler kendisinde sadece yoğun bir fiziksel ve ruhsal acıya neden olmamış, aynı zamanda utandırmak ve fiziksel ve ruhsal direncini kırmak için yeterli korku, acı ve aşağılık duygusu uyandırmıştır.

Başvurucu, Fransız gözaltı sisteminin bilhassa bir avukatın yardımından yoksun olma ve dış dünya ile bağlantı kuramama gibi özelliklerine, Mahkeme’nin özel bir dikkat göstermesi gerektiğini belirtmektedir.

113. Komisyon, gözaltında tutulan bir kişinin korunmasız (vulnerability) oluşunu vurgulamış ve başvuru sorgulamak için seçilen zamanlar ile ilgili olarak hayretini ifade etmiştir. Tespit edilen yaralar kısmen hafif olarak görünse bile, yine de özgürlüğünden

yoksun bırakılmış ve bu nedenle bayağılık (inferiority) duygusu içinde olan bir kişinin üzerindeki fiziksel gücün görülebilen izlerini oluşturmaktadır. Bu nedenle yapılan muamele hem insanlıkdışı ve hem de aşağılayıcıdır.

114. Öte yandan Hükümete göre, yapılan muamele, Mahkeme içtihatlarının öngördüğü ‘asgari ağırlık düzeyine’ varmamıştır (*İrlanda kararı ve Tyrer - Birleşik Krallık*). Hükümete göre sadece yaraların hafifliğini değil, olayın diğer unsurlarını da dikkate almak gereklidir. Bu unsurlar, Tomasi’nin gençliği ve sağlık durumunun iyiliği, üç saati gece olmak üzere toplam on dört saat süren sorgulamaların ortalama uzunluğu, o sırada Korsika’nın içinde bulunduğu ‘özel durum’ ve Tomasi’nin bir kişinin ölümü ve bir diğerinin ağır bir biçimde yaralanması ile sonuçlanan terör saldırısına katıldığından kuşkuyla karşılanmış gibi unsurlardır. Hükümetin görüşüne göre, bu davada Komisyon’un 3. madde hakkındaki yorumu, verilen hükmün amacının yanlış anlaşılmasına dayanmaktadır.

115. Mahkeme, Hükümetin bu iddiasını kabul edemez. Mahkeme, Fransa’daki gözaltı sistemi ve buna ilişkin kuralları veya bu olayda başvuruçunun sorgulanma süresini ve zamanlamasını incelemesi gerektiğini düşünmemektedir. Mahkeme, tamamen bağımsız hekimler tarafından düzenlenen tıbbi belge ve raporların, Tomasi’ye çok sayıda darbe vurulmuş olduğunu ve darbelerin şiddetini doğrulamış olmasını yeterli bulmaktadır. Bunlar, böyle bir muameleyi insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelemek için yeterli ciddiyette iki unsurdur. Sorgulama şartları ve bir suçta, özellikle terör suçlarına karşı mücadelenin doğasında bulunan inkâr edilmeyecek güçlükler, bireylerin maddi bütünlüklerinin korumasına sınır getirilmesi sonucunu doğuramaz.

3. Sonuç

116. Buna göre Sözleşme’nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme’nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat olarak 700,000 FF, ücretler ve masraflar için 300,000 FF ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının, 3. maddesinin ve 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Davalı Devletin üç ay içinde başvuruçuya zararlar için 700 bin (yedi yüz bin) ücretler ve masraflar için 300 bin (üç yüz bin) Fransız Frangı ödemesine;
4. Adil karşılık için geri kalan taleplerin reddine,

KARAR VERMİŞTİR.

04.12.1995 18896/91 RIBITSCH - AVUSTURYA

◆ *gözaltında yaralama - kanıtlama sorunu* (uyuşturucu satma suçundan 45 saat kadar gözaltında tutulan kişinin salverildikten sonra aldığı raporda kolunda ve bazı yerlerinde bereleler tespit edilmiş olması; polisler aleyhine açılan davada yaraların başvuruçunun gözaltında düşmesiyle meydana gelmiş olduğu düşüncesiyle beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvuruçuru Ronald Ribitsch, 1958 doğumlu bir Avusturya vatandaşıdır.

Viyana polisi, iki kişinin aşırı dozda eroin alması sonucu ölmesi üzerine soruşturma başlatmıştır. Ölen kişilerden birinin kız arkadaşının 21 Mayıs 1988’de, ölen arkadaşının daha önce başvuruçudan eroin alacağını söylediği şeklinde ifade vermesi üzerine, başvuruçuru

gözüne alınıp sorgulanmış, evi aranmış, evinde bir şey bulunamaması üzerine salıverilmiştir.

22 Mayıs 1988'de Avusturya'da tanınmış bir rock şarkıcısının da ölmesi üzerine, satıcının bulunması yönünde bir kamuoyu baskısı oluşmuştur. 31 Mayıs 1988'de başka bir emniyet birimi, başvurucunun ölen kişilerden birine eroin sattığı şeklinde kimliği belirsiz bir kişiden aldığı telefon ihbarı üzerine, aynı gün 12.30'da başvurucuyu ve eşini uyuşturucu satıcılığından gözüne almıştır. Evde yapılan aramada sadece yarım gram esrar bulunmuştur. Başvurucu ve eşi, 31 Mayıs 1988 saat 12.30'dan 2 Haziran 1988 saat 09.30'a kadar Viyana Federal Emniyet Müdürlüğü'nde tutulduktan sonra salıverilmişlerdir.

Gözaltında ne olduğu konusu tartışmalıdır. Başvurucuya göre, kendisini sorgulayan polisler, ikrar almak için kendisine ağır surette hakarete bulunmuşlar ve defalarca vurmuşlardır. Başvurucunun iddiasına göre, kafasına, böbreklerine ve sağ koluna vurulmuş, bacağına ve böbreklerine tekme atılmıştır. Saçlarına tutularak yere yıkılmış ve başı yere çarpmıştır. Aldığı yaraların yüzde 90'ına polis Markl sebep olmuştur. Başvurucu salıverildiği zaman, birkaç tane sağ kolunda ve bir tane de kalçasında bere tespit edilmiş ve boyun ağrısı, kusma, ishal ve ağır baş ağrısı şikâyetleri oluşmuştur.

1 ve 2 Haziran günleri meydana gelen olayları anlatan polis raporuna göre ise durum farklıdır. Bu raporda Polis Markl, olayları değişik biçimde anlatmıştır. Bu rapora göre, başvurucu, 1 Haziran sabahı 09.30'da, başvurucunun sesinin emniyete gelen telefondaki ses olup olmadığını kontrol etmek için emniyet müdürlüğünden akustik araştırma enstitüsüne götürülmüştür. Başvurucu, elleri kelepçeli olarak iki kapılı polis arabasından inerken düşmüş ve sağ kolu arabanın kapısına çarpmıştır. Kendisine kapıyı açan polis Markl, başvurucuyu sol kolundan yakalamaya çalışmış, ancak düşmesine engel olamamıştır. Yine de başvurucu yavaşça sırt üstü düşmüştür. Ertesi sabah sorgusu sırasında başvurucu, polisler yaralarından söz etmiş, fakat doktor muayenesini reddetmiştir.

Başvurucu, salıverildikten sonra ailesine, psikologlara ve gazetecilere gözaltında kötü muamele gördüğünü anlatmıştır. Başvurucu 2 Haziran akşamı hastaneye gitmiştir. Doktor raporuna göre, başvurucunun sağ kolunun orta dış yüzeyinde 2 x 3 cm genişliğinde be-reler bulunmaktadır; çekilen röntgen filmine göre kırık yoktur; başvurucu boyun ağrıları, kusma, ağır baş ağrısından şikâyetçidir. Başvurucunun yaralarının fotoğrafı çekilmiştir.

Polisler aleyhindeki soruşturma ve yargulama: 7 Haziran 1988'de Avusturya Radyosu'nun, Bay ve Bayan Ribitsch'in polisteki sorguları sırasında polisler tarafından kullanılan metotlara ilişkin yayınından sonra polisler hakkında soruşturma açılmıştır. Başvurucu, 22 Kasım 1988'de Ceza Muhakemesi Kanununun 47. maddesine göre, soruşturmaya katılan sıfatı almak için talepte bulunmuştur. 26 Haziran 1989 Viyana Ceza Mahkemesi yaptığı hazırlık soruşturmasında Bay ve Bayan Ribitsch'i tanık olarak, polisler Trnka, Gross, Fröhlich ve Markl'ı sanık olarak dinlemiştir. 13 Ekim 1989'da polisler Trnka, Gross ve Markl aleyhine yaralama suçundan tek yargıçlı Viyana Asliye Ceza Mahkemesi'nde duruşma yapılmıştır. Bu mahkeme, Bay ve Bayan Ribitsch'i, üç emniyet müdürünü, başvurucunun yaralarını görenleri, doktorları, bir psikologu, gazeteciyi ve fotoğrafçıyı dinlemiştir. Polis arabasının sürücüsü olan polis memuru, başvurucunun düştüğünü görmediğini söylemiştir. Mahkeme aynı gün verdiği kararda, polis Markl'ı yaralama suçundan Ceza Kanununun 83(1). fıkrası gereğince suçlu bulmuş ve iki ay hapis cezası verip cezayı tecil etmiş, üç yıl denetimli serbestlik altında tutulmasına ve polis Markl'ın başvuruya 1,000 Şilin tazminat ödemesine karar vermiştir.

Polis Markl, bu karara karşı Viyana Bölge Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bölge Mahkemesi, başvurucunun yaraları ile polis refakatinde götürülürken meydana geldiği iddia edilen kaza arasında nedensellik ilişkisinin bulunma ihtimali ile başvurucunun

kötü muamele gördüğüne dair beyanlarının tıbbi açıdan güvenilirliği konusunda Viyana Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü'nden bilirkişi raporu istemiştir. Bilirkişi, başvuru ve polisi dinlemiş, polis arabasından inerken düşme olayının deneyini yapmıştır. Raporla tıbbi açıdan kesin olarak kötü muamele yapılmış olduğu sonucuna varmanın mümkün olmadığı, kolun üst tarafına vurma ve dize tekme atılmış olabileceği, ancak saatler süren ağır kötü muamele yapıldığı sonucuna varılamayacağı, polis Markl'ın başvuru arabadan inerken kapıya doğru düştüğü sözlerinin birkaç yaradan sadece birini açıklayabileceği belirtilmiştir. Bölge Mahkemesi, 14 Eylül 1990 tarihinde yaptığı duruşmanın ardından 13 Ekim 1989 tarihli mahkûmiyet kararını kaldırmış ve polis Markl hakkında beraat kararı vermiştir.

Başvuru, bu karara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu mahkeme 20 Kasım 1990 tarihinde verdiği kararda, başvuru kötü muamele gördüğü iddiasının makul kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmadığını, insan hakları ihlal iddiasına dair kanıt bulunmadığını belirtmiştir.

Başvuru, 5 Ağustos 1991'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda Sözleşme'nin 3. maddesinin ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon, 20 Ekim 1993'te başvuruyu 3. madde yönünden kabuledilebilir bulmuş; 4 Temmuz 1994 tarihli raporunda 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Hükümet, başvuru yaralarının gözaltında meydana gelmiş olduğuna itiraz etmiş, fakat iç hukuktaki ceza davası sırasında polislerin sorumluluğunun kanıtlanmadığını belirtmiştir. Hükümet, esas itibarıyla, bilirkişi raporu alan ve başvuru beyanlarının güvenilirliğini sorgulayan Viyana Bölge Ceza Mahkemesi'nin vardığı sonuca dayanmıştır. Hükümet, Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varılabilmesi için, kötü muamelenin 'makul kuşkuyla yer bırakmayacak' şekilde kanıtlanmış olması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, önce mevcut davadaki şu olayları kaydetmiştir: Başvuru vücudundaki yaralar doktorlar ve diğer tanıkların ifadeleriyle kanıtlanmıştır. Doktorlardan biri, bu yaraların arabanın kapısına doğru düşme sonucu meydana gelmiş olmasının pek mümkün olmadığını söylemiştir. Bilirkişi raporunda, düşmenin, 'birkaç yaradan ancak birini açıklayabileceği' belirtilmiştir. Yaraların düşme sonucu meydana geldiğini söyleyen ifade ile arabayı süren polisin başvuru düşüğünü görmediğini söyleyen ifadesi arasındaki çelişki giderilmemiştir. Viyana Asliye Ceza Mahkemesi, polis Markl'ı delillerin ve sanığın tutumunun ayrıntılı analizi sonucu mahkûm ettiği halde, Viyana Bölge Ceza Mahkemesi, başvuru gözaltında tutulmasıyla ve olaylarla ilgili olmayan, başvuru güvenirliliğine kuşku çeken gerekçelerle polis hakkında beraat kararı vermiştir. Daha sonra Mahkeme şöyle demiştir:

“34. Bay Ribitsch'in yaralarının, tamamen polislerin kontrolü altındayken gözaltında tutulduğu sırada meydana geldiği konusunda bir tartışma yoktur. Polis memuru Markl'ın, ceza davasında masumiyet karinesi ilkesiyle bağlı olan bir mahkeme tarafından beraat ettirilmiş olması, Avusturya'yı Sözleşme'den doğan sorumluluğundan kurtarmamaktadır. Buna göre Hükümet, başvuru yaralarının nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamakla yükümlüdür. Fakat Hükümet, cezai bir mahkûmiyet karar verebilmek için yüksek kanıt standardının gerekli olduğu iç hukuktaki ceza davasının sonucuna dayanmaktan başka bir şey yapmamıştır. Ayrıca, iç hukuktaki yargılama bağlamında, söz konusu yaralara araba kapısına doğru bir düşmenin yol açtığı şeklindeki

açıklamaya özel bir ağırlık verildiği de açıktır. Komisyon gibi, Mahkeme de, bu açıklamayı ikna edici bulmamıştır; Mahkeme, Bay Ribitsch polisler eşliğinde götürülürken düşmüş olsa bile, bunun söz konusu yaraların açıklanmasına dair çok eksik ve dolayısıyla yetersiz bir açıklama oluşturabileceğini düşünmektedir. Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, Hükümetin, başvurucunun yaralarına gözaltındayken gördüğü muameleden başka bir şekilde (tamamen, esasen veya kısmen) sebebiyet verilmiş olduğunu tatmin edici bir şekilde ortaya koyamadığı sonucuna varmaktadır.

35. Bay Ribitsch, gözaltında gördüğü kötü muamelenin insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğunu savunmuştur. Kendisine vurulan darbeler ve aynı anda gözaltında bulunan karısına ve kendisine yapılan hakaretler ve tehditler, kendisinde yoğun fiziksel ve ruhsal ıstıraba sebebiyet vermiştir. Dahası birkaç tanık, başvurucunun fiziksel yaraları bulunduğu ve psikolojik travmadan ötürü ıstırap çektiğini teyit etmişlerdir.

36. Başvurucunun hukuka aykırı bir şekilde gözaltında tutulduğu sıradaki korunmasızlığını dikkate alan Komisyon, başvurucunun insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye varan bir fiziksel şiddete tabi tutulduğuna kanaat getirdiğini açıklamıştır.

37. Hükümet, başvurucudaki bu yaraların gözaltında kasten yapıldığının kanıtlanması halinde, bu yaraların Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek yeterli ağırlığa ulaşabileceği konusunda bir itirazda bulunmamıştır.

38. Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kesinlikle kendi davranışının gerekli kılmadığı bir fiziksel güç kullanılmasının insan onurunu zedelediğini ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkı ihlal ettiğini vurgular. Mahkeme, soruşturmanın ve suça karşı mücadelenin doğasında bulunan inkâr edilmeyecek güçlüklerin, bireylerin maddi bütünlüklerinin korunmasına sınır getirilmesi sonucunu doğuramayacağını hatırlatır (*Tomasi*, §115).

39. Bu olayda Bay Ribitsch'in aldığı yaralar, kendisinin hem insanlıkdışı ve hem de aşağılayıcı muameleye varan bir kötü muameleye tabi tutulduğunu göstermektedir.

40. Buna göre Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 100,000 Şilin, ücretler ve masraflar için 200,000 Şilin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı altı oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;

2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

18.12.1996 21987/93 AKSOY - TÜRKİYE

◆ *gözaltında yaralama* (gözaltında Filistin askısına tabi tutulan başvurucunun koltuk altlarındaki sinirlerin tahrip olması nedeniyle ellerini ve kollarını hareket ettiremediğinin önüne çıkarıldığı savcı tarafından görülmesine rağmen kötü muamele soruşturması açılmaması), *kötü muamele soruşturması* (savcının öğrendiği işkence olayı hakkında soruşturma açmaması nedeniyle başvurucunun haklarını kullanamaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Zeki Aksoy, 1963 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Başvurucu, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvuru yaptıktan bir yıl kadar sonra, 16 Nisan 1994 günü vurularak öldürülmüştür. Başvurucunun babası, davayı sürdürmek istediğini belirtmiştir.

Başvurucu, PKK teröristlerine yardım ve yataklık yaptığı, PKK üyesi olduğu ve bildirilerini dağıttığı şüphesiyle 24 Kasım 1992 gecesi 23.00 sularında (Hükümete göre 26 Kasım 1992 günü) Mardin Kızıltepe'de evine gelen polisler tarafından gözaltına alınmıştır. Başvurucu önce Kızıltepe Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüş, buradan Mardin Terörle Mücadele Şubesi'ne sevk edilmiştir. Başvurucunun iddiasına göre, kendisi gözaltında tutulmasının ikinci günü çırılçıplak soyulmuş, elleri arkadan bağlanmış ve 'Filistin askısı' diye bilinen işkence yöntemiyle kollarından asılmıştır. Zeki Aksoy askıda tutulurken, cinsel organlarına polisler tarafından elektrik verilmiş ve elektrik verilirken üzerine su sıkılmıştır. Yaklaşık otuz beş dakika kadar süren bu işkence sırasında gözleri bağlı tutulmuştur. Zeki Aksoy, gördüğü işkenceler sonucu iki kolunun ve iki elinin hareket kabiliyetini yitirdiğini iddia etmiştir.

Başvurucu, 8 Aralık 1992 tarihinde hükümet tabipliğinde bir doktorun önüne çıkarılmıştır. Doktor, başvurucuda cebir ve şiddet izine rastlanmadığını belirten tek cümlelik bir rapor vermiştir. Aksoy'un anlatımına göre, doktor kollarının nasıl yaralandığını sormuş ve başvurucunun arkasında bulunan polis memuru başvurucunun bir kaza geçirdiğini söylemiştir. Bunun üzerine doktor da, alay eder bir biçimde, buraya gelen herkesin bir kaza geçirmiş göründüğünü söylemiştir.

Aksoy, salıverilmesinden hemen önce 10 Aralık 1992 tarihinde Mardin savcısının önüne çıkarılmıştır. Başvurucu, kendisine bir ifadenin gösterildiğini, fakat yazılanların gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür. Savcı, bu ifadeyi imzalaması için ısrar etmiş, fakat başvurucu savcıya ifadeyi imzalayamayacağını, çünkü ellerini hareket ettiremediğini söylemiştir. Zeki Aksoy, 10 Aralık 1992 tarihinde salıverilmiştir.

15 Aralık 1992'de her iki kolunda felç (yani, koltuk atlarındaki sinirlerin tahrip olması nedeniyle her iki kolun tutmaz hale gelmesi) teşhisiyle Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne yatırılmıştır. Başvurucu, 31 Aralık 1992 günü hastaneden ayrılmıştır.

Savcı, 21 Aralık 1992 tarihinde kendisiyle birlikte gözaltında tutulan on bir kişi hakkında ceza davası açmaya karar verdiği halde, Aksoy hakkında kovuşturmaya yer olmadığına kararı vermiştir.

Başvurucunun uğradığını iddia ettiği kötü muamele ile ilgili olarak Türkiye'deki mahkemelerde ne bir ceza davası açılması için yazılı bir suç şikâyetinde bulunmuş ve ne de tazminat almak bir hukuk veya idari dava açmıştır.

Başvurucu, 20 Mayıs 1993'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, gözaltında tutulduğu sırada, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak kötü muameleye tabi tutulduğundan; gözaltında tutulma sırasında 5(3). fıkrasına aykırı olarak bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılmadığından; ayrıca 6(1). fıkrası ile 13. maddeye aykırı olarak kendisine kötü muamele yapan sorumlular hakkında dava açma imkânı verilmediğinden şikâyet etmiştir.

Komisyon, Diyarbakır ve Ankara'da duruşmalar yapmıştır. Komisyon'un bazı tespitleri şöyledir: başvurucunun gözaltından çıkması ile hastaneye yatması arasında geçen beş günlük süre içinde de uygunsuz bir olay meydana geldiğine dair herhangi bir delil yoktur; tıbbi raporlar, başvurucunun yaralarının çeşitli nedenlerden kaynaklanabileceğine işaret etmiş, ancak bunlardan biri, kollarından asılan bir kimsenin uğradığı bir travma olabileceğini kaydetmiştir; her iki kolu etkileyen çift taraflı felç, sık görülen bir olay olmadığından

‘Filistin askısı’ olarak bilinen kötü muamele biçimine uymaktadır; dinlenen bir polis ve savcı, Aksoy’un kötü muameleye maruz kalmış olmasının tasavvur edilemeyeceğini söylemişlerdir, ancak bunların ifadeleri inandırıcı değildir, çünkü her iki kamu görevlisi polis tarafından kötü muamele yapılmış olma ihtimalini düşünmeye dahi hazır değildirler; Hükümet, Aksoy’un aldığı yaraların sebebine ilişkin alternatif bir açıklama getirmemiştir.

Komisyon, başvuruyu 19 Ekim 1994’te kabuledilebilir bulmuş; daha sonra kabul ettiği raporda Sözleşme’nin 3. maddesinin, 5(3). fıkrasının ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiği, 13. madde bakımından ise bir sorun doğmadığı sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazlar

A. Mahkeme’nin önünde tarafların görüşleri

[45-50]: Hükümet, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle Sözleşme’nin 3. maddesi şikâyeti bakımından başvurunun reddedilmesini istemiştir. Hükümet, iç hukukta ceza soruşturması, hukuk davası ve/veya idari dava açılması şeklinde üç tane hukuk yolu bulunduğu halde, başvurusunun bu yollardan hiçbirini kullanmadığını belirtmiştir. Hükümet, başvurusunun, önüne çıkarıldığı savcıya gözaltında kötü muamele gördüğü hakkında şikâyette veya imada bulunmadığını; Anayasa’nın 125. maddesine dayanarak idari dava açıp idareden tazminat talebinde bulunmadığını; Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümlerine dayanarak işkence nedeniyle tazminat davası açmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu ilk olarak, olağanüstü hal bölgesinde işkence yapmanın ve hem de etkili hukuk yollarına başvurma hakkını kullandırmamanın idari pratik oluşturduğunu söyleyerek, Strasburg’a şikâyette bulunmadan önce iç hukuk yollarını izlemesinin kendisinden istenemeyeceğini iddia etmiştir. Başvurucu daha sonra, cezai soruşturma bakımından, 10 Aralık 1992’de işkence gördüğünü savcıya söylediğini, söylememiş dahi olsa, ellerini gereği gibi kullanmadığını savcının kolaylıkla anlamış olması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, savcının cezai bir soruşturma başlatmaması, başvurusunun herhangi bir iç hukuk yolunu kullanabilmesini aşırı ölçüde zorlaştırmıştır. Başvurusunun, örneğin kovuşturmayla yer olmadığına kararına karşı Danıştay’a başvurarak bir ceza davası açılmasını sağlamak için adım atması imkânsız hale gelmiştir. Çünkü soruşturma yapılmaması, resmi bir kovuşturama kararı verilmediği anlamına gelmektedir. Ayrıca soruşturma yapılmaması, açılacak bir hukuk davası veya idari davada başarı şansını da önlemiştir. Çünkü başvurusunun bu davalardan birinde başarılı olabilmesi için işkence gördüğünü kanıtlaması gerekecektir; uygulamada, bir ceza yargıcının bu yönde verdiği bir karar aranacaktır.

B. Mahkeme’nin değerlendirmesi

“51. Mahkeme, Sözleşme’nin 26. maddesinde yer alan iç hukuk yollarını tüketme kuralının, uluslararası bir yargısal makam veya tahkim organı önünde devlete karşı dava açmak isteyen kişileri, ilk önce, ulusal hukuk sisteminde var olan hukuk yollarını kullanmakla yükümlü tuttuğunu hatırlatır. Sonuç olarak devletler, yaptıkları tasarruflardan ötürü kendi hukuk sistemleri içinde meseleleri yoluna koyma imkânı tanınmanın uluslararası bir organ önünde hesap vermekten muaf tutulmuşlardır. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, Sözleşme hükümleri ulusal hukukta içselleştirilmiş olsun veya olmasın, çok yakın bir ilişki içinde olduğu Sözleşme’nin 13. maddesinde yazıldığı üzere, iddia edilen ihlal bakımından iç hukukta kullanılabilecek etkili bir hukuk yolunun bulunduğu varsayımına dayanır. Bu ilkenin önemli bir yönü de, Sözleşme ile kurulan koruma mekanizmasının insan haklarını korumada ulusal sisteme göre ikincil (subsidiary) nitelikte olmasıdır (*Akdıvar ve Diğerleri*, §65).

52. Sözleşme'nin (eski) 26. maddesine göre, bir başvuru normal şartlarda, mevcut bulunan ve iddia edilen ihlaller bakımından giderim sağlamak için yeterli olan hukuk yollarına başvuru yapmış olmalıdır. Söz konusu başvuru yollarının mevcudiyeti, sadece teoride değil ve fakat uygulamada da yeterli ölçüde açık olmalıdır. Bununla birlikte, başvurunun yetersiz ve etkisiz olan hukuk yollarına başvurma yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, Sözleşme'nin 26. maddesinin göndermede bulunduğu 'uluslararası hukukun genellikle tanınmış kuralları'na göre, başvurucağı kullanabileceği iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden kurtaran özel koşullar bulunabilir. Sözleşme'ye aykırı eylemlerin tekrarından ve kamu makamlarının bu eylemlere resmen hoşgörü göstermelerinden oluşan bir idari uygulamanın bulunması ve bu uygulamanın yapılacak hukuki muameleleri boş ve etkisiz kılacak nitelikte olması halinde, iç hukuk yollarını tüketme kuralı uygulanmaz (*Akdivar ve Diğerleri, §66 ve 67*).

53. Mahkeme, söz konusu kuralın, Sözleşmeciler Devletlerin kurmak için üzerinde anlaşmış oldukları insan haklarını koruma mekanizması bağlamında uygulanacak bir kural olduğuna dikkat etmesi gerektiğini vurgular. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 26. maddesinin bir ölçüye kadar esneklikle ve aşırı biçimsellikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, iç hukuk yollarını tüketme kuralının mutlak olmadığını ve otomatik olarak uygulanabilir bulunmadığını kabul etmiştir. Bu kurala uygun davranılıp davranılmadığı denetlenirken, her olayın özel koşullarına dikkat edilmesi esastır. Bu demektir ki Mahkeme, başka şeylerin yanında, ilgili Sözleşmeciler Devletin hukuk sisteminde sadece biçimsel hukuk yollarının varlığını değil, ama aynı zamanda bu yolların işlerlik kazandıkları genel hukuki ve siyasal bağlamı ve ayrıca başvurucağı kişisel durumunu da gerçekçi bir biçimde dikkate almak zorundadır (*Akdivar ve Diğerleri, §69*).

54. Mahkeme, gözetiminde tutulanlara devlet görevlileri tarafından kötü muamele yapılmasına karşı Türk hukukunda ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukuku yollarına ilişkin hükümleri kaydetmiş ve aynı konuyla ilgili olarak Hükümet tarafından sunulan karar özetlerini ilgiyle incelemiştir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, Mahkeme, iç hukuk yollarının sadece genel olarak etkili ve yeterli olup olmadığı sorunuyla ilgilenmekle kalmaz; olayın tüm şartları içinde, başvurucağı, ulusal giderim yollarını tüketmek için kendisinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığını da incelemek durumundadır.

55. Bu incelemenin amacı bakımından Mahkeme, mevcut davada Komisyon'un maddi olaylara ilişkin tespitlerini kabul etmeye karar verdiğini hatırlatır. Daha önce de görüldüğü üzere Komisyon, başvurucağı savcıyla görüştüğü sırada her iki kolundaki felç nedeniyle ıstırap içinde olduğu görüşündedir.

56. Mahkeme, başvurucağı gözetiminde uğradığı kötü muamele hakkında savcıya şikâyetinde bulunmamış olduğu düşünülse bile, üzerindeki yaraların savcıyla karşılaştıkları anda açıkça görülebilir nitelikte olması gerektiğini kabul etmektedir. Ne var ki savcı, Türk hukuk sistemine göre soruşturma yapmakla yükümlü olduğu halde, bu yaraların niteliği, boyutları ve nedenleri hakkında hiçbir araştırma yapmamayı tercih etmiştir. Savcının bu ihmalinin, Aksoy'un hiçbir hukuki ve tıbbi yardım almadan gözetiminde en az on dört gün tutulduktan sonra meydana geldiği hatırlanmalıdır. Aksoy bu süre içinde hastanede tedavi edilmeyi gerektiren ağır yaralara katlanmıştır. Tek başına bu koşullar bile, Aksoy'un zayıflık, korunmasızlık ve devlet görevlilerine karşı endişe duymasına sebep olmuş olmalıdır. Aldığı yaraların farkında olmasına rağmen savcının hiçbir girişimde bulunmadığını gören başvurucağı, ulusal hukuk yollarından ilgi görmeyi ve tatmin sağlamayı beklememesi gerektiği yolunda bir kanaate varmasını anlayışla karşılamak gerekir.

57. Bu nedenle Mahkeme, başvurucağı iç hukuk yollarını tüketme kuralından muaf tutmayı gerektiren özel koşulların bulunduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme, bu sonuca

ulaştıktan sonra, Sözleşme’ye aykırı olarak hukuk yollarını kullandırmama biçiminde idari bir pratik olduğuna dair başvuruçunun iddiasını incelemeyi gerekli görmemektedir.”

III. Esas

A. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Hükümet başvuruçunun işkence gördüğü iddiasını reddetmiştir. Hükümet, başvuruçunun işkence görmüş ise neden savcıya şikâyetinde bulunmadığını sormuş, kendisi gerçekten işkenceye tutulmuş ise neden bir ikrarda bulunmadığını anlamının zor olduğunu belirtmiştir. Hükümet, başvuruçunun gözaltında salıverilmesinden sonra hastaneye gitmek için beş gün beklemiş olmasını da kuşkuyla karşılamış ve bu dönem içinde ters bir şey olmadığını varsayamayacağını belirtmiştir.

“61. ... Mahkeme’ye göre, sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kimsenin salıverildiği zaman yaralanmış olduğu tespit edilecek olursa, Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından ortaya çıkan sorunlar bakımından, bu yaralanmaların nedenine ilişkin aklın kabul edebileceği bir açıklama getirmek devlete düşen bir iştir (*Tomasi, §108-III; ve-Ribitsch, §34*).

62. Mahkeme’nin birçok vesileyle belirttiği gibi, Sözleşme’nin 3. maddesi, demokratik toplumun temel değerlerinden birini içermektedir. Sözleşme, terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor şartlarda bile işkenceyi, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve cezayı mutlak bir biçimde yasaklamaktadır. Sözleşme’nin ve 1 ve 4 sayılı Protokollerinin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden farklı olarak 3. madde, hiçbir istisnaya ve 15. maddeye göre ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumda bile yükümlülük azaltmaya yer vermemektedir (*İrlanda – Birleşik Krallık, §163; ve Chahal, §79*).

63. Mahkeme’nin belirli biçimdeki kötü muamelenin işkence olup olmadığına karar verebilmesi için, Sözleşme’nin 3. maddesindeki işkence kavramı ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında yapılan ayrım dikkat etmesi gerekir. Mahkeme’nin daha önce de işaret ettiği gibi, bu ayrım, sadece çok ağır ve zalimane acılara sebep olan, kasti insanlıkdışı muamelelere ‘işkence’ damgasını vurmaya üzere Sözleşme’de yer verildiği görülmektedir (*İrlanda - Birleşik Krallık, §167*).

64. Mahkeme, başvuruçunun ‘Filistin askısı’na tabi tutulduğunun, başka bir deyişle, çırılçıplak soyularak elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığına Komisyon tarafından tespit edildiğini hatırlatır. Mahkeme’ye göre, bu muamele ancak kasten yapılabilir; bunu yapmak için elbette ki belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya ihtiyaç vardır. Bunun başvuruçudan bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Yapıldığı zaman ağır acı vermiş olmasının yanı sıra, tıbbi belgeler bunun her iki kolda bir süre devam eden felce yol açtığını göstermektedir. Mahkeme, bu muamelenin, ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmektedir.”

B. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

65. Komisyon’un görüşüne katılan başvuruçunun, gözaltında tutulmasının Sözleşme’nin 5(3). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

66. Mahkeme, *Brogan ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararında (parag. 62), yargısal denetime tabi olmaksızın dört gün altı saat gözaltında tutma süresinin, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının izin verdiği dar sınırları aştığına karar verdiğini hatırlatır. Buradan çıkan açık sonuca göre, Aksoy’un bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan gözaltında tutulduğu on dört gün veya daha fazla süre, “derhal” şartını karşılamamaktadır.

67. Ancak bu düşünceler karşısında Hükümet, Türkiye’nin Sözleşme’nin 15. maddesine göre yükümlülük azaltma bildiriminde bulunduğundan, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırılık bulunmadığını ileri sürmüştür.

Hükümet, Türkiye'nin 5 Mayıs 1992 tarihinde Sözleşme'nin 15. maddesindeki yükümlülüklerini azalttığını (bk. yukarıda parag. 33) hatırlatmıştır.

1. Mahkemenin değerlendirmesi

68. Mahkeme, ulusun yaşamının bir “olağanüstü durum”la tehdit edilip edilmediğine, eğer tehdit ediliyorsa, bu olağanüstü durumla baş edebilmek için nereye kadar ileri gitmenin gerekli olduğuna karar vermenin, kendi ulusunun yaşamından sorumlu olan Sözleşmeciler Devletlere düştüğünü hatırlatır. Ulusal makamlar, günün ihtiyaçları ile doğrudan ve sürekli ilişki içinde olmaları nedeniyle, böyle bir olağanüstü durumun öncelikleri ve bunu gidermek için yapılacak yükümlülük azaltmalarının niteliği ve kapsamı üzerinde karar verirken, genellikle uluslararası yargıçlara göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir alanı bırakılmalıdır.

Ne var ki, Sözleşmeciler Devletler sınırsız bir takdir yetkisi kullanamazlar. Mahkeme, devletlerin krizin “zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü”nün ötesine geçip geçmediklerine karar vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, bu tür bir Avrupa denetimi tarafından denetlenir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, yükümlülük azaltma ile etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan sebepler ve olağanüstü durumun süresi gibi, konuyla ilgili faktörlere gereken ağırlığı vermek zorundadır (*Brannigan ve McBride – Birleşik Krallık, §43*).

2. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun varlığı

69. Hükümet, Türkiye'nin Güneydoğusunda “ulusun yaşamını tehdit eden” olağanüstü bir durumun var olduğunu belirtmiş, Komisyon da bu görüşe katılmıştır. Başvurucu bu konuya itirazda bulunmamış, bu konuda karar vermenin esas olarak Sözleşme organlarına düştüğünü belirtmiştir.

70. Mahkeme, önündeki bütün verilerin ışığında, PKK terör faaliyetlerinin boyutları ve sonuçları itibarıyla Türkiye'nin Güneydoğusunda, hiç kuşkusuz, “ulusun yaşamını tehdit eden bir olağanüstü durum” yarattığını kabul etmiştir (bk. 01.07.1961 tarihli Lawless – İrlanda kararı, parag. 28, yukarıda geçen İrlanda – Birleşik Krallık kararı, parag. 205 ve yukarıda geçen Brannigan ve McBride kararı, parag. 47).

3. Alınan tedbirlerin durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği tedbirler olup olmadığı

(a) Denetimsiz gözaltında tutma uzunluğu

71. Hükümet, başvurunun PKK teröristlerine yardım ve yataklık ettiği, PKK'nın Kızıltepe bölümünün bir üyesi olduğu ve PKK bildirimleri dağıttığı kuşkusuyla, 26 Kasım 1992 tarihinde diğer on üç kişi ile birlikte gözaltına alındığını belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 12). Başvurucu, olağanüstü hal bölgesinde toplu suçlarda bir kimsenin otuz güne kadar gözaltında tutulmasına imkân veren Türk hukukuna (bk. yukarıda parag. 29) göre gözaltında tutulmuştur.

72. Hükümet, başvurunun gözaltına alındığı ve tutulduğu bölgenin Türkiye'nin yükümlülük azalttığı bölge kapsamına girdiğini belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 31-33). Türkiye'de ve özellikle Güneydoğu bölgesinde PKK terörünün yoğunluğu karşısında bu yükümlülük azaltma gerekli ve haklıdır. Mahkeme'nin daha önce kabul ettiği gibi terör suçlarının soruşturulması, yetkilileri özel bazı problemlerle karşı karşıya bırakmaktadır; çünkü terör örgütü mensupları sorguya dayanıklı kalmada uzmanlaşmış olup, gizli bir destek ağına ve maddi kaynaklara sahiptirler. Komşu ülkelerin stratejik ve teknik desteğine sahip bir terör örgütü ile geniş bir alanda mücadele ederken, delilleri toplamak ve doğrulamak için geniş bir zamana ve büyük bir çabaya ihtiyaç vardır. Bu güçlükler, zanlılar gözaltındayken yargısal denetim sağlamayı imkânsız kılmaktadır.

73. Başvurucu, 24 Kasım 1992’de gözaltına alındığını ve 10 Kasım 1992’de salıverildiğini belirtmiştir. Başvurucu, gözaltına alma işlemine sonraki bir tarihin atılmasının, olağanüstü hal bölgesinde yaygın bir uygulama olduğunu iddia etmiştir.

74. Başvurucu, Türkiye’nin yükümlülük azaltmasının geçerliliğine karşı ayrıntılı argümanlar getirmemekle birlikte, Türkiye’nin Güneydoğu bölgesindeki durumun, yargısal denetime tabi tutmaksızın şüphelilerin on dört veya daha fazla süreyle tutulmalarını gerektirip gerektirmediğini sormuştur. Başvurucu, Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde yargıçların gözaltında tutmanın hukukiliğini daha önce incelemelerine izin verilecek olsa, kendilerinin tehlikeye sokulmuş olmayacağını belirtmiştir.

75. Komisyon, başvurunun iddia ettiği gibi 24 Kasım 1992’de mi, yoksa Hükümetin iddia ettiği gibi 26 Kasım 1992’de mi gözaltına alındığını kesin olarak belirleyememiştir. Bu nedenle Komisyon, başvurunun bir yargıç veya yargılama yetkisi kullanan bir görevli önüne çıkarılmadan gözaltında en az on dört gün tutulduğunu kabul ederek, yargılamaya devam etmiştir.

76. Mahkeme, Sözleşme’nin 5. maddesinin Sözleşme sistemindeki önemini şu şekilde vurgular: Sözleşme’nin 5. maddesi, temel bir insan hakkını, yani bireyi, sahip olduğu kişi özgürlüğünü devletin keyfi müdahalelerine karşı korumaktadır. Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki güvencelerin temel bir unsurudur (*Brogan ve Diğerleri* §58). Dahası, hemen yapılacak bir yargısal denetim, Sözleşme’nin mutlak ve yükümlülük azaltılamaz bir biçimde yasakladığı yukarıda belirtilen (bk. yukarıda parag. 62) kötü muamelelerin önlenmesine ve ortaya çıkarılmasına yol açar.

77. Mahkeme, Brannigan ve McBride kararında (bk. yukarıda 68. paragrafta gönderme yapılan karar), Birleşik Krallık Hükümetinin Sözleşme’nin 5. maddesindeki yükümlülüklerinde azaltma yaparak, terör suçlarından zanlı kişileri yargısal denetime tabi olmaksızın yedi güne kadar gözaltında tutmasında takdir alanının aşılmadığına karar vermiştir.

Mevcut davada ise başvuru, bir yargıç veya diğer bir görevlinin önüne çıkarılmaksızın, en az on dört gün gözaltında tutulmuştur. Hükümet bu tedbiri, dışarıdan destek alan bir terör örgütüyle geniş bir coğrafi alanda mücadele etmek zorunda olan polislin yaptığı soruşturmadaki özel ihtiyaçlarını ileri sürerek haklı göstermeye çalışmıştır (bk. yukarıda parag. 72).

78. Mahkeme, daha önce birçok davada belirttiği gibi (bk. örneğin yukarıda belirtilen Brogan ve Diğerleri kararı), terör suçlarının soruşturulmasının yetkililer için özel problemler doğurduğu görüşünde olmasına rağmen, yargısal denetime tabi olmaksızın bir kimsenin on dört gün tutulmasını kabul edemez. Bu süre çok uzun bir süre olup, başvuru sadece kişi özgürlüğünün keyfi müdahalesine (bk. yukarıda parag. 64) karşı değil, işkenceye karşı da korunmasız bırakılmaktadır. Ayrıca Hükümet, Türkiye’nin Güneydoğu bölgesindeki terör ile mücadelenin neden yargısal denetimi imkânsız kıldığına dair ayrıntılı bir gerekçe vermemiştir.

(b) Koruyucular

79. Hükümet, hem ulusal hukuk sisteminin ve hem de yükümlülük azaltmanın, insan haklarının korunması için yeterli koruyucular sağladığını vurgulamıştır. Bu suretle yükümlülük azaltma, kesinlikle terörle mücadelenin asgari gerekleriyle sınırlı tutulmuş, gözaltında tutma süresi yasada öngörülmüş ve polislin bir zanlıyı daha uzun bir süre tutmak istemesi halinde bu ek süre savcının onayına tabi kılınmıştır. İşkence, Ceza Kanununun 243. maddesinde yasaklanmış (bk. yukarıda parag. 24), Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun

135(a) bendi, işkence veya herhangi bir biçimde kötü muamele yapılması sonucu elde edilen ifadelerin delil değeri bulunmadığını hükme bağlamıştır.

80. Başvurucu, uzun süreli denetimsiz gözaltında tutmanın, tutulanların korunması için öngörülen koruyucuların yokluğuyla birleştiğinde, işkenceyi kolaylaştırdığına işaret etmiştir. Bu suretle başvurucuya gözaltında tutulmasının ikinci ve üçüncü günü özel olarak yoğun bir işkence yapılmış, daha sonra yaralarının iyileşmesi için bekletilmiştir. Bu zaman zarfında bir avukata veya bir doktora ulaşması engellenmiştir. Dahası, sorgulama sırasında kendisine kötü muamele yapan kişileri tanınaması için gözleri bağlı tutulmuştur. Uluslararası Af Örgütü'nün (bk. "Turkey: a Policy of Denial" ["Türkiye: Bir İnkâr Politikası"]) ve İşkencenin Önlenmesi için Avrupa Komitesi'nin ve İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi'nin (bk. yukarıda parag. 46) raporları, Türk Ceza Kanunundaki yetersiz koruyucuların bile, olağanüstü hal bölgesinde sürekli olarak ihmal edildiğini göstermiştir.

81. Komisyon, Türk hukuk sisteminin gözaltında tutulanlara yeterli koruyucu sağlamadığını, örneğin hızlı bir habeas corpus usulü bulunmadığını ve kullandırılması hukuken zorunlu bir avukata, doktora, arkadaşına veya akrabaya ulaşma hakkı bulunmadığını kabul etmiştir. Bu koşullarda, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde ciddi bir terör tehlikesi bulunmasına rağmen, başvurunun bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan en az on dört gün süreyle gözaltında tutulmasına imkân veren tedbir, devletin takdir alanını aşmış olup, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde bir tedbir olduğu söylenemez.

82. Mahkeme, yukarıda adı geçen Brannigan ve McBride kararında (bk. yukarıda belirtilen Brannigan ve McBride kararı, parag. 68), keyfi davranışlara ve incommunicado (tecrit halinde) gözaltında tutmaya karşı önemli koruma tedbirlerini kapsayan koruyucuların, Kuzey İrlanda'da işler halde bulunduğu kanaat getirmiştir. Örneğin, ilk gözaltına alma ve tutma kararının hukukilik denetimi yaptırılabilir; gözaltına alındıktan kırk sekiz saat sonra mutlak ve kullandırılması hukuken zorunlu bir avukatla görüşme hakkı vardır; gözaltında tutulanlar, bir arkadaşına veya yakınına tutulması hakkında bilgi verme ve bir doktora ulaşma hakkına sahiptir (*Brannigan ve McBride*, § 62-63).

83. Buna karşılık Mahkeme mevcut davada, uzun bir süre gözaltında tutulan başvurucuya yeterli koruyucu verilmediğini kabul etmektedir. Özellikle bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemesi ve gözaltında tutulmasının hukukilik denetimini yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir imkânın bulunmaması, başvuru tamamen kendisini tutanların insafına bırakmak anlamına gelmiştir.

84. Mahkeme, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki terör probleminin hiç tartışmasız ciddiliğini ve devletin buna karşı etkili önlemler alırken karşılaştığı güçlükleri dikkate almıştır. Ancak Mahkeme, terör suçlarına karıştığı kuşkusuyla başvurunun, bir yargıca veya yargılama yetkisine sahip görevliye ulaşmadan tecrit halinde on dört gün veya daha uzun bir süreyle tutulmasının, durumun zorunluluklarının gerektirdiğine ikna olmamıştır.

4. Türkiye'nin yükümlülük azaltmasının Sözleşme'nin 15(3). fıkrasındaki şekil şartına uyup uymadığı

85. Mahkeme'nin karşısına çıkan hiç kimse, Türkiye'nin yaptığı yükümlülük azaltma bildiriminin, Sözleşme'nin 15(3). fıkrasındaki şekil şartlarına, yani Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin Sözleşme'ye karşı yükümlülük azaltmak için alınan tedbirle ve bunların gerekçelerinin bildirilmesi şartlarına uygunluğu hakkında bir itirazda bulunmamıştır.

86. Mahkeme bu konuyu re'sen incelemeye yetkili olup (*Lawless*, §22 ve *İrlanda – Birleşik Krallık*, §223), özellikle Türkiye'nin Sözleşme'nin 15(3). fıkrasındaki şartları

yerine getirmek üzere verdiği yükümlülük azaltma bildirimiminin, başvuruçunun yargısal denetime tabi tutulmaksızın en az on dört gün gözaltında tutulmasına imkân veren tedbirleri kapsayıp kapsamadığını inceleyebilir. Ne var ki Mahkeme, söz konusu tedbirin durumun zorunluluklarının gerektirdiği bir tedbir olmadığını tespit ettiğinden (bk. yukarıda parag. 84), bu konu üzerinde karar vermenin gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

5. Sonuç

87. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

2. Sözleşme'nin 13. maddesi

Başvurucuya göre, savcının soruşturma açmama kararı, tazminat almak için kişisel haklarını kullanmasını imkânsız hale getirmiştir. Bu nedenle dava hakkı ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı ihlal edilmiştir. Mahkeme, bu şikâyeti Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından ele almayı uygun bulmuştur.

“95. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır. Her ne kadar bu madde, Sözleşmeciler Devletlere maddedeki yükümlülüklerine uygun davranış tarzı için belirli bir takdir yetkisi tanıyorsa da, yetkili ulusal makamların Sözleşme'deki haklar bakımından yapılan bir şikâyetin esasını ele almalarını ve uygun bir çözüm getirmelerini sağlayacak bir hukuki yol için, iç hukukta bir düzenlemenin bulunmasını gerektirmektedir (*Chahal, §145*). Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvuruçunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetin niteliğine göre değişebilir (*Chahal, §150-151*). Bununla beraber, Sözleşme'nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukuki yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da 'etkili' olan bir hukuki yoldur; hukuki yolun 'etkili' olması için, bu hukuki yolun kullanımının özellikle devlet görevlilerinin eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir.

96. Mahkeme, yukarıda başvuruçuyu iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutmayı gerektiren özel şartların bulunduğu konusunda vardığı sonucun, mevcut hukuki yolların Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde etkisiz olduğu anlamına çekilmemesi gerektiğini belirtir (*Akdıvar ve Diğerleri, §77*).

97. İkinci olarak Komisyon gibi Mahkeme de, gözaltında işkence gördüğünü iddia eden bir mağdurun, kendisine destek verecek ve gerekli delilleri toplayacak olan doktora, avukata, ailesine veya arkadaşına ulaşmaktan yoksun bırakılarak, dış dünyadan yalıtılmış olması halinde, bu iddiasını kanıtlamasının ziyadesiyle zor olduğu konusunda yargısal bir not düşmüştür. Ayrıca bu şekilde kötü muameleye uğrayan bir kimsenin şikâyet etme gücü ve isteği zayıflar.

98. Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde üzerinde sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, iç hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin 13. maddesi devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükler. Buna göre, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşme'nin 13. madde bakımından 'etkili hukuk yolu' kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikâyetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, 'derhal ve tarafsız' bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele ve

Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşme'de bulunmadığı açıktır. Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşme'nin 13. maddesindeki 'etkili hukuk yolu' kavramının içinde zımnen yer alır (*Soering*, §88).

99. Gerçekten de Türk hukukuna göre savcılar soruşturma yapmakla görevlidir. Ne var ki, Aksoy, savcıya açık bir şikâyette bulunmuş olsa da olmasa da, savcı başvurucunun işkenceye tabi tutulduğuna dair gözle görülebilir delilleri görmezlikten gelmiş ve herhangi bir soruşturma yapmamıştır. Başvurucunun yaralandığından savcının bilgi sahibi olmasına rağmen, başka herhangi bir işlem yapıldığı konusunda Mahkeme'ye bir delil sunulmamıştır. Mahkeme'ye göre ayrıca, cezai bir fiili soruşturmakla yükümlü olan bir devlet görevlisinin Aksoy olayındaki şartlarda bu tür bir davranışı, var olabilecek diğer hukuk yollarının etkililiğini de zayıflatmak anlamına gelir.

100. Bir soruşturmanın yapılmamış olması durumunu göz önünde tutan Mahkeme, başvurucunun işkence gördüğü iddiaları karşısında etkili bir hukuk yoluna sahip olmadığını tespit etmektedir.”

D. Sözleşmenin 25(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

101. Başvurucu bireysel başvuru hakkına, Sözleşme'nin 25(1). fıkrasına aykırı bir müdahale yapıldığını iddia etmiştir.

102. Aksoy'un 16 Nisan 1994 tarihinde öldürüldüğü hatırlanmalıdır; başvurucunun temsilcisine göre bu olay, başvurucunun Komisyon'a yaptığı başvuruda ısrar etmesinin doğrudan bir sonucudur. Komisyona yaptığı başvuruyu geri alması için ölümle tehdit edildiği, son tehdidin 14 Nisan 1994 tarihinde telefonla yapıldığı iddia edilmiştir (bk. yukarıda parag. 22).

103. Ancak Hükümet, bireysel başvuru hakkına müdahale yapıldığı iddiasını reddetmiştir. Hükümet, Aksoy'un PKK fraksiyonları arasındaki bir iç hesaplaşma sonucu öldürüldüğünü belirtmiş ve bu cinayetle ilgili olarak bir zanlı hakkında dava açıldığını Mahkeme'ye söylemiştir (bk. yukarıda parag. 22).

103. Komisyon, Aksoy'un ölümüne ve bu ölümün Strasbourg'a yaptığı başvuru ile bağlantılı olduğu iddiasına yakın ilgi göstermiştir. Ne var ki Komisyon, bu iddianın doğruluğu veya cinayetten kimin sorumlu olduğu konusunda bir sonuca ulaşmak için hiçbir delil bulamamıştır.

105. Mahkeme, başvurucuların veya potansiyel başvurucuların şikâyetlerini geri almaları veya değiştirmeleri için yetkililerden gelebilecek herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın Komisyon ile serbestçe iletişim kurabilmelerinin, Sözleşme'nin 25. maddesiyle kurulan bireysel başvuru sisteminin etkili bir biçimde işlemesi için çok büyük bir öneme sahip olduğunu yeniden hatırlatır (*Akdıvar ve Diğerleri*, §105).

106. Böyle olduğu halde bu davada Komisyon, Aksoy'un ölümünün yaptığı başvuru ile bağlantılı olduğunu veya Sözleşme'nin 25(1). fıkrasındaki hakkına devlet görevlilerinin tehdit veya baskı biçiminde bir müdahalede bulduklarını göstermek için bir delil bulamamıştır.

Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 25(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varamaz.

E. Sözleşme'nin idari pratik şeklinde ihlal edildiği iddiası

107. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 3 maddesi ile 5(3), 6(1) ve 25(1). fıkralarının, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde, üst düzeyde resmi hoşgörü gösterilerek genel bir uygulama biçiminde ihlal edildiğine Mahkeme'nin karar vermesini istemiştir.

108. Başvurucu, yukarıda zikredilen (bk. yukarıda parag. 46) uluslararası kuruluşların raporlarına atıf yaparak, Türkiye’de poliste yaygın olarak işkence yapıldığını ve bunun uzun yıllardır böyle olduğunu iddia etmiştir. Devlet yetkilileri bu problemin farkında oldukları halde, tavsiye edilen koruyucuları uygulamaktan yana olmamışlardır.

Dahası, işkenceden ve diğer insan haklarının ihlalden mağdur olanlar, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına ve 13. maddesine aykırı olarak, yargısal nitelikteki hukuk yollarına ulaşma hakkından yoksun bırakılmış, şikâyetlerini Strasbourg organları önüne getirmek istediklerinde, Sözleşme’nin 25(1). fıkrasına aykırı olarak, baskıya, tehdide ve şiddete tabi tutulmuşlardır.

Nihayet iç hukuk, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı biçimde zanlıların uzun bir süre tutulmasına imkân verdiğinden, bu maddenin idari pratik şeklinde ihlal edildiğini kanıtlamaktadır.

109. Mahkeme, Komisyon tarafından ortaya konan delillerin, Sözleşme’nin yukarıda geçen maddelerinin idari pratik şeklinde ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığı görüşündedir.

F. Sözleşme’nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, manevi tazminat olarak 4,283,450,000,- TL ile ücretler ve masraflar için 20,710 Sterlin’den adli yardım olarak alınan 12,515 FF düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine,
2. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline,
3. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlaline,
4. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından başvurunun şikâyeti hakkında karar vermenin gerekli olmadığına,
5. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlaline,
6. Oybirliğiyle, Sözleşme’nin 25(1). fıkrası bakımından bir ihlalin bulunduğuunun kanıtlanmadığına,
7. Bire karşı sekiz oyla, ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

28.10.1998 24760/94 ASSENOV ve Diğerleri - BULGARİSTAN

- ◆ *gözetiminde yaralama - kanıtlama sorunu* (kumar oynattığı gerekçesiyle yakalandıktan sonra polislerin elindeyken babası tarafından kendisine sert bir cisimle vurulan Roman kökenli 17 yaşındaki gencin, daha sonra da karakolda polisler tarafından dövüldüğü şikâyeti), *kötü muamele soruşturması* (olayla ilgili tanık ifadelerinin alınmaması, soruşturmanın etkili yapılmaması nedeniyle tazminat alma imkânı bulunmaması), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvuruculardan Komisyon’a başvuru yapmadıklarına dair yeminli ifade alınmış olması)
- işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü - kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Anton Assenov 1978 doğumlu, annesi ikinci başvuru Fidanka Ivanova 1956 doğumlu, babası Stefan Ivanov 1952 doğumlu, Roman etnik kökenli Bulgar vatandaşıdır.

Olayların geçtiği tarihte 14 yaşında olan Bay Assenov, 19 Eylül 1992 günü pazar yerinde kumar oynarken nöbetçi olmayan bir polis tarafından yakalanmış ve polis ekibinin gelmesini beklemek üzere otobüs terminaline götürülmüştür. Buraya gelen anne babası, polislerden Assenov'u serbest bırakmalarını istemişler, babası oğlunun cezasını kendisinin verebileceğini göstermek üzere eline ağaç parçası alıp oğluna vurmuştur. Bir süre sonra olay yerine gelen iki polis, başvurucuların iddiasına göre, Assenov'a coplarıyla vurmuşlardır.

Tartışma çıkması üzerine polisler Assenov'u ve babasını kelepçeleyerek polis arabasına binmeye zorlamışlardır. Polis merkezine götürülen başvurucular, burada iki saat kadar tutulduktan sonra haklarında bir suçlamada bulunulmadan salıverilmişlerdir. Assenov, polis merkezinde bir oyuncak tabanca ve copla dövüldüğünü ve defalarca karnına vurulduğunu söylemiştir.

Olaydan sonraki ilk iş günü olan 21 Eylül 1992'de hekime giden başvurucular, Assenov'un polisler tarafından dövüldüğünü söylemişlerdir. Raporda Assenov'un sağ kolunun üst tarafında 1 x 5 cm boyutlarında bant şeklinde bir cilt altı kanama, göğsünün sağ tarafında 1 x 6 cm boyutlarında bant şeklinde üç tane cilt altı kanama, sol kürek kemiğinin üzerinde 4 cm uzunluğunda başka bir bere, başının arkasında 2 cm çapında bir cilt altı kanama ve göğsün sağ tarafında 5 cm uzunluğunda beş sıyrık bulunduğu tespit edilmiştir. Doktor Assenov'un vücudunda, sert bir cisimle dövüldüğünü gösteren bereler bulunduğunu belirtmiştir. İkinci başvurucuyla ilgili raporda sol kalçada 5 cm uzunluğunda bir bere bulunduğu kaydedilmiştir. Doktor, bu yara berelerin başvurucuların anlattığı şekilde olabileceğini belirtmiştir.

2 Ekim 1992'de Bayan Ivanova, Valiliğe (DDIA) oğlunun otobüs terminalinde ve polis karakolunda dövüldüğüne ilişkin şikâyetinde bulunmuş ve sorumluların yargılanmasını istemiştir. Müfettiş, 15 Ekim 1992'de başvurucuların, üç polisin ve terminal yöneticisinin ifadelerini almıştır. Müfettişin 6 Ekim 1992 tarihli yazısında olayları özetlenmiş ve çocuğun babası tarafından dövüldüğü belirtilmiş, kovuşturmaya yer olmadığı kaydedilmiştir.

Başvurucular, 12 Aralık 1992'de savcılıktan soruşturma açılmasını istemişlerdir. Savcının görevlendirdiği soruşturmacı, emniyet müdürlüğünden olayla ilgili araştırma yapılmasını istemiş, daha önce hazırlanan dosya kendisine gönderilmiş, 20 Mart 1993'te yazılan yazıda dava açılmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. Bu karara karşı başvurucular, 15 Nisan 1993'te Başsavcılığa itiraz etmişlerdir. Başvurucular, tanık olarak sadece aslında şüpheli olan polislerin dinlendiğini ve sağlık raporlarının dikkate alınmadığını söylemişlerdir. Başsavcı, 21 Mayıs 1993'te dosyayı inceledikten sonra ceza davası açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Başsavcı, kararında, başvurucuya vurulmuş ise bile polisin emirlerine uymama nedeniyle vurulduğunu; bu şekilde güç kullanılmasının Milli Polis Kanunu'nun 24. maddesine uygun olduğunu belirtmiştir.

Başvurucuların sürekli şikâyetleri ve Adalet Bakanlığı'nın bağımsız tanıklar dinlenerek olayın yeniden incelenmesi konusundaki baskısı üzerine 29-30 Temmuz 1993'te bir otobüs sürücüsü ve bir terminal görevlisi dinlenmiştir. Bu tanıklar, polislerin çocuğa vurduklarını görmediklerini söylemişlerdir. Bu soruşturma işlemleri sonunda verilmiş olan kararın başvuruculara gönderilmediği anlaşılmaktadır. Bir kez daha başvuruları üzerine başvurucuların avukatlarına gönderilen 28 Haziran 1994 tarihli yazıda, önceki kararları kaldırmak için bir sebep bulunmadığı belirtilmiştir.

Öte yandan birinci başvurucu Assenov, 27 Temmuz 1995'te hırsızlık ve gasp suçlarından gözaltına alınmış ve avukatın bulunduğu bir ortamda ifade vermiştir. Assenov hırsızlık suçlarını kabul etmiş, ancak gasp suç isnatlarını reddetmiştir. Soruşturmacı başvurucunun tutuklanmasına karar vermiş, bu karar bir savcı tarafından onaylanmıştır. Ağustos 1995'te

başvurucu dört gasp mağduru ile yüzleştirilmiş ve mağdurlar kendisini teşhis etmişlerdir. Bu işlemler sırasında avukatı bulunmuştur. Bu olayla ilgili soruşturma sırasında 60 kadar tanık veya mağdur dinlenmiş, fakat Eylül ayından sonra bir soruşturma işlemi yapılmamıştır.

Assenov, Temmuz 1995 ile Temmuz 1997 arasında tutuklu kalmıştır. Başvurucu, 11 ay kadar Shoumen polis merkezinde tutulmuş, savcılığın nakline karar vermesinden üç buçuk ay kadar sonra cezaevine nakledilmiştir. Tutulma koşullarıyla ilgili olarak, başvurucu ile Hükümet arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Başvurucu, tutulduğu hücrenin 1,8 x 3 metre boyutlarında olduğunu, bazen iki veya dört kişi aynı hücrede tutulduklarını, hücrenin hemen hemen yerin altında bulunması nedeniyle havasız olduğunu, hücreden günde sadece iki kez tuvalete çıkarıldığını iddia etmiştir. Hükümet ise, hücrenin 4,6 x 3,5 metre boyutlarında olduğunu ve sadece bir kişiyle birlikte hücreyi paylaştığını söylemiştir. Başvurucu, doktorlar tarafından muayene edilmiş ve kendisinde herhangi bir kalp rahatsızlığı tespit edilmemiştir.

Başvurucu, 11 Eylül 1995'te mahkemeye başvurarak salıverilme talebinde bulunmuştur. Yargıç, 19 Eylül 1995'te bu başvuruyu duruşma yapmaksızın evrak üzerinden reddetmiştir. Yargıç, isnat edilen suçların ağırlığını ve başvurucunun suç işlemekte ısrarlı olduğunu ve salıverilmesi halinde yeniden suç işleyebileceğini belirtmiştir. Başvurucunun salıverilme talebiyle savcıya başvurusu üzerine savcı, soruşturmanın Eylül 1995'te tamamlanmasına rağmen, başvurucunun yeniden suç işlemeye devam edebileceği gerekçesiyle tutukluluğunun devamına karar vermiştir.

Başvurucu, 25 Mart 1996'da başka bir cezaevine nakledilmiştir. Başvurucunun bir sonraki salıverilme talebi, 28 Mart 1996'da savcılıktan dosyayı getiren mahkeme tarafından incelenmiş ve 19 Eylül 1995'te tutukluluğun incelenmiş olduğu belirtilerek, bu yeni başvuru da reddedilmiştir. Başvurucunun 1996 yılında yaptığı bir kaç salıverilme başvurusu, başvurucunun yeni bir iddiada bulunmadığı, yeniden suç işleme tehlikesi bulunduğu ve yakında davanın açılacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu, Temmuz 1997'de otuz ay hapis cezasına mahkûm olmuştur.

Başvurucular, 6 Eylül 1993'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlar ve Assenov'un gördüğü kötü muamele için Sözleşme'nin 3, 6(1) ve 13. maddelerine, Temmuz 1995'ten beri tutukluluğu için 5(1), (3) ve (4). fıkralarına dayanmışlardır. Komisyon, 3. maddenin ihlal edilmediği, 13. maddenin ihlal edildiği; 1995'ten sonraki olaylar için 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği ancak 5(3) ve (4). fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. 19 Eylül 1993 günü ve sonraki olaylar

1. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı

Hükümet, başvurucuların, polisler aleyhine açılacak bir ceza davasına katılma yanında, Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi ve Devletin Zararlardan Sorumluluğu hakkında Kanuna göre tazminat davaları açabileceklerini, ancak başvurucuların bunları yapmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme *Aksoy* kararındaki ilkeleri (parag. 51-52) hatırlattıktan sonra şöyle demiştir:

“86. ... Bulgaristan hukukunda bir şikâyetçinin, devlet görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçlar nedeniyle ceza davası açması mümkün değildir. Başvurucular, savcılığın işlemlerine karşı her düzeyde itirazda bulunmuşlar ve Bay Assenov'a polis tarafından yapılan kötü muamelelerin tam olarak cezai soruşturmasının yapılmasını ve polislerin yargılanmasını istemişlerdir. Ceza hukuku içinde mevcut bü-

tün imkânları kullanan başvuruçunun, şikâyetleriyle ilgili cezai kovuşturma açılmadığından, tazminat davası açarak bir giderim sağlamak için girişimde bulunması gerekmez. Buradan çıkan sonuca göre Hükümetin ilk itirazı reddedilmelidir.”

2. Bireysel başvurunun kötüye kullanıldığı iddiası

Ayrıca Hükümet, başvuruçunun iddialarının kanıtlanmadığını ve Komisyonu yanlış yönlendirme amacı taşıdığını ve böylece başvuru hakkının kötüye kullanılmasını oluşturduğunu iddia etmiştir.

Komisyon şikâyetleri inceledikten sonra verdiği kabuledilebilirlik kararında başvurunun ciddi maddi ve hukuki sorunları ortaya koyduğunu ve esastan incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, mevcut davanın dilekçe hakkının kötüye kullanılarak yapıldığına dair bir sebep görmemektedir. Bu nedenle Hükümetin bu konudaki ilk itirazı reddedilmelidir.

B. Esas

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

“90. Assenov, 19 Eylül 1992'deki olayların Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuruçunun bu maddenin iki sebeple ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuruçunun ilk olarak Mahkeme'nin tıbbi delili ve tanık ifadelerini bizzat incelemesi halinde, kendisinin polisler tarafından ağır bir şekilde dövüldüğünün görüleceğini söylemiştir. İkinci olarak başvuruçunun Mahkeme'den, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muamele yapıldığına inanmak için makul sebepler bulunduğu hızlı ve bağımsız bir soruşturma yapılmamasının, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermesini istemiş, bu görüşü davaya katılanlar da paylaşmışlardır.

91. Hükümet, başvuruçunun sağlık raporunun güvenilir olmadığını, çünkü olaydan iki gün sonra alındığını belirtmiştir. Her halükarda raporda belirtilen yaralar, Assenov'un babası tarafından kalın bir sopayla dövüldüğüne dair tanıkların anlatımlarıyla uyumludur; ayrıca Ivanov'a ilişkin de bir rapor yoktur.

92. Komisyon, önündeki delilleri değerlendirirken, bir bireyin gözaltında kötü muamele sonucu yaralandığını iddia etmesi halinde Hükümetin bu yaraların nasıl oluştuğuna dair tam ve yeterli bir açıklama getirmekle yükümlü olduğu ilkesini (*Ribitsch*, §34; ve *Aksoy*, §61) göz önünde tutmuştur. Komisyon, başka şeylerin yanında, polis memurları ile Ivanov arasındaki tartışmanın otobüs durağında başladığını, Ivanov'un bizzat kendisinin cezalandıracağını göstermek için oğluna bir kontraplak şeridiyle vurduğunu ve her iki başvuruçunun yaklaşık iki saat polis merkezinde tutulduklarını kabul etmiştir. Ne var ki, olaylardan yaklaşık 4 buçuk yıl sonra ve ulusal makamların zamanında ve bağımsız soruşturma yapmamış olmaları nedeniyle, Komisyon olaylara ilişkin hangi anlatımın daha güvenilir olduğunu ortaya çıkaramamıştır. Dolayısıyla Komisyon Sözleşme'nin 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

93. Mahkeme'nin daha önce birçok kez söylemiş olduğu gibi, Sözleşme'nin 3. maddesi demokratik toplumun temel değerlerinden birini içerir. Sözleşme, terörle veya suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasaklamaktadır. Sözleşme'nin ve 1 ve 4. Protokolün birçok maddi hükmünden farklı olarak, Sözleşme'nin 3. maddesi hiçbir istisna hükmü içermemekte ve Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile askıyı alınamamaktadır (*Aksoy*, §62).

94. Mahkeme, bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatır. Asgari ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi

dirmesi görelidir: muamelenin süresi, fiziksel ve/veya zihinsel sonuçları ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün şartlara bağlıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kesinlikle kendi davranışı gerektirmediği halde kendisine karşı fiziksel güç kullanılması, insan onurunu zedeler ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkı ihlal eder (*Tekin, §52 ve 53*). 95. Mahkeme, Assenov'u muayene eden doktor tarafından tespit edilen berelerin derecesi, ister babası isterse polis tarafından meydana getirilmiş olsun, Assenov'un yaralarının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından kötü muamele oluşturacak kadar ağır olduğu kanaatindedir (*A. – Birleşik Krallık, §21; ve Ribitsch, §13, 39*). Şimdi bu yaralardan Sözleşme'nin 3. maddesine göre devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı incelenmelidir.”

(a) Polisler tarafından kötü muamele yapıldığı iddiası

[96-100]: Mahkeme, salıverilmesinden iki gün sonra Assenov'u muayene eden doktorun, Assenov'un vücudunda kendisinin sert bir cisimle dövüldüğünü gösteren bereleri tespit ettiğini kaydetmiştir. Olay günü ile muayene günü arasında olumsuz bir olay meydana geldiği iddia edilmediğine göre, bu berelerin gözaltına alınma olayıyla bağlantılı olarak 19 Eylül 1992 günü meydana geldiği kabul edilmelidir. Babası oğluna vurduğunu kabul etmiş, ancak raporda gösterilen bereleri oluşturacak kadar vurmadığını söylemiştir. Tanıklar, polislerin Assenov'a vurduklarını görmedikleri söylemişlerdir. Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, başvuruçunun yaralarına iddia edildiği gibi polisler tarafından sebebiyet verildiğinin kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle - Md 03: ihlal edilmediğine

(b) Soruşturmanın yetersizliği iddiası

“101. Mahkeme, sağlık raporunu, Assenov'un ifadesini, başvuruçunun iki saat kadar polis merkezinde tutulduğunu ve Ivanov'un oğlunu rapordaki bereleri oluşturacak kadar dövdüğüne ilişkin tanık beyanı bulunmadığını dikkate alarak, bu yaralara polis tarafından sebebiyet verilmiş olabileceği şüphesinin bulunduğunu kabul etmiştir.

102. Mahkeme, bu durumdaki bir kimsenin, polis veya devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ağır bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki 'Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır' şeklindeki devletin genel yükümlülüğüyle birlikte yorumlandığında, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiğini düşünmektedir. Bu soruşturma, Sözleşme'nin 2. maddesinde olduğu gibi, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte bir soruşturma olmalıdır (*2. maddeyle ilgili olarak, McCann ve Diğerleri, §161; Kaya, §86; ve Yaşa, §98*). Eğer böyle bir soruşturma yapılmayacak olursa, işkence ve insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, sahip olduğu büyük öneme rağmen pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili cezasızlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttıkları kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır.”

[103-106]: Mahkeme daha sonra yaptığı incelemede, iç hukukta yapılan soruşturmaları etkili bulmamıştır; çünkü ilk soruşturmacı, başvuruçunun babasının başvuruçuyu sağlık raporunda tanımlanan berelere sebebiyet verecek kadar ağır bir şekilde dövdüğüne dair bir delil bulunmamasına rağmen, başvuruçunun yaralarına babası tarafından sebebiyet verildiğini kabule hazırdır; bu olay aleni bir mekânda, yani bir otobüs durağında meydana geldiği ve polis memurlarına göre on beş kadar Roman kökenli kişi ile otobüs şoförleri tarafından görüldüğü halde, olaydan hemen sonra henüz her şey hafızalarda tazeyken görgü tanıklarının bulup ifadelerini almak suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasına çalışmamıştır.

Mahkeme, ayrıca ilk soruşturmaları da çok yüzeysel bulmuş, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararda, ‘çocuğa vurulmuşsa bile, polis emirlerine itaat etmediği için vurulmuştur’ şeklindeki ifadeyi de hayretle karşılamıştır. Mahkeme bu olayda, Sözleşme’nin 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

2. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[107-113]: Başvurucuya göre yaraları bir suç fiili sonucu meydana geldiğinden, hukuk mahkemesinde açabileceği bir tazminat davası, cezai sorumluluk hakkında karar verilinceye kadar, hukuk mahkemesi tarafından bekletilecektir.

Mahkeme, araba kazasıyla ilgili bir davada, Bulgaristan Yüksek Mahkemesi’nin, hukuk mahkemelerinin cezai soruşturmayı sona erdiren savcılık kararlarıyla bağlı olmadıklarına karar verdiğini kaydetmiştir. Mevcut olayda başvurucu hukuk mahkemesine bir dava açmadığından, başvurunun mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğinin söylenemez. Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.

3. Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet ise polis kötü muamelede bulunduğu iddialarına karşılık iç hukukta etkili hukuk yolları bulunduğunu savunmuştur.

“117. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özü itibarıyla uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolu bulunmasını güvence altına alır. Dolayısıyla bu madde, yetkili ulusal makama Sözleşme’ye ilişkin bir şikâyeti hem esastan inceleme ve hem de uygun bir giderim sağlama imkânı veren bir iç hukuk yolu sağlamayı gerektirir; tabi ki, Sözleşmeciler Devletlerin bu maddedeki yükümlülüklerini nasıl yerine getireceklerine ilişkin bir ölçüde takdir yetkileri vardır. Sözleşme’nin 13. maddesinden doğan yükümlülüğün kapsamı, başvurunun Sözleşme’ye ilişkin şikâyetinin niteliğine göre değişir. Etkili hukuk yolu kavramının, bir kimsenin Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olarak kötü muameleyle uğradığına dair ‘savunulabilir’ bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme’nin 3. maddesinin gerektirdiği tam ve etkili soruşturmanın yapılması yanında, şikâyetçiye, soruşturma sürecine katılma ve gerektiği takdirde kendisine tazminat ödenmesini isteme hakkını içerir (*Aksoy*, §95, 96).

118. Mahkeme mevcut olayda, Bay Assenov’un devlet görevlilerinden kötü muamele gördüğü konusunda savunulabilir bir iddiasının bulunduğu tespitine ve ulusal makamların bu iddia karşısında yaptıkları soruşturmanın tam ve etkili olmadığına dayanarak, 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.”

II. Temmu 1995’teki ve sonraki olaylar

B. Esas

1. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[128-136]: Başvurucunun tutulma koşullarıyla ilgili küçük ve hemen hemen yerin altında bir hücrede, kalabalık ve havasız bir ortamda tutulduğuna ilişkin şikâyetiyle ilgili koşulların, tam olarak ortaya çıkarılmamış olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme’ye göre bu tutma, 3. maddenin aradığı asgari ağırlıkta değildir. Bu gerekçeyle 3. madde ihlal edilmemiştir.

2. Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[137-141]: Başvurucu, kendisine atılı bulunan suçlar hakkındaki soruşturmanın Eylül 1995’te tamamlanmış olmasına rağmen tutukluluğunun devam etmesinin masumiyet

karinesine aykırı bir tür cezaya dönüştüğünü ve Bulgaristan hukukuna göre küçüklerin ancak istisnai hallerde tutuklanabileceğini ileri sürmüştür. Komisyon, Ceza Muhakemesi Kanununda ilk soruşturma süresi için zaman sınırı bulunduğu halde tutukluluk süresi için bir sınır bulunmadığını; soruşturmanın uzaması halinde tutukluluğun devamının onaylanması gerektiğini, başvuru tutukluluğunun 19 Eylül 1995'te mahkeme tarafından ve daha sonra defalarca savcılık tarafından onaylandığını ve bu nedenle başvuru tutukluluğunun iç hukuka aykırı görünmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuka uygun' ve 'hukukun öngördüğü usule uygun olarak' ifadeleri ulusal hukuka gönderme yapmakta ve buradaki maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uygun davranma yükümlülüğüne işaret etmektedir; fakat bu ifadeler ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma halinde, Sözleşme'nin 5. maddesinin kişilerin özgürlükten keyfi bir tarzda yoksun bırakılmalarını engelleme amacına uygun davranmayı gerektirmektedir. Mevcut olayda başvuru tutukluluğunun, Bulgaristan hukuku bakımından hukuka aykırılığına dair bir delil yoktur. Ayrıca başvuru suç işlediğinden makul kuşku üzerine tutuklandığı da açıktır.

3. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

Mahkeme bu konudaki şikâyeti önce "yargıç veya hukuken yargılama yapma yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarma" ve ikinci olarak başvuru "makul sürede salıverilme hakkı" bakımından incelemeyi gerekli görmüştür.

(a) Yargıç veya yargılama yetkisine sahip "diğer bir görevli"

Komisyon ve başvuru göre, Bulgaristan hukukuna göre tutuklama kararı veren soruşturmacılar kurumsal olarak bağımsız olmakla birlikte, pratikte soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili her konuda ve tabii bir şüphelinin tutuklanması gerekip gerekmediği konusunda savcının denetimine tabidirler. Dolayısıyla Assenov'u tutuklayan soruşturmacının, savcıdan güçlü ve objektif olarak bağımsız olmadığı görünümü vardır.

"146. Mahkeme, idarenin kişi özgürlüğüne müdahalelerinin yargısal denetime tabi tutulmasının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının temel bir özelliği olduğunu (*Aksoy*, §76) hatırlatır. Bu 'görevli' bu fıkra bakımından 'yargılama yetkisi'ne sahip olup olmamasından önce, tutulan kişinin keyfi veya haksız yere özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı bir güvence olarak belirli şartları taşımalıdır (*Schiesser*, §31). Dolayısıyla 'görevli,' idareden ve taraflardan bağımsız olmalıdır. Bu noktada, tutuklama kararının verildiği tarihteki objektif görünüm önem taşır: bu tarihte 'görevli'nin daha sonra ceza davasına iddia makamı adına katılabilecek olduğunun bilinmesi halinde, kendisinin bağımsızlık ve tarafsızlığı şüpheye açıktır (*Huber*, §43; ve *Brincat*, §21). Söz konusu 'görevli,' önüne şahsen getirilen kimseyi dinlemeli ve hukuki kriterlere dayanarak tutulmasının haklı olup olmadığını incelemelidir. Eğer tutulması haklı değil ise, 'görevli,' tutulan kimsenin salıverilmesi için bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmalıdır (*Schiesser*, §31; ve *İrlanda – Birleşik Krallık*, §199).

147. Mahkeme, Assenov'un salıverilme talebinin, tutuklanmasının ardından ancak üç ay geçtikten sonra, 19 Eylül 1995'te yargıç tarafından incelendiğini kaydeder. Bu durum, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gerektirdiği 'derhal' (prompt) yapılmış olan bir inceleme değildir (*Brogan ve Diğerleri*, §62); kaldı ki, bu usulün söz konusu fıkradaki şartları yeterince yerine getirdiği de iddia edilmemiştir.

148. Mahkeme, Bay Assenov'un, 28 Temmuz 1995'te bir soruşturmacı önüne çıkarıldığını, soruşturmacının kendisine suç isnat edip kendisini sorguladığını ve tutuklanmasına karar verdiğini hatırlatır. Mahkeme, Bulgaristan hukukunda soruşturmacıların bir şüphelinin tutulmasına veya salıverilmesine ilişkin bağlayıcı kararlar vermediklerini kaydeder. Bir soruşturmacı tarafından verilen bir karar, savcı tarafından kaldırılabilir ve ayrıca savcı

soruşturmacının yaklaşımından memnun kalmazsa olayı soruşturmacının elinden alabilir. Buna göre soruşturmacı, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'yargılama yetkisine sahip bir görevli' anlamında yeterince bağımsız değildir.

149. Bay Assenov, Savcı A. tarafından bizzat dinlenmiş değildir. Bu savcı, soruşturmacının veya tutukluluğun devamına karar veren diğer savcıların kararlarını onaylamıştır. Her halükarda, bu savcılar, daha sonra ceza davasında başvurucuya karşı hareket edebileceklerinden, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından yeterince bağımsız ve tarafsız olamazlar.

150. Mahkeme, başvurucunun yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.”

(b) Makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı

Mahkeme tutuklamayla ilgili genel ilkeleri hatırlattıktan sonra şöyle demiştir:

“**155.** Mahkeme, Assenov'un tutukluluğunun hukuka uygunluğunun bir mahkeme tarafından iki kez denetlendiğini, başvurucunun ağır suçlarla suçlandığı ve eylemlerinin yeniden suç işleme tehlikesi doğuracak şekilde sürekli olduğu belirtilerek, salıverilme talepleri reddedildiğini hatırlatır.

156. Mahkeme, Assenov'un 28 Temmuz 1995'te 16 ayrı hırsızlık ve soygun olayıyla suçlandığını ve soygunların şiddet içerdiğini kaydeder. Başvurucu ilkin Ocak 1995'teki bir dizi hırsızlık olay hakkında yapılan soruşturma ile bağlantılı olarak sorgulandığı halde, kendisinin suçlandığı bazı olaylar daha sonraki tarihlere ait olup, son soygun gözaltına alınmasından üç gün önce, yani 24 Temmuz olayında meydana gelmiştir. Bu durumda Mahkeme, başvurucunun salıverilecek olması halinde yeniden suç işleyeceğinden kaygı duymalarının makul olduğu kanaatinde.

157. Ne var ki Mahkeme, başvurucunun küçük olduğunu ve Bulgaristan hukukuna göre sadece istisnai durumlarda tutuklanabileceğini hatırlatır. Dolayısıyla, yetkililerin başvurucunun makul bir süre içinde yargılamaları konusunda özel bir özen göstermeleri, her zamankinden daha önemlidir. Hükümet, dava açılabilmesi için iki yıl geçtiğini, çünkü olayın uzun bir soruşturma yapılmasını gerektiren çok karmaşık bir olay olduğunu savunmuştur. Ancak Mahkeme'nin elindeki mevcut bilgiye göre, Eylül 1995'ten Eylül 1996'ya kadar bir yıllık süre içinde, soruşturma ile ilgili fiilen hiçbir adım atılmamış; yeni bir delil toplanmamış, Assenov 21 Mart 1996'da sadece bir kez sorgulanmıştır. Dahası, kişi özgürlüğünün önemi ve örneğin her defasında orijinal dava dosyası yerine ilgili belgelerin fotokopisinin ilgililere gönderilmesi imkânı bulunduğu dikkate alındığında, başvurucunun salıverilmek için her başvurusunun soruşturmayı durdurmamalı ve dolayısıyla yargılamayı geciktirmemeliydi (*Toth*, §27).

158. Bu durum karşısında Mahkeme, Assenov'a 'tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı' tanınmadığını ve böylece Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

4. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

“**162.** Mahkeme, gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukukiliği' bakımından esaslı maddi ve usul şartların denetlenmesi için bir mahkemeye başvurma hakkı bulunduğunu hatırlatır (*Brogan ve Diğerleri*, §65). Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki usulün, hukuk veya ceza davaları bakımından mevcut Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki güvenceleri içermesi her zaman gerekli olmamakla birlikte (*Megyeri*, §22), bu usulün yargısal nitelikte olması ve söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın türüne uygun güvenceler bulundurması gerekir. Bir kimsenin tutulması Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi

kapsamına giriyorsa, duruşma gereklidir (*Schiesser*, §30-31; *Sanchez-Reisse*, §51; ve *Kampanis*, §47). Dahası, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası tutuklanan bir kimse makul aralıklarla tutulmasının hukukiliğine karşı başvurabilmelidir (*Bezicheri*, §20-21). Sözleşme'ye göre bir tutulmanın kısa bir süre olması gerektiği kabul edildiğinden, periyodik denetimler de kısa aralıklarla yapılması gerekir (*Bezicheri*, §20-21)).

163. Mahkeme, Shoumen Bölge Mahkemesinin Assenov'un salıverilme başvurusunu, kendisini bizzat dinlemeden, dosya üzerinden (in camera) incelediğini hatırlatır. Mahkeme, konuyla ilgili yasanın daha sonra böyle durumlarda duruşma yapılmasını sağlayacak şekilde değiştirildiğini kaydetmekle birlikte, yapacağı değerlendirme başvurusunun olayı ile sınırlı olmalıdır (*Findlay*, §67).

164. Dahası Mahkeme Bulgaristan hukukuna göre, tutuklu bir kimsenin sadece bir kez tutulmasının hukukiliğine karşı bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğunu kaydeder. Dolayısıyla başvurusunun ikinci başvurusu, bu sebeple Shoumen Bölge Mahkemesi tarafından 19 Eylül 1995'te reddedilmiştir.

165. Sonuç olarak Mahkeme, başvurusunun iki yıllık tutukluluğu boyunca, tutukluluğunun devamının hukukiliği hakkında bir mahkeme tarafından birden fazla karar verilmesini isteme imkânına sahip olmaması ve mahkemenin de duruşma yapmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.”

5. Sözleşme'nin (eski) 25(1). fıkrasının ihlali iddiası

Yetkililer tarafından başvurulardan Komisyon'a başvuru yapmadıklarına dair yeminli ifade alınmış olması nedeniyle Sözleşme'nin (eski) 25(1). fıkrasındaki bireysel başvuruları engellememe taahhüdü ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 6 milyon Leva, ücretler ve masraflar için 22,460 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Bire karşı sekiz oyla, bay Assenov'un poliste kötü muamele gördüğü iddiaları bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, bay Assenov'un poliste kötü muamele gördüğü iddialarına ilişkin resmi bir soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
4. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
6. Bire karşı sekiz oyla, bay Assenov'un Temmuz 1995'ten itibaren tutulma koşulları bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
8. Oybirliğiyle, bay Assenov'un derhal yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
9. Oybirliğiyle, bay Assenov'un makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilmediği için Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
10. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
11. Oybirliğiyle, her üç başvuru bakımından Sözleşme'nin (eski) 25(1). fıkrasının ihlaline;
12. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

28.07.1999 25803/94 SELMOUNI - FRANSA

◆ *gözetiminde yaralama* (uyuşturucu suçundan gözetimine alınan Kuzey Afrika kökenli Belçika vatandaşının gözetiminde çok sayıda darp edilmesi ve üzerine işenmesi, yargılanan polislerin cezalarının ertelenmesi) *ceza davasının uzunluğu* (polisler aleyhine açılan ceza davasının 6 yıl yedi ayardan fazla sürmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Ahmed Selmouni, 1942 doğumlu bir Hollanda ve Fas vatandaşı olup halen Fransa'nın Montmedy Cezaevi'nde hükümlüdür.

Başvurucu Selmouni, uyuşturucu ticaretiyle ilgili yapılan bir soruşturma sırasında 20 Kasım 1991'de yakalanan kişilerin ifadeleri üzerine, 25 Kasım 1991 tarihinde saat 08.30 sularında Paris'te kaldığı otelin civarında polisler tarafından gözetimine alınmıştır. 26 Kasım 1991'de soruşturma yargıcının gözetimi süresini 48 saat uzatması üzerine, başvuru- cu, 28 Kasım 1991 saat 19.00 kadar gözetiminde tutulmuştur. Başvurucu, polisler tarafın- dan uyuşturucu ticareti şüphesiyle sorgulanmıştır.

Başvurucu gözetiminde tutulurken, doktorlar tarafından 6 kez muayene edilmiş ve bu rapor- larda çeşitli yara bere izleri tespit edilmiştir. Soruşturma yargıcı tarafından görevlendirilen uzman Dr. Garnier, 7 Aralık 1991'de başvuru- cuyu cezaevinde ziyaret etmiştir. Başvurucu doktora şunları anlatmıştır: '25 Kasım 1991'de 09.00 civarında caddede durduruldu- m. ... Kaldığım otele götürüldüm. Altı sivil giysili polisten biri, sol şakağıma doğru vurdu. Bobigny polis merkezine götürüldüm. Saat 10.00 civarı bir üst kata çıkarıldıktan sonra burada sekiz kadar polis bana vurmaya başladılar. Dizlerimin üzerine çöktüm. Polislerden biri saçlarımdan tutarak beni ayağa kaldırdı. Başka bir polis, beysbol sopasına benzeyen bir şeyle sürekli başıma vurdu. Bir başkası yumruk ve tekmeyle arkamdan vurdu. Sorgu bir saat kadar devam etti. Gece olunca muayene edilmek istedim. Hastaneye götürüldüm. Burada başımın ve göğsümün filmi çekildi. Ertesi gün saat 21.00 gibi yine bir sorgu sıra- sında bana vuruldu ve sorgu gece 2'ye kadar sürdü. Fleury Cezaevi'ne getirilince bir kez daha muayene edildim.'

Doktor verdiği raporda şunları tespit etmiştir: Başvurucunun sol gözünün altında 2 cm uzunluğunda hemen hemen iyileşmiş bir morluk, sol kaşının devamında 1 cm uzunlu- ğunda çizgisel bir yara izi, sağ göz çukurunda bir morarma, sol kolda altı tanesi büyük olmak üzere çok sayıda sıyrık, sağ kolda 5 cm uzunluğunda iki yara, sağ el üstünde yarım santimlik bir bere, sağ omuz üstünde enseye doğru bir bere, sağ tarafta bir bere, göğsün sol tarafında 5 x 10 cm boyutlarında ağır bir bere, sol tarafta üç bere, göğsün alt tarafın- dan karın bölgesine doğru 3 x 5 cm boyutlarında morartı, karnın sağ tarafında bir bere, sol meme ucundan beş santim altta bir bere, sol tarafta 3 x 5 boyutlarında bir bere, sağ subklavyan bölgesinde bir bere, sağ kalçada bir bere, sol kalçada 5 x 10 cm boyutlarında bir bere, sol uyluğun ön tarafında 1 x 5 cm uzunluğunda bir bere, sağ ayak bileğinin ön tarafında yüzeysel sıyrıklar, sağ ayak arkasında şişlik ve ayak arkasında yüzeysel sıyrık- lar, sağ ayak ön kısmında iyileşmekte olan beş yara, sol elin içinde ilk iki tarak kemiğinde yüzeysel sıyrıklar ve morartılı şişlik. Hasta, Fleury Cezaevi'ne getirildiğinde deri krem- leri sürüldüğünü ve ağır kesici verildiğini söylemiştir. Doktor raporunun sonuç kısmı şöyledir: 'Bay Selmouni, gözetiminde kötü muamele gördüğünü söylemektedir. Gözetim dön- emine denk gelen bir tarihte travma kaynaklı yara bereeler aldığı anlaşılmaktadır. Yaraları iyileşmektedir.'

Soruşturma yargıcı, bu raporu savcılığa göndermiştir. 17 Şubat 1992'de Bobigny sav- cısı, Milli Emniyet Müfettişliği'nden ilgili polislerin ifadelerini almalarını istemiştir.

Başvurucu, 1 Aralık 1992'de Fleury Cezaevi'nde Milli Emniyet Müfettişine daha önceki ifadesini teyit eden daha ayrıntılı bir ifade vermiştir. Başvurucu bu ifadesinde sorguları sırasında kendisine ne zaman, neyle ve nasıl vurulduğunu, saçlarından çekilip sürüklenildiğini, iki yana polislerin dizildiği koridorda koşmaya zorlanırken kendisine çelme atıldığını, kendisini bir odaya götürdüklerini ve burada oturan genç bir kadının önünde diz çöktürüldüğünü, yine koridorda diz çökmüşken bir polisin penisini çıkartıp 'em şunu' dediğini ve penisini ağzına yaklaştırdığını, bunu reddedince üzerine işediğini, tekrar bir odaya götürülüp konuşmadığı takdirde kendisini yakacaklarını söylediklerini, bir şırınga göstererek kendisine iğne yapacaklarını söylediklerini, polislerden birinin 'siz Araplar düzülmekten hoşlanırsınız' diyerek bir polisin küçük siyah bir copu anüsüne soktuğunu anlatmıştır. Başvurucu, gördüğü kötü muamele nedeniyle şikâyetçi olduğunu söylemiştir. Bu tutanak, 2 Aralık 1992'de Bobigny savcılığına gönderilmiştir.

Öte yandan başvuru, Bobigny Ceza Mahkemesi tarafından 15 yıl hapis cezasına ve suç ortaklarıyla birlikte 4 milyon Frank para cezası ödemeye mahkûm edilmiş, Fransız topraklarından daimi surette çıkarılmasına karar verilmiştir. 16 Eylül 1993'te Üst Mahkeme hapis cezasını 13 yıla indirmiş, diğer cezaları onaylamıştır. Temyiz Mahkemesi 27 Haziran 1994'te temyiz reddetmiştir.

Başvurucu 25-29 Kasım 1991 tarihindeki gözaltı döneminde yapılan kötü muameleler nedeniyle 1 Şubat 1993'te Bobigny savcılığına suç şikâyetinde bulunmuş ve soruşturmada katılan olarak yer almak istediğini belirtmiştir. 22 Şubat 1993'te savcı, bir diğer şikâyetçi ile birlikte başvuru konusunu ceza soruşturması açmıştır. 10 Şubat 1994'te teşhis yaptırılmıştır. Başvurucu beş polisi, diğer şikâyetçi de bir başka polisi teşhis etmiştir. 27 Nisan 1994'te Temyiz Mahkemesi, soruşturmayı, adaletin selameti için Bobigny soruşturma yargıcından Versailles soruşturma yargıcına nakletmiştir. Teşhis edilen polisler aleyhine Ocak, Şubat ve Mart 1997'de suçlama yapılmıştır. 21 Ekim 1998'de polisler aleyhine 8 günden az iş göremez hale getirecek şekilde yaralama, topluca ve şiddet ve zorlamayla cinsel saldırı suçlarından dava açılmıştır.

Versailles Ceza Mahkemesi, 25 Mart 1999'da, polisleri haklı bir sebep olmaksızın görevleri sırasında başvurucağı 8 günden az iş göremeyecek şekilde yaralama ve silahla tehdit, diğer mağdur bakımından sekiz günden fazla iş göremeyecek şekilde yaralama suçlarından üçer yıl hapis cezasına çarptırılmış ve hemen tutuklanmalarına karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan başvuru üzerine, 1 Temmuz 1999'da Versailles Üst Mahkemesi, aynı suçlardan polisleri sadece 12 aydan 15 aya kadar hapis cezasına mahkûm etmiş, ancak bu cezaları ertelemiş; 18 aya mahkûm olan bir polisin cezasının sadece 15 ayını ertelemiştir.

Başvurucu, 28 Aralık 1992 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, gözaltında gördüğü kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ve suç şikâyetinin karara bağlanmasının uzun sürmesi nedeniyle 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon, 25 Kasım 1996'da başvuruyu kabuledilebilir bulmuş, 11 Aralık 1997 tarihli raporunda Sözleşme'nin 3. maddesinin ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiği görüşünü bildirmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Hükümetin ilk itirazı

[71-81]: Hükümet, Komisyon önünde olduğu gibi Mahkeme önünde de başvuru Sözleşme'nin 3. maddesi yönünden iç hukuk yolları tüketilmeden yapıldığı itirazında bulunmuştur. Hükümet, başvuru polisin aleyhindeki ceza davasına katılmasının iddia edilen zararlara karşı bir giderim sağlayabilecek olağan bir yol olduğunu söylemiştir.

Mahkeme'ye göre, buradaki mesele, bir soruşturma yapılıp yapılmadığı değildir, çünkü bir soruşturma yapılıp sonuçlandırılmış durumdadır; mesele daha çok, soruşturmanın özenle yapılıp yapılmadığı, ulusal makamların olaydan sorumlu olanları belirlemede ve kovuşturmada kararlı olup olmadıkları, dolayısıyla soruşturmanın 'etkili' olup olamadığı meselesidir. Mahkeme, ulusal makamların elinde olan sağlık belgelerinden de anlaşıldığı gibi, Bay Selmouni'nin en azından savunulabilir bir iddiasının bulunduğunu, hem maddi olaylar ve hem de suçlanan kişilerin statüleri bakımından ağır iddialarda bulunduğunu düşünmüştür.

Mahkeme, ulusal makamların olayın şartları içinde Hükümetin sözünü ettiği hukuk yolunu etkili kılmak için gerekli pozitif tedbirleri almadıklarını kabul etmiştir: (i) Başvurucu gözaltından çıkar çıkmaz 29 Kasım 1991'de başvurucunun aleyhindeki soruşturmaya ilgilenen soruşturma yargıcı, uzman sağlık raporu istemiş ve savcılık tarafından hazırlık soruşturması yapılmıştır; bununla beraber hazırlık soruşturması aşamasında ancak bir yıl sonra başvurucunun kötü muameleyle ilgili ifadesi alınmıştır; (ii) başvurucu, 1 Şubat 1993'te talep edinceye kadar adli soruşturma açılmamıştır; (iii) adli soruşturmanın açılmasından polislerle yüzleştirmeye kadar yaklaşık bir yıl geçmiştir; (iv) polisler teşhis edilmesine rağmen, olaylardan ancak beş yıl sonra polisler suçlanmışlardır; (v) başvurucu gözaltında kendisine kötü muamelede bulunan polisler hakkında şikâyetinde bulunduğu ve davaya müdahil olmak istediğini belirttiği halde, polisler olaydan ancak yedi yıl sonra ceza mahkemesi önüne çıkarılabilmişlerdir. Dolayısıyla, bu hukuk yolu olayda 'etkili' ve 'yeterli' bir hukuk yolu değildir. Ancak bu karar, bu olayın şartlarıyla sınırlı olup, gözaltında kötü muamele iddiaları bakımından suç şikâyetinde bulunma ve ceza davasına katılmanın, kullanılmaması gereken bir yol olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu nedenle iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı reddedilmelidir.

B. Şikâyetin esası

1. Mahkeme'nin olayları değerlendirmesi

Başvurucu, gözaltında çeşitli kötü muamelelere tabi tutulduğundan şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, sürekli yumruklandığını, tekmelendiğini, kendisine sert bir cisimle vurulduğunu, genç bir kadının önünde diz çökmeye zorlandığını, polisler tarafından aşağılandığını, polislerden birinin penisini çıkarıp kendisine 'em şunu' dediğini, üzerine işendiğini, polislerden birinin 'siz Araplar düzülmekten hoşlanırsınız' diyerek küçük siyah bir copla kendisine tecavüz ettiğini söylemiştir. Hükümet, polisler hakkında kesin bir karar bulunmadığını, polislerin masumiyet karinesinden yararlanmaları gerektiğini savunmuştur.

“87. Mahkeme, gözaltına alındığı sırada sağlığı iyi durumda olan bir kişinin salıverildiği zaman yaralanmış olduğu tespit edilecek olursa, bu yaraların nasıl meydana geldiğini aklın kabul edebileceği bir şekilde açıklamanın devlete düştüğü kanaatindedir; devletin bunu yapamaması, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir sorun doğurur (*Tomasi, §108-III; ve Ribitsch, §§34*). Mahkeme ayrıca, Selmouni cezai şikâyetini yaparken ve davaya katılma talebinde bulunurken, iddialarını söz konusu polis memurlarına karşı yöneltmiştir, bu kişilerin suçlulukları Fransız mahkemelerinin ve özellikle sadece ceza mahkemelerinin görev alanına girer. Davanın sonucu ne olursa olsun, polislerin mahkûm olmaları veya beraat etmeleri, davalı devleti Sözleşme bakımından doğan sorumluluğundan kurtarmaz (*Ribitsch kararı*). Dolayısıyla davalı devlet, Selmouni'nin yaralarının nasıl meydana geldiğine dair aklın alabileceği şekilde bir açıklamada bulunmakla yükümlüdür.

88. Mevcut olayda Mahkeme, maddi olayları esas itibarıyla Komisyon'un ortaya koyduğu şekliyle kabul etmesi gerektiği kanaatindedir; Mahkeme inceledi delillerden, Komisyon'un başvurucunun iddialarının makul kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanıtlandığı sonucuna varabileceğine ikna olmuştur; Mahkeme böyle bir kanıtlamaya

yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamaların bir arada bulunmasından varılabileceğini hatırlatmıştır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §161; ve Aydın, §73*). Açık ve tutarlı bilgi içeren birkaç tıbbi raporun varlığı ve bu yaraların nasıl meydana geldiğine dair aklın alabileceği şekilde bir açıklama yapılmamış olması, Komisyon'un vardığı sonucu haklı kılmaktadır. Ancak Mahkeme'nin analizi iki gerekçeyle Komisyon'un analizinde farklılaşmaktadır. İlk olarak Mahkeme, Komisyon'dan farklı olarak, Selmouni'nin tıbbi raporlarla desteklenmeyen iddiaları hakkında da bir karar vermesi gerektiği kanaatinde. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümetin savunma yaparken başvurunun kabuledilebilirliği üzerinde yoğunlaşmak istemekle birlikte, olayların ağırlığı ve bunların Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından nitelendirilme biçimiyle ilgili alternatif iddialarda bulunduğunu kaydeder. Hükümet, Dr. Garnier'in ikinci raporu ve göz uzmanı Dr. Biard tarafından verilen rapor ışığında, iddia edilen yaraların ağırlığını tartışmıştır. Hükümet bu konuda alternatif bir savunma yapmış olmasına rağmen, Selmouni'nin diğer maddi olaylara ilişkin iddialarına hiçbir zaman karşı çıkmamıştır. Mahkeme ikinci bir gerekçe olarak, bu maddi olayların, tecavüz ve görme kesikliğiyle ilgili iddialar hariç tutularak Ceza Mahkemesi tarafından ve sadece cinsel saldırı iddiası hariç tutularak Versailles Üst Mahkemesi tarafından kanıtlanmış olarak kabul edildiğini vurgular.

89. Buna göre Mahkeme, kendisine sunulan şikâyetler konusundaki maddi olayların kanıtlanmış sayılabileceği görüşündedir.

90. Ancak Mahkeme, tecavüz konusundaki iddia sağlık raporuyla kanıtlanabileceği veya çürütülebileceği süreden çok sonra yapıldığı için, Selmouni'nin tecavüz edildiğinin kanıtlanmadığı kanaatinde. Bunun gibi, gözaltında meydana gelen olaylar ile görme kesikliği iddiaları arasında nedensellik ilişkisi tıbbi raporlara dayanılarak kanıtlanamamıştır.”

2. Şikâyet konusu muamelenin ağırlığı

Komisyon, başvuruçunun gördüğü muamelenin işkence düzeyine ulaştığını belirtmiştir. Hükümet ise, söz konusu yaraların 'ağır olmadığı'ni söylemiş, işkence düzeyine varmadığını savunmuştur.

“**95.** Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini hatırlatır. Sözleşme, örgütlü suçlarla mücadele gibi en zor koşullarda bile, işkenceyi veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak ifadelerle yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme ile Birinci ve Dördüncü Protokollerde yer alan maddi hükümlerden farklı olarak, bir istisna getirmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile 15(2). fıkraya göre yükümlülük azaltılmasına (derogation) izin vermemektedir (*İrlanda – Birleşik Krallık, §163; Soering, §88; ve Chahal, §79*).

96. Mahkeme'nin belirli biçimdeki kötü muamelenin işkence olup olmadığına karar verebilmesi için, Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence kavramı ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele kavramları arasında yapılan ayırma dikkat etmesi gerekir. Mahkeme'nin daha önce de işaret ettiği gibi, bu ayırma, sadece çok ağır ve zalimane acılara sebep olan, kasti insanlıkdışı muamelelere 'işkence' damgasını vurmak üzere Sözleşme'de yer verildiği görülmektedir (*İrlanda - Birleşik Krallık, §167*).

97. 26 Haziran 1987'de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin de böyle bir ayırım yaptığı, 1 ve 16. maddelerinden anlaşılmaktadır: (...).

98. Mahkeme, çeşitli tıbbi raporlarda kaydedilen yaralar ve başvuruçunun gözaltında kötü muameleye tabi tutulduğuna dair beyanları, fiziksel ve hiç kuşkusuz (Selmouni'nin şikâyet ettiği olaylardan sonra bir psikolojik rapor alınmamasına rağmen) ruhsal acı ve

ıstırapın varlığını kanıtlamıştır. Olayların akışı, başka amaçların yanında, işlediğinden şüphelenilen suçu ikrar ettirmek amacıyla, başvurucuya kasten acı ve ıstırap verildiğini göstermektedir. Son olarak, dava dosyasına eklenen tıbbi belgeler, şiddet fiillerinin doğrudan polisler tarafından görevleri sırasında işlendiğini göstermektedir.

99. Şikâyet konusu fiiller, başvurucuda korku, şiddetli üzüntü ve bayağılık gibi duygular uyandırarak, kendisinin utanma ve aşağılanmasına ve muhtemelen fiziksel ve moral direncinin kırılmasına neden olacak fiillerdir. Dolayısıyla Mahkeme, böyle bir muameleyi, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele kılacak yeterli unsurlar bulunduğunu tespit etmektedir (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §167; ve *Tomasi*, §115). Her halükarda Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimseye, kesinlikle kendi davranışının gerekli kılmadığı bir fiziksel güç kullanılmasının insan onurunu zedelediğini ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkı ihlal ettiğini vurgular (*Ribitsch*, §38; *Tekin*, §53).

100. Bir başka deyişle şimdi, mevcut olayda Selmouni'ye verilen 'acı ve ıstırapın', Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 1. maddesi anlamında 'ağır' olarak tanılanıp tanımlanamayacağı ortaya koymak gerekir. Mahkeme'ye göre bu ağırlık, Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanması için gerekli 'asgari ağırlık' gibi, işin doğası gereği görelidir; muamelelenin süresi, muamelelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı olaylarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara dayanır.

101. Mahkeme, daha önce de sadece işkence olarak nitelendirilebilecek bir muamele olduğu sonucuna vardığı olayları incelemiştir (*Aksoy*, §64; ve *Aydın*, §83-84 ve 86). Ancak, Sözleşme'nin 'günün koşullarına göre yorumlanması gereken bir belge' olduğunu (*Tyrer*, §31; *Soering*, §102; ve *Loizidou*, §71) göz önünde tutan Mahkeme, geçmişte 'işkence' değil ama 'insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele' olarak nitelendirilmiş bazı fiillerin, gelecekte farklı nitelendirilebileceği kanaatindedir. Mahkeme, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli görülmesi karşısında, demokratik toplumların temel değerlerine aykırılıkların, kaçınılmaz olarak daha sıkı değerlendirilmesini gerekmektedir.

102. Mahkeme, Selmouni'ye çok sayıda darbe vurulduğuna kanaat getirmiştir. Kişinin sağlık durumu ne olursa olsun, bu yoğunlukta darbelerin büyük acılara sebep olacağı kabul edilmelidir. Dahası, bir darbe vücut üzerinde mutlaka iz bırakmaz. Ancak, Selmouni'ye uygulanan şiddetin yarattığı izlerin bütün vücudunu kapladığı, Dr. Garnier'in 7 Aralık 1991 tarihli raporundan anlaşılmaktadır.

103. Mahkeme ayrıca, başvurucunun saçlarından tutulup sürüklendiğini; kendisine çelme takmak üzere polislerden oluşan bir koridorda koşmaya zorlandığını; genç bir bayanın önünde kendisine diz çöktürüldüğünü ve birinin bu bayana 'Bak, şimdi birinin öttüğünü duyacaksın' dediğini; polislerden birinin penisini çıkartıp 'Hadi em şunu' dediğini ve ardından başvurucunun üzerine işediğini ve metal bir tüp ve daha sonra sırınga ile tehdit edildiğini kaydeder. Mahkeme, bu fiillerin vahşiliğinin yanında, kişinin durumu ne olursa olsun, herkes için iğrenç ve utandırıcı olduğunu belirtmek zorundadır.

104. Mahkeme son olarak, yukarıdaki olayların gözaltının bir dönemiyle sınırlı kalmadığını, gerilimin ve heyecanın giderek yükselmiş olmasının bu tür aşırılıklara yol açmış olabileceğini kaydeder. Bay Selmouni'nin günler boyunca süren sorgusu sırasında art arda saldırılara maruz kaldığı açıkça ortaya çıkmıştır.

105. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucuya karşı işlenen fiziksel ve ruhsal şiddetin, bir bütün olarak düşünüldüğünde 'ağır' acı ve ıstırap verdiği ve özellikle ağır ve zalimane olduğuna kanaat getirmiştir. Bu tür bir davranış, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından işkence fiilleri olarak görülmelidir.

106. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[107-118]: Başvurucuya kötü muamelede bulunan polisler hakkında açılan ve kendisinin katılan olmak istediği ceza davasında süre, Mahkeme'ye göre, başvurucunun Milli Emniyet Müfettişine açıkça şikâyette bulunduğu 1 Aralık 1992'de başlamış olup, temyiz aşamasında bulunan davada 6 yıl yedi aydan fazla bir süre geçmiştir. Mahkeme'ye göre dava karmaşık değildir; gecikme davalı devlete yüklenebilir.

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat olarak 500,000 FF, ücretler ve masraflar için 113,364 FF ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. İç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükmetin ilk itirazının reddine;
2. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Davanın uzunluğu nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

01.04.2004 59584/00 RIVAS - FRANSA

◆ *gözetiminde yaralama* (küçük yapılı gencin, gözetiminde, testislerinden hemen ameliyat olmayı gerektirecek şekilde darp edilmesi ve polis aleyhine açılan davada polisin meşru savunma sınırları içinde hareket ettiği gerekçesiyle polis hakkında beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - insanlıkdışı muamele - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - orantısız güç kullanma

DAVANIN ESASI

Başvurucu Giovanni Rivas, 1979 doğumlu bir Fransız vatandaşıdır.

Olay tarihinde 17 yaşında olan başvurucu 1.66 metre uzunluğunda ve 50 kilo ağırlığında olup, bazı ufak hırsızlık suçları nedeniyle polis tarafından tanınmaktadır.

Başvurucu, 14 Ocak 1997'de, hırsızlık suçundan yapılan bir soruşturma nedeniyle gözaltına alınmıştır. Başvurucu, ilk olarak iki polis tarafından sorgulanmış, ancak başvurucu ifade vermeyi reddetmiştir. Bunun üzerine komiser H., başvurucuyu 'ikna etmek' için kendi odasına götürmüştür. Kısa bir süre sonra başvurucu, cinsel organlarına doğru bir darbe almış ve testislerinde acil cerrahi bir tıbbi müdahale gerekmiştir.

Taraflar, başvurucunun bu darbeyi nasıl aldığı konusunda farklı anlatımlarda bulunmuşlardır. Başvurucu, komiserin kendisini odanın içine doğru ittiğini ve geriye dönünce testislerine doğru diz attığını söylemiştir. Komiser H. ise, bürodan kaçmaya çalışan başvurucunun ilk önce kendisini tehdit ettiğini ve bu nedenle meşru savunma halinde başvurucuya vurmaya zorunda kaldığını söylemiştir. Başvurucunun annesi, ergin yaşın altında olan oğlu namına söz konusu polis aleyhine şikâyette bulunmuştur.

Olayla ilgili soruşturma başlatılmış ve birçok tanığın ifadesi alınmıştır. Bazı tanıklar verdikleri ifadelerde, komiser H.'nin kendilerinden ikrar elde etmek amacıyla ifade sırasında kendilerine birçok kez vurduğunu, bir keresinde şüphelileri birbirlerine vurmaya zorladığını söylemişlerdir. Noumea Ceza Mahkemesi, 9 Ekim 1998'de komiseri görevi sırasında bir kimseyi 8 günden az iş göremeyecek şekilde yaralamak suçundan mahkûm etmiş ve

para cezası vermiştir. Bu karar, 2 Mart 1999'da Üst Mahkeme tarafından kaldırılmış ve meşru savunma sınırları içinde hareket ettiği gerekçesiyle komiser hakkında beraat kararı verilmiştir. Başvurucu bu kararı temyiz etmiş, Temyiz Mahkemesi 1 Şubat 2000 tarihinde bu kararı onamıştır.

Başvurucu Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

[36-42]: Mahkeme'ye göre, başvurunun tamamen polislerin kontrolü altında bulunduğu gözaltı sırasında yaralandığı tartışmasızdır. Başvurucu, acilen hastaneye kaldırılmış ve daha sonra verilen tıbbi rapor bu darbenin kuvvetini göstermiştir. Mahkeme, başvurunun olay tarihinde polise göre daha küçük bir beden yapısına sahip olduğunu ve ilk gençlik çağında bulunduğunu kaydetmiştir. Ayrıca başvuru polis tarafından tanınmakta olup, sicilinde şiddet suçu yoktur.

Olayı ele alan soruşturma yargıcı ve ceza mahkemesi, komiser H.'nin meşru savunmayla hareket etmediğini kabul etmişler ve ceza mahkemesi komiser H.'nin hareketini ayrıntılı bir şekilde inceledikten sonra kendisini yaralama suçundan suçlu bulmuştur. Üst Mahkeme, polisin savunmalarını 'akla uygun' bularak mahkûmiyet kararını kaldırmıştır. Ancak söz konusu komiser aleyhine daha önce yapılan şikâyetler hakkında bir işlem yapılmadığı halde kendisi şiddetle hareket eden biri olarak tanınmaktadır; mevcut olayda dinlenen tanıkların ifadeleri ve kendisinin şiddet uyguladığına dair iddiaların tutarlılığı, bu olayın münferit olmadığını göstermektedir. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin, komiserin başvuru 'ikna etmek' üzere odasına 'kapattığı' şeklindeki ifadelerini kaydetmiştir.

Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun kaçmaya teşebbüs etmiş olmasının devleti sorumluluktan kurtarmayacağını kabul etmiştir. Mahkeme, vurulan darbenin mutlaka başvurunun yarattığı tehditten korunma amacı taşıdığına ikna olmamıştır. Her halükarda komiser, başvuru için başka yöntemler kullanabilirdi. Mahkeme'ye göre Fransız Hükümeti başvurucuya karşı kullanılan gücün kullanılması gerekli bir güç olduğunu gösterememiştir. Dolayısıyla şikâyet konusu eylem, başvurucuya fiziksel ve ruhsal acı ve ıstırap verecek nitelikte olup, yaşına bakıldığında kendisini aşağılayan ve muhtemelen başvurunun maddi ve manevi direncini kıran korku ve endişe uyandırmış olmalıdır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, başvurunun tabii tutulduğu muamele, insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir muameledir.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 15,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 10,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

03.06.2004 33097/96 BATI ve Diğerleri - TÜRKİYE

◆ *gözetiminde yaralama* (genç yaştaki 15 başvuruçunun gözetiminde tutuldukları sırada darp edildiklerine dair yara bere izleri tespit edilmesi ve hamile olan bir başvuruçunun çocuğunu düşürmesi), *kötü muamele soruşturması* (dört sanık polis aleyhindeki davanın zamanaşımından düşmesi ve bir polise 2 yıl hapis cezası verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - işkence - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvuruçular 15 Türk vatandaşıdır. Ulaş Batı 1979 doğumlu, Bülent Gedik 1974 doğumlu, Müstak Erhan İl 1971 doğumlu, Özgür Öktem 1976 doğumlu, Sinan Kaya 1978 doğumlu, İsmail Altun 1974 doğumlu, İzzet Tokur 1973 doğumlu, Okan Kablan 1980 doğumlu, Cemal Bozkurt 1973 doğumlu, Devrim Öktem 1975 doğumlu, Sevgi Kaya 1980 doğumlu, Arzu Kemanoglu 1972 doğumlu, Zülcihan Şahin 1977 doğumlu, Ebru Karahancı 1978 doğumlu, ve Zühal Sürücü 1979 doğumludur.

Başvuruçular Şubat ve Mart 1996 tarihlerinde, yasadışı TKEP/L (Türkiye Komünist İşçi Partisi/Leninist) örgütüne karşı polis tarafından yapılan bir operasyon sırasında İstanbul Emniyet Müdürlüğünde sorgulanmak üzere gözetim altına alınmışlardır.

Başvuruçular 11-13 kadar gözetiminde tutulduktan sonra, (eski) Türk Ceza Kanununun Anayasayı tebdil, tağyir ve ilga suçunun düzenleyen 146. maddesinden ve silahlı çeteye üye olma suçunu düzenleyen 168(2). fıkrasındaki suçlardan önüne çıkarıldıkları yargıç tarafından tutuklanmışlardır. Başvuruçular öldürme, öldürmeye teşebbüs, patlayıcı kullanma, yasadışı gösterilere katılma gibi şiddet içeren suçlardan yargılanmışlardır.

Bülent Gedik dışında diğer başvuruçular Kasım 1996 ve Ekim 2001 arasında salıverilmişlerdir. Başvuruçular aleyhindeki dava ulusal mahkemeler önünde devam etmektedir.

Başvuruçular, gözetiminde geçirdikleri 11-13 gün gibi sürelerin sonunda 19 Şubat 1996 günü savcının önüne çıkarıldıkları zaman ve aynı gün hekim tarafından yapılan muayeneleri sırasında gördükleri kötü muamelelerden şikâyetçi olmuşlardır.

Başvuruçular kollardan asma, suya tutulma, sürekli dövülme, falaka, hakaret, günlerce uykusuz bırakma ve fiziksel olarak iz bırakmayan çeşitli şiddet eylemlerine tabi tutulduklarını iddia etmişlerdir. Muayene eden hekimin ve daha sonra cezaevi hekiminin verdiği raporlarda 13 başvuruçunun vücutlarının çeşitli yerlerinde yara bere izleri tespit edilmiştir. Gözetiminde tutulduğu sırada hamile olan Devrim Öktem çocuğunu düşürmüştür.

On başvuruçusu 5 Mart 1996'da, üç başvuruçusu daha başka bir tarihte, gözetiminde tutuldukları sırada görevli bazı polisler hakkında suç şikâyetinde bulunmuşlardır.

Savcı 4 Mart 1997'de polisler Mustafa Taner Paylaşan, Ahmet Bereket, Fatih Berkup, Mehmet A. Çavdar ve Yakup Doğan aleyhine (eski) TCK 243. maddeki işkence suçundan dava açmıştır.

26 Mayıs 1997'de sanık polislerin yokluğunda yapılan ilk duruşmada ceza mahkemesi başvuruçuların şikâyetlerini dinlemiş ve bazı başvuruçuların (eski) CMUK'nın 365. maddesine göre davaya katılma taleplerini kabul etmiştir.

7 Temmuz 1997'de başvuruçular mahkeme salonuna götürülürken güvenlik güçleri arasında kavga çıkmış, bu günkü duruşmada mahkeme dört sanığı dinlemiştir. Aynı gün yapılan duruşmada başvuruçular dört polisi teşhis etmişlerdir. Ceza mahkemesi sanık polislerin tutuklanmalarının gerekli olmadığına karar vermiştir.

Sanıklardan birinin ifadesi talimat yoluyla başka mahkeme tarafından alınmış ve 29 Temmuz 1997’de dosyaya konmuştur.

Ceza mahkemesi 25 Aralık 1997’de başvuruların dışında iki mağdurun daha ifadeleri alınmak üzere adreslerinin tespitine karar vermiştir. 11 Mart 1998’de A. Tunga ifade vermiştir.

7 Ocak 1998’de sanık polis Mustafa Sara hakkında ikrar elde etmek için kötü muamelede bulunmaktan ek iddianameyle dava açılmıştır. Mustafa Sara’nın ifadesi talimatla alınmış ve 14 Nisan 1998’de dosya konmuştur.

Ceza mahkemesi 21 Mayıs 1998 ile 25 Aralık 2002 tarihleri arasında yaptığı 30 duruşmada, ifadeleri alınmak üzere bir tanığın ve bir mağdurun adreslerinin tespiti istemiştir. Başvuruların avukatları defalarca bu iki kişinin dinlenmesinden vazgeçtiklerini bildirmelerine rağmen, ceza mahkemesi 13 Şubat 2002’ye kadar bu talebi kabul etmemiştir.

17 Temmuz 2002 tarihli duruşmada üç sanığın avukatı davadan çekildiklerini bildirmişlerdir. Ayrıca mahkemeye sanık Mehmet A. Çavdar’ın öldüğü bildirilmiştir.

1 Ekim 2002’de başvuruların avukatları ceza mahkemesinden davayı süratlendirmesini istemişler, davanın zamanlaşımına girme tehlikesi bulunduğunu belirtmişlerdir. 20 Kasım 2002’de bir sanık kendisine avukat tayin edilmesi için duruşmanın ertelenmesini istemiş, sanık Mustafa Sara yokluğu için mazaret bildirmiştir. Ceza mahkemesi sanıkların süre talebini kabul etmiştir.

Dosyadan anlaşıldığına göre sanık Mustafa Sara duruşmaya hiç gelmemiştir.

25 Aralık 2002’de savcı esas hakkında mütalaasını vermiştir. Savcı ölen sanık hakkında davanın düşmesini, dört sanık hakkında davanın zamanlaşımından düşmesini, sanık Mustafa Sara için başvuruculardan sadece Bülent Gedik’e işkence yapmaktan cezalandırılmasını ve diğer suçlamalardan beraat etmesini istemiştir.

Ceza mahkemesi 5 Şubat 2003’te sanık polisler Mustafa Taner Paylaşan, Ahmet Bereket, Fatih Berkup ve Yakup Doğan hakkında zamanlaşımı nedeniyle davanın düşmesine, Mehmet A. Çavdar’ın ölümü nedeniyle davanın düşmesine karar vermiş, Mustafa Sara’yı B. Gedik ve D. Öktem’e işkence yapmaktan iki yıl hapis cezası ve altı ay meslekten cezası vermiş, diğer suçlardan beraat ettirmiştir.

Dava halen Yargıtay önünde görülmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yaptıkları başvuruda 13 başvuru gözaltında gördükleri kötü muamele nedeniyle Sözleşme’nin 3. maddesinin, 14 başvuru uzun gözaltı nedeniyle 5(3). fıkrasının, dört başvuru uzun tutukluluk nedeniyle 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. İç hukuk yollarının tüketilmesi

“102. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazda bulunmuştur. Hükümet, Sözleşme’nin 35. maddesindeki şarta aykırı olarak, iç hukuk yollarının tüketilmediğini, başvuruların Sözleşme’nin 3. maddesiyle ilgili taleplerini karşılayabilecek olan hukuk veya ceza davası açabileceklerini savunmuştur.

103. Başvurucular Hükümetin itirazlarına karşı çıkmışlardır.

104. Mahkeme 7 Mart 2002 tarihli kabuledilebilirlik kararında, polisler aleyhindeki dava ulusal mahkemeler önünde devam ettiği için, bu itirazı esas ile birleştirmeye karar vermiştir.

Mahkeme, başvurucuların şikâyetleri hukuk ve ceza davası yolunun etkili olmadığı iddiasıyla ilgili olduğu ölçüde, Hükümetin ilk itirazını başvurucuların şikâyetinin esasıyla yakından bağlantılı bulmuştur (*Salman*, §81-88, ayrıca bk. aşağıda §146).”

B. Başvurucu Kablan’ın Sözleşme’nin 3. maddesi şikâyetiyle ilgili olarak altı aylık süre kuralına uygunluk

“105. Hükümet, Okan Kablan’ın Sözleşme’nin 3. maddesiyle ilgili şikâyetinin, Sözleşme’nin 35(1). fıkrasındaki altı aylık süre kuralına uymadığını iddia etmiştir. Hükümete göre bu başvurucu iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutulması gerektiğini ileri sürdüğünden, altı aylık süre eylem tarihinden başlar.

106. Hükümet ayrıca, bu başvurunun no. 33097/96 başvuru bağlamında başvuru dilekçesinde Sözleşme’nin 3. maddesine dayanarak bir şikâyette bulunmadığını vurgulamıştır.

107. Başvurucu Hükümetin görüşüne karşı çıkmış ve altı aylık süre şartını yerine getirdiğini savunmuştur. Başvurucu diğer dokuz başvurucu ile birlikte 5 Mart 1996 tarihinde başvuruda bulunduğunu ve daha sonra kendilerini gözaltında tutan polisler hakkında açılan ceza davasına müdahil olduğunu belirtmiştir. Başvurucuya göre ilk başvuru dilekçesinde şikâyetin bulunmaması, Mahkeme’ye sunulan olayların karmaşıklığı dolayısıyla basit bir ihmaldir. Sözleşme’nin 3. madde iddiasıyla ilgili ceza davası halen devam etmekte olduğundan, Sözleşme’nin 35(1). fıkrasındaki altı aylık süre henüz dolmamıştır.

108. Mahkeme, kabuledilebilirlik kararında, bu ilk itirazı esas ile birleştirmeye karar vermiştir. Ancak Mahkeme, başvurunun bu aşamasında farklı düşünmektedir.

Mahkeme, bay Kablan’ın 6 ile 19 Şubat 1996 tarihleri arasında gözaltında tutulurken gördüğü muamele nedeniyle şikâyetçi olduğunu kaydeder. Mahkeme, “müdâhil” olma talebinin kural olarak, Sözleşme’nin 35. maddesine uygunluk için tüketilmesi gereken iç hukuk yolları arasında bulunduğunu hatırlatır (bk. 10.07.1991 tarihli Erdagöz - Türkiye Komisyon kabuledilebilirlik kararı, no. 17128/90, DR 71, s. 275). Mevcut olayda iddia edildiği gibi bu başvuru sonuçsuz kalsa bile, bunun yapılması boş bir girişim değildir; çünkü en azından altı aylık sürenin başlangıcını bırakma sonucunu doğurur (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 23.11.1993 tarihli A - Fransa kararı, parag. 30).

109. Mahkeme mevcut olayda, diğer şikâyetleri 5 Mart 1996 tarihli şikâyet ile birleştirdiğini hatırlatır (bk. yukarıda parag. 73 ve 78). Müdahillik ise daha sonra meydana gelmiştir. Mahkeme’ye göre, başvurucu henüz polisler aleyhine kötü muamele davası mahkemeler önünde devam etmekteyken başvurunun 19 Mayıs 2000 tarihinde Sözleşme’nin 3. maddesi yönünden şikâyetini yapmış olması nedeniyle, başvurucu Sözleşme’nin 35. maddesindeki şartı yerine getirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu itirazı reddeder.”

C. Polisin elindeyken kötü muamele yapıldığı iddiası

“110. Mahkeme, başvurucuların gözaltında tutulurken çeşitli biçimlerde kötü muameleyle tabi tutulduklarından şikâyetçi olduklarını, bu muameleler arasında askıya alma (Bülent Gedik, Müştak Erhan İl, Özgür Öktem, Sinan Kaya, İsmail Altun, Okan Kablan, Devrim Öktem, Arzu Kemanoglu, Zülcihan Şahin ve Ebru Karahancı); defalarca dövme (Ulaş Batı, Müştak Erhan İl, Sinan Kaya, İsmail Altun, İzzet Tokur, Okan Kablan, Devrim Öktem, Zülcihan Şahin and Ebru Karahancı); üzerlerine su dökme (Zülcihan Şahin, Sevgi Kaya, Arzu Kemanoglu, Ebru Karahancı, İzzet Tokur and İsmail Altun) ve falaka (Özgür Öktem and Sevgi Kaya) yer aldığı kaydetmiştir. Başvurucular ayrıca, uykusuz bırakıldıklarını, ölüm veya tecavüzle tehdit edildiklerini ve kendilerine hakaret edildiğini iddia etmişlerdir.

111. Başvurucular ayrıca, kötü muamele şikâyetlerinin yetkililer tarafından yürütülme tarzını da eleştirmişlerdir.

112. Hükümet ise, Mahkeme'nin 3. madde ihlali sonucuna varamayacağını, çünkü iddia edilen suçlar hakkında nihai bir karar verilmediğini savunmuştur.

113. Mahkeme, yerleşik içtihatlarına göre, önündeki materyaller ışığında kendi değerlendirmesini yapmakta serbest olduğunu hatırlatmıştır (*Selmouni [BD]*, §86; ve aşağıda §148).

114. Mahkeme, doktorlar tarafından düzenlenen raporların, başvurucuların gözaltında ağır yaralar aldıklarını gösterdiğini kaydetmiştir. Bu yaraların, gözaltına alınmadan önce mevcut bulunduğu iddia edilmemiştir. Dahası, taraflarca ulusal mahkemelere ve daha sonra da Mahkeme'ye sunulan deliller, başvurucuların polisler tarafından çeşitli şiddet eylemlerine tabi tutulduklarına dair iddialarını doğrulamaktadır. Bu durumda Mahkeme, önündeki materyaller ışığında başvurucuların çeşitli kötü muamelelere tabi tutulduklarını, bu muameleler arasında: Bülent Gedik, Müştak Erhan İl, Özgür Öktem, Sinan Kaya, İsmail Altun, Okan Kablan, Devrim Öktem, Arzu Kemanoglu ve Ebru Karahancı'nın askıya alındığını; İsmail Altun, İzzet Tokur, Devrim Öktem, Sevgi Kaya, Arzu Kemanoglu, Zülcihan Şahin ve Ebru Karahancı'nın üzerlerine su döküldüğünü; Ulaş Batı, Müştak Erhan İl, Sinan Kaya, İsmail Altun, İzzet Tokur, Okan Kablan, Devrim Öktem, Zülcihan Şahin ve Ebru Karahancı'nın defalarca dövüldüklerini; Özgür Öktem ve Sevgi Kaya'nın falakaya çekildiklerini kabul etmektedir. Aynı şekilde Mahkeme, başvurucuların istikrarlı beyanları ve önündeki materyallerin ışığında, başvuruculara hakaret edildiğini, günlerce uykusuz bırakıldıklarını, tıbbi raporlarda görülmeyen ama ruhsal bütünlüklerine zarar veren fiziksel iz bırakmayacak şekilde kendilerine vurulduğuna kanaat getirmiştir.

115. Yukarıdaki paragraflarda yapılan tespitleri göz önünde tutan Mahkeme, özellikle diğer fiziksel veya psikolojik istismar muamelelerinin kanıtlanmasındaki güçlük nedeniyle, bu tür muamele iddialarının doğru olup olmadığını değerlendirmeyi gerekli görmemiştir.

116. Kanıtlanmış eylemlerin ağırlığına gelince: Mahkeme, bu alandaki içtihatlarına göre (*Selmouni [BD]*, §96-7), belirli bir biçimdeki bir kötü muamelenin işkence olarak nitelenip nitelenmeyeceğini belirlemek için, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan bu kavram ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında yapılan ayrıma ve bu ayırım vasıtasıyla çok ağır ve zalimane ıstırap veren kasti insanlıkdışı muameleye özel bir damga vurulduğunu hatırlatır.

117. Bu bağlamda Mahkeme, ilk önce, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin Bülent Gedik ve Devrim Öktem'in tabi tutuldukları muameleyi, söz konusu fiillerin ağırlığını ve bu muamelenin kendilerine devlet görevlileri tarafından görevleri sırasında ikrar elde etmek veya işledikleri iddia edilen suçlar hakkında bilgi elde etmek amacıyla kasten yapıldığını göz önünde tutarak işkence olarak nitelendirmiş olduğunu kaydeder. Mahkeme, Bülent Gedik ve Devrim Öktem ile ilgili olarak yapılan bu tespitlere katılmamak için bir sebep görmemektedir.

118. Diğer başvurucular bakımından Mahkeme, fiziksel acı ve ıstırapın mevcudiyetinin, hem sağlık raporlarında kaydedilen çeşitli lezyonlarla ve hem de başvurucuların gözaltında kötü muamele gördüklerine dair beyanlarıyla kanıtlanmış olduğunu tespit eder. Bu olayların sonuçları ayrıca, özellikle işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili olarak kendilerinden ikrar almak amacıyla, başvuruculara kasten acı veya ıstırap çektirildiğini göstermektedir.

119. Şikâyet konusu fiiller, başvurucularda korku, üzüntü ve bayağılık duyguları uyandırmaya yetecek kadar utandırıcı ve küçültücü ve muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerini kırıcı niteliktedir. Her halükarda Mahkeme, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimse-

ye, kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği bir fiziksel şiddet uygulanmasının, insan onurunu zedelediği ve kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen hakkı ihlal ettiğini hatırlatır (*Selmouni [BD]*, §99).

120. Nihayet, başvuruculara verilen 'acı veya ıstırabın', 'ağır' olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı meselesini karara bağlamak gerekir. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanması için gerekli olan 'aşgari ağırlık' deyimini gibi 'ağır' kelimesinin de, işin doğası gereği göreceli olduğunu düşünmektedir; muamelenin süresi, muamelenin fiziksel veya ruhsal sonuçları ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın bütün şartlarına dayanır.

121. Daha önce Mahkeme'nin önüne, ancak işkence olarak nitelendirilebilecek muamelelerin bulunduğu davalar gelmiştir (*Aksoy*, §64; *Aydın*, §83-84 ve 86; *Selmouni [BD]*, §105; ve *Dikme*, §94-6).

122. Mevcut davada başvurucuların, kendilerine daha ne yapılacağı konusundaki belirsizlik ve gözetim altında tutuldukları dönem boyunca tabii tutuldukları şiddetin düzeyi nedeniyle, sürekli olarak fiziksel acı ve endişe içinde tutuldukları tartışmasızdır. Bu durum özellikle daha genç ve daha korunmasız durumda bulunan başvurucular bakımından geçerlidir (Bay Batı ve Bayan Sürücü söz konusu dönemde 17, Sinan Kaya ve Bayan Karahancı 18 ve Bay Kablan ve Sevgi Kaya 16 yaşındadırlar; Bayan Öktem ise hamiledir). Mahkeme, bu muamelenin başvuruculara karşı işlediklerinden şüphelenilen suçlar hakkında devlet görevlileri tarafından görevleri sırasında ikrar veya bilgi almak amacıyla kasten yapıldığını kabul etmektedir.

123. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucuların tabii tutuldukları şiddet fiillerinin amacını ve süresini bir bütün olarak ele aldığı anda, bunların 'ağır' acı ve ıstıraba sebep olacak kadar özel bir ağırlıkta ve zalimlikte olduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle bunlar, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence oluşturur.

124. Sonuç olarak bu yönden, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın yetersizliği şikâyeti 13. madde altında incelenmelidir.”

D. Soruşturmanın yeterliliği

125. Başvurucular yetkili makamların kötü muamele şikâyetleri konusunda etkili bir soruşturma yapmadıklarını iddia etmişlerdir. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır.

126. Mahkeme, başvurucuları şikâyetlerinin esasının, Mahkeme'nin davalı devleti sorumlu bulduğu kötü muameleler (bk. yukarıda parag. 123) hakkında tam bir soruşturma yapmadıklarına ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca, usul yönünden Sözleşme'nin 3. maddesine ayrılık tespit etmenin uygun veya gerekli olup olmadığının olayın içinde bulunduğu koşullara dayandığını söylediği *İlhal – Türkiye* kararına (§92-93) atıfta bulunmuştur.

127. Yukarıda söylenenler ışığında Mahkeme, bu şikâyetleri Sözleşme'nin 13. maddesi altında incelemenin uygun olduğu kanaatindedir. Çünkü davanın maddi ve hukuki nitelendirilmesinin patronu olan Mahkeme, bir başvurucunun veya bir Hükümetin nitelendirmesiyle bağlı olmadığı kanaatindedir (*Guerra ve Diğerleri*, §44-45; *Sözleşme'nin 13. maddesiyle ilgili olarak Aksoy* §98; ve *Assenov ve Diğerleri*, §107; *Mahkeme'nin re'sen 13. maddeyi incelediği bir davaya örnek olarak Büyükdağ*, §60).

II. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

Başvuruculardan on üç tanesi, kötü muamele şikâyetleri hakkında yetkililerin etkili bir yanıt vermediklerini iddia etmişlerdir.

A. Genel İlkeler

133. Bir bireyin devlet görevlileri elindeyken işkence gördüğüne dair savunulabilir bir iddiası varsa, ‘etkili hukuk yolu’ kavramı, iç hukukta mevcut diğer hukuk yolları saklı kalmak kaydıyla ve gerektiği takdirde kendisine tazminat ödenmesinin yanında, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını içerir. Bu amacı gerçekleştirecek soruşturmanın türü koşullara göre değişebilir. Ancak soruşturma yöntemi ne olursa olsun, resmi bir şikâyet yapılır yapılmaz yetkililer harekete geçmelidirler. Dar anlamda bir şikâyette bulunulmamış olsa bile, işkence veya kötü muamele yapıldığına dair yeterince açık belirtilerin mevcut olması durumunda, soruşturma başlatılmalıdır (*Özbey kararı; ayrıca bk. İstanbul Protokolü, yukarıda §100*). Yetkililer, işkence mağdurlarının korunmasız durumda olduklarını ve ciddi kötü muameleyle tabi tutulmuş kişilerin genellikle bir şikâyette bulunmaya pek istekli ve hazır olmayacaklarını dikkate almalıdırlar (*Aksoy, §97-8*).

134. Bir soruşturma, hukuken olduğu gibi pratikte de ‘etkili’ olmalı ve davalı devletin yetkili makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız bir şekilde engellenmemelidir (*Aksoy, §95; Aydın, §103*). Soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte olmalıdır (*Aksoy, §98*). Aksi takdirde, işkence ve insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve cezanın hukuken genel biçimde yasaklanmış olması büyük bir öneme sahip olmasına rağmen, bu yasak pratikte etkisiz kalacak ve bazı hallerde devlet görevlilerinin fiili cezasızlıktan yararlanarak, kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını istismar etmelerini mümkün kılacaktır (*Labita [BD], §131*). Tabii ki bu yükümlülük mutlak değil, sınırlı bir yükümlülüktür. Mahkeme, bir mağdurun kendisine destek verebilecek ve gerekli delilleri toplayabilecek hekime, avukata, ailesine veya arkadaşlarına ulaşma imkânı verilmeksizin dış dünyadan izole bir şekilde gözaltında tutulması halinde, gözaltında işkence gördüğüne dair iddialarını kanıtlamasının aşırı derecede güç olacağını kaydeder (*Aksoy, §97*). Yetkililer, olayla ilgili delilleri korumak için alabilecekleri her türlü makul tedbiri almalıdırlar; bu tedbirler arasında, başka şeylerin yanında, iddiada bulunan mağdurun iddialarıyla ilgili ayrıntılı ifadesinin alınması, görgü tanıklarının beyanlarının alınması, adli tıp delillerinin toplanması, ayrıca uygun olduğu takdirde yaraların tam ve doğru bir şekilde kaydedilmesini sağlamak amacıyla ilave tıbbi belgelerin alınması ve tıbbi bulguların özellikle de yaraların sebebine ilişkin objektif bir analizinin yaptırılması yer almaktadır. Soruşturmada, yaranın sebebini veya sorumlu kişiyi ortaya çıkarma yeteneğini sakatlayan bir kusur, bu standartla çelişme riski yaratacaktır.

135. Devlet görevlileri tarafından yapılan bir işkence veya kötü muamele soruşturmasının etkili sayılabilmesi için, araştırma yapmakla ve soruşturmayı yürütmekle görevli kişilerin olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları gerekir (*Güleç, §81-2; ve Oğur, §91-2*). Bu demektir ki, soruşturmacı ile soruşturulan kişi arasında sadece hiyerarşik ve kurumsal bir bağ bulunmaması yetmez; ama aynı zamanda soruşturmacıların pratikte de bağımsız olmaları gerekir (*Ergi, §83-4; ve Hugh Jordan, §120*).

136. Makul bir özen ve hızlilik şartının bu bağlamda zımnen yer aldığından kuşku yoktur. Kötü muamele iddialarını soruşturan yetkililer tarafından bu iddialara hızla bir cevap verilmesi, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunun sürdürülmesinde ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği görüntüsü verilmemesinde genellikle esaslı bir unsur olarak görülmelidir (*Indelicato, §37; Özgür Kılıç [k.k.]*). Bir soruşturmada belirli bir durumda ilerleme sağlanmasını önleyen engeller veya güçlükler bulunabilir; ancak halkın, hukukun üstünlüğüne bağlılık duygusunu sürdürmek ve hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü veya işbirliği görüntüsü verilmemesi için yetkililerin derhal bir soruşturma başlatmaları çok önemli bir unsur olarak kabul edilmelidir (*Paul ve Audrey Edwards, §72*).

137. Aynı gerekçelerle, hesap vermeyi teoride olduğu gibi pratikte de sağlamak için, soruşturma ve soruşturmanın sonuçları kamu tarafından yeterince denetlenebilmelidir. Kamu denetiminin derecesi, olaydan olaya değişebilir. Ancak her olayda, şikâyetçiye soruşturma sürecine etkili bir şekilde katılma imkânı sağlanmalıdır (*Aksoy, §98; Büyükdag, §67*).”

B. Yukarıdaki ilkelerin mevcut olaya uygulanması:

“138. Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, başvuruculara yapılan işkenceden davalı devletin Sözleşme’nin 3. maddesine göre sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre başvurucuların şikâyetleri Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından ‘savunulabilir’ niteliktedir. Dolayısıyla yetkili makamlar yukarıdaki şartları taşıyan etkili bir soruşturma açma ve yürütme yükümlülüğü altındadırlar.

139. Mahkeme, başvurucuların şikâyetinin soruşturulduğunu ve halen Yargıtay önünde bulunan ceza davasının açıldığını kaydeder. O halde Mahkeme’nin görevi, soruşturmanın ve devam eden ceza davasının özenle ve ‘etkili bir şekilde’ yürütülüp yürütülmediğini belirlemektir.

140. Başvurucular, soruşturmanın çeşitli yönlerden kusurlu olduğunu iddia etmişlerdir.”

1. Soruşturmada bulunduğu iddia edilen kusurlar:

“141. Başvurucular soruşturmanın etkili sayılamayacağını, çünkü polislerden Mustafa Sara’nın, işkence mağdurları tarafından teşhis edilemediği gerekçesiyle diğer suçlamlardan kendisini beraat ettiren Ağır Ceza Mahkemesi önüne aslında hiçbir zaman çıkmadığını ileri sürmüşlerdir.

142. Mahkeme, suçlanan polislerden Mustafa Sara ve Ahmet Bereket’in ifadelerinin talimatla alındığını ve her iki sanığın da İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmadıklarını kaydetmiştir. Mustafa Sara’nın, bu bağlamda, Zülcihan Şahin, Sevgi Kaya, Okan Kablan, Arzu Kemanoglu, Müştak Erhan İl, Ulaş Batı, İzzet Tokur ve Sinan Kaya’ya işkence yapma suçlarından, aslında yargılama sırasında mağdurlarla karşılaşmasına imkân verilmediği halde teşhis edilemediği gerekçesiyle beraat ettirilmesi anlaşılabilir bir durumdur.

143. Mahkeme ayrıca, Bülent Gedik, Müştak Erhan İl ve Arzu Kemanoglu’nu muayene eden doktorların bu kişilerin üzerlerinde bulunan izlerin sebebinin ortaya çıkarılması için ileri tetkik yapılmasını istemiş olmalarına rağmen, bu tetkiklerin yapılmamasını üzüntü verici bulmuş, savcının veya İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nin bu sorunu gidermek için bir girişimde bulunmadıklarını belirtmiştir. Aynı şekilde Mahkeme, mevcut olayda ileri tıbbi tetkiklerin yapılmamasının bir sonucu olarak, Bülent Gedik, Müştak Erhan İl ve Arzu Kemanoglu’nun, tutulan bir kimsenin temel güvencelerinden yoksun bırakıldıklarını kaydetmiştir. Bu durum, sadece bir soruşturma ihmali oluşturmamakta, fakat aynı zamanda ‘insanlıkdışı ve aşılayıcı muamele’ oluşturmaktadır (*Algür, §44*).

144. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, bu iki kusurun soruşturmanın etkililiğini zayıflattığı sonucuna varmıştır.”

2. Soruşturmada sürat ve makul bir özen bulunmadığı ve sanıkların cezasız bırakıldığı iddiası

“145. Mahkeme, soruşturma ve yargılamanın çok yavaş sürdüğünü ve olayların üzerinden 8 yıl geçmesine rağmen sanık polisler aleyhindeki ceza davasının hala Yargıtay önünde bulunduğunu kaydetmiştir. Savcı, 4 Mart 1997’de, yani şikâyetten 1 yıl sonra, başvurucuların gözaltında bulunduğu sırada görevde bulunan beş polis aleyhine ceza davası açmıştır. İki yıl sonra altıncı polis aleyhine işkenceden dava açmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi,

başlıca tanıkları ve sanıkları 21 Mayıs 1998 tarihine kadar dinlemiştir. Ancak 21 Mayıs 1998 ile 25 Aralık 2002 tarihleri arasında yaptığı otuz duruşmada iki tanığın duruşmaya getirilmesini istemiş, ancak bunu sağlayamamıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, 13 Şubat 2002’de, yani 21 Mayıs 1998’den üç yıl dokuz ay sonra bu tanıkları dinlemekten vazgeçmiştir. Aslında bu tarihte asıl deliller mahkemenin elindedir. Daha sonra, özellikle sanıkların avukatlarının çekilmesiyle, duruşmalar bir kez daha ertelenmiştir. 5 Şubat 2003’te, yani şikâyetten yaklaşık altı yıl on bir ay sonra, ilk derece mahkemesi, sanıklar Mustafa Taner Paylaşan, Ahmet Bereket, Fatih Berkup ve Yakup Doğan hakkında zamanaşımı nedeniyle, Mehmet A. Çavdar hakkında ölümü nedeniyle davanın düşmesine karar vermiştir. Bu mahkeme, Mustafa Sara’ya, Bülent Gedik ve Devrim Öktem’e işkence yapmaktan iki yıl hapis ve altı ay süreyle meslekten men cezası vermiş, bu kişileri diğer suçlardan beraat ettirmiştir. Ancak bu olayda tek mahkûm olan Mustafa Sara, kendisi aleyhindeki mahkûmiyet kararı beş yıllık zamanaşımı süresi içinde kesinleşmediği için zamanaşımı itirazında bulunabilecektir.

146. Mahkeme, zamanaşımı süresi içinde ulusal mahkemelerin işkence veya kötü muamele ile suçlanan devlet görevlilerinin yargılanmasını hızla yapmamalarını üzüntü verici bulmuştur.

147. Başlıca failler aleyhinde tartışılmaz deliller bulunduğu halde, faillerin şiddet eylemleri fiilen cezasız kaldığından, Türk makamlarının yeterince süratli veya makul bir özenle hareket ettikleri söylenemez.”

3. Sonuç

“**148.** Sonuç olarak soruşturmadaki bu kusurlar ile birlikte sürat ve özen gösterilmemesi, şüphelilerin, şiddet eylemlerinden cezasız kalmalarına yol açmış ve bu da cezai soruşturmayı etkisiz kılmıştır. Ayrıca bu demektir ki, mevcut olayda başvuruçular iddia ettikleri ihlaller için tazminat alamayacaklardır. Bu gerekçeyle 13. madde ihlal edilmiştir. Yukarıda anlatılanların ışığında, başvuruçular ayrıca bu alanda iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünü de yerine getirmiş sayılmalıdırlar.”

III. Kişi özgürlüğünün ihlali iddiası

A. Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı

Başvuruçular 11 gün ile 13 arasında gözaltında tutulmuşlardır. Bu konuda şikâyetle bulunmamış olan bir başvuruçuda dışında diğer on dört başvuruçuda bakımından uzun gözaltı bulunmaktadır. Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı ihlal edilmiştir.

B. Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

Dört başvuruçuda 1 yıl sekiz ay 15 gün ile 4 yıl 17 gün arasında değişen sürelerle tutuklu kalmışlardır. Tutukluluğun devamına karar veren Devlet Güvenlik Mahkemesi basmakalıp ifadeler kullanmıştır; iki keresinde hiç gerekçe göstermemiştir. Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi ve manevi tazminat olarak Ulaş Batı’ya, Bülent Gedik’e, Müştak Erhan İl’e, Sinan Kaya’ya, İzzet Tokur’a, Okan Kablan’a 20,000’er Euro, Özgür Öktem’e 22,000 Euro, İsmail Altun’a 18,000 Euro, Devrim Öktem’e 50,000 Euro, Sevgi Kaya’ya 23,000 Euro, Zülcihan Şahin’e 24,000 Euro, Ebru Karahancı’ya 24,000 Euro, manevi tazminat olarak Zühal Sürücü’ye ve Cemal Bozkurt’a 2,000’er Euro ile ücretler ve masraflar için adli yardım olarak 1,420 Euro’nun düşüleceği toplam 20,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Başvurucular Ulaş Batı, Bülent Gedik, Müştak Erhan İl, Özgür Öktem, Sinan Kaya, İsmail Altun, İzzet Tokur, Okan Kablan, Devrim Öktem, Sevgi Kaya, Arzu Kemanoglu, Zülcihan Şahin ve Ebru Karahancı'nın tabi tutuldukları muameleler nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Başvurucular Ulaş Batı, Bülent Gedik, Müştak Erhan İl, Özgür Öktem, Sinan Kaya, İsmail Altun, İzzet Tokur, Okan Kablan, Devrim Öktem, Milles Sevgi Kaya, Arzu Kemanoglu, Zülcihan Şahin ve Ebru Karahancı ile ilgili olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
4. Başvuruculardan Okan Kablan hariç, diğer başvurucuların uzun gözaltında tutulmaları nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
5. Başvuruculardan Devrim Öktem, Özgür Öktem, Okan Kablan ve Müştak Erhan İl ile ilgili olarak makul sürede salıverilme hakkı bakımından Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

12.10.2006 52067/99 OKKALI - TÜRKİYE

◆ *gözaltında yaralama - cezasızlık* (12 yaşında bir çocuk olan başvurucuya polis merkezinde işkence yapan polisler aleyhinde yapılan yargılama sonunda asgari ceza verilmesi, tevilli ikrar bulunduğu kabul edilerek cezanın indirilmesi ve daha sonra tecil edilmesi, disiplin soruşturması açılmaması ve meslekten yasaklama cezası verilmemesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - işkence

DAVANIN ESASI

Başvurucu Halil İbrahim Okkalı, 1983 doğumlu bir Türk vatandaşı olup İzmir'de yaşamaktadır.

Halil'in gözaltında tutulması, sorgulanması ve hastaneye yatırılması: Olayların geçtiği tarihte 12 yaşında olan başvurucu, bir tamircide çırak olarak çalışmaktadır. 27 Kasım 1995'te ustası İ.G., Halil'den 275 ABD doları tutarındaki Türk parasını bankaya götürmesini istemiştir. Halil işyerine döndüğünde birileri tarafından soyulduğunu söylemiştir. Halil'in ustası 17.30'da Halil'i alıp polis merkezine götürmüş ve Halil'den şikâyetçi olmuştur. Polis merkezinde Halil'i Komiser İ.D. ve polis memuru M.Y. sorgulamışlardır. Aynı gün 18.30 sularında polis Halil'in babasını arayarak olayı anlatmış, babası hemen polis merkezine gelmiştir. Saat 19.00'da çocuğun babası ile ustası, parasının ödenmesi karşılığında anlaşmaya varmışlar ve İ.G. şikâyetini geri almıştır. Halil'in babası şöyle bir tutanak imzalamıştır: '... İ.G.'ye parasını ödedim ve o da şikâyetini geri aldı. Şimdi oğlumun polis merkezinden alıyorum. Oğlumla ilgili bir talebim ve şikâyetim yoktur. Kendisinin sağlık muayenesinden geçirilmesini istemiyorum; polis merkezinde kendisine iyi davranılmış, işkence veya kötü muamele yapılmamıştır... oğlum bana iyi bir durumda ve sağlığı iyi olarak teslim edilmiştir ...'.

Ne var ki, polis merkezinden ayrıldıktan sonra babası Halil'in sendelediğini, yalpaladığını ve iki kere kustuğunu görmüştür. Eve geldiklerinde Halil soyunmuş ve anne babası ile komşuları Halil'in vücudunda yaralar ve bereler görmüşlerdir. Bunun üzerine Halil, babasına kendisini sorgulayanlar tarafından dövüldüğünü söylemiştir. Babası Halil'i Tepecik Hastanesi'ne götürmüştür. Burada Halil'i muayene eden doktor tarafından verilen geçici

raporda şöyle denilmiştir: ‘Hastanın bilinci açıktır... Sağ kolunda ve bacaklarında 10x10 santim boyutlarında bereler ve her iki kalçasında 30x17 santim boyutlarında geniş bereler bulunmaktadır ...’. Halil pediatri servisine yatırılmıştır.

Halil’in sorgulanması konusunda hazırlık soruşturması: Halil’in babası, ertesi gün 28 Kasım 1995’te polis merkezine gitmiş ve oğlunu sorgulayanların adlarını öğrendikten sonra aynı gün İzmir Savcılığına Komiser İ.D. ve yardımcısını şikâyet etmiş ve savcılıktan Halil’in adli tıpta muayene edilmesini istemiştir. Savcı, 29 Kasım 1995’te hastaneden taburcu olan başvurunun 30 Kasım 1995’te ifadesini almıştır. Halil ifadesinde, iki polisin polis merkezinin tuvaletinde kendisini dövdüğünü, birinin gözlüklü ve diğerinin yeşil gözlü olduğunu, kendisini dövenleri göreceksin olsa tanyabileceğini söylemiştir. Halil, elleri yaralı olduğu için ifadesini parmak basarak imzalamıştır.

Halil, aynı gün savcının isteği üzerine Adli Tıp Şubesinden bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Bu raporda Halil’in önkolunun alçı içinde hareketsiz olduğu, sol kolunun üstünde ortası hafif mor renkte dışa doğru soluk yeşil renkte bere, sol dirsekte soluk yeşil renkte bere, her iki kalçada ortası mor dış tarafları soluk yeşil renkte geniş bereler, sol uyluğun arka kısmında soluk yeşil bere olduğu tespit edilmiş, hastanın Tepecik Hastanesi pediatri servisine yatırıldığı, kırık dirseği için acil tedavi gördüğü belirtilmiş, hastane teşhis ve tedavi raporları ile röntgen filmleri ve radyolog raporları alındıktan sonra kesin raporun hazırlanacağı ifade edilmiştir.

1 Aralık 1995’te başvuru, Adli Tıp Şubesinde bir doktor tarafından yeniden muayene edilmiş ve raporda şöyle denilmiştir: ‘sol kalça üzerinde 20x12 santim boyutlarında ve sağ kalçada 35x25 santim boyutlarında, sol uyluk arka alt tarafında 12x6 santim boyutlarında, sol kolda 8x7 santim boyutlarında sararmış bereler, sol önkolda bandajlanmış kas dokusu travması görülmüş olup, hayati tehlike arz etmeyen bu yaralar nedeniyle hastanın 10 gün iş göremez olduğu ...’.

Savcı 6 Aralık 1995’te Komiser İ.D.’nin suçlamalarla ilgili ifadesini almış ve İ.D. ifadesinde başvuruca dövmeyi, ustasının başvuruca getirmesi ile başvuruca salıverilmesi arasında bir saatten fazla süre geçmediğini, kendisini işkence yapmadığını, her zaman gözlük kullandığını ve çocukla kendisinin konuştuğunu söylemiştir. Savcıya yardımcı olması için Başkomiser A.K. soruşturmacı olarak görevlendirilmiştir.

11 Aralık 1995’te yapılan teşhiste Halil İ.D.’yi teşhis etmiştir. Halil soruşturmacıya verdiği ifade eski ifadelerini tekrarlamış ve İ.D. ile M.Y.’nin ellerine, arka tarafına ve bacaklarına vurduklarını, darbeler sonucu yere düştüğünde kendisini bir hücreye götürdüklerini ve kendisini ancak sakladığı paranın yerini söylese hücreden çıkaracaklarını söyleyerek tehdit ettiklerini belirtmiştir. İ.D. soruşturmacıya verdiği ifade şöyle demiştir: ‘... saat 19.00’da çocuk babasına teslim edilmiştir. Şikâyetçiye göre çocuk saat 21.00’de kötüleştirmiş ve hastaneye kaldırılmış ve burada rapor düzenlenmiştir Bu olay Kanal 6 televizyonunun haberlerinde yayımlanmıştır. Yayımdan sonra 8 Aralık 1995’te görevimden alındım. Çocuğun ve babasının söylediklerinin aksine, ne memur M.Y. ne de ben çocuğun ellerine, arkasına veya bacaklarına copla vurduk. ... Polis merkezine 18.00 gibi geldi ve onunla ben ilgilendim ve 19.00’da ayrıldı. Çocuk polis merkezine getirildiğinde yüzü kirliydi...; memur M.Y. yüzünü yıkaması için tuvalete götürdü ... İddialar gerçeğe aykırıdır ve haksız yere suçlandık...’.

11 Aralık 1995’te soruşturmacı, Halil’in ustası İ.G.’nin ve Çınarlı polis merkezinden üç polisin ifadesini almıştır. İ.G. şüpheliler lehine ifade vermiş, olay günü 18.00’den 19.00’a kadar İ.D. ile birlikte oturduğunu, bu sırada ne İ.D.’nin ve ne M.Y.’nin Halil’e dokunduklarını söylemiştir. İki polis memuru, çocuğun babasına teslim edilirken kötü bir şey bulunmadığını, üçüncü polis de çocuğa kötü muamele yapıldığını görmediğini söylemiştir.

28 Aralık 1995'te savcı, Halil'e Çınarlı polis merkezindeki polislerin fotoğraflarını göstermiştir. Çocuk İ.D. ve M.Y.'yi teşhis etmiştir. 4 Ocak 1996'da savcı M.Y.'nin ifadesini almış, M.Y. suçlamaları reddetmiştir. Ertesi gün soruşturmacı M.Y. ile Halil'i yüzleştirmiş, Halil M.Y.'yi teşhis etmiştir. M.Y. soruşturmacıya verdiği ifadede, o gün Komiser İ.D. ile birlikte olduğunu, çocuğun anlattıklarının çelişkili olduğunu, yüzünde toz ve çamur izleri bulunduğunu, ustasının yanında olduğunu, Komiserin isteği üzerine çocuğu yüzünü yıkaması için tuvalete götürdüğünü ve yeniden odaya getirdiğini, 19.00 sularında babasına telefon ettiklerini ve babasının gelip çocuğu aldığını, çocuğa kimsenin vurmadığını, 15 milyonu kaybettiği için babasının veya sinirlenen başka birinin çocuğu dövmüş olabileceğini söylemiştir. Soruşturmacı, 8 Ocak 1996'da soruşturma tutanaklarını savcıya iletmış, bu tutanaklar 1995/50365 numaralı soruşturma dosyasında yer almıştır. Tepecik Hastanesi'nden istenen sağlık dosyasının gelmesi üzerine, 30 Kasım 1995 tarihli hazırlık raporu 30 Ocak 1996'da kesinleştirilmiştir. Kesin rapor önceki bütün tıbbi bulguları içermektedir. Kesin raporda ayrıca, Halil'in vücudundaki diğer izler de yer almıştır. Kesin rapora göre Halil'in 25 gün içinde iyileşebileceği belirtilmiştir.

İ.D. ve M.Y. aleyhine açılan ceza davası: 5 Ocak 1996'da savcı, İzmir Ağır Ceza Mahkemesi'nde Komiser İ.D. ile memur M.Y. aleyhine (eski) TCK.'nun 243. maddesindeki ikrar almak için işkence yapma suçunu işlemekten ceza davası açmıştır. Bu mahkeme önündeki yargılama 12 Şubat 1996'da başlamış, 20 Mart 1996 tarihli duruşmaya taraflar katılmışlar ve ifade vermişlerdir. Komiser İ.D. odasından çıkmadığını, çocuğa vurmadığını veya memura vurmaya için emir vermediğini, sadece M.Y.'den çocuğu yüzünü yıkamaya götürmesini istediğini, kendi hatasının çocuğu babasına teslim etmeden önce bir doktora muayene ettirmemek olduğunu, bunu yapmış olsaydı suçlanmayacak olduğunu, Halil'in üzerindeki paranın zorla alındığını söylediğini dolayısıyla belki bu yaraları o zaman almış olabileceğini, Halil'in saat 19.00'da babasına teslim edildiğini fakat raporun 21.00'de alındığını, aslında anne babasının Halil'in durumundan sorumlu olduğunu düşündüğünü, eğer raporda yazılan yaraları görmüş olsaydı böyle bir durumda polis merkezinden ayrılmasına izin vermeyecek olduğunu söylemiştir. M.Y. verdiği ifadede önceki ifadesini tekrarladığını söylemiştir. Halil'in babası verdiği ifadede, polis merkezine geldiğinde oğlunun İ.G. tarafından sorgulanmış olduğunu, sonra oğlunu yanına getirdiklerini, oğlunun İ.G.'ye istediğini aldın mı diye sorduğunu, o sırada ne demek istediğini anlamadığını, ancak evde yaralarını gördüğünde anladığını, sonra oğlunu hücreye koyduklarını, tuvalete gittiğinde oğlunu hücrede yerde yatarken gördüğünü ve doğru oturmasını söylediğini, ama çocuğun oturmadığını söylediğini, oğlunun üç gün hastanede kaldığını, dokuz şişe serum verildiğinin söylendiğini anlatmıştır.

Halil mahkemede verdiği ifadede şöyle demiştir: '... polis merkezinde bu adam (Komiser İ.D.)'yi göstererek) akıllı ol, bana para nerede olduğunu söyleyeceksin dedi, sonra beni ... tuvaletlere götürdü ve copla ellerime vurdu. Bir ara sendeleyip düştüm ve çöp kutusu başıma düştü. Yerdeyken İ.D. bana vurmaya başladı; ben ağlarken botlarıyla ağzımı kapattı; ve akıllı ol diyerek gitti, yine geleceğim dedi; fakat geri gelmedi ... Sonra babam ve amcam geldi; ... babam beni hücrede gördü ve düzgün oturmamı söyledi, fakat her yerim acıdığı için oturmuyordum ... Komiser beni paranın yerini öğrenmek için dövdü ...; M.Y. beni kaldırdı, fakat bana vurmadı. ... Ustam veya babam veya ailemden biri parayı kaybettiğim için beni dövmedi...'. Başvurucunun avukatı ceza davasına katılma dilekçesi vermiş ve komşulardan oluşan dinletmek istediği tanıkların bir listesini sunmuş, mahkeme bu talepleri kabul etmiştir. Dava mahkemesi, başvurucunun işvereni İ.G.'nin de tanık ifadesini almış; İ.G., komiserin anlatımını destekleyen bir ifade vermiştir. Başvurucunun babası verdiği ifadede, yılbaşından hemen önce, bir bakanın koruması olan Baki adında birinin kendisini aradığını ve görüşmek istediğini, görüşme yerine Başkomiser İ.D.'nin de geldiğini, İ.D.'nin karısının hamile olduğunu söylediğini, eğer mahkemede doğruyu

söyleyecek olursak bir yıl ceza alabileceğini söylediğini, fakat kendisinin bu teklifi reddettiğini, eğer İ.D.'nin henüz doğmamış çocuk nedeniyle bu kadar kaygılanıyorsa, kendi oğlu için kendisinin kaygılanmamasının nasıl beklenebileceğini söylediğini anlatmıştır.

Dava mahkemesi, 27 Mayıs 1996'da Çınarlı polis merkezinden üç polisi ve yedi iddia tanığını dinlemiştir. Polisler ifadelerinde Halil'i babasına teslim etmeden önce doktora göstermek isteyip istemediklerini sorduklarını, ancak yazılı beyanlarında olduğu gibi gerekli görmediğini anlatmışlardır. Halil'in babası ise böyle bir teklifte bulunmadığını, beyanı düşünmeden imzaladığını söylemiştir. İddia tanıklarının çoğu başvurusunun anlatımını destekleyen ifadeler vermişlerdir. Halil'in amcası da verdiği ifadeye, olay günü Halil'in babası ile birlikte polis merkezine gittiğini, Halil'de dışarıdan görülebilir bir şiddet izi fark etmediğini, fakat kendisinin biraz sarsılmış gibi göründüğünü, polisten ayrılırken bir doktora gitmelerini kimsenin önermediğini, polis merkezinden ayrılıp arabaya binerken yeğenin kusmaya başladığını, polis merkezine geri döndüğünü ve kapıdaki nöbetçi polislerle konuştuğunu ve Halil'i isterse bir doktora götürebileceklerini söylediğini, hatta polis merkezindeyken Halil'in ellerinde küçük izler gördüğünü, fakat eve döndüklerinde Halil'de gördüklerini ummadıklarını, aynı gece Başkomiser O.K.'nin kayınbiraderini arayarak polis merkezine davet ettiğini, kendisinin de polis merkezine gittiğini, Başkomiser O.K.'nin Komiser İ.D.'yi çağırarak, küçük bir çocuğu dövdüğün için kendinden utanmıyor musun dediğini, İ.D.'nin yıllardır polis olduğunu ve görevini yaptığını ve bir iki kez vurmuşsam ne olmuş dediğini, Başkomiserin hadi hastaneye gidelim de bir iki kez mi vurmuşsun görelim dediğini, hastaneye gittiklerini ve çocuğu gördüklerini, çocuğun çeşitli yerlerinin kanadığını ve kendisine tüp bağlanmış olduğunu gördüklerini anlatmıştır.

Sanıklar İ.D. ve M.Y. suçlamaları reddetmişlerdir.

Başkomiser O.K. 1 Temmuz 1996'da verdiği ifadeye, olayı 21.00 sularında duyduğunu, tarafları yüz yüze getirdiğini, fakat sanığın suçlamaları reddettiğini, olayı araştırırken ailenin isteği üzerine hastaneye gittiğini, fakat çocuk acil serviste olduğu için doktordan izin almadan çocuğu görmenin mümkün olmadığını, polis merkezine döndüğünde nöbetçi bütün memurları sorguladığını ve hepsinin hiçbir şey duymadıklarını ve görmediklerini söylediklerini, mağdurun evine bir kez gittiğini, tarafları yüz yüze getirdiğinde Komiser İ.D.'nin sadece görevini yaptığını söylediğini anlatmıştır.

Ağır Ceza Mahkemesi 30 Ekim 1996'da kararını açıklamıştır. Ağır Ceza Mahkemesi karar gerekçesine şöyle başlamıştır: '... eldeki bütün deliller, dosyadaki raporlar, mağdurun beyanları ve şikâyetle ilgili raporlar dikkate alındığında, sanığın görevi sırasında sağlık raporunda anlatıldığı şekilde, saklanan paranın yerini söylettirmek için mağduru dövdüğü ...'.

Ancak Ağır Ceza Mahkemesi, oyçokluğuyla suçu, iddia makamının talep ettiği gibi işkence olarak değil, (eski) TCK 245. maddedeki 'suimuamele' olarak nitelendirmiştir. Bu mahkemeye göre Halil'in işvereni şikâyetini geri almış olduğundan çocuğu suçlayacak bir şey kalmamıştır, dolayısıyla sanıkların (eski) TCK 243. madde anlamında 'ikrar elde etme' kastı olamaz, fakat sadece 'kendisine verilen parayı ne yaptığını öğrenme' kastı olabilir. Ağır Ceza Mahkemesi sanıklara en düşük cezayı uygulamaya karar vermiş ve İ.D. ile M.Y.'yi üçer ay hapis cezasına mahkûm etmiş ve kendilerine üçer ay da meslekten yasaklama cezası vermiştir. Bu mahkeme, sanıkların yargılama sırasındaki iyi hallerini dikkate alarak ve isteksizce de olsa suçu ikrar ettiklerini kabul ederek, (eski) TCK 59(2). fıkrası gereğince cezaları iki buçuk aya indirmiştir. Bu mahkeme daha sonra (eski) 647 sayılı Kanunun 4(1). fıkrası uyarınca para cezalarını 750,000 TL'ye (8 ABD dolarına) çevirmiş ve sanıkların başka adli sabıkalı olmadığından ve yeniden suç işleyecekleri kanaati oluşmadığından, cezaları ertelemiştir.

Başvurucuların avukatı, Sözleşme'nin 3. maddesini de ileri sürerek kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 5 Kasım 1997'de verdiği kararla, dava mahkemesinin suçu yanlış nitelendirdiğini, olayda (eski) TCK 243. maddesinde tanımlanan ikrar elde etmenin söz konusu olduğunu belirterek, dava mahkemesinin kararını bozmuştur.

Dava mahkemesi önünde yeniden yapılan yargılama sırasında İ.D. mahkemeye verdiği 25 Şubat 1998 tarihli savunma dilekçesinde, kendisine isnat edilen suçu işlemediğini, şikâyetçiye şiddet veya kötü muamelede bulunmadığını, dolayısıyla beraatına karar verilmesini istediğini, eğer mahkûmiyet kararı verilecekse (eski) TCK 243. maddede tanımlanan suç oluşmadığından mahkemenin daha önceki suçu nitelendirmesinde ısrar etmesini gerektiğini belirtmiştir. Dava mahkemesi 26 Şubat 1998 tarihinde verdiği kararla Yargıtay'ın kararına uymuş, İ.D. ve M.Y.'yi bu kez (eski) TCK 243. maddeye göre mahkûm etmiştir. Dava mahkemesi, önce birer yıl hapis cezası ve üçer ay meslekten yasaklama şeklinde asgari cezalar vermiş, sonra (eski) TCK 59(2). maddesine göre cezaları 10'ar ay hapis 2,5 ay meslekten yasaklama cezasına indirmiş ve daha sonra önceki kararındaki gerekçelerle (eski) 647 sayılı Kanunun 6. maddesine göre bu cezaları tecil etmiştir. Başvurucunun avukatı, 'cezanın asgari haddten tayin edilmesi'ni, sonra (eski) TCK 59(2). fıkrası gereğince 'taksiri hafifletici nedenlerle cezanın indirilmesi'ni ve son olarak 'cezanın tecil edilmesi'ni eleştirerek, dava mahkemesi kararını temyiz etmiştir.

Yargıtay 24 Mart 1999 tarihli kararla, dava mahkemesinin 26 Şubat 1998 tarihli kararını onamıştır. Yargıtay kararı, başvurucunun avukatına ancak 6 Eylül 1999 tarihinde tebliğ edilmiştir.

İdareye karşı açılan tazminat davası: Başvurucunun avukatı, 10 Eylül 1999'da İçişleri Bakanlığı'na başvurarak 3 milyar TL manevi tazminat istemiştir. Bakanlığın bu talebi reddetmesi üzerine 22 Kasım 1999'da İzmir İdare Mahkemesi'ne tazminat davası açmıştır. İzmir İdare Mahkemesi 11 Nisan 2000 tarihli kararla, 2577 sayılı Kanunun 13. maddesi gereğince, dava zamanaşımı nedeniyle davayı reddetmiştir. İdare Mahkemesi'ne göre, dava zamanaşımı, başvurucunun sağlık raporunu öğrendiği 30 Ocak 1996 tarihinden başlamış olup, polislerin daha sonra mahkûm edilmesinin dava zamanaşımının hesaplanmasına bir etkisi yoktur.

Başvurucunun avukatı bu kararı temyiz etmiş, Danıştay 12 Aralık 2001 tarihli kararla İdare Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Başvurucunun avukatının karar düzeltme talebi, Danıştay'ın 7 Mart 2005 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

Konuyla ilgili iç hukuk: Mahkeme iç hukuktaki şu hükümlere yer vermiştir: (eski) TCK md. 243(1), md. 13(2), md. 29(8), md. 59; çocuk mahkemelerini ve yargılama usulünü düzenleyen 2253 sayılı Kanun md. 19(1) ve md. 41; (eski) 647 sayılı Kanun md. 4(1); ve md. 6; Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü md. 8(39); 2577 sayılı Kanun md. 13; Borçlar Kanunu md. 41-46, md. 47, md. 53.

Mahkeme ayrıca 'tevilli ikrar' kavramı ile asgari ceza uygulamasıyla ilgili yargısal pratik üzerinde açıklamada bulunmuştur. Türk ceza hukuku uygulamasında bir kimsenin fiili işlediğini ikrar ederken aynı zamanda beraat ettirecek veya hafifletecek koşullar ileri sürmesi halinde 'tevilli ikrar' bulunduğu söylenebilir; örneğin öldürme olayında meşru savunma hali, çalmakla suçlandığı malın bedelini ödemiş olduğunu belirterek ceza sorumluluğunun kalmadığı savunması gibi. Bu tür ikrarlar bölünebilir ifadeler olarak görülmektedir; böylece mahkemeler fiilin kabul edildiği ikrar kısmı ile niçin işlendiğine dair açıklamaları ayırmakta ve sadece ikrar kısmını kabul edip gösterilen gerekçeleri kabul etmektedirler.

Mahkeme'nin talebi üzerine Hükümet, 'zımni ikrar' olarak adlandırdığı 'tevilli ikrar'a ilişkin hukuki tanımın ceza hukuku pratiğindeki yorumuna ilişkin şu bilgiyi vermiştir: '...

Bir mahkeme, bütün suçlamaları inkâr eden bir kimsenin hangi koşullarda suçlanabileceğine karar vermelidir. Ceza hukukunda bir dava mahkemesi kararını suçlayıcı delillere dayandırabilir; sanığın suçluluğuna dair ‘makul şüphe kalmadığı’ nı gösteren birbirleriyle uyumlu deliller varsa, sanık her şeyi inkâr etse de kendisini mahkûm edebilir. Dava mahkemesi delilleri değerlendirirken, suçun işlendiği tarihte ve zamanda sanığın olay yerinde bulunmadığını kanıtlayamaması halinde ve dosyadaki delillere göre suçun başka bir kimse tarafından işlenemeyecek olması halinde, sanığın suçluluğuna karar verebilir.’

Asgari cezaya hükmedilmesiyle ilgili olarak Hükümet, ceza mahkemelerinin asgari ceza yerine niçin daha ağır bir cezaya hükmettiklerini açıklayan örnek mahkeme kararları sunmamıştır. Hükümet sadece, mahkemelerin üst sınır ile alt sınır arasında bir cezaya hükmederken kesin takdir yetkileri bulunduğunu, amacın suçta tekerrürün önlenmesi olduğunu söylemiştir.

Başvurucular Halil İbrahim Okkalı ile annesi Ayşe Okkalı ve babası Mehmet Yaşar Okkalı, 22 Eylül 1999 tarihinde İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuru yapmışlardır. Daha sonra başvurusunun anne ve babası, 17 Mart 2001 tarihli dilekçeyle başvurularını geri çekmişlerdir. Başvurucu Halil İbrahim Okkalı, 12 yaşındayken kendisine kötü muamele yapan polislerin fiilen (de facto) cezasızlıktan yararlandıkları gerekçesiyle Sözleşme’nin 3. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Davanın kapsamı

“54. Başvurucu kendisine işkence yapanların yargılandıktan sonra cezasız bırakılmalarının, Sözleşme’nin 3. maddesindeki hakkın özünü ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Aynı şikâyetle ilgili olarak başvuru, ulusal düzeyde başvurduğu hukuk yollarının amacının tazminat almak olmayıp, olaylarla ilgili cezai ve idari sorumluluğu ortaya çıkarmak olduğunu belirterek, Sözleşme’nin 13. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurusunun sunduğu biçimiyle bu şikâyetin, Sözleşme’nin 3. maddesinde yer alan insanların maddi ve manevi bütünlüklerinin hukuk vasıtasıyla korunması şeklinde pozitif yükümlülükle ilgili olduğu kanaatinde dir (*Öneriyıldız [BD], §95*).”

II. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası

A. Kabul edilebilirlik

“55. Hükümet olayda iç hukuk yollarının tüketilmediğini, çünkü Borçlar Kanunu uyarınca bu şikâyete konu olan yanlışlar nedeniyle başvurusunun tazminat davası açabileceğini savunmuştur.

56. Başvurucu ise, idare mahkemesi tarafından dava zamanaşımı süresinin keyfi yorumlanması sonucu açtığı idari davanın reddedilmesi dışında, teorik olarak bir hukuk davası da açabileceğini inkâr etmemiştir.

Başvurucu, sorumluların hala görevleri başında olduğunu bilmenin, kendisini hukuk davası açmaktan caydırdığını söylemiş, ayrıca tazminat davasının bu eylemlerden kaynaklanan ihlallere karşı ihtiyaç duyulan en önemli araç olmadığını vurgulamıştır.

57. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme’nin 35. maddesi gereğince tüketilmesi gereken hukuk yollarının, iddia edilen ihlaller bakımından mevcut olan ve yeterli olan hukuk yolları olduğunu gözlemlemektedir (*Manoussakis ve Diğerleri, §33*).

58. Mahkeme, başvurusunun işkence eylemlerine karşı tazminatın önemi ve ilgisiyle ilgili iddialarını kaydeder. Mahkeme bu iddiayı kabul eder ve devletlerin Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından yükümlülüklerinin sadece tazminat ödenmekle yerine getirilmiş olamayacağına dair içtihatlarına atıfta bulunur (*Kaya, §105; ve McKerr, §121*). Ceza davası, gözaltında uğralanılan muamelelerle ilgili şikâyetler bakımından bir giderim elde

etmek için en uygun vasıta (Parlak, Aktürk ve Yay (k.k.), no. 24942/94). 59. Mahkeme mevcut olayda açılan ceza davasının, (eski) TCK 243. maddesi anlamında kötü muamele nedeniyle iki polislin mahkûmiyetiyle sonuçlandığını kaydeder. Aslında başvuru bu mahkûmiyet kararından sonra tazminat için idari dava açmış ve bu dava zamanasını nedeniyle reddedilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, olayın özel şartları içinde, başvurunun ayrıca Hükümetin sözünü ettiği medeni tazminat yolunu da tüketmesi gerekip gerekmediğini belirlemelidir.

60. Mahkeme, idare mahkemesinin zamanasını yorumunun keyfi olduğu iddiası incelenmeden önce bu sorunun yanıtlanamayacağını gözlemlemektedir; çünkü görünüşte etkili ve yeterli olan bir hukuk yolunu tüketen başvurucudan ayrıca mevcut fakat muhtemelen pek de başarılı olamayacak olan başka hukuk yollarını denemesi beklenemez (Aquilina [BD], §39).

61. Bunu söyledikten sonra Mahkeme, kötü muamele ile sınırlı olamayan ve insanların maddi ve manevi bütünlüklerinin hukuk yoluyla korunması şeklinde pozitif yükümlülükle ilgili olan şikâyetin gerçek konusuna odaklanacaktır. Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının şikâyetin esasıyla yakından bağlantılı olduğunu kabul eder ve buna göre itirazın esasla birleştirilmesine karar verir.” Mahkeme daha sonra bu ilk itirazı reddetmiştir.

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

Hükümet, polislerin mahkûmiyetine yol açan ceza davasının, Sözleşme'nin gereklerini tam olarak karşıladığını savunmuştur.

Başvurucu ise, kendisine işkence yapan polislerin beş yıl içinde başka bir suç işlemeleri halinde, kendileri hakkında verilen cezanın hiçbir zaman infaz edilmeyeceğini belirtmiş, polislere daha ağır disiplin cezaları verilmesinin daha tatmin edici olacağını söylemiştir.

Başvurucuya göre, verilen cezaların gülünçlüğü, disiplin tüzüğündeki hükümlere rağmen idari yaptırım uygulanmaması ve dava devam ederken sanıklardan birinin terfi ettirilmiş olması, kötü muamele yasağı ile sağlanması amaçlanan korumayı kağıt üzerinde bırakmış ve dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Genel ilkeler

“65. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, bir kimse devlet görevlilerinin elinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleyle uğradığına dair güvenilir bir iddiada bulunduğu takdirde, ulusal makamlar olayları ortaya çıkarabilecek ve sorumluların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte ‘etkili bir resmi soruşturma’ yapmakla görevlidirler (Slimani, §30, 31; ve Assenov ve Diğerleri, §102). Dahası, Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli gerekleri, mevcut olayda olduğu gibi soruşturmanın ulusal mahkemeler önünde dava açılmasına yol açması halinde, hazırlık soruşturmasının ötesine geçmez; yargılama aşaması dâhil muhakeme bir bütün olarak, Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasağın gereklerini karşılamak zorundadır. Bu demektir ki, ulusal yargısal makamlar, çektirilmiş maddi ve manevi ıstırapın hiçbir şekilde cezasız kalmasına imkân vermemelidirler. Bu ilke, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığını sağlamak ve güvenini sürdürmek, hukuka aykırı eylemlerde bulunmayı veya bunlara hoşgörü görüntüsü vermek için temel bir şarttır (Öneryıldız [BD], §96).

66. Dolayısıyla mevcut olayda Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin önlerindeki

davada bir sonuca varmadan önce, işkence yasağını ve yargısal sistemin caydırıcı gücünü korumak suretiyle oynadığı önemli rolü sürdürmek için, Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği vicdanın sesini dinleyen (scrupulos) bir incelemeyi yapıp yapmadıklarını veya ne ölçüde yaptıklarını belirlemektir.”

(b) Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

“67. Mahkeme, her şeyden önce başvurunun polislin elindeyken kötü muamele gördüğü konusunda bir tartışma bulunmadığını kaydeder. Başvurucu, biri ceza davasına katılan olarak ve diğeri idari dava olarak iki dava açmıştır. İlki sanıkların mahkûmiyetiyle ve ikincisi zamanaşımından ret ile sonuçlanmıştır.

68. Mahkeme, usul gereklerini tam olarak karşılayan bir hazırlık soruşturması yapıp yapılmadığını belirlemek yerine, ki böyle bir soruşturma olduğu görülmektedir, insanların maddi ve manevi bütünlüklerini korumak için getirilmiş yasaların muhafızları olan yargısal makamların, gerçekten sorumluları cezalandırmak için kararlılık gösterip göstermediklerini incelemelidir (*Öneryıldız [BD], §115*).”

(i) Bir çocuk olarak başvurunun sahip olduğu ek korumanın bulunmaması

“69. Mahkeme, çocukların gözetlğine alınmaları halinde yetkililerin hukuki yükümlülükleri bulunmasına rağmen, gözetlğine alınan başvurucuya ne bir müdafinin tayin edilmiş ve ne de sorgusunun bizzat savcı tarafından yapılmış olduğunu kaydeder. Başvurunun polis merkezinde bir şüpheli olarak gözetlğine alınmasından suçlanmaksızın salıverilmesine kadar yaklaşık bir buçuk saat gibi kısa bir süre kalmış olması, yukarıda sözü edilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesini açıklamamaktadır; çünkü özellikle dosyada bir küçüğün gözetlğine alınması halinde polislin bir işlemden bulunmadan önce hemen anne babasına haber verilmesi yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair bir ibare bulunmamaktadır.

70. Mahkeme, mağdurun yaşı veya çocukların korunmasıyla ilgili iç hukuk hükümleri dikkate alındığında, ulusal makamların kararlarında ve Hükümetin savunmalarında tartışma konusu eylemlerin özel bir ağırlığı olduğundan söz edilmemiş olmasını üzüntüyle kaydeder. Çeşitli şiddet biçimlerine karşı korunmasız olan çocukların, bu tür ağır kişi bütünlüğü ihlallerine karşı etkili caydırıcılık biçiminde devlet tarafından korunma hakkına sahip olduğunu söyleyen Mahkeme'nin içtihatları ışığında (*A. – Birleşik Krallık, §22*), yetkililer başvurunun korunmasızlığı meselesine özel bir ağırlık verebilirlerdi. Bununla birlikte Mahkeme, kaygılanılması gereken şeyin sadece çocuğa bütün bu muhakeme boyunca hiçbir şekilde ekstra koruma verilmemesi olmayıp, ama ayrıca mevcut olayda küçük veya büyük herkesi Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak yasağın ihlallerine karşı korumak üzere yeterince caydırıcı bir sonuç üretmesi için harekete geçirilen yargısal mekanizmanın bu konudaki kabiliyeti hakkında kuşku duymak için yeterli olan cezasızlık da olduğunu gözlemlemektedir.”

(ii) İç hukukun sorumlu polislerin fiilen cezasızlığıyla sonuçlanacak şekilde yorumlanması ve uygulanması

“71. Olayın disiplin yönü bakımından, Hükümet söz konusu polislerin ceza yargılaması boyunca görevlerinden alındıklarını söylemiş, fakat görevden alındıklarına dair bir belge sunmamıştır. Bu polislerin görevden alındıkları varsayılsa bile, haklarında hem hapis cezası ve hem de meslekten uzaklaştırma cezaları verildiği halde, kendileri hakkında bir disiplin soruşturması yapılmamış ve disiplin cezaları verilmemiştir. Hatta başvurucuya göre bu memurlar terfi ettirilmiştir; Hükümet ise bu konunun üzerinden sessizce geçmiştir. Mahkeme, bu sessizlikten belirleyici bir sonuç çıkarmak istememektedir, fakat bunu kayda değer görmektedir.

72. Ayrıca, dava mahkemesi yargıçları, polislerin yargılama sırasındaki davranışlarını ve ‘tevilli ikrar’larını hafifletici sebep olarak görmüşlerdir. Ancak Mahkeme, dosyada sanıkların suçu zımnen de olsa kabul ettiklerine dair bir delil görmemektedir. Mahkeme, örneğin İ.D.’nin 25 Şubat 1998 tarihli yazılı savunmasında, söz konusu suçu kesinlikle işlemediğini veya başvuruca herhangi bir şekilde şiddet uygulamadığını söylediğini kaydeder. Dahası Hükümet, söz konusu kararda ‘tevilli ikrar’ kavramının niçin böyle uygulandığını açıklayamamıştır. Aslında, bu kavramın burada uygulanış şeklinin, bu kavramın Türk hukuk teorisindeki tanımına karşılık geldiği söylenemez. Mahkeme bu açık tutarsızlığı kaydettikten sonra, hafifletici neden tanımı üzerinde daha fazla durmayacaktır.

73. Verilen hapis cezalarının ağırlığıyla ilgili olarak sadece, mahkemelerin hapis cezası verirken, Türk hukukuna göre suçun özel niteliği ve verilen zararın ağırlığı gibi bazı faktörleri dikkate almaları gerektiği halde, polislere hapis cezaları verirken bu faktörleri göz önüne almadıkları söylenebilir.

74. Son olarak Mahkeme, verilen hapis cezalarının tecil edilmesi açıklanırken kullanılan ‘pişmanlığın’, mevcut olayda polislerin de gösterdiklerinin mahkemeler tarafından kabul edilmiş olmasının tuhaflığını kaydeder. Mahkeme, dosyada böyle bir pişmanlık işareti görmemektedir.

75. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, tartışma konusu mahkeme kararında yargıçların, yetkilerini, bu aşırı ağırlıktaki yasadışı eylemlere hiçbir zaman hoşgörü gösterilmeyeceğini göstermekten çok, bu eylemlerin sonuçlarını asgariye indirmek için kullandıkları kanaatindedir.

76. Mahkeme, bir devlet görevlisinin Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal eden suçlarla suçlandığında, ceza davasının ve cezanın zamanaşımına girmemesi ve genel affa veya özel affa uğramaması gerektiğini hatırlatır (*Abdülşamet Yaman, §55; krş. Laurence Dujardin – Fransa, no. 16734/90, Komisyon [k.k.], DR 72, s. 236-240*). Bu olayda iç hukukun uygulanma şekli, Mahkeme’nin içtihatlarına göre kaçınılmaz olarak kabul edilemeyecek ‘tedbirler’ kategorisine girmektedir; çünkü bu tedbirler bir mahkûmiyeti etkisiz kılmıştır.

77. Bununla birlikte, daha yüksek veya en yüksek mahkemenin, bazı hallerde Sözleşme hükümlerinin başlangıçtaki ihlalini onarma ihtimali de mevcuttur (*De Cubber, §33*). Ancak mevcut olayda Yargıtay onarmamış ve dolayısıyla yukarıda sözü edilen kusurları telafi etmemiştir.

78. Sonuç olarak, ceza hukuk sisteminin mevcut olayda uygulanma şekli titiz olmak bir yana, başvuruca tarafından şikâyet edilen türdeki yasadışı eylemleri etkili bir şekilde önlemek için yeterince caydırıcı değildir. Böylece Mahkeme, olayın özel koşulları içinde, tartışma konusu ceza davasının Sözleşme’nin 3. maddesindeki ilkeyi ihlale karşılık uygun bir giderim sağlamadığı sonucuna varmaktadır. Mahkeme, hiçbir hukuk davasının yukarıda anlatılan durumu telafi edemeyeceği görüşüne katılmaktadır. Buna göre Mahkeme, Hükümetin ilk itirazını reddetmekte ve Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

III. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme başvurucaya manevi tazminat olarak 10,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazının esasla birleştirilmesine ve reddine;
2. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

GÖZALTINA ALIRKEN ŞİDDET

22.09.1993 15473/89 KLAAS - ALMANYA

◆ *yakalama sırasında yaralama - kanıtlama sorunu - orantısız güç kullanma* (kırmızı ışıkta geçen kadın sürücüyü izleyen polislerin başvuru evine girerken yakalamak için güç kullanmaları, polisler aleyhine açılan ceza davasında orantısız güç kullanılmadığı gerekçeyle beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Bayan Klaas, oturduğu apartmanın bahçesine arabasını bırakmak üzere giriş kapısını açmak için arabasından indiği sırada iki polis tarafından durdurulmuştur. Bu sırada başvuru yanında ikinci başvuru sekiz yaşındaki kızı bulunmaktadır.

Polisler başvuru kızı kırmızı ışıkta geçtiğini ve kaçmaya çalıştığını söylemişler, başvuru bunları reddetmiştir. Polisler ehliyet kontrolü yaparken başvurudan alkol kokusu geldiğini fark etmişler ve kendisinden nefesli alkol tespiti yapmasını istemişlerdir. Başvuru, bu testi gösterildiği gibi yapamayınca kan testi yapılması için hastaneye gelmesini söylemişlerdir. Başvuru, gözaltına alınarak hastaneye götürülmüş ve yapılan kan testinde yasal sınır olan binde 80'nin üzerinde, binde 82 miligram alkol çıkmış ve başvuru salıverilmiştir.

Ancak başvuru gözaltına alınmasıyla ilgili olaylar tartışmalıdır.

Başvuru anlatımına göre, kendisi kan testi yapılması için hastaneye gelmeyi kabul etmiş, fakat önce kızını bir komşuya bırakmak istediğini söylemiştir. Polislerden biri bunu reddetmiş ve kendisini arabaya doğru itmiştir. Başvuru kızının elinden tutup komşunun zilini çalmış, bu sırada polislerden biri başvuru sol bileğinden tutup arkaya kıvrımış ve başvuru başını kapının pervazına çarpmıştır. Sonra polisler kendisine kelepçe takmışlardır. Kısa bir süre baygınlık geçiren başvuru, kendini polis arabasının yanında bir polisin kendisinin omzuna bastırırken bulmuş, omzunda şiddetli acı hissetmiş ve hastaneye götürülmüştür.

Öte yandan polislerin 29 Ocak tarihli bu olayla ilgili düzenledikleri tutanağa göre ise, başvuru kan testi yapmaya davet edilince karanlıktan yararlanarak kaçmaya çalışmış, omzundan tutularak yakalanmıştır. Başvuru gözaltına alınmış olduğu söylenince başvuru çocuğunu bıraktıktan sonra geleceğini söylemiş, ancak komşunun evine girdikten sonra kapıyı kapatmaya çalışmış, polislerden biri kapının kapanmasını engellerken diğeri kolundan tutup çekmiş ve kolunu arkaya kıvrımış, diğeri sağ kolundan yakalamıştır. Başvuru, polis arabasına giderken kendisini yere atmak istemiş, bir polis sağ kolundan tutmuştur. Polisler, başvuru başka kişilere zarar vermemesi için kendisini kelepçelemişlerdir. Hastaneye vardıkları zaman polisler başvuru şakağında sıyrık olduğunu görmüşlerdir.

Başvuru hastanede iki kez muayene edilmiştir. Başvuru 29 Ocak'ta muayene eden birinci doktor, başvuru sağ kolunda 10 santimlik bere tespit etmiş, sol omzunu oynatırken ciddi güçlük içinde bulunduğunu ve yine sol omzunda ezikler olduğunu belirtmiştir. Başvuru on günlük iş göremezlik raporu verilmiştir. Başvuru ertesi gün muayene eden ikinci doktor da hemen aynı bulguları saptamıştır.

Başvuru hakkında alkollü araç kullanma ve görevi başındaki polise direnme suçlarından açılan soruşturma, savcının 22 Nisan 1986 tarihli kovuşturmayla yer olmadığı kara-

ryla sonuçlanmıştır. Savcı bu kararında, başvurunun alkollü araç kullandığının kanıtlanamadığını, ayrıca başvurunun, polise karşı gösterdiği direncin çok az olduğunu ve dava açmak için kamu yararı bulunmadığını belirtmiştir.

Kasım 1986'da yetkili idari makamlar, yasal alkol miktarı binde 80 olduğu halde başvurucuda binde 82 alkol tespit edildiğinden, başvurunun işlediği 'idari suç' nedeniyle kendisine 500 Mark para cezası ve bir ay trafikten men cezası vermişlerdir.

Başvurucu ise, kendisine şiddet uyguladıkları gerekçesiyle söz konusu polis memurları hakkında 24 Nisan 1986'da suç duyurusunda bulunmuştur. İddiaya göre, başvurunun avukatı savcılıktan telefonla aranmış ve şikâyetlerinden vazgeçmeleri, aksi takdirde başvuru aleyhine açılan soruşturmanın süreceği bildirilince başvuru iddialarından vazgeçmiştir.

Başvurucu, kendisini gözaltına alan polisleri bu kez 18 Temmuz 1986'da Emniyet Müdürlüğü'ne şikâyet etmiş, bu şikâyetleri yerinde görülmemiştir.

Başvurucu son olarak, Nisan 1987'de, ilgili polislerle karşı tazminat davası açmıştır. 9 Ekim'deki duruşmada başvurunun komşusu ve polisler dinlenmiştir. Bu mahkeme 30 Ekim 1987 tarihli kararında, gözaltına alınan hukuka aykırı olmadığı, polisler tarafından orantısız güç kullanılmadığı gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir. Başvurunun bu karara karşı yaptığı temyiz başvurusu da reddedilmiştir. Federal Mahkeme'ye yapılan anayasa şikâyeti başvurusu da, başvurunun yeterince başarı şansı bulunmadığı için reddedilmiştir.

Başvurucular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon, raporunda birinci başvuru bakımından 3. maddenin ihlali ve 8. maddenin ihlal edilmediğine, birinci başvurunun kızı ikinci başvuru bakımından 3. maddenin ihlal edilmediğine ancak 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci başvuru

A. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

[23-31]: Başvurucu Bayan Klaas, gözaltına alma sırasında polisler tarafından kendisine yapılan muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir muamele oluşturduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme, ulusal düzeyde görülen davada tarafların, başvuru Bayan Klaas'ın sağlık raporlarında ve fotoğraflarda görünen yaralarının gözaltına alma sırasında meydana geldiği konusunda bir itirazları olmadığını kaydeder. Ancak bu yaraların gerçekten nasıl meydana geldiği konusunda başvurucular ile Hükümet arasında görüş farklılığı vardır.

Mahkeme iç hukukta olayla ilgili birkaç muhakeme yapıldığını hatırlatmıştır. Bayan Klaas'ın devletten tazminat almak için açtığı davada, Bölge Mahkemesi söz konusu yaraların polisle ilgili bir olay sonucu meydana geldiğini kabul etmiş, fakat bunun bir tazminat hakkı doğurmadığı sonucuna varmıştır. Bu karar temyiz üzerine onanmıştır.

Mahkeme'ye göre olayların tespiti ve teyidi, öncelikle (eski) Komisyon'un görevidir. Mahkeme, Komisyon'un yaptığı tespitlerle bağlı olmayıp önündeki her türlü materyale bakıp delilleri takdir edebilir.

Öte yandan Mahkeme, kural olarak ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin takdirinin yerine kendi takdirini koyma yetkisine sahip değildir; önlerindeki delilleri takdir etmek ulusal mahkemelerin işidir. Birinci başvurunun aldığı yaralar ya kendisinin ya

da polislerin anlatımına uygundur. Ancak ulusal mahkemeler, başvuruçunun aleyhine sonuca varmışlardır. Bölge Mahkemesi, başvuruçunun gözaltına alınmaya karşı direnme sırasında yaralanmış olabileceği ve gözaltına alan polislerin aşırı güç kullanmadıkları sonucuna varırken, değişik tanıkları ifade verirken görme ve tanıkların güvenilirliklerini değerlendirme imkânı bulmuştur. Strasburg organlarının önündeki yargılama sırasında, Alman mahkemelerinin tespitlerini sorgulamayı gerektirecek ve başvuruçunun iddialarına ağırlık kazandıracak bir materyal sunulmamıştır.

Mahkeme, kanıtlama açısından, ‘gözaltına alma sırasında’ şiddet uygulanmasıyla ilgili gördüğü bu davayı, kırk sekiz saatlik ‘gözaltında tutma sırasında’ meydana gelen ve açıklanamayan yaraların söz konusu olduğu ve bazı çıkarsamaların yapılabildiği *Tomasi* davasından ayırmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme’nin ulusal mahkemelerin yaptığı tespitten farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak herhangi bir sağlam unsur yoktur. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

B. Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[32-33]: Bayan Klaas, söz konusu muamele özel bir mülk üzerinde sekiz yaşındaki kızının gözleri önünde cereyan ettiği için, bu muamelenin ayrıca özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme’ye göre, bu şikâyet, esas itibarıyla yukarıda 3. madde altında tartışılan ve kanıtlanmadığı sonucuna varılan olayları konu edindiğinden, ayrıca incelemeye gerek yoktur.

II. İkinci başvuruçucu

[34-36]: İkinci başvuruçucu Monika Klaas, kendi gözü önünde polisler annesine karşı güç kullandıkları için, kendisinin de insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele nedeniyle 3. maddenin ve 8. maddedeki özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlalden mağdur olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme’ye göre, polislerin orantısız güç kullandığı kanıtlanmadığından ikinci başvuruçunun maddi ve manevi bütünlüğüne müdahale yoktur.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı altı oyla, birinci başvuruçucu bakımından Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Üçe karşı altı oyla, birinci başvuruçunun Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından yaptığı şikâyeti incelemenin gerekli olmadığına;
3. Oybirliğiyle, ikinci başvuruçucu bakımından Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
4. Üçe karşı altı oyla, ikinci başvuruçucu bakımından Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

28.11.2000 29462/95 REHBOCK - SLOVENYA

◆ *yakalama sırasında yaralama - kanıtlama sorunu - orantısız güç kullanma* (başvuruçunun sınırdan arabayla yasak mal geçirdikten sonra yakalama operasyonu ile çenesi kırılacak şekilde şiddet kullanılarak yakalanması, başvuruçunun bakanlıktan tazminat talebinin bir sonuç vermemesi), *tutulma koşulları* (cezaevinde yetersiz tıbbi yardım şikâyetinde bulunan başvuruçunun ameliyat teklifini kabul etmemesi) *tutukluluğun hukukilik denetimi* (başvuruçunun salıverilme taleplerinin 20 günden fazla bir süre sonra reddedilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - kişi özgürlüğü - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı

DAVANIN ESASI

Bir Alman vatandaşı olan başvuru Ernest Rehbock, 8 Eylül 1995 günü 14:00 sularında, arabayla Avusturya sınırından Slovenya'ya geçmiştir. Arabada Slovenya kökenli suç ortağının Slovenya'ya getirmesini istediği hapların bulunduğu bir paket vardır. Başvuru, bunu gümrük yetkililerine bildirmemiştir.

Aynı gün 16.55'te, başvuru sınırdan 70 kilometre içeride hapları başka iki kişiye teslim edeceği yerde Slovenya polisi tarafından gözaltına alınmıştır. Başvurucunun gözaltına alınma koşulları taraflar arasında tartışmalıdır.

Başvurucunun anlatımına göre, siyah giysili ve siyah maskeli altı kişi silahlarını kendisine doğrultmuştur. Başvuru Almanca ve İngilizce olarak karşı koymadığını söylemesine rağmen, kaba bir şekilde arabanın ön kaputuna doğru sürüklenmiş, iki kişi kendisini arabanın kaputuna yapıştırmış, elleri arkadan bükülmüş ve kelepçelenmiştir. Bu arada diğer dört kişi başına sopalar ve yumruklarla vurmaya devam etmişlerdir. Başvuru yüzünden ağır bir şekilde yaralanmış ve çok acı duymuştur.

Hükümete göre ise, başvuru, eldeki bilgilere göre yetkililer tarafından hazırlanan bir operasyon gereğince yakalanmıştır. Yetkililer, yakalama ekibini oluştururken, uyuşturucu kaçakçısı olduğundan şüphelendikleri başvurucunun Almanya'da birkaç kez vücut şampiyonluğu kazanmış çok güçlü bir kişi olduğunu hesaba katmışlardır. Operasyona ikisi başvuru kelepçelemekle görevli 13 polis katılmıştır. Hükümet ayrıca, başvurucuya karşı kullanılan gücün haklı bir güç olup olmadığını tespit için Gradec Emniyet Müdürlüğü tarafından kurulan komisyonun kabul ettiği 8 Mart 1996 tarihli raporu, Mahkeme'nin yaptığı olgu tespit duruşmasından sonra Mahkeme'ye sunmuştur. Bu rapora göre, başvurucunun yakalamaya karşı direnmesi üzerine başvuru yere yatırılırken yüzünü çamurluğa ve asfalt zemine çarpmış ve çenesini kırmıştır. Raporda kullanılan gücün hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Polis tarafından gözaltına alınan başvuru ilk kez 9 Eylül sabahı doktor tarafından muayene edilmiş, daha sonra hastaneye götürülmüş, çenesinde iki kırık tespit edilmiş, genel anestezi altında ertesi gün ameliyat edilmesi düşünülmüştür. Ancak başvuru hemen serbest bırakılacağını ve Almanya'da tedavi edilebileceğini düşünerek, doktor tavsiyesine uymamış ve ameliyat olmayı reddetmiştir.

Başvuru, 10 Eylül'de önüne çıkarıldığı yargıç tarafından tutuklanmıştır.

3 Ekim, 25 ve 27 Kasım 1995 tarihlerinde karın ağrısı ve dışkıda kan şikâyetiyle hastanede muayene edilmiş, karında ve idrarında anormallik bulunmamıştır. Başvuru, 3 Aralık 1995'te bir depresyon sırasında sol bileğini kesmesi üzerine hastanede tedavi görmüştür.

Başvuru, 17 Aralık 1995'te Adalet Bakanlığı'na başvurarak zalimce dövüldüğünden ve çenesinde iki kırık olduğundan şikâyetçi olmuş, gerekli tıbbi yardımı alamadığını söylemiş ve tazminat istemiştir. 23 Ocak 1996'da uzman doktor, başvurucunun çenesinin protez tedavisi ve hatta ameliyat gerektirdiğini belirtmiş; başvuru, Almanya'da tedavi görmek istediğini söylemiştir.

4 Temmuz 1996'da başvuru, yargıca yaptığı şikâyette, büyük acılar çektiğini söylemiş ve kendisine sadece ağrı kesici haplar verildiğinden şikâyet etmiştir.

10 Eylül 1995'te Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi tarafından tutuklanan başvuru, 3 Ekim 1995'te avukatı vasıtasıyla bu mahkemeye salıverilme talebinde bulunmuş, kaçmayacağını söylemiş, 50,000 Mark teminat yatırmayı önermiş, kendisi aleyhine açılan cezai soruşturmada bütün tanıklar dinlendiği ve deliller toplandığı için tutukluluğunun devamı-

na gerek olmadığını belirtmiştir. 6 Ekim 1995'te Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi tarafından verilen kararla başvurunun tutukluluğu, soruşturma bir ay içinde bitirilemediği gerekçesiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 205(2). fıkrası gereğince 8 Aralık 1995'e kadar uzatılmıştır.

Başvurucu, bu karara karşı Maribor Mahkemesi'nde itirazda bulunmuş ve tutuklama kararında gerekçe olmadığını ve Bölge Mahkemesi'nin salıverilme talebiyle ilgili olarak bir karar vermediğini söylemiştir. Maribor Mahkemesi, 19 Ekim 1995'te başvurunun bu itirazını reddetmiştir. Maribor Mahkemesi başvurunun Slovenya'da bağlantıları olan bir yabancı ülke vatandaşı olması nedeniyle kaçma tehlikesinin bulunduğunu, kefaletle salıverilme talebinin önce Bölge Mahkemesi tarafından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi, 26 Ekim 1995'te başvurunun 3 Ekim 1995 tarihli salıverilme başvurusunu reddetmiştir. Bu mahkeme, başvurunun önerdiği teminatın, önündeki yargılamaya katılması için yeterli olmadığını belirtmiştir. 27 Kasım 1995'te Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272(2). fıkrası gereğince, başvurunun tutukluluğunu uzatmıştır. Başvurucunun yukarıdaki karara karşı yaptığı itiraz, 13 Aralık 1994'te Maribor Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucu, 29 Kasım 1995'te avukatları vasıtasıyla bir kez daha salıverilme talebinde bulunmuştur. Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi, bu talebi 22 Aralık 1995'te reddetmiştir.

Başvurucunun Slovenya'daki tutukluluğu sırasında, Komisyona gönderdiği mektuplar dâhil, bütün mektupları cezaevi yönetimi tarafından denetlenmiştir. Başvurucu, 8 Ocak 1996'da uyuşturucu kaçakçılığı ve satıcılığından bir yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucu, 1 Eylül 1996'da şartlı olarak salıverilmiştir.

Başvurucu 17 Eylül 1995 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin 5(4) ve (5). fıkralarının ve 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazları

[60–64]: Başvurucunun anayasal şikâyet yoluna başvurmamış olması konusundaki Hükümetin bu itirazını kabuledilebilirlik kararından önce ileri sürmemiş olması nedeniyle itiraz hakkı düşmüştür. Bu nedenle bu itiraz reddedilmiştir.

Hükümet, başvurunun dilekçesinde Sözleşme'nin 5(4) ve (5). fıkralarına ilişkin şikâyette bulunmadığı halde Komisyon'un bu konuyu incelemiş olmasına karşı çıkmıştır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme organları, bir başvurunun şikâyette bulunduğu koşulları Sözleşme'nin bütünlüğü içinde inceleme yetkisine sahiptir. Sözleşme organları, görevlerini yerine getirirken, var olduğu kanıtlanmış olayları nitelendirmekte serbesttirler *Camenzind*, §50). Mahkeme Hükümetin bu itirazını da reddetmiştir.

II. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

A. Yakalanması sırasında başvurucuya kötü muamele yapıldığı iddiası

“68. Mahkeme, başvurunun yaralarının tıbbi delillerin gösterdiği şekilde, yakalama sırasında meydana geldiği konusunda taraf arasında bir uyuşmazlık bulunmadığını kaydeder. Ancak, başvurunun bu yaraları nasıl aldığı konusunda başvuru ile Hükümetin anlatımları farklıdır. ...

70. Komisyon, başvurunun yaralandığı maddi koşulların tam bir resmini çizememiştir. Komisyon, nihai raporunda Hükümet'ten birçok kez talep etmesine rağmen, Hükümetin

başvurucunun yaralarının kazaen meydana geldiği konusundaki savunmalarını kanıtlayıcı delil gösteremediğini kaydetmiştir. Komisyon, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varırken, esas itibarıyla 4 Aralık 1995 tarihli *Ribitisch* kararını (parag. 38) zikrederek, Hükümetin bu yaranın nasıl meydana geldiği konusunda aklın kabul edebileceği bir açıklama sunmamış olmasına ve başvurunun anlatım şekli üzerinde şüphe uyandıracak olayları gösteren uygun deliller getirmemiş olmasına dayanmıştır.

71. Mahkeme, yaralamayla sonuçlanan iddia konusu kötü muamelenin, başvurunun gözaltına alınmasından sonra değil, ama yakalama sırasında (in the course of arrest) meydana geldiğini kaydeder. O halde mevcut dava, başvurunun gözaltında tutulma sırasında yaralandığı *Ribitisch* davasından ayrılır. Öte yandan, yine mevcut dava, gözaltına alma operasyonu sırasında daha hafif bir yaralanmanın söz konusu olduğu ve ulusal mahkemelerin ilk elden tanıkları dinleme ve tanıkların güvenilirliklerini değerlendirme imkânı bulduktan sonra maddi olayları ortaya koydukları 22 Şubat 1993 tarihli *Klaas* – kararından (parag. 26-30) da ayrı tutulmalıdır.

72. Mevcut davada başvuru, polisin önceden hazırlanmadan tepki gösterdiği ve beklenmeyen olayların meydana geldiği tesadüfi bir operasyon sırasında gözaltına alınmış değildir. Mahkeme'nin önündeki belgeler, polisin gözaltına alma operasyonunu önceden planladığını, muhtemel riskleri değerlendirmek ve gözaltı işlemini gerçekleştirmek üzere gerekli tüm tedbirleri almak için yeterli zamana sahip olduğunu göstermektedir. Olayda on üç polis bulunmakta olup, bunların sayıları gözaltına alınacak üç şüphelinin sayısından çok fazladır. Dahası başvuru, kendisini gözaltına alan polisleri, örneğin açıkça silah taşımak veya kendilerine saldırmak suretiyle tehdit etmemiştir. Başvurucunun yarasının özel bir ağırlığa sahip olduğu ve uyuşmazlığın bir ulusal mahkeme kararına konu olmadığı bu ardaan karşısında, kullanılan gücün aşırı olmadığına dair ikna edici argümanlar gösterme külfeti, Hükümete düşer.

73. Hükümet, davanın esasıyla ilgili duruşmanın ardından 23 Mayıs 2000 tarihinde, başvurunun gözaltına alınması sırasında polisin tutumuyla ilgili 8 Mart 1996 tarihli bir rapor sunmuştur. Bu rapor, Komisyon'un olayı incelediği sırada sunulmamıştır. Raporla, olayla ilgili cezai soruşturma yapanların hukuka uygun davrandıkları ve kullanılan gücün başvurunun gözaltına direnmesi nedeniyle gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

74. Mahkeme, soruşturma yapılmasına dair kararın, 8 Eylül 1995 tarihinde meydana gelen olaydan beş ay sonra verildiğini kaydeder. Soruşturma, başvurunun gözaltına alınması olayına katılan polislerin mensup oldukları Slovenj Gradec Polis Müdürlüğü tarafından yapılmıştır. Raporun hangi bilgi ve delile dayandığı belirtilmemektedir. Özellikle raporu hazırlayanların, başvuru, kendisiyle birlikte gözaltına alınan kişileri veya olaydaki polislerden başka bir tanığı dinleyip dinlemedikleri raporda belirtilmemektedir. Dahası Hükümet, raporun niçin davanın son aşamasında sunulduğunu açıklamamıştır.

75. Hükümet, Komisyon önündeki yargılama sırasında, başvurunun başını bir arabanın tamponuna çarparak yaralandığını iddia etmiştir (bk. 23 Nisan 1999 tarihli Komisyon raporu, §21). Ancak 8 Mart 1996 tarihli polis raporunda, başvurunun başını park etmiş bir arabanın çamurluğuna ve park alanının asfalt yüzeyine çarptığı söylenmiştir. Hükümet bu tutarsızlığı açıklayamamıştır.

76. Mahkeme, başvurunun çene kemiğinin iki yerden kırılmış olduğunu ve yüzünde bereler meydana geldiğini hatırlatır. Yukarıda sözü edilen raporda varılan sonuçlara rağmen yaraların ağırlığını dikkate alan Mahkeme, Hükümetin gözaltına alma operasyonu sırasında kullanılan gücün temelini açıklayabilecek veya bu gücün derecesini haklı kılabilecek ikna edici veya güvenilir argümanlar getiremediğini düşünmektedir. Dolayısıyla bu olayın şartları içinde kullanılan güç aşırıdır.

77. Hiç kuşkusuz başvuruçunun ciddi ıstırap çekmesine sebep olan yaraların meydana gelmesine sebebiyet veren bu tür bir güç kullanımı, insanlıkdışı muamele niteliğindedir.

78. Bu nedenle, başvuruçunun gözüaltına alınması sırasında tabi tutulduğu muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

2. Tutulma sırasında başvuruçunun kötü muamele gördüğü iddiası

[79–81]: Başvuruçunun gözüaltına alınmasının ertesi sabahı doktor tarafından muayene edilmiş ve başvuruçunun düzenli olarak doktorlar tarafından muayene edilmiş fakat kendisi ameliyat teklifini kabul etmemiştir. Bu nedenle bu konuda 3. madde sorunu doğmamıştır. Öte yandan cezaevinde görevlilerin birkaç kez ağrı kesici vermemiş olmaları, 3. maddedeki hakkın ihlal edildiği sonucuna varmayı gerektirecek ağırlık derecesine ulaşmamıştır. Bu nedenle bu konuda Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

III. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruçunun, salıverilme taleplerinin Slovenya mahkemeleri tarafından süratle incelenmediğini iddia etmiştir.

“84. Mahkeme, tutulan kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmalarına karşı hukukilik itirazında bulunmak üzere başvurma hakkını tanıyan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının, böyle bir başvuruçunun ardından, tutulmanın hukukiliği hakkında süratle bir yargısal karar verilmesini ve hukuka aykırı ise tutulmanın sona erdirilmesini gerektirdiğini hatırlatır (*Musial*, §43). Bir kimsenin Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki hakkına saygı gösterilip gösterilmediği sorunu, her olayın kendi şartları içinde karara bağlanmalıdır (*R.M.D. – İsviçre*, §42).

85. Mevcut olayda başvuruçunun, ilk salıverilme talebini 3 Ekim 1995'te yapmıştır. Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi, bu başvuruyu yirmi üç gün sonra, 26 Ekim 1995'te reddetmiştir. Başvuruçunun 29 Kasım 1995'te bir salıverilme talebinde daha bulunmuştur. Bu da, Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi tarafından yirmi üç gün sonra, 22 Aralık 1995'te reddedilmiştir.

86. Mahkeme başvuruçunun 3 Ekim ve 29 Kasım 1995 tarihlerinde yaptığı salıverilme başvurularının, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği ‘süratle’ incelenmediği sonucuna varmıştır.

87. O tarihte, başvuruçunun ilk derece mahkemesi tarafından 6 Ekim ve 27 Kasım 1995 tarihlerinde verilen tutukluluğunun devamına ilişkin kararlara karşı yaptığı itirazların Maribor Mahkemesi tarafından ele alınması, bu sonucu değiştirmemektedir. Gerçekten de Maribor Mahkemesi, başvuruçunun itirazına karşılık 19 Ekim 1995 tarihli kararında, başvuruçunun 3 Ekim 1995 tarihli salıverilme talebinin ilk önce Slovenj Gradec Bölge Mahkemesi tarafından incelenmesi gerektiğini söylemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun salıverilme talebini içeren başvuruları, Slovenya yetkililerinin kendiliklerinden tutukluluğun devamına ilişkin yaptıkları muhakemeden bağımsızdır.

88. Sonuç olarak Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.”

IV. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruçunun, kişi özgürlüğünün ihlali nedeniyle iç hukukta tazminat hakkı bulunmadığını iddia etmiştir.

“91. Mahkeme, Anayasa'nın 26. maddesi ile birlikte ele alınan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 542(1). fıkrasının tazminat alma hakkını, hukuka aykırı veya hatalı olarak özgürlükten yoksun bırakma halleri ile sınırlı tuttuğunu kaydeder. Oysa başvuruçunun tutukluluğunun devamının ve özellikle salıverilme taleplerinin reddedilmesinin, Slovenya hukuku bakımından hukuka aykırı veya hatalı olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Bu durumda Mahkeme, başvuruçunun Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali bakımından

tazminat hakkının yeterince kesin bir biçimde sağlanmadığı sonucuna varmaktadır (*Sakık ve Diğerleri*, §60).

92. Buna göre Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal edilmiştir.”

V. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme'ye göre, başvurunun söz konusu mektuplarının denetlenmesi için zorlayıcı bir sebep yoktur. Bu gerekçeyle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

VI. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 25,000 Mark, ücretler ve masraflar için 7,000 Mark'tan adli yardım olarak alınan 17,098 FF düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliliğiyle, Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Bire karşı altı oyla, başvurunun yakalama sırasında tabi tutulduğu kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Bire karşı altı oyla, başvurunun tutulma sırasında tabi tutulduğu muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
4. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
5. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlaline;
6. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;
7. Oybirliliğiyle, ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

CEZAEVİNDE ŞİDDET

06.04.2000 26772/95 LABİTA - İTALYA

◆ *cezaevinde yaralama - kanıtlama sorunu* (mafya tipi bir örgüt üyesi olduğu şüphesiyle tutuklanan başvurunun Pianosa Cezaevi'nde tutulduğu sırada tutuklulara kötü muamele yapıldığı şikâyeti), *kötü muamele soruşturması* (şikâyetin yargıç tarafından savcıya ihbar edilmesi üzerine başvurunun ifadesinin alınması ve üç yıl sonra başvurucuya gösterilen 262 gardiyanın fotoğraflarının fotokopilerinden başvurunun failleri teşhis edememesi üzerine kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi), *tutukluluğun uzunluğu* (tutukluğun yaklaşık 2 yıl sürmesi), *tutmanın hukukiliği - geç serbest bırakma* (tutuklunun salıverilme kararından yaklaşık 11 saat sonra serbest bırakılması), *mahpus haberleşmesinin denetimi* (özel güvenlik gözetim tedbirlerine tabi tutma), *seçmen kütüğünden silme* (tutuklunun seçme hakkının kaldırılması) ■ *işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - makul kuşku üzerine tutuklama - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - hukuka uygun tutma - haberleşmeye saygı hakkı - serbest seçim hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurunun tutulması ve aleyhindeki dava: Başvurucu Benedetto Labita, 46 kişiyi kapsayan soruşturmaya bağlantılı olarak, Trapani Mahkemesi'nin 18 Nisan 1992 tarihli tutuklama müzakeresi gereğince, 21 Nisan 1992'de yakalanıp tutuklanmıştır. Başvurunun mafya tipi bir örgüt üyesi olduğundan, mafya türü bir çetenin lideri olduğu düşünülen kayıbiraderine ait bir finans şirketini işlettiğinden kuşkulandırılmıştır. Başvurucu aleyhindeki isnatlar, itirafçı B.F.'nin başvuru hakkında daha sonra öldürülen G.D.'den aktardığı bilgiye dayandırılmıştır. Bu mahkeme, başvurunun faaliyetleriyle ilgili somut bilgi vermemesine rağmen itirafçının söylediklerini güvenilir bulmuş, tanık beyanlarına dayanan delillerin karartılmaması için tutuklamayı gerekli görmüştür. Başvurunun ilk

salıverilme talebi, 6 Mayıs 1992’de reddedilmiştir. Başvurucu, Palermo Cezaevi’nde ilk otuz beş gün boyunca tek başına tutulmuştur. Başvurucu, 20 Temmuz 1992’de Pianosa Cezaevi’ne nakledilmiştir. Başvurucunun 6 Mayıs 1992 tarihli karara karşı temyiz mahkemesine yaptığı başvuru, 2 Ekim 1992’de reddedilmiştir. Başvurucunun tutukluluk halinin devamı için yeterli sebep olmadığı gerekçesiyle soruşturma yargıcına yaptığı bir başka salıverilme talebi de, 29 Aralık 1992’de reddedilmiştir. Bu karara karşı itiraz, 8 Şubat 1993’te mafya tipi örgüte üye olmakla suçlanmanın tutukluluk halinin devamı için bir karine yarattığı ve salıverilmek istenen kişinin bu karineyi çürütmek için özel ve somut deliller göstermesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir. 8 Nisan 1993’te başvurucunun azami tutukluluk süresi savcının talebi üzerine uzatılmıştır. Bu arada diğer itiraflar, başvurucuyu tanımadıklarını söylemişlerdir. Tutukluluğun uzatılmasına dair savcının talebinin başvurucunun avukatına iletilmemiş olduğu, uzatma kararında olaya özgü olmayan ve genel gerekçeler gösterildiği düşüncesiyle yapılan itiraz 22 Haziran 1993’te reddedilmiştir. 2 Ekim 1993’te başvurucu aleyhine mafya tipi örgüte üyelik suçundan dava açılmıştır. Trapani Mahkemesi, 12 Kasım 1994 tarihli kısa kararın ardından 9 Şubat 1995 tarihli gerekçeli kararında başvurucunun beraatına ve başka bir suçtan tutuklu değilse salıverilmesine hükmetmiştir. Trapani Mahkemesi, başvurucu hakkındaki davanın sadece B.F.’nin ifadesine dayandığını, B.F.’nin de bu bilgiyi G.D.’den aldığını, onun da bu bilgiyi F.M.’den elde ettiğini belirtmiştir. Son iki bilgi kaynağının ölmesi, B.F.’nin ifadesinin doğrulanmasını imkânsız kılmaktadır. Doğru olan tek bilgi, başvurucunun söz konusu finans şirketinde çalışmış olduğudur; ancak başvurucunun şirketin yöneticisi veya mali sekreteri olarak çalıştığına dair bir delil yoktur. Aslında bu iddia, diğer tanıkların ifadeleri ve maddi delillerle tutarsızlık içindedir. Bu nedenle Bölge Mahkemesi, başvurucunun suçunun kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Bu hüküm, gece saat 10.00’da yüze karşı okunmuştur. Hükümün tefhimi için Trapani Mahkemesi’ne getirilen başvurucu, yine kelepçeli olarak gece 12.25’te Termini Imerese Cezaevi’ne getirilmiştir. Özel cezaevi rejimi gereğince, tutuklu ve hükümlülerin salıverilmeleri için orada bulunması gereken görevlinin o sırada bulunmaması nedeniyle, başvurucu ancak sabah 8.30’da salıverilebilmiştir. Beraat kararına savcının üst başvurusu, 14 Aralık 1995’te reddedilmiş ve bu karar 25 Haziran 1996’da kesinleşmiştir.

Başvurucunun Pianosa Cezaevi’nde tabi tutulduğunu iddia ettiği kötü muamele:
Öte yandan başvurucu, 20 Temmuz 1992 ile 29 Ocak 1993 arasında tutulduğu Pianosa Cezaevi’nde gördüğünü iddia ettiği çeşitli kötü muamelelerden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, sık sık tokatlandığını, bir keresinde başparmağından sakatlandığını, testislerinin sıkıldığını ve bütün mahpuslara bunun sistematik olarak uygulandığını, bir keresinde dövüldüğünü ve giydiği tutulum yırtıldığını, bunu protesto etmesi üzerine gelen gardiyanın kendisine hakaret edip vurduğunu ve gözlükleri ile ağızındaki protezin zarar gördüğünü, koridora bıraktıkları temizlik maddelerinin gardiyanlar tarafından yere dökülüp sulandırıldıktan sonra kaygan zeminde koşmaya zorlandıklarını ve düşenlere gardiyanlar tarafından vurulduğunu, düş alırken sık sık üstünün arandığını, doktora muayene olabilmek için uzun süre bekletildiğini ve muayene sırasında kelepçeli olarak tutulduğunu, gardiyanlar tarafından yapılan muameleleri avukatlarına ve başkalarına anlatmamaları için uyarıldıklarını, gardiyanların mahpuslardan başlarını önlerine eğmelerinin ve yere bakmalarının ve saygı göstermelerinin istendiğini, duruşmalara tamamen kapalı, havasız, ışsız araçlarla, yiyecek verilmeden kötü hijyen koşullarında götürülüp getirildiklerini söylemiştir. Cezaevi sağlık kayıtlarına göre, başvurucu 9 Eylül 1992’de diş protezinden şikâyetçi olmuş ve diş doktoruna sevk edilmiş, ayrıca Nisan 1993’te protezin yapılandırılması için diş doktoruna randevu için başvurulmuştur. Başvurucu dizlerindeki ağrılardan şikâyetçi olmuş, cezaevi yetkilileri 10 Ağustos 1993’te röntgen ve muayene için ortopedistten randevu istemiş, testlerin yapılmasından sonra 22 Eylül 1992’de muayene olmuş. 24 Mart 1995 tarihli bir sağlık raporuna göre, başvurucunun diz eklemlerinde kireç-

lenme kaydedilmiştir. 3 Nisan 1996'da yapılan tetkiklere göre, dizin sol dış yüzeyinde darbeden kaynaklanan iki küçük bere tespit edilmiştir. Başvurucu ve bir diğer mahpus, 2 Ekim 1993'te Trapani soruşturma yargıcı tarafından yapılan hazırlık duruşması sırasında, Pianosa Cezaevi'nde Ekim 1992'ye kadar 'işkence, zalimlik ve aşağılama' gibi çeşitli kötü muamelelere uğradıklarını iddia etmişlerdir. Yargıcın savcıya bunu ihbar etmesi üzerine, savcı soruşturma başlatmış, başvurunun ifadesinin alınmasını ve bundan sorumlu olan kişilerin kimliğinin belirlenmesine yardım edebilecek bilgi edinilmesini ve başvuru hakkındaki sağlık raporlarını istemiştir. 9 Mart 1995'te başvurunun ifadesi alınmış ve Pianosa Cezaevi'nde çalışan 262 gardiyanın fotoğraflarının fotokopisi gösterilmiştir. Fotokopilerden teşhiste bulunamayan başvuru, ilgili gardiyanı bizzat görmesi halinde onu teşhiste güçlük çekmeyeceğini belirtmiştir. Savcı, başka bir işlem yapmadan, sanıkların teşhis edilemedikleri gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi için 18 Mart 1995'te soruşturma yargıcına başvurmuş ve yargıç da 1 Nisan 1995'te bu kararı vermiştir. Öte yandan, Livorno infaz yargıcı, Ağustos 1992'de Pianosa Cezaevi'nde yaptığı teftişin ardından, bu cezaevindeki koşullar hakkında Adalet Bakanlığına ve ilgili diğer makamlara bir rapor sunmuştur. Bu rapora göre, temizlik dehşet verici bir biçimde kötüdür; mahpusların haberleşmeleri sansüre tabi olması gerekirken bütünüyle engellenmiştir; mahpuslar havalandırma avlusuna doğru koşmaya zorlanmışlar ve muhtemelen sopalarla bacaklarına vurulmuştur; mahpuslar, bazen sopalarla dövülmüşler ve başka türlü kötü muamelelere de tabi tutulmuşlardır; gardiyanlara karşı alınan tedbirin bir sonucu olarak durum yakın zamanlarda düzelmiştir. İnfaz yargıcının bu raporundan sonra yapılan bir başka araştırmaya göre, tutuklu ve hükümlülere karşı müessir fiil suçu ve görevi kötüye kullanma suçu zanlıları olarak, sadece iki gardiyan teşhis edilmiştir. Savcı, birincisiyle ilgili şikâyet bulunmadığı ve ikincisi de zamanaşımına uğradığı için takipsizlik kararı almak üzere yargıca başvurmuştur. Birincisi kabul edilmiştir; ikincisiyle ilgili soruşturma sürmektedir. 12 Aralık 1996 tarihli bir yazıya göre, Floransa'da infaz yargıcı, Pianosa Cezaevi'nde meydana gelen olayların, o günkü hükümet tarafından emredildiğini veya bunlara hoşgörü gösterildiğini söylemiştir. Bu yargıç, başvurunun nakil sırasındaki şartlarla ilgili iddialarının bütünüyle inanılır olduğuna ve mahpusların Pianosa Cezaevi'ne şüpheli ve usulsüz yöntemlerle nakledildiğine, bunun gerçek amacının da mahpusları yıldırma olduğuna kanaat getirmiştir. Bu yargıç ayrıca, Pianosa Cezaevi yüksek güvenlikli bölümünde, seçme yöntemine tabi tutulmamış olan ve kendilerine 'açık çek' verilmiş bulunan gardiyanların görevlendirildiğini kaydetmiştir. Bu mahkeme başkanının görüşüne göre, başlangıçta bunlar, cezaevinin bu bölümünün idaresinde istismar ve usulsüzlük yaratmıştır.

Başvurunun haberleşmesinin sansür edilmesi: Öte yandan Adalet Bakanı, 20 Temmuz 1993 tarihine kadar başvurucuya 1975 tarihli ve 354 sayılı kanunun 41 ek maddesinde belirtilen özel cezaevi rejiminin uygulanması için bir talimat çıkarmıştır. Cezaevleri İdaresi Kanunu'ndaki hakları askıya alan Bakanlık talimatı, şu kısıtlamaların uygulanmasını sağlamıştır: i) telefon kullanma yasağı; ii) bütün örgütlerle ve diğer mahpuslarla haberleşme yasağı; iii) gelen ve giden bütün mektupların sansürü; iv) üçüncü kişilerle görüşme yasağı; v) aile üyeleriyle görüşmenin kısıtlanması (ayda bir saat); vi) belirlenen miktar üzerinde para alma ve gönderme yasağı; vii) çamaşır paketi dışında dışarıdan gönderilen paketleri alma yasağı; viii) kültürel, eğlence ve sportif faaliyetler düzenleme yasağı; ix) mahpus temsilciliği için seçimlere aday olma ve oy verme yasağı; x) sanatsal ve el işleri faaliyetlerine katılma yasağı; xi) pişirilmeyi gerektiren yiyecek satın alma yasağı; xii) hücre dışında iki saatten fazla kalma yasağı. Bu tedbirler, daha sonra bir altı ay daha, 31 Ocak 1995 tarihine kadar uzatılmıştır. Başvurunun 13 mektubu sansürden geçirilmiştir.

Başvurucuya uygulanan adli kontrol (özel gözetim) tedbirleri: Başvurucu, daha henüz tutukluysen, 10 Mayıs 1993'te hakkında adli kontrol tedbirlerinin uygulanmasına karar

verilmiştir. Başvurucunun adli kontrol kararına karşı üst başvurusu, 7 Aralık 1993'te, temyiz talebi 3 Ekim 1994'te reddedilmiştir. Önleyici tedbirlerin uygulanması yargılamanın sonuna kadar askıya alınmış, başvuru hakkında Trapani Bölge Mahkemesi tarafından beraat kararı verilmesinin ardından, 19 Kasım 1994'ten itibaren yürürlüğe konmuştur. Başka şeylerin yanında, başvurucudan şunlar istenmiştir: i) kendisini gözetim altında tutan yetkililere haber vermeden evden çıkmama; ii) onurlu bir yaşam sürme, kuşku uyandırmama; iii) sabıkası bulunan veya önleyici veya güvenlik tedbirlerine tabi olan kimselerle ilişki kurmama; iv) geçerli bir sebep göstermedikçe ve her halükarda kendisini gözetim altında tutan yetkililere haber vermedikçe, sabah altıdan önce evden ayrılmama ve akşam 8'den daha geç eve dönmeme; v) silah bulundurmama ve taşımama; vi) barlara gitmeme veya halk toplantılarına katılmama; vii) önleyici tedbirler çerçevesine getirilen bütün yükümlükleri gösteren belgeyi ve mahkeme kararının bir kopyasını her zaman üzerinde taşıma; viii) her Pazar sabah 9 ile öğle 12 arasında ilgili polis karakoluna gelme. Başvurucu hakkındaki adli kontrol tedbirleri 18 Kasım 1997'de son bulmuştur.

Oy kullanma hakkından mahrumiyet: Alcamo Beldesi Seçim Kurulu, başvurucuya uygulanan adli kontrol tedbirlerinin bir sonucu olarak, medeni haklarını kullanmaktan yasaklandığı gerekçesiyle, başvurucunun seçmen kütüğünden çıkarılmasına karar vermiştir. Bu karara karşı başvurucunun itirazı reddedilmiştir. Seçim Komitesi, 11 Aralık 1997'de başvurucuyu yeniden Alcamo seçmeni olarak kaydetmiştir.

'Haksız' tutuklama için tazminat: Başvurucu, 4 Şubat 1997'de Palermo Üst Mahkemesi'ne başvurarak, 14 Aralık 1995 tarihli beraat kararının da gösterdiği gibi 'haksız' olan 21 Nisan 1992 ile 12 Kasım 1994 tarihleri arasındaki tutukluluğu için, Ceza Muhakemesi Kanununun 314 ve 315. maddeleri uyarınca tazminata hükmedilmesini istemiştir. Üst Mahkeme, 20 Ocak 1998 tarihinde verdiği ve 23 Ocak 1998'de yazılan kararında başvurucunun bu talebini kabul etmiştir. Bu mahkeme, tutukluluk süresinin uzunluğunu ve sert koşullarını, ayrıca bu koşulların başvurucunun itibarını zedelenmiş olmasını ve ailesinin ziyaret için uzun yolculuklar yapmış olmalarını dikkate alarak, başvurucuya 64 milyon İtalyan Lireti ödenmesine hükmetmiştir.

Başvurucu, 10 Nisan 1994 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 3., 5., 6. ve 8. maddeleri ile Birinci Protokol'ün 3. maddesinin ve Dördüncü Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon, 20 Ekim 1997'de başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuş, 29 Ekim 1998 tarihli raporunda Sözleşme'nin bazı maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

A. Pianosa Cezaevinde kötü muamele yapıldığı iddiası

[112–118]: Başvurucu, Pianosa Cezaevi'nde tutulmasının ilk aylarında Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleye tabi tutulduğundan şikâyet etmiştir. Hükümet, başlangıçta Komisyon önünde şöyle demiştir: 'Bu müessif muameleler, bazı gardiyanlar tarafından kendi başlarına yapılmış olup, bu muameleler genel politikanın bir parçası olarak görülemez. Suç oluşturan bu tür önceden görülemeyen ve istenmeyen ve cezalandırılması gereken davranışlar, devletin sorumluluğunu doğurmaz; devlet tam tersine, bu tür olayların zayıflattığı hukukun üstünlüğünü yeniden tesis etmek için, adli makamlarıyla duruma müdahale etmiştir.' Ne var ki Hükümet, Mahkeme önündeki duruşmada, şu savunmada bulunmuştur: ikna edici bir sağlık raporunun bulunmaması nedeniyle, bu davaya konu şiddetin Sözleşme'nin 3. maddesinin aradığı ağırlıkta bulunduğu söylenemez.

“119. Mahkeme’nin birçok kez söylediği gibi, Sözleşme’nin 3 maddesi, demokratik toplumun en temel değerlerinden birini içermektedir. Sözleşme, terörle ve örgütlü suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile, işkenceyi ve insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır. Sözleşme’nin 3 maddesi, Sözleşme ile Birinci ve Dördüncü Protokollerde yer alan maddi hükümlerden farklı olarak, bir istisna getirmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile 15(2). fıkraya göre yükümlülük azaltılmasına izin vermemektedir (*Selmouni, §95; ve Assenov ve Diğerleri, §93*). Mağdurun eylemi ne olursa olsun, Sözleşme işkenceyi ve insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı mutlak bir biçimde yasaklamaktadır (*Chahal, §79*). Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından, başvurusunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin hiçbir önemi yoktur.

120. Mahkeme, kötü muamelenin Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini hatırlatır. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi göreceli olup, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın bütün koşullarına bağlıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kişiye, kendi davranışının kesinlikle gerektirmediği fiziksel güç uygulanması, insan onurunu zedeler ve bu eylem, kural olarak Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal eder (*Tekin, §52-53; ve Assenov ve Diğerleri, §94*). Mahkeme, bir muameleyi, önceden tasarlanmış olduğu, saatler boyunca uygulandığı ve fiziksel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal acıya sebep olduğu için ‘insanlıkdışı muamele’ ve ayrıca mağdurlarda korku, üzüntü ve kendini bayağı hissetme duyguları uyandırmaya yetecek kadar utandırıcı ve küçültücü olduğu için ‘aşağılayıcı muamele’ olarak kabul etmiştir. Bir ceza veya muamelenin ‘insanlıkdışı’ veya ‘onur kırıcı’ sayılabilmesi için, bu muameledeki elem veya ıstırapın her halükarda meşru muamele veya cezanın içinde kaçınılmaz olarak bulunan elem ve ıstırap unsurunun ötesine geçmiş olması gerekir. Muamelenin mağduru utandırma veya aşağılama amacına sahip olup olmadığı, dikkate alınması gereken bir başka faktördür (*V. - Birleşik Krallık, §71; ve Raninen, §55*); ancak böyle bir amacın bulunmaması, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline dair bir sonucu kesin olarak ortadan kaldırmaz.

121. Kötü muamele konusundaki iddialar, uygun delillerle desteklenmelidir (*Klaas, §30*). Mahkeme, bir delilin değerlendirilmesinde ‘makul kuşkunun kalmaması’ şeklindeki kanıtlanma standardını kabul etmektedir; ancak Mahkeme böyle bir kanıtlamaya yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamalardan veya aynı biçimde çürütülememiş karinelere dayanarak varılabileceğini eklemektedir (*İrlanda - Birleşik Krallık, §161/son*).

122. Bu davada başvuru tarafından şikâyet edilen kötü muamele, bir yandan tokatlanma, darp edilme, testis sıkıştırılması ve sopayla vurma, diğer yandan hakaret, gereksiz beden araması, sağlık muayenesi sırasında kelepçeli tutma gibi utandırma eylemleri içermektedir.

123. Mahkeme, ilk önce, Hükümetin duruşmada başvuru tarafından dayanılan maddenin gerektirdiği ağırlık düzeyine ulaşmış bir muamelenin varlığını gösteren bir tıbbi delil bulunmadığını savunduğunu gözlemlemektedir. Her ne kadar yargılamanın ilk aşamalarında bu iddia ileri sürülmemiş ise de, Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesi ihlalinin önemi ve ağırlığını göz önünde tutarak, bu iddiayı incelemek zorundadır.

124. Hükümete göre, başvuru, kötü muamele konusundaki iddialarını desteklemek üzere önemli bir delil gösterememiş, özellikle Temmuz ve Eylül 1992 arasında Pianosa Cezaevi’ndeki gardiyanların kendisini tabi tuttıkları kötü muameleyi ayrıntılı bir biçimde anlatmamıştır. Başvuru, o dönemde Pianosa Cezaevi’nde yaygın olduğunu söylediği bir durumu anlatmakla ve ceza infaz yargıcının 12 Aralık 1996 tarihli raporuna

dayanmakla yetinmiştir. Aslında bu konuda başvuru tarafından delil olarak gösterilen Pianosa Cezaevi sağlık kayıtları, 24 Mart 1995 tarihli bir sağlık raporu, başvurucaunun diz röntgeninin 3 Nisan 1996 tarihli sonuçları ve başvurucaunun sağlık durumuyla ilgili 20 Mart 1996 tarihli bir belge, bu boşluğu doldurmak için yeterli değildir. Cezaevinin sağlık kayıtlarında, başvurucaunun protez dişiyle ilgili sorunlarının gardiyanların attığı yumruk nedeniyle meydana geldiğini gösteren hiçbir bilgi yoktur. Başvuruca, kötü muamelemin 1992 Eylül'ünün sonunda önemli oranda düştüğünü ve sona erdiğini söylediği halde, dizleriyle ilgili olarak 10 Ağustos 1993'e kadar bir sağlık muayenesi talep etmediği de göz önünde tutulacak olursa, dizlerindeki sorunlara kötü muamelemin sebep olduğunu gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Dahası, başvurucaunun psikolojik rahatsızlıklardan şikâyetçi olduğunu söyleyen rapor, olaylardan yaklaşık üç buçuk yıl sonrasına ait olup, olaylarla ilgili bir nedensellik ilişkisine işaret etmemekte, sadece rahatsızlıkların üç yıl kadar önce, yani şikâyet konusu olayların sona erdiği tarihten sonra başladığını belirtmektedir.

125. Mahkeme, tutuklu ve hükümlülerin cezaevi gardiyanlarının yaptıkları kötü muamelelere ilişkin delil elde etmelerinin güç olabileceğini kabul etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Pianosa Cezaevi'ndeki gardiyanların bu muamelelerin açığa vurulması halinde, mahpuslara misillemede bulunma tehdidiyle baskı uyguladıklarını başvurucaunun iddia ettiğini kaydeder. Bununla beraber Mahkeme, ilk olarak, başvurucaunun, örneğin bir doktora çıkma talebinin reddedildiğini söylemediğini kaydeder. Ayrıca başvuruca, özellikle salıverilmek için avukatı vasıtasıyla adli makamlara birçok kez başvurmuştur; bu başvurular Eylül 1992'den kısa bir süre sonra, yani söz konusu kötü muamelemin zayıflaması ve hatta sona ermesinden kısa bir süre sonra yapılmıştır. Ne var ki başvuruca, 2 Ekim 1993'teki hazırlık duruşmasına kadar, bu muameleden şikâyetçi olmamıştır. Başvuruca, bu uzun gecikme konusunda bir açıklamada bulunmamıştır.

126. Mahkeme, ceza infaz yargıcının 12 Aralık 1996 tarihli raporunu incelemiştir; bu raporu Komisyon'a sunan Hükümetin kendisidir. Mahkeme, bu raporda eleştirilen konuların ciddiliğini hafife almamakla birlikte, raporun somut ve doğrulanabilir olaylara dayanmayan, genel değerlendirmelerden ibaret olduğunu gözden uzak tutamaz. Bu nedenle, bu raporu önemli bir delil olarak kabul etmek mümkün değildir.

127. Bu şartlarda Mahkeme, başvurucaunun Pianosa Cezaevi'nde fiziksel ve ruhsal kötü muameleye tabi tutulduğu iddiasıyla ilgili materyalin, böyle bir sonuca ulaşmak için yeterli olmadığını düşünmektedir.

128. Livorna ceza infaz yargıcının 5 Eylül 1992 tarihli raporunda, söz konusu dönemde Pianosa Cezaevi'ndeki genel şartlarla ilgili olarak anlattıkları da, Mahkeme'nin vardığı bu sonucu olumsuzlamamaktadır. Söz konusu raporda, doğrudan başvurucaunun durumuyla ilgili hiçbir delil yer almamaktadır; raporda anlatılan kötü muamelelerin ağırlığı ve boyutu, cezaevi yetkilileri tarafından yapılan incelemelerin ardından daha düşük bir düzeye indirilmiştir.

129. Sonuç olarak, Mahkeme'nin önündeki deliller, başvurucaunun Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girecek yeterli ağırlıkta bir muameleye tabi tutulduğunu hiçbir makul kuşku kalmayacak şekilde tespitini mümkün kılmadığından, Mahkeme iddia edilen kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterli delil bulunmadığını kabul etmektedir.”

B. Yürütülen soruşturmanın niteliği

“**130.** Mahkeme'ye göre, başvurucaunun Trapani soruşturma yargıcı önünde 2 Ekim 1993 tarihli duruşmada verdiği ifade ile 5 Ocak 1994 tarihinde polise verdiği ifade birlikte ele alındığında, başvurucaunun Pianosa Cezaevi'nde uygunsuz bir muameleye tabi tutuldu-

ğundan kuşkulanan için makul bir neden bulunduğu gözlenmektedir. Söz konusu dönem içinde Pianosa Cezaevi'ndeki tutma koşullarının medyanın ilgi odağı olduğu ve diğer mahpusların da başvurusunun anlattığı muamelelere benzer muamelelerden şikâyetçi oldukları ve böylece başvurusunun iddialarına ek bir inanırılık kazındırdığı unutulmamalıdır.

131. Mahkeme'ye göre, bir kimsenin, polisin veya devletin benzer görevlilerinin elinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muameleye uğradığına dair inanılır bir iddia ileri sürmesi halinde, Sözleşme'nin 3. maddesi, 'Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri egemenliği altında bulunan herkes için güvence altına alır' diyen Sözleşme'nin 1. maddesi ile birlikte okunduğunda, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirir. Sözleşme'nin 2. maddesiyle ilgili bir soruşturma gibi (*bk. Sözleşme'nin 2. maddesiyle ilgili olarak, McCann ve Diğerleri, §161; Kaya, §86; ve Yaşa, §98*), bu tür bir soruşturmanın da sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına yol açacak yeteneğe sahip olması gerekir. Aksi takdirde işkence, insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele konusundaki genel hukuki yasak, temel bir öneme sahip olmasına rağmen, uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin, kontrolleri altında tuttıkları kişilerin haklarını fiili bir muafiyetle ihlal etmeleri mümkün olur (*Assenov ve Diğerleri, §102*).

132. Mahkeme, hazırlık soruşturması sırasında soruşturma yargıcının başvurusunun kötü muamele iddialarını yetkili savcılığa bildirmesinden sonra, bu iddialar hakkında devlet makamlarının belirli bir soruşturma yaptıklarını kaydeder. Ne var ki bu soruşturmalarla Sözleşme'nin 3. maddesinin yukarıda belirtilen gerekleri yeterli ölçüde dikkatli ve etkili bir biçimde yerine getirilmiş olmamaktadır.

133. Mahkeme, öncelikle, Livorna Savcılığı tarafından yapılan soruşturmanın çok yavaş ilerlediğini gözlemlemektedir: Başvurusunun polis tarafından ifadesinin alındığı 5 Ocak 1994 tarihinden, sorumluların teşhisi için kendisine gün verilene kadar on dört ay geçmiştir. Bu dönem içinde yapılan tek işlemin, Pianosa Cezaevi'nde çalışmış gardiyanların fotoğraflarının fotokopilerinin (baskılarının değil) temin edilmesi olduğu dosyadan anlaşılmaktadır. Hatırlanacağı gibi, başvuru, bu dönem boyunca Pianosa Cezaevi'nde tutuklu kalmıştır.

134. Mahkeme, başvurusunun 9 Mart 1995'te söz konusu gardiyanları şahsen görmesi halinde tanıyabileceğini tekrarlamasına rağmen, bunun için herhangi bir şey yapılmamış olmasını ve bundan sadece dokuz gün sonra sorumlular teşhis edilemediği için iddiaların temelsiz olduğu gerekçesiyle savcının takipsizlik kararı verilmesini istemiş olmasını ve bu kararın verilmiş olmasını çarpıcı bulmaktadır.

135. Başvurusunun şikâyeti münferit bir olay olmadığından, İtalyan makamlarının bu hareketsizliği daha da üzüntü vericidir. Pianosa Cezaevi'ndeki gardiyanlar tarafından yapılan tartışmalı uygulamalar, devlet yetkilileri tarafından bile kınanmıştır.

136. Başvurusunun Pianosa Cezaevi'nde tutulurken gardiyanların kötü muamelesine uğradığına dair inanılır iddiaları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığını dikkate alan Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

C. Pianosa Cezaevinden nakillerin insanlıkdışı ve onur kırıcı nitelikte olduğu iddiası

“**137.** Başvuru ayrıca, mahpusların Pianosa Cezaevinden başka cezaevlerine nakil koşullarının insanlıkdışı ve onur kırıcı olduğunu iddia etmiştir.

138. Ne var ki Mahkeme, başvurusunun Pianosa Cezaevinden kaç kez ve hangi tarihlerde nakledildiğine ve bu nakillerin hangi koşullarda gerçekleştiğine dair ayrıntılı bilgi vermediğini gözlemlemektedir. Başvuru nakil koşulları hakkında yetkili makamlara şikâyette de bulunmamıştır. Komisyon gibi Mahkeme'de sonuç olarak bu konuda Sözleşme'nin

ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli delil bulunmadığını kabul etmektedir.”

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

139. Başvurucu tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyet etmiş ve Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

140. Komisyon bu görüşe katılırken, Hükümet itiraz etmiştir.

A. Mağdurluk statüsünün kaybı

“141. Hükümet, tutuklulukta geçirdiği süre için Palermo Üst Mahkemesinin başvurucuya tazminat ödenmesine hükmetmiş olması nedeniyle, davalı devletin en azından özü itibarıyla Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalini kabul ettiğini ve bir giderim sağladığını savunmuştur. Buna göre başvurucu artık bu ihlalin mağduru olduğunu iddia edemez.

142. Mahkeme *Amuur* ve *Dalban* davalarında (*Amuur*, §36; ve *Dalban*, §44) şunu hatırlatmıştır: ‘Ulusal makamlar, açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme’ye aykırılığı kabul edip bir giderim sağlamadıkça, başvurucu lehine olan bir karar veya tasarruf kural olarak başvurucunun mağdurluk statüsünü kaldırmak için yeterli değildir.’

143. Bu olayda, Palermo Üst Mahkemesi tarafından 20 Ocak 1998’de verilen ve 23 Ocak 1998’de yazılan kararda başvurucunun haksız tutukluluk nedeniyle tazminat talebi kabul edilmekle birlikte, mahkeme bu kararını ‘kesin kararlar beraat eden herkese’ tazminat alma hakkı tanıyan Ceza Muhakemesi Kanununun 314(1). fıkrasına dayandırmıştır. Tutukluluk, beraat kararının bir sonucu olarak ‘haksız’ sayılır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 314(1). fıkrasına göre verilen tazminat kararı, tutukluluğun Sözleşme’nin 5. maddesindeki şartları taşımadığı anlamına gelmez. Tazminatın hesaplanmasında başvurucunun tutukluluk süresinin uzunluğu dikkate alınmışsa da, söz konusu kararda tutukluluk süresinin aşırı olduğuna dair açık ve ima yollu bir kabul bulunmamaktadır.

144. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucuya tutuklulukta geçirdiği süreyi karşılamak amacıyla bir ödeme yapılmış olmasına rağmen, başvurucunun Sözleşme’nin 34. maddesine göre 5(3). fıkrasının ihlalinden ötürü ‘mağdur’ olduğunu iddia edebileceğini kabul etmektedir.”

B. Şikâyetin esası

1. Dikkate alınacak dönem

“145. Taraflar ve Komisyon dikkate alınacak sürenin, başvurucunun tutuklandığı 21 Nisan 1992 tarihinde başladığında hem fikirdirler. Öte yandan Hükümet tutukluluk süresinin, ilk derece mahkemesinin kararını verdiği 12 Kasım 1994 tarihinde (bk. yukarıda parag. 23) sona erdiğini ileri sürmüştür.

147. Mahkeme, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasında sözü edilen dönemin sonunun, “ilk derece mahkemesi tarafından bile olsa isnadın karara bağlandığı gün” olduğunu (bk. 27.06.1968 tarihli Wemhoff – Almanya kararı, parag. 9 [parag. 54]) hatırlatır. Bu nedenle Sözleşme’nin 5(3). fıkrası bakımından başvurucunun tutukluluğu 12 Kasım 1994 tarihinde sona ermiştir.

148. Buna göre dikkate alınacak süre hemen hemen iki yıl yedi ay sürmüştür.”

2. Tutukluluk süresinin makullüğü

(a) Mahkeme önüne çıkanların görüşleri

“149. Başvurucu tutukluluk süresinin Sözleşme’nin 5(3). fıkrası bakımından haklı görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre hakkındaki suçlama bir itirafçının

(pentito) gerçek dışı iddialarına dayandığı için, aleyhinde ciddi bir delil yoktur. İtalyan yetkililerinin mafya örgütünü çökertmek üzere çaba göstermek istedikleri sırada mafyaya mensup olmakla suçlandığı için yeterince şanssızdır. Hiçbir sabıkası da bulunmadığı için, salıverilmekten başka bir ihtimal yoktu.

150. Hükümet, başvurunun tutukluluk süresinin uzun olduğunu kabul etmiş, ancak başvuru aleyhindeki delillerin ağırlığının bunu haklı kıldığını savunmuştur. Hükümete göre bu olaydaki gibi mafya bağlantılı suçlarla ilgili bir olayda yetkililerin kaçınılmaz olarak çok uzun ve karmaşık soruşturmalar ile duruşmaları kapsayan, aşırı ölçüde dikkatli ve tam bir araştırma yapmakla yükümlü olduklarını ileri sürmüştür.

151. Komisyon'a göre soruşturma uzadıkça, yetkililerin elinde başvurunun kaçması, yeniden suç işlemesine veya delilleri karartabileceğine dair varsayılan tehlikelerle ilgili somut ve özgün kanıtların bulunması gerekir. Ceza Usul Kanununun 273. maddesinden doğan karine tek başına, başvurunun bu kadar uzun süre tutuklu kalmasını haklı göstermemektedir.

Yine Komisyon'a göre söz konusu yargılama, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gerektirdiği şekilde hızlı yürütülmemiştir. Başvuru aleyhindeki deliller çok zayıf olmasına rağmen, Hükümet yapılmış olması gereken ve fiilen de yapılmış olan işlemlerden söz etmeksizin sadece genel terimlerle, bankacılık ve mali konulardaki soruşturmaların karmaşıklığını ileri sürmekle yetinmiştir."

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(i) Mahkeme içtihatlarında ortaya konan ilkeler

152. Mahkeme'nin içtihatlarına göre bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığı soyut olarak (in abstracto) değerlendirilemez. Bir sanığın tutukluluğun makul olup olmadığı, her olayın şartlarına göre değerlendirilmek zorundadır. Bir olayda tutukluluk ancak, masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına karşı ağır basan, gerçek bir kamu yararının bulunduğu olaya özgü belirtilerin varlığı halinde haklı görülebilir (*W. – İsviçre, §30*). Bir olayda bir sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk önce ulusal yargısal makamlara düşen bir görevdir. Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları incelemek ve bunları başvurunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar. İşte Mahkeme, bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvurunun itirazlarında sözü edilen gerçek olaylara dayanarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verir.

153. Bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) şarttır; ancak belirli bir süre geçtikten sonra bu yeterli olmaz. Mahkeme, bu gibi durumlarda, tutukluluğun devamını haklı kılmak için yargısal makamlar tarafından başka gerekçeler gösterilip gösterilmediğini belirlemelidir. Bu gerekçelerin 'ilgili' ve 'yeterli' olması halinde, Mahkeme, ulusal makamların tutuklu işe muhakeme sırasında 'özel bir özen' gösterilip göstermediklerini tespit etmelidir (*Contrada, §54; ve I.A. – Fransa, §102*)."

(ii) İlkelerin olaya uygulanması

154. Mahkeme, başvurunun 6 Mayıs 1992, 29 Aralık 1992 ve 8 Şubat 1993 tarihli salıverilme taleplerinin ardından, kendisinin tutuklu kalmasının gerekip gerekmediğini yetkili makamlar tarafından incelediğini gözlemlemektedir. Yetkili makamlar ayrıca 22 Haziran 1993'te azami tutukluluk süresinin geçip geçmediğini ele almışlardır (bk. yukarıda parag. 14-20).

Yetkili makamlar başvuruçunun salıverilme taleplerini reddederken, suçluluğu hakkında kuvvetli delil bulunmasına, tanıklara baskı yapma tehlikesine ve delilleri karartma tehlikesine dayanmışlardır. Yetkili makamlar aynı zamanda Ceza Usul Kanununun 275(3). fıkrasında varolan karineye (bk. yukarıda parag. 87) de dayanmışlardır.

Yetkili makamlar tutukluluk süresini uzatırlarken de delillerin karartılma tehlikesini, sanığın tehlikeli bir kişi olmasını, olayın karmaşıklığını ve çokça karmaşık banka işlemleri üzerinde araştırma gereği gibi soruşturmanın gereklerini gerekçe göstermişlerdir.

(ia) Başvuruçunun hakkında makul kuşkunun devam edip etmediği

155. Mahkeme ‘makul kuşku’ konusunda, bir başvuruçunun hakkında suç isnadında bulunulmamış veya bir mahkeme önüne çıkarılmamış olmasının, tutmanın zorunlu olarak Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine uygun olmayan bir amaca sahip bulunduğu anlamına gelmeyeceğini hatırlatır. Böyle bir amacın bulunup bulunmadığı, amacın gerçekleşmiş olmasından bağımsız olarak incelenir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, polislin gözaltına alma anında veya başvuruçunun tutulu bulunduğu sırada başvuruçunun hakkında dava açılmasını gerektirecek kadar yeterli delil toplamış olmasını zorunlu kılmaz (*Erdagöz, §51; ve Brogan ve Diğerleri, §53*).

Bununla birlikte bir olayda makul kuşkunun bulunması için, bir kimsenin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek olayların veya bilgilerin bulunması zorunludur (*Erdagöz, §51/son; ve Fox, Campbell ve Hartley, §32*).

156. Bu olayda başvuruçunun aleyhindeki iddiaların tek kaynağı, başvuruçunun mafya türü bir örgütün mali işlerine baktığını dolaylı bir biçimde öğrendiğini 1992’de söylemiş olan bir itirafçısıdır. Yetkililere göre Mayıs 1992’de söz konusu itirafçısının ifadelerinin genel olarak inandırıcılığı ve güvenilirliği dikkate alındığında, başvuruçunun tutuklu kalması için yeterli bir delil oluşturmuştur (bk. yukarıda parag. 12).

157. Mahkeme, İtalyan makamlarının Mafya ile mücadelesinde itirafçıların işbirliğinin çok önemli bir silah olduğunu farkındadır. Ne var ki, itirafçılar tarafından verilen ifadelerin kullanılması zor problemler de doğurmaktadır; çünkü bu tür ifadeler, nitelikleri gereği manüvaya açık olup, İtalyan hukukunun itirafçılara tanıdığı avantajları elde etmek amacıyla veya kişisel intikam duygularıyla verilmiş de olabilirler. Bu tür ifadelerin bazen muğlak olabileceği ve bir kimsenin ilgisiz olmasına bile doğrulanmamış iddialara dayanılarak sanık duruma sokulabilme ve gözaltına alınabilme riski hafife alınmaz (*Contrada, no. 27143/95, Komisyon’un 14 Ocak 1997 tarihli kararı, DR, c. 88-B, s. 112*).

158. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin de kabul ettiği gibi, itirafçı ifadelerinin başka delillerle desteklenmesi zorunludur. Ayrıca, duyum (hearsay), mutlaka objektif delillerle desteklenmelidir.

159. Mahkeme’ye göre, bunlar bir tutukluluğun uzatılmasına karar verileceği zaman özellikle geçerlidir. Bir zanlı, muhakemenin başında itirafçısının ifadelerine dayanılarak geçerli bir biçimde tutulabilir; ancak zaman geçtikçe ve özellikle soruşturma sırasında yeni delil ortaya çıkarılmamış ise, bu ifadelerin olayla ilgisi azalır.

160. Bu olayda Mahkeme, Trapani Bölge Mahkemesinin ve Palermo Üst Mahkemesinin başvuruçuyu beraat ettiren kararlarında, B.F.’nin duyup aktardıklarını destekleyecek hiçbir delil bulunmadığını belirttiklerini kaydeder. Öte yandan B.F.’nin temel bilgi kaynağı olan kişi 1989’da ölmüştür, ki bu kişide sorgulanmadan önce öldürülen bir başka kişiden duyduklarını aktarmıştır. Dahası, B.F.’nin ifadeleri, soruşturma sırasında başvuruçuyu tanımadıklarını söyleyen bir başka itirafçısının ifadesiyle çelişmektedir (bk. yukarıda parag. 18).

161. Bu şartlarda başvuruçunun iki yıl yedi ay gibi uzun tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından haklı görülebilmesi için çok zorlayıcı gerekçeler bulunması gerekirdi.

(ib) Tutukluluğun devamı konusunda 'diğer gerekçeler'

162. Ulusal mahkemeler tanıklara baskı ve delilleri karartma risklerinden, başvuruçunun tehlikeli olmasından, olayın karmaşıklığından ve soruşturma gereğinden söz etmişlerdir. Yine bu mahkemeler, Ceza Usul Kanununun 275(3). fıkrasındaki karineye dayanmışlardır (bk. yukarıda parag. 87).

163. Söz konusu kararlarda gösterilen gerekçeler çok genel olmakla birlikte, Mahkeme bu gerekçelerin en azından başlangıçta makul olduklarını gözlemlemektedir. Yargısal makamlar bir bütün olarak mahpuslara değinmişler ve suçun niteliğinden soyut olarak söz etmekle yetinmişlerdir. Ulusal mahkemeler dayandıkları risklerin gerçekten varlığını gösterebilecek herhangi bir unsura işaret etmemişler ve suç kaydı bulunmayan ve savcının bu olayda hakkında üç yıl hapis cezası istemiş olması nedeniyle mafya türü örgütte ufak bir rolü olduğu söylenen başvuruçunun tehlikeli bir kişi olduğunu ortaya koymamışlardır. Gerekçelerde başvuruçunun suçlamaların dayandığı delillerin zamanla güçlenmek yerine zayıfladığı dikkate alınmamıştır.

164. Buna göre Mahkeme, şikâyet konusu kararlarda sözü edilen sebeplerin, başvuruçunun iki yıl yedi ay tutuklu tutulmasını haklı kılmaya yeterli olmadığını kabul etmektedir.

165. Kısaca söz konusu tutukluluk, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal etmiştir.

III. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruçunun beraat ettikten sonra hukuka aykırı olarak on iki saat daha tutulduğunu ileri sürmüştür.

“170. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki özgürlük hakkına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve bu istisnaların sadece dar bir yorumunun, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun kalmamasını sağlamak olan maddenin amacına uygun olduğunu hatırlatır (*Giulia Manzoni, §25; ve Quinn, §42*).

171. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin amacı bakımından bir tutukluluğun haklılığı, 'suç isnadının karara bağlandığı gün' sona erer ve bu nedenle beraat kararından sonra tutma bu madde içinde yer almaz; ancak tutulan bir kimsenin salıverilmesi ile ilgili bir kararın icra edilmesinde biraz gecikme olması genellikle kaçınılmazdır; ancak bu gecikme asgari düzeyde kalmalıdır (*Giulian Manzoni, §25 son*).

172. Bununla birlikte Mahkeme, bu olayda başvuruçunun salıverilmesindeki gecikmenin, idari formaliteleri yerine getirme gereğine sadece kısmen atfedebileceğini gözlemlemektedir. Başvuruçunun gece 12.25'ten 13 Kasım 1993 sabahına kadar salıverilmesindeki ek gecikmeye memurun yerinde bulunmaması sebep olmuştur. Ancak bu memurun gelmesinden sonra başvuruçunun tutuklu kalması için başka bir sebep bulunup bulunmadığına bakmak ve salıverme için diğer idari formaliteleri yoluna koymak mümkün olmuştur.

173. Bu koşullarda başvuruçunun Termini Imerese Cezaevi'ne geri getirildikten sonra tutulmasının devam etmesi, kendisinin salıverilmesine dair kararın icrası için bir ilk adım olmayıp, Sözleşme'nin 5(1)(c). fıkrasına girmemektedir.

174. Buna göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

...

VIII. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 75 milyon Liret, ücretler ve masraflar için 6 milyon Liret ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Sekize karşı dokuz oyla, başvurunun Pianosa Cezaevinde kötü muameleye uğradığı iddiası bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Oybirliğiyle, bu iddialar hakkında etkili bir resmi soruşturma yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Pianosa Cezaevinden nakil koşulları bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
4. Oybirliğiyle, başvurunun tutukluluk konusunda başvurunun Sözleşme'nin 34. maddesine göre "mağdur" olduğunu iddia edebileceğine;
5. Oybirliğiyle, tutukluluk süresinin uzunluğu bakımından Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
6. Oybirliğiyle, başvurunun 13 Kasım 1994 günü gece 12:25'ten sonra tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
7. Oybirliğiyle, başvurunun haberleşmesinin sansür edilmesi bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;
8. Oybirliğiyle, başvurunun avukatlarıyla haberleşmesinin sansür edilmesini Sözleşme'nin 6(3). fıkrası bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
9. Oybirliğiyle, başvurucuya uygulanan önceleyici tedbirler nedeniyle Dördüncü Protokolün 2. maddesinin ihlaline;
10. Oybirliğiyle, başvurunun seçme hakkından yoksun bırakılması nedeniyle Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlaline;
11. Oybirliğiyle, ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

[Mahkeme heyetindeki 17 yargıçtan 8 yargıç 3. maddeye ilişkin karara karşı oy kullanmışlardır. Muhalif kalan yargıçlara göre: "... bu olayda delilleri değerlendirmek için kullanılan standardın yetersiz, belki de mantıksız ve hatta işe yaramaz olduğu, çünkü etkili bir soruşturmanın yapılmamış olması nedeniyle başvurunun delil toplamasının engellendiği ve yetkililerin dahi haklarında kötü muameleden şikâyetçi olunan gardiyanları ortaya çıkaramadıkları görüşündeyiz. Eğer devletler bundan böyle Mahkeme'nin bu tür davalarda yeterli delil isteyerek kötü muamele iddialarını incelemekten kaçınacağını dikkate alacak olurlarsa, bu tür iddiaları soruşturmamakta yarar göreceklere ve böylece başvuru sahipleri 'makul kuşkuya yer bırakmayan' delilden mahrum edeceklerdir. Bazı davalarda usul yaklaşımının hem yararlı ve hem de gerekli olduğunu kabul etsek bile, incelenmekte olan bu gibi durumlarda bir devletin sorumluluğunu sadece usul yükümlülüklerini ihlal tespitiyle sınırlayabilecektir ki, bunun da kötü muamele yasağının ihlalinden daha az ağır olduğu açıktır. Buna ek olarak, Mahkeme'yi Sözleşme'nin 3. maddesini usul yönünden bir ihlal bulmaya götüren şeylerin (bk. aşağıda, parag. 130-135), maddi yönden de bir ihlal tespiti için yeterli derecede açık ve ortada olduğunu düşünüyoruz. Mağdur hapisteye olduğu için olayların bir kısmının veya tamamının sadece yetkililer tarafından bilindiği yerde, yaralanmaların ve kötü muamelelerin tutma sırasında meydana geldiğine dair güçlü bir karinenin doğduğuna inanıyoruz. Bu gibi durumlarda, yeterli ve ikna edici açıklamalar getirme konusunda ispat külfeti yetkililere düşer. Her halükarda, eğer yetkililer talep edildiği halde etkili bir soruşturma yürütüp yaptıkları tespitleri Mahkeme'ye sunmamış iseler, başvurunun iddiasını kanıtlama standardı daha düşük olmalıdır. ..."]

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ŞİDDETİ

10.05.2001 29392/95 Z. ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *çocuk ihmali* (küçük yaştaki dört çocuk başvurusunun, anne babaları tarafından ihmal edilmesi sonucu odalarının pislik içinde, yataklarının çişle ıpslak olduğunun ve aç bırakıldıklarının tespit edilmesi ve idarenin de bunu bilmesine rağmen önlem almaması), *dava sebebi bulunmaması* (çocukların vasisinin idareye karşı açtığı tazminat davasının ihmalde bulunma veya yasal ödevi yerine getirmeme nedeniyle idareye karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle reddedilmesi), *kötü muamele soruşturması* (başvuruların idari makamın kendilerini insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye karşı korumadığı iddiaları hakkında bir karar verilmesini ve bu nedenle uğradıkları zararın tazmin edilmesine hükmedilmesini sağlayacak uygun bir yol bulunmaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucular dört kardeştir. Başvurucu Z 1982 doğumlu kız çocuğu, A 1984 doğumlu bir erkek çocuğu, B 1986 doğumlu erkek çocuğu ve C 1988 doğumlu bir kız çocuğudur.

Başvurucuların anne ve babası, Kasım 1981’de evlenmişlerdir. Başvurucular, çocukluk yıllarını korkunç bir ev ortamında geçirmişlerdir. Ekim 1987’de eve gelen sağlık uzmanının çocuklarla ilgili kaygılarını Sosyal Hizmetler Kurumu’na bildirmesi üzerine, bu aile ilk kez bir kamu kurumunun ilgi alanına girmiştir. Bunu izleyen dört buçuk yıl boyunca Sosyal Hizmetler Kurumu aileyi izlemiş ve anne babaya çeşitli biçimlerde destek olmuş, ancak bu dönemde de sorunlar devam etmiştir.

Ekim 1989’da ailenin yaşadığı eve hırsız girmesi üzerine eve gelen polis, çocukların odalarının pislik içinde, yataklarının çişle ıpslak olduğunu tespit etmiştir. Mart 1990’da Z ve A’nın okulun çöp bidonundan yiyecek aldıkları, Eylül 1990’da A ve B’nin yüzünde berele olduğu bildirilmiştir. Çocukların odalarına kilitlendiği ve dışkılarını camlara sürdükleri Sosyal Hizmetler Kurumu’na birkaç kez bildirilmiştir. Çocukların evden alınmaması halinde çocuklarını döveceğini söyleyen annenin isteği üzerine, çocuklar, 10 Haziran 1992’de acil koruma altına alınmışlardır.

Çocuklarla görüşen bir psikolog, üç büyük kardeşin ciddi psikolojik tahribata uğradıklarını tespit etmiş ve karşılaştığı en kötü ihmal ve duygusal istismar olayı olduğunu kaydetmiştir.

Başvurucuların vasisi, çocukların esenliğine gerekli özeni göstermediği ve onları korumak için etkili tedbirler almadığı gerekçesiyle, ihmalden doğan zararlar nedeniyle idare aleyhine tazminat davası açmıştır. 29 Haziran 1995’te Temyiz Mahkemesi (Lordlar Kamarası), 1989 tarihli Çocuklar Hakkında Kanun’a göre, ihmalde bulunma veya yasal ödevi yerine getirmeme nedeniyle idareye karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle başvuruların talebini reddetmiştir.

Başvurucular, 9 Ekim 1995’te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurmuşlar ve anne babaları tarafından yapılan kötü muamele nedeniyle uğradıkları bilinen ağır ihmal ve istismar konusunda idarenin yeterli koruyucu tedbirler almadığından, mahkemeye başvurma veya etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkından mahrum olduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Hükümet, bu başvurunun İnsan Hakları Avrupa Komisyonu önünde incelenmesi sırasında başvurucuların aile içinde kötü muamele gördüğünün kanıtlanamadığını, öte yandan idarenin çocukları koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yasaya uygun

bir şekilde yerine getirdiğini savunmuş, ancak Komisyon çocukların gördüğü muamele- nin asgari ağırlık düzeyine ulaştığını ve devletin kötü muameleyle karşı koruma şeklinde- ki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Hükümet, Komisyon'un vardığı bu sonuca Mahkeme önünde itiraz etmemiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucular, idarenin kendilerini insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleyle karşı koru- madığını iddia etmişlerdir. Komisyon, Hükümetin çocukları 3. maddeye aykırı muamele- ye karşı koruma şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunduğunu, yetkililerin bu dört çocuğun uzun yıllar ailelerinin elinde kötü muameleyle ve ihmale uğradıklarını bildikleri halde ve mevcut imkânlarla rağmen bunu sona erdirmek için etkili bir adım atmadıklarını, böylece 3. maddenin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Hükümet, Komisyon'un tespitine karşı çık- mamıştır.

“73. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin, demokratik toplumun en temel değerle- rinden birini içerdiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 3. maddesi, işkenceyi, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir ifadeyle yasaklamaktadır. Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme'nin 1. maddesindeki Sözleşmeciler Devletlere egemenlik alanların- da bulunan herkesin Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma şeklinde yüklenen yükümlülükle birlikte yorumlandığında, devletlerin kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin, özel kişilerin kötü muameleleri dâhil, herhangi bir şekil- de işkenceye ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulmalarını engellemeyi amaçlayan tedbirler almalarını gerektirmektedir (*A. – Birleşik Krallık, §22*). Bu tedbir- ler, özellikle çocukların ve diğer korunmasız kişilerin etkili bir şekilde korunmalarını sağlamalı ve yetkililerin bilgi sahibi oldukları veya olmaları gereken kötü muameleleri önlemek için makul adımlar atmalarını içermelidir (*Osman, §116*).

74. Mevcut olayda, yukarıda anlatıldığı şekilde başvuru dört çocuk tarafından uğranı- lan ihmal ve istismarın, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele düzeyine ulaştığı konusunda bir tartışma yoktur. Daha Ekim 1987'de idarenin bu muameleden haberi olmuştur. İdari makam, yasal olarak çocukların korunmasıyla görevli olup, çocukları evden uzaklaştırma dâhil bir dizi yetkiye sahiptir. Buna rağmen çocuklar, ancak annenin ısrarı üzerine, 30 Nisan 1992'de, acil koruma altına alınmışlardır. Çocuklar, idari makamın durum konu- sunda ilk kez bilgilendirilmesinden itibaren geçen dört buçuk yıl içinde, kendilerini muayene eden çocuk psikiyatrinin ifadesiyle, buldukları evde korkunç bir yaşama maruz bira- kılmışlardır. Suçtan Doğan Yaralanmalar İçin Tazminat Kurulu da, çocukların uzun bir dönem boyunca çok büyük bir ihmale maruz kaldıklarını ve doğrudan şiddet suçu sayı- labilecek fiziksel ve ruhsal yaralanmaya uğradıklarını tespit etmiştir. Mahkeme, Sosyal Hizmetler Kurumu'nun zor ve duyarlı kararlar vermekle karşı karşıya kaldığını ve bu kararların karşısında aile yaşamını koruma ve saygı gösterme ilkesinin önemini de kabul etmektedir. Ancak bu dava, mevcut sistemin, başvuru çocukları ciddi ve uzun süreli ihmal ve istismara karşı koruyamadığı konusunda bir kuşku bırakmamaktadır.

75. Buna göre Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme, 3. madde bakımından incelenen olayda ihlal kararı vermiş olması nedeniyle ayrıca 8. madde bakımından incelemeyi gerekli görmemiştir.

III. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

[81–86]: Başvurucular, idarenin ihmaline karşı talepleri hakkında karar verilmesi için mahkemeye başvurma hakkından mahrum bırakıldıklarını ileri sürmüşlerdir. Hükümet, bu davada bir kişisel hak meselesi veya mahkemeye başvurma hakkına herhangi bir kısıtlama bulunmadığını savunmuştur. Komisyon ise, Temyiz Mahkemesi'nin çocukların korunmaları konusunda idarenin sorumluluğuyla ilgili istisna kuralını uygulamasının mahkemeye başvurma hakkına orantısız bir kısıtlama oluşturduğu ve böylece 6. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği

[87-90]: Mevcut olayda başvurucular, ulusal mahkemelerin içtihatlarıyla hayli gelişmiş bir haksız fiil konusu olan ihmal (negligence) iddiasıyla tazminat talebinde bulunmuşlardır. Ancak idarenin çocuk koruma ödevini yerine getirirken ihmal suretiyle sebep olduğu zararlar bakımından daha önce verilmiş bir mahkeme kararı yoktur. Mahkeme, başvurucular tarafından iddia edilen hakkın iç hukukta varlığı konusunda ciddi ve gerçek bir uyuşmazlık bulunduğu kanaat getirmiştir. Üst Mahkeme önündeki yargılama sırasında adli yardım verilmiş, Temyiz Mahkemesi'ne başvuru imkânı tanınmıştır. Temyiz Mahkemesi'nin idarenin koruma yükümlülüğü bulunmadığına dair kararı, başvurucuların iddialarının savunulabilirliğini geriye yürürlü olarak ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucuların iç hukukta savunulabilir bir iddialarının bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle 6. madde, başvurucuların idareye karşı ihmal nedeniyle tazminat davasında uygulanabilir niteliktedir.

2. Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk

“91. Mahkeme, *Golder* kararında (parag. 28-36), Sözleşme'nin 6. maddesinde adillik, alenilik, süratlilikle ilgili yer alan usul güvencelerinin, bu güvencelerden yararlanmanın ön şartı olan mahkemeye başvurmanın korunmaması halinde anlamsız kalacaklarını belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin temelinde yatan hukukun üstünlüğü ve keyfi iktidardan kaçınma ilkelerine gönderme yaparak, bunun, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan koruyucuların kendilerine içkin bir yönü olduğunu ortaya koymuştur.

92. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına 'kişisel haklarından birinin kullanılmasına hukuka aykırı bir müdahalede bulunulduğunu düşünen ve bu iddialarını 6(1). fıkrasının şartlarını taşıyan bir yargı yerine götürme imkânı bulamadığından şikâyetçi olan herkes tarafından ... dayanılabilir (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*, §44)'. İddia konusu kişisel hakkın ister varlığına isterse kapsamına ilişkin olsun, böyle bir müdahalenin hukukiliği konusunda gerçek ve ciddi bir uyuşmazlık bulunması halinde, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bireye 'bu iç hukuk sorunu hakkında bir yargı yeri tarafından karar verilmesini' isteme hakkı verir (*Sporrong ve Lönnroth*, §81; *Tre Traktörer AB*, §40).

93. Ancak bu hak mutlak değildir. Bu hak, zamanaşımı süreleri, mahkeme masrafları için teminat, küçükler ve akıl hastalarıyla ilgili düzenlemeler gibi meşru sınırlamalara tabi tutulabilir (*Stubbings ve Diğerleri*, §51-52; *Tolstoy Miloslavsky*, §80-81; *Golder*, §39). Bireyin mahkemeye başvurma hakkının hukuken veya madden sınırlanması halinde, Mahkeme bu sınırlamanın hakkın özünü zedeleyip zedelediğini ve özellikle sınırlamanın meşru bir amaç izleyip izlemediğini ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunup bulunmadığını inceleyecektir (*Ashingdane*, §57). Kısıtlama bu ilkelere uygun ise, 6. maddenin ihlali söz konusu olmaz.

94. Mevcut olayda, idarenin koruma yükümlülüğü bulunmadığına dair Temyiz Mahkemesi kararının, başvurucuları mahkemeye başvurmaktan yoksun bıraktığı, çünkü başvurucuların iddiaları hakkında esastan karar verilmesini engelleyen şeyin, istisna kuralı veya idareyi sorumluluktan bağışık tutan kural olduğu savunulmuştur.

95. Mahkeme, ilk olarak, başvurucuların iddialarını ulusal mahkemeler önüne getirme konusunda pratik bir engelle karşılaşmadıklarını gözlemlemektedir. Aslında dava, başvuruculara bu amaçla adli yardım verilerek, Temyiz Mahkemesi önüne kadar getirilmesi sağlanarak görülmüştür. Herhangi bir usul kuralına veya zamanaşımı kuralına dayanılmamıştır. Ulusal mahkemeler, davalıların makul bir dava sebebi bulunmadığı için davanın düşürülmesi taleplerini incelemişlerdir. Bu inceleme, başvurucuların söyledikleri maddi olayların doğru oldukları varsayılacak olsa, hukuken sürdürülebilir bir iddiaları bulunup bulunmadığına dair yargılama öncesi bir tespitte bulunmayı içermiştir. Dolayısıyla ulusal mahkemeler önündeki tezler, öncelikle idarenin başvurucuları koruma ödevi bulunup bulunmadığı gibi hukuki meseleler üzerinde yoğunlaşmıştır.

96. Mahkeme ayrıca, başvurucuların olayında hukuken koruma yükümlülüğü bulunmadığı şeklindeki Temyiz Mahkemesi kararının, başvurucuları hukuken mahkemeye başvurmaktan yoksun bırakan bir istisna veya bağışıklık kuralı olarak nitelendirilebileceğine ikna olmamıştır. Yargıç Browne-Wilkinson'un konuşmasında dediği gibi, Temyiz Mahkemesi, daha önce mevcut olmayan bir bakım ödevinin bulunduğu yeni bir kusur içeren bir dava kategorisinin, *common law* sistemindeki hukuk yaratma rollerine dayanarak mahkemeler tarafından geliştirip geliştiremeyecekleri ile ilgilenmiştir. Temyiz Mahkemesi, kamu hizmetine ilişkin yarışan düşünceleri tarttıktan sonra, kusur sorumluluğunu yeni bir alanı içerecek şekilde genişletmemeye karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi bunu yaparken, haksız fiil hukukundaki sorumluluk derecesini sınırlandırmıştır.

97. Bu karar, maddi konular delillerle kanıtlanmadan davayı sona erdirmiştir. Hukuken iddianın bir temeli yoksa, sonuçta başvurucular için çözüm getirmeyecek olan delilleri dinleme süreci, pahalı ve zaman alıcı bir süreç olacaktır. Sürdürülebilir dava sebeplerinin bulunup bulunmadığı hakkında karar verilen davanın düşürülmesi usulünü, kendiliğinden mahkemeye başvurma ilkesine aykırı görmek için bir neden yoktur. Böyle bir davada davacı, genellikle davasını destekleyen gerekçeleri mahkemeye sunma imkânı bulur ve mahkeme de bu meseleler hakkında çekişmeli bir yargılama sonucunda karar verir.

98. Mahkeme, söz konusu kararın, iç hukuktaki durum ne olursa olsun, maddi veya pratik sonuçları itibarıyla kapsayıcı ve açık çek niteliğinde bir bağışıklığı ortaya çıkardığı şeklindeki sözlerle de ikna olmamıştır. Bu karar, idarenin yetki ve görevlerinin sadece bir yönü ile ilgili olup, bütün bir hukuki talepler dizgesini keyfi olarak mahkemelerin görev alanından çıkardığı söylenemez (*Fayed*, §65). Yukarıda 87. paragrafta belirtildiği gibi, Sözleşme organlarının içtihatlarına göre, örneğin aile yaşamına saygı hakkını (md 8) ve mülkiyet hakkını (1 No'lu Protokol, md 1) koruyan maddeler ulusal hukukta kişisel hak ve yükümlülükleri belirli bir içerikle güvence altına aldığı halde, 6. madde kural olarak bunu güvence altına almaz. İç hukukta bir dava sebebinin bulunmamasını, başvurucu belirli bir zarar kategorisi için dava açamayacağı için yargı bağışıklığıyla aynı sonucu doğurduğu şekilde yorumlamak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını uygulamaya sokmak için yeterli değildir. (...)

102. Bununla birlikte, Temyiz Mahkemesi tarafından yapılan iç hukuk yorumu, başvurucuların açtığı davalarının düşmesiyle sonuçlanmıştır. Haksız fiil hukukunun, yasal yetkilerini kullanmakta olan idareye koruma ödevi yüklediğine karar verilmiştir. Başvurucuların yaşadıkları olay bir psikiyatr tarafından 'korkunç' olarak nitelenmiş ve Mahkeme de başvurucuların 3. madde mağduru oldukları sonucuna varmıştır. Bununla birlikte başvurucuların iç hukukta açtıkları dava, kendileri gibi çocukların uğradıkları zarar ne kadar önceden görülebilir ve ağır olursa olsun ve idarenin bu zararı önlemek için tedbir almaması ne kadar makul olmaktan çıkarsa çıksın, idareyi hizmet kusuru nedeniyle tazminat almak için dava edemeyecekleri kararıyla sonuçlanmıştır. Başvurucular, iç hukuktaki boşluğun Sözleşme bakımından sorun doğurduğuna dair iddialarında haklıdır;

ancak Mahkeme'ye göre, bu mesele, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla değil, 13. maddesiyle ilgilidir.

103. Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer aldığı şekliyle Sözleşme'nin amacının, hak ve özgürlüklerin Sözleşmeci Devletlerin kendi egemenlik alanı içinde güvence altına alınması olduğunu vurgulamaktadır. Sözleşme'yle kurulan koruma mekanizmasının temeli, ulusal hukuk sistemlerinin bizzat kendilerinin Sözleşme hükümlerinin ihlaline karşı giderim sağlamasına dayanır; Mahkeme'nin denetim rolü, ikincillik ilkesine tabidir. Bu bağlamda, Sözleşme ihlalleri bakımından etkili bir hukuk yolu gerektiren 13. madde, hayati bir rol oynar. Başvurucuların şikâyetleri esas itibarıyla, Sözleşme'nin 3. maddesiyle sahip oldukları istismara karşı korunma düzeyinin sağlanmamasına karşı ulusal mahkemelerde bir hukuk yolu bulunmamasıyla ilgilidir. Ulusal mahkemeler, kamu yararı düşüncesinin, haksızlıklar giderilmelidir şeklindeki hukuka bağlılık prensibine üstün geldiğine dayanmışlardır. Sözleşme'deki haklarla ilgili haksızlıklar söz konusu olduğunda, bu ilke Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alır (*Kudla*, §152). Başvurucuların hukuk yoluna başvurma hakları 13. madde altında incelenmeli ve uygun olduğu takdirde haklı bulunmalıdır. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmektedir.”

IV. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[105–107]: Başvurucular idare tarafından korunmamalarının bir sonucu olarak uğradıkları zarar için iç hukukta bir hukuk yoluna sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, Temyiz Mahkemesi'nin bu davada oluşturduğu istisna kuralı, kendilerini 3. madde ihlaline karşı ulusal hukuk sisteminde etkili bir hukuk yolundan yoksun bırakmıştır. Sözleşme'nin 13. maddesi, her zaman yargısal bir hukuk yolu gerektirmemekle birlikte, bu davada yargısal bir karar gereklidir. Çünkü ihmalden doğan haksız fiil davası, iç hukukta kendilerinin şikâyeti üzerinde karar verilmesini sağlayabilecek tek hukuk yoludur. Ayrıca 3. ve 13. maddenin merkezinde yer alan kamu görevlilerinin sorumluluğu meselesi, mahkemeye başvurma hakkını gerektirir, çünkü ancak bu yolla birey, görevlilerin çekişmeli bir yargılama sonunda sorumlu tutulmalarını ve iddialarının doğru çıkması halinde tazminata hükmedilmesini sağlayabilir.

Hükümet ise, olayın şartları içinde, Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerini taşıyan hukuk yollarının yetersiz olduğunu kabul etmiştir. Hükümet, bu olayda, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlalden doğan zararları, Ombudsman'ın hükmedebileceği yasal tazminat tarifesine dâhil etmek veya tazminatın mahkemelerce hükmedilmesini sağlamak şeklinde bir yükümlülük altında olduklarını belirtmiştir. Hükümet, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nın Ekim 2000'de yürürlüğe girdiği zaman, bir mağdurun maddi bir hak ihlali nedeniyle kamu makamlarına karşı dava açabileceğini ve mahkemelerin de tazminata hükmetmekle yetkili hale geleceklerini söylemiştir.

“**108.** Mahkeme'nin daha önce de birçok kez dediği gibi, Sözleşme'nin 13. maddesinin, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına aldığını hatırlatır. Her ne kadar 13. madde, Sözleşmeci Devletlere bu maddedeki yükümlülüklerine uygun davranış tarzı için belirli bir takdir yetkisi tanıyorsa da, Sözleşme bakımından 'savunulabilir bir şikâyet' esasının ele alınması için ulusal bir hukuk yolu sağlanmasını gerektirir. Sözleşme'nin 13. maddesindeki yükümlülük, başvuruçunun Sözleşme bakımından yaptığı şikâyetin niteliğine göre değişebilir. Bununla beraber, Sözleşme'nin 13. maddesinin bulunmasını gerektirdiği hukuki yol, hukuken olduğu kadar uygulamada da 'etkili' olan bir hukuki yoldur (*Aydın*, §103).

109. Mahkeme'nin daha önce de söylediği gibi, yaşama hakkı veya işkence, insanlık-dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı gibi temel öneme sahip bir hakkın tehlikede olması halinde, Sözleşme'nin 13. maddesi, gerekli tazminatın ödenmesiyle birlikte, bu olaydan sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve şikâyetçinin de soruşturma sürecine etkili bir şekilde katılmasını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmanın yapılmasını gerektirir (*Kaya, §107*). Ancak bu davalar, güvenlik güçlerinin cezai sorumluluğunu gerektirebilecek öldürme veya 3. maddeye aykırı muamelede bulunma iddialarıyla ilgilidir. Sözleşme'nin 13. maddesi, bir kimsenin başka bir kimsenin eylemine karşı yetkililer tarafından korunmadığı iddiasının söz konusu olduğu hallerde her zaman yetkililerin bu iddiaları soruşturmalarını gerektirmeyebilir. Ancak mağdur veya mağdurun ailesi için, Sözleşme'deki haklara aykırılığı içeren eylem veya ihmal nedeniyle devlet görevlilerinin veya organlarının sorumluluğunun ortaya çıkarılabileceği bir mekanizma bulunmalıdır. Ayrıca Sözleşme'nin en temel hükümlerinden olan 2. ve 3. maddelerin ihlal edildiği bir olayda, ihlalden doğan manevi zarar için tazminat, kural olarak mevcut hukuk yollarının bir parçası olmalıdır.

110. Başvurucular, kendileriyle ilgili olayda etkili bir hukuk yolunu, ancak ihlalden sorumlu kamu kurumuna karşı çekişmeli bir yargılamanın sağlayabileceğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, Hükümetin başvurucuların kullanabileceği mevcut iç hukuk yollarının etkililiğinin yeterli olmadığını kabul ettiğini kaydeder. Hükümet, gelecekte insan hakları ihlallerinden mağdur olanların 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'na göre tazminata hükmetmeye yetkili mahkemelere dava açabileceklerine işaret etmiştir. Yargısal hukuk yolları, bağımsızlık, mağdur ve aile bakımından başvurulabilirlik ve hükmedilen tazminatın icra edilebilirliği gibi güçlü güvenceler içerdiği için 13. maddenin şartlarına uygunluk taşıdığı halde, Mahkeme bu olayda, sadece mahkemede görülecek bir davanın etkili bir hukuk yolu olup olmayacağı konusunda bir karar vermeyi uygun bulmamaktadır (*Klass ve Diğerleri, §67*).

111. Mahkeme, bu olayda başvurucuların idari makamın kendilerini insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyle karşı korumadığı iddiaları hakkında bir karar verilmesini ve bu nedenle uğradıkları zararın tazmin edilmesine hükmedilmesini sağlayacak uygun bir vasıtaya sahip olmadıkları sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak, başvuruculara Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından etkili bir hukuk yolu sağlanmamıştır; dolayısıyla Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir.”

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi tazminat olarak toplam 192,000 Sterlin, manevi tazminat olarak toplam 128,000 Sterlin, ücretler ve masraflar için 39,000 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
3. Beşe karşı oniki oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine;
4. İkiye karşı on beş oyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

04.12.2003 39272/98 M.C. - BULGARİSTAN

◆ *cinsel saldırı - tecavüz* (15 yaşındaki genç kıza tanıdığı iki erkek tarafından aynı gece tecavüz edildiği şikâyeti hakkında zorlama bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - özel yaşama saygı hakkı - kişi bütünlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu bayan M.C., 1980 doğumlu bir Bulgar vatandaşıdır.

Başvurucu 14 yıl 10 aylık olduğu 31 Temmuz ve 1 Ağustos 1995 tarihlerinde iki adamın tecavüzüne uğradığını iddia etmiştir. Yapılan soruşturma sonunda başvurunun cinsel ilişkiye girmeye zorlandığını gösteren yeterli delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Olayların gelişimi şöyledir: Başvurucu ve bir kız arkadaşı, 31 Temmuz 1995 akşamı K. şehrindeki bir disko bara girmek için beklerken, 21 yaşındaki bay P., 20 yaşındaki bay A., ve yaşı belirtilmeyen V.A., P.'ye ait bir arabayla diskonun önüne gelmişlerdir. Başvurucu, bay P. ve bay A.'yı tanımaktadır. Başvurucu bay P. ile daha önce aynı diskoda karşılaşmış ve onunla bir defa dans etmiştir. Bay A. ise başvurunun bir sınıf arkadaşının ağabeydir.

Bay A. başvurucuyu, 17 km uzakta bulunan daha küçük bir şehirdeki diskoya gelmeye davet etmiştir. Başvurucunun dediğine göre gece 11'den önce dönmek şartıyla kendisi bu teklifi kabul etmiştir. Gittikleri barda gruptan bir veya iki kişi içki içmiştir. Başvurucunun iddiasına göre kendisi, geç olduğu için gitme zamanını geldiğini diğerlerine tekrar tekrar söylemiştir. Gece geç bir saatte grup diskodan ayrılmışlar ve K şehrine doğru yola çıkmışlardır. Bay A. yakınlarda bulunan bir gölette yüzmek için durmayı önermiştir. Başvuruya göre kendisi itiraz etmesine rağmen gölete doğru gitmişlerdir. Başvurucu bu aşamada erkeklerin niyetlerinden şüphelenmediğini belirtmiştir. Gölete geldiklerinde başvuru yüzmek istemediğini söyleyerek ön taraftaki koltukta oturmaya devam etmiştir. Üç erkek suya doğru yönelmişlerdir. Bir süre sonra bay P. geri gelmiş ve başvurunun yanındaki koltuğa oturmuştur. Başvurucu soruşturmayı yürüten yetkililere verdiği ifadesinde, daha sonra P.'nin vücudunu kendisinin vücuduna doğru bastırıldığını, arkadaş olmayı teklif ettiğini ve öpmeye başladığını ileri sürmüştür. Başvurucu bu teklifi reddetmiş ve uzaklaşmasını istemiştir. Başvurucu P.'yi geri itmeyi denediği sırada, P. başvurucuyu öpmeyi sürdürmüştür. Bunun üzerine P. koltuğu yatay konuma getirmiş, başvurunun ellerini yakalamış ve arkaya doğru bastırmıştır. Başvurucu P.'nin kendisini böyle bir duruma sokmuş olması nedeniyle korkuya kapılmış ve utanmıştır. Karşı koyacak veya çılgılık atacak gücü kendisinde bulamamıştır. Kendisinden çok daha güçlü olan P.'yi geriye itme çabaları başarısızlıkla sonuçlanmıştır. P. onu kısmen soymuş ve kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlamıştır. Başvurucu ifadesinde: 'bu benim için ilkti ve çok acıdı. Midem bulandı ve kusmak istedim. Ağlamaya başladım' demiştir. Bay P. ise ifadesinde, başvuruyla arabada girdiği ilişkinin tamamen başvurunun rızasıyla gerçekleştiğini söylemiştir. Onu öpmeye başlamış, o da buna yanıt vermiş; o kotunun düğmelerini çözmeye ve kemerini açmaya çalışmış fakat bunu yapamamış, bunun üzerine başvuru kendi pantolonunu çıkarmıştır. Bay P. işini bitirdikten sonra arabadan çıkmış ve bay A. ile V.A.'ya doğru yürümüştür. Bay A. polise verdiği ifadede P.'nin kendilerine başvurucuyu ayıkladığını (shagged) söylediğini belirtmiştir. Başvurucu polis müfettişine verdiği ifadesinde, üç adamın kendisiyle cinsel ilişkiye girmeyi planladıklarından ve bu yüzden ıssız bir yere gitmek gibi bir bahane uydurdıklarından daha sonra şüphelendiğini söylemiştir. Özellikle A. ve V.A.'nın arabaya geldiklerinde ıslak olmadıklarını hatırlamıştır; oysa kendileri yüzmek için gölete gitmekte ısrar etmişlerdir. Başvurucu ifadesinde, bu ilk tecavüzün ardından ciddi şekilde alt üst olduğunu ve çoğunlukla ağladığını beyan etmiştir. P. ve A. ise başvurunun olaydan sonra çok iyi bir durumda olduğunu söylemişlerdir.

Gurup daha sonra yolda bir restorana girmiş ve başvurucu burada çalışan bir şarkıcı olan bayan T. ile kısa bir süre konuşmuştur. Şarkıcı bayan T. ifadesinde, o gece başvurucunun kendisine yaklaştığını ve önümüzdeki günlerde sahneye çıkıp çıkmayacağını sorduğunu söylemiştir. Bayan T. başvurucunun neşeli görüldüğünü ve görünüşünde alışılmadık herhangi bir durum olmadığını beyan etmiştir. Başvurucu o gece bir restorana gitmediklerini, bayan T.'yi tanımadığını söylemiş ve P., A., V.A. ve T.'nin ifadelerine karşı çıkmıştır. Başvurucu ve annesi daha sonra bayan T.'yi yalancı tanıklıkla suçlamışlardır.

Gurup K. şehrine dönmek yerine sabah saat 03:00 sularında V.A.'nın akrabalarının bir evinin bulunduğu yakındaki ilçeye gitmişlerdir. Bay A., V.A. ve başvurucu arabadan çıkmışlar, P. ise arabayla uzaklaşmıştır. Üç erkek ve tanık olarak dinlettikleri fırıncı bay S., kısa bir süre için fırında durduklarını söylemişlerdir. Bay S. evin anahtarını V.A.'ya verdiğini söylemiştir. S. arabada bekleyen başvurucunun iyi görüldüğünü söylemiştir. Başvurucu ise fırına uğramadıklarını söylemiş ve fırıncıyı yalan söylemekle suçlamıştır. P., A. ve V.A. ifadelerinde başvurucunun annesiyle kavga ettiği için eve geri dönmek istemediğini söylediğini belirtmişlerdir. Başvurucu ifadesinde, kendisini çaresiz hissettiğini ve korunmaya ihtiyaç duyduğunu söylemiştir. A. sınıf arkadaşının ağabeyi olduğu için kendisini korumasını ümit ettiğini ve A. ile V.A.'yı evin zemin katında bulunan bir odaya doğru takip ettiğini söylemiştir.

Tek bir yatağın bulunduğu odada başvurucu yatağın üzerine oturmuştur. İki erkek sigara içmişler ve bir süre konuşmuşlardır. Daha sonra V.A. odadan çıkmıştır. Başvurucu, yanına A.'nın oturduğunu, onu yatağın üstüne doğru ittiğini, onu soyduğunu ve kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorladığını iddia etmiştir. Başvurucu güçlü bir direnç gösterecek gücü kendisinde bulamamış, sadece durması için yalvarmıştır. Başvuru ifadesinde şöyle demiştir: 'Ağlamaya başladım ve durmasını istedim ... göğüslerimi okşamaya ve boynumu öpmeye başladı ... Bir süre sonra ayaklarıyla kotumu ve külotumu çıkardı. Daha sonra bacaklarıyla bacaklarımı ayırdı ve zorla içime girdi ... (İşini bitirdikten sonra) Ağlamaya başladım ve sabaha kadar ağladım, uyuya kalmışım ... (V.A.) beni uyandırdı ve A.'nın beni K. şehrine geri götürmek için araba bulmaya gittiğini söyledi. Yatağa oturdum ve ağlamaya başladım.' A. ise ifadesinde, başvurucunun tamamen kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini söylemiştir.

Başvurucunun annesi sabah saat 07:00 sularında, kızını V.A.'nın akrabalarının evinde bulmuştur. Bir komşu tanık, başvurucunun annesiyle birlikte gitmek istemediğini ve kendisine bir şey olmadığını söylediğini duymuştur. Başvurucu bu komşuyu yalan söylemekle suçlamıştır. Başvurucu ve annesi doğrudan hastaneye gitmişler ve buradan adli tıp uzmanına sevk edilmişlerdir. Başvurucu öğleden sonra 16:00 sularında muayene edilmiştir. Adli tıp uzmanı kıklık zarının yeni yırtılmış olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca başvurucunun boynunda 35 mm'ye 4 mm boyutunda bir sıyrık ve 4 adet küçük oval bere belirlemiştir. Raporda belirtildiğine göre, başvurucu yalnızca bir tecavüz olayından söz etmiş, bunun da önceki gece göletin kıyısında gece saat 22.30 ile 23.00 arasında meydana geldiğini söylemiştir.

Başvurucu bunu izleyen birkaç gün, olay hakkında annesiyle konuşmadığını söylemiştir. Başvurucu hiçbir şekilde bilgi vermemiş ve ikinci tecavüz olayından da bahsetmemiştir. Başvurucu bekâretin evlenmek bakımından çok önemli kabul edildiği küçük bir kasabada yaşadığından söz etmiştir. Başvurucu 'bekâretini koruyamamış olmaktan' ve 'herkesin bu durum hakkında söyleyecekleri şeyden' utanç duymuştur. Başvurucunun annesi A.'nın tecavüzden, daha sonra komşuları vasıtasıyla haberdar olmuştur. Başvurucu, A.'nın babasının 8 Ağustos 1995'te yaptığı ziyaretin, kendisinin yıkılmasına sebep olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine ikinci tecavüzü annesine anlatmıştır. Bir süredir evde olmayan başvurucunun babası 10 Ağustos 1995'te eve geri dönmüştür.

Aile konuyu kendi içinde tartışmış ve şikâyetçi olmaya karar vermişlerdir. Başvurucunun annesi de 11 Ağustos 1995'te şikâyetinde bulunmuştur. Aynı gün polis P. ve A.'yı gözaltına almış, başvurucunun kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini söylemeleri üzerine serbest bırakılmışlardır. 25 Ağustos 1995'te polis bir rapor hazırlamış ve dosyayı yetkili savcıya iletmıştır. Savcı 14 Kasım 1995'te, tecavüz iddiası hakkında bir soruşturma açmış ve dosyayı bir soruşturmacıya iletmıştır. Bu aşamada bir ithamda bulunulmamıştır. Savcı 17 Mart 1997 tarihinde kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir. Savcı, tehdit veya güç kullanımının, makul şüphe kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Özellikle başvurucunun karşı koyduğu veya başkalarından yardım istemeye teşebbüs ettiği tespit edilmemiştir.

Başvurucunun bu karara karşı yaptığı itiraz ilkin 13 Mayıs 1997'de reddedilmiştir. 13 Mayıs 1997 tarihli kararda ayrıca şöyle denilmektedir: 'Şurası muhakkaktır ki, (adli) psikiyatri uzmanlarının raporlarından da anlaşılacağı üzere başvuru, genç yaşı ve hayata dair tecrübe eksikliği nedeniyle tercihleri konusunda istikrarlı bir seçim yapabilecek, yani cinsel ilişkiye girmek istemediğini açıkça gösterebilecek durumda değildir. Başvurucu cinsel ilişkiye girme konusunda fiziki bir zorlama veya tehdide maruz kalmadıkça, Ceza Kanununun 151. maddesinin 1(2) ve 3. fıkralarının kapsamına giren herhangi bir suç fiili söz konusu olamaz. Bu durum böyle bir fiile karşı koymayı öngörür, fakat olayda karşı konulduğunu gösteren herhangi bir emare bulunmamaktadır. P. ve A. ancak, başvuru- nun rızası hilafına cinsel ilişkiye girdiklerini anlamış olmaları ve özellikle başvurucunun rızasına aykırı olarak onunla cinsel ilişkiye girmek amacıyla güç kullanma tehdidinde bulunmuş olmaları halinde cezai olarak sorumlu tutulabilirler. Başvurucunun cinsel ilişkiye girme konusunda isteksizliğini gösterdiğine veya P. ve A.'nın kendisini tehdit ettiklerine veya zor kullandıklarına dair yeterli delil bulunmamaktadır.'

Başvurucunun bu karara da yaptığı itiraz son olarak 24 Haziran 1997'de reddedilmiştir. Bu kararda ayrıca şöyle denilmektedir: 'Bu olayda belirleyici olan şey, başvurucuya karşı fiziksel veya psikolojik güç kullanıldığının ve de cinsel ilişkinin başvurucunun rızasına ve direnişine rağmen meydana geldiğinin makul şüphe kalmayacak şekilde kanıtlanma- mış olmasıdır. Çürük veya yırtık elbise gibi, fiziksel güç kullanımını gösteren herhangi bir iz bulunmamaktadır. Reşit olmayan bakire bir kızın, kısa bir süre içinde iki farklı kişiyle cinsel ilişkiye girmesinin olağan olmadığı doğrudur; fakat başka bir delilin bulun- madığı ve yeni delil elde etmenin de imkânsız olduğu göz önüne alındığında, bu olgu tek başına bir suç fiilinin gerçekleştiğine kanaat getirmek için yeterli değildir.'

Başvurucunun avukatı tarafından olay hakkında mütalaaları istenen Bulgar psikiyatr Dr. Svetlozar Vasilev'in ve psikolog bay Valeri Ivanov'un mütalaaları, Haziran 2001'de Mahkeme'ye sunulmuştur. Bu uzmanlar birçok ülkeden bilimsel yayınlara atıfta bulunarak, tecavüz mağdurlarının saldırganlarına karşı iki tür tepki verdiklerini söylemişlerdir. Bunlar, şiddetli fiziksel tepki ile 'donuk korku'dur; bu ikincisi travmatik psikolojik en- fantilizm sendromu olarak da bilinir. İkinci tepki türü, mağdurun tecavüzün kaçınılmazlığıyla karşılaştığında, tecrübe edilmiş herhangi bir davranış modelinin yeterli olmayışıyla açıklanır. Bu durumda dehşete kapılan mağdur, çocukluğun belirgin bir göstergesi olarak genellikle pasif bir teslim olma davranış modelini benimser veya sanki bu kendi başına gelmiyormuş gibi, olay hakkında psikolojik bir şaşkınlık çabasına girer. Uzmanlar mütalaalarında, inceledikleri tüm bilimsel yayınlarda 'donuk korkunun' yaygın olduğunun belirtildiğini ifade etmişlerdir.

Uzmanlar buna ilaveten, bu olayla ilgili yazılı mütalaaları için kendi araştırmalarını da yapmışlardır. 1996 ile 2001 yılları arasında tecavüz edildiklerini beyan ederek, şiddet mağdurlarına özgü iki iyileştirme programına başvuran 14 ile 20 yaş arasındaki bütün genç kadınların durumunu incelemişlerdir. Başvurucunun durumundan çok farklı olan

olaylar hariç tutulmuştur. Sonuç olarak 25 olay seçilmiştir; bunların 24 ünde mağdur, şiddet göstererek direnmemiş, fakat teslim olma şeklinde pasif bir tutum göstermiştir.

Başvurucu 23 Eylül 1997 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, tecavüz olaylarında iç hukukun ve uygulamanın ve kendisinin mağduru olduğu tecavüz olayındaki soruşturmanın, davalı devlet tarafından tecavüze ve cinsel istismara karşı etkili hukuki koruma sağlama şeklindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini güvence altına almaması nedeniyle, Sözleşme'nin 3, 8, 13 ve 14. maddelerinde yer alan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3, 8 ve 13. maddelerinin ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

109. Başvurucu Bulgar yasalarının ve uygulamanın tecavüze ve cinsel istismara karşı yeterli koruma sağlamadığı, yalnızca mağdurun şiddetli bir şekilde karşı koyduğu durumların cezalandırıldığı ve de yetkililerin 31 Temmuz ve 1 Ağustos 1995 tarihlerinde yaşanan olaylar hakkında yeterli soruşturma yapmadıklarından yakınmaktadır. Başvurucuya göre tüm bunlar, devletin bireyin fiziksel bütünlüğünü ve özel yaşamını koruma ve bu konuda etkili hukuk yolları sağlama şeklindeki pozitif yükümlülüklerinin ihlal etmiştir. ...

111. Başvurucuya göre ulusal hukuk ve uygulamanın tecavüz olaylarında rızanın varlığını veya yokluğunu, ilgili bütün faktörleri göz önünde bulundurarak belirlemesi gerekirdi. Başvurucuya göre, mağdur tarafından fiziksel direnişin delillerinin gösterilmesini arayan bir düzenleme ve uygulama, bu haliyle bazı tecavüz eylemlerini cezasız bırakmakta olup, yeterli değildir. ...

119. Hükümete göre soruşturma tam etkilidir. Mümkün olan bütün adımlar atılmıştır: bazıları bir defadan fazla olmak üzere, 17 kişi dinlenmiş, psikiyatri ve psikoloji uzmanları görevlendirilmiş ve olayın bütün veçheleri incelenmiştir. Hükümet buna dayanarak, ulusal makamların P. ve A.'nin başvurusunun rızasının varlığı varsayımına dayanarak hareket ettikleri yönündeki kanaatlerinin yerinde olduğu görüşündedir. Özellikle de yetkililer, başvurusunun davranışları dâhil, 31 Temmuz ve 1 Ağustos 1995 gecesinde yaşanan olaylar hakkında mevcut bütün delileri temel almışlardır. Bunun yanında başvuru olaydan sonra P. ile dışarı çıkmıştır; başvurusunun annesini, tecavüz iddialarından vazgeçmek için P. ve A.'dan para sızdırmayı denediği yönünde tanık ifadelerine dayanan iddialar vardır.

126. Müdâhil kuruluş (Interights), geçen iki yüzyıl boyunca tecavüzün geleneksel tanımının kıta Avrupa'sı hukukunda, common law'da ve uluslararası hukukta değişikliğe uğradığını belirtmiştir. Bu durum, saldırının doğasında ve mağdurun bunu yaşayış şekli hakkındaki anlayışta meydana gelen evrimin sonucudur. Araştırmalar, kadınların ve özellikle de küçüklerin, genellikle paralize edici korkunun kendilerini fiziksel olarak direnemeyecek duruma getirmesi veya giderek artan şiddetten kendilerini korumak istemeleri nedeniyle tecavüze karşı direnmediklerini göstermiştir.

127. Interights'a göre tecavüz alanındaki hukuktaki değişikliğin, rıza sorununa "eski yaklaşım"dan "eşitlikçi yaklaşıma" doğru bir değişimi yansıtmaktadır. Tecavüz kadının özerkliğine karşı bir suç olup, bu suçun temel unsuru rıza yokluğudur. Tecavüzle ilgili hukuktaki önemli reformun merkezinde yer alan düşüncenin, artık rıza yokluğunu kanıtlamak için mağdurun fiziksel direncinin sanık tarafından kırıldığına kanıtlanması gerekmektedir.

128. Bu eğilim uluslararası ceza hukukuna da yansımıştır. Özellikle de Uluslararası Ruanda ve Eski Yugoslavya Ceza Mahkemeleri, tecavüzü "zorlayıcı koşullar içinde" veya "zorlama, güç kullanma, veya güç kullanma tehdidi aracılığıyla gerçekleşen" cinsel

duhul olarak tanımlamışlardır. Bu yaklaşım, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Statüsünde ve içtüzük taslağında yer almıştır. ...”

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1) Genel Yaklaşım

a) Tecavüz olayını soruşturma ve tecavüzü cezalandırma konusunda pozitif yükümlülüğün varlığı

“148. Başvurucunun şikâyetlerinin özünü ve niteliğini göz önünde tutan Mahkeme, bu şikâyetlerin öncelikle Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine girdiğini tespit etmektedir. 149. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altında alma şeklinde yüklenen yükümlülükle birlikte yorumlandığında, devletlerin kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin, özel kişilerin kötü muameleleri dâhil, her hangi bir şekilde işkenceye ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleyle tabi tutulmalarını engellemeyi amaçlayan tedbirler almalarını gerektirdiğini hatırlatır (*A. – Birleşik Krallık*, §22; *Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §73-75; ve *E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık kararı*).

150. Devletlerin pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkına içkindir; bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile tedbirler alınmasını içerebilir. Özel şahısların eylemlerine karşı koruma konusunda Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sağlamak için vasıtaların seçimi, kural olarak devletin takdir alanı içinde kalmakla birlikte, temel değerlerin ve özel yaşamın esaslı yönlerinin tehlikeye girdiği tecavüz gibi ağır eylemleri etkili bir şekilde caydırmak için etkin cezai hükümler gerekir. Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, etkili bir şekilde korunma hakkına sahiptirler (*X ve Y – Hollanda*, §23-24; ve *August – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 36505/02).

151. Mahkeme birkaç davada, Sözleşme'nin 3. maddesinin resmi bir soruşturma yapılması için pozitif yükümlülük yüklediğini belirtmiştir (*Assenov ve Diğerleri*, §102). Bu tür bir pozitif yükümlülük, kural olarak sadece devlet görevlilerinin kötü muamele yaptıkları olaylarla sınırlı görülemez (*Calvelli ve Ciglio – İtalya*). 152. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesine göre devletin pozitif yükümlülüğünün, bireyin fiziksel bütünlüğünün korunması için cezai soruşturmanın etkililiğiyle ilgili sorunları da kapsayabileceği ihtimalini dışlamamıştır (*Osman*, §128). 153. Bu temelde Mahkeme, devletin tecavüzü etkili bir şekilde cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bunları etkili soruşturma ve kovuşturma suretiyle pratikte uygulama konusunda Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine içkin bir pozitif yükümlülüğü bulunduğunu düşünmektedir.”

(b) Tecavüzün unsurları konusunda modern anlayış ve bunun üye devletlerin yeterli koruma sağlama yükümlülüğü konusunda pozitif yükümlülüğüne etkisi

“154. Devletler, tecavüze karşı yeterli koruma sağlayacak vasıtaların seçimi konusunda, hiç kuşku yok ki, geniş bir takdir alanından yararlanırlar. Özellikle kültürel anlayışlar, yerel koşullar ve geleneksel yaklaşımlar dikkate alınmalıdır.

155. Ulusal makamların takdir alanları, yine de Sözleşme hükümleriyle sınırlıdır. Sözleşme, insan haklarının korunması konusunda ilk ve en önde gelen sistem olduğu için, Mahkeme Sözleşme'yi yorumlarken, Sözleşmeci Devletlerde değişen koşulları göz önünde tutmalı ve örneğin gerçekleştirilecek standartlar konusunda yakınlaşmalara bir yanıt vermelidir (*Christine Goodwin [BD]*, §74).

156. Mahkeme, geçmişte bir çok ülkenin iç hukuklarında ve uygulamalarında, tecavüz olaylarında fiziksel zorun ve fiziksel direncin kanıtlanmasının gerekli görüldüğünü göz-

lemlemektedir. Ancak son on yıllar, Avrupa’da ve diğer dünyanın başka bazı yerlerinde, bu konudaki hukukun şekli tanımlarının ve dar yorumlarının terk edilmeye doğru açık ve sürekli bir eğilim bulunduğu şahit olunmuştur.

157. İlkın, mağdurun fiziksel olarak direnç göstermesi unsurunun, artık Avrupa ülkelerinin yasalarında mevcut olmadığı görülmektedir.

158. Avrupa’da ve *common law* hukukunun geçerli olduğu başka bazı ülkelerde, fiziksel zor deyimini mevzuattan ve/veya içtihatlardan çıkarılmıştır. İrlanda hukuku, direnç gösterilmemiş olmasından rıza bulunduğu sonucuna varılamayacağını açıkça belirtmiştir.

159. Kıta Avrupası hukuk sisteminden etkilenen birçok Avrupa ülkesinde tecavüzün tanımını, fail tarafından şiddet kullanılması veya şiddet tehdidi deyimlerini içermektedir. Ancak içtihatlarda ve hukuk teorisinde, zor değil, ama rızanın yokluğu tecavüz suçunun kurucu unsuru olarak görülmektedir.

160. 1989 yılında Belçika kanunu, rıza göstermeyen kişiye karşı cinsel duhulün tecavüz oluşturacağı şeklinde değiştirilmiştir. Böylece yasada, ‘şiddet, cebir veya hile’ deyimini rızaya dayalı olamayan fiilde bulunulmasını cezalandırılabilme vasıtası olarak yasada durmakla birlikte, şiddet ve/veya fiziksel direnç artık Belçika hukukunda tecavüzün unsurları olmaktan çıkmıştır.

161. Yasama organları tarafından seçilen kelimeler ne olursa, birçok ülkede rızaya dayalı olmayan cinsel fiiller, uygulamada yasal terimlerin (‘zorlama’, ‘şiddet’, ‘cebir’, ‘tehdit’, ‘hile’, ‘şaşırtma’ ve diğerleri) yorumlanması vasıtasıyla ve delillerin bağlama duyarlı bir şekilde değerlendirilmesi yoluyla kovuşturulmaya çalışılmaktadır.

162. Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyine üye Devletlerin Bakanlar Komitesi vasıtasıyla, kadınların şiddete karşı etkili bir şekilde korunmaları için, ‘mağdurun direnme işareti göstermediği olaylar dâhil’, bütün rızaya dayalı olmayan cinsel fiillerin cezalandırılmasının gerekli olduğu konusunda anlaşıklarını ve bu alanda daha başka reformların hayata geçirilmesini tavsiye ettiklerini kaydeder.

163. Yakın zamanda uluslararası ceza hukukunda zorun, tecavüzün bir unsuru olmadığı ve zorlayıcı koşullardan yararlanarak cinsel eylemde bulunmanın da cezalandırılabilir olduğu kabul edilmiştir. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası ceza hukukunda, mağdurun rızası olmaksızın cinsel duhulün tecavüz oluşturacağı ve rızanın kişinin özgür iradesinin bir sonucu olarak isteyerek verilmiş olması gerektiği ve bu durumun olayın içinde bulunduğu koşullara bakılarak değerlendirileceği sonucuna varmıştır. Yukarıdaki tanım, silahlı çatışma koşulları içinde bulunan insanlara karşı belirli bir bağlamda işlenen tecavüzler için formüle edilmiş olmakla birlikte, rıza yokluğunu, tecavüzün ve cinsel istismarın temel unsuru olarak gören genel eğilimi de yansıtmaktadır.

164. Davaya katılan tarafında da sunduğu gibi, mağdur tarafından yaşanan tecavüzün tarzı hakkındaki anlayışta gelişme, cinsel istismar mağdurlarının ve özellikle ergenlik yaşının altındaki kızların, genellikle çeşitli psikolojik faktörler nedeniyle veya failden gelebilecek şiddetten korktukları için, fiziksel dirençte bulunmadıklarını göstermiştir.

165. Dahası, bu alanda hukukta ve uygulamadaki gelişmeler, toplumların etkili bir eşitliğe ve her bireyin cinsel özerkliğine saygıya doğru ilerleyişlerini yansıtmaktadır.

166. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, cinsel suçların kovuşturulmasında fiziksel direncin kanıtlanmasını gerektiren katı bir yaklaşımın, bazı tecavüz türlerini cezasız bırakma riski doğurduğuna ve böylece bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunmasını tehdit ettiğine kanaat getirmiştir. Bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere uygun olarak, Sözleşme’nin 3 ve 8. maddelerine göre Sözleşmeci Devletlerin, rızaya dayalı olmayan her hangi bir cinsel fiili, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de etkili

bir şekilde kovuşturmalarını ve cezalandırmalarını gerektiren pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu görülmelidir.”

(c) Bu davada Mahkeme'nin görevi

“167. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme'nin görevi, tartışma konusu mevzuat ve uygulamanın ve bunların olayda uygulanış tarzıyla bağlantılı olarak soruşturmadaki iddia konusu eksikliklerin, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri bakımından davalı devletin pozitif yükümlülüklerini ihlale varacak kadar önemli kusurlar olup olmadığını incelemektir.

168. Mahkeme'nin önündeki mesele yukarıdakiyle sınırlıdır. Mahkeme, soruşturmada soyut hata veya ihmal iddialarıyla ilgilenmeyecektir; Mahkeme olayın maddi koşullarını değerlendirirken ulusal makamların yerine geçemez; fail oldukları iddia edilen kişilerin cezai sorumluluğu konusunda da bir karar veremez.”

2. Mahkeme'nin genel yaklaşımının uygulanması

“169. Başvurucu, bu olayda yetkililerin tutumlarının kusurlu mevzuatta kök saldıgını ve tecavüz faillerini ancak önemli bir fiziksel direnç delilinin varlığı halinde kovuşturma şeklinde hakim bir pratiği yansıttığını iddia etmiştir.

170. Mahkeme, Bulgaristan Ceza Kanununun 152(1). fıkrasının, mağdurun fiziksel direnç göstermesi şartından söz etmediğini ve tecavüzü diğer üye Devletlerin yasalarının ifade tarzından önemli bir değişiklik göstermeyecek şekilde tanımladığını gözlemlemektedir. Yukarıda da görüldüğü gibi birçok hukuk sistemi tecavüzü, mağdurun teslimiyetini sağlamak için fail tarafından kullanılan vasıtaları zikrederek tanımlamaya devam etmektedirler.

171. Ancak burada belirleyici olan şey, kanuni tanımlarda kullanılan ‘zor’ veya ‘tehdit’ veya diğer kelimelere verilen anlamdır. Örneğin bazı hukuk sistemlerinde, tecavüz olaylarında, mağdurun rızası olmaksızın failin cinsel eyleme devam etmiş olması veya rızasız olarak cinsel bir eylemde bulunmak üzere mağdurun vücudunu tutmuş veya konumunu değiştirmiş olması halinde, ‘zor’un kanıtlandığı kabul edilmektedir. Yukarıda da kaydedildiği gibi, yasal tanımlardaki farklılıklara rağmen birçok ülkede mahkemeler, rızaya dayalı olmayan cinsel fiilleri kapsayacak şekilde yorum geliştirmişlerdir.

172. Mevcut olayda, mağdurun rızası olmaksızın yürütülen her türlü cinsel eylemin Bulgaristan hukukuna göre cezalandırılabilir olup olmadığına dair açık bir içtihat bulunmaması nedeniyle, Yüksek Mahkemenin kararlarına ve hukuki yayınlara dayanarak bu mesele hakkında sağlıklı genel sonuçlara varmak zordur. Belirli bir olayda bir cinsel eylemin zorlayıcılığı içerip içermediği, her zaman maddi olayların yargısal değerlendirmesine dayanmaktadır. Bir başka güçlük de, mahkemelere ulaşmayan olaylarda savcılık uygulamaları hakkında güvenilir bir çalışmanın bulunmamasıdır.

173. Bununla birlikte Hükümetin, tecavüzün kovuşturulmasında kısıtlayıcı bir yaklaşım bulunduğu konusundaki iddiaları çürütecek kararların veya hukuki görüşlerin kopyalarını sunamamış olması, kayda değer bir durumdur. Bulgaristan hukukunda tecavüzün unsurları hakkında bizzat Hükümetin savunması dahi tutarsız ve belirsizdir. Son olarak, Yüksek Mahkemenin sunulan kararlarının, mağdurun fiziksel veya zihinsel engelli olduğu bir karar hariç, diğer bütün kararlarının önemli derecede şiddet kullanılarak işlenmiş tecavüzlerle ilgili olması, belirleyici olmamakla birlikte, fiziksel zorun ve direncin hiç bulunmadığı veya çok az bulunduğu olayların kovuşturulmadığına dair bir işaret olarak görülebilir.

174. Mahkeme'nin tecavüz olaylarında Bulgaristan makamlarının genel uygulamalarının ne olduğu hakkında kesin yanıtlar araması gerekli değildir. Mevcut dava bakımından,

başvurucunun kısıtlayıcı bir pratik bulunduğu konusundaki iddialarını makul gerekçelere dayandırmış olmasını ve Hükümet tarafından bunların çürütülemediğini görmesini gözlemlemek yeterlidir.

175. Başvurucuyla ilgili davanın olaylarına gelince: Mahkeme, soruşturma sırasında birçok tanığın dinlendiğini ve bir psikolog ile bir psikiyatrın bilirkişi raporu istendiğini kaydetmektedir. Olay savcılık tarafından soruşturulmuş ve savcılar görüşlerini bir ölçüde ayrıntılı olarak açıklayan kararlar vermişlerdir.

176. Mahkeme, olaylara ilişkin iki farklı anlatımla ve pek az ‘doğrudan’ delille karşılaşan Bulgar yetkililerin güç bir görevle yüz yüze geldiklerini görmektedir. Mahkeme, soruşturmacının ve savcılarının olayla ilgili çalışmalarını sırasında gösterdikleri çabaları küçümsememektedir.

177. Bununla birlikte Mahkeme, maddi olaylara ilişkin uzlaşmaz iki anlatımın bulunmasının, tabii ki verilen ifadelerin güvenilirliğinin bağlama duyarlı bir şekilde değerlendirilmesini ve olayı çevreleyen tüm koşulların doğrulanmasını gerektirdiğini kaydeder. Ancak P. ve A. ile çağrılan tanıklar tarafından anlatılanların güvenilirliğinin test edilmesi konusunda pek az şey yapılmıştır. Özellikle, bayan T. ve bay M. gibi ifadeleri birbirleriyle çelişen tanıklar yüzleştirilmemiştir. Olayların zamanının daha kesin bir şekilde belirlenmesi konusunda hiçbir girişimde bulunulmamıştır. Başvurucuya ve temsilcisine, yalan yere tanıklık yapmakla suçladıkları tanıklara soru sorma imkânı verilmemiştir. Savcılar verdikleri kararlarda, o tarihte 14 yaşında olan başvurunun başka bir adamla ilk kez cinsel ilişkide bulunduktan birkaç dakika sonra A.’yı okşamaya başladığı şeklinde P. ve A.’nın iddiaları gibi dikkat gerektiren bazı beyanlarda bulunmuş olmalarına rağmen, kendilerinin anlattıkları öykünün güvenilirliği sorununa hiç özen göstermemişlerdir.

178. Bu durumda Mahkeme, yetkili makamların olayı çevreleyen bütün koşulların ortaya çıkarılması için mevcut ihtimalleri araştırmadıkları ve çelişen ifadelerin güvenilirliğini yeterince değerlendirmediklerini düşünmektedir.

179. Görüldüğü kadarıyla soruşturmacının ve savcılarının bunu yapmamalarının sebebi, şiddet ve direnme izleri veya yardım çağrısı gibi ‘doğrudan’ kanıt bulunmaması nedeniyle ‘arkadaş tecavüzü’ nün meydana geldiği iddia edilmiş olduğundan, olayı çevreleyen bütün koşulların değerlendirilmesinden rıza yokluğunu ve böylece tecavüzün kanıtlandığı sonucunu çıkarsayamayacak olmalarıdır. Bu yaklaşım, soruşturmacının görüşünden ve özellikle 13 Mayıs 1997 tarihli bölge savcısının kararı ile 24 Haziran 1997 tarihli Başsavcının kararından açıkça ortaya çıkmaktadır.

180. Ayrıca, savcılarının başvurunun rıza göstermemiş olabileceği ihtimalini dışladıkları, fakat direnmeyle ilgili bir kanıtın bulunmaması nedeniyle, failerin başvurunun rıza göstermediğini anlamış olabilecekleri sonucuna varılamayacağı görüşünü benimzedikleri görülmektedir. Savcılar, failerin başvurucağı ıssız bir yere götürmek ve böylece zorlayıcı bir ortam yaratmak için kendisini aldatmış olabilecekleri gibi, olayı çevreleyen bütün koşulları değerlendirmek ve bu üç adam ile kendileri tarafından çağrılan tanıkların anlattıklarının güvenilirliğini takdir etmek suretiyle failerin suç işleme kastlarının kanıtlanması olasılığını ihmal etmişlerdir.

181. Şiddet izleri veya doğrudan tanıklar gibi ‘doğrudan’ tecavüz delili bulunmayan hallerde rıza yokluğunu kanıtlamak pratikte bazen güç olmakla birlikte, Mahkeme, yetkili makamların yine de bütün maddi olayları araştırmaları ve olayı çevreleyen bütün koşulları değerlendirerek karar vermeleri gerektiğini düşünmektedir. Yapılan soruşturma ve verilen sonuçlar, rıza göstermeme meselesine odaklanmalıdır.

182. Başvurucuyla ilgili olayda bu yapılmamıştır. Mahkeme, yetkili makamların başvuruyla ilgili olayını çevreleyen koşulları yeterince araştırmamış olmalarının, tecavüzün kanıtlanması için gereksiz yere ‘doğrudan’ delil aramış olmalarının bir sonucu olduğunu tespit etmektedir. Yetkililerin bu olaydaki yaklaşımı, suçun kurucu unsurunda pratik olarak ‘direnme’yi ön plana çıkaran kısıtlayıcı bir yaklaşımdır.

183. Yetkililer, genç insanların özellikle korunmasız oluşlarına ve küçüklere tecavüzle ilgili olaylarda bulunan özel psikolojik faktörlere pek bir önem vermedikleri için de eleştirilebilirler.

184. Dahası yetkililer, olayı önemli sayılabilecek bir gecikmeyle ele almışlardır.

185. Özetle Mahkeme, P. ve A.’nın suçluluğu hakkında bir görüş belirtmeksizin, konuyla ilgili mukayeseli hukuk ve uluslararası hukuktaki modern standartlar ışığında bakıldığında, başvuruyla ilgili olayın soruşturulmasının ve özellikle olayda soruşturmacı ve savcıların gösterdikleri yaklaşımın, devletin her türlü tecavüzü ve cinsel istismarı ortaya çıkarma ve bunları cezalandırmak için ceza hukuku sistemini etkili olarak uygulama şeklindeki pozitif yükümlülüklerine ilişkin olan şartların gerisinde kaldığını tespit etmektedir.

186. Mahkeme Hükümetin, ulusal hukuk sisteminin failer hakkında tazminat davası açılmasına imkân verdiği şeklindeki argümanını somutlaştırılmadığını kaydeder. Her halükarda, yukarıda da söylendiği gibi tecavüze ve cinsel istismara karşı etkili koruma, ceza hukuku tedbirleri alınmasını gerektirir.

187. Bu nedenle Mahkeme, mevcut davada, davalı devletin Sözleşme’nin 3 ve 8. maddelerindeki pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. Yine Mahkeme, Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına karar vermektedir.”

II. Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlali iddiası

188. Başvurucu, Bulgar Ceza Yasasının cinsel eylemlere rızaya ehliyeti düzenleyen 157(2). fıkrasıyla 152. maddesi karşılaştırarak, Yasanın “eşcinsel çocukları” tecavüzden, “heteroseksüel çocuklara” göre daha iyi koruduğundan yakınmıştır.

189. Mahkeme yukarıdaki bulgular ışığında şikâyetin 14. madde kapsamında incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir.

III. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 8,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 4,110 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Davalı devletin Sözleşme’nin 3. ve 8. maddelerindeki pozitif yükümlülüklerinin ihlaline;
2. Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından ayrı bir sorun bulunmadığına;
3. Başvurucunun şikâyetlerinin Sözleşme’nin 14. madde çerçevesinde incelenmesinin gerekli olmadığına;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

TUTULMA KOŞULLARI

06.03.2001 40907/98 DOUGOZ - YUNANİSTAN

◆ *sağlıksız koşullarda tutma* (yabancının aşırı kalabalık ve pis bir koşutta uyuma, sıcak su, temiz hava, doğal ışık ve yürüme imkânı bulunmayan bir mekanda tutulması), *tutmanın hukukiliği - salıverilmesine karar verilen yabancıyı savcılık görüşüyle tutma* (salıverilmesine ve geri gönderilmesine karar verilen yabancı hakkında bir mahkeme kararı veya idari bir karar olmadan sadece Başsavcılığın görüşüne dayanılarak tehlikeli olduğu gerekçesiyle tutulması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - aşağılayıcı muamele - kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma

DAVANIN ESASI

Başvurucu bir Suriye vatandaşı olup, Suriye’de askerlik görevini yaptığı sırada gizli bilgileri sızdırma nedeniyle gıyabında yargılanıp ölüm cezasına mahkûm edildiğini iddia etmektedir.

Başvurucu Yunanistan’a kaçmış ve burada birkaç kez uyuşturucu suçlarından yargılanıp mahkûm olmuştur. Yunanistan’da bulunduğu sırada başvurucuya sığınmacı statüsü verilmiştir. Başvurucu Haziran 1997’de cezasını yatmakta olduğu sırada Suriye’ye gönderilmesini istemiştir.

Başvurucu cezaevinden çıkarılmış ancak geri gönderme işlemleri tamamlanıncaya kadar polis tarafından tutulmaya başlanmıştır. Başvurucu birkaç ay Drapetsona Polis Merkezinde tutulmuştur. Başvurucu aşırı kalabalık ve pis bir koşutta tutulduğunu, burada uyuma, sıcak su, temiz hava, doğal ışık ve yürüme imkânı bulunmadığı iddia etmiştir.

Başvurucu Nisan 1998’de Alexandras Bulvarındaki Emniyet Müdürlüğüne götürüldüğü, buradaki tutma koşullarının da Drapetsona tutma merkezinden farklı olmadığını, ancak burada doğal ışık ve hava ile yeterli sıcak su bulunduğunu söylemiştir. Başvurucu Suriye’ye geri gönderildiği 3 Aralık 1998’e kadar burada tutulmuştur.

Öte yandan başvurucu 2 Şubat 1998’de geri gönderilme kararının kaldırılması için başvurmuştur. Başvurucunun bu talebi, kendisinin Suriye’de artık zulme uğramayacağını daha önce belirttiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak başvurucunun tutulmasının devamının hukuka uygunluğu konusunda açıkça bir karar verilmemiştir.

Başvurucu 24 Nisan 1998’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yaptığı başvuruda Sözleşme’nin 3. maddesi ile 5(1) ve (4). fıkralarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu arada İşkenceyi Önleme Avrupa Komitesi (CPT) Mart 1993’te Yunanistan’a yaptığı ziyaret sonucu 29 Kasım 1994’te Alexandras Bulvarındaki Atina Emniyet Müdürlüğü ile ilgili tespit ve tavsiyelerde bulunduğu bir rapor yayımlamıştır. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu Drapetsona ve Alexandras tutma merkezindeki tutulma koşullarından şikâyetçi olmuştur. Hükümet tutulma koşullarının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele düzeyine ulaşmadığını savunmuştur. Hükümete göre başvurucunun tutulmasının 17 ay sürmesinin nedeni, kendisinin geri göndermeyi durdurmak için çaba göstermesidir.

“44. Mahkeme, Sözleşme organlarının içtihatlarına göre kötü muamelenin Sözleşme’nin 3. madde kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini

hatırlatır (*İrlanda – Birleşik, §162*). Aynı şey, aşağılayıcı muamele için de geçerlidir (*Costello-Roberts, §30*). Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görecelidir; muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal sonuçları ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu koşullara dayanır.

45. Mevcut olayda Mahkeme, başvurunun ilk önce yabancılarla ilgili mevzuata göre tutulan kişiler için bir tutma merkezi olan Drapetsona polis merkezinde birkaç ay kaldığını kaydeder. Başvurucu aşırı kalabalık ve pis bir koğuştaki tutulduğundan, burada uyuma, sıcak su, temiz hava, doğal ışık ve yürüme imkânı bulunmadığından şikâyetçi olmuştur. Koşuş çok kalabalık olduğu için kitap dahi okuyamamıştır. Nisan 1998’de Alexandras Bulvarındaki Emniyet Müdürlüğüne nakledilmiştir; buradaki koşullarda da Drapetsona’daki koşullara benzemektedir; Suriye’ye geri gönderildiği 3 Aralık 1998’e kadar burada tutulmuştur. Mahkeme, başvurunun aşırı kalabalıkla ve yatak ve uyuma imkânı bulunmamasıyla ilgili iddialarının Hükümet tarafından reddedilmediğini gözlemlemektedir.

46. Mahkeme tutulma koşullarının bazen insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleyle varabileceğini kabul etmektedir. Komisyon, ‘Yunanistan Davası’nda (*no. 3321/67, 5 Kasım 1969 tarihli Komisyon Raporu, Yearbook 12*) aşırı kalabalık ve yetersiz ısınma, temizlik, uyuma, yiyecek, havalanma ve dış dünya ile irtibat ile ilgili olarak bu sonuca varmıştır. Mevcut olayda Mahkeme, her ne kadar olay yerine ziyarette bulunmamış ise de, başvurunun iddialarının, 29 Kasım 1994 tarihli CPT raporunda Alexandras Bulvarındaki Emniyet Müdürlüğüyle ilgili tespitleriyle tutarlı olduğunu kaydetmiştir. CPT raporunda, buradaki koğuştaki kalma ve tutma rejiminin, birkaç günden fazla bir süre için uygun olmadığını, kalan kişi sayısının çok aşırı olduğunu ve temizlik imkânlarının korkunç kötü olduğunu vurgulamıştır. CPT, Drapetsona tutma merkezini ziyaret etmemiş olmakla birlikte, Mahkeme, Hükümetin buradaki koşulların Alexandras’daki koşullarla aynı olduğunu söylediğini, başvurunun ise Alexandras’ta doğal ışık ve hava ve yeterli sıcak su bulunduğu için buradaki koşulların biraz daha iyi olduğunu kabul ettiğini kaydeder.

47. Dahası Mahkeme, CPT’nin 1997’de hem Alexandras Emniyet Müdürlüğünü ve hem de Drapetsona tutma merkezini ziyaret ettiğini ve her iki yeri de 1999’da tekrar ziyaret etme gereği duyduğunu gözden uzak tutamaz. Başvurucu Temmuz 1997’den Aralık 1988’e kadar tutulmuştur.

48. Yukarıda söylenenler ışığında Mahkeme, başvurunun Alexandras Emniyet Müdürlüğünde ve Drapetsona tutma merkezinde tutulma koşullarının, özellikle aşırı kalabalık ve uyuma imkânının bulunmaması ve ayrıca uzun bir süre bu koşullarda tutulması yüzünden, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı bir aşağılayıcı muamele oluşturduğunu kabul etmektedir.

49. Buna göre Sözleşme’nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu ayrıca, tutulmasının hukukiliği ve süresinin uzunluğu ile bu bağlamda başvurabileceği iç hukuk yolu bulunmamasından şikâyetçi olmuştur. Hükümet başvurunun sınırdışı edilmesine dair bir mahkeme kararı gereğince tutulduğunu savunmuştur. Başvurucuya göre bir yasa hükmü olmadan, sırf Temyiz Mahkemesi savcılığının görüşü üzerine tutulmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca başvurucuya göre, bu uzun tutulmasına karşı başvurabileceği bir hukuk yolu da yoktur; Bakanlığa başvurabilmesi bir hukuk yolu olarak görülemez, bu başvuruları ya reddedilmiş veya cevapsız bırakılmıştır. Aslında tutulması bir idari karara veya bir mahkeme hükmüne dayanmadığı için, hukukiliğine karşı iç hukukta başvurabileceği bir yol da yoktur.

54. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında “sınırdışı edilmek amacıyla” tutulduğu konusunda bir tartışma olmadığını hatırlatır. Ancak başvurunun tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bakımından “hukuki” olup olmadığını özellikle ulusal sistemde öngörülen koruyuculara dayanarak incelemek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir. “Hukukun öngördüğü usul”ün izlenip izlenmediği dâhil, tutmanın “hukukiliği” meselesi söz konusu olduğunda, Sözleşme esas itarıyla ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uygun davranma yükümlülüğüne atıfta bulunur; ama ayrıca bir özgürlükten yoksun bırakmanın 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına uygunluğu da gerektirir (*Chahal, §118*).

55. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının, bir özgürlükten yoksun bırakmanın “hukukun öngördüğü usule uygun” olarak gerçekleştirilmesini öngörmekle, bir gözüaltına alma veya tutmanın öncelikle iç hukukta yasal bir temeli bulunmasını gerektirdiğini hatırlatır. Ancak bu kelimeler, sadece iç hukuka göndermede bulunmamaktadır; Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin bir kavram olan hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayı gerektiren hukukun kalitesi ile de ilgili bulunmaktadır (*Amuur, §50*).

56. Mahkeme, idari bir kararla yabancıların sınırdışı edilmesine uygulanan 1975/1991 tarihli Yasanın 27(6). fıkrasının, bir yabancı için İçişleri Bakanlığı tarafından sınırdışı edilmesi için verilen idari kararın icrası sırasında ve yabancıların kamu düzenine karşı tehlikeli veya kaçabileceği kabul edildiğinde tutulmasını öngörmektedir.

Mevcut olayda başvurunun sınırdışı edilmesine idare tarafından değil ama bir mahkeme tarafından karar verilmiştir. Dahası, başvurunun kamu düzenine karşı tehlike olduğu kabul edilmiş değildir. Temmuz 1997'de başvurunun cezaevinden salıverilmesine karar veren İddialar Dairesi, başvurunun salıverildiği takdirde başka bir suç işlemeyeceğinin tutulması sırasında ortaya çıktığını ve tutulmasının devamının gerekli olmadığını belirtmiştir.

57. Mahkeme ayrıca, Temyiz Mahkemesi savcı yardımcısının 1 Nisan 1993 tarihinde, 18–26 Haziran 1992 tarihli ve 4803/12/7A sayılı kararın mahkemeler tarafından verilen sınırdışı etme kararlarına kıyasen uygulanacağı mütlâasında bulunduğunu kaydederek, Mahkeme, idari sınırdışı edilemeye karşı karşıya olan kişilerin tutulmasına ilişkin bir bakanlık kararının kıyasen uygulanabilirliğiyle ilgili kıdemli bir savcının görüşünün, Mahkeme'nin içtihatları anlamında yeterli “kalite”ye sahip bir “hukuk” oluşturduğu kanaatinde değildir.

58. Bu koşullarda Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varır.

59. Başvurunun tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının gereklerini yerine getirmediği sonucuna varan Mahkeme, bu hükmün bir de başvurunun tutulmasının uzunluğu nedeniyle ihlal edilmiş olup olmadığını incelemeyi gerekli görmemektedir.

60. Başvurunun Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından yaptığı şikâyet incelenirken, Hükümet 5(4). fıkra denetiminin, başvurunun sınırdışı edilmesine dair 16 Temmuz 1997 tarihli mahkeme kararına ve buna itirazı reddeden 11 Mayıs 1998 tarihli kararına içselleştirilmiş olduğunu savunmuştur.

61. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki “hukukilik” kavramının, 1. fıkradaki hukukilik kavramıyla aynı anlama geldiğini, dolayısıyla tutulan bir kimsenin tutulmasının sadece iç hukuktaki şartlar bakımından değil ama ayrıca Sözleşme metnindeki şartlar bakımından, yani buradaki genel ilkeler ve 5(1). fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacı bakımından hukukilik denetiminin yapılmasına hakkı olduğunu hatırlatır. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası Mahkeme'yi, saf yerindelik sorunları dâhil, karar veren makâmın takdirinin

yerine kendi görüşünü koyması için olayı bütün yönleriyle incelemeye yetkili kılacak kadar geniş bir yargısal denetim hakkını güvence altına almamaktadır. Ancak denetim, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına göre bir kimsenin tutulmasının "hukukiliği" için esaslı koşullarla ilgili olmalıdır.

62. Mahkeme, başvurunun Adalet ve İçişleri Bakanlıklarına kendisini salıvermeleri için 28 Kasım 1997 ve 26 Temmuz 1998 tarihli başvurularının, tutulmasının hukukiliğine karşı itiraz edebildiği etkili birer hukuk yolu olarak görülemeyeceği kanaatindedir. Başvurucu bu taleplerde bulunmakla, talepleri reddedebilecek veya yanıtız bırakabilecek bu bakanların insafına sığınmıştır. Dahası, Piraeus Ceza Mahkemesi Birinci İddialar Dairesinin 11 Mayıs 1998 tarihli kararında, kapalı olarak yaptığı incelemede başvurunun tutulmasıyla ilgili talebi hakkında karar vermemiştir.

63. Buradan çıkan sonuca göre iç hukuk başvurusu sınırdışı edilmesi sırasında tutulmasının hukukiliğinin, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği şekilde bir ulusal mahkeme tarafından belirlenmesine izin vermemektedir.

64. Mahkeme Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının da ihlal edildiği sonucuna varmaktadır."

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat ile ücretler ve masraflar için 5 milyon Drahmi ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
3. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

19.04.2001 28524/95 PEERS - YUNANİSTAN

◆ *sağlıksız koşullarda tutma* (tek kişilik dar, havasız, sıcak, ışsız ve açık tuvaleti ve iki yatağın bulunduğu hücrede bir başka kişi ile birlikte tutulma) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Birleşik Krallık vatandaşı olan başvuru Donald Peers, Birleşik Krallık'ta eroin bağılı nedeniyle tedavi görmüştür.

Başvuru Ağustos 1994'te uyuşturucu suçları nedeniyle Atina Havaalanında yakalanmıştır. Başvuru tutuklandıktan sonra 24 Ağustos'ta Yunanistan'ın Koridallos Cezaevine götürülmüştür. Başvuru daha sonra mahkûm olmuştur.

Başvuru önce bir süre cezaevinin psikiyatri servisinde tutulduktan sonra Delta bölümünün ayırma birimine, daha sonra da Alpha birimine nakledilmiştir. Delta biriminde tek kişilik dokuz hücre, bir duş yeri ve egzersiz için ortada 10 adımlık küçük bir havalandırma boşluğu vardır. Hücre kapısı sabah açılmakta ve akşam saatlerinde kapatılmaktadır. Başvuru iki yatağın bulunduğu 7 metrekaarelik tek kişilik hücrede sürekli olarak bir başka hükümlüyle birlikte kalmıştır; hücrede adım atmak için yer yoktur ve sürekli yatağın üstünde oturmak zorundadır. Hücrede bir paravanla ayrılmamış açık bir alaturka tuvalet bulunduğundan, mahrem bir şekilde tuvalet ihtiyacını karşılama imkânı yoktur. Hücrenin

tavanında açılmayan küçük cam o kadar kirlidir ki, doğal ışık girememektedir; çok cılız olan tavadaki ampul ışığı da okumaya imkân vermemektedir. Yazın hücreler çok sıcak olmasına karşın, hücrede havalandırma bulunmamaktadır; hücre kapısı kapatıldığında ancak gözetleme deliğinden hava girmekte ve yaz sığacı çekilmez olmaktadır.

İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Komitesinin Mart 1993'te Koridallos Cezaevine yaptığı ziyarette tespit ettiği olumsuzlukları kaydeden ayrıntılı bir raporu Kasım 1994'te yayımlanmıştır.

Başvurucu 9 Ekim 1994 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, cezaevinde tutulma koşullarının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğunu, tutuklu kişilerin hükümlülerden ayrı bir yerde tutulmamaları nedeniyle masumluk karinesinin ihlal edildiğini ve Komisyon Yazı İşlerinden kendisine gönderilen mektupların cezaevi yetkilileri tarafından okunması nedeniyle haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu Koridallos Cezaevindeki tutulma koşullarının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleyle varlığını iddia etmiştir.

[67-75]: Mahkeme ilk önce, bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini, bu düzeyin değerlendirilmesinin göreceli olduğunu ve olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu hatırlatmıştır (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §162). Yine Mahkeme bir muamelenin 3. madde anlamında 'aşağılayıcı' olup olmadığına karar verebilmek için, bu muamelenin amacının aşağılama olup olmadığına ve muamelenin sonuçları itibarıyla bireyin kişiliğini 3. maddeyle bağdaşmayacak surette olumsuz etkileyip etkilemediğine bakacağını belirtmiştir (*Raninen*, §55).

Mevcut olayda Mahkeme ilk olarak, Hükümetin söylediğinin aksine, başvurunun Delta bölümünün ayırma biriminde kalmaya rıza göstermediğini tespit etmiştir. Ayırma birimdeki tutulma koşullarıyla ilgili olarak Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin tutulma yerindeki büyüklük, ışıklandırma ve havalandırma konularında yaptığı tespitleri ve ayrıca CPT'nin Koridallos Cezaevine yaptığı ziyaret sonucu hazırladığı raporu dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre başvuruca aşağılama yönünde bir kasıt bulunmamasına rağmen, böyle bir amacın bulunmaması Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna götürmez. Yetkili makamların başvurunun tutulduğu kabul edilmez koşulları iyileştirmek için gerekli tedbirleri almamış olmaları başvuruca saygı göstermediklerine işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca, başvurunun en az iki ay boyunca 24 saatin büyük bir bölümünü havalandırma ve pencere bulunmayan ve zaman zaman dayanılmaz sıcak hale gelen hücredeki yatağı üzerinde geçirmiş olmasını dikkate almıştır. Başvurucu ayrıca bir başka hükümlünün önünde tuvaleti kullanmış ve hücre arkadaşı da tuvaleti kullanırken hücrede bulunmuştur. Mahkeme'ye göre başvurunun cezaevinde tutulma koşulları başvurunun insan onuru zayıflatmış, kendisinin maddi ve manevi direncini kırarak şekilde üzüntü ve elem duygularını arttırmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlali iddiası

[76-78]: Başvurucu kendisinin tutuklu olmasına rağmen hükümlülerle birlikte cezaevinde tutulması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'de tutuklular ile hükümlülere ayrı muamele yapılacağına dair bir hüküm bulunmadığını hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre başvurunun gösterdiği sebeplerle bu fıkranın ihlal edildiği söylenemez.

III. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[79-84]: Başvurucu Komisyon Yazı İşleri tarafından kendisine gönderilen mektupların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığını ve mektuplar açılırken her zaman orada bulunmadığını iddia etmiştir. Hükümet ise bütün mektupların yasa gereğince cezaevinde uyuşturucu suçlarına engel olmak için tutuklu ve hükümlüler önünde açıldığı, Sözleşme organları tarafından gönderilen mektupların bundan muaf tutulmadığını, çünkü suçlular tarafından zarfların da sahtesinin yapılabileceğini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre Komisyon tarafından başvurucuya gönderilen mektupların da açıldığı Hükümet tarafından kabul edildiği için, başvurucunun haberleşmesine saygı hakkına bir müdahale söz konusudur. Bu müdahale Cezaevi Kanununun 51. maddesine dayandığı için iç hukukta bir hukuki temeli bulunmakta ve müdahale suçun veya düzensizliğin önlenmesi amacı taşımaktadır. Müdahalenin gerekliliği konusunda ise Mahkeme, gizliliğine saygı gösterilmesi büyük önem taşıyan bu mektupların görülmesi için zorlayıcı bir sebep olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre Hükümetin ileri sürdüğü risk, ihmal edilecek kadar hafiftir. Bu gerekçeyle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 5 milyon Drahmi ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihaline
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

10.07.2001 33394/96 PRICE - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *engelliği tutma* (iki kolundan ve ayaklarından kötürüm olan bayan hükümlünün soğuk, kendi başına tuvaleti kullanamadığı, kolaylıkla yardım isteyemediği, sağlık durumuna elverişli olmayan koşullarda tutulması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - aşağılayıcı muamele

DAVANIN ESASI

Birleşik Krallık vatandaşı olan başvurucu bayan Adele Price, Thalidomide ilacına bağlı fokomeli nedeniyle doğuştan iki kolu ve iki bacağından sakattır; ayrıca ve böbrek yetmezliği bulunmaktadır.

Başvurucu 20 Ocak 1995'te, bir icra davasında mali durumuyla ilgili sorulara cevap vermeyip mal bildiriminde bulunmadığı için mahkemeye saygısızlıktan yedi gün hapis cezası almıştır. Yargıç başvurucunun hemen cezaevine götürülmesine karar vermeden önce nerede ve nasıl tutulacağına dair bir araştırma yapmamıştır. Başvurucunun davası öğleden sonra görüldüğü ve kendisini cezaevine kabul etmek için çok geç olduğu için, başvurucu ilk geceyi bir polis karakolunun nezarethanesinde geçirmiştir. Bir tahta yatağın ve bir minderin bulunduğu nezarethane engelli kişiler için elverişli değildir. Başvurucu, yatağın sert olması nedeniyle tekerlekli sandalyesinde uyumaya zorlandığını, acil düğmesinin ve lamba düğmelerinin ulaşabileceği yerden uzak olduğunu, tekerlekli sandalyesinden daha yüksekte olduğu için tuvaleti kullanamadığını iddia etmiştir. Nezaret kayıtlarına göre başvurucu her yarım saatte bir soğuktan şikâyet etmiştir. Böbrek hastalığı nedeniyle ve çevresinde dönüp kendini sıcak tutamadığı için, bu durum ciddi problem oluşturmuştur. Bir süre sonra karakola gelen doktor, buranın engelli kişilerin ihtiyaçlarına uygun olmadığını ve nezarethanenin çok soğuk olduğunu söylemiş ve başvurucunun yatakta değil

ama tekerlekli sandalyede uyuyabileceğini belirtmiştir. Bütün gece nezarethanedeki kalan başvuru için daha uygun başka bir yere götürülmesi veya salıverilmesi düşünülmemiştir. Ertesi gün başvuru bir cezaevine götürülmüş ve burada iki gece üç gün kalmıştır. Buradaki ilk geceye ait kayıtlara göre nöbetçi hemşire başvuru kaldıramadığından başvuru tuvaleti kullanmasına yardımcı olmakta güçlük çekmiştir. Bunun üzerine erkek görevlilerden yardım istenmiş, bu da başvuru aşırı derecede utandırmıştır. Cezaevi giriş kayıtlarında bir doktorun ve görevli hemşirenin, başvuru durumu dolayısıyla, örneğin tuvalete gitme ve yatağa çıkma, temizlenme, sıvı alma, tekerlekli sandalyenin çalışmaması halinde hareket etme gibi karşılaşabilecekleri sorunlardan kaygı duyduklarını kaydedilmiştir. Dışarıda bir hastaneye nakli düşünülmüş, ancak başvuru belirli bir tıbbi bir şikâyetle bulunmadığı için nakledilememiştir.

Başvuru 23 Temmuz 1996'da Komisyona yaptığı başvuruda tutulma koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvuru tutulmasının ve cezaevine götürülmesinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir muamele oluşturduğunu iddia etmiştir.

[24-30]: Mahkeme ilk önce, bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiğini, bu düzeyin değerlendirilmesinin göreceli olduğunu ve olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu; ayrıca bir muamelenin 3. madde anlamında 'aşağılayıcı' olup olmadığına karar verebilmek için, bu muamelenin amacının aşağılama olup olmadığına ve muamelenin sonuçları itibarıyla bireyin kişiliğini 3. maddeyle bağdaşmayacak surette olumsuz etkileyip etkilemediğine bakacağını belirtmiştir (*Peers*, §67-68).

Mevcut olayda Mahkeme, başvuru sakatlığı ve hastalığı bulunan bir hükümlü olduğunu belirttikten sonra, İngiliz hukukunda ve uygulamasında yargıcın ceza verirken kişinin nerede tutulacağını veya ağır sakatlığı bulunan bir hükümlünün durumuna uygun bir yerde tutulması gerektiğine dair bir karar vermediğini vurgulamıştır. Mahkeme, Hükümet tarafından sunulan cezaevi ve sağlık konusundaki belgelerin, polis ve cezaevi yetkililerinin başvuru özel ihtiyaçlarıyla baş edemediklerini gösterdiğini kaydetmiştir. Cezaevi yetkilileri başvuru yatağa çıkma, tuvalet, hijyen, tekerlekli sandalyenin çalışmaması halinde hareketi sağlama konusundaki kaygılar nedeniyle başvuru hastane gibi başka bir yere nakledilmesini düşünmüşler, ancak başvuru özel bir tıbbi şikâyetle bulunmadığı için hastaneye nakledememişlerdir.

Mahkeme, olayda başvuru aşağılama veya küçük düşürme gibi bir kast bulunmadığını tespit etmiştir. Ancak Mahkeme, ağır sakatlık durumu bulunan bir kimsenin çok soğuk bir ortamda, yatağı sert ve çıkılabilir olmadığı için yaralanma riski bulunan ve tuvalete gidemediği ve ancak büyük zorluklarla temizlenebildiği bir hücrede tutulmasını, 3. maddeye aykırı bir aşağılayıcı muamele oluşturduğunu kabul etmiştir.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 4,500 Sterlin, ücretler ve masraflar için 4,000 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;

2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

08.07.2004 48787/99 İLAŞCU ve Diğerleri - MOLDOVA ve RUSYA

◆ *yalıtma içinde tutma* (yetkisiz bir mahkeme tarafından verilen ölüm cezasının infaz riski altında uzun bir süre ve tam bir yalıtma içinde ve sağlıklı koşullarda tutma ve işkence), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvurucunun Mahkeme'ye yaptığı başvuruyu geri almakla suçlanması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü

DAVANIN ESASI

Ardalan: Sovyetler Birliğinin dağılmasından sonra, Moldova Parlamentosu 1991 yılında bağımsızlık bildirisini kabul etmiştir. Bundan önce Moldova'nın Transdinyestern bölgesindeki ayrılıkçılar, 'Moldova Transdinyester Cumhuriyeti'ni (MRT) ilan etmişlerdir. Ancak bu siyasi oluşum, uluslararası toplum tarafından tanınmamıştır. Şiddetli çatışmalar meydana gelmiş ve bu çatışmalar sırasında ayrılıkçılar, Moldova'da kalmaya devam eden ve bazıları ayrılıkçılara katılan Sovyetler Birliği (daha sonra Rusya Federasyonu) askerlerinden silah temin etmişlerdir. Temmuz 1992'de Moldova ile Rusya Federasyonu arasında, her iki tarafın da buradan çekilmesini gerektiren ve güvenlik bölgesi oluşturan bir ateşkes anlaşmasına varılmıştır. 1994 yılında Rus askerlerinin bölgeden çekilmesini gerektiren ikinci bir anlaşma imzalanmış, fakat Rusya Federasyonu tarafından onaylanmamıştır. 1997 yılında Moldova Devlet Başkanı ile MRT Başkanı, ilişkilerin normalleştirilmesi için esasları belirleyen bir memorandum imzalamışlardır. Bu tarihten sonra müzakereler yapılmıştır.

Olaylar: Başvurucu Ilie İlaşcu 1952, Alexandru Leşco 1955, Andrei İvantoc 1961 ve Tudor Petrov-Popa 1963 doğumlu olup, başvurunun yapıldığı sırada Moldova vatandaşlarıdır. İlaşcu 2000 yılında, Leşco ve İvantoc 2001 yılında Romanya vatandaşlığını kazanmışlardır. Olayların geçtiği 1991 yılında başvuru İlaşcu Halk Cephesinin yerel liderlerinden biri olup, Moldova ile Romanya'nın birleşmesi yönünde çaba göstermiştir. Bay İlaşcu iki kez Moldova Parlamentosuna seçilmiş ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinde Moldova delegasyonu üyesi olarak görevlendirilmiştir. Başvurucular 2-4 Haziran 1992 tarihlerinde, Tiraspol'deki evlerinden, bazıları eski SSCB 14. Ordu askerlerinin üniformalarını giyen kişiler tarafından gözaltına alınmışlardır. Başvurucular, Moldova Halk Cephesi ve Romanya'nın yönlendirmesi altında, meşru Transdinyester Devletine karşı yasadışı yollardan mücadele etmek suretiyle anti-Sovyet faaliyetlerde bulunmakla suçlanmışlardır. Başvurucular ayrıca iki kişinin öldürülmesi gibi çeşitli suçlara karışmakla suçlanmışlardır. Başvurucular gözaltında tutuldukları sırada kötü muamele gördüklerini iddia etmişlerdir. Üç başvuru, Rus ordusuna bağlı garnizona götürülmüşler ve burada başvurucuların iddiasına göre askerler tarafından muhafaza edilmişler ve işkenceye tabi tutulmuşlardır. Kendilerine dış dünya ile temas kurma imkânı verilmemiş ve tuvaleti, suyu, doğal ışığı bulunmayan hücrelerde tutulmuşlardır. Başvuruculara günde sadece on beş dakika egzersiz yapma izin verilmiştir. Başvurucular daha sonra Emniyet Müdürlüğünde tutulmuşlardır. Buradaki hücrelerde de doğal ışık bulunmamaktadır. Başvuruculara mektuplaşma ve avukatla görüşme izni verilmemiş, aile ziyaretlerine de sadece keyfi olarak izin verilmiştir. Başvurucular Aralık 1993'te, MRT Yüksek Mahkemesi tarafından suçlu bulunmuşlardır; birinci başvurucuya ölüm cezası, diğerlerine ise 12-15 yıl hapis cezaları verilmiştir. Ayrıca başvurucuların malları müsadere edilmiştir. Moldova Yüksek Mahkemesi kendiliğinden bu kararı incelemiş ve iptal etmiş, başvurucuların salıverilmelerine karar vermiş, ancak bu karar yerine getirilmemiştir. Mahkûmiyet kararlarının ardından başvurucular, doğal ışık bulunmayan tek kişilik hücrelerde tutulmuşlardır. Tutulma koşulları başvurucuların sağlık durumlarının kötüleşmesine yol açtığı halde, kendilerine gerekli tıbbi tedavi verilmemiştir. Başvurucuların İnsan

Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmalarından sonra tutulma koşulları daha da kötüleşmiştir. Transdinyester'de tutulan başvurulardan bay İlaşcu Mayıs 2001'de ve bay Leşco Haziran 2004'te salıverilmişler; diğerleri ise cezaevinde tutulmaya devam etmiştir.

Başvurucular 5 Nisan 1999 tarihinde İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaptıkları başvuruda, kendilerini mahkûm eden mahkemenin yetkisiz olduğu ve her halükarda yargılamanın adil olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin, mallarının müsadere edilmiş olması nedeniyle Birinci Protokolün 1. maddesinin, tutulmalarının hukuka aykırı olması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlalden şikâyetçi olmuşlardır. Ayrıca başvuru İlaşcu ölüm cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin, bütün başvuru tutulma koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesi ile 34. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, Moldova makamlarının bu ihlalleri durdurmak için yeterli tedbirleri almadıkları gerekçesiyle Moldova'nın sorumlu olduğunu, Transdinyester topraklarının ayrılıkçılara destek vermek üzere burada askerlerini konuşlandıran Rusya'nın de facto kontrolü altında bulunması Rusya'nın sorumluluğu paylaştığını ileri sürmüşlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvurucuların Moldova'nın yetki alanında olup olmadıkları

[300-352]: Moldova Hükümeti, başvuru olayların geçtiği tarihte ve halen Moldova'nın fiili egemenlik alanında olmadıklarını, dolayısıyla başvurunun Sözleşme ile kişi bakımından bağdaşmaz olduğunu savunmuştur.

Mahkeme'ye göre Moldova Hükümeti, uluslararası hukuk bakımından Moldova Cumhuriyetinin tek meşru yönetimidir; fakat ülkesinin bir bölümünde, yani 'MRT'nin etkili kontrolü altında bulunan kısımda otoritesini kullanamamaktadır. Ancak Moldova, Transdinyester bölgesinde etkili bir kontrole sahip olmamakla birlikte, Sözleşme'nin 1. maddesi bakımından yetkisi dâhilinde alabileceği tedbirleri almak ve uluslararası hukuk gereğince Sözleşme ile güvence altına alınmış olan başvuru haklarını korumak şeklinde pozitif bir yükümlülüğe sahiptir. Sonuç olarak başvuru Sözleşme'nin 1. maddesi bakımından Moldova Cumhuriyetinin egemenlik alanındadır; fakat Moldova'nın şikâyet konusu eylemlerden sorumluluğu, Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülükler ışığında değerlendirilmelidir.

Bu yükümlülükler hem Transdinyester toprakları üzerinde egemenlik yetkisinin ifadesi olarak kontrolü yeniden kurma gereğinden doğan tedbirlerle ve hem de başvuru haklarını salıverilmelerini sağlamayı da içeren haklarına saygı gösterilmesi için tedbirlerle ilgilidir. Mahkeme başvuru durumlarıyla ilgili olarak, Sözleşme'nin 1997 yılında onaylanmasından sonra ve hatta bu tarihten sonra da, Moldova makamlarının başvuru haklarını korumak için bazı tedbirler aldıklarını kaydetmiştir. Öte yandan Mahkeme, bay İlaşcu'nun Mayıs 2001'de salıverilmesinden sonra, diğer başvuru tarafından şikâyet edilen ihlallerin sona erdirilmesi için etkili tedbirler aldıklarına dair bir delile sahip değildir. Moldova makamları Rusya Federasyonu ile ikili ilişkilerinde, artık başvuru haklarını korumak için tedbirler alma yetkisine sahiptir. Dolayısıyla Mahkeme, Moldova Hükümetinin Mayıs 2001'den sonra meydana gelen şikâyet konusu eylemler bakımından pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeme nedeniyle sorumlu tutulabileceği sonucuna varmıştır.

II. Başvurucuların Rusya Federasyonu'nun yetki alımında olup olmadıkları

[350-394]: Rus Hükümeti şikâyet konusu eylemlerinin Rusya Federasyonunun 'egemenlik alanı'na girmediğini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre, 1991-1992 yıllarındaki Moldova krizi sırasında, önce SSCB ve daha sonra Rusya Federasyonuna bağlı olan ve Transdinyester'de konuşlanmış olan On Dördüncü Ordu, Transdinyester ayrılıkçı güçleri için ve onlar adına çarpışmıştır. On Dördüncü Ordunun depolarından çok miktarda silah gönüllü olarak ayrılıkçılara verilmiş; ayrılıkçılara ayrıca Rus askerleri tarafından karşı çıkılmayan diğer silahlara da sahip olmuşlardır. Ayrıca, Moldova makamları ile Transdinyester ayrılıkçıları arasındaki çatışmalar sırasında, Rus liderleri verdikleri siyasal beyanatlarla ayrılıkçıları desteklemişlerdir. Dolayısıyla Rus makamları, hem askeri ve hem de siyasal olarak, Moldova Cumhuriyetinin topraklarının bir kısmı olan Transdinyester bölgesinde ayrılıkçı bir rejimin yaratılmasına katkıda bulunmuşlardır. Rusya 21 Temmuz 1992'de imzalanan ateşkes anlaşmasından sonra bile ayrılıkçı rejime askeri, siyasal ve ekonomik desteğini sürdürmüş, böylece bu rejimin kendisini güçlendirmek suretiyle ayakta kalmasını ve Moldova karşısında belirli bir özerklik kazanmasını sağlamıştır. Mahkeme'ye göre Rus askerlerinin başvurucuların ayrılıkçı rejim yetkililerine teslim edilmeleri dâhil, başvurucularla ilgili yaptıkları bütün eylemler, Rus makamlarının yasadışı bir rejimle işbirliği bağlamında, bu rejimin eylemlerinden sorumluluğunu doğuracak niteliktedir. Rusya'nın 1999 ve 2001 yıllarındaki AGİT zirvelerinde Rus ordusunun Moldova topraklarından tamamıyla çekileceğine dair verdiği taahhütlere aykırı olarak, Rus ordusu halen Moldova topraklarında konuşlanmış durumdadır.

Sözleşme'nin Rusya bakımından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den önce ve sonra, Rus barış güçlerinin kontrolü altındaki güvenlik bölgesinde 'MRT' rejimi kendi askerlerini yasadışı olarak bulundurmaya ve 21 Temmuz 1992 tarihli anlaşmaya aykırı olarak silah üretmeye ve satmaya devam etmektedir. Bütün bunlar 'MRT'nin Rusya'nın etkili kontrolü ve azından esaslı etkisi altında kaldığını ve her halükarda Rusya'nın kendisine verdiği askeri, ekonomik, mali ve siyasal destekle ayakta kaldığını kanıtlamaktadır. Bu durumda Mahkeme, Rusya'nın bu rejime desteği ve işbirliğinin 5 Mayıs 1998'den sonra da devam ettiğinden ve kendi görevlilerinin başvurucuları getirdikleri durumu sona erdirmek için bir girişimde bulunmadığından ve iddia edilen ihlalleri engellemek için bir şey yapmadığından, başvurucuların akıbeti üzerinde Rusya'nın devamlı ve kesintisiz bir sorumluluğu bulunduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla başvurucular, Rusya'nın egemenlik alanına girmekte olup, şikâyet konusu eylemler nedeniyle sorumluluğu söz konusudur.

III. Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi

[395-399]: Moldova Hükümeti başvurucular tarafından iddia edilen ihlallerin sürekli nitelikte olduğunu ve sonuç olarak Mahkeme'nin bunları inceleme yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir. Rus Hükümeti ise başvurucular tarafından şikâyet edilen eylemlerin Sözleşme'nin Rusya bakımından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998 tarihinden önce meydana geldiğini ve dolayısıyla Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi dışında kaldığını savunmuştur. Mahkeme Sözleşme'nin Moldova bakımından 12 Eylül 1997'de, Rusya Federasyonu bakımından 5 Mayıs 1998'de yürürlüğe girdiğini kaydetmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin her bir Sözleşmeci Devlet bakımından sadece kendileri için yürürlüğe girdikten sonra meydana gelen olaylar bakımından uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.

A. Sözleşme'nin 6. maddesi konusundaki şikâyet

[400-400]: Başvurucular 'MRT Yüksek Mahkemesi' önünde adil yargılanmadıklarından şikâyet etmişlerdir. Ancak bu mahkeme önündeki yargılama 9 Aralık 1993 tarihinde sona

ermiştir. Dolayısıyla Mahkeme 6. madde konusundaki şikâyeti zaman bakımından inceleme yetkisine sahip değildir.

B. Sözleşme'nin 3, 5 ve 8. maddeleri konusundaki şikâyetler

[401-403]: Başvurucular, yetkili mahkeme tarafından tutulmalarına karar verilmediği gerekçesiyle tutulmalarının hukuka aykırı olduğunu, Tiraspol Cezaevinde serbestçe mektuplaşamadıklarını ve aileleriyle görüştürülmedikleri ileri sürmüşler ve ayrıca tutulma koşullarından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme iddia edilen bu ihlallerin, başvurucuların 1992 yılında tutulmaları ile başladığını ve halen devam ettiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme bu şikâyetleri, Moldova açısından 12 Eylül 1997'den ve Rusya Federasyonu açısından 5 Mayıs 1998'den itibaren meydana gelen olaylar konusunda zaman bakımından incelemeye yetkilidir.

C. Birinci Protokolün 1. maddesi

[404-405]: Başvurucular kendilerini mülkiyetten yoksun bırakan kararın hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme başvurucuların müsadere kararının ıcrasıyla ilgili ayrıntılı bir bilgi vermediklerini ve böylece bu ihlal iddiasının sürmekte olan bir ihlal olup olmadığını belirlemenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu konuda zaman bakımından yetkili olup olmadığını incelemenin gerekli olmadığını söylemiştir.

D. İlaşcu'nun Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından şikâyeti

[406-408]: Başvurucu İlaşcu, hakkında verilen ölüm cezasının bu cezayı veren makamlarca kaldırılmadığını ve Transdinyester'e gittiği takdirde infaz edilebileceğini iddia ederek, hakkında verilen ölüm cezasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu başvurucunun, uluslararası toplum tarafından tanınmayan ayrılıkçı Transdinyester makamları tarafından kurulan bir mahkeme tarafından 9 Aralık 1993'te ölüm cezasına mahkûm edildiğini gözlemlemiştir. Davalı devletler tarafından Sözleşme'nin onaylandığı tarihlerde, bu cezayı veren makamlar tarafından henüz kaldırılmamış olup, halen hüküm ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme bu şikâyeti incelemeye zaman bakımından yetkilidir.

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu, hukuka aykırı bir mahkeme tarafından ölüm cezasına mahkûm edildiğini ve her an infaz edilme riski altında bulunduğunu iddia etmiştir.

“414. Mahkeme, Moldova'nın barış zamanında ölüm cezasını kaldıran 6. Protokolü 1 Ekim 1997'de onayladığını ve her durumda ölüm cezasını kaldıran 13. Protokolü 3 Mayıs 2002'de imzaladığını kaydeder. Rusya Federasyonu ne 6. Protokolü ne de 13. Protokolü onaylamış, fakat ölüm cezasının infazıyla ilgili bir moratoryum açıklamıştır.

415. Bay İlaşcu hakkında 'MRT Yüksek Mahkemesi' tarafından 9 Aralık 1993 tarihinde verilen ölüm cezası, Moldova Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi tarafından 3 Şubat 1994 tarihinde iptal edilmiş, fakat bu güne kadar bu kararın bir etkisi olmamıştır. 'MRT Başkanı'nın başvurucuyu affeden 5 Mayıs 2001 tarihli bir kararı, Moldova Hükümeti tarafından Kasım 2001'de Mahkeme'ye sunulmuştur. Aynı tarihte Moldova Hükümeti Mahkeme'ye, bay Smirnov'un bay İlaşcu hakkındaki ölüm cezasını ömür boyu hapse çevirdiğine dair duyular aldığını bildirmiştir. Mahkeme, bay Smirnov tarafından başvurucuya verilen affin gerçekliği başvurucu tarafından kuşkuyla karşılanmıştır. Başvurucu kendisinin sadece Moldova makamlarına teslim edildiğini, hakkındaki cezanın geçerliliğini sürdürdüğünü ve dolayısıyla Transdinyester'e dönmesi halinde infaz edilme riskiyle karşılaşacağını iddia etmiştir.

416. Mahkeme, kendisine sunulan materyalleri göz önünde tutarak, bay İlaşcu'nun kesin olarak hangi koşullarda salıverildiğini veya hakkında verilmiş olan ölüm cezasının ömür boyu hapse çevrilmiş olup olmadığını belirleyebilecek durumda değildir. Bay İlaşcu salıverilmiş olduğundan ve halen ailesiyle birlikte Romanya'da yaşadığından, ayrıca vatan-daşı olduğu bu ülkede Senato üyeliği gibi yüksek bir görevde bulunduğundan, Mahkeme başvuru hakkında 9 Aralık 1993'te verilmiş olan ölüm cezasının infaz riskinin gerçek olmaktan çok farazi olduğunu düşünmektedir.

417. Öte yandan, Sözleşme'nin iki davalı devlet tarafından da onaylanmasından sonra bay İlaşcu'nun hem kendisine ölüm cezası verilmiş olmasından ve hem de bu cezasının infaz tehdidi altında tutulma koşulları nedeniyle ıstırap çekmiş olması gerektiği tartışmalı değildir.

418. Bu durumda Mahkeme, bay İlaşcu'nun şikâyet ettiği olayların Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından ayrıca incelemeyi gerektirmediği, fakat 3. madde altında incelenmesinin daha uygun olacağı kanaatindedir.”

V. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme önce 3. maddeyle ilgili genel ilkeleri hatırlatmış (parag. 424-428), daha sonra ölüm cezasının 3. madde bakımından doğurabileceği sorunu ele almıştır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

“**429.** Mahkeme daha önce de, Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarındaki gelişmeler ve bu alandaki ortaklaşa kabul edilen standartlar göz önünde tutulduğunda, ölüm cezasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurabileceğini söylemiştir. Bir ölüm cezası verildiğinde mahkûm olan kişinin kişisel durumu, bu cezanın işlenen suçun ağırlığıyla orantılılığı ve cezanın infazı beklenirken tutulma koşulları, mahkûm olan kişinin gördüğü muamele veya cezayı 3. maddenin yasak kapsamına sokabilecek faktörlere örneklerdir (*Soering, §104; ve Poltoratskiy, §133*).

430. Ölümüne mahkûm olan herhangi bir mahpus için, cezasının verilmesi ile infazı arasında bir sürenin geçmesi ve sert hapislik için gerekli şartlarda ağır stres yaşamayı kaçınılmazdır (*Soering, §111*). Bununla birlikte bazı koşullarda, örneğin ölüm bekleyişi sırasında ağır koşullarda uzun bir süre geçirilmek zorunda kalınması, ölüm cezasının infazını beklerken mevcut gerilimi Sözleşme'nin 3. maddesi eşiğinin ötesine geçiren bir muamele riskine maruz bırakır (*aynı yer*).

431. Dahası, böyle bir cezadan kaynaklanan elem ve ıstırap, ancak bu cezaya yol açan yargılamanın keyfiliğiyle ağırlaşır; tehlikede olan şeyin insan yaşamı olduğu düşünüldüğünde, böylece bu ceza Sözleşme'ye aykırı hale gelir.

432. Güvenlik, disiplin veya koruma gereksinimiyle mahpusların birbirleriyle temasının yasaklanması, kendiliğinden insanlıkdışı bir muamele veya ceza oluşturmaz. Öte yandan bütünsel bir sosyal yalıtma ile birlikte tamamıyla duyuusal yalıtma, kişiliği tahrip edebilir ve güvenlik veya başka nedenlerle haklı gösterilemeyecek bir insanlıkdışı muamele oluşturur (*Messina (no. 2) [k.k.]*).

433. Ayrıca, tutma koşulları değerlendirilirken, bu koşulların bir bütün olarak etkileriyle birlikte, başvuruçunun özgün iddiaları da incelenmelidir (*Dougoz, §46*).”

2. Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

(a) İlaşcu

Daha sonra Mahkeme, başvuruçuların durumlarını davalı devletlerin sorumluluğu açısından ayrı ayrı belirlemiştir. Mahkeme'ye göre:

435. Başvuruçucu ölüm bekleyişinde geçirdiği uzun bir dönem boyunca, infaz korkusuyla sürekli olarak ölümün gölgesi altında yaşamıştır. Bir hukuki yol kullanamayan başvuruçucu, yıllar boyunca ve hatta Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra da, bu cezasının infaz edilme ihtimalini kendisine hatırlatan tutma koşulları altında yaşamıştır. Mahkeme özellikle bay İlaşcu'nun Moldova Parlamentosuna Mart 1999'da mektup gönderdikten sonra, Tiraspol Cezaevindeki gardiyanlar tarafından dövüldüğünü ve ölümle tehdit edildiğini kaydeder. Bu olaydan sonra başvuruçucuya iki gün yiyecek verilmemiş, üç gün ışiksiz bırakılmıştır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce uygulanan sahte infazlar gibi barbarca eylemler, hiç kuşku yok ki, başvuruçunun bütün bir tutma boyunca infaz ihtimali konusundaki gerilimini artırmıştır.

436. Elem ve ıstırap duygusu, Sözleşme bakımından hiçbir yasal temeli ve meşruluğu bulunmayan cezayla daha da ağırlaşmıştır. Bay İlaşcu'ya ölüm cezası veren 'MRT Yüksek Mahkemesi', uluslararası hukuk bakımından yasadışı olan ve uluslararası toplum tarafından tanınmayan bir yönetim tarafından kurulmuştur. Bu 'mahkeme'nin Sözleşme'ye uygun bir yargısal geleneği yansıtan anayasal ve yasal bir temelde işlev gördüğünü söylemek pek mümkün değildir. Bu durum, başvuruçuların anlattığı, diğer tarafların reddetmediği ve AGİT organları tarafından da anlatılıp analiz edilen yargılama ve mahkûmiyet koşullarının keyfiliklerinden de bellidir.

437. Ayrıca, başvuruçunun mahkûmiyetini iptal eden Moldova Yüksek Mahkemesi kararı da, 9 Aralık 1993 tarihli kararın yasadışılığını ve keyfilikliğini teyit etmiştir.

438. Başvuruçunun ölüm bekleyişi sırasında tutulma koşulları konusunda Mahkeme, bay İlaşcu'nun 1993 yılından salıverildiği Mayıs 2001 tarihine kadar çok sert bir yalıtma altında tutulduğunu kaydeder. Başvuruçunun diğer hükümlülerle hiçbir teması olmamış, mektup almasına ve göndermesine izin verilmediği için dışarıdan hiçbir haber almamış, avukatla görüştürülmemiş ve ailesi tarafından düzenli olarak ziyaret etmesine izin verilmemiştir. Hücresi, çok sert kış koşullarında bile ısıtılmamıştır; hücresinde doğal ışık ve havalandırma yoktur. Deliller, bay İlaşcu'nun ceza olarak yiyecekten yoksun bırakıldığını göstermektedir; her halükarda verilen yiyecek miktarının kısıtlı olmasıyla birlikte, dışarıdan gönderilen yiyecekler bile tüketime elverişli değildir. Başvuruçucu ancak çok nadiren dış alabilmiş, bir duştan sonra bir diğerini alabilmek için aylarca beklemiştir. Mahkeme bu konuda, CPT'nin 2000 yılında Transdinyester'e yaptığı ziyaret sonucu hazırladığı ve bunca yıl süren yalıtmanın savunulamayacağını söyleyen raporunda varılan sonuçlara göndermede bulunmaktadır. Başvuruçunun tutulma koşulları, kendisinin sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlara yol açmış ve cezaevinde geçirdiği uzun yıllarda sağlığı kötüleşmiştir. Düzenli sağlık muayene ve tedavi ile beslenmeye uygun yiyecekten yoksun bırakılan başvuruçucu, gerekli bakımı görmemiştir. Ayrıca, yiyecek sınırlaması nedeniyle, sağlığını düzeltmesi için kendisine ilaç ve yiyecek gönderilememiştir.

439. Mahkeme, haberleşme ve cezaevi ziyaretleriyle ilgili olarak hem gardiyanlar ve hem de diğer yetkililer tarafından kullanılabilen bir takdir yetkisi veren kuralların varlığını kaygıyla kaydeder; böylesi kuralların keyfi olduğunu ve kötüye kullanmaya karşı demokratik bir toplumdaki cezaevi sisteminde etkili koruyucuların bulunması ilkesiyle bağdaşmadığını vurgular. Dahası mevcut davada bu tür kurallar, başvuruçunun tutulma koşullarını daha da ağırlaştırmıştır.

440. Mahkeme, başvuruya verilen ölüm cezasıyla birlikte, Sözleşme'nin onaylanmasından sonra yaşadığı koşulların ve gördüğü muamelenin, Sözleşme'nin onaylanmasından önce bu koşullarda yıllarca yaşadığı da dikkate alındığında, özel olarak ciddi ve zalimane

olduğu ve buna göre Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından işkence olarak görülmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

441. Bay İlaşcu, Sözleşme'nin Rusya Federasyonu bakımından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'de tutulu bulunmaktadır; dolayısıyla yukarıda anlatılan başvurunun tutulma koşullarından, kendisine yapılan muameleden ve cezaevinde kendisine verilen ıstıraptan Rusya Federasyonu sorumludur. Bay İlaşcu Mayıs 2001'de salıverilmiş olup, ancak bu tarihten sonra pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle Moldova'nın sorumluluğu söz konusu olabilir. Dolayısıyla bay İlaşcu bakımından Moldova tarafından Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

442. Sonuç olarak bay İlaşcu bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sadece Rusya Federasyonu'na yüklenebilir.”

(b) Diğer üç başvurunun tutulma koşulları ve tutulma sırasında gördükleri muamele

(i) Ivantoc

Başvurucu Ivantoc, tutulması sırasında birçok kez darp edilmiş, yemek ve tıbbi yardım verilmemiş, uzun bir süre tek başına bir hücrede başka mahkûmlarla görüştürülmeden ve gazete verilmeden ve avukatıyla ve ailesiyle görüştürülmeden tutulmuştur. Bu muamele işkence olarak nitelendirilmedi.

(ii) Leşco ve Petrov–Popa

Başvurucular Leşco ve Petrov-Popa'nın çok sert koşullarda tutulmuşlardır. Bu muamele insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilmedi.

VI. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucular tutulmalarının hukuka aykırı olduğunu ve kendilerini mahkûm eden mahkemenin yetkili bir mahkeme olmadığını iddia etmişlerdir.

“**460.** Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında olduğu gibi, 5. maddesinde ve özellikle 6. maddesinde olmak üzere Sözleşme'nin diğer maddelerinin Fransızca metninde kullanılan ‘yargı yeri (tribunal)’ sözcüğü, ilk olarak ‘hukuken kurulmuş’, özellikle yürütmeye karşı bağımsızlık, tarafsızlık, üyelerinin görev süresi, yargılama sürecindeki güvenceler gibi bir dizi şartı yerine getiren bir organı ifade eder (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §78). Bazı hallerde, bireylerin Sözleşme'deki güvencelerden yararlanmalarını sağlamak için Sözleşme'ye uygun bir yargısal geleneği yansıtan bir ‘anayasal ve yasal temel’de işlev gören bir yargı sisteminin parçası olmak koşuluyla, uluslararası hukuk tarafından tanınmamış bir yönetimin yargısal sistemine ait bir mahkeme, ‘hukuken kurulmuş’ bir yargı olarak görülebilir (*Kıbrıs – Türkiye*, §231 ve 236-237).

461. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki hukukilik şartı (‘hukukun öngördüğü bir usule uygun biçimde’ verilen ‘hukuka uygun bir kararla hapsedme’), sırf iç hukuka uygunlukla yerine getirilmiş olmaz; iç hukukun da Sözleşme'den açıkça veya zimnen yer alan genel ilkelere ve özellikle Sözleşme'nin Başlangıcı'ndaki hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir. ‘Hukukun öngördüğü usule uygun olarak’ ifadesinin temelini oluşturan kavram, adil ve düzgün yargılama usulüdür; yani bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir kararın, keyfi olmaması ve yetkili makamlar tarafından verilip icra edilmesi gerekir (*Winterwerp*, §45). Ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı kişiyi keyfiliğe karşı korumak olduğundan (*Stafford [BD]*, §63), açıkça adaletsiz bir sonuca ‘mahkûmiyet’ denemez (*Drozd ve Janousek*, §110). Mahkeme ayrıca, ‘MRT Yüksek Mahkemesi’ndeki yargılamanın niteliği konusunda Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından vardığı sonuca gönderme yapar (*bk. yukarıda §436*).

462. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruculardan her hangi birinin bir ‘mahkeme’ tarafından mahkûm edilmedikleri ve ‘MRT Yüksek Mahkemesi’ gibi bir yargısal organ tarafından bu davada olduğu gibi yapılan yargılama sonunda verilen hapis cezasının, ‘hukukun öngördüğü usule uygun olarak’ verilmiş bir ‘hukuka uygun hapsedme’ kararı olarak görülmeyeceği sonucuna varmaktadır.

463. Dolayısıyla, Mahkeme’nin zaman bakımından yetkili olduğu dönem boyunca başvurucuların davalı devletler tarafından özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları (yani bay İlaşcu’nun 12 Eylül 1997’den 5 Mayıs 2001’e kadar Moldova ve 5 Mayıs 1998’den 5 Mayıs 2001’e kadar Rusya ve diğer başvurucuların Sözleşme’nin davalı devletler tarafından onaylandığı tarihten günümüze kadar tutulmaları), Sözleşme’nin 5(1)(a) bendindeki koşulları yerine getirmektedir.

464. Başvurucuların Rusya Federasyonu bakımından Sözleşme’nin yürürlüğe girdiği tarihte tutulu olmalarını ve yukarıda vardığı sonuçları dikkate alan Mahkeme, Sözleşme’nin 5. maddesini ihlal eden eylemin, bütün başvurucular bakımından Rusya Federasyonu’na yüklenebileceği sonucuna varmaktadır. Mahkeme, Moldova’nın pozitif yükümlülüklerinin Mayıs 2001 tarihinden itibaren söz konusu olabileceğine dair yukarıda vardığı sonucu dikkate alarak, bay İlaşcu bakımından Moldova’nın 5. maddeyi ihlal etmediğini tespit etmektedir. Öte yandan bu madde, Moldova tarafından diğer üç başvuru bakımından ihlal edilmiştir.”

VII. Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[465-470]: Başvurucular cezaevinden ailelerine ve Mahkeme’ye serbestçe mektup gönderemediklerinden ve aileleri tarafından ziyaret edilmelerine izin verilmemesinden şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme bu sorununun 3. madde bağlamındaki şikâyet bakımından ele alınmış olması nedeniyle burada incelemenin gerekli olmadığını kabul etmiştir.

VIII. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

[471-474]: Başvurucular, Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal eden bir yargılamanın ardından mallarının müsadere edilmesi nedeniyle Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuşlardır.

474. Mahkeme’nin bu şikâyet hakkında karar vermeye zaman bakımından yetkili olduğu düşünülecek olsa bile, Mahkeme bu şikâyetin maddi temelini yeterli olmadığına kaydederek. Bu şikâyet kanıtlanamadığı için, Mahkeme Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varır.

IX. Sözleşme’nin 34. maddesine uygun davranılmadığı iddiası

[475-482]: Başvurucular bireysel başvuru haklarına müdahale bulunduğu şikâyetçi olmuşlar ve cezaevinden başvuru yapamadıklarını ve başvurularının eşleri tarafından imzalandığını, Mahkeme’ye başvurmaya çalıştıkları için kendilerine zulüm edildiğini söylemişlerdir. Başvurucu İlaşcu salıverildikten sonra Moldova yetkilileri ile diğer başvurucuların da salıverilmelerinin sağlanması konusu görüşmüş, ancak Moldova Cumhurbaşkanı İlaşcu’yu Mahkeme’ye yaptığı başvuruyu geri almamakla diğer başvurucuların tutulmalarının devam etmesine sebep olmakla suçlamıştır.

Mahkeme’ye göre böylesine aleni bir suçlama, başvurucuların bireysel başvuru haklarını kullanmalarına doğrudan bir müdahale oluşturmuştur.

X. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, Moldova tarafından başvuruculardan İvantoc, Leşco ve Petrov-Popa’ya maddi ve manevi tazminat olarak her birine 60,000 Euro olmak üzere toplam 180,000 Euro ve

34. madde ihlali için her bir başvurucuya 3,000 Euro olmak üzere toplam 12,000 Euro ile ücretleri ve masrafları için daha önce adli yardım olarak alınan 1,321.34 Euronun düşüleceği toplam 7,000 Euro, Rusya tarafından maddi ve manevi tazminat olarak başvurucuların İlaşcu'ya 180,000 Euro, diğer başvuruculardan her birine 120,000 Euro olmak üzere toplam 360,000 Euro, 34. madde ihlali için her birine 7,000 Euro olmak üzere 28,000 Euro, ücretler ve masraflar için daha önce adli yardım olarak alınan 2,642.66 Euronun düşüleceği toplam 14,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Altıya karşı on bir oyla, başvurucuların pozitif yükümlülükler bakımından Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Moldova Cumhuriyeti'nin yetki alanında olduklarına;
2. Bire karşı on altı oyla, başvurucuların Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Rusya Federasyonunun yetki alanına olduklarına;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından şikâyeti Mahkeme'nin zaman bakımından inceleme yetkisi bulunmadığına;
4. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 2, 3, 5 ve 8. madde yönünden şikâyetleri, 12 Eylül 1997 tarihinden sonraki olaylar nedeniyle Moldova Cumhuriyeti bakımından, 5 Mayıs 1998 tarihinden sonraki olaylar nedeniyle Rusya Federasyonu bakımından zaman yönünden inceleme yetkili olduğuna;
5. İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün 1. maddesiyle ilgili şikâyet hakkında zamanan bakımından yetkili olup olmadığı konusunda karar vermemesinin gerekli olmadığına;
6. Oybirliğiyle, başvurucu İlaşcu'nun "MRT Yüksek Mahkemesi" tarafından ölüm cezasına mahkûm edilmesi olayı nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali şikâyetinin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına;
7. Altıya karşı on bir oyla, İlaşcu'ya yapılan kötü muamele ve infaz tehdidi altında tutulduğu koşullar nedeniyle Moldova tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
8. Bire karşı on altı oyla, İlaşcu'nun tabi tutulduğu kötü muamele ve infaz tehdidi altında tutulma koşulları nedeniyle, Rusya Federasyonu tarafından 3. maddenin ihlaline ve bu muamelelerin işkence sayılmasına;
9. Altıya karşı on bir oyla, Ivantoc'a Mayıs 2001'den itibaren yapılan kötü muamele ve tutulduğu koşullar nedeniyle Moldova tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ve bunların işkence sayılmasına;
10. Bire karşı on altı oyla, Ivantoc'a yapılan kötü muamele ve tutulduğu koşullar nedeniyle Rusya Federasyonu tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ve bunların işkence sayılmasına;
11. Altıya karşı on bir oyla, Leşco ve Petrov-Popa'ya Mayıs 2001'den itibaren yapılan kötü muamele ve tutuldukları koşullar nedeniyle Moldova tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ve bunların insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele sayılmasına;
12. Bire karşı on altı oyla, Leşco ve Petrov-Popa'ya yapılan kötü muamele ve tutuldukları koşullar nedeniyle Rusya Federasyonu tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ve bunların insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele sayılmasına;
13. Altıya karşı on bir oyla, İlaşcu'nun tutulması nedeniyle Moldova tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilmediğine;
14. Altıya karşı on bir oyla, Ivantoc ve Leşco ve Petrov-Popa'nın Mayıs 2001'den sona tutulması ve hala tutuluyor olmaları nedeniyle Moldova tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline;
15. Bire karşı on altı oyla, Mayıs 2001 tarihine kadar İlaşcu'nun tutulması ve Ivantoc,

Leşco ve Petrov–Popa'nın hala tutuluyor olması nedeniyle Rusya Federasyonu tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline;

16. Oybirliğiyle, başvurucuların şikâyetlerini ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından incelemek için bir sebep bulunmadığına;

17. İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine;

18. Bire karşı on altı oyla, Moldova'nın Sözleşme'nin 34. maddesindeki yükümlülüklerini yerine getirmediğine;

20. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

10.11.2005 22913/04 TEKİN YILDIZ - TÜRKİYE

◆ *hastayı tutma* (Wernicke-Korsakoff hastalığı bulunduğu için cezasının infazı ertelenip salıverilen hükümlünün ceza ertelemesinin iptal edilerek yeniden cezaevine koyulmasına karar verilmiş olması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele

DAVANIN ESASI

Başvurucu Tekin Yıldız 1970 doğumludur. Başvurucu bir terör örgütü olan TKP/ML-TİKKO'ya üye olmaktan 12 yıl altı ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Başvurucu 2000'li yılların başında ortaya çıkan F tipi cezaevlerini protesto amacıyla girişilen yaygın açlık grevine katılan mahkûmlardan birisidir.

Adli Tıp Kurumu 11 Temmuz 2001 tarihinde Tekin Yıldız hakkında Wernicke-Korsakoff hastalığı teşhisi koymuştur. Başvurucu, bu teşhisin ardından cezaevi koşullarına dayanamayacak ölçüde hasta kabul edilmiş, cezasının infazı ertelenmiş ve serbest bırakılmıştır. Ayrıca hastalığın seyrini saptamak amacıyla düzenli tıbbi muayene yapılmıştır.

Tekin Yıldız serbest bırakılmadan önce Mahkeme'ye mevcut hastalığı ile cezasını çekmenin ya da cezaevine koyulmasının 3. maddeye aykırı olduğu yönünde bir başvuru yapmıştır. Mahkeme 6-13 Kasım 2003 tarihlerinde üç yargıç ve konunun uzmanı üç doktordan oluşan bir komite ile Türkiye'de keşif incelemesi yapmış ve bu çerçevede 50'ye yakın benzer durumdaki mahkûmu muayene etmiş ve cezaevi koşullarını incelemiştir.

Doktorlar komitesi muayene sonucunda Tekin Yıldız'da Wernicke-Korsakoff hastalığının sürdüğünü bu nedenle hastalığının cezaevi koşulları ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Ancak öte yandan başvurucunun yeniden terör örgütüyle ilgili faaliyetlere başladığından şüphelenilmiş ve Ekim 2003'te hakkında yakalama kararı çıkarılmıştır.

Başvurucu 21 Kasım 2003'te yakalanmış ve yeniden cezaevine koyulmuştur. Malatya C. Savcılığı başvurucu hakkında 13 Ocak 2004'te takipsizlik kararı vermiştir. İstanbul C. Savcılığının bu karardan daha sonra haberi olmuş ve Nisan 2004'te başvurucunun yeniden salıverilmesi için başvurmuştur.

Başvurucu ancak 27 Temmuz 2004'te salıverilmiştir. Başvurucu 7 Haziran 2004'te İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak, yeniden cezaevine koyulma nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ve özgürlükten yoksun bırakılma nedeniyle 5. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu Adli Tıp Kurumu tarafından kendisine Wernicke-Korsakoff teşhisi konulmuş

olmasına rağmen yeniden cezaevine koyulmasına dair 21 Kasım 2003 tarihli kararın, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre:

“72. Sözleşme, tutulu bir kişinin sağlık nedeniyle serbest bırakılmasını gerektiren bir ‘genel yükümlülük’ içermese de, Türkiye’de olduğu gibi Avrupa Konseyine üye ülkelerde, artık tutulu kişinin klinik tablosu, onun tutulma koşullarına uyumu konusunda 3. madde bakımından dikkate alınan durumlardan birisidir. Bu unsur hapis cezalarının infaz koşulları bakımından ve özellikle de tutukluluk süresi yönünden bundan böyle dikkate alınması gereken hususlardan birisidir. Kısacası, belirli bir durumda, yaşamını doğrudan ilgilendiren bir patolojiye yakalanan veya durumu cezaevi koşulları ile sürekli olarak bir bağdaşmazlık gösteren kişinin tutulu olması 3. madde bakımından sorun oluşturabilir.”

[73-84]: Mahkeme olayla ilgili olarak ilk önce, Türk makamlarının iç hukuka göre, ağır sağlık koşullarından şikâyetçi olan bir tutuklu veya hükümlünün durumuna müdahale etme yetkisine sahip olduklarını kaydetmiştir. Hastalık, geçici olarak salıverme veya cezanın ertelenmesine karar verme için bir sebeptir; bir hükümlü sağlık sebepleriyle Cumhurbaşkanından kendisinin af edilmesini de isteyebilir. İlk bakışta bu usuller, tutuklu ve hükümlülerin maddi bütünlüklerinin ve esenliklerinin korunması için yeterli güvenceler olarak görünmektedir.

Mahkeme, F-tipi cezaevlerini protesto için 1996 ve 2004 yıllarında başlatılan açlık grevleriyle karşılaşan Türkiye'nin, bazı hallerde Wernicke-Korsakoff hastalığı haline gelen kötü beslenmenin fiziksel ve ruhsal sonuçlarından sıkıntı duyan tutuklu ve hükümlülerin tutulmasının devamı problemiyle baş etmek durumunda kaldığını kaydetmiştir. Sonuç olarak, bazı tutuklu ve hükümlüler sağlık sebepleriyle geçici olarak salıverilmişlerdir. Yetkililer bu kişilerin tutulmalarının devam etmesinin toplumu korumak için artık gerekli olmadığı kanaatine varmışlardır.

Mahkeme, başlangıçta koyulan Wernicke-Korsakoff teşhisinin çeşitli tıbbi testlerle teyit edildiğini ve başvurunun tutulmaya elverişli olmadığına karar verildiğini kaydetmiştir. Mahkeme'nin önündeki belgeler arasında bu tıbbi tespitlerden kuşku duymayı gerektirecek her hangi bir şey yoktur.

Mahkeme tarafından başvuru muayene etmekle görevlendirilen uzmanlar heyeti, başvurunun iyileşmesi mümkün olmayan bir beyincik zayıflaması gösterdiğini tespit etmiştir. Bu heyet, beyincik zayıflığının yürümek gibi günlük işleri yapmayı çok daha güç hale getirdiğini belirlemiş ve oybirliğiyle bunun cezaevinde yaşamaya engel oluşturduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca başvuru, cezaevinde tıbbi bakım bulunmadığı konusunda açıkça şikâyetçi olmamış olmakla birlikte, Hükümet başvurunun yeniden cezaevine koyulması halinde Wernicke-Korsakoff hastalığı için ne gibi bir tedavi uygulanacağını ve bu tedavinin yeterli olup olmayacağını belirtmemiştir. Aslında Hükümet cezaevinde yeterli imkânların mevcut olduğu göstermiş olsaydı, bu şaşırtıcı bir durum oluştururdu, çünkü başvurunun niçin dışarıda tedavi edilmek üzere geçici olarak salıverildiği konusunda şüphe uyandırır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun durumunda bir değişiklik olmadığı halde kendisini cezaevine geri döndürme kararının, 3. madde kapsamına girecek kadar ağır bir karar olduğunu tespit etmiştir.

Bu durum sadece Türkiye’de yürürlükte olan koruyucu mekanizmanın kötü işleyişine atfedilebilir bir durumdur. Türk yetkilileri başvurunun durumuna bir çözüm bulmak için hızla hareket etmiş olmaları gerekirdi. Başvurunun uzun süreli açlık grevine giderek kendisine zarar vermiş olması, Türkiye’yi 3. maddeden doğan yükümlülüklerinden kurtarmaz. Dolayısıyla Mahkeme, başvurunun durumunda hapisliğe dayanabilecek şekilde tıbbi yönden önemli bir iyileşme olmaksızın Türk yetkililerinin kendisini özgürlükten yoksun bırakma kararı, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecektir.

Mahkeme başvuruçunun 21 Kasım 2003'ten 27 Temmuz 2004'e kadar sekiz ay boyunca yeniden hapsedildiğini kaydetmiştir. Başvuruçunun durumu, yeniden hapsedilmesi ve tutulmasının devamı suretiyle şiddetlenmiş ve 3. madde kapsamına girecek yeterli ağırlık düzeyine ulaşmıştır. Başvuruçuya verilen ıstırap, hapisliğin ve Wernicke-Korsakoff gibi bir hastalığın tedavi koşullarının verdiği ıstırapın ötesine geçmiştir. Sonuç olarak Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 46. maddesi

[90-95]: Mahkeme aynı kararında (parag. 95) Türkiye'de mevcut ceza infaz ve adli tıp sistemini incelemiş ve bu çerçevede, genel çizgileriyle bu sistemi olumlu bulmasına karşın, Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak adli tıp raporlarına itiraz imkânının raporun hakkında düzenlendiği kişiye de verilmesi ve bu itiraz sonuçlanana kadar söz konusu tedbirin icrasının askıya alınması gerektiğini belirtmiştir.

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 10,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 1,285 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇEYLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(5). fıkrası bakımından şikâyetin kabuledilebilir olmadığına;
2. Diğer şikâyetlerin kabuledilebilir olduğuna;
3. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
4. Başvuruçunun sağlık koşullarında önemli bir değişiklik olmaksızın cezaevine geri göndürülmesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine;
5. Sözleşme'nin 5(1)–(4). fıkralarına ilişkin şikâyetlerini incelemek için bir sebep bulunmadığına;
6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

04.07.2006 59450/00 RAMIREZ SANCHEZ - FRANSA

◆ *yüksek güvenlikli rejim altında tutma* (uluslararası bir teröristin kısmi yalıtma altında ve tek başına tutulması), *etkili hukuk yolu* (tek başına tutmanın uzatılması kararlarına karşı başvurusuna imkân veren bir hukuk yolu bulunmaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

'Çakal Karlos' adıyla tanınan başvuruçunun Ilich Ramirez Sanchez 56 yaşında bir Venezuelalı vatandaşı olup, halen Fransa'da cezaevinde tutulmaktadır.

Başvuruçunun, Fransa'daki bir dizi terör eylemleri nedeniyle yargılanmış ve 1975 yılında üç polisi öldürmekten 25 Aralık 1997'de ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Başvuruçunun La Sante Cezaevine koyulduğu 15 Ağustos 1994'ten Saint-Maur Cezaevine nakledildiği 17 Ekim 2002 tarihine kadar 8 yıl iki ay boyunca tek başına tutulmuştur. Başvuruçunun tek başına tutulmasının devamına ilişkin kararlarda gerekçe olarak, başvuruçunun tehlikeliliği, cezaevinde güvenlik ve düzenin sağlanması ve başvuruçunun kaçma riski gösterilmiştir. Bu kararlar verilirken her defasında tek başına tutmaya uygun olup olmadığının belirlenmesi için başvuruçunun tıbbi muayeneden geçirilmiştir. Doktorlar başlangıçta bu tedbire karşı çıkmamışlar, ancak Temmuz 2000'den itibaren başvuruçunun tek başına tutmaya yeterince uygun olduğunu onaylamayı reddetmişlerdir.

Başvurucu tek başına tutma rejiminde 8 yıl iki ay boyunca yatağı, tuvaleti, duşu, masası bulunan ve doğal ışık alan, yaklaşık 7 metrekarelik, kedisine göre çok zayıf yalıtımı olan harap bir hücrede tek başına tutulmuştur. Kendisine kitap, gazete ve televizyon sağlanmış ve günde iki saat süreyle yürüyüş için açık havaya çıkarılmış, haftada iki gün doktor tarafından muayene edilmiş ve ayda bir kez din adamı tarafından ziyaret edilmiştir. Başvurucu 4 yıl on ay içinde 640 kez 58 avukat tarafından ziyaret edilmiştir. Başvurucu diğer hükümlülerle ve infaz koruma memurlarıyla görüştürülmemiştir.

Başvurucu 17 Ekim 2002’de Saint-Maur Cezaevine nakledildikten sonra 18 Mart 2004 tarihine kadar normal rejim altında tutulmuştur. Ancak bir televizyon programı için kendisiyle yapılan bir telefon görüşmesinde, başvurucu işlediği suçlar sonucunda ölü sayısının 1,500 – 2,000 olarak vermiş, ancak mağdurları için pişman olmadığını söylemiştir. Bunun üzerine başvurucu Fresnes Cezaevine nakledilmiş ve yeniden tek başına tutulmaya başlanmıştır. Başvurucu 18 Mart 2004 ile 5 Ocak 2006 tarihleri arasında Fresnes, Fleury-Merogis ve La Sante Cezaevlerinde tek başına tutulmuştur.

Başvurucu 5 Ocak 2006’da Clairvaux Cezaevine nakledildikten sonra normal cezaevi rejiminde tutulmaktadır.

Başvurucu İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, 15 Ağustos 1994’ten 17 Ekim 2002’ye ve 18 Mart 2004’ten 6 Ocak 2006’ya kadar toplam olarak uzun süre tek başına tutulması nedeniyle Sözleşme’nin 3. maddesinin, yetkili makamların tek başına tutma rejimini uzatırken doğru bir usul izlemedikleri için 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme’nin 7 yargıçlı Dairesi 27 Ocak 2005 tarihinde verdiği kararda 3’e karşı 4 oyla 3. maddenin, oybirliğiyle 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu davanın Büyük Daire önüne getirilmesini istemiş, 6 Haziran 2005’te Büyük Daire içindeki Kurul, davanın Büyük Daire tarafından görülmesine karar vermiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Büyük Daire ilk önce yapacağı incelemenin, Daire gibi, başvurucunun 15 Ağustos 1994 ile 17 Ekim 2002 tarihleri arasındaki tek başına tutma rejimi ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Çünkü taraflar, Mart 2004’ten Ocak 2006’ya kadar ikinci dönem tek başına tutma rejiminin koşullarıyla ilgili bir bilgi vermemişler ve başvurucu da iç hukukta bu dönemle ilgili tedbirlere karşı esastan itiraz etme hakkını kullanmamıştır.

C. Mahkeme’nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

“115. Sözleşme’nin 3. maddesi, demokratik toplumun temel değerlerinden birini içermektedir. Sözleşme, suç veya terörizmle mücadele gibi en zor şartlarda bile işkenceyi, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve cezayı mutlak bir biçimde yasaklamaktadır.

116. Modern dünyada devletler, halklarını terör eylemlerine karşı korurken gerçekten büyük güçlüklerle karşılaşmaktadırlar. Ancak Sözleşme’nin ve 1 ve 4 sayılı Protokollerin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden farklı olarak 3. madde, hiçbir istisnaya ve 15. maddeye göre ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumda bile yükümlülük azaltmaya yer vermemektedir (*Labita [BD], §119; Selmouni [BD], §95; ve Assenov ve Diğerleri, §93*). Söz konusu kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme işkenceyi ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak ifadelerle yasaklamaktadır (*Chahal, §79*). Dolayısıyla başvurucu tarafından işlendiği iddia edilen suçların niteliği, Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından önemsizdir (*Indelicato, §30*).

117. Bir kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu asgari ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ile bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın şartlarına bağlıdır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §162*). Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracığı delilleri değerlendirirken, 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımlardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere de ulaşılabılır.

118. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi 'insanlık dışı' muamele olarak nitelendirmiştir. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandıracak şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran muameleyi 'aşağılayıcı' muamele olarak kabul etmiştir (*Kulda [BD], §92*). Mahkeme bir ceza veya muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'aşağılayıcı' olup olmadığına karar verirken, bu muamelenin söz konusu kişiyi utandırma ve küçük düşürme amacına sahip olup olmadığını ve sonuçları itibarıyla kendisinin kişiliğini Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdamaz bir şekilde olumsuz etkileyip etkilemediğine bakacaktır (*Raninen, §55*). Ne var ki böyle bir amacın bulunmaması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmayı gerektirmez (*Pers, §74*).

119. Bir muamele veya cezanın 'insanlık dışı' veya 'aşağılayıcı' olabilmesi için, her halükarda bir meşru muamele veya cezada kaçınılmaz olarak yer alan ıstırap ve utandırmanın ötesine geçmesi gerekir (*V. – Birleşik Krallık, §71; Indelicato, §32; İlaşcu ve Diğerleri [BD], §428; ve Lorse ve Diğerleri, §62*). Bu bağlamda Mahkeme, kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bu işlemlerin sıklıkla böyle bir unsur içerebileceğini kaydeder. Bununla birlikte Sözleşme'nin 3. maddesi, devletin insan onuruna saygıyla bağdaşabilecek koşullarda kişilerin tutulmasını sağlamasını gerektirir; özgürlükten yoksun bırakan tedbirin icra tarzı ve yöntemi, kişiyi tutma işleminde kaçınılmaz olarak mevcut bulunan ıstırapın düzeyini aşacak yoğunlukta sıkıntı ve üzüntüye maruz bırakmamalıdır; tutmanın pratik gerekleri çerçevesinde gerekli sağlık hizmetleri sağlanarak, tutulan kişinin sağlığı ve esenliği yeterince korunmalıdır (*Kudla, §94; ve Kalashnikov, §95*). Buna ilaveten, alınan tedbirler meşru amaca varmak için gerekli olmalıdır. Ayrıca, tutma koşulları değerlendirilirken, bu koşulların bir bütün olarak etkileriyle birlikte, başvurunun özgün iddiaları da incelenmelidir (*Dougoz, §46*).

120. Mevcut olayda başvurunun iddiaları, özellikle tek başına geçirilen zamanın uzunluğuyla ilgilidir. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 8 Temmuz 1978 tarihli *Ensslin, Baader ve Raspe – Almanya* başvurularında (bşv. no. 7572/76, DR 14, s. 64), tutmanın bu özel yönüyle ilgili olarak şöyle demiştir: 'Komisyon daha önce de bu tür yalıtma davalarıyla karşılaşmıştır (no. 1392/62 – *Almanya, Coll. 17, s. 1; no. 5006/71 – Birleşik Krallık, Coll. 39, s. 91; no. 2749/66 – Birleşik Krallık, Yearbook X, s. 382; no. 6038/73 – Almanya, Coll. 44, s. 155; no. 4448/70 'İkinci Yunanistan Davası' Coll. 34, s. 70*). O davalarda Komisyon, özellikle tutuklu kişiyi uzun süreli tek başına tutmanın arzu edilir bir şey olmadığını söylemiştir (no. 6038/73 – *Fransa, Coll. 44, s. 151*). Ancak belirli bir olayda böyle bir tedbirin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girip girmediği değerlendirilirken, olayın içinde bulunduğu özel şartlara, tedbirin zorunluluğuna, süresine, izlenen amaca ve ilgili kişi üzerindeki etkilerine bakılmalıdır. Tamamen duyusal yalıtma ile birlikte bütünüyle sosyal yalıtmanın, sonuç olarak kişiliği tahrip edeceğinden kuşku yoktur; dolayısıyla böyle bir tedbir güvenlik gereğiyle haklı gösterilemeyecek bir insanlık dışı muamele biçimi oluşturur; Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence ve insanlık dışı muamele yasağı mutlak bir karakterdedir (no. 5310/71, *İrlanda – Birleşik Krallık, görüş, s. 379*).

121. Komisyon *Kröcher-Möller – İsviçre* davasında 16 Aralık 1982 tarihli raporunda (no. 8463/79, DR 34, s. 24) ayrıca, yaklaşık on buçuk ay süren tek başına tutmanın uzunluğu- nu ele almıştır. Komisyon şöyle demiştir: ‘Komisyon, başvurucların tutukluluk süresi ve güvenlik şartları altında tutulmalarıyla ilgili olarak, olayın şartları içinde bu sürelerin bir hayli kısa süreler olduğunu tespit etmiştir. Başvurucların tabi tutuldukları özel yalıtma tedbirlerinin ne süreleri ve ne de ağırlıkları meşru güvenlik gereklerini aşmamıştır. Her halükarda başvurucların cezaevinde bulunan diğer kişilerden uzak tutulmaları aşırı uzun sürmemiştir.’

122. Komisyon daha sonraki bir davada da uzun süreli tek başına tutmanın arzu edilip olmadığına hatırlatmıştır (*Natoli – İtalya [k.k.]*, no. 26161/95).

123. Aynı şekilde Mahkeme de, tehlikeli bir mahpusun bile tek başına tutulmasının insanlıkdışı veya şağılayıcı muamele (ve hatta bazı hallerde işkence) oluşturacağı koşulları ortaya koymuştur. Mahkeme şöyle demiştir: ‘... tamamen duyuşsal yalıtma ile birlikte bütünüyle sosyal yalıtma, kişiliğı tahrip edebilir ve dolayısıyla böyle bir tedbir güvenlik gereğıyle haklı gösterilemeyecek bir insanlıkdışı muamele biçimi oluşturur. Öte yandan güvenlik, disiplin ve önleyici gerekçelerle diğer tutuklu ve hükümlülerle temasların yasaklanması, kendiliğinden insanlıkdışı muamele veya ceza oluşturmaz.’ (*Messina (no. 2) [k.k.]*, no. 25498/94; *Öcalan [BD]*, §191; ve *İlaşcu ve Diğerleri*, §432).

124. Yine Mahkeme İlaşcu ve Diğerleri kararında şöyle demiştir: ‘Başvurucların ölüm bekleyişi sırasında tutulma koşulları konusunda Mahkeme, bay İlaşcu’nun 1993 yılından salıverildiğı Mayıs 2001 tarihine kadar çok sert bir yalıtma altında tutulduğunu kaydeder. Başvurucların diğer hükümlülerle hiçbir teması olmamış, mektup almasına ve göndermesine izin verilmediğı için dışarıdan hiçbir haber almamış, avukatla görüştürülmemiş ve ailesi tarafından düzenli olarak ziyaret edilmesine izin verilmemiştir. Hücresi, çok sert kış koşullarında bile ısıtılmamıştır; hücresinde doğal ışık ve havalandırma yoktur. Deliller, bay İlaşcu’nun bir ceza olarak yiyecekten yoksun bırakıldığını göstermektedir; her halükarda verilen yiyecek miktarının kısıtlı olmasıyla birlikte, dışarıdan gönderilen yiyecekler bile tüketime elverişli değildir. Başvuruclar ancak çok nadiren duş alabilmiş, bir duşta sonra bir diğeri alabilmek için aylarca beklemiştir. Mahkeme bu konuda, CPT’nin 2000 yılında Transdinyester’ya yaptığı ziyaret sonucu hazırladığı ve bunca yıl süren yalıtmanın savunulamayacağını söyleyen raporunda varılan sonuçlara göndermede bulunmaktadır. Başvurucların tutulma koşulları, kendisinin sağığı üzerinde olumsuz sonuçlara yol açmış ve cezaevinde geçirdiğı uzun yıllarda sağığı kötüleşmiştir. Düzenli sağık muayene ve tedavi ile beslenmeye uygun yiyecekten yoksun bırakılan başvuruclar, gerekli bakımı görmemiştir. Ayrıca, yiyecek sınırlaması nedeniyle, sağığını düzeltmesi için kendisine ilaç ve yiyecek de gönderilememiştir.’ (*İlaşcu ve Diğerleri*, §438; *krş. Rohde*, §97).”

2. Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

“**125.** Mahkeme mevcut olayda başvurucların tutulmasının Fransız makamları için ciddi sorunlar doğurduğunu kabul etmektedir. 1970’lerde meydana gelen çeşitli terör saldırılarına karıştığı ima edilen başvuruclar o dönemde dünyanın en tehlikeli teröristlerinden biri olarak görülmüştür. Bu noktada başvurucların daha sonra kitap, gazete yazıları ve röportajlarda birçok kez dile getirdiğı görüşlerinde eylemlerinden ötürü hiçbir zaman pişmanlık duymadığı kaydedilmelidir. Dolayısıyla yetkililerin, başvurucların olağanüstü güvenlik tedbirleri altında tutulmasını gerekli görmüş olmaları anlaşılabilir bir durumdur.”

a) Başvurucların tutulduğı koşullar

i) Maddi koşullar

“**126.** Başvurucların tek başına tutulma süresi ve niteliğı incelenirken, kendisinin tutulduğı maddi koşullar da dikkate alınmalıdır.

127. Mahkeme, başvuruçunun Lan Sante Cezaevinde tek başına tutulurken işgal ettiği hücrenin bir mahpusu barındıracak kadar büyük, yatağı, masası ve sandalyesi, temizlik imkânları ve doğal ışığın girdiği bir penceresi bulunan bir hücre olduğunu kaydeder.

128. Ayrıca başvuruçunun kitapları, gazeteleri, okuma lambası ve televizyonu vardır. Başvuruçunun günde iki saat havalandırma alanında ve bir saat beden salonunda kalabilmektedir.

129. Bu tutma koşulları, Mahkeme'nin *Mathew* davasında incelediği ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık bulduğu tutma koşullarından çok farklıdır. O davada başvuruçunun, iki yıldan fazla bir süre cezaevinin en üst (ikinci) katındaki bir hücrede tek başına tutmaya benzer koşullarda tutulmuştu. Yedi veya sekiz ay, tavandaki büyük bir delikten yağmur girmişti. Ayrıca hücrenin tavanın tam altında olması, başvuruçunun tropikal sıcaklara katlanmasını gerektirmişti. Son olarak başvuruçunun başka katlara inip çıkma gücünü çektikten sonra, havalandırmaya ve hatta dışarıya çıkması sık sık engellenmişti (*Mathew – Hollanda kararı, no. 24919/03*).

130. Mevcut olayda ise Mahkeme, başvuruçunun tutulduğu maddi koşulların düzgün olduğunu ve Bakanlar Komitesi tarafından 16 Ocak 2006'da kabul edilen Avrupa Cezaevi Tüzüğüne uygun olduğunu tespit etmektedir. Bu koşullar, CPT tarafından da 'genel olarak kabul edilmiş' koşullar olarak görülmüştür (*bk. CPT'nin 14-26 Mayıs 2000 tarihlerinde Ziyaretine İlişkin Rapor*). Dolayısıyla bu konuda Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin bir ihlal bulunmamaktadır.”

ii. Başvuruçunun tek başına tutulmasının niteliği

131. Mevcut olayda başvuruçunun haftada iki kez bir doktor tarafından, ayda bir kez bir rahip tarafından ve Mahkeme önündeki yargılama sırasında dört yıl on aylık bir dönem içinde 640 kezden fazla temsilcileriyle olmak üzere sık sık 48 avukatından biri veya bir kaç tarafından ziyaret edilmiştir. Dahası, ziyaret etmeleri kısıtlamaya tabi olmayan aile üyeleri ziyaret için hiçbir zaman izin istememişler, sadece gazetecilerin iki kez izin talepleri reddedilmiştir. Başvuruçunun aile üyelerinin Fransa'ya girmeleri halinde gözaltına alınma riski altında bulduklarına dair bir delil de sunmamıştır. Aile üyelerinin başvuruçunun hapisliği ve tutulma yeri konusunda resmen bilgilendirilmedikleri iddiası hakkında ise Mahkeme, Fransız makamlarının elinde başvuruçunun aile bireylerinin isimlerinin ve adreslerinin bulunduğu kesin olmadığını kaydetmekte ve her halükarda konsolosluk yetkililerinin, başvuruçunun kendisinin ve avukatlarının bizzat haber verebileceklerini düşünmektedir.

132. Mahkeme, başvuruçunun tek başına tutulma koşullarının, *Messina (no. 2)* ve *Argenti* gibi diğer başvurularda inceleme fırsatı bulduğu tek başına tutma koşulları kadar sert olmadığını kaydeder. O davalarda başvuruçuların birinci dört buçuk yıl, ikincisi ise on iki yıl tek başlarına tutulmuşlar ve üçüncü kişilerle haberleşme yasağına, aile üyeleriyle ayda bir kez ve azami bir saat olmak üzere cam bölmenin arkasından görüşme gibi ziyaret kısıtlamalarına ve belirli bir miktarın üzerinde para alıp gönderme, çamaşır dışında dışarıdan her hangi bir koli alma, yemek pişirmek için bakkaliye malzemeleri satın alma ve hücre dışında iki saatten fazla geçirmeme gibi yasaklara tabi tutulmuşlardır (*Messina (no. 2) kararı; ve Argenti kararı; §7*).

133. Yine yalıtma koşullarının daha sert olduğu *Öcalan* davasında Mahkeme, kararın kabul edildiği tarihte başvuruçunun altı yıldır bir adadaki cezaevinde tek başına kalan bir hükümlü olduğunu, televizyon izleme imkânı bulunmadığını ve haftada sadece bir kez görüşmesine izin verilen avukatlarının da olumsuz hava koşulları nedeniyle vapurun işlememesi üzerine sık sık görüşmelerinin engellenmiş olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme olayın şartları içinde bu tutma koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olmadığını sonucuna varmıştır (*Öcalan [BD], §190-196*).

134. Mahkeme, başvuru tutulma koşullarının, *Rohde* davasında incelediği ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar verdiği koşullara daha yakın olduğunu düşünmektedir. O davada başvuru on bir buçuk ay tek başına tutulmuştu. Başvuru televizyon izlenmiş ve gazeteleri okuyulmuş, diğer hükümlülerle birlikte faaliyette bulunması engellenmiş, dil dersleri almış, kurumun din görevlisiyle görüşürülmüş ve hafta bir kez avukatı ve aile üyelerinin bazıları tarafından ziyaret edilmişti (*Rohde*, §97).

135. Sonuç olarak Mahkeme, başvuru tamamıyla duysal yalıtma veya bütünüyle sosyal yalıtma altında olmadığı kanaatindedir. Başvuru kısmi ve göreceli bir yalıtma altında tutulmuştur.”

b) Tek başına tutma süresi

“**136.** Başvuru durumunun, yukarıda sözü edilen *Ilaşcu ve Diğerleri* davasındaki başvuruların durumundan çok uzak olduğu ve mevcut olaydaki başvuru tamamıyla duysal yalıtma veya bütünüyle sosyal yalıtıma değil, fakat kısmi ve göreceli bir sosyal yalıtıma tabi tutulduğu doğrudur. Ancak Mahkeme, mevcut olayda başvuru 15 Ağustos 1994'ten 17 Ekim 2002'ye kadar sekiz yıl iki aylık bir dönem tek başına tutulduğunu kaygıyla kaydetmek durumundadır. Bu dönemin uzunluğu karşısında Mahkeme, bu tedbirlerin haklı olup olmadıklarını, bu tedbirlerin mevcut alternatif tedbirlerle karşılaştırıldıklarında gerekli ve orantılı olup olmadıklarını, başvurucuya ne gibi koruyucular sağlandığını ve başvuru fiziksel ve ruhsal durumunun tek başına tutmanın devamıyla bağdaşmasını sağlamak için yetkililerin ne gibi tedbirler aldıklarını belirleyebilmek için çok sıkı bir inceleme yapmak durumundadır.

137. Bir mahpusun tek başına tutulması için gerekçeler gösterilmesini gerektiren 8 Aralık 1998 tarihli genelge, tutuklu veya hükümlünün ‘ciddi zararlara sebebiyet verme ... riskinin bulunduğu dair objektif ve tutarlı deliller’den ve ‘somut sebepler’den söz etmektedir. Mevcut olayda her üç ayda bir bu tedbirin uzatılması için başvuru tehlikeliliği, cezaevinde düzen ve güvenliğin korunması ihtiyacı ve yüksek güvenlikli bir cezaevine göre daha gevşek genel güvenlik tedbirlerinin bulunduğu cezaevinden kaçma riskinin bulunması gerekçe olarak gösterilmiştir. Genelgede tek başına tutmanın sadece istisnai durumlarda bir yıldan fazla sürebileceği öngörülmektedir. Ancak ne yazık ki tek başına tutma süresinin üst sınırı yoktur. **138.** Bir tutuklu veya hükümlünün cezaevindeki diğer insanlardan ayrı tutulması, kendiliğinden insanlıkdışı muamele oluşturmadığı doğrudur. Sözleşme'ye taraf birçok Devletle, tehlikeli tutuklu ve hükümlüler için çok daha sert güvenlik tedbirleri mevcuttur. Kaçma, cezaevindeki diğer insanlara saldırma veya rahatsızlık verme risklerini önlemeyi amaçlayan bu düzenlemeler, cezaevindeki insanların birbirinden ayrılmasının yanında, çok sıkı kontroller yapılmasını da içermektedir (*Kröcher-Möller raporu*, s. 53, §60).

139. Ancak tek başına tutmanın uzatılması sırasında keyfilik riskinden kaçınmak için somut sebepler gösterilmelidir. Dolayısıyla bu konudaki bir karar, yetkililerin tutuklu veya hükümlünün koşullarını, durumunu veya davranışlarını dikkate alan bir yeniden değerlendirme yaptıklarını ortaya koymalıdır. Zaman geçtikçe, gerekçelerin daha ayrıntılı ve zorlayıcı olması gerekecektir. Dahası, ‘cezaevi içinde hapsisliğin’ bir biçimi olan bu tür tedbirlere, Bakanlar Komitesinin 11 Ocak 2006 tarihli Cezaevi Tüzüğü'nün 53.1 paragrafından belirtildiği gibi, sadece istisnai olarak ve her türlü önlem alındıktan sonra başvurulmalıdır. Tek başına tutma tedbiriyle uyumunun sağlanması için, tutuklu ve hükümlünün fiziksel ve ruhsal durumunu düzenli bir şekilde izleme sistemi de kurulmalıdır.

140. Mahkeme, 8 Aralık 1998 tarihli genelge hükümlerine uygun olarak, başvuru doktorlar tarafından düzenli bir şekilde ziyaret edildiğini kaydeder.

141. Doktorların 13 Temmuz 2000 tarihinden sonra başvuruçunun tek başına tutulmasını onaylamadıkları doğru olmakla birlikte, Ekim 2002'ye kadar başvuruçunun tek başına tutulmasının yenilenmesiyle ilgili olarak verilen sağlık raporların hiç birinde açıkça başvuruçunun fiziksel veya ruhsal sağlığının etkilenmiş olduğu ifade edilmemiş veya bir psikiyatrik rapor istenmemiştir.

142. Ayrıca, La Sante Cezaevinde Ayaktan Muayene ve Tedavi Biriminden sorumlu doktorun başvuruçunun gördüğü tedaviyle ilgili 29 Temmuz 2002 tarihli raporunda, başvuruçunun 'RMPS'den psikolojik bir destek almayı' reddettiğini kaydetmiştir.

143. Aynı şekilde, başvuruçunun Saint-Maur Cezaevine nakli üzerine Indre Sağlık Müfettişi, başvuruçunun Bölgesel Tıp ve Psikolojik Hizmetler Müdürlüğünden bir psikiyatr tarafından standart giriş usulünün bir parçası olarak psikiyatrik açıdan görüldüğünü söylemiştir. O tarihte kontrol muayenesi gerekli görülmemiş ve başvuruçuyu da o tarihten bu yana bir kez daha bir psikiyatri görmeyi istememiştir. Başvuruçuyu 26 Ağustos 2003'te muayene edilmiş, ancak kontrol için bir randevu verilmesi gerekli görülmemiştir.

144. Mahkeme bu bağlamda başvuruçunun teklif edilen psikolojik danışmanlığı reddettiğini ve şeker hastalığı için gördüğü tedavinin uygunsuz olduğunu iddia etmediğini kaydeder. Kaldı ki, başvuruçuyu uzun süreli tek başına tutulmasının fiziksel veya ruhsal sağlığından her hangi bir kötüleşme yarattığını gösterememiştir. Ayrıca başvuruçuyu bizzat cevap olarak verdiği dilekçede, fiziksel ve ruhsal sağlık durumunun gayet iyi olduğunu bildirmiştir.

145. Bununla birlikte Mahkeme, sadece göreceli bir yalıtma olsa bile bir tek başına tutmanın süresiz olarak uygulanamayacağını vurgulamak ister. Ayrıca tutuklu ve hükümlülerin tek başına tutmanın devamına ilişkin kararların esas ve gerekçelerinin bağımsız yargısal denetimini yaptırma hakkına sahip olmaları esastır. Mevcut olayda bu denetim ancak Temmuz 2003'ten sonra mümkün hale gelmiştir. Mahkeme 13. madde bakımından yapılan şikâyeti incelerken bu noktaya dönecektir. Mahkeme ayrıca bu bağlamda CPT'nin ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin vardığı sonuçlara göndermede bulunmaktadır.

146. Tehlikeli görülen ve olağan bir cezaevinde olağan bir rejim altında tutulması uygun olan kişiler için tek başına tutmaya alternatif çözümler arzu edilir.

147. Bu noktada Mahkeme, yetkililerin başvuruçuyu normal koşullar altında tutulduğu cezaevlerine iki kez nakletmiş olmalarını ilgiyle kaydeder. Başka bir cezaevinde yeniden tek başına tutma altına sokulması, Hükümetin dediğine göre, başvuruçunun bir televizyon programı için telefonla verdiği mülakatta, 1,500 – 2,000 ölüm olarak rakam verdiği suçların mağdurları için hiçbir pişmanlık duymadığını ifade etmesinden sonra olmuştur. Dolayısıyla yetkililerin başvuruçunun tek başına tutulmasını sistematik olarak uzatmakla kendisini küçük düşürmek veya utandırmak istemedikleri, fakat kendisinin karakterine ve tehlikeliliğine uyarlanmış bir çözüm aradıkları anlaşılmaktadır.

148. Mahkeme, başvuruçunun Saint-Maur Cezaevinde normal koşullar altında tutulurken avukatının Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğüne bir mektup göndererek, 'özellikle uyuşturucu bağımlıları, alkolikler ve cinsel suçlardan hükümlü olanlar gibi davranışlarını kontrol edemeyen tehlikeli hükümlüler'den şikâyetçi olduğunu ve insan haklarının ihlal edildiğini iddia ettiğini kaydeder. Başvuruçuyu ayrıca, bu dönemdeki hapisliğinin Paris'ten çok uzak bir yerde olması nedeniyle şikâyetçi olmuş, bu durumun avukatlarının ziyaretini çok zor, daha seyrek ve çok masraflı bir hale getirdiğini ve kaçınılmaz olarak başka bir yalıtma biçimine sebep olduğunu söylemiştir.

149. Son olarak başvurunun diğer tutuklu ve hükümlüleri etkilemek veya kaçma planı hazırlamak için cezaevinin içindeki veya dışındaki terör örgütünün diğer üyeleriyle yeniden temas kurmak amacıyla haberleşme kanallarını kullanabileceğine dair Hükümetin kaygıları da dikkate alınmalıdır. Bu kaygıların temelsiz veya akıl dışı olduğu söylenemez (*Messina (no. 2) kararı, bu kararda Mahkeme, tutma koşullarıyla ilgili şikâyetlerin kabul edilebilir olmadığını açıklamadan önce şunu kaydetmiştir: 'başvurucu mahkûm edildiği suçların ağırlığı nedeniyle özel bir rejim altına alınmıştır', bu ifade mevcut olayda başvurucuya da aynı şekilde uygulanabilir; ayrıca Gallico kararı*).

150. Mahkeme, başvurunun uzun süreli yalıtma altında tutulmasının muhtemel sonuçları hakkında CPT'nin duyduğu kaygıyı paylaşmaktadır. Ne var ki Mahkeme, başvurunun tutulduğu maddi şartları, yalıtmanın 'göreceli' olmasını, yetkililerin başvuruyla olağan rejim altında tutmaya istekli olmalarını, başvurunun karakterini ve doğurabileceği tehlikeyi göz önünde tutarak, incelenen dönemde başvurunun tutulduğu koşulların Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlıkdışı muamele oluşturacak asgari ağırlık düzeyine ulaşmadığı kanaatindedir. Mevcut olayda çok özel koşullar bulunmasına rağmen, Mahkeme, başvurunun tek başına tutulması süresinin uzunluğundan kaygı duymakta olup, başvurunun 5 Ocak 2006 tarihinden bu yana olağan cezaevi rejimi altında tutulduğunu kaydetmiştir. Yukarıda anlatılanları bir bütün olarak göz önünde tutan Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali edilmediği sonucuna varmaktadır.”

II. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu tek başına tutulmasının devamına karşı itiraz edebilmek için bir hukuk yolu bulunmadığından şikâyetçi olmuştur. Daire, Yüksek İdare Mahkemesinin 30 Temmuz 2003 tarihinden önce tutuklu ve hükümlülerin tek başına tutma işlemine veya devamına ilişkin kararlara karşı itiraz edebilmek için bir hukuk yoluna sahip olmadıklarını kaydetmiş ve 13. maddenin ihlaline karar vermiştir.

157. Mahkeme'nin birçok kez dediği gibi Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi için, bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme bakımından yapılacak 'savunulabilir bir şikâyet'in esastan görülebilmesi ve uygun bir giderim verilmesi için bir iç hukuk hükmünün bulunmasını gerektirir (*Kudla, §157*).

158. Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'nin 13. maddesinden doğan yükümlülüklerinin kapsamı, başvurunun şikâyetinin niteliğine göre değişir. Ancak bir hukuk yolu, hukuken olduğu gibi pratikte de 'etkili' olmalıdır (*İlhan [BD], §97*).

159. Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında bir 'hukuk yolu'nun 'etkili' olup olmaması, başvuru lehine bir sonuç doğurmasının kesinliğine dayanmaz. Bu maddede sözü edilen 'makam'ın yargısal bir makam olması da zorunlu değildir; fakat yargısal makam değilse, bu makamın yetkileri ve sağladığı güvenceler, hukuk yolunun etkili olup olmadığını belirlemede önemlidir. Ayrıca, tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getiremeye bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu yerine getirebilir (*Silver ve Diğerleri, §113; ve Chahal, §145*).

160. Şimdi Mahkeme'nin, başvurunun tek başına tutulmasının uzatılmasına dair kararlar ile usule aykırılıklar konusunda Fransız hukukunda bir şikâyetle bulunmasının mümkün olup olmadığını ve mevcut hukuk yollarının iddia edilen ihlallerin meydana gelmesini ve sürmesini engelleyebilecek veya meydana gelmiş bir ihlale karşı başvurucuya uygun bir giderim sağlayabilecek nitelikte 'etkili' hukuk yolları olup olmadığını karara bağlaması gerekmektedir.

161. Hükümet, Yüksek İdare Mahkemesinin 30 Temmuz 2003 tarihinden önceki yerleşik içtihadına göre, bir tutuklu veya hükümlünün tek başına tutulmasına dair kararların, aleyhine idare mahkemelerine başvurulamayan iç idari işlemlerden olduğunu kabul etmiştir.

162. Başvurucu 14 Eylül 1996'da idare mahkemesine başvurmuştur. Ancak bu başvuru, bu işlemin idare mahkemeleri önüne getirilemeyecek bir iç işlem olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

163. Mahkeme bu noktada söz konusu kararın, Hükümetin de zikrettiği Yüksek İdare Mahkemesinin o tarihteki yerleşik içtihatlarına uygun olduğunu kaydeder.

164. Yüksek İdare Mahkemesi ancak 30 Temmuz 2003'te görüşünü değiştirmiş ve tek başına tutma ile ilgili kararlar aleyhine iptal davası açılabilceğine ve gerektiği takdirde kararın iptal edilebileceğine karar vermiştir.

165. Mahkeme, içtihatlardaki değişimden sonra başvurunun idare mahkemesine sadece bir başvuru yaptığını kaydeder. Başvurucu 17 Şubat 2005 tarihli işlemin sadece hukuka aykırılığını iddia etmiş olduğu halde, tek başına tutmanın tutulma koşulları üzerinde yansımalarını dikkate alan Mahkeme, yargısal bir makam önündeki etkili bir hukuk yolunun varlığının önemli olduğu kanaatinde. Daha fazla ilginin dikkatine sunulmayı gerektiren yukarıdaki içtihat değişikliği geriye yürürlü bir etkiye sahip olmayıp, başvurunun durumunu etkilememiştir.

166. Dolayısıyla mevcut olayda Mahkeme, başvurunun 15 Ağustos 1994 ile 17 Ekim 2002 tarihleri arasında tek başına tutmanın uzatılması kararlarına karşı başvurusuna imkân veren bir hukuk yolu bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği kanaatinde.

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Başvurucu tazminat talebinde bulunmamıştır. Mahkeme ücretler ve masraflar için 10,00 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

CEZALAR

25.04.1978 5856/72 TYRER - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *bedensel ceza* (arkadaşını yaralamaktan yargılanıp sopalama cezasına mahkûm olan 15 yaşındaki öğrencinin cezasının karakolda hekim ve babasının önünde polisler tarafından infaz edilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - aşağılayıcı ceza - başvurunun düşürülmesi - mağdurluk statüsü - yerel ge-reklere göre uygulama

DAVANIN ESASI

Başvurucu Antony M. Tyrer 15 yaşında bir öğrenci olup, Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvurucu Man Adası'nda yaşamaktadır.

Başvurucu ve diğer üç arkadaşı okula bira soktukları gerekçesiyle, bir başka öğrenci tarafından okul idaresine şikâyet edilmişlerdir. Okul yetkilileri, bu davranışları nedeniyle başvuru ve arkadaşlarına kamışla vurmuşlardır. Daha sonra başvuru ve arkadaşları kendilerini şikâyet eden öğrenciyi yakalayıp dövmüşlerdir.

Çocuk Mahkemesi 7 Mart 1972 tarihinde verdiği kararda, başvuru aynı okuldaki bir öğrenciye müessir fiilde bulunmaktan suçlu bulmuş ve kaba etine üç kez sopa ile vurul-

ma cezasına çarptırmıştır. Bu cezaya karşı yapılan temyiz başvurusu üzerine Man Adası Yüksek Mahkemesi 28 Nisan 1972'de temyizi görüşmüş ve temyizi reddetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, haksız tahrik olmadan uygulanan ağır müessir fiil her zaman ciddi bir suç olarak kabul edilir; dolayısıyla kararı bozmak gerekli değildir.

Temyiz incelemesinden önce, başvurusunun sopa ile vurulma cezasına dayanıp dayanamayacağını belirlenmek üzere doktor kontrolünden geçirilmiştir. Doktor, başvurusunun bu cezayı kaldırdığı görüşünü belirtmiştir.

Yüksek Mahkemenin kararını verdiği gün öğleden sonra, başvuru polis karakoluna götürülmüş ve kendisine babası da eşlik etmiştir. Karakolda uzun bir süre doktorun gelmesi beklendikten sonra, başvurucuya babasının ve doktorun önünde polisler tarafından sopa ile vurulma cezası uygulanmıştır. Pantolonu ve külotu sıyrılan başvuru, masanın üzerine doğru eğdirilmiştir. İki polis Tyrer'i tutmuş, üçüncü polis sopa ile vurmuştur. Birinci vuruşta sopanın ucu kırılmıştır. Sopa vuran polisi engellememesi için Tyrer'in babasını bir başka polis tutmuştur. Başvurusunun kaba etinin derisi kabarmış, fakat kanamamıştır. Sopanın vurulduğu yerin acısı bir buçuk hafta kadar sürmüştür.

Man Adası Birleşik Krallığın bir parçası değildir, ancak Kraliyetin bir unsurudur. Man Adası'nın kendi Hükümeti, yasama organı, adalet sistemi, idari teşkilatı, mali ve hukuki sistemi vardır. Ancak Adanın yönetiminde, nihai aşamada Kraliyet de yetkilidir. Bedensel ceza 1948'de Britanya'da, 1968'de de Kuzey İrlanda'da kaldırılmıştır. Man Adası'nın yasama organı olan Tynwald, 1963 ve 1965 yıllarında bedensel ceza konusunu ele almış ve Adaya gelen holliganları caydırıcı nitelikte olduğu ve daha genel olarak düzenin korunması için gerekli olduğu düşüncesiyle, bu cezanın sürdürülmesine karar vermiştir. Kırk beş bin seçmenin bulunduğu Ada'da yapılan özel bir imza kampanyasında, bedensel cezanın sürdürülmesi için otuz bir bin imza toplanmıştır. Uygulamada bu ceza sadece şiddet içeren suçlar için verilmektedir.

Başvuru 21 Eylül 1972'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, kendisine uygulanan sopalama cezasının Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Komisyon bire karşı on dört oyla, bunun aşağılayıcı bir ceza olduğu dolayısıyla 3. maddesi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Ön sorunlar

A. Mahkeme'nin yetkisi

[23–23]: Hükümet, Mahkeme önündeki 17 Ocak 1978 tarihli duruşmada, Mahkeme'nin zorunlu yargılama yetkisini tanıyan Hükümet beyanı Man Adası bakımından 13 Ocak 1976 tarihinde sona erdiği halde, Komisyon'un bu davayı 11 Mart 1977'de Mahkeme önüne getirdiğini belirtmiş ve bu davada Mahkeme'nin yargılama yetkisinin olup olmadığı sorunu ortaya atmıştır.

Komisyon, bu beyanın çeşitli tarihlerde yenilenmesine ilişkin beyanları ve özellikle 21 Nisan 1972 tarihli yenileme beyanını dikkate aldığını belirtmiştir. Hükümet ise duruşmada Mahkeme'nin yargılama yetkisine itiraz etmiştir.

Mahkeme, Hükümet'in Mahkeme İçtüzüğü'nün 46. maddesine göre ilk itirazda bulunmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 48. maddesine göre Mahkeme'nin yargılama yetkisi bulunduğu sonucuna varmıştır.

B. Mahkeme'den davayı düşürmesi talebi

[24-27]: Hükümet, başvurucaunun başvuruu geri aldığı ve yasa değışikliği tasarısı bulunduğu gerekçesiyle başvurucaunun düşürülmesini talep etmiştir. Hükümete göre bedensel ceza nedeniyle başvuru yaptığı tarihte reşit olmayan başvurucaun reşit olduktan sonra başvurucaununu geri aldığı için mağdurluk statüsü kalmamıştır. Mahkeme (eski) İctüzüğünün 47(2). fıkrasına göre Mahkeme, Komisyon tarafından davanın düşürülmesine ilişkin talebi kabul edebilir; ancak Mahkeme'nin buna karar verebilmesi için 'dostane çözüm, düzenleme ve sorunu çözen başka bir sonucun gerçekleştiği konusunda kendisine bilgi verilmesi gereklidir. Oysa Komisyon, başvurucaunun talebi ile ilgili şartları dahi incelememiştir; başvurucaunun talebinin şartları ile ilgili olarak Mahkeme'ye başka bir bilgi de verilmemiştir. Başvurucaunun şikâyetini geri alması, sorunun çözüldüğünü göstermemektedir. Man Adası Başsavcısı, başvurucaununa verilen mahkûmiyet kararına konu olan türden müessir fiillere bedensel ceza verilmesini kaldıran bir yasa değışikliği tasarısının Ada'nın yasama organı tarafından kabul edildiği gerekçesiyle, Mahkeme'nin davanın düşmesine karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu değışiklik tasarısının, sorunu çözdüğünü kabul edemez. Tasarının bir kanun haline gelip gelmeyeceği veya ne zaman geleceği konusunda bir belirginlik yoktur. Bu gerekçeyle Mahkeme, başvurucaunun düşürülmemesi gerektiği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili olarak

Başvurucaun, olayda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

[29-35]: Mahkeme, başvurucaunun bu olayda çektiği acının düzeyinin, *İrlanda – Birleşik Krallık* kararında yorumladığı ve uyguladığı anlamıyla, işkence kavramında varolan acı düzeyine ulaştığını kabul etmemektedir. Mahkeme'ye göre, başvurucaun Tyrer'e verilen ceza Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence değildir. *İrlanda – Birleşik Krallık* kararında 'insanlıkdışı muamele' ve 'aşağılayıcı muamele' kavramları bakımından bazı tespitler vardır; ancak o kararda 'insanlıkdışı ceza' ve 'aşağılayıcı ceza' kavramlarına ilişkin bir tespit yoktur. Bu nedenle İrlanda kararında yapılan tespitler bu davada kullanılamaz. Bir cezanın Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında 'insanlıkdışı ceza' olarak kabul edilebilmesi için, çekilen acının belirli bir düzeyde olması gerekir.

Mahkeme bu olayda çekilen acının 'insanlıkdışı ceza' düzeyine ulaştığını kabul etmemektedir. Buna göre bu olayda Tyrer'in sadece 'aşağılayıcı ceza'ya maruz kalıp kalmadığına karar verilmelidir.

Mahkeme bir kimsenin, sadece bir cezaya mahkûm edilmekle de aşağılanabileceğini not etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesini ilgilendiren şey, bir kimsenin sadece mahkûm edilerek aşağılanması değil, fakat verilen cezanın infaz edilmesidir. Mahkeme'nin *İrlanda – Birleşik Krallık* kararında (parag. 164) işaret ettiği gibi, Sözleşme'nin 3. maddesinin içerdiği yasak, mutlakdır; bu kurala hiç bir istisna getirilemez; olağanüstü hallerde bile Sözleşme'nin 3. maddesindeki yükümlülükte azaltma yapılamaz. Yargı organları tarafından verilen cezaların hemen hepsinde kaçınılmaz olarak bir aşağılama unsuru bulunduğu için, genel olarak cezaların Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmak anlamsız olur. Aslında Sözleşme'nin 3. maddesi, açıkça 'insanlıkdışı' ve 'aşağılayıcı' cezaları yasakladığından, bu tür cezalar ile genel olarak ceza arasındaki farka da işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre, bir cezanın 3. madde anlamında 'aşağılayıcı' olabilmesi için, cezadaki aşağılama veya küçümsemenin belirli bir düzeye ulaşması ve her halükarda bir cezada genel olarak bulunan aşağılamadan daha ileri olması gerekir. Bu konudaki değerlendirme görecelidir; her olayın şartlarına ve özellikle cezanın ve infaz tarzının şekline göre değışir.

Man Adası Başsavcısına göre bu olaydaki yargısal bedensel ceza, Sözleşme'ye aykırı değildir; çünkü bu ceza Ada halkının inançlarına tecavüz etmemektedir. Mahkeme'ye göre, Ada halkından yargısal bedensel cezanın yanında olanların bu cezayı etkili görme sebeplerinden biri, bu cezanın içindeki aşağılayıcılık unsuru olabilir. Öte yandan bir cezanın etkili bir caydırıcı unsur olması ve suçların kontrol altına alınmasında yardımcı olması veya buna inanılması, o cezanın aşağılayıcılık özelliğini ortadan kaldırmaz. Hepsinden öte, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı cezaların caydırıcılık etkisi ne olursa olsun, bu türden cezalar uygulanamaz.

Mahkeme, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini hatırlatır. Mahkeme, ceza politikası alanında Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerde meydana gelen gelişmelerin ve üye Devletlerin kabul ettikleri ortak standartların etkisinden uzak duramaz. Aslında Man Adası'nda da yargısal bedensel ceza ile ilgili mevzuatın bir süreden beri inceleme altında olduğu belirtilmiştir. Yargısal bedensel cezanın aleni olmayan bir tarzda infaz edilmesi, cezanın 'aşağılayıcılık' kategorisine girmesini engellemez. Aşağılayıcı bir ceza için, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde aşağılanması yeterlidir. Yargısal bedensel cezanın özelliği, bir insanın diğer bir insana fiziksel şiddet kullanmasıdır. Dahası, bu olayda bedensel ceza, kanunla düzenlendiği, yargısal makamlar tarafından karar verildiği ve Devletin polisi tarafından yerine getirildiği için kurumsallaştırılmış bir şiddettir. Başvurucu, bu cezanın kendisine uygulanması sonucu çok uzun süreli ağır fiziksel acılar çekmemiştir, ancak bu ceza, 3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturmuştur. Bu cezanın olumsuz psikolojik sonuçları da gözden uzak tutulamaz.

Bedensel cezayı düzenleyen mevzuat, kararın verilmesinden itibaren altı ay içinde uygulanmaması halinde sopa ile vurma cezasının uygulanmayacağını öngörmektedir. Ancak bu durum, Çocuk Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı ile cezanın infaz edilmesi arasında haftalar geçmesini ve cezanın uygulanacağı polis karakolunda uzun süre beklenmesini önlememiştir. Buna göre başvurucu Tyrer yaşadığı fiziksel acının yanında bir de, cezanın infaz edilmesini beklemekten ötürü şiddetli ruhsal acılar çekmeye maruz bırakılmıştır. Yargısal bedensel cezanın, başvurunun müessir fiil suçu işlemesi nedeniyle verilmiş olmasının hiç bir önemi yoktur. Tyrer'e sopa ile vurma cezasının, kendisine verilecek hapis cezasına bir alternatif olmasının da önemi yoktur. Bir cezanın bir diğer cezaya göre daha az olumsuz sonuçları bulunduğu veya daha hafif olduğu için tercih edilmesi, bu cezanın 3. madde anlamında 'aşağılayıcı' bir ceza olmadığı anlamına gelmez. Bütün bu şartları göz önünde tutan Mahkeme, başvurunun, 'aşağılayıcı ceza' kavramında içkin bulunan aşağılama unsurunun bulunduğu bir cezaya maruz bırakıldığını tespit etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucuya uygulanan bedensel cezanın, Sözleşme'nin 3. maddesindeki aşağılayıcı ceza oluşturduğu sonucuna varmıştır.

III. Sözleşme'nin (eski) 63. maddesiyle ilgili olarak

[37-39]: Man Adası Başsavcısı, bu bölgede yaşayanların büyük çoğunluğunun, yargısal bedensel cezanın sürdürülmesi görüşünde olduğunu belirtmiştir. Başsavcıya göre büyük çoğunluk bedensel cezayı aşağılayıcı bir ceza olarak kabul etmemekte, öte yandan bu cezanın etkili ve caydırıcı bir unsur, hukukun ve düzenin korunması için gerekli bir güvence olduğunu düşünmektedir. Komisyon temsilcisine göre ise, 3. maddenin ihlalini meşru göstermek için yerel şartlar ileri sürülemez; bunun bir yerel şart olduğu kabul edilse bile, 3. maddenin ihlal edilmesini önlemez. Komisyon temsilcisi 3. maddenin uygulanması bakımından Man Adası ile Birleşik Krallık arasında önemli bir sosyal veya kültürel farklılık da bulunmadığını belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre karar verilmesi gereken sorun, söz konusu yargısal bedensel cezanın aşağılayıcı özelliğine rağmen, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini ortadan kaldıracak

türden Sözleşme'nin 56(3) (eski 63(3)). fıkrası anlamında bir yerel gerekliliğin bulunup bulunmadığıdır. Mahkeme'ye göre ilkin, Başsavcının ileri sürdüğü şeyler, Adanın gerekliliklerinden çok, içinde bulunduğu hal ve şartlardır. Yerel nüfusun samimi inançları, yargısal bedensel cezanın Man Adası'nda gerekli olduğunu kabul etmelerini bakımından bir göstere edilebilir. Ancak Sözleşme'nin 56(3). fıkrasının uygulanabilmesi için gereklilik bakımından daha somut ve belirleyici kanıtların bulunması gerekir. Yerel inançlar ve kamuoyunun görüşü, kendi başına böyle bir kanıt oluşturmaz. Yargısal bedensel cezanın, yerel halkın attığı bir takım avantajları olduğu kabul edilse bile, Man Adası'nda asayiş ve düzenin bedensel cezaya başvurmaksızın sağlanamayacağına dair hiç bir kanıt yoktur.

Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin büyük çoğunluğunda bedensel cezanın kullanılmadığı, bir kısmında ise böyle bir cezanın modern zamanlardan itibaren bulunmadığı not edilmelidir. Man Adası'nda ise, bu ceza bir süreden beri tartışma konusudur. Bu durum, Man Adası gibi bir Avrupa ülkesinde böyle bir cezanın en azından gerekliliği konusunda kuşku doğurur. Man Adası toplumu, uzun bir zamandan beri, sadece gelişmiş bir siyasal, sosyal ve kültürel geleneklere sahip bir toplum değil, aynı zamanda çağdaş bir toplumdur. Ada toplumu tarihsel, coğrafi ve kültürel bakımdan Avrupa uluslar ailesinin bir üyesidir; bu toplum, Sözleşme'nin Başlangıcında belirtilen 'siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak mirası' paylaşan bir toplum olarak görülmelidir. Bu bağlamda Mahkeme Sözleşme'nin 63. maddesiyle getirilen sistemin, Sözleşme'nin hazırlandığı dönemde var olan bazı koloni ülkelerinin uygarlık düzeyleri nedeniyle, Sözleşme'nin tam olarak uygulanmasının mümkün olmadığı düşünüldükçe kabul edildiğini not etmektedir. Son olarak, yargısal bedensel cezaya başvurmadan Man Adası'nda asayiş ve düzen sağlanamayacak olsa bile, bu durum, bedensel cezanın kullanılmasını Sözleşme'ye uygun duruma getirmez. Çünkü Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan yasak mutlak; ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile 3. maddedeki yükümlülükten azaltma yapılamaz. Asayişin ve düzenin sürdürülmesi ile ilgili hiç bir yerel gereklilik, 3. maddeye aykırı bir cezanın kullanılmasını haklı göstermez. Bu nedenlerle Mahkeme, Man Adası'nda Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanmasını etkileyen bir yerel gereklilik bulunmadığı ve başvuruçunun yargısal bedensel cezaya tabi tutulmasının 3. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme davayı izlemeyen başvuruçunun bakımından bu hükmün uygulanmasının gerekli olmadığına hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, davanın düşürülmesi talebinin reddine;
2. Bire karşı altı oyla, Bay Tyrer'e yargı kararıyla uygulanan bedensel cezanın 3. maddede anlamında aşağılayıcı bir ceza olduğuna,
3. Oybirliğiyle bu davada, Sözleşme'nin 3. maddesini etkileyecek türden Sözleşme'nin 63(3). fıkrası anlamında bir yerel gereklilik bulunmadığına,
4. Bire karşı altı oyla, sözü edilen ceza nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline,
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte alınarak 14. maddeye muhtemel bir aykırılığın bulunması sorununu incelemeye gerek olmadığına; ve
6. Oybirliğiyle, bu davada 50. maddeyi uygulamaya gerek olmadığına,

KARAR VERMİŞTİR.

RİSKLER

07.07.1989 14038/88 SOERING - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *geri verme halinde ölüm cezası riski* (ABD’de suç işleyip İngiltere’ye kaçan gencin geri verilmesi halinde Virjinya Eyaletinde 6-8 yıl arasında sürecek yargılama ve infaz süreci nedeniyle ölüm koridoru olgusuna maruz kalma riski), *etkili hukuk yolu* (geri vermeye karşı etkili hukuk yolları bulunması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - devletin egemenlik yetkisi - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Jens Soering, 1 Ağustos 1966 doğumlu bir Alman vatandaşıdır.

Başvurucu, Kanada vatandaşı kız arkadaşı ile birlikte çek sahtekârlığı suçundan İngiltere’de yakalanmışlardır. Başvurucunun sorgulanması sırasında, öğrenci olduğu Amerika Birleşik Devleti’nin Virjinya eyaletinde, bir yıl önce kız arkadaşının anne ve babasını bıçakla öldürdükleri anlaşılmıştır.

ABD yetkilileri İngiltere’den başvurunun ve arkadaşının geri verilmesini istemişlerdir. Başvurucunun kız arkadaşı ABD’ye geri verilmiş, yapılan yargılama sonunda, anne ve babasının öldürülmesine yardım etmekten toplam 95 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucunun ABD’ye geri verilmesi halinde ise ölüm cezasına mahkûm edilmesi çok yüksek bir olasılıktır. Bu nedenle İngiliz makamları ABD’den başvurunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde bunun infaz edilmeyeceği konusunda güvence vermelerini istemişlerdir. ABD makamları, başvurunun ölüm cezasına mahkûm edilmesi halinde cezasının infaz edilmeyeceğine dair kesin bir güvence vermemişler, ancak ölüm cezasının infaz edilmemesi için İngiltere’nin isteğinin cezayı onaylamakla yetkili makamlara bildirileceği konusunda hafif bir güvence vermişlerdir. Birleşik Krallık Hükümeti başvurucuyu geri verme kararı almıştır.

Bay Soering, 8 Temmuz 1988’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvuruda bulunmuştur. Bay Soering başvurusunda, Amerika Birleşik Devletleri’ne geri verilecek olursa, ölüm cezasıyla cezalandırılmasının çok yüksek bir ihtimal olduğuna inandığını söylemiştir. Başvurucu, ‘ölüm koridoru olgusu’ göz önünde tutulduğunda, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olarak insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmuş olacağını ileri sürmüştür. Başvurucu daha sonra, Virjinya Eyaletinde üst başvuru yollarını izlemek için adli yardım verilmediğinden, Birleşik Devletlere geri verilmesinin Sözleşme’nin 6(3)(c) bendini de ihlal edileceğini belirtmiştir. Başvurucu son olarak, Birleşik Krallık’ta, Sözleşme’nin 3. maddesi bakımından şikâyeti konusunda etkili bir hukuk yoluna sahip olmamasının, Sözleşme’nin 13. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Komisyon Başkanı, 11 Ağustos 1988 tarihinde Birleşik Krallık Hükümetine, Komisyon İçtüzüğü’nün 36. maddesine göre, tarafların menfaati ve muhakemenin gereği gibi yürütülebilmesi için, Komisyon’un başvuruyu inceleme fırsatı buluncaya kadar, başvuruycuyu Birleşik Devletlere geri vermemesinin uygun olacağını bildirmiştir. Bu bildirim, davanın Mahkeme önüne getirilmesine kadar, birçok kez uzatılmıştır. Komisyon, 19 Ocak 1989’da kabul ettiği raporunda, dörde karşı yedi oyla Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlal edildiği; fakat beşe karşı altı oyla 3. maddenin, oybirliğiyle 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediği görüşünü açıklamıştır. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ**I. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiası**

80. Başvurucu, İçişleri Bakanlığının kendisini Amerika Birleşik Devletleri makamlarına teslim etme kararının, uygulanacak olması halinde, Birleşik Krallık tarafından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline yol açacağını iddia etmiştir.

A. Sözleşme'nin 3. maddesinin geri verme olaylarına uygulanabilirliği

[81-84]: Başvurucunun bu konudaki ihlal iddiası, 'ölüm koridoru' denilen olguya maruz kalacak olmasından kaynaklanmaktadır. Bu olgu, başvurucunun cinayetten yargılanacağı Virginia'ya geri verildikten sonra, kendisine ölüm cezası verilmesi halinde karşılaşılabilecek koşullardan meydana gelen bir olgu olarak ifade edilebilir. Öte yandan Birleşik Krallık Hükümeti, Sözleşme'nin 3. maddesinin, bir Sözleşmeci Devletin egemenlik alanı dışında meydana gelen fiillerden dolayı kendisine sorumluluk yüklenebilecek şekilde yorumlanmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Hükümete göre özellikle geri verme, devletin egemenlik alanı dışında geri verilen kişinin uğrayabileceği insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezadan dolayı geri veren devletin sorumluluğunu doğurmaz.

"**85.** Geri verilmeme hakkı gibi bir hak, Sözleşme tarafından korunmamaktadır; çünkü geri verme, '... hakkında ... iade kararı alınan kişinin ... iadesi için hukuka uygun olarak gözetilmesine alınması veya tutulması'na izin veren Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinden doğmaktadır. Bununla birlikte bir geri verme işleminin Sözleşme'de yer alan bir hakkın kullanılması üzerinde olumsuz sonuçlar yaratacak olması halinde, bu sonuçların çok uzak olmadığı da düşünülecek olursa, Sözleşme'nin ilgili güvenceleri bakımından Sözleşmeci Devletlerin yükümlülüklerine dikkat çekilebilir. Mevcut davadaki mesele, geri veren devletin egemenlik alanı dışında, geri alan devletin uyguladığı bir muamele veya cezadan doğan geri vermenin olumsuz sonuçlarıyla karşılaşıldığı veya karşılaşılabileceği zaman, Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanabilir olup olmadığıdır. (...)

88. ... Buradaki mesele, kaçak bir suçlunun, işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza göreceği ve görebileceği bir başka devlete geri verilmesi işleminin, bir Sözleşmeci Devletin Sözleşme'nin 3. maddesine göre sorumluluğunu doğurup doğurmayacağıdır. ... Bu şartlarda bir geri verme, Sözleşme'nin 3. maddesinin özlü ve genel ifadesinde açıkça söz edilmemiş olmakla birlikte, bu maddenin ruhuna ve anlamına tamamen aykırı düşer. Mahkeme'ye göre bu durumda bir suçluyu geri vermeme yükümlülüğü, geri alan devlette kaçığın Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanmış olan bir insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayla karşılaşma riskinin bulunduğu halleri de kapsar.

89. Neyin 'insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele veya ceza' oluşturacağı, olayın içinde bulunduğu şartlara bağlıdır. Ayrıca, toplumun genel yararının gerektirdikleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerektirdikleri arasında adil bir denge arayışı, Sözleşme'nin bütününe içkin bir husustur. Seyahatin daha kolaylaştığı ve suçun uluslararası bir boyut kazandığı bir dünyada, yurtdışına kaçan suç zanlılarının adalet önüne çıkarılmaları, giderek bütün ulusların daha fazla menfaatine bir durum haline gelmektedir. Öte yandan kaçaklar için bir suçlular cennetinin yaratılması, sadece korunan kişiyi barındırmakla yükümlü devlete karşı bir tehlike oluşturmakla kalmaz, fakat aynı zamanda suçluların geri verilmesinin temellerini çürütür. Bu noktalar ayrıca, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza kavramlarının, suçluların geri verilmesi olaylarında yorumlanması ve uygulanması sırasında dikkate alınacak faktörlere dâhil edilmelidir.

90. Sözleşme'nin, potansiyel olarak ihlal edildiğini veya edilmediğini açıklamak, normal şartlarda Sözleşme organlarının görevi değildir. Ancak bir başvurucunun, kendisinin geri verilmesine dair bir kararın yerine getirilmesi halinde, geri vermeyi talep eden ülkedeki önceden görülebilir sonuçlar nedeniyle geri vermenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olacağını iddia etmesi halinde, katlanılacağı iddia edilen riskin ağırlığı ve onarılmaz niteliği karşısında, Sözleşme'nin 3. maddesinin öngördüğü koruyucunun etkililiğini sağlamak için bu prensipten ayrılmak gerekir.

91. Özetle, bir Sözleşmeci Devletin bir kaçığın geri verilmesine dair kararı, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir mesele ortaya çıkarabilir ve söz konusu kişinin geri verilmesi halinde geri verme talep eden ülkede gerçekten işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için güçlü sebeplerin bulunduğu gösterilmiş ise, o devletin sorumluluğunu doğurabilir. Böyle bir sorumluluğun kanıtlanması kaçınılmaz olarak, geri vermeyi talep eden ülkedeki koşulların Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından değerlendirilmesini içerir. Bununla birlikte, geri alan ülkenin, genel uluslararası hukuka veya Sözleşme'ye veya başka bir metne göre sorumlu olup olmadığı hakkında bir yargılama veya kanıtlama sorunu söz konusu değildir. Sözleşme'ye göre sorumluluğu bulunan veya bulunabilecek olan devlet, bireyi yasaklanmış olan kötü muameleyle maruz bırakma şeklinde doğrudan sonuç doğuran bir işlemi yapmış olması nedeniyle, geri veren Sözleşmeci Devlettir.”

B. Sözleşme'nin 3. maddenin mevcut olayda uygulanması

[92-99]: Mahkeme, başvurusunun Birleşik Devletlere teslim edilmesini emreden müzakerenin Devlet Bakanı tarafından imzalandığını ve böylece başvurusunun geri verilmesi sürecinin Birleşik Krallık'ta tamamlandığını, bu karar her ne kadar yerine getirilmemiş ise de başvurucağı doğrudan etkilediğini kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre geri verme işleminin mevcut olayda Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanmasını gerektirecek nitelikte olup olmadığını tespit edilebilmesi için, ilk önce bay Soering'in Virginia'da ölüm cezasıyla cezalandırılma riski altında bulunup bulunmadığı incelenmelidir; çünkü iddia edilen insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele veya ceza, yani 'ölüm koridoru olgusu', ölüm cezasının verilmesine dayanmaktadır.

Mahkeme'ye göre objektif olarak bakıldığında, başvurucağı ceza verilmesi aşamasında yargıca Birleşik Krallık'ın arzusunun bildirileceği taahhüdü, ölüm cezası verilmesi riskini ortadan kaldırmaz. Eyalet savcısının kendisi de, takdir yetkisini bağımsız bir şekilde kullanarak, ölüm cezası istemeye ve bu isteğinde ısrarlı davranmaya karar vermiştir; çünkü kendisinin tespitine göre deliller, böyle bir tutumu desteklemektedir. Suçu soruşturmakla yetkili ulusal makamlar böylesine sert bir tutum alıyorsa, Mahkeme'nin, başvurusunun ölüm cezasıyla cezalandırılma ve böylece 'ölüm koridoru olgusunu' yaşama riskiyle karşılaşmayacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunmadığına karar vermesi beklenemez.

2. Mevcut olayda 'ölüm koridoru olgusu'na maruz kalma riskinin geri vermeyi Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı hale getirip getirmeyeceği

(a) Genel düşünceler

“**100.** Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında görüldüğü üzere, ceza dâhil, bir kötü muamele Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu asgari düzeyin değerlendirilmesi, işin doğası gereği görecelidir; muamelelerin veya cezasının niteliği ve bağlamı, bunların icra edilme tarzı ve yöntemi, süresi, doğurduğu maddi veya manevi sonuçları ve bazı olaylarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın bütün koşullarına dayanır. Mahkeme bir muameleyi, hem kasten yapıldığı, gergin bir durumda saatlerce uygulandığı ve 'bedensel bir yaralanmaya değilse bile, en azından yoğun maddi ve manevi acıya neden olduğu' için 'insanlıkdışı', öte yandan 'mağdurlarında korku, şiddetli üzüntü ve bayağılık gibi duygular uyandırarak, onların utanma ve aşağılanmalarına ve muhtemelen fiziksel ve moral dirençlerinin kırılmasına neden olduğu' için 'aşağılayıcı' bulmuştur (*İrlanda – Birleşik Krallık*, §167). Bir cezanın veya muamelelerin 'insanlıkdışı' veya 'aşağılayıcı' sayılabilmesi için, içerdiği acı veya ıstırapın, her halükarda meşru bir cezanın kaçınılmaz olarak doğurduğu acı veya ıstırapın ötesine geçmesi gerekir (*Tyner*, §29-30). Bu bağlamda, sadece çekilecek

olan maddi acılar değil; fakat aynı zamanda, cezanın infazından önce uzun bir gecikme bulunması halinde, hakkında ceza verilmiş olan kişinin kendisine uygulanacak şiddeti beklerken duyduğu şiddetli üzüntüyü de dikkate almak gerekir.”

Daha sonra Mahkeme, ölüm cezasının kendiliğinden 3. maddeyi ihlal edip etmediği sorunu ele almıştır. Mahkeme başvuruçunun, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının ikinci cümlesi karşısında, ölüm cezasının kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini söylemediğini, bir kimsenin ölüm cezası riski altına gireceği bir ülkeye geri verilmesinin kendiliğinden 2 ve 3. maddeler bakımından bir sorun doğurmadığı şeklindeki Komisyon'un görüşüne katıldığını kaydetmiştir. Öte yandan Uluslararası Af Örgütü yazılı mütalaasında ölüm cezasının varlığı ve uygulanması konusunda Batı Avrupa'da gelişen standartların artık ölüm cezasını Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında bir insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre ölüm cezasının kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesindeki kötü muamele yasağı kapsamına girip girmediği, Sözleşme'nin yorumuyla ilgili prensiplere dayanılarak belirlenmelidir.

“103. Sözleşme bir bütün olarak okunmalı ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi, 2. maddesinin hükümleriyle ahenkli bir şekilde yorumlanmalıdır (*Klass ve Diğerleri*, §68). Bu temelden bakıldığında, Sözleşme'yi oluşturanların Sözleşme'nin 3. maddesinde ölüm cezasına dair genel bir yasak koymak istemiş olmadıkları açıktır; çünkü bu, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının açık ifadesini hükümsüz kılar. Daha sonra ulusal ceza politikalarında ölüm cezasının genelleştirilerek yasaklanması uygulaması, Sözleşmeciler Devletlerin, 2(1). fıkra da öngörülen istisnayı kaldırmak ve 3. maddenin geliştirici yorumu için, metin kapsamındaki sınırlamayı gidermek konusunda anlaşmalarını ortaya koydukları şeklinde anlaşılabilir. Ancak daha sonra yapılmış bir anlaşma olan 6. Protokol, 1983 yılına kadar hala Sözleşmeciler Devletlerin niyetinin, barış zamanında ölüm cezasını kaldırmak üzere yeni bir yükümlülük getirmek için, metni normal yoldan değiştirme yöntemini benimsediklerini ve dahası bunu her bir devlete böyle bir taahhüdü üstlenme zamanını seçme hakkı tanıyan bir seçmeli belgeyle yapmak istediklerini göstermektedir. Bu koşullarda, Sözleşme'nin özel karakterine rağmen 3. madde, ölüm cezasını genel olarak yasaklamış olarak yorumlanamaz.

104. Ancak bu durum, ölüm cezasıyla ilgili koşulların hiçbir zaman 3. madde bakımından bir sorun doğurmayaacağı anlamına gelmez. Ölüm cezasının verilme ve infaz edilme tarzı, ölüm cezasına mahkûm edilen kişinin özel koşulları ve işlenmiş olan suçun ağırlığıyla orantısızlığı, ayrıca infazı beklerken tutulma şartları, bu cezaya mahkûm kişi tarafından görülen muamele veya ceza, Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasak kapsamına sokabilecek faktörlere örnektir. Sözleşmeciler Devletlerin ölüm cezasına karşı günümüzdeki tutumları da, ıstırapın veya aşağılamanın kabul edilebilir sınırlarının aşılp aşılmadığı değerlendirilmesi bakımından önemlidir.’ Mahkeme bundan sonra i) infazdan önce tutulma süresinin uzunluğunu; ii) ölüm koridorundaki şartları; iii) başvuruçunun yaşını ve zihinsel durumunu ve iv) başvuruçunun Almanya'ya geri verilme ihtimalini ele almıştır.

(b) Özel durumlar

“105. Başvuruçunun, Devlet Bakanlığının kendisini Birleşik Devletlere geri gönderme kararının uygulanmasının bir sonucu olarak maruz kalacağı koşullar ard arda geldiğinde, iade edilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek türden ağır bir muamele oluşturacağını ileri sürmüştür. Başvuruçunun özellikle, bir ölüm cezası verildikten sonra yapılan üst başvuru ve denetim usullerindeki gecikmeler sırasında, giderek artan bir gerilime ve psikolojik travmaya tabi tutulacağını belirtmiştir. Kendisinin dediğine göre yargıç veya jüri cezayı belirlerken, sanığın suçun işlendiği tarihteki yaşını veya zihinsel durumunu dikkate almak zorunda değildir; yaşı, rengi ve milliyeti nedeniyle şiddete ve cinsel saldırılara uğramayı beklediği Mecklenburg Cezaevi'ndeki “ölüm koridoru”nda, çok ağır

koşullarda tutulacaktır ve sürekli olarak kendisini, infaz töreninde infaz edilirken hayal edecektir. Başvurucu ayrıca, Devlet Bakanlığı kararının orantısızlığını vurgulamak için, Federal Almanya'ya iadesi veya gönderilmesi ihtimali üzerinde durmuş ve buna itiraz etmeyeceğini söylemiştir.

Federal Almanya Hükümeti, bütün koşullar birlikte ele alındığında, başvurucuyu Virjinya'da bekleyen muamelenin, bir ölüm cezası verilmesi ve infazıyla kaçınılmaz olarak bağlantılı muamelenin çok ötesine geçeceğini ve bunun Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında bir "insanlık dışı muamele" oluşturacağını savunmuştur.

Öte yandan Komisyon, bu muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesinin tasarladığı ağırlık derecesine ulaşmayacağı sonucuna varmıştır.

Birleşik Krallık Hükümeti bu görüşe katılmıştır. Hükümet özellikle, başvurucunun Mecklenburg'da ölüm koridoruyla ve burada kendisini bekleyen akıbetle ilgili maddi iddialarından birçoğuna karşı çıkmıştır."

i. İnfazdan önceki tutulma süresinin uzunluğu

"106. Virginia'da ölüm cezasına mahkûm edilmiş bir mahpusun infaz edilmeden önce ölüm koridorunda bekleyebileceği süre, ortalama altı yıl ile sekiz yıl arasındadır. Komisyon'un ve Birleşik Krallık Hükümetinin kaydettiği gibi, ölümü beklerken geçen sürenin uzunluğuna, Virginia hukukunun tanıdığı bütün üst başvuru yollarını kullanması nedeniyle, büyük ölçüde mahpusun bizzat kendisi yol açmaktadır. ... Bununla birlikte, üst başvuru koruyucuları ölüm cezasına mahkûm bir kimseye sağlanacaksa, cezanın verilmesi ile infaz arasında bir süre geçmesinin kaçınılmaz olması gibi, aynı ölçüde, kişinin bu koruyucuları tam olarak kullanmak suretiyle yaşama tutunması da insan doğasının bir parçasıdır. Virginia'daki ceza verme sonrası sağlanan karmaşık usuller, ne kadar iyi niyetli ve hatta potansiyel olarak kişinin menfaatine olsa da, cezayı almış olan kişi, sonuçta ölüm koridorundaki şartlara, büyük üzüntüye ve mevcut ölümün gölgesinde yaşamının yarattığı gerilime tahammül etmek zorunda kalacaktır.

107. Başvurucunun ölüm cezasıyla cezalandırılması halinde tutulmayı beklediği Mecklenburg Cezaevi'ndeki ... rejimin ve ayrıca burada hükümlülere sağlanan tıbbi, hukuki ve sosyal hizmetler ile yasal, yargısal ve idari denetimlerin sertliğinden ayrıntılı olarak söz edilmiştir. Bu bağlamda Birleşik Krallık Hükümeti, cinayet nedeniyle ölüm cezasına çarptırılmış mahkûmların emniyeti için ekstra güvenlik tedbirlerinin gerekliliğine dikkat çekmiştir. Kural olarak bunlar haklı görülebilecek olsa bile, Mecklenburg Cezaevi'nde ölüm koridorunda olduğu gibi uygulanan özel rejimin ağırlığı, hükümlülerin ortalama altı yıldan sekiz yıla kadar uzayan bir süreyle buna tabi tutulması nedeniyle şiddetlenmektedir."

iii) Başvurucunun yaşı ve zihinsel durumu

"108. Öldürme olayı sırasında başvurucu sadece 18 yaşındadır; itiraz konusu edilmeyen bazı psikiyatrik delillere göre, o dönemde kendisinde 'eylemlerinden ötürü sorumluluğunu esaslı ölçüde zayıflatacak kadar ... zihinsel anormallik bulunmaktadır'. 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile 1969 tarihli İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi'nin 4. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinden farklı olarak, suçun işlendiği tarihte 18 yaşın altında bulunan kimselere ölüm cezası verilmesini açıkça yasaklamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2. maddesinin kısa ve genel metnine içkin görülsün veya görülmesin, bu yasağın ilki Avrupa Sözleşmesi'ne Taraf Devletlerin büyük çoğunluğu tarafından onaylanmış olan daha sonraki iki uluslararası belgede açıkça ifade edilmiş olması, en azından genel bir kural olarak, diğer koşullarla birlikte söz konusu kişinin gençliğinin, ölüm cezasıyla bağlantılı tedbirlerin 3. maddeye uygunluğunu tartışmalı hale getirdiğini göstermektedir.

109. Birleşik Krallık Hükümetinin ve Komisyon'un vurguladığı gibi, elbette ki Virjinya hukuku bu iki faktörü ihmal etmemektedir. Virjinya Ceza Kanununa göre bir sanığın akıl bozukluğu, ya tam akıl hastalığı (insanity) derecesine vardığında mahkûmiyete mutlak engel olarak veya ceza verme aşamasında yaş gibi hafifletici bir durum olarak dikkate alınır (bk. yukarıda parag. 44-47 ve 50-51). Buna ek olarak, ihtiyaç duyan cinayet sanıklarının, ayrı ceza verme muhakemesinde savunma hazırlamalarına yardımcı olmak üzere, kendileri için bir akıl sağlığı uzmanının görevlendirilmesine hakları vardır (bk. yukarıda parag. 51). Amerikan mahkemelerinin de söylediği gibi, Virjinya Ceza Kanunundaki bu hükümler hiç kuşkusuz, ölüm cezasının keyfi olarak ve kızgınlıkla verilmesini önlemeye ve bu cezayı verecek olanların takdir yetkilerini daraltmaya hizmet etmektedir (bk. yukarıda parag. 48). Bununla birlikte bu hükümler, ölüme mahkûm edilmiş bir birey için Sözleşme'nin 3. maddesine göre "ölüm koridoru olgusu"nun kabuledilebilirliği bakımından, yaşın ve akli durumun önemini ortadan kaldırmamaktadır.

Cezai sorumluluk ve cezanın uygunluğu konularında hüküm vermek bu Mahkeme'nin işi değilse de, suçun işlendiği sırada başvurunun gençliği ve mevcut psikiyatrik delillere göre akli durumu, bu olayda ölüm koridoru muamelesini, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına sokmaya katkıda bulunan faktörler olarak dikkate alınmalıdır."

iv) Federal Almanya geri verme ihtimali

110. Birleşik Krallık Hükümetine ve Komisyon çoğunluğuna göre, başvurunun yargılanmak üzere, ölüm cezasının Anayasa ile kaldırılmış olduğu Federal Almanya Cumhuriyeti'ne iade veya sınır dışı edilme ihtimali, mevcut durum bakımından önemli değildir. Birleşik Krallık'a göre, iade edilecek kimselerden böyle bir alternatifte sahip olan talihlileri Sözleşme'nin korumasından yararlandıran ve fakat bu kadar talihli olmayanları yararlandırmayan başka herhangi bir yaklaşım, 'çifte standarda' yol açacaktır.

Bu gerekçe, hafif bir iddia değildir. Ayrıca Mahkeme, bay Soering'e isnat edilen cinayetlerin korkunçluğunu veya suçla mücadelede geri verme düzenlemelerinin meşruiyetini ve yararlılığını gözden uzak tutamaz. Birleşik Krallık ile Birleşik Devletler arasındaki Suçluların İadesi Andlaşmasına göre, Birleşik Devletlerin başvurunun gönderilmesini istemekteki amacı, hiç kuşkusuz meşru bir amaçtır. Bununla birlikte bay Soering'in yargılanmak üzere kendi ülkesine gönderilmesi, kaçak bir suçlunun cezasız kalmasını önleyeceği gibi, ölüm koridoru nedeniyle yoğun ve uzun bir süre acı çekme riskini de ortadan kaldıracaktır. O halde bu, Sözleşme'nin 3. maddesine göre bütünsel bir değerlendirme yapılırken, mevcut olayda menfaatler arasında gerekli adil denge arayışına ve tartışma konusu geri verme kararının orantılılığına giren önemli bir unsurdur."

(c) Sonuç

111. Ölüme mahkûm olan herhangi bir mahpus için, cezasının verilmesi ile infazı arasında bir sürenin geçmesi ve sert hapislik için gerekli şartlarda ağır stres yaşanması kaçınılmazdır. Virjinya hukuk sisteminin genel olarak demokratik bir karaktere sahip olduğundan ve Virjinya'daki ceza verme ve üst başvuru yargılamalarının pozitif özellikleri bulunduğundan kuşku yoktur. Mahkeme, başvurunun Birleşik Devletler'de tabi tutulacağı adalet mekanizmasının bizzat kendisinin keyfi veya gayri makul olmadığı ve fakat daha çok hukukun üstünlüğüne saygı gösterdiği ve bir cinayet davasına sanığa önemli usul koruyucuları sağladığı konusunda, Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Ölüm koridorundaki hükümlülerin, kendilerine sağlanan özellikle psikolojik ve psikiyatrik hizmetlerden yararlanmaları mümkündür (bk. yukarıda parag. 65).

Ancak Mahkeme'ye göre, ölüm cezasının infazını beklemenin yarattığı çok büyük üzüntüyle ölüm koridorundaki böylesi ağır koşullar altında çok uzun bir süre geçirilmesi ve başvurunun özellikle yaşı ile suçun işlendiği tarihteki zihinsel durumu gibi kişisel

durumu dikkate alındığında, başvurunun Birleşik Devletlere iade edilmesi, kendisini Sözleşme'nin 3. maddesinin eşiğinin ötesine geçen bir muamele riskine maruz bırakacaktır. Dikkate alınması gereken bir husus da, mevcut olayda suçlunun iadesinin meşru amacının, bu denli yoğun ve uzun bir ıstırapı gerektirmeyen başka vasıtalarla gerçekleştirilebilecek olmasıdır.

Buna göre, Devlet Bakanlığının başvurunun Birleşik Devletlere iade edilmesi kararı, uygulanacak olursa, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline yol açacaktır.

Bu tespit, bu davanın başından beri, ilk olarak Sözleşme organları tarafından verilmiş tedbir kararları gereğince başvurunun Birleşik Devletlere teslimini durdurmak ve ikinci olarak bir yargısal karar için bu davayı bizzat Mahkeme önüne getirmek suretiyle (bk. yukarıda parag. 1, 4, 24 ve 77), Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine uymak istediğini gösteren Birleşik Krallık Hükümetinin iyi niyeti üzerinde kuşku uyandırmamaktadır.”

II. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Birleşik Devletlerdeki ceza yargılaması

“112. Başvurucu, Federal mahkemeler önünde tali (collateral) itirazları parasal açıdan desteklemek için Virjinya'da adli yardım verilmediğinden (bk. yukarıda parag. 57), Birleşik Devletlere dönmesi halinde, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin gerektirdiği şekilde yasal olarak temsil edilmeyeceğini ileri sürmüştür.

113. Sözleşme'nin 6. maddesinde yer verildiği şekilde, ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı, demokratik bir toplumda öncelikli bir yer tutar (*Colozza*, §32). Mahkeme, bir kaçığın geri vermeyi talep eden ülkede adil yargılama görmeme şeklinde açık bir riskle karşılaşmış veya karşılaşacak olması halinde, bir geri verme kararının Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili bir meselenin istisnai olarak doğabileceği ihtimalini gözden uzak tutmamaktadır. Ancak mevcut davadaki olaylar, böyle bir riskin bulunduğunu ortaya koymamaktadır. Buna göre, bu noktada Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi bakımından bir mesele bulunmamaktadır.”

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine dayanan şikâyeti bakımından Birleşik Krallık'ta etkili bir hukuk yoluna sahip olmadığını ileri sürmüştür. Komisyon çoğunluğu aynı sonuca varmıştır. Mahkeme'ye göre:

“120. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeyinde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi ve böylece bunlara aykırılık bulunduğu iddia edilebilmesi için, bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır (*Boyle ve Rice*, §52). Sözleşme'nin 13. maddesi, bir kimsenin hem iddiası hakkında karar verilmesi hem de gerektiği taktirde bir giderim elde etmesi için bir hukuk yoluna sahip olmasını gerektirir (*Silver ve Diğerleri*, §113(a)).

121. Bir mahkeme iptal davasında idarenin takdir yetkisini yasaya aykırılık, mantıksızlık veya usulsüzlük gerekçesiyle hukuka aykırı bulabilir. Bir geri verme olayında, ‘Wednesbury prensipleri’ denilen prensiplere dayanılarak uygulanan ‘mantıksızlık’ testi, hiçbir makul Devlet Bakanının o koşullarda kişiyi teslim etme kararı vermeyeceği anlamına gelmektedir. Birleşik Krallık Hükümetine göre bir mahkeme, bir kaçığın insanlıkdışı veya aşağılayıcı bir muamele göreceği ortaya çıktığı halde bir ülkeye gönderilmesi kararına karşı itiraz edilmesi halinde, makul hiçbir Devlet Bakanının böyle bir karar alamayacağı için, bu kararı iptal etme yetkisine sahiptir. Mahkeme, Birleşik Krallık'ta Sözleşme'nin iç hukukunun bir parçası olarak görülmemesine rağmen, İngiliz mahke-

melerinin bay Soering tarafından Sözleşme organları önünde Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında dayandığı türden faktörlerin ışığında verilen bir geri verme kararının 'makullüğünü' denetleyebileceğine ikna olmuştur.

122. Bay Soering, bir iptal davasıyla birlikte bir *habeas corpus* başvurusunda bulunmuş; fakat Yargıç Lloyd'un 'mantıksızlık' konusunda olumsuz yanıtıyla karşılaşmıştır. Ancak, Yargıç Lloyd'un da izah ettiği gibi bu talep, prematüre olduğu için olumsuz karşılanmıştır; çünkü mahkemelerin sadece, Bakanlığın gerçekten vermiş oldukları bir kararı denetim yetkileri vardır. Kaldı ki bay Soering tarafından ileri sürülen argümanlar, daha sonra Sözleşme organları önünde Sözleşme'nin 3. maddesine göre yaptığı şikâyeti haklı göstermek için dayandığı argümanlarla aynı değildir. Başvurucunun avukatı Divisional Court önünde, Birleşik Devletler makamları tarafından verilen güvencelerin, makul hiçbir Devlet Bakanı tarafından Andlaşmaya göre tatmin edici bulunamayacağını ileri sürmekle yetinmiştir. Bu gerekçe, ölüm cezasının verilmesine karşı çıkan, fakat ölüm cezasının ardından bay Soering'i bekleyen muamelenin niteliği hakkında hiçbir şey söylemeyen bir argümana benzemektedir; ki, başvurucunun insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele iddiasının esası budur. Bay Soering'i bir iptal davası açarken, 'ölüm koridoru olgusu' bağlamında Sözleşme organları önünde gösterdiği materyallere dayanarak 'Wednesbury mantıksızlığı'nı iddia etmekten alıkoyan bir şey bulunmamaktadır. Böyle bir iddia, tehlikede olan insan hakkı temel bir niteliğe sahip olduğu için, 'derinden incelenecektir'. Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından bir hukuk yolunun etkililiği, bay Soering için kesin olumlu bir sonuç vermesine dayanmamaktadır (*İsveç Makinistler Sendikası, §50*); her halükarda, İngiliz mahkemelerinin vereceği kararın ne olacağı konusunda spekülasyonda bulunmak Mahkeme'ye düşmez.

123. İngiliz mahkemelerinin idarenin bir işlemine karşı yürütmeyi durdurma kararı verme yetkilerinin bulunmaması, Mahkeme'ye göre, mevcut bağlamda iptal davasının etkililiğini azaltmaz; çünkü pratikte, bir kaçığın Divisional Court'a başvuru yapmasından ve daha sonra buna karşı üst başvurusunun karara bağlanmasından önce teslim edileceğini gösteren bir belirti yoktur.

124. Mahkeme, Bay Soering'in İngiliz hukukuna uyarınca Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili şikâyeti bakımından etkili bir hukuk yoluna sahip olduğu sonucuna varmaktadır.“

IV. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme ihlal tespitinin manevi zararı karşılığında, ücretler ve masraflar için 26,752 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Devlet Bakanının başvurusunun Amerika Birleşik Devletlerine iade edilmesi kararının uygulanacak olması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine;
2. Aynı durumda Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmeyeceğine;
3. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ve 6(3)(d) bendine göre yapılan şikâyetleri ele alma yetkisinin bulunmadığına;
4. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

11.07.2000 40035/98 JABARİ - TÜRKİYE

◆ *sınırdışı etme halinde kötü muamele riski* (İran vatandaşı bayan başvurusunun zina suçu işlediği ülkesine geri gönderilme halinde taşlanarak öldürülme ve kırbaçlanma riski bulunduğu halde geri gönderilmesine karar verilmesi) *etkili hukuk yolu* (başvurucunun talebinin 5 günlük süre içinde yapılmadığı için reddedilmesi üzerine BMMYK'nin devreye girmesiyle üçüncü ülkeye gönderilmesi) ■ *işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

İran vatandaşı olan 22 yaşındaki başvuru bayan Jabari, İran'da bulunduğu sırada aşık olduğu bay X ile evlenmek istemiş, X'in ailesinin muhalefet etmesine rağmen ilişkisini sürdürmüş ve cinsel ilişkide bulunmuştur. 11 Ekim 1997'de birlikte dolaşırken, erkeğin evli olması nedeniyle polis tarafından gözaltına alınmışlar ve başvuru kızlık muayenesine tabi tutulmuştur. Başvuru ailesinin yardımıyla gözaltından çıkmıştır.

Başvuru Ekim 1997'de yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiştir. Başvuru sahte pasaportla İstanbul'dan Fransa üzerinden Kanada'ya giderken, Fransız polisi tarafından Fransa'da yakalanmıştır. Başvuru 5 Şubat 1998'de İstanbul'a geri gönderilmiş ve havaalanında gözaltına alınmıştır. Bakırköy savcılığına çıkarılan başvuru, 1950 tarihli Pasaport Kanununa aykırı olarak sahte pasaportla yurda girmesi nedeniyle sınırdışı edilmek üzereyken, sığınma talebinde bulunmuştur. Sığınma talebini beş günlük yasal süre içinde yapmadığı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Başvuru 26 Mart 1998 tarihine kadar Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesinde tutulmuştur.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (UNHCR) Ankara'daki bürosunun devreye girmesiyle İstanbul'da bir otele yerleştirilmiştir. Sığınma talebi hakkında 12 Şubatta UNHCR yetkileri tarafından ifadesi alınan başvurucuya, İran'a geri gönderilmesi halinde taşlanma suretiyle öldürülme veya kırbaçlanma cezası (recm) gibi insanlıkdışı bir cezayla karşılaşma riski bulunduğu gerekçesiyle 16 Şubatta sığınmacı statüsü verilmiştir.

Başvurucunun 8 Martta sınırdışı edilme kararı aleyhine Ankara İdare Mahkemesine yürütmeyi durdurma talebi 16 Nisan 1998'de, iptal talebi de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne göre 26 Şubat 1998 tarihinde yaptığı başvuru nedeniyle geçici oturma izni verildiği gerekçesiyle 4 Kasım 1998'de reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvuru, İran'da zina suçu nedeniyle taşlanma veya kırbaçlanma cezasıyla karşılaşacağını ve bunun da Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından insanlıkdışı muamele olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet UNHCR tarafından sığınmacı statüsü verilmiş olan başvuru gibi kişilere insani nedenlerle üçüncü bir ülkeye gönderilinceye kadar ikamet izni verildiğini, ancak beş günlük süre içinde başvuru yapmadığı için bu imkânın başvurucuya tanınmadığını, başvurusunun ayrıca 1997'de Türkiye'ye girdiğinde sığınma talebini ilgili makamlara bildirmediği için talebinin esasıyla ilgili olarak bir tutarsızlık bulunduğunu, Kanada'ya gidebilmiş olsaydı da kendisine sığınmacı statüsü verilmesinin kuşkuğu bulunduğunu belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre bir kimsenin gönderileceği ülkede insanlıkdışı muamele ile karşılaşma riski bulunduğu takdirde Sözleşmecî Devletin sınırdışı etmeme yükümlülüğü vardır.

“40. Mahkeme, davalı devletin yetkili makamlarının başvuruçunun iddiası ve hatta iddiasının savunulabilirliği hakkında anlamlı bir değerlendirme yapmadığına kanaat getirmiştir. 1994 tarihli Sığınma Yönetmeliğindeki beş günlük süreye uymamış olması nedeniyle, başvuruçunun İran’a gönderilmesi hakkında duyduğu korkunun maddi temelini incelemeyi anlaşılmaktadır. Mahkeme’ye göre bir sığınma başvurusunun yapılmasında böylesine kısa bir sürenin otomatik ve mekanik bir şekilde uygulanması, Sözleşme’nin 3. maddesinde yer verilen temel değer korunmasıyla çelişkili görülmelidir. Başvuruçunun sığınma talebinin nedeni hakkında başvuruçuyla görüşmek ve kendisine isnad edilen suçun niteliği gereğince maruz kalacağı riski değerlendirmek, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (BMMYK) şubesine kalmıştır. Başvuruçunun kararın iptali için açtığı dava üzerine Ankara İdare Mahkemesinin bu aşamada başvuruçunun ülkesine gönderilmesi halinde risk altına gireceğine dair savunulabilir bir iddiasının bulunduğunu düşünmesi gerekirken, başvuruçunun korkularının temeli gibi zorlu bir sorunu incelemek yerine, sınırdışı edilmesinin biçimsel olarak kanuna uygunluğunu incelemekle yetinmiştir.

41. Mahkeme ise başvuruçunun geri gönderilmesi halinde karşılaşılabileceği riski değerlendirirken, BMMYK’nin başvuruçunun talebiyle ilgili vardığı sonuca gerekli ağırlığı vermek durumundadır. Bu bağlamda BMMYK’nin başvuruçuyla görüştüğü ve kendisinin korkularının inandırıcılığı ile zina nedeniyle İran’da kendisine karşı açılan ceza davasıyla ilgili anlattıklarının doğruluğunu test etme fırsatı bulunduğu kaydedilmelidir. Ayrıca, başvuruçunun Uluslararası Af Örgütünün İran’da zinadan suçlu bulunan kadınlara verilen cezayla ilgili tespitlerine dayanmış olmasına Hükümetin bir itirazda bulunmadığı gözlenmektedir. Başvuruçunun karşı karşıya kaldığı riskin değerlendirileceği maddi durumun, Mahkeme’nin olayı inceleme zamanındaki maddi durum olduğu (*Chahal*, §86) dikkate alındığında, Mahkeme, başvuruçunun kendi ülkesindeki durumun artık zina eylemlerinin İslam hukukuna göre cezalandırılabilir bir eylem kabul edilmediği yönünde bir gelişme bulunmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme, İran’daki mevcut durumla ilgili araştırmalara kararında yer vermiş ve zina suçunun taşlanarak cezalandırılmasının hala kanunda yer aldığını ve yetkili makamlar tarafından kullanılabileceğini kaydetmiştir.

42. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, başvuruçunun İran’a geri gönderilmesi halinde Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı muameleyle karşılaşılabileceğine dair gerçek bir riskin kanıtlandığı sonucuna varmaktadır. Buna göre başvuruçunun İran’a geri gönderilmesi kararı yerine getirilecek olursa, Sözleşme’nin 3. maddesi ihlal edilecektir.”

II. Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[48-50]: Sığınma talebinin zamanaşımına tabi olması nedeniyle, başvuru İran’a geri gönderilmesinden neden korktuğunu yetkililere anlatamamıştır. Sığınma talebinin reddine karşı itiraz imkânı bulunmamaktadır. Sınırdışı etme kararı konusunda yürütmeyi durdurma kararı veremeyen İdare Mahkemesinin denetiminin etkili bir hukuk yolu sayılamayacağı iddia edilmiştir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 13. maddesindeki etkili hukuk yolu kavramı, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı bir muameleden korulması halinde bu konudaki bir talebin bağımsız ve dikkatli bir biçimde incelenmesini gerektirir. Ankara İdare Mahkemesi bu güvenceyi sağlayamadığından, etkili hukuk yoluna ulaşma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır.

III. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme ücretler ve masraflar için adli yardım olarak alınan 5,000 FF’nin yeterli olduğuna hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucunun İran'a gönderilmesi kararının icra edilmesi halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine;
2. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
3. Potansiyel olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine ve fiilen Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline karar verilmiş olmasının, başvuru tarafından uğranılmış olabileceği manevi zararlar için yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna;
4. Başvurucunun diğer taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

KÖLELİK VE ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI

Madde 4 – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse kul ya da köle olarak tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki haller bu madde bakımından zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma sayılmaz:
 - a) bu Sözleşmenin beşinci maddesi hükümlerine göre bir kimsenin tutulu bulunduğu veya şartla tahliyeli olduğu süre içinde kendisinden yapması istenen olağan bir iş;
 - b) askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmetlere katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet;
 - c) toplumun yaşamını veya huzurunu tehdit eden olağanüstü bir durum veya bir felaket halinde yüklenen bir hizmet;
 - d) normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçası olan bir iş veya hizmet.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 4. maddesi, bir hakkın tanınması şeklinde değil, 3. maddede olduğu gibi, bazı hallerin ve muamelelerin yasaklanması şeklinde bir ifadeye sahiptir. Ama bu maddeyle korunan değer, kişinin 'maddi ve manevi bütünlüğü' ile 'emeği' olduğu söylenebilir. Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesinin, 2. ve 3. maddeyle birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini koruduğu kanaatindedir (*Sliadin*, §82).

Sözleşme'nin 4(1). fıkrasında 'köle' ve 'kul' olarak tutulma yasaklanmış, 4(2). fıkrasında ise bir kimsenin 'zorla çalıştırma'ya ve 'zorunlu çalışma'ya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bidirisinin son iki muameleye yer vermemiş olması ilginçtir. Sözleşme'nin 4(3). fıkrasında ise, çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmayacak haller gösterilmiştir.

Sözleşme'nin 4. maddesinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde pek fazla ileri sürülmemiş bulunması ve bu konuda pek az sayıda karar çıkmış olması, 4. maddeyle yasaklanan hal ve muamelelerle Avrupa'da karşılaşmadığı izlenimi verebilir. Ne var ki, karşılaşılan bazı hal ve muamelelerin, aslında 4. maddeyle yasaklanmış hal ve muamelelerin modern biçimleri olduğunun farkına varılmasıyla ve bazı geleneksel davranışların aslında bu madde kapsamına girebileceği düşünüldükçe, 4. maddenin daha fazla uygulama alanı bulacağı tahmin edilebilir. Bu maddenin koruma alanını geniş yorumlayan Mahkeme, örneğin insan ticaretinin 'kölelik' mi, 'kulluk' mu, yoksa 'zorunlu çalışma veya zorla çalıştırma' mı oluşturduğunu belirlemeyi gerekli görmeksizin, Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına girdiği sonucuna varmıştır (*Rantsev*, §282).

Mahkeme'ye göre, bu maddeden doğan devletin yükümlülüklerini sadece devlet yetkililerin doğrudan eylemleriyle sınırlamak, bu alana özgü uluslararası belgelerle bağdaşmaz ve 4. maddeyi etkisiz hale getirir. Bu nedenle, tıpkı Sözleşme'nin 3. maddesi gibi, 4. maddenin de devlete, bu maddede sözü edilen pratikleri cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bu hükümleri pratikte uygulama şeklinde pozitif yükümlülükler yüklediği söylenebilir (*Sliadin*, §89). Buna göre Sözleşmeciler Devletlerin bu maddeden doğan bizzat bireyi köle ve kul olarak tutmama, zorla çalıştırmama ve zorunlu çalışmaya tabi tutmama yükümlülüğünün yanında, bireyi bu muamelelere karşı koruma yükümlülüğünün ve eğer böyle bir muamele şüphesi varsa soruşturma yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

Kölelik ve kulluk

Köle olarak tutulmama hakkı, uluslararası hukukta korunan ilk haktır. 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1(1). fıkrası köleliği, 'üzerinde mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilerin kullanılabilmesi için kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum' olarak tanımlamıştır. Köle ticareti (insan ticareti değil), aynı Sözleşme'nin 1(2). fıkrasına göre 'bir kimseyi köle haline getirmek için onu ele geçirme, kazanma, elden çıkarma, alıp satma' eylemlerini içerir.

Kölelik Sözleşmesi, köleliği açıkça ve hemen yasaklayan bir ifade kullanmamış, devletlerin köleliğin her biçimini tamamıyla 'tedricen ve mümkün olan en kısa sürede kaldırma'larını öngörmüştür. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ise mutlak yasaklayıcı bir dil kullanmıştır. Bugün ise kölelik yasağı, uluslararası hukukun emredici hukuk normu haline gelmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 15. maddesine göre olağanüstü hallerde bile 4(1). fıkradaki kölelik ve kulluk yasağı askıya alınamaz. Dolayısıyla köle veya kul olarak tutulmama hakkı çok güçlü bir şekilde korunmuştur.

Kölelik ani bir eylem değil, kişinin içinde bulunduğu haldir. Bir kimsenin köleleştirilmiş olup olmadığı, içinde bulunduğu koşullardan anlaşılır. Bu şartlar şunlardır: i) bireyin seyahat özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın derecesi; ii) bireyin eşyalarını kontrol derecesi; iii) tarafların bu ilişkinin niteliğini tümüyle anlamaları ve buna rıza göstermeleri. Köleliği belirleyen unsurlar arasında kontrol ve sahiplik unsurlarının yanında, şiddet kullanma ve şiddet tehdidi yer alır. Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesindeki 'köleliğin' kapsamını incelerken, gerçek bir mülkiyet hakkının kullanılmasını ve bireyin statüsünün 'nesne'ye indirgenmesini öngören 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'ndeki kölelik tanımına dayanmıştır (*Sliadin*, §122).

Kölelik Sözleşmesi'ne Ek 1956 tarihli Sözleşme, kölelik benzeri birçok uygulama ve kurumu kaldırmıştır. Bu Sözleşme'nin 1. maddesine göre devletler, kölelik kavramına girip girmediğine bakmaksızın, tanımları verilen şu kurum ve uygulamaları kaldırmayı taahhüt etmişlerdir: Borç köleliği; serflik; kadını rızası alınmadan başlık parası karşılığı evlendirme ve evlendirme taahhüdünde bulunma; kadının kocasının, ailesinin veya aşiretinin bir değer karşılığı başka birine verme hakkı bulunması; kocası ölen kadının başka bir kimseye miras kalması; 18 yaşın altındaki bir çocuğun bir karşılık alınarak veya alınmadan anne babası tarafından sömürülmesi veya iş görmesi için başka bir kimseye verilmesi.

İşvereni tarafından pasaportu elinden alınmış göçmen işçiler, fahişelik için satılan çocuklar, seks köleliğine zorlanan kadınlar, kendi yaşamları üzerinde seçme ve kontrol unsurlarının başka kişilere geçtiği insanlar olarak görülebilirler.

Kul olarak tutulma yasağı, uluslararası sözleşmelerde tanımlanmış değildir. Bir durum ancak çok ciddi bir biçimde özgürlükten yoksun bırakma olduğu zaman kulluk sayılabilir.

Mahkeme, ‘kulluk’ kavramıyla ilgili olarak, ‘özgürlüğün kullanılmasının özel bir ağırlığa sahip bir biçimde engellenmesi’nin yasaklandığını belirtmiştir (*Van Droogenbroeck Komisyon Raporu*, §78-80). ‘Kulluk’ kavramı, zorlama altında bir kimseye hizmet verme yükümlülüğünü içerir ve ‘kölelik’ kavramıyla bağlantılıdır (*Seguin – Fransa*, [k.k.], no. 42400/98); ve *Siliadin*, §124; *Rantsev*, §276).

Mahkeme, Togo’lu 15 yaşında bir kızın getirildiği Fransa’da yıllarca ücretsiz olarak günde 15 saat evin her türlü işinde çalıştırılması ve dışarıya çıkarılmadan evde yaşatılması durumunu, kendisini ‘nesne’ statüsüne indirmediği gerekçesiyle kölelik olarak nitelendirmemiştir. Ancak Mahkeme bu olayda, başvurucunun iradesine aykırı olarak ücretsiz çalıştırıldığını, yabancı bir ülkede yasadışı bulunması nedeniyle polis tarafından yakalanmaktan korkmasını, yanında kaldığı aileye bütünüyle bağımlı olmasını dikkate alarak, kulluk olarak nitelendirmiştir. Şikâyet üzerine yargılanan ev sahipleri, korunmasız veya bağımlı bir kimseden ücretsiz olarak veya yeterince ücret ödemedene haksız yere hizmet edinmek ve yine bu kişiyi insan onuruyla bağdaşmayan koşullar altında çalıştırmak ve yaşatmak suçlarından beraat etmişlerdir. Mahkeme’ye göre, ceza kanunda köle veya kul olarak tutma suçu yer almayan Fransa, Sözleşme’nin 4. maddesinden doğan pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiştir (*Siliadin*, §90-149).

Zorla çalışma ve zorunlu çalışma

Zorla çalışma veya zorunlu çalışma terimi, 28 Haziran 1930’da kabul edilip 1 Mayıs 1932’de yürürlüğe giren ve 1946’da son hükümleri değiştirilen 29 numaralı ILO Sözleşmesinde tanımlanmıştır. Bu Sözleşmenin 2(1). fıkrasına göre, ‘zorla çalışma veya zorunlu çalışma’, ‘bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen ve bu kimsenin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet’ anlamına gelir. Buna göre bir eylemin zorla çalışma veya zorunlu çalışma sayılabilmesi için: i) kişinin işi kendi iradesine aykırı olarak yapması; ii) işi yapma yükümlülüğünün ‘haksız’ veya ‘baskıcı’ olması veya yapılmasının katlanılmaz sıkıntılara yol açması gerekir.

Zorla çalışma terimi, fiziksel veya ruhsal daraltma fikrini akla getirmektedir. Zorunlu çalışma ise, sadece yasal zorunluluğun veya yükümlülüğün her hangi bir biçimine göndermede bulunmamaktadır. Örneğin, serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma gereğince yapılması gereken bir iş, sırf taraflardan biri diğerine bu işi yapmayı taahhüt ettiği ve sözünü tutmadığı zaman yaptırımla karşılaşması, zorunlu çalışma demek değildir. Burada bulunması gereken, ‘bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen’ ve ilgili kişinin kendi iradesine rağmen yerine getirdiği, yani ‘kendi iradesiyle yapmadığı’ bir çalışmadır.

Çalışma sözcüğü beden işini içerdiği gibi, fikir işini de içerir. Bu nedenle stajyer avukatın ücretsiz hukuki yardım verme yükümlülüğü bir çalışmadır; ama ‘zorla’ değildir. Eğer stajyer avukat sanığı savunmayı reddetmiş olsaydı, bu ret nedeniyle cezai nitelikte bir yaptırımla karşılaşmayacaktı; ancak adının Baronun stajyerler listesinden silinmesi veya avukatlık levhasına yazılma başvurusunun reddedilmesi riskiyle karşılaşacaktı. Mahkeme’ye göre bu ihtimal ‘cezai bir tehdit’ oluşturmaz; ayrıca başvurucunun bu işi ‘önceden rızasıyla’ yapıp yapmadığına bakılmalıdır (*Van der Musselle*, §32-41). Mahkeme, zorla çalışma ve zorunlu çalışma terimini, 29 numaralı ILO Sözleşmesindeki anlamıyla benimsemiştir. Togo’lu genç kız, polis tarafından yakalanma korkusu yaşadığı için bir ceza tehdidi altındaydı ve kendi iradesiyle çalışmıyordu; bu nedenle aynı zamanda zorla çalıştırılan bir kişiydi (*Siliadin*, §90-149).

Sözleşme’nin 4(3). fıkrası, 2. fıkra güvence altına alınmış hakkı ‘kısıtlama’yı değil, fakat 2. fıkrayla bir bütün oluşturduğu ve ‘zorla veya zorunlu çalışma sayılmaz’ dediği

için, bu hakkın kapsamını çizmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle 3. fıkra, 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olmaktadır. Bu maddenin 3. fıkrasının dört bendi, farklılıklarına rağmen, genel yarar, toplumsal dayanışma ve işin normal veya olağan durumu şeklindeki düzenleyici fikirlere dayanmıştır (*Van der Mussele*, §32-41).

Bu bağlamda Sözleşme'nin 4(3)(a) bendi, 'bir kimsenin tutulu bulunduğu sırada veya şartla tahliye olduğu süre içinde kendisinden yapması istenen olağan bir iş'in, zorla çalıştırma sayılmayacağını belirtmiştir. Buna göre, tutuklu ve hükümlüler, çocuklar, serseriler, sınırdışı edilmek üzere tutulanlar gibi, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki bendler gereğince özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan herkesten 'olağan bir iş' yapması istenebilir. Mahkeme, serserilik nedeniyle tutulma sırasında düşük bir ücretle çalışma yükümlüğünü, bu çalıştırma, Avrupa Konseyi ülkelerinin birçoğunda bulunduğu gibi kanuna dayandığı ve kendilerinin rehabilitasyonunu amaçlamakta olduğu için, Sözleşme'nin 4(3)(a) bendine aykırı görmemiştir (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §87-90). Yine Mahkeme, çeşitli suçlardan mahkûm olup denetimli serbestlik altında tutulan başvuruçunun çalışmaya ve belirli bir miktar para biriktirmeye zorlanmasını, aynı bende aykırı görmemiştir. Mahkeme'ye göre başvuruçudan yapması istenen iş, 'olağan'ın dışında olmayıp, kendisinin toplumla yeniden bütünleşmesine yardımcı olması için düşünülmüştür; Avrupa Konseyi'ne üye diğer bazı Devletlerde de benzer yasal hükümler bulunmaktadır (*Van Droogenbroeck*, §58-60).

Sözleşme'nin 4(3)(b) bendi, 'askeri nitelikte bir hizmet'in veya 'zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet'in, zorla çalıştırma sayılmayacağını belirtmiştir. Komisyona göre, askeri nitelikte hizmet deyiimi, isteyerek silahlı kuvvetlere girilip yapılan askerlik hizmetini olduğu gibi, zorunlu askerlik hizmetini de kapsar; askeri nitelikteki hizmet zorla çalıştırma sayılmaz (*W., X., Y. ve Z. – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 3435/67). İnançları gereği zorunlu askerlik yükümlüğünü yerine getirmek istemeyen ve askerlik hizmetini yapmadıkları zaman mahkûm edilmelerinin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğini savunan vicdani retçilerin karşısına, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendi çıkarılmıştır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendi vicdani reddi tanıyıp tanımamayı tamamen Sözleşmeci Devletlerin takdirine bıraktığından, vicdani sebeplerle askerlik hizmetini ret hakkı Sözleşme'de güvence altına alınmış değildir (*Bayatyan*, §63). Ama bir vicdani retçinin askerlik yapmadığı için defalarca hapis cezasına mahkûm edilmesi, kötü muamele sorunu oluşturabilir (*Ülke*, §61-63). Öte yandan Sözleşme'nin 4(3)(b) bendi, askeri nitelikte hizmetten söz ettiği için, askerlik sırasında kişiden askeri niteliği olmayan hizmetleri yerine getirmesinin istenmesinin bu bende girmeyebileceği ve zorla çalıştırma oluşturabileceği düşünülebilir. Ayrıca, yerine getirilmesi istenen askeri hizmet, askerlik hizmetinin niteliğiyle 'makul olmayan ve aşırı bir orantısızlık' içinde olmamalıdır.

Sözleşme'nin 4(3)(c) bendi, 'toplumun yaşamını ve huzurunu tehdit eden olağanüstü bir durum veya bir felaket halinde yüklenen bir hizmet'i, zorla çalıştırma saymamıştır. Sözleşme'nin 15. maddesinden farklı olarak, bu bentteki topluma yönelik tehdit daha geniştir; sadece 'toplumun varlığı'na değil, ama 'toplumun huzuru'na/esenliğine yönelik bir tehdit olduğunda da kişiden hizmet beklenebilir; ayrıca doğal afet halinde de kişi çalıştırılabilir. Komisyon, kuzey Norveç'te isteyerek çalışacak yeterli dış hekimi bulunmadığı için bir yıl süreyle mecburi hizmet getirilmesini, bu bölgede yaşayan halkın huzuru için gerekli olabileceği için zorla çalıştırma sayılmayacağı sonucuna varmıştır (*Iversen – Norveç*, no. 1468/62, 6 Yearbook, 278). Komisyon, avlanma hakkı bulunanlara kuduz salgınına karşı çukurları ilaçlama yükümlüğünü de zorla çalıştırma olarak görmemiştir (*S. – Almanya*, no. 9686/82).

Sözleşme'nin 4(3)(d) bendi, 'normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçası olan bir iş veya hizmet'i, zorla çalıştırma saymamıştır. Mahkeme, stajyer avukata yüklenen üç-

retsiz adli yardım verme yükümlülüğünü, normal yurttaşlık yükümlülüğünün bir parçası olan bir hizmet olarak görmüştür (*Van der Mussele*, §32-41). Mahkeme'ye göre stajyer avukatın bu hizmeti yerine getirmemesi halinde stajyerliği kalkmama riski, cezai bir tehdit sayılmaz. Görülmesi istenen hizmet avukatlık hizmetinin dışında değildir. Bu mesleğe dâhil olmanın müşteri çevresi oluşturmak gibi maddi avantajları da vardır. Bu hizmet kendisinin mesleki eğitimine yardımcı olmaktadır. Bu yükümlülük başvurusunun müvekkilinin hukuki yardım almasını sağlamış olup, bu ise sosyal dayanışma kavramı içinde yer alır. Başvurucu bu dava için toplam 17-18 gün çalışmış olmakla aşırı bir külfet yüklenmemiştir. Mahkeme'ye göre, yukarıda açıklanan nedenlerle zorla çalıştırma yasağı ihlal edilmemiştir. Mahkeme, İtfaiye hizmetlerine katılma yükümlülüğünün sadece erkeklerle yüklenmiş olması nedeniyle, normal yurttaşlık hizmetlerine katılma yükümlülüğünde ayrımcılık görmüştür (*Karlheinz Schmidt*, §22-29). Mahkeme, jüri üyeliğini de 'normal yurttaşlık hizmeti olarak görmüş; jüri üyeliğinin yerine getirilmemesi üzerine hükmedilecek para cezasının ödenmemesi halinde hapis cezasıyla sonuçlanabilmesini yükümlülüğün bir parçası olarak değerlendirerek, bu olayda 4(3)(d) bendinin uygulanabileceğini belirtmiştir. (*Zarb Adami*, §47). Ancak Mahkeme aynı olayda, erkek olan başvurusunun cinsiyet bakımından ayrımcılığa uğradığı sonucuna varmıştır.

İnsan ticareti

İnsan ticareti, Sözleşme'nin 4. maddesinde veya başka bir maddesinde yasaklanmamıştır. Mahkeme'ye göre bu durum şaşırtıcı değildir; çünkü Sözleşme'nin esinlendiği 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 'kölelik ve her biçimdeki köle ticareti'ni yasakladığı halde, 'insan ticareti'nden söz etmemiştir. Ama tek tek insanları koruyan bir belge olan Sözleşme'yi günün koşulları ışığında yorumlamakta kararlı olan Mahkeme, küresel bir olay haline gelen insan ticaretiyle mücadele tedbirlerinin de çoğalmasını dik-kate alarak, insan ticaretinin 'kölelik' mi, 'kulluk' mu, yoksa 'zorunlu çalışma veya zorla çalıştırma' mı oluşturduğunu belirlemeyi gerekli görmeksizin, Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına giren bir yasak olduğu sonucuna varmıştır (*Rantsev*, §277-282). Bu yorum, insan ticaretini Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına sokan ayrı bir yasak haline getirmiştir.

Uluslararası hukukta ticareti yasaklanan ilk insanlar, beyaz köleler olmuştur (1904 Anlaşması ve 1910 Sözleşmesi). Bunu, kadınların ve çocukların ticaretini yasaklayan Sözleşme (1921) ve ergin kadın ticaretini yasaklayan uluslararası sözleşmeler izlemiştir (1933). İnsan ticaretini ve başkalarının fahişeleştirerek sömürülmesini yasaklayan sözleşme (1949), önceki belgeleri Birleşmiş Milletler'in himayesine sokmuştur. Kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın yasaklanmasına dair Sözleşme (1979), her türlü kadın ticaretini ve kadınların fahişeleştirilerek sömürülmesini önlemeye çalışmıştır.

İnsan ticaretini tanımlayan ilk belge Palermo Protokolüdür (2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol). Bu Protokolün 3. maddesine göre: (a) 'İnsan ticareti', kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla, kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının vücudunun satılmasının istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, kölelik veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerir. (b) İnsan ticaretinin a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmaması durumu değiştirmez. (c) Bu maddenin a) bendinde öngörülen yöntem-

lerden herhangi birini içermese bile, çocuğun istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması ‘insan ticareti’ olarak kabul edilir. (d) On sekiz yaşının altındaki herkes ‘çocuk’ kabul edilir. Avrupa Konseyi’nin 16 Mayıs 2005 tarihli İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi’nin 4(a) fıkrası, Palermo Protokolündeki insan ticareti tanımını benimsemiş, mağdur istismar edilmeye izin vermiş olsun veya olmasın insan ticaretinin mevcut olduğunu öngörmüştür.

Mahkeme, amacı sömürü olan insan ticaretinin niteliği gereği, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasına dayandığı kanaatindedir. İnsan ticareti, insana alınıp satılan bir mal olarak muamele eder ve genellikle seks endüstrisinde ve fakat başka işlerde de ya çok az bir ücretle veya hiç ücret ödmeden çalışmaya zorlar. İnsan ticareti, hareketleri genellikle kısıtlanmış mağdurların faaliyetlerini yakından takip eder. İnsan ticareti, çok kötü koşullarda çalışan ve yaşayan mağdurlara karşı şiddet ve tehdit kullanılmasını içerir. Mahkeme insan ticaretinin, Interights tarafından ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme’nin açıklayıcı notunda, eskiden dünyada yaygın olan köle ticaretinin modern biçimi olarak tanımlandığını (*Rantsev*, §281) kaydetmiştir.

İnsan ticareti olgusunu Mahkeme’nin gündemine taşıyan olay, *Rantsev – Rusya ve Kıbrıs* davasına konu olan bayan Rantseva’nın trajik ölümüdür. 21 yaşındaki Rus kadını Rantseva, ‘artist’ vizesiyle Kıbrıs’a gelmiş, kendisinin Kıbrıs’a gelmesi için işlemleri yapan ve devlete mali güvenceler veren kabare sahiplerinin yanında birkaç gün ‘çalıştıktan sonra’ Rusya’ya dönmek istediğini belirten bir not bırakarak kaldığı evden ayrılmıştır. Rantseva birkaç hafta sonra kabare sahibi tarafından gece bir diskotekte bulunmuştur. Rantseva’yı geri gönderilmesi için karakola teslim etmek isteyen kabare işletmecisi, bu kadını kaçak göçmen statüsünde görmeyen polislerin isteği üzerine karakoldan geri almak zorunda kalmış ve kendisini bir eve götürmüştür. Rantseva sabah göçmen bürosu açılıncaya kadar tutulmakta olan evin balkonundan çarşafardan yaptığı ipe kaçmak isterken düşüp ölmüştür. Mahkeme, her türlü işarete rağmen Rantseva’nın insan ticareti mağduru olmasını engellememiş olan Kıbrıs’ın, 4. maddeden doğan pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

ÖNEMLİ KARARLAR

ZORLA ÇALIŞTIRMA

18.06.1971 2832/66 DE WILDE, OOMS VE VERSYP - BELÇİKA

◆ *zorunlu çalışma - tutulan serserilerin çalıştırılması* (serserilerinin mahkeme kararıyla tutuldukları kampta düşük ücretle çalışıp belirli bir miktar para biriktirme zorunluluğunun bulunması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - tutulanların çalıştırılması

DAVANIN ESASI

Başvurucuların üçü de Belçika vatandaşıdır.

Başvurucular 1965 ve 1966 yıllarında çeşitli tarihlerde polis karakollarına giderek, iş bulamadıklarını, yatacak yerleri ve paraları olmadığını, bir sosyal kuruma yerleştirilmek istediklerini söylemişlerdir. Karakol amirleri başvurucuların ‘serseri’ (vagrant) olduklarını düşünerek, ertesi gün yargıcın önüne çıkarmışlardır.

Yargıçlar açık duruşmada başvurucuların ‘kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu, yaşama tarzını’ tespit ettikten sonra, kendilerine söz hakkı vermişlerdir. Yargıçlar başvurucuları 1891 tarihli ‘serseriliğin ve dilencililiğin’ önlenmesi hakkında kanun uyarınca iki yıl süreyle idarenin gözetimi altına almışlar ve serseriler kampında tutulmalarına karar vermişlerdir. Başvurucular bu kampta saat ücreti 1.75 Belçika Frangı karşılığında çalışıp 2,000 Frank tahliye parası biriktirinceye kadar kurumda çalışmakla yükümlü tutulmuştur. Çalışmayı reddeden başvuruculara disiplin cezaları verilmiş ve bir süre disiplin birimlerinde tutulmuşlardır.

Başvurucular serseriler kampından salıverilmesi için çeşitli kereler Adalet Bakanlığına başvurmuş, birincisi yedi ay, ikinci bir yıl, üçüncüsü 1 yıl yedi ay tutulu kaldıktan sonra salıverilmişlerdir. İç hukuka göre serseri kampında tutulanlar belirli kurumlarda çalışmak zorundadırlar. Tutulmuş olan serserilere belirli bir ücret ödenmektedir. Bu kazancı, bir kısmı idari giderler için Devlete kalmakta, bir kısmı kendilerine nakit olarak verilmekte ve bir kısmıyla da ihtiyaçları karşılanmaktadır. Bakanlık, serserilerin salıverilmesi için biriktirmeleri gereken miktarı 2,000 Frank olarak belirlemiştir.

Başvurucular tutulu buldukları sırada İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yaptığı yaptıkları başvurulara Sözleşme’nin 4, 5 ve 6(3) ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Esas hakkında

A. Hükümetin “genel ve ön savunmaları” hakkında

[64–65]: Hükümete göre, başvurucuların kendi iradeleriyle polise gelip talepte bulunmalarını ‘özgürlükten yoksun bırakma’ olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle Mahkeme, ‘tutma’nın kendisi ve ‘tutma koşulları’ bakımından Sözleşme’nin ihlal edildiği iddialarını hemen reddetmelidir.

Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Geçici bir stres veya sıkıntı, kişiyi polise teslim olmaya sürükleyebilir. Polisten kendisini tutmasını istemesi, kişinin derbeder veya profesyonel bir dilenci olduğunu veya daha ağır tedbirlerin alınmasını gerektiren aylak, içki müptelası, ahlak düşüklüğü içinde bulunduğunu göstermez. Başvurucuların tutulma isteğinde

bulunmaları, şikâyet konusu kararların zorunluluk niteliğini değiştiremez. Sözleşme'deki anlamıyla özgürlük hakkı, 'demokratik bir toplumda' o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle Sözleşme'nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her davada denetlenmesi gereklidir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda 5. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

B. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[67–70]: Başvurucular Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişler, buna karşılık Hükümet, başvurucuların kişi özgürlüğünün ihlal edilmediğini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre itiraz konusu olan işlem, başvurucuların polis tarafından gözaltında tutulması değildir; başvurucular kendi iradeleriyle polise gelip serseri konumunda olduklarını bildirdikleri için, iç hukuka göre bu kişilerin magistra karşısına çıkarılmak üzere tutulmaları normal bir usuldür. Mahkeme'ye göre magistraların başvurucular hakkında verdikleri kararlar nedeniyle kendilerini özgürlükten yoksun bırakan tutma meydana gelmiştir. Bu nedenle söz konusu magistra kararlarına göndermede bulunarak her üç başvurucunun tutulmalarının hukuka uygunluğu değerlendirilebilir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme 'serseri' kavramının tanımına yer vermemektedir. Belçika Ceza Kanununun 347. maddesine göre 'sabit bir ikametgahı bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır'. Yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak Hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Bu serseri tanımı, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendindeki 'serseri' kavramı ile uzlaşmaz görünmediğinden, bu bendeki istisnaya girmektedir. Başvurucular 'derbeder' özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını öngören Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre tutulabilirler. Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından Hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından, bu işlemlerde Sözleşme'ye bir aykırılık ve keyfilik bulunmamaktadır. Mahkeme, olayda serserilerin hukuka uygun olarak tutulması şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

C. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[71–71]: Başvurucular olayda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon ise bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının atıfta bulunduğu 5(1)(c) bendi sadece, 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine' veya 'suç işlemesini ve suç işledikten sonra kaçmasını engellemek üzere tutmayı gerektiren makul sebeplerin bulunması halinde' kişinin yargıç önüne çıkarılması amacıyla tutulmasıyla ilgilidir. Basit serserilik durumu Belçika yasalarına göre suç değildir. Başvurucular 5(1)(a) veya (c) bendine göre değil, (e) bendine göre tutulmuşlardır. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.

D. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[72–73]: Başvurucular Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki tutulmanın hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia ederken, Hükümet ihlal edilmediğini savunmuştur. Başvurucuların iddialarını belirli bir ölçüde kabul eden Komisyon da Mahkeme'den bu konuda karar vermesini istemiştir.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, diğerlerine olduğu gibi bu maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre tutulan serserilere de uygulanır. Bu olayda 5(1). fıkrasına aykırılık bulunmamış olması, dördüncü fıkra bakımından ihlal bulunup bulunmadığını incelemeyi önlemez. Bu maddenin dördüncü fıkrası ayrı bir hükümdür; 5(1). fıkrasına uygunluk kendiliğinden dördüncü fıkraya uygunluk sonucunu doğurmaz. Özgürlükten yoksun bırakma kararı hukuka uygun da olsa, herkesin tutulmasının hukukiliğinin bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkı vardır. Bu nedenle bir ihlal, birinci fıkraya aykırı bir tutma işleminden veya dördüncü fıkraya uygun bir denetimin bulunmamasından veya her iki sebebin aynı anda varolmasından kaynaklanabilir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, 5(4). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

1. Tutma kararlarının verilmesi konusunda

[74–80]: Mahkeme bundan sonra, tutma kararlarının denetim usulünü incelemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının, birincisi tutma kararı veren ve ikincisi tutulan kişinin başvurusu üzerine tutma kararının hukukiliğini inceleyen olmak üzere iki ayrı makamın olaya el atmalarını gerektirip gerektirmediğini, tutma kararının 'mahkeme' kavramında yer alan unsurlara sahip bir makam tarafından verilmesinin yeterli olup olmadığını sormuştur. Mahkeme'ye göre ilk bakışta Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ifade tarzı, tutulan bir kimseye her zaman, kendisini özgürlükten yoksun bırakan önceki bir kararın hukukiliğinin bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkını güvence altına aldığını düşündürecek şekildedir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5. maddenin dördüncü fıkrası, gözaltına alınan veya tutulan kimselere, tabi tutuldukları muamelenin hukukiliğinin denetlenmesini isteme hakkı vermektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan karar idari bir makam tarafından verilmiş ise, dördüncü fıkranın, Sözleşmeciler Devletleri gözaltına alınan veya tutulan kimseye mahkemeye başvurma hakkı tanımaya zorladığından kuşku yoktur. Ancak tutma kararı bir yargılama yapılarak verilmiş ise, bu karar için başka bir mahkemeye başvurulabileceğine işaret eden bir hüküm de yoktur. Tutma kararı yargısal bir organ tarafından verilmiş ise, dördüncü fıkranın gerektirdiği denetim, tutma kararının içinde yer almakta, bu karara içselleştirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, bir kimsenin gözaltına alınmasına veya tutulmasına bu fıkra anlamında bir 'mahkeme' tarafından karar verilmesi halinde, fıkradaki hukukilik denetimi şartının yerine getirildiği söylenebilir.

Mahkeme daha sonra, tutulmanın hukukilik denetimi yapan 'mahkeme'nin özelliklerini incelemiştir. Mahkeme'ye göre, tutma kararı veren ulusal makamın bir 'mahkeme' olabilmesi için, özgürlükten yoksun bırakma konusunda uygulanabilecek temel usul güvencelerini uygulayabilmesi zorunludur. Eğer tutma kararı veren yetkili makam önünde temel usul güvenceleri uygulanmıyor ise, tutulan kimseye bütün yargısal usul güvenceleri sağlayan ikinci bir makama başvurma hakkı tanınması gerekir. Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde 'mahkeme' terimi kullanılmıştır. Bunların hepsinde mahkeme terimi, sadece yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlık gibi temel ortak özelliklere sahip olmayı değil, yargısal usul güvencelerini uygulama özelliğine sahip olmayı da gerektirmektedir. Ancak Sözleşme'nin aradığı usulün, bir mahkemenin işe karıştığı her olayda tamamıyla aynı olması gerekmez. Bir muhakemenin yeterli usul güvencelerini sağlayıp sağlamadığına, yargılamanın yapıldığı şartlara bakılarak karar verilebilir. Bu nedenle Neumeister davasında Mahkeme, savcılık ile salıverilmesini talep eden birey arasında 'silahların eşitliği'nin bulunmadığı bir yargılama yapan yetkili mahkemeyi de 'mahkeme' saymıştır. Ancak aynı şey, yine 5(4). fıkrasına giren bir başka olayda geçerli olmayabilir.

Mahkeme'ye göre olayda, başvuruçuların özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlara benzemektedir. Bu nedenle bu olayda, Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerde cezai konularda uygulanan usulden daha aşağı güvencelere sahip bir usul uygulanamaz. Belçika hukukuna göre serseri durumda bulunan bir kimse

gözümlüne alındıktan sonra kural olarak 24 saat içinde Sulh Mahkemesi önüne çıkarılır. Magistra, kişinin kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu ve yaşama tarzını tespit etmektedir. Bu mahkeme (magistra) önünde izlenen usul bakımından duruşmanın sadece üç gün ertelenmesini isteme hakkı vardır. Hükümetin verdiği bilgiye göre serserilerin tutulmasıyla ilgili bir davada Ceza Usul Kanunu uygulanmaz. Magistra, organizasyon bakımından bir mahkemedir; yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızdır; Belçika Anayasasının 99 ve 100. maddelerindeki güvencelere sahiptir. Ancak magistra önünde serserilikle ilgili yargılama, ceza muhakemesindeki tutuklamaya birçok yönden benzediği halde, ceza muhakemesindeki usul güvencelerden yoksundur. Basit serserilik için gözümlüne alınan kimselere böylesine kısa bir usul uygulanmasını anlamak mümkün değildir. Magistra tarafından uygulanan usul, bir duruşmanın yapılmasını, kararların aleni olarak verilmesini içerdiği için, bir kısım yargısal usuller bulunmaktadır. Ancak, uzun süre özgürlükten yoksun kalma gibi bir tehlikenin ciddiliği göz önünde tutulacak olursa, bu usullerin magistrayı 5. maddenin dördüncü fıkrası anlamında bir ‘mahkeme’ saymak için yeterli değildir. Bu nedenle, başvuruculara Üst Mahkemeye veya Yüksek İdare Mahkemesine başvurma gibi bir hukuk yolunun açık bulunması gerekirdi. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

2. Başvurucuların idari makamlara yönelttikleri salıverilme taleplerinin reddilmesi

[81–84]: Başvurucular ayrıca, idari makamlara (Adalet Bakanlığına) yönelttikleri salıverilme taleplerinin reddedilmiş olması nedeni ile de dördüncü fıkranın ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme’ye göre Bakanlığın red kararına karşı başvurucuların Yüksek İdare Mahkemesinde itirazda bulunmaları gerekirdi; Bakanlığın salıverilme talebini reddetmesinin 1891 tarihli kanunu ihlal etmesi halinde, bu itiraz etkili olabilecekti. Öte yandan 1891 tarihli kanun Adalet Bakanlığına, tutulmuş bir serseriye yasal sürenin veya magistra tarafından tayin edilmiş sürenin dolmasından önce salıverme yetkisi vermiştir. Bu konu Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının tamamen uygulama alanı dışındadır. Çünkü Sözleşme’nin bu fıkrası sadece tutma kararının veya tutmaya devam kararının hukukiliğinin denetlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda bu yönlerden tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

E. Sözleşme’nin 6 ve 7. maddelerinin ihlali iddiası

[85–87]: Başvurucular Sözleşme’nin 6. maddesindeki bazı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Komisyon ve Hükümet, olayda bu maddenin uygulanabilir olmadığını kabul etmişlerdir. Mahkeme’ye göre yukarıda Sözleşme’nin 5(4). fıkrası bakımından varılan sonuç göz önünde bulundurulduğunda, olayda 6. maddenin uygulanabilir olup olmadığı, uygulanabilir ise ihlal bulunup bulunmadığı konusunda bir inceleme yapmak gereksiz görünmektedir. Bu nedenle Mahkeme, 6. maddenin uygulanabilirliği konusunda incelemenin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Başvurucular, Sözleşme’nin 7. maddesindeki kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Belçika hukukuna göre basit serserilik bir ‘suç’ değildir. Magistra başvurucuları ‘suçlu’ bulmamış, kendilerine bir ‘ceza’ vermemiştir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin uygulanabilir olmadığını sonucuna varmıştır.

F. Sözleşme’nin 4 maddesinin ihlali iddiası

[87–90]: Başvurucular tutulu buldukları sırada düşük bir ücret karşılığında çalışmaya zorlanmaları, 4. maddedeki zorla çalıştırılma yasağını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Komisyon’a göre, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlal edilmiş olduğu için, Sözleşme’nin 4. maddesi de ihlal edilmiştir.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edilmiş olmasından, Sözleşme'nin 4. maddesinin de ihlal edildiği sonucu çıkarılamaz. Sözleşme'nin 4(3)(a) bendi, 5(1) (e) bendine göre özgürlüğünden yoksun bırakılanların olağan biçimde çalıştırılmalarına imkân vermektedir. Başvurucular bakımından 5(1)(e) bendi ihlal edilmiş değildir. Öte yandan, başvuruculara yüklenen çalışma ödevi, 4(3)(a) bendi anlamında 'olağan' çalıştırma sınırlarını aşmamaktadır; çünkü bu çalıştırma, kendilerinin rehabilitasyonunu amaçlamakta ve Avrupa Konseyi diğer bir çok Üyesindeki benzer hükümlerinden biri olan 1891 tarihli yasanın 6. maddesindeki genel hükme dayanmaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, zorla çalıştırılma yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

G. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal iddiası

[91–93]: Başvurucular, tutuldukları sırada mektuplarının açılıp incelenmesinin haberleşmeye saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Komisyon'a göre, bu madde iki nedenle ihlal edilmiştir. Bir yandan başvurucuların 5(4). fıkrasındaki haklarının ihlal edilmiş olması söz konusudur. Öte yandan, serserilik nedeniyle tutma sırasında haberleşme özgürlüğüne kısıtlama konamaz; çünkü bu kısıtlamalar sadece cezai nedenle tutulanlar bakımından uygulanabilir.

Mahkeme'ye göre ilkin, 5(4). fıkrasına aykırılık bulunması haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna da varılmasını gerektirmez. İkinci olarak olayda başvurucuların mektuplarının denetlenmesi hiç kuşkusuz haberleşme özgürlüğüne kamu makamları tarafından yapılan bir müdahaledir. Bu müdahale, 21 Mayıs 1965 tarihli Kraliyet kararnamesinin 20-23. maddeleri ile 95. madde birlikte okunduğunda, iç hukukta dayanağı bulunan, yani Sözleşme'nin 8(2). fıkrası anlamında 'hukuken öngörülmüş' bir müdahaledir. Bu müdahale ikinci fıkradaki 'suçun veya düzensizliğin önlenmesi' ve 'başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması' meşru amaçlarını izlemektedir. Müdahalede bulunan Belçika yetkili makamları, ikinci fıkrada kendilerine tanınan takdir yetkilerini aşmamışlardır; ilgili kararnamede denetimin yapılamayacağı haller belirtilmiş olup İnsan Hakları Avrupa Komisyon'u ile haberleşmeleri de denetlenmeyecektir; ayrıca yetkililer başvurucuların haklarına zarar verecek şekilde yetkilerini kötüye kullanmamış veya ayrımcılık yapmamışlardır. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucuların mektuplarının denetlenmesini demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görmüş ve haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

H. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

[94–94]: De Wilde ve Versyp, çalışmamaları nedeniyle kendilerine verilen disiplin cezalarının 3. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüşler, ancak Komisyon bu cezaların 3. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu konuda her hangi bir belirti görmemiştir.

I. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[95–95]: Başvurucular Sözleşme'nin 5, 3, 4, 6 ve 8. maddelerindeki haklarını korunmasını sağlamak için ulusal makamlar önünde etkili bir hukuk yoluna sahip olmadıklarını ve bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre başvurucuların 5(4). fıkrasına uygun hareket etmedikleri yukarıda belirtildiğinden, bu maddedeki hak bakımından 13. maddenin ihlali konusunda bir inceleme yapmanın gereği bulunmamaktadır. Öte yandan Sözleşme'nin 3 ve 8. maddeleri Belçika hukukunda doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Başvurucular idari kararların bu maddelerdeki haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Belçika Yüksek İdare Mahkemesine başvurabilirlerdi. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, etkili bir hukuki yola başvurma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

I. Bu davada yargı yetkisine ve kabuledilebilirliğe ilişkin sorunlar bakımından:

1. Dörde karşı on iki oyla, Mahkeme'nin iç hukuk yollarının tüketilmesi ve bu olaylarda ileri sürülen gecikme sorunlarını ele almaya yetkili olduğuna;
2. Oybirliğiyle, Hükümetin Ccharleroi, Namur ve Brüksel'deki yargıçların verdikleri kararlar bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına dayanmasına bir engel bulunmadığına;
3. Oybirliğiyle, Hükümetin, Edgard Versyp tarafından yapılan başvurunun süresi içinde yapılmadığı iddiasını ileri süremeyeceğine;
4. Oybirliğiyle, Hükümetin her üç başvurucunun salıverilme taleplerinin reddine dair Adalet Bakanlığının kararları bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını ileri süremeyeceğine;
5. Oybirliğiyle, Hükümetin tutma kararlarıyla ilgili olarak şikâyetler bakımından iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiasının temelsiz olduğuna;
6. Buna göre oybirliğiyle, Mahkeme'nin bu olayların esası hakkında karar verme yetkisi bulunduğuna;

II. Davanın esası bakımından:

1. Oybirliğiyle, başvurucuların 'kendi iradeleriyle (polise) gelmelerinin', Sözleşme'ye aykırılık bulunmadığını ortaya koymaya yetmediğine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının bu davada uygulanabilir olmadığına;
4. Yediye karşı dokuz oyla, başvurucuların tutulmalarına dair kararlara karşı bir mahkemeye başvuru yolunun açık olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine;
5. Bire karşı on beş oyla, başvurucuların idare makamlarına yönelik salıverilme taleplerinin reddedilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlaline;
6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası konusunda bir karar vermeye gerek olmadığına;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 7. maddesinin bu davada uygulanabilir olmadığına;
8. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğine;
9. Bire karşı on beş oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;
10. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
11. Oybirliğiyle, yukarıda II-4. bendde sözü edilen sorun bakımından 13. maddenin ihlali konusunda bir karar vermenin gerekli olmadığına;
12. Oybirliğiyle, başvurucuların diğer şikâyetleri bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine;
13. Gerektiğinde, başvurucuların yukarıda II-4. bendde sözü edilen sorunla ilgili olarak adil karşılık için başvurma haklarının saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

24.06.1982 7906/77 VAN DROOGENBROECK - BELÇİKA

◆ zorunlu çalışma - hükümlülerin çalıştırılması (çeşitli suçlardan mahkûm olup denetimli serbestlik altında tutulan başvurucunun kendisine bulunan işlerde çalışmaya ve belirli bir miktar para biriktirmeye zorlanması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - tutulanların çalıştırılması

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1940 doğumlu bir Belçika vatandaşı olup, belirli bir meslek sahibi değildir.

29 Temmuz 1970 tarihinde Ceza Mahkemesi başvurucuyu, maymuncuk anahtarla hırsızlık ve hırsızlığa teşebbüs suçlarından iki yıl hapis cezasına mahkûm etmiş ve ayrıca suç işleme eğilimi süreklilik taşıdığı gerekçesiyle, başvurucunun on yıl süreyle 'idarenin gözetiminde kalmasına' karar vermiştir.

Üst Mahkeme 20 Ekim 1970 tarihinde Ceza Mahkemesinin kararını onaylamıştır. Üst Mahkeme, başvurucunun cezasını tamamladıktan sonra salıverilmesi halinde topluma ve kendine karşı göstereceği tehlike nedeniyle kamu gözetiminde kalmasının yerinde olduğu sonucuna varmıştır. Başvurucu kararı temyiz etmiş, Temyiz Mahkemesi 19 Ocak 1971'de reddetmiştir.

Başvurucu hapis cezasını 18 Haziran 1972'de tamamlamış ve tahliye olmuştur. Psikoloji alanında uzman bir sağlık personeline göre başvurucu, özeleştiride bulunmayan ve sorumluluk sahibi olmayan bir kişidir. Bununla birlikte, cezaevi yönetiminin tavsiyesini alan Adalet Bakanlığı, 'salıverilen hükümlülerin mümkün olduğu kadar rehabilitasyonunu sağlama programı' çerçevesinde toplumla yeniden bütünleştirmek amacıyla, başvurucuya 1 Ağustos 1972'den itibaren yarı-gözetim tedbiri uygulamıştır. Bu programa göre başvurucu Brüksel'de merkezi ısıtma tesisatı kuran bir şirkette çalışacak ve Cuma ve Cumartesi günleri uzman bir kurumda yoğun bir eğitime tabi tutulacaktır.

Başvurucu 8 Ağustos 1972'de ortadan kaybolmuştur. Başvurucu daha sonra birkaç kez hırsızlığa teşebbüs ve hırsızlık suçlarından yakalanıp mahkûm olmuş, kendisine önerilen işi yapmayınca, suça eğilimliler bölümünden alınıp odaların bulunduğu koğuşa konmuştur. Başvurucu önüne çıkarıldığı Suça Eğilimlilerle ilgili Kurul, başvurucunun cezaevinde hiç birikim yapmadığını, dışarıda da iş bulma imkânı bulunmadığını belirtmiş ve cezaevinde çalışarak 12 bin Belçika Frangı biriktirinceye kadar, salıverilmemesi gerektiği görüşünü bildirmiştir.

Başvurucu 12 Mayıs 1976'da, 1964 tarihli Kanununun 26. maddesine dayanarak, idarenin gözetiminde kalma tedbirinin kaldırılması için savcılığa başvurmuştur. Üst Mahkeme 13 Aralıkta başvuruyu reddetmiştir. Bu mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 4 ve 5. maddelerine dayanan talebini reddederken, kendisinin salıverildikten sonra her seferinde yeniden suç işlediğini ve anti sosyal bir kişi olduğunu belirtmiştir. Bu kararın temyizi de, Temyiz Mahkemesi tarafından 15 Şubat 1977'de kabuledilemez bulunmuştur; bu mahkeme, kamu gözetimine alma tedbirinin 19 Ocak 1971'de kesinleştiğini belirtmiştir.

Başvurucu 13 Mart 1977'de, keyfi tutma veya görevi kötüye kullanma nedeniyle savcılığa şikâyette bulunmuştur. Başvurucu 28 Şubattan bu yana hesabındaki paranın 12 bin Frangı aştığını belirtmiştir. Başvurucu 4 Mayıs 1977'de Kurul önüne çıkarıldıktan sonra, Bakanlık tarafından 1 Haziran 1977'den itibaren geceleri cezaevine dönme koşuluyla izinli olarak salıverilmiş, ancak başvurucu ortadan kaybolmuş, yakalandığında cezaevinin suça eğilimlilerle ilgili bölümünde tutulmak üzere adı yeniden arananlar listesine girmiştir. 13 Eylül 1978'de Kurul, başvurucunun sistematik olarak çalışmayı reddetmesini ve sadece 2 bin 437 Frank biriktirmiş olmasını göz önünde tutarak, 12 bin Frank biriktirinceye kadar yenilenebilir izinli olarak salıverilmemesi gerektiği görüşünü bildirmiştir. Bakanlık 3 Ekimde bu yönde karar vermiştir. Bakanlık başvurucunun salıverilmesini bir dizi koşula bağlamış, ancak başvurucu bu koşulları yerine getirmediği için salıverilmemiştir. Başvurucu 16 Eylül 1979'da, 1964 tarihli Kanunun 26. maddesine dayanarak savcılığa bir başvuruda daha bulunmuştur. Yetkili mahkeme, başvurucunun 1976'daki gibi Sözleşme'ye dayanan iddialarını reddetmekle birlikte, başka nedenlerle kamu gözetiminden çıkarılmasına karar vermiştir. Başvurucu aynı gün salıverilmiş, ancak kısa

bir süre sonra işlediği hırsızlık suçlarından dolayı Ceza Mahkemesinin 10 Eylül 1980 ve 3 Haziran 1981 tarihli mahkûmiyet kararları uyarınca bir ay ve bir yıl hapis cezalarına mahkûm olmuştur. Başvurucuya bu kez Sosyal Koruma Kanunu uygulanmamıştır.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, kişi özgürlüğünün, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[33-34]: Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki bendlerden sadece (a) bendinin konuyla ilgili olduğunu tespit ettikten, 20 Ekim 1970 tarihli Üst Mahkeme kararının (bk. yukarıda parag. 9), “yetkili” bir “mahkeme” tarafından verildiği konusunda da tartışma olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ortada özgürlükten yoksun bırakmanın meydana geldiği konusunda da bir tartışma bulunmadığını, çünkü hangi biçimde olursa olsun Belçika içtihatlarının kamu gözetimine almayı özgürlükten yoksun bırakan bir ceza olarak nitelendirdiğini (bk. yukarıda parag. 19, 21) vurgulamıştır. Mahkeme, kamu gözetimine alma işlemlerinden sadece tutmayı (detention) inceleyeceğini, çünkü başvurunun sadece bu işlemde ötürü şikâyet ettiğini belirtmiş ve başvuruya konu 21 Ocak 1976 – 1 Haziran 1977 ile 21 Aralık 1977 – 18 Mart 1980 tarihleri arasındaki tutma işlemleriyle sınırlı bir inceleme yapacağını söylemiştir.

[35-35]: Mahkeme, bu tutma dönemlerinin Üst Mahkemenin “mahkûmiyet kararından sonra” meydana gelip gelmediğini belirlemek gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi anlamında “mahkûmiyet” sözcüğü, “cezaî bir fiilin işlendiği hukuka göre ortaya konulduktan” sonra “suçun tespiti”ni (bk. 06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 100) ve özgürlükten yoksun bırakan bir cezayı veya diğer tedbirleri ifade etmektedir. Bu olayda bu koşullar yerine gelmiştir. Mahkeme'ye göre “sonra” kelimesi, tutmanın sadece zaman bakımından “mahkûmiyet”ten sonra gelmesi demek değildir; “tutma” (hapislik), “mahkûmiyet”in bir sonucu olmalı, mahkûmiyeti “izlemeli ve ona dayanmalı” veya “mahkûmiyetten dolayı” meydana gelmelidir (bk. 05.11.1981 tarihli *X. – Birleşik Krallık, §39; Engel ve Diğerleri, §68*).

[36-36]: Başvurucuya göre, şikâyet konusu özgürlükten yoksun bırakma işlemleri “yetkili mahkeme” tarafından verilen bir hapis cezasından değil, Adalet Bakanlığı tarafından alınan kararlardan kaynaklanmıştır. Hükümete göre ise tutma, suça itiyadlı bir kimseyi kamu gözetimine alan yargısal kararın ardından “kanun gereğince” meydana gelmiştir; sadece salıverme “bir Bakanlık kararı” gerektirir. 1964 tarihli yasayla Bakanlığa verilen görev, özgürlük kısıtlanmasını içeren bir cezanın gerektirdiği tutmayı, örneğin gerekli gördüğü şartlar altında “askıya alarak” veya “verdiği bir şartla tahliye kararını kaldırarak, cezanın “infaz tarzını belirlemekle” sınırlıdır. Buna göre Bakanlık, salıvermeme kararı vermekle, tutma kararı vermiş değildir.

[37-37]: Mahkeme bu noktanın Belçika iç hukukunda tartışmalı olduğunu belirttikten sonra, tartışmayı yaratan 20 Aralık 1930 tarihli Hükümet genelgesini incelemiş ve her halükarda başvurucuya verilen şartla tahliyenin kaldırılmasına dair 11 Ocak ve 11 Eylül 1975 tarihli Bakanlık kararlarında başvurunun “tutulması” emri verildiğini tespit etmiştir.

[38-38]: Mahkeme'ye göre böyle olsa bile, görünüşün ve kullanılan dilin ardına bakıp durumun gerçeklikleri üzerinde yoğunlaşmalıdır (*Deweer, §44*). Mahkeme'ye göre bu konu, Devletlerin geniş takdir yetkisi kullanabilecekleri bir konudur. Belçika içtihatları ve uygulama, 1964 tarihli Kanununun 25. maddesinin ima ettiği anlamı teyid etmek-

tedir. Belçika Temyiz Mahkemesi 4 Nisan 1978 tarihli kararında söz konusu “cezanın infazı”nın “büyük ölçüde Adalet Bakanlığının takdirine giren bir konu” olduğunu gözlemlemiştir. Sosyal Koruma Kanununu uygulamak üzere verilen mahkeme kararları tarafından Bakanlık kararları üzerindeki kısıtlamalar, serserilerin “kamu gözetimine” alınması sisteminde olduğundan (bk. 18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 37, 61) daha azdır. Kısaca, bir “mahkeme kararı, suça itiyadlıların ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin tutulmaları emrini vermez”, sadece buna “yetki” verir.

[39–39]: Mahkeme daha sonra, Sözleşme’nin 5. maddesi bakımından kamu gözetimine alma kararı ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bağlantı olup olmadığını incelemiştir. Bakanlık takdirini, Kanun ve “yetkili mahkeme” tarafından açıklanan ceza çerçevesinde kullandığına göre, bu sorunun yanıtı olumludur. Belçika içtihatlarına göre, bir kimseye hapis cezası veren bir hüküm ile ek veya yardımcı bir ceza olarak kendisini 1964 tarihli Kanunun 22 veya 23. maddelerine göre kamu gözetimine alma kararı, “ayrılmaz bir bütündür”. Hükümün iki unsuru bulunmaktadır: birincisi, mahkeme kararında belirtilen bir süre suçlunun çekeceği özgürlükten yoksun bırakma cezasıdır; ikincisi ise denetim altında serbestlikten tutmaya kadar çeşitli biçimlerde infaz edilebilen kamu gözetimine alma cezasıdır. Bu biçimler arasında tercih, Adalet Bakanlığının takdirine giren bir konudur. Bununla beraber, Adalet Bakanlığı sınırsız bir takdir yetkisi kullanmaz; Kanunda gösterilen sınırlar içinde, kişinin topluma karşı gösterdiği tehlike derecesini ve kısa veya orta vadede toplumla yeniden bütünleşme imkânını değerlendirmelidir.

[40–40]: Mahkeme’ye göre aslında, Kanunun sadece “suça itiyadlılar ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirenler tarafından gösterilen tehlikeye karşı toplumu koruma” amacına değil, ama aynı zamanda “Hükümete onları yeniden biçimlendirmek için çaba gösterme imkânı sağlama” amacına da sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi, olaydan olaya değişen şartları dikkate almayı ve değişkenliğe karşı duyarlı olmayı gerektirir. Bir mahkeme karar verdiği sırada kişinin gelecekte nasıl bir gelişme göstereceğini hesaplamaktan öte bir şey yapamaz. Adalet Bakanlığı ise, görevlilerinin yardımıyla, gelişmeyi daha yakından ve sık aralıklara izleme imkânına sahiptir; ancak bu demektir ki, zaman geçtikçe, başlangıçtaki hüküm ile daha sonra kendisini salıvermeme veya yeniden tutma kararları arasındaki bağlantı tedricen zayıflar. Bu bağlantı, kararların verildiği durumun dayanakları ile yasama organının ve mahkemenin amaçları arasında bir ilişki kalmayınca veya bu amaçlara göre makul olmayan bir değerlendirmenin yapılması halinde, bozulur. Bu çerçevede, başlangıçta hukuka uygun olan bir tutma, keyfi bir özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşür ve böylece Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağdaşmaz hale gelir (*X. – Birleşik Krallık, §43*). Mevcut olayda böyle bir durum yoktur. Belçika yetkili makamları başvuruca karşı sabırlı davranmışlar ve güven duymuşlar, kendi yolunu bulabilmesi için bir çok fırsat tanımışlardır (bk. yukarıda parag. 10, 11, 12 ve 16). Belçika makamlarının takdir yetkilerini kullanma tarzı, süresi belirsiz hapis cezası verilmesine imkân tanıyan ve Sözleşmeci Devletlerin mahkemelerinin verdikleri cezaların infazını gözetmekle görevlendirmeye zorlamayan Sözleşme’nin gereklerine uygundur.

[41–42]: Başvurucu ayrıca tutulmasının Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına göre “hukuki” veya “hukukun öngördüğü usule uygun” olmadığını Komisyon önünde ileri sürmüştür. Başvurucu, 1964 tarihli Kanunun 25. maddesinin bir bütün olarak Hükümete verdiği yetkiyi Adalet Bakanlığının kendisinin kullandığını iddia etmiştir. Mahkeme, diğer Sözleşmeci Devletlerde olduğu gibi, Belçika’da da ceza mahkemeleri tarafından verilen hapis cezalarını veya diğer tedbirleri infaz etmenin Adalet Bakanlığına yetkisine giren geleneksel bir durum olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu Bakanlığın, Belçika kamu hukukunun yetki bölüşümüyle ilgili genel ilkelerinden dolayı, başvurunun olayında uygun bir makam olduğundan kuşku duymak için bir sebep görmemiştir.

Bu nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[43–43]: Başvurucu ayrıca, tutulduğu zaman, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerini yerine getiren bir başvuruda bulunamadığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırılık bulunmadığı halde, bu şikâyeti 5(4). fıkra bakımından incelemeyi gerekli görmüştür (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §73).

A. Hükümetin birincil savunması

[44–49]: Hükümet, Brüksel Ceza Mahkemesi, Ghent Üst Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi önünde yapılan yargılamanın Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerini yerine getirdiğini savunmuştur. Hükümet, yukarıda geçen 18.06.1971 tarihli *De Wilde, Ooms ve Versyp* – Belçika kararının 76. paragrafından alıntı yapmıştır. ...

Mahkeme bu paragrafın, “kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan karardan” söz ettiğini, tutmanın hukukiliğini etkileyebilecek yeni durumların daha sonra ortaya çıktığı bütün bir tutma dönemini ele aldığı anlamına gelmediğini” (*X. – Birleşik Krallık*, §51) belirtmiştir. Bunun yanında *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararı, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre, sadece bu üç başvurucuyu ilk başta serserilikten tutma kararını değil (*aynı karar*; §74-80), tutulmalarının sürmesinin hukukiliğiyle ilgili sorunları ileri sürdükleri ölçüde salıverilme taleplerinin incelenme usulünü de dikkate almıştır (*aynı karar*; §81-84).

Mahkeme'ye göre serserilerin “tutulması”, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine girer ve bu hüküm, akıl zayıflığı bulunan kişilerin “tutulması”na da uygulanır. Ancak başlangıçta bu türden bir muhafaza tedbirini gerektiren sebepler ortadan kalkabilir”; Mahkeme bu durumdan önemli sonuçlar çıkarmıştır:

“...akıl zayıflığı gibi bir nedenle ilk tutma kararının bir mahkeme tarafından verildiği gerekçesiyle, bu tutma kararını daha sonra da hukukilik denetiminden muaf tutmak, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırı düşer. İncelenmekte olan özgürlükten yoksun bırakmanın ‘makul aralıklarla’ hukukilik denetiminin yapılması gerekir” (*Winterwerp*, §55; *X. – Birleşik Krallık*, §52).

Hükümete göre, yasama organı tarafından yetki verilen, mahkemelerce kullanılan ve “bu cezanın bireyselleştirilmesi” görevi gereğince Adalet Bakanı tarafından uygulanan bu tedbir, tabi ki suça itiyadlı ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş kişilere karşı toplumu koruma ihtiyacına dayanmıştır; ancak ne Belçika hukuku ve ne de Sözleşme, bireyin salıverilmesi halinde topluma karşı tehlikenin süreceği hallere münhasır olarak tutmanın devam edebileceğini ifade etmemiştir. Hükümete göre, Komisyon'un görüşü hukukilik ile yerindeliği birbirine karıştırmaktadır; bu her hükümlünün tutulmasının belirli bir döneminde, tutulmasının yerindeliğine karşı itirazda bulunma hakkı bulunduğu anlamına gelir ki, bu durum hiçbir ülkede yoktur.

Mahkeme'ye göre, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla üstlendikleri yükümlülüklerin kapsamının, “her koşulda ve her kategorideki özgürlükten yoksun bırakma için aynı olması gerekmez” (bk. yukarıda geçen X. -- Birleşik Krallık kararı, parag. 52). Mahkeme, mevcut davada söz konusu tutmanın sadece 5(1)(a) bendine girdiğini, ama Winterwerp ile *De Wilde, Ooms ve Versyp* davalarındaki gibi 5(1)(e) bendine veya X. -- Birleşik Krallık davasındaki (aynı karar, parag. 39) gibi her iki bende girmediğini gözden kaçırmamıştır.

Bununla beraber Mahkeme'ye göre, belirli bir “tutma”nın niteliği ve amacı, Sözleşme'de işgal ettiği yerden daha önemlidir. Suça itiyadlıları ve suç işlemeyi alışkanlık haline

getirmiş olanları kamu gözetimine alma sistemi, özel bir takım amaçlarla kurulmuştur. Belçika Temyiz Mahkemesinin yaklaşımına göre bu tedbir bir cezaya dönüşmüş ise de, sadece toplumu korumak için değil, yürütme organına bu kişileri yeniden biçimlendirme fırsatı vermek için tasarlanmıştır (bk. yukarıda parag. 40). Mahkeme, yukarıda 19-23. paragraflardaki hukuki durumu özetledikten sonra, kamu gözetimine alma sisteminin, bir mahkeme tarafından belirli bir süre hapis cezası verilen bir kimsenin şartla tahliye (conditional release) edilmesi sisteminden temelden ayrıldığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, Adalet Bakanlığının 1964 tarihli Kanuna göre takdir yetkisi kullanması, Bakanlığın, tedbirin uygulandığı süre boyunca, söz konusu kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma veya tedbiri devam ettirmenin gereği üzerinde durmak zorunda olduğunu ima etmektedir. “Suça devamlı eğilim” ve “topluma karşı tehlike” kavramları esas itibarıyla birbirine yakın kavramlar olup, suçlunun kişiliğindeki ve davranışlarındaki gelişmeyi izlemeyi içermektedir. Bu durum, Üst Mahkemeye ilk karara rağmen salıverme yetkisi veren Belçika mevzuatı tarafından ve Adalet Bakanlığının kararıyla Suça İtiyadlılarla ilgili Kurulu kurup burada “psikoloji alanında uzman bir sağlık personeli”ne yer veren Hükümet tarafından tanınmıştır.

Mahkeme, Belçika sisteminin mantığının, özgürlükten yoksun bırakmanın haklılığını sonradan makul aralıklarla yargısal denetime tabi tutmayı gerektirip gerektirmediğini sormuştur. Mahkeme'ye göre, böyle bir haklılığın mahkûmiyet kararında bir kerede ve sürekli olarak ortaya konulduğu kabul edilecek olursa, bu durum tutmanın hiçbir yararlı sonuç sağlamayacağı varsayımına götürür.

Mahkeme, Belçika Temyiz Mahkemesinin bu savunmayı 4 Nisan 1978 tarihli kararında, “içselleştirilmiş denetim” teorisine dayanarak reddettiğini belirtmiş; ancak Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından bir “gözaltına alma veya tutma”nın “hukukiliğinin” sadece iç hukukun ışığında değil, ama aynı zaman Sözleşme metninin, bu metinde yer alan genel ilkelerin ve 5(1). fıkrada izin verilen kısıtlamaların amacının ışığında belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır (*X. – Birleşik Krallık, §57 ile Wintewerp, §45'in birlikte okunması*).

Mahkeme'ye göre iç hukuktan farklı olarak, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından “keyfi olan her hangi bir tutma, hiçbir zaman ‘hukuki’ görülemez” (*X. – Birleşik Krallık, §43*). Adalet Bakanlığının ilk mahkeme kararını infaz etme veya uygulama için tanımış geniş takdir yetkisini kullanırken aşmaması gereken sınır budur. Bu gereklilik, bir kimsenin 10 yıl veya daha fazla özgürlükten yoksun kalma (Kanununun 22 ve 23. maddeleri) tehlikesinin ağırlığı tarafından da zorunlu kılınmıştır. Bu tür bir tutma, Sosyal Koruma Kanununun amaçlarıyla uyumu ve haklı sebepleri sona erdiğinde, Sözleşme'yle artık bağdaşmaz; Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından artık “hukuka aykırı” hale gelir. Bundan çıkan sonuca göre ilgili kişi, bu tür bir ihlalin bulunup bulunmadığını belirleme yetkisine sahip bir “mahkeme”ye başvurma hakkına sahip olmalıdır. Bu imkân, - belirli bir süre geçtikten sonra artık tutma başladığı için ve daha sonra makul aralıklarla- tutma sırasında (*X. – Birleşik Krallık, §52*) ve ayrıca serbestlikten sonra tutmaya dönüldüğü andan itibaren, kendisine tanınmalıdır.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, olayın her yönünü inceleyebilecek ve kararı veren makamın görüşünün yerine kendi görüşünü geçirecek kadar geniş yetkili bir mahkemenin yapacağı yargısal denetim hakkını güvence altına almamaktadır. Ancak denetim, 1964 tarihli Kanununun VII. bölümü gereğince, tutulan bir kimsenin tutulmasının “hukukiliği” için gerekli esaslı şartları taşıyacak kadar geniş olmalıdır; çünkü bu tutmayı başlangıçta haklı kılan şartlar, suça itiyadlılık ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmişlik statülerinin varlığını sona erdirecek boyutta değişebilir (*X. – Birleşik Krallık, §57-58*).

Mahkeme'ye göre bu olayda Sözleşme, başvurusunun başvurusu üzerine, Adalet Bakanlığının tutma kararı vermesinin 1964 tarihli Kanunun amacına ve gayesine hala uygun olup olmadığı hakkında bir mahkemenin "süratle" karar verebilmesi için uygun bir usulü gerekli kılmaktadır. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından bu basit bir kestirmecilik (expediency) sorunu değil, fakat söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın tam da "hukukiliği" ile alakalı bir sorundur.

B. Hükümetin alternatif savunması

[50–56]: Hükümet, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerini yerine getiren bir çok hukuk yolu bulunduğu şeklinde alternatif bir savunma yapmıştır.

- (i) keyfi tutmaya karşı suç duyurusunda bulunma veya bulundurma;
- (ii) 20 Ekim 1970 tarihli kararın infazıyla ilgili kendisi ile Bakanlık arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için Üst Mahkemeye başvurma;
- (iii) hakkında verilen tedbir kararından kendisini kurtaracak şekilde salıverilmek için bu Üst Mahkemeye başvurma;
- (iv) acil başvuruları dinleme yetkisine sahip makam olarak mahkeme başkanına başvuruma;
- (v) Sözleşme'nin 5(4). fıkrası uyarınca doğrudan dava açma.

Hükümet, başvurusunun bunlara ek olarak Yüksek İdare Mahkemesine başvurabilme imkânı bulunduğu savunmasını geri çekmiştir. Mahkeme'ye göre Suça İtiyadlılarla ilgili Kurul da Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla bağlantılı olarak düşünülemez; çünkü bu Kurul Sözleşme anlamında bir "mahkeme" olmadığı gibi, önüne çıkan tutulu kişilere "tutulma"nın "hukukiliği"ne karar veren yargısal bir usul güvencesi vermemekte ve tabii ki "özgürlükten yoksun bırakılması" "hukuka aykırı" olduğu kabul edilebilecek kimse-lerin salıverilmesini "emretme" yetkisi bulunmamaktadır (*X. – Birleşik Krallık, §61; ve İrlanda – Birleşik Krallık, §200*).

Mahkeme, Hükümet tarafından yukarıda beş başlık halinde gösterilen hukuk yollarının Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerini karşılayıp karşılamadığını ayrıntılı bir biçimde incelemiştir. Mahkeme, birincisini, yargıcın başvuru yetkisine sahip olmadığı; ikincisini, örnek uygulama bulunmadığı; üçüncüsünü, denetim kapsamının darlığı ve denetim aralıklarının uzunluğu; dördüncüsünü, bu konuda yerleşik bir iç hukuk bulunmadığı ve yargıcın kesin karar veremediği gerekçesiyle, yeterli görmemiştir.

Mahkeme beşinci hukuk yolu olarak, Sözleşme'nin iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği konusunda Temyiz Mahkemesinin ve Askeri Temyiz Mahkemesinin gösterilen kararlarını inceledikten sonra, bunları yeterli görmemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin iç hukuka içselleştirilmesinin önemine ve sonuçlarına (*İrlanda – Birleşik Krallık, §239*) dikkat çekmiştir. Ancak Mahkeme, bu olayda davalı Devletin, kamu gözetimine alınan bir suça itiyadlı kimse tarafından doğrudan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına dayanan bir başvuru üzerine verilmiş bir örnek karar gösteremediğini, özgürlükten yoksun bırakma ile ilgili olarak gösterilen bir iki kararın da münferit olup Temyiz Mahkemesi tarafından açıkça teyid edilmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu konudaki Belçika içtihad hukuku gelişme sürecinde olup, gelecekte kazanacağı boyut belirsizdir.

Mahkeme, yukarıdaki gelişmeler sonuca ulaştığında, mahkeme başkanına Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına dayanan "esas hakkında" başvuru yapıldığında veya bu hukuk yolları birlikte veya ard arda kullanıldığında Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerinin karşılanma olasılığını (*X. – Birleşik Krallık, §60*) dışlamamıştır. Ne var ki Mahkeme, bu olayda henüz bu sonucun elde edilmediğine ve buna göre Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline karar vermiştir.

III. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlali iddiası

[58–60]: Başvurucu ilk olarak, kamu gözetimine alınmakla Sözleşme'nin 4(1). fıkrasına aykırı olarak “kul” olarak tutulduğunu ve “idarenin kaprislerine” tabi kılındığını iddia etmiştir. Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine karar verdiği için, “özgürlüğün çok ağır bir surette ihlal edilmesi” halinde bunun bir kulluk olarak nitelendirilebileceğini, ancak olayda böyle bir durumun bulunmadığını belirtmiştir.

Başvurucu daha sonra, Sözleşme'nin 4(2). fıkrasına aykırı olarak, 12 bin Frank biriktirmesi için çalışmaya “zorlandığı”ndan şikâyetçi olmuştur. Hükümet ise başvurucunun sadece çalışmaya “davet edildiğini” belirtmiştir. Mahkeme'ye göre şartla salıverme, cezaevinde çalışma karşılığında birikim yapmaya bağlandığı takdirde (bk. 13, 16 ve 17), kişi kelimenin dar anlamında yükümlülükten uzak değildir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiğinin tespit edilmiş olması, 4. maddeye aykırılık bulunduğu anlamına gelmez. Sözleşme'nin 4(3)(a) bendi, tutulu bulunduğu sırada kişiden iş yapmasının istenmesine imkân vermekte olup, olayda durum böyledir. Başvurucudan yapması istenen iş, “olanağan”ın dışında olmayıp, kendisinin toplumla yeniden bütünleşmesine yardımcı olması için düşünülmüştür; Avrupa Konseyi'ne üye diğer bazı Devletlerde de benzer yasal hükümler bulunmaktadır (bk. yukarıda parag. 25 ve *De Wilde, Ooms ve Versyp*, §89-90).

Mahkeme'ye göre Belçika makamları Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal etmemişlerdir.

IV. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme sorunun karara hazır olmadığına hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine,
 2. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline,
 3. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğine,
 4. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanmasının karara hazır olmadığına,
- (a) bu nedenle sorunun saklı tutulmasına,
- (b) sorunun Daireye geri gönderilmesine

KARAR VERMİŞTİR.

23.11.1983 8919/80 VAN DER MUSSELE - BELÇİKA

♦ *zorunlu çalışma - ücretsiz hizmette bulunma yükümlülüğü* (stajyer avukatın Baro tarafından müdafî tayin edildiği belirli sayıda cezai davalarda ücret almaksızın ve masraflarını kendisi karşılamak suretiyle adli yardımda bulunma yükümlülüğü) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - normal yurttaşlık yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Van der Mussele 1952 doğumlu bir Belçika vatandaşı olup, avukatlık yapmaktadır.

Başvurucu 27 Eylül 1976'da stajyer avukat olarak kaydını yaptırdıktan sonra, başka bir avukatlık bürosunda çalışmadan kendi bürosunu açmıştır; ancak başvurucunun gözetmen avukatı kendisine bir kaç dava vermiş ve bu davalarda yaptığı iş için karşılığını ödemiştir. Van der Mussele'nin stajyerliği 1 Ekim 1979'da sona ermiştir; bu tarihten itibaren Baroya kayıtlıdır. 31 Temmuz 1979'da, Antwerp Barosu'nun Hukuki Danışma

ve Müdafilik Bürosu, Van der Mussele’yi hırsızlık suçundan gözaltına alınan Gambiya vatandaşı olan Njje Ebrima’yı savunmak üzere atamıştır. Başvurucu, sanık Ebrima’nın tutukluğuna itirazlarda bulunmuş ve tutukluğun denetimi sırasında yapılan duruşmalara katılmıştır. Yapılan yargılama sonunda ceza mahkemesi 3 Ekim 1979’da, Ebrima’ya hırsızlık ve alenen sahte isim kullanma ve yasadışı ikamet etme suçlarından altı ay sekiz gün hapis cezası vermiştir; Ebrima diğer suçlamalardan beraat etmiştir.

Başvurucu, bütün bu muhakeme boyunca Ebrima için çalışmış ve bu iş için on yedi on sekiz saat harcamıştır. Bu sırada sınırdışı edilmek üzere göçmen polislerinin elinde bulunan Ebrima, başvurusunun Adalet Bakanlığına gönderdiği dilekçeler üzerine, 17 Aralık 1979’da salıverilmiştir.

Baro, başvuru Van der Mussele’ye davadaki görevinden alındığını, Ebrima’nın mali gücü olmadığından, kendisine ücret ve masrafları ödeyemeyeceği bildirilmiştir. Ücretler ve masraflar, dava dosyasının hazırlanması için 250, yazışmalar için 1,800, cezaevine ve mahkemelere gidış geliş için 1,300, belge fotokopisi almak için 50 olmak üzere, toplam 3,400 Belçika Frangı tutmaktadır.

Başvurucu stajyerliği boyunca yaklaşık 250 davaya baktığını, bunların 50’sinde atanmış avukat olarak görev yaptığını ve yaklaşık 750 saat çalıştığını belirtmiştir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, Sözleşme’nin 4. maddesinin tek başına veya 14. maddeyle birlikte ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Bu davanın kapsamı

27. Van der Mussele esas itibarıyla, her hangi bir ücret veya masraf almadan Ebrima’yı savunmakla yükümlü tutulmuş olmasından şikâyet etmiştir. Başvurucuya göre bu, Belçika’daki avukatlar ve özellikle de stajyer avukatlara yüklenen yükümlülüklerin sorgulanmasını sağlamak için seçtiği tipik bir örnek davadır. Başvurucu buna benzer elli olayda avukat olarak atandığını, ancak diğer atamalarla ilgili şikâyette bulunmadığını belirtmiştir.

“Bireysel” başvurudan kaynaklanan bir davada Mahkeme, dikkatini, mümkün olduğu kadar önündeki somut olayda ortaya çıkan sorunlarla sınırlı tutmalıdır. Ancak Mahkeme önündeki belgelerden, şikâyet konusu atama, o tarihte yürürlükteki Belçika mevzuatının ve buna göre yürütülen uygulamanın genel çerçevesine yerleştirilmedikçe, Sözleşme bakımından incelenemeyecektir; Komisyon temsilcisi haklı olarak bu noktaya dikkate çekmiştir.

II. Belçika Devletinin sorumluluğu

28. Hükümet, Komisyon önünde ve Mahkeme’ye verdiği dilekçede, avukatları Hukuki Danışma ve Müdafilik Bürosu tarafından verilen işi kabul etmeye zorlayan temel veya tali bir mevzuat bulunmadığını ileri sürmüştür. Hükümete göre, avukatların yoksul kimseler için hareket etme görevleri sadece, Baroların serbestçe kabul ettikleri meslek kurallarından kaynaklanmaktadır. Hükümete göre, Belçika Devleti atamaların nasıl yapılacağına veya yürütüleceğine dair bir hüküm koymamıştır; bu nedenle, mesleki kuralların yerine getirilmesinin sebep olabileceği Sözleşme’deki güvencelerin ihlalinden ötürü kendisi sorumlu tutulamaz.

29. Hükümet avukatının Mahkeme’deki duruşma sırasında tekrarlamadığı bu savunma, başvuru veya Komisyon tarafından kabul edilmemiştir; Mahkeme de ikna olmamıştır.

Cezai meselelerde ücretsiz adli yardım verme yükümlülüğü, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinden doğmaktadır; kişisel meselelerde ise 6(1). fıkrasının gerektirdiği adil yargılamayı sağlayan araçlardan birini oluşturmaktadır (*Airey*, §26). Bu yükümlülüğü yerine getirmek, her Sözleşmecî Devlete düşen bir görevdir. Belçika Devleti, Barolara kanunla bu yükümlülüğü yüklemiş ve böylece uzun bir geçmişte olan geleneksel ilişkiyi daimi kılmıştır; bu noktaya Hükümet de itiraz etmemiştir. Yargı Kanununun 455(1). fıkrası gereğince Barolar, Hukuki Danışma ve Müdafilik Büroları kurarak yoksullara yardım için düzenleme getirmek zorundadırlar. Başvurucunun da işaret ettiği gibi Barolar, “ilke konusunda bir takdire” sahip değillerdir; kanun, “yoksul kimseleri savunulmaları” için Baroları üyelerini “zorlamaya zorlamaktadır”. Sistemin kendisini işletmesi şeklinde bir çözüm, Belçika Devletinin Sözleşme’yle üstlendiği yükümlülüğü hafifletmez.

Dahası Hükümet duruşmada, stajyer avukatların “Hukuki Danışma ve Müdafilik Bürosu tarafından atandıkları davalarda müdafî olarak hareket etme yükümlülüklerinin” Yargı Kanununun 455. maddesinden kaynaklandığını söylemiştir; Hükümet dilekçesinin 21. paragrafında, Belçika hukukunun stajyer avukatlara ödeme yapılmasına dair bir hüküm getirilmemiş olmasının, en azından zımnen stajyer avukatların ele aldıkları davalarda yaptıkları masraflara kendilerinin katlanacakları anlamına geldiğini kabul etmiştir.

Bunun yanında, yargısal erkin kullanılmasına katılan kurumlardan olan Belçika Baroları, topluma karşı önemli görevlerini yerine getirmek için gerekli temel bağımsızlık prensibini zedelemeyen, hukukun gereklerine de tabidirler. Kendileriyle ilgili yasa, Baroların amaçlarını ifade etmekte ve organlarını kurmakta; yirmi yedi Baroyu ve Barolar Birliğini kamu hukuku tüzel kişiliğine haiz kılmaktadır.

30. Bu nedenle bu davada Belçika Devletinin sorumluluğu söz konusudur; şimdi artık Devletin, Van der Mussele'nin dayandığı Sözleşme ve Birinci Protokol hükümlerine uyup uymadığı belirlenmelidir.

III. Sözleşme'nin 4. maddesinin tek başına ihlal edildiği iddiası

31. Başvurucu, Sözleşme'nin 4. maddesine aykırı olarak zorla veya zorunlu çalışma yapmak zorunda kaldığını ileri sürmüştür.

Komisyon'un dört üyesi, durumun böyle olduğunu düşünmüşler, ancak diğer on üye tam tersi sonuca varmışlardır. Hükümet, asıl savunma olarak, tartışma konusu çalışmanın “zorla veya zorunlu” olmadığını, alternatif olarak da, bu çalışmanın başvurucunun “normal yurttaşlık yükümlülüğü” olduğunu ileri sürmüştür.

32. Sözleşme'nin 4. maddesi, “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma”yı tanımlamamıştır; bu konuda Avrupa Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarıyla ilgili olarak Avrupa Konseyi'nin çeşitli belgelerinde de bir açıklama yoktur.

Komisyon'un ve Hükümetin işaret ettiği gibi Avrupa Sözleşmesi'ni yapanlar, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin taslağındaki 8. maddeyi yayanları izleyerek, büyük ölçüde, Uluslararası Çalışma Teşkilatının daha erken tarihli bir sözleşmesi olan Zorla ve Zorunlu Çalışma hakkında 29 Numaralı Sözleşme'ye dayanmışlardır.

28 Haziran 1930'da kabul edilip 1 Mayıs 1932'de yürürlüğe giren ve 1946'da son hükümleri değiştirilen bu 29 Numaralı Sözleşme'ye göre Devletler, “zorla ve zorunlu çalışmanın her biçimini mümkün olan en kısa sürede kaldırmayı” taahhüt etmişlerdir (md. 1(1)). Bu tür çalışmanın “tamamen ortadan kaldırılması” amacıyla, Devletlere bir “geçiş dönemi” tanınmıştır; ancak bu geçiş dönemi “sadece kamusal gayeyle tanınmış olup”, 4. maddede yer alan “şartlara ve güvencelere tabi istisnai bir tedbirdir” (md. 1(2)). Başlangıçta bu Sözleşme'nin temel amacı, o sırada hala çok sayıda bulunan kolonide emeğin sömürülmesini önlemektir. 17 Ocak 1959'da yürürlüğe giren 25 Haziran 1957 tarihli ve 105 sayılı

Sözleşme, belirli bazı durumlarda “zorla ve zorunlu çalışmanın derhal ve tamamen kaldırılmasını” öngörerek, 29 sayılı Sözleşme’yi tamamlamıştır.

Avrupa Sözleşmesi ise, 4(3). fıkrası saklı kalmak kaydıyla, zorla ve zorunlu çalışmaya genel ve mutlak bir yasak getirmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme, Belçika dâhil hemen hemen bütün Avrupa Konseyi üyesi Devletleri bağlayan yukarıdaki ILO Sözleşmelerini ve özellikle de 29. numaralı Sözleşme’yi dikkate alacaktır. Aslında Avrupa Sözleşmesi’nin 4(3). fıkrasıyla 29 numaralı Sözleşmenin 2(2). fıkrası arasında, hiç de tesadüf olmayan çarpıcı bir benzerlik vardır. 29 numaralı Sözleşme’nin 2(1). fıkrasına göre, bu Sözleşme’nin “amacı bakımından zorla veya zorunlu çalışma” terimi, “bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen ve bu kimsenin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet” anlamına gelir. Bu tanım, Avrupa Sözleşmesi’nin 4. maddesinin yorumlanmasında bir başlangıç noktası oluşturabilir. Ne var ki, Avrupa Sözleşmesi’nin, özel nitelikleri veya “demokratik Devletlerde halen hüküm süren anlayışların ışığında” okunması gereken yaşayan bir belge olduğu gerçeği (bk. diğerleri arasında 06.11.1980 tarihli Guzzardi kararı, parag. 95) gözden kaçırılmamalıdır.

33. Mahkeme önüne çıkanlar, Van der Mussele’nin Ebrima’ya verdiği hizmetin Sözleşme’nin 4(2). fıkrası anlamında bir “çalışma” olduğu konusunda hemfikirdirler. İngilizce bir kelime olan “çalışma (labour)”ın, daha çok dar anlamda el işi (manual work) olarak kullanıldığı doğrudur; fakat aynı zamanda Fransızca “çalışma (travail)” anlamını da taşımaktadır; bu bağlamda bu son anlamıyla kabul edilmelidir. Mahkeme bunu, 29 numaralı Sözleşme’nin 2(1). fıkrasındaki tanımla (“her türlü çalışma veya hizmet”), Avrupa Sözleşmesi’nin 4(3)(d) bendindeki tanımla (“her hangi bir çalışma veya hizmet”) ve faaliyetleri hiçbir şekilde el işi ile sınırlı olmayan Uluslararası Çalışma Teşkilatı adıyla bile tutarlı görmektedir.

34. Geriye bunun “zorla veya zorunlu” bir çalışma olup olmadığını belirlemek kalmaktadır. Bu sıfatlardan ilki, fiziksel veya ruhsal daraltma fikrini akla getirmektedir ki, olayda tabii ki böyle bir şey yoktur. İkinci sıfat ise, sadece yasal zorunluluğun veya yükümlülüğün her hangi bir biçimine gönderilmedi bulunmaz. Örneğin, serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma gereğince yapılması gereken bir iş, sırf taraflardan biri diğerine bu işi yapmayı taahhüt ettiği ve sözünü tutmadığı zaman yaptırımla karşılaşacağı gerekçesiyle, Sözleşme’nin 4. maddesinin kapsamına girdiği söylenemez. Bu konuda Komisyon’daki azınlık, çoğunluğun görüşüne katılmıştır. Burada bulunması gereken, “bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen” ve ilgili kişinin kendi iradesine rağmen yerine getirdiği, yani “kendi iradesiyle yapmadığı” bir çalışmadır.

35. 29 Numaralı Sözleşme’nin 3(1). fıkrasındaki tanım, Mahkeme’yi ilk önce bu olayda “bir ceza tehdidi” bulunup bulunmadığını araştırmaya götürmektedir.

Van der Mussele, meşru bir mazeret olmadan Ebrima’yı savunmayı reddetmiş olsaydı, bu red nedeniyle cezai nitelikte bir yaptırımla karşılaşmayacaktı. Öte yandan başvuru adının, Baronun stajyerler listesinden silinmesi veya avukatlık levhasına yazılma başvurusunun reddedilmesi riskiyle karşılaşacaktı (bk. yukarıda parag. 19); tanımdaki “her hangi bir” sıfatının kullanılması ve bu noktada ILO tarafından kabul edilen standartlar da dikkate alındığında, bu ihtimallerin “cezaî bir tehdit” oluşturması pek mümkün değildir.

36. İkinci olarak, başvuru söz konusu çalışmayı “kendi iradesiyle” yapıp yapmadığı belirlenmelidir.

Komisyon çoğunluğuna göre, başvuru şikâyetçi olduğu duruma önceden rıza göstermiş olup, daha sonra buna karşı çıkması sakattır. Komisyon çoğunluğunun görüşü şöyle de-

vam etmektedir: Gelecekte avukat olacak bir kimse mesleki kariyerine başlamadan önce, “olanakların bir tür değerlendirmesini” yapacaktır: mesleğin “getirileri (advantages)” karşısında “götürülerinin (drawbacks)” lehinde ve aleyhinde olan unsurları tartacaktır. İşte burada götürüler, gelecekte avukat olacak kimse tarafından “açıklıkla önceden görülebilir”; çünkü müvekkilleri ücretsiz savunma konusundaki yükümlülüğünden habersiz olmadığı gibi, yükümlülüğün nicelik olarak (yılda on dört dava) ve süreyle (stajyerlik döneminde) “sınırlı” olduğundan da habersiz değildir. Buna karşılık, elde edeceği getirden de haberdardır: görevlerini yerine getirirken serbestçe davranacak, mahkemelerdeki yaşantıya alışma imkânı bulacak ve “kendisine ücretli müvekkil çevresi oluşturacaktır.” O halde, zorunlu çalışmanın ayırd edici bir özelliği bulunmamaktadır; bu da Sözleşme’nin 4(2). fıkrasının ihlal edilmediğini kanıtlamak için yeterlidir.

Hükümet tarafından da desteklenen bu görüş, durumu bir yönüyle doğru bir biçimde yansıtmaktadır; ancak Mahkeme, buna belirleyici bir ağırlık vermemektedir. Van der Mussele hiç kuşkusuz, Belçika’da serbest meslek olan avukatlık mesleğine uzun bir geçmişe sahip meslek kurallarına göre bazı hallerde ücretsiz hizmet vereceğini ve masraflarını geri alamayacağını değerlendirerek girmeyi tercih etmiştir. Ancak bu gerekliliği, isteyerek veya istemeyerek, avukat olabilmek için kabul etmiş olup, o tarihte mesleği yapabilmeyenin normal şartları bu rızayı belirlemiştir. Kaldı ki, rıza gösterdiği şeyin, genel karakterde yasal bir rejim olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

O halde başvurucunun önceden rıza göstermesi, adli yardımla ilgili olarak üstlendiği yükümlülüklerin Sözleşme’nin 4(2). fıkrası bakımından zorunlu çalışma oluşturmadığı sonucuna varmayı zorunlu kılmaz. Diğer faktörlere de bakmak gerekir.

37. Komisyon, 1963 yılına dek geri giden içtihatlarına (*bk. başvuru no. 1468/62, Iversen – Norveç, [k.k.]*) ve daha sonra teyid ettiği kararlarına dayanarak, Avrupa Sözleşmesi’nin 4(2). fıkrasına göre bir olayda zorla ve zorunlu çalışma olabilmesi için iki şartın birlikte yerine gelmiş olmasının gerektiğini ifade etmiştir: bir çalışma sadece kişinin iradesine rağmen yerine getirilmiş olmakla kalmamalı, fakat bunu yerine getirme yükümlülüğü “haksız” veya “bunaltıcı” olmalı ya da yapılması “kaçınılmaz meşakkatli” yani “gerek-sizce sıkıntı verici” veya “bir ölçüde usandırıcı” olmalıdır. Komisyon bu konuyu “tamamlayıcı bir düşünce” olarak inceledikten sonra, ikinci şartın, birincisi gibi yerine getirilmediği sonucuna çoğunlukla varmıştır.

Mahkeme, 29. Numaralı ILO Sözleşmesi’nin 2(1). fıkrasında bu ikinci kriterin ifade edilmediğini gözlemlemektedir. Bu ikinci kriter, o Sözleşme’nin zorla veya zorunlu çalışmayla ilgili olmayan ve fakat 1(2). fıkradaki geçiş dönemi sırasında zorla veya zorunlu çalışma istenirken aranan şartlarla ilgili 4. ve sonraki maddelerden çıkan bir kriterdir.

Öyle olsa bile, Mahkeme farklı bir bakış açısını tercih etmektedir. “Bir ceza tehdidi” ile karşılaştırılabilir bir riskin bulunduğu ve başvurucunun “önceden rızası”yla ilgili argümana belirli bir ağırlık verilmesi gerektiği görüşünde olan Mahkeme, Van der Mussele’den istenen hizmetin zorunlu çalışma yasağına girip girmediğini belirlemek için, Sözleşme’nin 4(2). fıkrasının başlıca gayesi ışığında, olayın bütün koşullarını dikkate alacaktır. Belirli bir mesleği edinmek için gerekli görülen hizmetin, o hizmeti isteyerek önceden kabul edilmiş sayılmayacak kadar aşırı bir külfet yüklemesi veya mesleğin ileride sağlayacağı getirilerle orantısız olması halinde durum böyledir.

38. Sözleşme’nin 4. maddesinin yapısı, bu konuda açıklayıcı niteliktedir. Sözleşme’nin 4(3). fıkrası, 2. fıkrada güvence altına alınmış hakkı “kısıtlama”yı değil, fakat 2. fıkrayla bir bütün oluşturduğu ve “‘zorla veya zorunlu çalışma’ sayılmaz” dediği için, bu hakkın içeriğinin sınırlarını çizmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle, 3. fıkra, 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olmaktadır.

Bu maddenin 3. fıkrasının dört bendi, farklılıklarına rağmen, genel yarar, toplumsal dayanışma ve işin normal veya olağan durumu şeklindeki düzenleyici fikirlere dayanmıştır. Bu fıkranın “normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçası olan çalışma veya hizmeti” zorla veya zorunlu çalışma kapsamından hariç tutan (d) bendi, bu dava bakımından özel bir önem taşımaktadır.

39. Yukarıdaki düşünceler açısından bakıldığında, şikâyet edilen şartların, her biri değerlendirme standardı sağlayan bir kaç özellik tarafından nitelendirildiği görülür.

Verilmesi istenen hizmetler, avukatlığın normal faaliyetlerinin dışında hizmetler değildir; bu hizmetler Baro mensuplarının olağan çalışmasından ne nitelik olarak ne de olaya bakılması sırasında serbestliğin kısıtlanması bakımından farklılık taşımaktadır.

İkinci olarak, diğer ülkelerde olduğu gibi Belçika’da da münhasıran avukatların mahkeme huzuruna kabul edilme ve temsil etme yetkisine sahip olmaları (bk. yukarıda parag. 16) mesleğin getirileri olup, bu da söz konusu hizmetleri tazmin eden bir faktördür; başvurucunun dikkat çektiği istisnalar (bk. aynı yer), kuralı bozmamaktadır.

Ayrıca söz konusu hizmetler, ödeme yapan kendi müvekkilinin veya gözetmen avukatının müvekkilinin talimatları üzerine hareket ettiği davalarda olduğu gibi, başvurucunun eğitimine katkıda bulunmuştur. Bunlar onun deneyiminin ve ününün artmasına fırsat vermiştir. Bu noktada belirli bir derecedeki kişisel menfaat, başta gelen genel menfaat ile ele yürümektedir.

Dahası, Van der Mussel’in itiraz ettiği yükümlülük, Ebrima’nın Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinden yararlanmasını sağlayan bir araç olmuştur. Bu çerçevede söz konusu yükümlülük, sosyal dayanışma kavramına dayanmış olup, makul olmayan bir yükümlülük olarak görülemez. Aynı sebeple bu yükümlülük, Sözleşme’nin 4(3)(d). bendinde sözü edilen “normal yurttaşlık yükümlülükleri” ile aynı kategoride bir yükümlülüktür. Mahkeme’nin bu vesileyle, pro-Deo olayların hemen hepsinin rutin bir şekilde stajyer avukatlara verilmesinin yoksul kimselere etkili bir adli yardım sağlama gereğiyle tamamen bağdaşmadığı yönündeki Komisyon azınlık görüşünün doğruluğu hakkında söz söylemesi gerekli değildir (*Artico*, §33).

Son olarak başvurucuya yüklenen külfet orantısız değildir. Başvurucunun kendisinin verdiği bilgiye göre Ebrima için çalışması on yedi veya on sekiz saat sürmüştür (bk. yukarıda parag. 11). Bu süre stajyerlik döneminde atandığı diğer olaylardaki süreye eklense bile, ki böylece üç yıllık stajyerlik döneminde yaklaşık elli davada toplam yedi yüz elli saat yapmaktadır, ücretli işlere (yaklaşık 200 dava) yeterince vakit kaldığı görülür.

40. Aslında başvuru, söz konusu yükümlülüğe ilke olarak karşı çıkmamıştır. Başvurucunun şikâyeti, yükümlülüğün yerine getirilme tarzının iki yönüyle sınırlıdır: ücret ödenmemesi ve ayrıca yapılan masrafların karşılanmaması (bk. yukarıda parag. 12, 20 ve 24). Başvuru, en fazla ihtiyaç halindeki vatandaşları ücretsiz temsil etme görevinin, kendileri de yeterli mali kaynaktan yoksun olan stajyer avukatlara verilmesinin ve kanunla kurulmuş bir kamu hizmetinin masraflarına katlanmak zorunda bırakılmalarının hakkaniyete aykırı olduğunu düşünmüş ve Komisyon azınlığı da kendisine katılmıştır. Başvuru, Belçika’da bir biri ardına göreve gelen Baro Başkanlarının, bunu yıllarca hoş görülemeyecek bir durum olarak kabul ettiklerine dikkat çekmiştir.

Hükümet, şikâyet konusu uygulamanın artık “demode” olmuş bir “paternalizm”den esinlendiğini kabul etmiştir. Hükümet, bağımsızlığı konusunda kısınca olan bir mesleğin geleneksel tutumunun, Belçika Devletinin bu alandaki “standartları özellikle Avrupa’daki diğer Devletlerin düzeyine getirmek için” 9 Nisan 1980 tarihli Yasa (bk. yukarıda parag. 21) vesilesiyle “çaba göstermesini” geciktirmesine neden olduğunu ileri sürmüştür.

Hükümetin dediğine göre, yakın zamana kadar Baro, üyeleri arasında köklü çekişmelere yol açan resmi ücret tarifesi üzerinden stajyer avukatlara Devlet tarafından ödeme yapılmasına “güvensizlik” göstermiştir.

Komisyon da, bir hukuki durumun Sözleşme’nin 4. maddesine uygun olmakla birlikte artık “modern yaşamın gereklerini” karşılayamamasını bir talihsizlik olarak görmüştür. Komisyon, stajyer avukatların ücret alması halinde mesleki eğitimlerinin zarar görmeyeceğine işaret ederek, 9 Nisan 1980 tarihli Yasanın hemen ve etkili bir şekilde uygulamaya geçirilmesi dileğini ifade etmiştir.

Mahkeme sorunun bu yönünü ihmal etmiş değildir. Ücretlendirilmiş bir iş de zorla ve zorunlu çalışma olarak nitelendirilebilmekle birlikte, ücret ödenmemesi ve masrafların karşılanmaması, orantılılığı veya ilişkilerin normal seyrini değerlendirirken dikkate alınması gereken bir etmen oluşturur. Bu bağlamda, bir çok Sözleşmeci Devletin konuyla ilgili mevzuatının çeşitli derecelerde de olsa, yoksullar için atanmış avukatlara veya stajyer avukatlara ücretlerinin Devlet hazinesi tarafından karşılanmasına doğru bir eğilim gösterdiğini veya göstermekte olduğunu belirtmekte yarar vardır. 9 Nisan 1980 tarihli Belçika Yasası bu gelişmenin bir örneğidir; Yasa uygulanmaya başlandığında, Baronun bağımsızlığını tehdit etmeden önemli bir ilerleme kaydedecektir.

O tarihlerde şikâyet konusu ilişkilerin durumu hiç kuşkusuz, ücret ve masrafların ödenmemesi nedeniyle Van der Mussele’ye biraz zarar vermiştir; fakat bu zararlar, getirileri ile birlikte el ele gitmiş olup, aşırı olduğu da gösterilememiştir. Başvurucuya orantısız bir iş yüklenmemiş olup, bu davaların neden olduğu doğrudan masraflar da görece olarak azdır.

Mahkeme, Van der Mussele’nin şikâyet konusu uygulamadan bilgi sahibi olarak avukatlık mesleğine isteyerek girdiğini hatırlatır. Avukat olmak amacı ile bu amacı gerçekleştirmek için üstlenilen yükümlülükler arasında önemli ve gayri makul dengesizlik, tek başına Van der Mussele’den adli yardımla ilgili istenen hizmetlerin rızası hilafına zorunlu çalışma olduğu sonucuna varmayı gerektirebilecekti. Mahkeme önündeki deliller ise, ücret ve masraf ödenmemesine, ödense bile tatmin edici olmamasına rağmen, böyle bir dengesizliği ortaya koymamaktadır.

Halen Belçika’da ve diğer demokratik toplumlarda ulaşılmakta olan standartlar dikkate alındığında, burada Sözleşme’nin 4(2). fıkrası anlamında zorunlu çalışma görülemez.

41. Mahkeme vardığı bu sonucu dikkate alarak, söz konusu çalışmanın Sözleşme’nin 4(3) (d) bendine göre haklı olup olmadığına ve özellikle “normal yurttaşlık yükümlülükleri” deyiminin, özel bir kategorideki yurttaşlara, işgal ettikleri mevkiler veya toplum içinde kendilerinden yerine getirmeleri istenen işlevler nedeniyle yüklenen yükümlülükleri kapsayacak kadar geniş olup olmadığına karar vermeyi gerekli görmemektedir.

IV. Sözleşme’nin 4. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddeyi ihlal iddiası

42. Başvurucu ayrıca Sözleşme’nin 4. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesini ileri sürmüştür.

43. Sözleşme’nin 14. maddesi, Sözleşme’nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlali, diğer hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmadığından, özerk bir biçimde uygulanabilir bir maddedir. Öte yandan 14. maddenin diğer hükümlerden bağımsız bir varlığı yoktur, çünkü ancak diğer maddi hükümlerde güvence altına alınan “hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla” ilgi olarak etkiye sahiptir (*Marckx*, §32). Mahkeme bu olayda Sözleşme’nin 4. maddesindeki zorla veya zorunlu çalışma bulunmadığı sonucuna vardığı için, maddi olayların tamamen 4. madde alanı ve dolayısıyla 14. madde dışında kalıp kalmadığı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Ne

var ki bu tür bir gerekçe, temel bir itiraz ile karşılaşacaktır. Zorunlu çalışma kavramının sınırlarının çizilmesine yardımcı olan kriterler arasında işin normal durumu kavramı da yer almaktadır. Kendisi normal olan bir çalışma veya iş, bunu yapacak olan gruplar veya bireyler ayrımcı faktörler altında seçilmişlerse, o zaman anormal hale gelebilir; başvuru da bu koşullarda tam da bunun meydana geldiğini ileri sürmüştür.

Bu nedenle bu olay, Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilir olmadığı söylenebilecek bir olay değildir; Hükümet de buna itiraz etmemiştir.

44. Van der Mussele Komisyon'a verdiği 27 Ekim 1980 tarihli dilekçede, stajyer avukatlar ve kayıtlı avukatlar arasında ayrımcılık yapıldığı şikâyetinde bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu bu tutumunu Mahkeme önünde de değiştirmemiş ve Mahkeme de bu noktayı re'sen incelemeyi gerekli görmemiştir.

45. Öte yandan başvuru dilekçesinde, incelenmekte olan meseleler bakımından Belçika'daki avukatların diğer meslek mensuplarına göre daha az lehte muamele gördüklerini dile getirmiştir. Adli yardım olaylarında Devlet yargıçlara, Yazı İşleri Müdürlerine ve çevirmenlere ücret ödenmesini (Ceza Usul Kanununun 184 ek maddesi ve Yargı Kanununun 691. maddesi), ve “adli ve kamu hizmeti için atanmış görevlilerin harcırahlarını, bilirkişilerin ücret ve masraflarını, tanıkların giderlerini ..., icra memurları ile diğer kamu hizmetini atanmış olanların masraflarının ve aylıklarının dörtte birinin “, “adli yardım alan kişi namına” ödenmesini uygun görmektedir (bk. yukarıda parag. 23 ve Yargı Kanunu md. 692). Doktorlar, veterinerler, eczacılar ve dişçiler ise, yoksullara ücretsiz hizmet vermekle yükümlü değillerdir. Başvurucuya göre bütün bunlar, “objektif ve makul haklı sebepten” uzak, keyfi bir eşitsizliğin (“*Belçika Eğitim Dili Davası*”, §10) örnekleridir. Bu suretle bunlar, Sözleşme'nin 4. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddeyle çelişmektedirler. Komisyon azınlığı bu görüşe büyük ölçüde katılmıştır.

46. Sözleşme'nin 14. maddesi, benzer durumdaki bireyleri ayrımcılığa karşı korumaktadır (*Marckx*, §32). Oysa Hükümetin ve Komisyon çoğunluğunun haklı olarak işaret ettikleri gibi, Barolar ile yargısal veya yargı benzeri meslekler gibi başvurunun andığı çeşitli meslekler arasında temelde yasal statü, mesleğe giriş koşulları, işin niteliği, işi yerine getirme tarzı gibi çeşitli noktalarda farklılıklar vardır. Mahkeme'nin önündeki deliller, bu tamamen farklı durumlar arasında her hangi bir benzerlik bulunduğu ortaya koymamaktadır. Her birinde haklar ve yükümlülükler bir bütün olup, bunlardan sadece birinin ele alınması suni bir girişim olacaktır.

Buna göre Mahkeme, başvurunun bu konudaki şikâyetleri hakkında Sözleşme'nin 4. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

V. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

47. Van der Mussele son olarak, Birinci Protokolün 1. maddesine dayanmıştır.

48. Başvurunun ücret ödenmemesiyle ilgili iddialarını incelemeye gerek yoktur. Yukarıdaki madde metni, “bir kimsenin” mal ve mülkünden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkının tanınmasıyla sınırlıdır; bu nedenle bu hüküm, sadece varolan mal veya mülk için uygulanır (*Marckx*, §50). Mevcut davada ise, Antwerp Hukuki Danışma ve Müdafilik Bürosu, Ebrima'nın mali imkândan yoksun olduğu gerekçesiyle, 18 Aralık 1979'da bir ücret takdir edilmemesine karar vermiştir. Komisyon'un da oybirliğiyle yaptığı gibi buradan çıkan sonuca göre, başvuru için bir alacak doğmamıştır.

Sonuç olarak, ister kendi başına veya 14. madde ile birlikte ele alınsın, bu başlık altında Birinci Protokolün 1. maddesinin uygulanabilme alanı bulunmamaktadır. Kaldı ki, Van der Mussele 14. maddeyi sadece Sözleşme'nin 4. maddesiyle birlikte ileri sürmüştür.

49. Masrafların iadesi söz konusu olduğunda aynı şey söylenemez; çünkü Van der Mussele bu bağlamda kendi cebinden belirli bir miktar ödemek durumunda kalmıştır.

Ne var ki, bu da Birinci Protokolün uygulanabilir olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir.

Bir çok olayda kanunen verilmiş bir görev, bu görevi yerine getirmekle yükümlü kişiye masraf yüklemektedir. Böyle bir görevin verilmesinin Birinci Protokolün 1. maddesindeki mal veya mülke bir müdahale oluşturduğunu söylemek, bu maddeyi konu ve amacı dışına taşan bir şekilde yorumlamak olacaktır.

Mahkeme, bu olayda farklı düşünmek için geçerli bir sebep görmemiştir.

Van der Mussele, yoksul müvekkilleri için masrafta bulunmuştur. Bu masraflar miktar olarak az olup, Sözleşme'nin 4. maddesine uygun bir çalışma yapma yükümlülüğünden kaynaklanmıştır.

Bu nedenle Birinci Protokolün 1. maddesi tek başına veya 14. madde ile birlikte ele alınsa da, bu bağlamda uygulanabilir değildir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Tek başına veya 14. maddeyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 4. maddesinin ve Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

18.07.1994 13580/88 KARLHEINZ SCHMIDT - ALMANYA

◆ *zorunlu çalışma - ücretsiz hizmette bulunma yükümlülüğü* (yetişkin erkeklerin itfaiye hizmetlerine katılmak veya hizmete fiilen katılmayan kişilerin katkı payı ödemekle yükümlü tutulmaları) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - ayrımcılık yasağı - cinsiyetler arasında farklı muamele

DAVANIN ESASI

Kamu makamları başvurucudan 1982 yılı için 75 Mark itfaiye hizmetlerine katkı payı ödemesini istemişlerdir. Kamu makamlarının bu kararı vergi kanunlarına dayanmaktadır. Bu hükümlere göre Tettngang şehrinde ikamet eden her yetişkin erkek, mali yılbaşında itfaiye hizmetlerine katılmak, hizmete fiilen katılmayan kişiler ise katkı payı ödemekle yükümlü tutulur. Başvurucu bu yükümlülüğün anayasadaki hukuk önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmüş ve idari makamlardan kararı kaldırmalarını istemiş, idare mahkemelerine açtığı dava reddedilmiştir. Federal Anayasa mahkemesi yerleşik içtihatlarında bu konuyla ilgili olarak ayrımcılık yasağına aykırılık görmemiştir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna başvurarak zorla çalıştırılma yasağıyla bağlantılı olarak cinsiyet bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 4(3)(d) bendiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlali iddiası

A. Uygulanabilirlik

[22-23]: Sözleşme'nin 14. maddesi Sözleşme ve Protokollerdeki maddi hükümleri tamamlayıcı nitelikte bir maddedir. Sözleşme'nin 14. maddesi bağımsız bir varlığa sahip olmayıp, sadece söz konusu maddi hakların kullanılması bakımından bir etkiye sahiptir.

Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilmesi için, daha önce Sözleşme'nin maddi bir hükmünün ihlal edilmiş olması şart değildir. Ancak davaya konu olan olaylar maddi hükümlerden birinin kapsamına girmediği 14. maddenin uygulanması mümkün değildir. Sözleşme'nin 4(3). fıkrası, 4(2). fıkrasındaki hakkın kullanılmasını sınırlamak üzere getirilmiş olmayıp, ikinci fıkradaki hakkın kapsamını çerçevelediği için, ikinci fıkrayla bir bütün oluşturmakta ve ikinci fıkradaki 'zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma' teriminin neyi içerdiğini göstermektedir. Bu nedenle 3. fıkra, 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olmaktadır. Sözleşme'nin 4(3). fıkrasında yer alan dört bend kamu yararı, toplumsal dayanışma ve günlük ilişkiler açısından normal sayılabilecek nitelikteki düşüncelere dayanmaktadır. Zorunlu itfaiye hizmeti, Sözleşme'nin 4(3)(d) bendinde yer alan 'normal yurttaşlık yükümlülükleri'nden biridir. Bu hizmete karşılık katkı payı olarak getirilen mali yükümlülük, tazmini bir karşılık olarak kabul edilebileceği için, ödeme yükümlülüğü de 4(3)(d) bendi kapsamına girmektedir. Bu nedenlerle olayda 4(3)(d) bendi ile birlikte yorumlanan 14. madde uygulanabilir niteliktedir.

B. Uygunluk

[24–29]: Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından objektif ve makul haklı bir sebebe dayanmayan yani meşru bir amaca sahip olamayan ve kullanılan araçla amaç arasında makul bir orantı bulunmayan farklı muamele, ayrımcılık sayılır. Sözleşmeciler Devletler hangi farklı muamelenin ne ölçüde haklı görülebileceğine dair belirli bir takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, sadece cinsiyete dayanan farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğuna dair Mahkeme'nin önüne çok esaslı gerekçelerin getirilmesi gerekir. Zorunlu hizmetler bakımından kadınlara ve erkeklere farklı muamelede bulunulması eğiliminin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bu olayda itfaiye hizmetlerine katılma yükümlülüğü kanunda ve teoride yer aldığı halde, yeterli sayıda gönüllünün bulunduğu dikkate alındığında, uygulamada bir yangında hiç bir yetişkin erkeğin yangın kurtarma faaliyetlerine katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konudaki mali yükümlülük, kanunen değilse bile uygulamada tazmini özelliğini kaybetmiş olup sadece etkili bir mali yükümlülük haline girmiştir. Bu tür bir mali yükümlülük yüklerken cinsiyete dayalı farklı muamele yapılması haklı görülemez. Bu nedenle zorla çalıştırılma yasağı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmaz.

II. Birinci Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihlali iddiası

Mahkeme, yukarıda vardığı sonucu göz önüne tutarak bu şikâyeti incelemeyi gerekli görmemiştir.

III. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, yapılmış ödemeler nedeniyle maddi tazminat olarak 225 Mark, ücretler ve masraflar için 395 Mark ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 4(3)(d) bendiyle birlikte ele alınan 14. maddenin bu davada uygulanabilir olduğuna;
2. Üç karşı altı oyla, Sözleşme'nin 4(3)(d) bendiyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihaline;
3. Oybirligiyle, ayrıca Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak incelemenin gerekli olmadığına;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

EV KÖLELİĞİ

26.07.2005 73316/01 SİLİADIN - FRANSA

◆ *kölelik ve kulluk - ev köleliği* (Togo'lu genç kızın getirildiği Fransa'da ücretsiz olarak gün boyu evin her türlü işinde çalıştırılması ve evde yaşatılması nedeniyle yapılan şikâyetin ardından ev sahiplerinin korunmasız veya bağımlı bir kimseden ücretsiz olarak veya yeterince ücret ödemediği haksız yere hizmet edinmek ve yine aynı bu kişiyi insan onuruyla bağdaşmayan koşullar altında çalıştırmak ve yaşatmak suçlarından beraat etmeleri ve ceza kanununun kölelik ve kulluk suç olarak düzenlenmemiş olması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - kulluk - devletin pozitif yükümlülüğü - kölelik ve kulluk suç olarak düzenleme yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bayan Siwa-Akofa Siliadin 1978 doğumlu ve Paris'te yaşayan bir Togo'ludur.

Başvurucu, Ocak 1994'te on beş buçuk yaşındayken, Togo kökenli Fransız vatandaşı bayan D. ile birlikte Fransa'ya gelmiştir. Başvurucu, uçak biletinin parasını geri verebilecek miktarda para kazanıncaya kadar bayan D.'nin ev işlerini yapacak; bayan D. ise başvurusunun göçmen statüsü almasını ve eğitim görmesini sağlayacaktır. Başvurucu fiilen bay ve bayan D.'nin ücretsiz çalışan bir hizmetçisi haline gelmiş ve pasaportu elinden alınmıştır. Bayan D. Ekim 1994 civarında, başvurusu ev işlerinde yardımcı olması ve küçük çocuklarına bakması için arkadaşları bay ve bayan B.'ye 'ödünç vermiştir'.

Başlangıçta, başvurusunun bayan B. doğum yapıncaya kadar birkaç gün yanlarında kalması düşünülmüştür. Ancak bayan B., çocuk doğduktan sonra başvurusu yanında tutmaya karar vermiştir. Bazı Pazar günleri ayine gitmesi için özel izin verilmesi dışında, başvuru hiç boş günü olmaksızın her gün sabah 7:30'dan akşam 10:30'a kadar 'bütün ev işlerini yapan bir hizmetçi' olarak çalıştırılmıştır. Başvurucu, çocukların odasında yerde bir minder üzerinde uyumuş ve eski giysiler giymiştir. Bayan B.'nin annesinin kendisine verdiği 76.22 Euro tutarındaki 500 Fransız Frangı dışında, kendisine hiç bir ödeme yapılmamıştır.

Başvurucu bayan Siliadin Temmuz 1998'de, bir komşuya güvenerek durumunu anlatmıştır. Komşu, bu durumu Modern Kölelik Komitesi'ne, Komite de soruşturma makamlarına ihbarda bulunmuştur. Ceza Yasası'nın 225-13 maddesi uyarınca, bay ve bayan B. aleyhine, korunmasız veya bağımlı bir kimseden ücretsiz olarak veya yeterince ücret ödemediği haksız yere hizmet edinmek ve yine aynı Yasanın 225-14 maddesi uyarınca, bu kişiyi insan onuruyla bağdaşmayan koşullar altında çalıştırmak ve yaşatmak suçlarından ceza davası açılmıştır.

Sanıklar ilk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunmuşlar ve diğer cezaların yanı sıra 12 ay hapis cezasına mahkûm edilmişler, bu cezalarının 7 aylık kısmını ertelenmiştir. Ancak 19 Kasım 2000'de Üst Mahkeme, sanıkların beraatlarına karar vermiş ve başvurusunun tazminat taleplerini reddetmiştir. Başvurucu bu kararı temyiz etmiş, ancak Başsavcılık temyiz etmemiştir. Temyiz Mahkemesi Üst Mahkemenin cezai yönden beraat kararını onaylamış, fakat manevi tazminat talepleri yönünden bozarak davanın yeniden görülmesi için bu kez Versay Üst Mahkemesine göndermiştir.

Versay Üst Mahkemesi, 15 Mayıs 2003 tarihinde verdiği bir kararla, bay ve bayan B.'yi korunmasız ve bağımlı biri durumundaki başvurusu kendileri için ücretsiz çalıştırdıkları gerekçesiyle başvurusu uğradığı manevi zararlar için 15,245 Euro tazminat ödenmeleri gerektiğine karar vermiş, fakat çalışma ve yaşam koşullarının insan onuru ile bağdaşmaz olarak nitelenemeyeceği sonucuna varmıştır. Ekim 2003'de iş mahkemesi başvurusu ödenmemiş maaşlarına karşılık 31,238 Euro ödenmesine karar vermiştir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuş ve Sözleşme'nin 4. maddesine (kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı) dayanarak Fransız Ceza Yasası'nın kendisini ev kölesi (domestic slave) haline getiren 'kölelik' durumuna veya hiç değilse maruz kaldığı 'zorla ya da mecburi' çalıştırılmaya karşı yeterli ve etkili koruma sağlamadığını ileri sürmüştür.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlali iddiası

A. Başvurucunun mağdurluk statüsüne sahip olup olmadığı

Mahkeme'ye göre iç hukukta açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme'nin ihlal edildiği kabul edilmedikçe, iç hukukta başvurucunun lehine karar verilmiş olması mağdurluk statüsünü ortadan kaldırmaz.

B. Esas

1. Sözleşme'nin 4. maddesinin uygulanabilirliği ve pozitif yükümlülükler

[77-89]: Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesinin Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birisini koruduğu kanaatindedir. Bir devletin güvenceye alınmış hakları ihlal etmekten kaçınması, yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılması için yeterli değildir. Sözleşme'nin 4. maddesi, Sözleşmeciler Devletler üzerinde 4. maddesinde belirtilen uygulamaları suç haline getiren ceza hükümleri koymalarını ve etkili bir şekilde uygulamalarını içeren pozitif yükümlülükler doğurur. Mahkeme, Sözleşme'nin yanı sıra çok sayıda uluslararası antlaşmanın insanları kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışmaya karşı koruma amacı taşıdığına dikkat çekmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin işaret ettiği gibi kölelik, resmi olarak 150 yıldan daha uzun bir süre önce yasaklanmış olmasına rağmen, Avrupa'da 'ev köleliği' devam etmiş ve çoğunluğunu kadınların oluşturduğu binlerce insanı ilgilendirmiştir. Mahkeme, devletlerin bu bölgedeki modern standart ve eğilimlere uygun olarak, bir kimseyi 4. maddeyle bağdaşmayan bir durum içerisinde tutmayı amaçlayan eylemleri suç haline getirmek ve cezalandırmakla yükümlü oldukları kanaatindedir.

2. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[90-149]: Mahkeme, başvurucunun içinde bulunduğu durumu nitelendirirken, yıllarca bay ve bayan B. için dinlenmeksizin, kendi iradesine aykırı biçimde ve ücretsiz olarak çalıştırıldığına dikkat çekmiştir. O dönemde bir küçük olan başvurucu, yabancı bir ülkede yasadışı olarak bulunmakta ve polis tarafından yakalanmaktan korkmaktadır. Gerçekten de bay ve bayan B., başvurucunun bu korkusunun sürmesini sağlamışlar ve başvurucunun statüsüne ilişkin işlemlerin yapılacağına başvurucuyu inandırmışlardır.

Daha sonra Mahkeme, başvurucunun köle veya kul olarak tutulup tutulmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu irade özerkliğinden mahrum bırakılmış ise de, gerçek anlamda köle olarak tutulduğuna dair bir delil yoktur. Diğer bir ifadeyle, bay ve bayan B.'nin başvurucunun üzerinde gerçekten mülkiyet hakkı kullandıklarını ve bu suretle onu bir nesneye indirgedikleri görülmemektedir. Dolayısıyla Mahkeme bayan Siliadin'in, kavramın geleneksel anlamıyla köle olarak tutulmadığı kanaatindedir. Mahkeme'ye göre kulluk, bir kimsenin baskıyla hizmet sunma yükümlülüğü olarak değerlendirilir ve 'kölelik' kavramı ile bağlantılıdır. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun zorla çalıştırılmasının günde hemen hemen 15 saat ve haftada yedi gün sürdüğüne işaret etmiştir. Babasının bir akrabası tarafından Fransa'ya getirilen bayan Siliadin, bay ve bayan B. için çalışma-

yı kendisi seçmemiştir. Bir küçük olarak başvurusunun hiç bir geçim kaynağı yoktur; korunmasız ve tek başımadır. Çocukların yatak odasını paylaştığı bay ve bayan B.'nin evinde yaşamak dışında bir geçim yolu bulunmamaktadır. Başvurucu kağıtlarının elinden alınmış olmasından ve asla gerçekleşmeyen göçmenlik statüsünün sağlanacağı vaadinden ötürü, tamamen bay ve bayan B.'nin merhametine bağlı kalmıştır. Ayrıca polisin kendisini yakalamasından korkan bayan Siliadin'in hiç hareket özgürlüğü ve boş zamanı yoktur. Buna ilaveten, babasına verilen sözlere rağmen okula gönderilmediği için, başvurusunun durumunun iyeleşeceğini ümit etmesi de olanaksız olup, bütünüyle bay ve bayan B.'ye bağımlıdır. Bu koşullar altında Mahkeme, o dönemde bir küçük olan bayan Siliadin'in Sözleşme'nin 4. maddesindeki anlamıyla kul olarak tutulduğu görüşündedir.

Bu durumda Mahkeme Fransız mevzuatının, Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca başvurucuya Fransa'nın pozitif yükümlülükleri bakımından yeterli koruma sağlayıp sağlayamadığını belirlemek durumundadır. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1523(2001) sayılı tavsiye kararında, 'Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerinden hiç birinin, ev köleliğini Ceza Yasasında açıkça suç olarak düzenlememiş' olmasından üzüntü duyduğunu ifade ettiğine dikkat çekmiştir. Kölelik ve kulluk, Fransız Ceza Yasasında da suç olarak nitelendirilmemiştir. Fransız Ceza Yasasının 225-13 ve 225-14 maddeleri uyarınca kovuşturulan bay ve bayan B., ceza kanunu açısından suçlu bulunmamışlardır.

Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, Başsavcının Temyiz Mahkemesi'nin 19 Ekim 2000 tarihli kararını temyiz etmediğini, Üst Mahkeme'ye yalnızca davanın medeni hukuka ilişkin unsurları bakımından bir itirazın yöneltildiğini ve böylelikle bay ve bayan B.'nin beraatlarının kesinleştiğini kaydetmiştir. Buna ilaveten, Fransız Ulusal Meclisi'nin ortak komitesinin hazırladığı modern köleliğin değişik biçimlerine ilişkin bir rapora göre, Ceza Yasası'nın söz konusu hükümleri mahkemeden mahkemeye büyük farklılıklar gösteren yorumlara açıktır. Bu çerçevede Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükteki ceza kanununun, başvurusu mağdur eden eylemlere karşı özel ve etkili bir şekilde korumadığı görüşündedir. Mahkeme, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması konusunda gerekli olan ve giderek yükselen standartların, kaçınılmaz biçimde demokratik toplumların temel değerlerinin ihlallerini değerlendirmede daha istikrarlı olmayı gerektirdiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Fransa'nın 4. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme başvurusunun maddi veya manevi tazminat istememiş olması nedeniyle bu konuda bir hüküm verilmesini gerekli görmemiş, ücretler ve masraflar için 29,209 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurusunun mağdurluk statüsünü kaybettiğine dair Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihaline;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

İNSAN TİCARETİ

07.01.2010 25965/04 RANTSEV - KIBRIS ve RUSYA

◆ *insan ticareti* (Rus vatandaşı genç kadının 'artist vizesi'yle kabarede çalışmak üzere geldiği ancak fahişe olarak çalıştırılacağı Kıbrıs'ta ölümü), *gözüaltının hukukiliği - sebepsiz tutma - kısa süreli tutma* (Rus vatandaşı genç kadının fahişe olarak çalıştırılacağı Kıbrıs'ta işyerinden ve kaldığı yerden ayrılması üzerine işvereni tarafından bulunup götürüldüğü polis merkezinde ve daha sonra teslim edildiği işvereni tarafından toplam iki saat kadar tutulması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - insan ticaretine karşı koruma yükümlülüğü - insan ticaretini soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - tutmanın hukukiliği - hukukun öngördüğü usule göre tutma

DAVANIN ESASI

Başvurucu Nikolay Mikhaylovich Rantsev, 1938 doğumlu bir Rus vatandaşıdır. Başvurucu, 1980 doğumlu Bayan Oxana Rantseva'nın babasıdır.

13 Şubat 2001'de, Limassol'da bir kabarenin sahibi olan X.A., Rantseva'yı kabarede artist olarak çalıştırmak üzere, onun adına 'artist' vizesi ve çalışma izni için başvurmuştur. Bu başvuru dilekçesine Rantseva'nın pasaportunun bir fotokopisi, bir sağlık raporu, henüz Rantseva tarafından imzalanmamış bir iş sözleşmesinin kopyası ve bir taahhütname eklenmiştir. Bu taahhütnameye göre X.A., Kıbrıs'a göçmen olarak kabul edilecek olan Rantseva'nın beş yıl süreyle ihtiyaçlarını karşılamayı ve Kıbrıs'tan çıkış masraflarını ödemeyi üstlenmiş; bu göçmenin masraflarını devletin ödemek durumunda kalması halinde, devletin yaptığı masrafları devlete ödemeyi taahhüt etmiştir.

Oxana Rantseva 5 Mart 2001'de Kıbrıs'a gelmiş, kabarede çalışan bir başka kadınla aynı dairede kalmıştır. 12 Mart 2001'de Rantseva'ya X.A.'nin sahibi ve kardeşi M.A.'nin yöneticisi olduğu kabarede 8 Haziran 2001'e kadar çalışma izni verilmiştir. Rantseva 16 Mart 2001'de çalışmaya başlamıştır.

19 Mart 2001 tarihinde sabah 11.00 sularında, Rantseva'nın birlikte kaldığı kadın, M.A.'ya Rantseva'nın eşyalarını alarak evden ayrıldığını haber vermiştir. Rantseva yorulduğunu ve Rusya'ya dönmek istediğini belirten Rusça bir not bırakmıştır. Aynı gün M.A. Limassol'daki Göçmen Bürosuna Rantseva'nın evi ve işyerini terk ettiğini bildirmiştir. M.A. daha sonra verdiği ifadeye göre, Rantseva'nın yakalanıp Kıbrıs'tan sınır dışı edilmesini istemiştir; böylece kabarede çalışacak başka bir kadını getirebilecektir. Ancak Rantseva'nın adı polislerin arananlar listesine kaydedilmemiştir.

Rantseva, 28 Mart 2001 sabahı saat 04.00 sularında Limassol'daki bir diskotekte başka bir kabare artisti tarafından görülmüş, bu artistin durumu M.A.'ya bildirmesi üzerine, M.A. polise telefon ederek Rantseva'yı yakalamasını istemiştir. M.A., daha sonra kabaredeki bir güvenlik görevlisiyle diskoteğe gelmiş, Rantseva'dan arabaya binmesini istemiş, sarhoşmuş gibi görünen Rantseva buna karşı çıkmadan arabaya binmiştir. M.A., Rantseva'yı Limassol Polis Merkezi'ne götürmüş, Rantseva'nın kaçak olduğunu söyleyerek kendisini gözüaltına almalarını istemiş ve daha sonra polis merkezinden ayrılmıştır.

Pasaport görevlisi polislere Rantseva'nın arananlar listesinde görünmediğini, M.A.'nin 19 Mart 2001 tarihinde şikâyetinde bulunduğu dair bir kayıt yer almadığını tespit etmiş, her halükarda şikâyetin üzerinden 15 gün geçmeden bir kimsenin kaçak haline gelmeyeceğini söylemiştir. Pasaport görevlisi, Emniyet Yabancılar ve Göçmenler Bürosu'nu (AIS) aramış; buradaki yetkili, Rantseva'nın gözüaltında tutulmaması ve işverenin aranıp Rantseva'yı almasının ve sabah 07.00 sularında Limassol Göçmen Bürosu'na getir-

mesinin istenmesi talimatını vermiştir. Polisler M.A.'yı aramışlar ve gelip Rantseva'yı almasını istemişlerdir. M.A. polislerin üstleriyle görüşükten sonra sabah 05.20 sularında gelip, Rantseva ile birlikte polislere teslim etmiş olduğu Rantseva'nın pasaportunu ve diğer belgeleri de yanına almıştır.

M.A. daha sonra 05.45 sularında Rantseva'yı, kabarede çalışan M.P.'nin karısıyla birlikte yaşadığı bir apartman dairesine götürmüştür. Rantseva ayrı bir odaya yerleştirilmiştir. M.A. daire kapısına açılan salonda uykuya dalmıştır. Rantseva sabah 06.30 sularında apartmanın önünde çantası kolunda, ölü olarak bulunmuştur. Balkondan sarkan bir yatak çarşafı görülmüştür. Ölümle ilgili yapılan soruşturma sonunda ulusal mahkeme, Rantseva'nın misafir olduğu daireden kaçmaya çalışırken kazaya benzeyen garip koşullarda öldüğü ve Rantseva'nın ölümü nedeniyle herhangi bir kimseyi suçlamak için delil bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Rantseva'nın cesedi Kıbrıs'tan Rusya'ya getirildikten sonra, Rantseva'nın babasının talebi üzerine, Rusya'daki adli tıp uzmanları tarafından bir kez daha otopsi yapılmıştır. Rus makamları Rantseva'nın garip ve ortaya çıkarılamayan koşullarda öldüğü sonucuna varmışlar ve Kıbrıs ile Rusya arasındaki karşılıklı adli yardım anlaşmasına göre ek soruşturma yapılması talebini Kıbrıs makamlarına iletmışlerdir. Kıbrıs makamları Ekim 2006'da Rantseva'nın ölümüyle ilgili ölüm soruşturmasının 27 Aralık 2001'de tamamlandığını ve mahkeme kararının kesinleştiğini bildirmişlerdir.

Kıbrıs'taki 'artistler'in durumuna dair raporlar: Kıbrıs Ombudsman'ı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyoneri ve Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı, Kıbrıs'ta cinsel sömürü amaçlı insan ticaretinin yaygınlığına ve Kıbrıs'ta insan ticaretini kolaylaştıran kabare endüstrisine ve 'artist' vizesine ilişkin raporlar yayımlamışlardır. Ombudsman Kasım 2003 tarihli raporunda, yabancı genç kadınların kabare artisti olarak çalıştırılmalarının geçmişi üzerinde durulmuş ve 'artist' kelimesinin Kıbrıs'ta 'fahişelik' ile eşanlamlı hale geldiği belirtilmiştir. Rapora göre yetkililer, 'herkes tarafından bilinip kabul edilen artist olarak çalışmak üzere Kıbrıs'a gelen kadın olgusu'nu sınırlamaya çalışmışlar ve etkili bir göçmen izleme sistemi oluşturmak için daha sert önlemler almayı düşünmüşlerdir; ancak kabare yöneticilerinin ve artist ajanslarının muhalefeti nedeniyle, düşünülen bazı tedbirler uygulanamamıştır; 1990'lı yıllardan itibaren Kıbrıs'taki fahişelik piyasası daha çok eski Sovyetler Birliği ülkelerinden gelen kadınlar tarafından yönetilmeye başlanmıştır; bu dönemde bazı önlemlerin uygulanmasında ilerleme bulunmakla birlikte, modern kölelik rejimi altında kadınların cinsel sömürüsü, ticareti ve hareketliliği konusunda bir ilerleme sağlanamamıştır. Rapora göre, artist olarak ülkeye giren kadınlar genellikle yoksul ailelerden gelen eğitilmiş kadınlardır; çok azı gerçekten artisttir; fahişelik yapmaya zorlanacaklarının farkındadırlar; ancak bu işi hangi koşullarda yapacaklarını bilmemektedirler; bazı yabancı kadınların garson veya dansçı olarak çalışacakları veya müşterilerle içki içecekleri zannıyla Kıbrıs'a geldikleri fakat daha sonra zorla veya tehditle gerçek işi yapmaya zorlandıkları görülmüştür; bu baskıya dayanamayan yabancı kadınlar işverenleri tarafından Yabancılar ve Göçmen Bürosuna gitmeye ve göstermelik sebeplerle sözleşmelerini sona erdirmek ve Kıbrıs'tan ayrılmak istediklerini söylemeye zorlanmaktadır; böylece işverenleri bunların yerine hemen başka artistler alabilmektedir.

Rapora göre yabancı artistler, Kıbrıs'a girdikleri andan ayrıldıkları ana kadar sürekli olarak işverenlerin adamlarının gözetimi altındadırlar; işlerini bitirdikten sonra istedikleri yere gitmelerine izin verilmez; hatta bazı artistlerin kaldıkları yerde kilit altında tutulduklarına dair ciddi şikâyetler vardır; ayrıca pasaportları ve diğer kişisel belgeleri işverenlerinin veya artist ajansının elinde kalmaktadır; buna uymayanlar, işverenleri tarafından şiddetle veya para cezasıyla cezalandırılmakta, bu para cezaları genellikle konsomasyon veya başkalarıyla seks yaparak ödenmektedir; artistler genellikle kabare sahibinin veya

artist ajansının sahibi olduğu kabareye yakın tek yıldızlı veya yıldızsız otellerde, dairelerde veya misafirhanelerde, tek bir odada üç dört kadın birlikte kalmaktadırlar; sürekli korunan bu yerlerin çoğu elverişsiz ve temizlik imkânlarından yoksundur. Rapora göre, Kıbrıs'a gelen yabancı artistler, seyahat masrafları ve ajansın komisyonu gibi masraflar karşılığında borçlandırılmakta ve böylece borçlarını ödetmek için her koşulda çalışmaya zorlanmaktadır.

Rapora göre, bu kadınlar kendi ülkelerinden yerel artist ajanslarının değişik ülkelerdeki benzerleriyle yaptıkları işbirliği sonucu Kıbrıs'a getirilmekte ve yaklaşık altı ay kadar çalıştırıldıktan sonra Lübnan, Suriye, Yunanistan veya Almanya gibi ülkelere gönderilmektedirler. Raporda ayrıca şu tespitler yapılmaktadır: Polis sadece birkaç tane insan ticareti mağdurundan şikâyet almıştır; bu şikâyet azlığı, artistlerin kendilerini buraya getirenlerden korkmalarıyla açıklanmıştır; şikâyette bulunan mağdurları koruma tedbirleri yetersizdir; bu kadınlara herhangi bir yerde çalışma izni verilmiş olduğu halde, onlar aynı iş türünde çalışmak durumunda kalmakta, böylece eski işverenleri tarafından kolaylıkla bulunabilmektedirler. Rapora göre, insan ticareti sadece cinsel sömürüyle değil, fakat ayrıca kölelik veya kulluk şeklinde çalışma sömürüsüyle de ilgilidir; mevcut mevzuat, insan ticareti ve cinsel sömürüyle mücadele için yeterli olmakla birlikte, bu politikayı uygulamak için pratik tedbirler alınmamıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Şubat 2004, Mart 2006 ve Aralık 2008 tarihli raporlarında, Kıbrıs'ta kadın ticareti konusunu ele almıştır. Bu raporlarda Kıbrıs makamlarının, artist vizesi sisteminin insan ticareti veya zorla fahişelik için kullanılmamasını sağlamak için çok dikkatli olmaları gerektiği belirtilmiştir.

İç hukuk: Ülkeye giriş, kalma ve artist izinleriyle ilgili düzenlemeye göre, artist, 'bir kabarede, müzikli danslı işyerinde veya başka bir gece eğlence yerinde çalışmak için Kıbrıs'a girmek isteyen 18 yaşını doldurmuş yabancıdır'. Kıbrıs'ta insan ticaretiyle ilgili olarak 2000 tarihli 3(1) sayılı İnsan Ticareti ve Çocukların Cinsel Sömürüsü hakkında Yasa çıkarılmıştır. Bu yasa, 'cebir veya şiddet ve tehdit kullanarak; veya hileyle; veya yetkinin kötüye kullanılması veya kişiye baskı veya kötü muameleyle boyun eğmekten başka hiçbir esası ve makul seçme şansı bırakmayacak şekilde baskı uygulanması suretiyle', 'gelir elde etmek amacıyla yetişkin bir kimsenin cinsel olarak sömürülmesini' yasaklamaktadır. Aynı koşullarda, 'gelir elde etmek ve cinsel sömürü amacıyla yetişkin bir kimsenin ticaretinin yapılması' da suçtur.

Uluslararası hukuk: Kölelik Sözleşmesi, 1926'da Cenevre'de imzalanmış ve 7 Temmuz 1955'te yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeye Rusya 8 Ağustos 1956'da, Kıbrıs ise 21 Nisan 1986'da katılmıştır. Sözleşme'nin 1. maddesinde kölelik, 'üzerinde mülkiyet hakkının verdiği tüm yetkilerin kullanılabilirdiği kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum' olarak tanımlanmıştır. Sözleşme'nin 2. maddesine göre devletler, köle ticaretini önlemeyi ve cezalandırmayı, tedricen ve mümkün olan en kısa sürede her türlü kölelik biçimini kaldırmayı taahhüt ederler. Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışmayı ele alan Sözleşme'nin 5. maddesi, devletlerin zorla veya zorunlu çalışmanın ağır sonuçlar doğurabileceğini kabul ettiklerini, zorla ve zorunlu çalışmanın kölelik benzeri bir duruma varmasını önleyecek bütün tedbirleri almayı taahhüt ettiklerini bildirmektedir.

Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, 12 Haziran 2002 tarihli *Prosecutor v. Kunarac, Vukovic ve Kovac* kararında, insanlığa karşı bir suç olarak cinsel sömürü amaçlı köleleştirmenin tanımı üzerinde durmuştur. Bu Mahkeme'ye göre, 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesinde tanımlandığı şekliyle ve genellikle 'mal köleliği' olarak anlaşılan geleneksel kölelik kavramı, yine mülkiyet hakkına bağlı tüm veya bazı yetkilerin kullanılmasına dayanan köleliğin çeşitli modern biçimlerini içerecek şekilde evrimleşmiştir. Bu modern kölelik biçiminde mağdur, mal köleliğiyle bağlantılı mülkiyet hakkının en uç biçimlerine

tabi tutulmaz; ama yine de hukuki kişiliğinin bir şekilde tahribi söz konusudur; tahribat mal köleliğinde daha fazladır, arada sadece derece farkı vardır. Bu Mahkeme şu sonuca varmıştır: ‘Belirli bir fenomenin bir köleleştirme biçimi olup olmadığı meselesi, bir kimşenin seyahati üzerindeki kontrol, fiziksel çevrenin kontrolü, psikolojik kontrol, kaçmayı önlemek veya caydırmak için alınan tedbirler, zor kullanma, zor veya cebir kullanma tehdidi, bunun süresi, aidiyet iddiası, zalimane muamele ve istismara tabi tutma, cinselliğin kontrolü ve zorla çalıştırma gibi etmenlerin veya belirtilerin işleyişine bağlıdır.

Sonuç olarak, orijinal kölelik düşüncesinin genişlemesiyle fark edilen bütün modern kölelik biçimlerini tüketici bir biçimde sıralamak mümkün değildir. ...’ 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü), 7(1)(c) bendinde köleleştirme için şöyle demektedir: ‘bir kimse üzerinde mülkiyet hakkına bağlı bütün yetkilerin veya bir yetkinin kullanılması olup, özellikle kadın ve çocukların insan ticareti sırasında bu tür yetkilerin kullanılmasını da içerir’. İnsan ticaretinden söz eden ilk uluslararası belge, 1904’te kabul edilen Beyaz Köle Ticaretiyle Mücadeleye Dair Uluslararası Anlaşma’dır. Bunu 1910 tarihli Beyaz Köle Ticaretiyle Mücadele Hakkında Uluslararası Sözleşme izlemiştir. 1921 yılında Milletler Cemiyeti, Kadın ve Çocuk Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi’ni, 1933 yılında da Reşit Kadın Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi’ni kabul etmiştir. 1949 tarihli İnsan Ticareti ve Başkalarının Fahişeleştirilerek Sömürülmesiyle Mücadele Sözleşmesi, önceki belgeleri Birleşmiş Milletler’in denetimi altına sokmuştur. 1979 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme’nin (CEDAW) 6. maddesi şöyle demektedir: ‘Sözleşmeci Devletler, kadın ticaretinin ve kadınların fahişeleştirilerek sömürülmesinin her biçimiyle mücadele ederler ve yasal tedbirler dâhil bütün tedbirleri alırlar’.

Öte yandan ‘Palermo Protokolü’ adıyla anılan, ‘Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Mücadele Edilmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol’ 15 Kasım 2000’de BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş ve 23 Eylül 2003’te yürürlüğe girmiştir. Bu Protokolün 3(a) bendi insan ticaretini tanımlamakta; 3(b) bendi, insan ticareti mağdurunun amaçlanan sömürü konusunda rızasının bulunmasının önemsiz olduğunu belirtmekte; 5. maddesi, devletlere, bu Protokolün 3. maddesindeki eylemleri suç olarak düzenleme yükümlülüğü yüklemekte; 6. maddesi, insan ticareti mağdurlarına koruma ve yardım konusu ele almakta; 9. maddesinde insan ticaretinin önlenmesi için devletlerin politikalar, programlar ve diğer tedbirler oluşturmalarını öngörmekte; 10. maddesi, ilgili makamlar arasında bilgi alış verişini düzenlemektedir.

Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Sözleşme, 16 Mayıs 2005 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kıbrıs bu Sözleşmeyi 24 Ekim 2007’de onaylamış, Rusya henüz imzalamamış ve onaylamamıştır. Sözleşme’nin 1. maddesinde bu Sözleşmenin amacının, insan ticaretiyle mücadele etmek ve önlemek, mağdurların insan haklarını korumak, mağdurların ve tanıkların korunmaları ve kendilerine yardım verilmesi ve insan ticaretinin etkili bir şekilde soruşturulması ve kovuşturulması konusunda bir çerçeve oluşturmaktır. Sözleşmenin 4(a) bendi, Palermo Protokolü’nün 3(a) bendindeki insan ticareti tanımını benimsemekte, 4(b) bendi yine Palermo Protokolü’nün insan ticareti mağdurunun rızasının önemsiz olduğu ifadesini tekrarlamakta; 5. maddesi, devletlerin insan ticaretini önleyici tedbirler almalarını gerektirmekte; 6. maddesi, devletlerin insan ticaretini besleyen talebi caydırmak için tedbirler alınmasını öngörmekte; 10. maddesi, eğitim ve işbirliğiyle ilgili alacak tedbirleri göstermekte; 12. maddesi, devletlerin mağdurlara fiziksel, psikolojik ve sosyal yardımlar verilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir. Sözleşme’nin 18-21 maddeleri, suç olarak düzenlenmesi gereken eylemleri; 27. maddesi, insan ticareti kapsamına giren

suçların soruşturulmasını ve kovuşturulmasını mağdurun şikâyetine veya suç ihbarına tabi tutulmamasını; 31. maddesi, yargı yetkisini düzenlemektedir.

Başvurucu 26 Mayıs 2004 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvururak, Sözleşme'nin 2, 3, 4, 5 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 37(1). fıkrasının uygulanması

Kıbrıs Hükümeti, Sözleşme'nin 2, 3, 4, 5 ve 6. maddelerini ihlal ettiğini ifade eden, başvurucuya maddi ve manevi tazminat ödemeyi teklif eden ve Rantseva'nın ölümü hakkında Kıbrıs'ta kalması ve çalışması ve kendisine karşı yapılmış olabilecek yasadışı eylemleri soruşturmak üzere üç bağımsız uzmandan oluşan bir heyetin kurulmasını öneren tek taraflı bir beyanda bulunmuştur.

[188-202]: Kıbrıs Hükümeti taraflar arasında dostane çözüm girişiminin başarısız olması halinde, Hükümetin tek taraflı beyanı üzerine Mahkeme'nin Sözleşme'nin 37(1) (c) bendine göre başvurunun düşmesine karar verebileceğini ileri sürmüştür. Başvurucu, Mahkeme'den Hükümetin talebini reddetmesini istemiştir. Mahkeme, verdiği kararların Sözleşme'deki hükümlerin açıklanmasına, korunmasına ve geliştirilmesine hizmet ettiğini hatırlatmıştır. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 4. maddesinin insan ticareti bakımından yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin içtihadının bulunmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, bu davada insan ticaretiyle ilgili iddiaların ağırlığı nedeniyle, Kıbrıs Hükümetinin tek taraflı beyanına rağmen, insan haklarına saygı ilkesinin, davanın incelenmesine devam edilmesini gerektirdiği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 2, 3, 4 ve 5. maddeleri bakımından yapılan şikâyetlerin kabuledilebilirliği

[203-212]: Rusya ilk olarak Mahkeme'nin *yer bakımından* yetkisine itirazda bulunmuştur. Mahkeme, iddia konusu insan ticaretinin Rusya'da başladığını dikkate alarak, Rusya'nın egemenlik alanına giren olaylar bakımından incelemeye kendini yetkili görmüş ve Rusya'nın bu yönden itirazını reddetmiştir. Rusya, ikinci olarak Mahkeme'nin konu bakımından yetkisine itiraz etmiştir. Rus Hükümeti'ne göre, olayda kölelik, kulluk veya zorla veya zorunlu çalıştırma bulunmadığından, şikâyet konu bakımından reddedilmelidir. Mahkeme'ye göre, başvurunun şikâyet ettiği muamelenin Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına girip girmediği şikâyetin esasıyla bağlantılıdır, dolayısıyla bu itiraz esasla birleştirilmelidir. Mahkeme daha sonra yaptığı incelemede Rus Hükümeti'nin itirazını bu yönden reddetmiştir.

III. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası

[213-247]: Mahkeme, Kıbrıs makamlarının Rantseva'nın yaşama hakkını koruma şekline pozitif yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine, ancak Kıbrıs makamlarının Rantseva'nın ölümü hakkında etkili bir soruşturma yapmalarını nedeniyle usul yükümlülüğü yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Öte yandan Mahkeme, Rusya tarafından Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yükümlülüğü yönünden ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

[248-252]: Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından yapılan şikâyetleri ayrıca incelemeyi gerekli görmemiş ve bu bağlamda yapılan şikâyeti Sözleşme'nin 4. maddesine ilişkin şikâyet bağlamında incelemeye karar vermiştir.

V. Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

[254–271]: Başvurucu, kızının insan ticareti mağduru olmaya karşı korunmaması ve Kıbrıs'a gelişi ve buradaki işinin niteliği konusunda etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle Rusya ve Kıbrıs'ın Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal ettiklerini iddia etmiştir. Kıbrıs Hükümeti, başlangıçta, Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğini savunmuştur. Kıbrıs Hükümeti, devletin bir kimseyi köle veya kul olarak tutma veya zorla çalıştırma eylemlerini suç olarak düzenleme ve etkili bir şekilde soruşturma şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunduğunu, ancak dosyada Rantseva'nın köle ve kul olarak tutulduğuna veya zorla çalıştırıldığına dair bir delil bulunmadığını söylemiştir. Kıbrıs Hükümeti, daha sonra tek taraflı beyanında Rantseva'nın insan ticareti mağduru olup olmadığını veya cinsel veya başka bir sömürüye tabi tutulup tutulmadığını belirlemek için herhangi bir işlem yapmamış olduğu için Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal ettiğini kabul etmiştir. Rusya Hükümeti ise, Rantseva'ya yapılan muamelenin Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına girmediğini savunmuştur. Üçüncü taraf olarak görüşlerini bildiren Interights ve AIRE Centre, insan ticaretinin Sözleşme'nin 4. madde kapsamına girdiğine dair açıklamalarda bulunmuşlardır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Sözleşme'nin 4. maddesinin uygulanabilirliği

“272. Ortaya çıkan ilk sorun, bu olayın Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına girip girmediğidir. Mahkeme, ‘köleliği’, ‘kulluğu’ ve ‘zorla çalıştırma ile zorunlu çalışmayı’ yasaklayan Sözleşme'nin 4. maddesinin, insan ticaretinden söz etmediğini hatırlatır.

273. Mahkeme, Sözleşme'de yer alan hakların ve özgürlüklerin yorumlanmasında Sözleşme hükümlerinin tek dayanak olduğunu hiçbir zaman düşünmemiştir (*Demir ve Baykara [BD], §67*). Mahkeme, çok daha önceleri, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında temel ilkelerden birinin, bu hükümleri boşlukta uygulamamak olduğunu söylemiştir (*18.12.1996 tarihli Loizidou kararı; Öcalan [BD], §163*). Uluslararası bir anlaşma olan Sözleşme, 23 Mayıs 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesinde yer alan yorum kuralları ışığında yorumlanmalıdır.

274. Viyana Sözleşmesi gereğince, Mahkeme'nin sözcüklerin bağlamları içinde ve hükümün konusu ve amacı ışığında verilmesi gereken olağan anlamlarını belirlemesi gerekir (*Golder, §29; Loizidou, §43 ve Viyana Sözleşmesi md. 31(1)*). Mahkeme, maddenin bağlamının bireyin insan haklarını etkili bir şekilde korumayı amaçlayan bir Sözleşme olduğunu ve Sözleşme'nin bir bütün olarak okunması ve değişik hükümler arasında bir iç tutarlılığı ve ahengi yansıtacak şekilde yorumlanması gerektiğini göz önünde tutmak zorundadır (*Stec ve Diğerleri [B.D.] [k.k.], no. 65731/01, §48*). Uluslararası hukukun konuyla ilgili olan ve Sözleşmeciler Devletler arasındaki ilişkilerde uygulanabilir bulunan kurallarını ve ilkelerini dikkate almak ve Sözleşme'yi mümkün olduğu kadar bir parçası olduğu diğer uluslararası hukuk kurallarıyla ahenkli bir şekilde yorumlamak gerekir (*Al-Adsani [BD], §55; Demir ve Baykara, §67; Sadi [BD], §62; ve Viyana Sözleşmesi, md. 31(3)(c)*).

275. Son olarak Mahkeme, tek tek insanları koruyan bir belge olan Sözleşme'nin amacının, koruyucuları pratik ve etkili kılacak şekilde Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini vurgular (*Soering, §87; Artico, §33*).

276. Mahkeme, *Siliadin* davasında, Sözleşme'nin 4. maddesindeki ‘köleliğin’ kapsamını incelerken, gerçek bir mülkiyet hakkının kullanılmasını ve bireyin statüsünün ‘obje’ye indirgenmesini öngören 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'ndeki kölelik tanımına dayanmış-

tır (*Siliadin*, §122). Mahkeme, ‘kulluk’ kavramıyla ilgili olarak, burada ‘özel bir ağırlığa sahip bir özgürlük engelleme biçimi’nin yasaklandığını belirtmiştir (*Van Droogenbroeck Komisyon Raporu*, §78-80). ‘Kulluk’ kavramı, zorlama altında bir kimseye hizmet verme yükümlülüğünü içerir ve ‘kölelik’ kavramıyla bağlantılıdır (*Seguin – Fransa*, [k.k.], no. 42400/98); ve *Siliadin*, §124). ‘Zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma’nın oluşabilmesi için, Mahkeme bir ölçüde fiziksel veya zihinsel sınırlama ile birlikte kişinin iradesini biraz aşan bir durum olması gerektiğini söylemiştir (*Van der Musselle*, §34; *Siliadin*, §117).

277. İnsan ticaretinin, Sözleşme’de açıkça geçmemiş olması şaşırtıcı değildir. Sözleşme, insan ticaretinden söz etmeyen ve 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilmiş olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nden esinlenmiştir. Bildirinin 4. maddesinde ‘kölelik ve her biçimdeki köle ticareti’ yasaklanmıştır. Ancak Sözleşme’nin 4. maddesi değerlendirilirken, Sözleşme’nin özellikleri veya Sözleşme’nin günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu gözden kaçırılmamalıdır. İnsan haklarını ve temel özgürlükleri koruma alanında giderek daha yüksek standartların gerekli hale gelmesi, kaçınılmaz olarak demokratik toplumların temel değerlerine aykırılığın daha katı bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir (*Selmouni*, [BD], §101; *Christine Goodwin*, [BD], §71; ve *Siliadin*, §121).

278. Mahkeme, küresel bir fenomen olan insan ticaretinin son yıllarda önemli ölçüde arttığını kaydeder. Eski Komünist bloğun çöküşü, Avrupa’da insan ticaretinin artışını kolaylaştıran bir unsur olmuştur. 2000 yılında Palermo Protokolü’nün ve 2005 yılında İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme’nin yapılması, insan ticaretinin yaygınlığının giderek uluslararası düzeyde de kabul edildiğini ve bununla mücadele edilmesine duyulan ihtiyacı göstermektedir.

279. Mahkeme, Sözleşme’nin 4. maddesinin uygulanması sorununu sık sık incelemek durumunda kalmamış ve bugüne kadar aslında sadece bir kez insan ticaretiyle bağlantılı bir muamelenin bu madde kapsamına girip girmediğini incelemiştir (*Siliadin kararı*). O davada Mahkeme, başvurunun şikâyet ettiği muamelenin kölelik kapsamına girmese bile, kulluk ve zorla çalıştırma oluşturduğu sonucuna varmıştır. Hem insan ticaretinin ve hem de bununla mücadele tedbirlerinin çoğalmasını dikkate alan Mahkeme, mevcut olaydaki muamelenin Sözleşme’nin 4. maddesinde yasaklanan üç tip davranıştan hangisine girdiğini değerlendirme gereği duymaksızın, bizzat insan ticaretinin Sözleşme’nin 4. maddesinin getirdiği güvenceler kapsamına girip girmemesinin, bu maddenin ruhuna ve amacına ne ölçüde aykırı düştüğünü incelemenin daha uygun olacağını düşünmektedir.

280. Mahkeme, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin, geleneksel ‘kölelik’ kavramının mülkiyet hakkıyla bağlantılı tek veya bütün yetkilerin kullanılmasına dayanan çeşitli modern kölelik biçimlerini kapsayacak şekilde değiştiği sonucuna vardığını gözlemlemektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir durumun modern kölelik biçimi oluşturup oluşturmadığını değerlendirirken, kişinin hareketleri veya fiziksel çevresi üzerinde bir kontrol bulunup bulunmadığı veya kişinin üzerinde psikolojik kontrol bulunup bulunmadığı, kaçmayı önleyici veya caydırıcı tedbirler alınıp alınmadığı ve cinsellik üzerinde kontrol bulunup bulunmadığı ve zorla çalıştırılıp çalıştırılmadığı gibi faktörler bulunduğunu belirtmiştir.

281. Mahkeme, amacı sömürü olan insan ticaretinin niteliği gereği, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasına dayandığı kanaatindedir. İnsan ticareti, insana alınıp satılan bir mal olarak muamele eder ve genellikle seks endüstrisinde ve fakat başka işlerde de ya çok az bir ücretle veya hiç ücret ödmeden çalışmaya zorlar. İnsan ticareti, hareketleri genellikle kısıtlanmış mağdurların faaliyetlerini yakından takip eder. İnsan ticareti, çok kötü koşullarda çalışan ve yaşayan mağdurlara karşı şiddet ve tehdit kullanılmasını içerir. İnsan ticareti, Interights tarafından ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme’nin açıklayıcı no-

tunda, eskiden dünyada yaygın olan köle ticaretinin modern biçimi olarak tanımlanmıştır. Kıbrıs Ombudsmanı, cinsel sömürünün ve insan ticaretinin ‘modern kölelik rejimi’ içinde yer aldığından söz etmiştir.

282. İnsan ticaretinin, mağdurların insan onurunu ve temel haklarını tehdit ettiğinden ve demokratik bir toplumla ve Sözleşme’de açıklanan değerlerle bağdaşmasının düşünülmemeyeceğinden kuşku yoktur. Sözleşme’yi günün koşulları ışığında yorumlama yükümlülüğü bulunan Mahkeme, başvurunun şikâyet ettiği muamelenin ‘kölelik’ mi, ‘kulluk’ mu, yoksa ‘zorunlu çalışma veya zorla çalıştırma’ mı oluşturduğunu belirlemeyi gerekli görmemektedir. Bunun yerine Mahkeme, Palermo Protokolünün 3(a) bendi ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin 4(a) bendi anlamındaki insan ticaretinin, Sözleşme’nin 4. maddesi kapsamına girdiği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla Rusya Hükümeti’nin *konu bakımından* bağdaşmazlık itirazı reddedilmelidir.”

2. Sözleşme’nin 4. maddesinin genel ilkeleri

“**283.** Mahkeme, Sözleşme’nin 2. ve 3. maddeleriyle birlikte 4. maddesinin, Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini içerdiğini hatırlatır (*Siliadin*, §82). Diğer birçok maddi hükmündekinden farklı olarak, Sözleşme’nin 4. maddesinde istisna hükümleri bulunmamakta ve 15(2). fıkrasına göre ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile 4. madde askıya alınmamaktadır.

284. Sözleşme’nin 4. maddesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken, konuyla ilgili yürürlükteki mevcut yasal ve idari düzenlemeler dikkate alınmalıdır (*Nachova ve Diğerleri*, [BD], §93). Mahkeme’ye göre, ulusal mevzuatta yer alan koruyucular, insan ticareti mağdurlarının veya potansiyel mağdurların haklarının pratik ve etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak kadar yeterli olmalıdır. Dolayısıyla Sözleşme’nin 4. maddesi, insan ticareti yapanlara cezai tedbirler uygulanmasının yanında, üye devletlerin genellikle insan ticaretini gizlemek için kullanılan işleri düzenleyen yeterli tedbirler almalarını gerektirir. Dahası, bir devletin göçmen mevzuatı, insan ticaretini teşvik etme, kolaylaştırma veya hoşgörüsü karşılama ile ilgili kaygıları dikkate alınmalıdır (*Guerra ve Diğerleri*, [BD], §73-74; ve *Nachova ve Diğerleri*, §96, 97 ve 99-102).

285. *Siliadin* kararında Mahkeme, Sözleşme’nin 4. maddesinin üye devletlere, bir kimşenin kölelik, kulluk veya zorla veya zorunlu çalışma durumunda tutulmasını amaçlayan herhangi bir eylemi etkili olarak soruşturma ve cezalandırma şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklediğini teyit etmiştir. Bu yükümlüğün yerine getirilmesi, üye devletlerin insan ticaretini yasaklayan veya cezalandıran yasal ve idari düzenlemeleri yürürlüğe koymalarını gerektirir. Mahkeme, Palermo Protokolü’nün ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme’nin, insan ticaretiyle mücadelede insan ticareti yapanların cezalandırılmaları için gerekli tedbirler alınmasının yanında, insan ticaretini önleyen ve mağdurları koruyan tedbirleri de içeren daha kapsamlı bir yaklaşım gerekliliğinden söz ettiklerini gözlemlemektedir. Bu iki belgenin maddelerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, hemen hemen bütün Avrupa Konseyi üyesi devletlerin aralarında yer aldığı Sözleşmeciler Devletler, insan ticaretine karşı mücadelenin ancak her üç yönü ele alan tedbirler bütünüyle etkili olabileceği görüşüne varmışlardır (*bk ayrıca Interights ve AIRE Centre’in görüşleri*). Bu durumda, üye devletlerin insan ticaretini soruşturma ve cezalandırma görevi, insan ticaretiyle mücadele şeklindeki genel taahhüdün sadece bir yönüdür. Sözleşme’nin 4. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin kapsamı, bu geniş bağlamda incelenmelidir.

286. Sözleşme’nin 2. ve 3. maddeleri gibi 4. maddesi de, bazı hallerde bir devletin insan ticaretinin mağdurlarını ve potansiyel mağdurlarını korumak için operasyonel tedbirler almalarını gerektirir (*Osman*, §115; *Mahmut Kaya*, §115). Belirli bir olayın şartları içinde

operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülüğün doğabilmesi için, devlet yetkililerinin, belirli bir bireyin Palermo Protokolü'nün 3(a) bendi ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme'nin 4(a) bendi anlamında insan ticaretine veya sömürüye tabi tutulduğuna veya bu konuda gerçek ve yakın bir riskin bulunduğu dair güvenilir bir şüpheye yol açan koşulların varlığının farkında oldukları veya farkında olmalarının gerektiği gösterilmelidir. Bu gösterildiği takdirde, yetkililerin bireyi bu durumdan veya riskten kurtarmak için kendi yetkileri dâhilindeki uygun tedbirleri almış olmamaları halinde, Sözleşme'nin 4. maddesi ihlal edilmiş olur (*Osman, §116-117; Mahmut Kaya, §115-116*).

287. Mahkeme'ye göre, operasyonel tedbirler alma yükümlülüğü, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden bilinemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır (*Osman, §116*). Mevcut davada ortaya çıkabilecek bir pozitif yükümlülüğün orantılılığının değerlendirilmesinde, hem Kıbrıs ve hem de Rusya Federasyonu tarafından 2000 yılında imzalanmış olan Palermo Protokolü'nün devletlere, kendi topraklarında bulunan insan ticareti mağdurlarının fiziksel güvenliklerinin sağlanması için çaba sarf etmelerini ve insan ticaretiyle mücadele etmek ve önlemek için kapsamlı politikalar ve programlar oluşturmalarını gerektiren hükümleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca devletlerin, kanun adamlarına ve göçmenlikle ilgili görevlilerine gerekli eğitimi vermeleri gerekir.

288. Ayrıca Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri gibi 4. maddesi de, devletlere, potansiyel insan ticareti olaylarının soruşturulması şeklinde bir usul yükümlülüğü yüklemektedir. Soruşturma, mağdurun veya bir yakınının şikâyetinde bulunmasını gerektirmez; olay bir şekilde yetkililerin dikkatine sunulduğunda, yetkililer kendiliğinden harekete geçmek zorundadırlar (*Paul ve Audrey Edwards, §69*). Bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmanın olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız bir şekilde yapılması gerekir. Ayrıca soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte olmalıdır; ancak bu bir sonuç değil vasıta yükümlülüğüdür. Soruşturmayı makul bir hızla yapma şartı, her olay bakımından geçerlidir; fakat bireyi bu zararlı durumdan uzaklaştırma gereğini bulunduğu hallerde, soruşturma acil olarak yürütülmelidir. Meşru menfaatlerini korumanın gerektirdiği ölçüde, mağdur veya yakını bu süreçte katılmalıdır (*Paul ve Audrey Edwards, §70-73*).

289. Son olarak Mahkeme, insan ticaretinin genellikle bir ülkeyle sınırlı olmayan bir sorun olduğunu hatırlatır. Bir kimse bir ülkeden başka bir ülkeye getirildiğinde, insan ticareti suçları orijin devlette, transit devlette ve hedef devlette meydana gelir. Bütün bu devletlerde konuyla ilgili deliller ve tanıklar bulunabilir. Palermo Protokolü'nde yargı yetkisine ilişkin bir hüküm bulunmadığı halde, İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme, açıkça her üye devletin, ülkesinde işlenen insan ticareti suçu bakımından kendi yargı yetkisine ilişkin hükümler koymasını gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre, böyle bir yaklaşım, yukarıda açıklanan ve Sözleşme'nin 4. maddesiyle üye devletlere yüklenen insan ticareti suçlarını soruşturma şeklindeki genel yükümlülük ışığında mantıklı bir yaklaşımdır. Üye devletlerin, kendi ülkelerinde meydana gelen olaylar hakkında içeride soruşturma yapma yükümlülüklerine ek olarak, sınıraşan insan ticareti olaylarında, kendi ülkeleri dışında meydana gelen olayların soruşturulmasıyla ilgili olarak diğer devletlerin yetkili makamlarıyla etkili bir işbirliği yapma görevleri de vardır. Böyle bir görev, Palermo Protokolü'nün başlangıcında ifade edildiği gibi, üye devletlerin orijin, transit ve hedef ülkelerde insan ticaretine karşı kapsamlı uluslararası bir yaklaşımı benimseme amacıyla da uyumludur. Bu ayrıca, mevcut davadaki davalı devletlerin katıldıkları karşılıklı adli yardım anlaşmalarıyla da bağdaşmaktadır.”

3. Genel ilkelerin mevcut olaya uygulanması

a) Kıbrıs

i) Uygun yasal ve idari düzenlemeler yapma şeklindeki pozitif yükümlülük

“290. Mahkeme, Kıbrıs’ta insan ticaretini ve cinsel sömürüyü yasaklayan düzenlemelerin 2000 yılında yapılmış olduğunu gözlemlemektedir. Yasa, Palermo Protokolü’nün hükümlerini yansıtmakta, insan ticaretini ve cinsel sömürüyü yasaklamakta; mağdurun rızasının suçun oluşumu bakımından bir savunma oluşturmasını öngörmektedir. Yasada ağır hapis cezaları getirilmiştir. Yasa ayrıca, başka şeylerin yanında, vasi tayini suretiyle mağdurları koruma görevi getirmektedir. Ombudsman, yetkililerin uygulamaya yönelik pratik tedbirler almamalarını eleştirdiği halde, yasanın kendisini tatmin edici bulmuştur. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de, 3(1) 2000 sayılı Yasa’yla getirilen hukuksal düzenlemeleri ‘uygun’ bulmuştur. Başvurucu, Kıbrıs’ın insan ticareti konusundaki mevzuatının yetersizliğinden şikâyet etmiştir; ama Mahkeme, mevcut olayda bu konuda kaygı doğuracak bir durum bulunmadığı kanaatindedir.

291. Ancak Kıbrıs’ın göçmen politikasının yeterliliği ile genel yasal ve idari düzenlemeler konusunda birkaç zayıflık tespit edilebilir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 2003 tarihli raporunda, bir göçmen politikasının bulunmamasının ve bu konudaki yasal eksikliklerin, kadınların Kıbrıs’a getirilmelerini teşvik ettiğini kaydetmiştir. Komiser, genç kadınların Kıbrıs’a kabare artisti olarak çalışmak üzere akmalarının önüne set çekmek için, önleyici kontrol tedbirleri alınmasını istemiştir. Komiser, daha sonraki raporlarında yasal düzenlemeler konusundaki kaygılarını tekrarlamış ve özellikle sanatçılar için giriş izni başvurularının kabare yöneticileri tarafından yapılması sistemini eleştirmiş ve bu sistemin artisti işverenine ve ajansa bağımlı hale getirdiğini ve insan tacirlerinin eline düşme riskini artırdığını söylemiştir. Komiser, 2008 tarihli raporunda bu artist vizesi rejimini, kanun adamlarının insan ticaretiyle mücadelede gerekli adımları atmalarını çok güçleştirdiği için eleştirmiş ve artist vizesinin insan ticaretine karşı alınan tedbirlerle çeliştiğinin veya en azından bu tedbirleri etkisiz kıldığı düşünülebileceğini kaydetmiştir (ayrıca bk. A.B.D. Devlet Bakanlığı raporu). Komiser, daha önceki raporlarda kaygılarını belirtmiş olmasına ve Hükümetin bunu kaldırma taahhüdünde bulunmuş olmasına rağmen, artist vizesinin hala yürürlükte olmasından üzüntü duyduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde Ombudsman da, 2003 tarihli raporunda, binlerce genç kadının işverenleri tarafından zalimane yaşam ve çalışma koşullarında sömürüldükleri Kıbrıs’a girmelerinden artist vizesi rejimini sorumlu tutmuştur.

292. Mahkeme’ye göre, ayrıca, bir sanatçının işini bıraktığı zaman işverenin bunu yetkililere bildirme yükümlülüğü, yetkililerin göçmenlerin göçmenlik yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediklerini izlemelerine imkân veren meşru bir tedbir olmakla birlikte, uygun hareket edilmediği zaman uygun hareket edilmesini sağlama ve bu konuda adımlar atma yetkililerin sorumluluğundadır. Kabare sahiplerini ve yöneticilerini ortadan kaybolan sanatçılarla izlemeye veya sanatçıların davranışlarıyla ilgili kişisel sorumluluk üstlenmeye yönlendiren tedbirler, Kıbrıs’ta sanatçılarla ilgili insan ticareti sorunları bağlamında kabul edilemez bir şeydir. Bu ortamda Mahkeme, kabare sahiplerinden ve yöneticilerinden, çalıştırdıkları sanatçıların gelecekteki muhtemel masrafları için banka teminatı alınmasının sıkıntı yarattığı kanaatindedir. Rantseva olayında ayrı bir imzalı senet alınması da aynı şekilde sorunludur; Yabancılar ve Göçmen Bürosu’nun Rantseva’dan M.A.’nın sorumlu olduğunu düşünmesi ve dolayısıyla polis merkezine gelip Rantseva’yı almasının istenmesi de sorunludur.

293. Bu koşullarda Mahkeme, Kıbrıs’taki artist vize rejiminin, Rantseva’ya insan ticareti ve sömürü karşısında etkili bir koruma sağlamadığı kanaatindedir. Dolayısıyla bu yönden Sözleşme’nin 4. maddesi ihlal edilmiştir.”

ii) Koruyucu tedbirler alma şeklindeki pozitif yükümlülük

“294. Mahkeme, mevcut olayda Rantseva’yı korumak için tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülüğün doğup doğmadığını değerlendirirken, şu noktaların önemli olduğunu kanaatindedir: İlk olarak, Ombudsmanın 2003 tarihli raporunda da açıkça görülmektedir ki, Kıbrıs’ta 1970’li yıllardan bu yana genç yabancı kadınları seks endüstrisinde çalışmaya zorlamaya ilgili ciddi bir sorun vardır. Raporda ayrıca, SSCB’nin çöküşünden sonra Sovyet ülkelerinden gelen artist sayısındaki önemli artış kaydedilmiştir. Ombudsmanın vardığı sonuca göre, Kıbrıs’ta insan ticareti, göçmenlik yetkililerinin hoşgörüsü nedeniyle büyümüştür. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komisyoneri, 2006 tarihli raporunda, yetkililerin artist vizesiyle Kıbrıs’a giren kadınların birçoğunun fahişelikte çalıştırıldıklarını bildiklerini kaydetmiştir. Dolayısıyla Kıbrıs makamlarının, özellikle eski SSCB’den yabancı kadınların artist vizesiyle Kıbrıs’a getirildiklerinde ve gelişlerinin ardından kabare sahipleri ve yöneticileri tarafından cinsel yönden sömürüldüklerinin farkında olduklarında kuşku yoktur.

295. İkinci olarak Mahkeme, Rantseva’nın Limassol Polis Merkezi’nin işvereni tarafından getirildiğini vurgular. Polis merkezine gelişin ardından M.A., polise Rantseva’nın bir Rus vatandaşı olduğunu ve kabare artisti olarak çalıştığını söylemiştir. M.A., daha sonra polise Rantseva’nın Kıbrıs’a yeni geldiğini, haber vermeden işyerinden ve kendisine tahsis edilen kalma yerinden ayrıldığını anlatmıştır. M.A., Rantseva’nın pasaportunu ve diğer belgeleri polise teslim etmiştir.

296. Mahkeme, Kıbrıs makamlarının Palermo Protokolü ve İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme gereğince, potansiyel insan ticareti mağdurlarını belirleyebilecek alanda çalışan görevlilere yeterli eğitim vermek için üstlendikleri yükümlülükleri hatırlar. Özellikle Palermo Protokolü’nün 10. maddesine göre, devletler, insan ticaretinin önlenmesi için kanun adamlarına, göçmenlik ve konuyla ilgili diğer görevlilere eğitim vermeyi veya eğitimlerini güçlendirmeyi üstlenirler. Mahkeme’ye göre, Kıbrıs’taki insan ticaretiyle ilgili bu genel ortamda, polislerin Rantseva’nın insan ticareti veya sömürü mağduru olduğunun veya mağduru olabileceğine dair gerçek ve yakın bir risk bulunduğu farkında olmalarını sağlayacak güvenilir şüphe doğuran yeterli belirtiler vardır. Dolayısıyla Rantseva’yı korumak için olayı soruşturma ve gerekli operasyonel tedbirleri alma şeklinde bir pozitif yükümlülük doğmuştur.

297. Ne var ki, mevcut olayda polisin, polis merkezine gelen Rantseva’ya soru dahi sormadığı anlaşılmaktadır. Kendisinden ifade alınmamıştır. Polis olayın ardalarıyla ilgili başka bir araştırma yapmamıştır. Polis, sadece Rantseva’nın adının arananlar listesinde olup olmadığını kontrol etmiş ve olmadığını görünce işverenini çağırıp gelip kendisini almasını istemiştir. İşvereni gelmek istemeyince ve Rantseva’nın gözaltında tutulmasında ısrar edince, olayla ilgilenen polis memuru M.A.’yı üstleriyle temasa geçirmiştir. M.A.’nın üstlerle yaptığı konuşmanın ayrıntıları bilinmemektedir; fakat bu görüşmenin sonunda M.A., polis merkezine gelmeyi ve Rantseva’yı almayı kabul etmiş ve daha sonra da gelip almıştır.

298. Mevcut olayda polislerin hataları birden fazladır. İlk olarak polisler, Rantseva’nın insan ticareti mağduru olup olmadığını hemen araştırmaya girişmemişlerdir. İkincisi, polisler Rantseva’yı serbest bırakmamışlar, fakat M.A.’nın eline vermeyi kararlaştırmışlardır. Üçüncüsü, 3(1) 2000 sayılı Yasa hükümlerine uygun hareket etmek ve kendisini korumak için bu yasanın 7. maddesi gereğince bir girişimde bulunmamışlardır. Dolayısıyla Mahkeme, Rantseva’nın insan ticareti veya sömürü mağduru olabileceğine dair güvenilir şüphe doğuran koşullarda, bu kusurların Kıbrıs makamlarının Rantseva’yı korumadıkları sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Sözleşme’nin 4. maddesi bu yönden de ihlal edilmiştir.”

iii) İnsan ticaretini soruşturma şeklindeki usul yükümlülüğü

“299. Ayrıca, Kıbrıs yetkililerinin başvuruçunun kızının insan ticareti mağduru olduğu iddiaları hakkında etkili bir soruşturma yapmamaları nedeniyle usule ilişkin bir ihlalin bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

300. Rantseva'nın daha sonra ölümüyle ilgili koşullar ışığında Mahkeme, insan ticareti iddiaları hakkında Kıbrıs makamlarına düşen etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünün, mevcut olayda Rantseva'nın ölümü hakkında etkili bir soruşturma yapma şeklinde Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan Kıbrıs'ın genel yükümlülüğünün içinde yer aldığı kanaatinde. Rantseva'nın ölümü hakkında yapılan soruşturmanın etkililiği, başvuruçunun Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği şikâyeti bağlamında Mahkeme tarafından incelenmiş ve ihlal bulunmuştur. Dolayısıyla Sözleşme'nin 4. maddesi bakımından Kıbrıs aleyhine usul şikâyetini ayrıca incelemeye gerek yoktur.”

b) Rusya**i) Uygun yasal ve idari düzenlemeler yapma şeklindeki pozitif yükümlülük**

“301. Mahkeme, mevcut olayda Rusya'nın sorumluluğunun kendi egemenlik alanına giren eylemlerle sınırlı olduğunu hatırlar. O tarihte insan ticareti suçu ceza kanununda özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, Rusya Hükümeti başvuruçunun şikâyet ettiği eylemin diğer suçların tanımına girdiğini savunmuştur.

302. Mahkeme, başvuruçunun Rusya Ceza Kanununda mevcut belirli bir eksiklikten söz etmediğini gözlemlemektedir. Dahası Mahkeme, yasal ve idari düzenlemeler bakımından Rusya makamlarının medyada yürüttükleri bilgilendirme kampanyalarıyla, insan ticareti risklerini alenileştirmeye çalıştıklarını vurgular.

303. Önündeki delillere dayanan Mahkeme, o tarihte Rusya'da yürürlükte olan yasal ve idari düzenlemelerin, mevcut olayda Rantseva'ya pratik ve etkili koruma sağlamadığı kanaatinde değildir.”

ii) Koruyucu tedbirler alma şeklindeki pozitif yükümlülük

“304. Mahkeme, Rusya bakımından operasyonel tedbirler alma yükümlülüğünün, sadece kendi ülkesi üzerinde meydana gelen eylemler bakımından ortaya çıkabileceğini hatırlar (*Al-Adsani*, §38-39).

305. Mahkeme, Rus makamlarının genç kadınların yabancı ülkelerde seks endüstrisinde çalıştırılmak üzere götürüldüklerinin farkında olduklarının görünmesine rağmen, Rantseva'nın Kıbrıs'a yola çıkmadan önce gerçek ve yakın bir tehlike içinde olduğuna ilişkin güvenilir bir şüpheye yol açan koşulların farkında olduklarına dair bir delil bulunmadığını kaydeder. Acil operasyonel tedbirler alma şeklinde bir yükümlülüğün doğabilmesi için, sırf artist vizesiyle Kıbrıs'a seyahat etmekte olan genç bir kadın bakımından genel bir riskin varlığının gösterilmesi yeterli değildir. Mahkeme, bu genel riskle ilgili olarak Rus makamlarının, vatandaşlarını insan ticareti risklerine karşı uyarıcı adımlar atmış olduğunu kaydeder.

306. Sonuç olarak Mahkeme, mevcut olaydaki koşulların, Rus makamlarının Rantseva'yı korumak için operasyonel tedbirler alma şeklinde bir pozitif yükümlülük doğurduğu kanaatinde değildir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 4. maddesi Rusya tarafından bu yönden ihlal edilmemiştir.”

iii) İnsan ticaretini soruşturma şeklindeki usul yükümlülüğü

“307. Mahkeme, sınıraşan insan ticareti olaylarında, insan ticareti suçlarının hedef ülkede olduğu gibi orijin ülkede de işlenebileceğini hatırlar. Kıbrıs'la ilgili olarak

Ombudsman'ın raporunda da işaret ettiği gibi, mağdurlar genellikle diğer ülkelerin ajanslarıyla çalışan Kıbrıs'taki artist ajansları tarafından işe alınmaktadır. İddia konusu insan ticaretinin işe alma yönünü soruşturamama, insan ticareti zincirinin önemli bir halkasının cezasızlık içinde hareket etmesine imkân verecektir. Bu noktada Mahkeme, hem Palermo Protokolü'nün ve hem de İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme'nin, açıkça mağdurların işe alınmalarına yer verdiğini vurgular. İşe almadan sömürüye kadar, insan ticareti iddialarını her yönüyle kapsayacak şekilde tam ve etkili bir şekilde soruşturma gereği tartışmasızdır. Dolayısıyla Rus makamları, Rusya'da faaliyet gösteren bireysel faillerin veya ağların, Rantseva'nın Kıbrıs'a götürülmesi olayına karışmış olabilecekleri ihtimalini soruşturmakla yükümlüdür.

308. Ancak Mahkeme, Rus makamlarının Rantseva'nın nasıl ve nerede işe alındığı konusunda bir soruşturma yapmadıklarını gözlemlemektedir. Özellikle Rus makamları, Rantseva'ya işe alanları veya işe alma metodlarını belirlemeye yönelik hiçbir adım atmamışlardır. İşe alma Rus toprakları üzerinde meydana geldiğinden, Rantseva'nın işe alınması konusunda etkili bir soruşturmayı en iyi şekilde yapabilecek olanlar Rus makamlarıdır. Rantseva'nın Rusya'dan gizemli koşullarda ayrılmasının ardından ölmüş olması, mevcut olayda soruşturma yapılmamasını daha da ciddi bir hale getirmiştir.

309. Bu durumda, iddia konusu insan ticaretini soruşturma bakımından Sözleşme'nin 4. maddesindeki usul yükümlülüğü, Rus makamları tarafından ihlal edilmiştir.”

VI. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

Başvurucu, kızının polis merkezinde tutulması, M.A.'nın gözetimine teslim edilmesi ve daha sonra işvereni M.A.'nın evinde tutulması nedeniyle Kıbrıs Hükümetinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiği iddia etmiştir. Kıbrıs Hükümeti yazılı görüşlerinde, Sözleşme'nin 5. maddesinin mevcut olayda ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir. Hükümet, olayda ortaya çıkan koşullardan, polisin Rantseva üzerinde hangi yetkiyi kullandığı açık değildir. Rantseva'nın M.A. ile birlikte ayrılmayı reddetmiş olsaydı ne olacak olduğu da açık değildir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Mevcut olayda özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı

314. Mahkeme, 'özgürlük hakkı'nı düzenleyen Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının, hiç kimsenin fiziksel özgürlüğünden keyfi bir surette yoksun bırakılmamasını amaçladığını hatırlar. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki özgürlükten yoksun bırakma ile Dördüncü Protokolün 2. maddesindeki seyahat özgürlüğünün kısıtlanması arasındaki fark, sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik veya öz farkı değildir (*Guzzardi*, §93). Bir kimsenin 'özgürlükten yoksun bırakılıp' bırakılmadığını belirlerken, kalkış noktası o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi, bütün faktörler dikkate alınmalıdır (*Engel ve Diğerleri*, §58-59; *Guzzardi*, §92; ve *Riera Blume ve Diğerleri* §28).

315. Mevcut olayda Mahkeme, başvurusunun kızının M.A. tarafından polis merkezine götürüldüğünü ve burada yaklaşık bir saat tutulduğunu gözlemlemektedir. Rantseva'nın tutulma nedeni hakkında bilgilendirildiğine dair bir delil yoktur; aslında, Mahkeme'nin yukarıda da belirttiği gibi (bk. yukarıda parag. 297), Rantseva'nın polis tarafından sorgulandığına dair bir kayıt da yoktur. Polis, Rantseva'nın göçmenlik statüsünde bir sorun bulunmadığı ve kendisini daha fazla tutmak için bir sebep olmadığı sonucuna varmış olmasına rağmen, Rantseva hemen salıverilmemiştir. Bunun yerine, Yabancılar ve Göçmenler Bürosu ("AIS") görevlisinin isteği üzerine, polis M.A.'ya telefon etmiş ve Rantseva'ya

gelip almasını ve daha ayrıntılı bir inceleme yapılması için sabah 7.00'de AIS bürosuna götürmesini söylemiştir. M.A.'ya gelip Rantseva'yı almayacak olursa, kendisini serbest bırakacakları bildirilmiştir. M.A. gelinceye kadar Rantseva polis merkezinde tutulmuş ve sonra M.A.'nın gözetimine bırakılmıştır (bk. yukarıda parag. 20).

316. Rantseva'nın daha sonra M.P.'nin dairesinde kalışıyla ilgili koşullar açık değildir. M.A. polise verdiği tanık ifadesinde, Rantseva'nın bu dairede iradesine aykırı olarak tutulmadığını ve gitmekte serbest olduğunu söylemiştir (bk. yukarıda parag. 21). Başvurucu ise Rantseva'nın yatak odasına kilitlendiğini ve balkondan kaçmaya zorlandığını iddia etmiştir. Mahkeme Rantseva'nın kaçmaya çalışırken dairenin balkonundan düşerek öldüğünü kaydeder (bk. yukarıda parag. 41). Eğer Rantseva bu dairede misafir bulunsaydı ve dilediği zaman çıkıp gitmekte serbest olsaydı, ön kapıdan çıkıp giderdi (Storck – Almanya, no. 61603/00, §76-78). Buna göre Mahkeme, Rantseva'nın bu dairede kendi iradesiyle kalmadığı kanaatindedir.

317. İddia konusu tutmanın hepsi iki saat sürmüştür. Sürenin kısalığına rağmen, Mahkeme, bu tutmanın niteliğini ve yarattığı sonuçları vurgular. Mahkeme, olayların Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir özgürlükten yoksun bırakmaya işaret etmesi halinde, tutma süresinin görelî olarak kısaldığı, sonucu etkilemez (*Järvinen – Finlandiya, [k.k.], no. 30408/96, 15 Ocak 1998; ve Novotka – Slovakya, Komisyon [k.k.], no. 47244/99, 4 Kasım 2003, bu olayda polis merkezine kadar götürülme, arama ve geçici olarak nezarethanedeye tutma yaklaşık bir saat sürmüş ve Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturduğuna karar verilmiştir*).

318. Buna göre Mahkeme, Rantseva'nın polis merkezinde tutulması ve daha sonra söz konusu daireye götürülmesi ve burada tutulması, Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmuştur.

2. Özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle Kıbrıs'ın sorumluluğu

319. Mahkeme, Rantseva özel şahıslar tarafından tutulduğu kadarında polis tarafından oynanan rolü incelemek ve söz konusu dairede özgürlükten yoksun bırakmanın özellikle bireyleri keyfi tutmaya karşı koruma şeklindeki pozitif yükümlüğü ışığında (*Riera Blume kararı, §32-35*) Kıbrıs makamlarının sorumlu olup olmadığına karar vermek zorundadır.

320. Mahkeme daha önce de, polisin Rantseva'yı serbest bırakmak yerine M.A.'ya teslim etmeyi tercih etmiş olmasına ilişkin kaygısını ifade etmiştir (bk. yukarıda parag. 298). Rantseva küçük değildir (bk. yukarıda parag. 20). Nöbetçi polis memurlarının ifadelerine göre Rantseva sarhoş görünmemektedir. Kıbrıs makamlarının Rantseva'nın M.A. ile birlikte ayrılmaya karşı çıkmadığını savunmaları yeterli değildir; AIRE Center'in da işaret ettiği gibi (bk. yukarıda parag. 269), insan ticareti mağdurları üzerinde fiziksel ve psikolojik sonuçlar yaratmakta, bu sonuçlar genellikle kendilerini yetkili makamlara insan ticareti mağdurları olarak gösteremeyecek kadar onları sarsmaktadır. Aynı şekilde Ombudsman da 2003 tarihli raporunda, tepkilerden korkmanın ve koruma tedbirlerinin yetersizliğinin, sadece birkaç mağdurun Kıbrıs polisine şikâyetle bulunmaları sonucunu doğurmuştur (bk. yukarıda parag. 87-88).

321. Kabare artistlerinin Kıbrıs'ta genel olarak yaşama ve çalışma koşullarını ve ayrıca Rantseva'nın içinde bulunduğu özel şartları dikkate alan Mahkeme, polisin iyi niyetle hareket ettiğine ve Rantseva'nın daha sonra M.P.'nin dairesinde özgürlükten yoksun bırakılmasında sorumluluğu bulunmadığına dair savunmasının mümkün olmadığı kanaatindedir. Mevcut olayda Kıbrıs polisinin aktif bir işbirliği olmaksızın, özgürlükten yoksun bırakmanın gerçekleşmeyeceği açıktır. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal makamların Rantseva'nın özgürlük kaybına zımnen muvafakat ettikleri kanaatindedir.

3. Özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluğu

322. Şimdi olaydaki özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında tüketici bir biçimde sayılan izin verilmiş tutma kategorilerinden birine girip girmediği belirlenmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yaptığını ve ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uyma yükümlüğü getirdiğini hatırlatır. Ancak bu fıkra ayrıca, bireyi özgürlükten bırakan bir tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfilige karşı koruma amacına da uygun olmasını gerektirir (*bk. yukarıda geçen Riera Blume kararı, §31*).

323. Bir özgürlükten yoksun bırakmanın “hukukun öngördüğü usule göre” olması gerektiğini söyleyen Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, ilk olarak bir gözaltına alma veya tutmanın iç hukukta yasal bir temeli bulunmasını gerektirir. Kıbrıs Hükümeti özgürlükten yoksun bırakmanın yasal bir temeli olduğuna işaret etmemiştir; fakat Rantseva'nın başlangıçta polis merkezinde, göçmenlik şartlarına uyup uymadığını araştırmak için tutulduğu çıkarılabılır. Ancak Rantseva'nın adının arananlar listesinde yer almadığı gören Kıbrıs makamları, Rantseva'yı polis merkezinden salıvermek yerine M.A.'nin gözetimine verilmesinin sebeplerini ve yasal temelini açıklayamamışlardır. Yukarıda da belirtildiği gibi polis, Rantseva'da bir sarhoşluk ve kendisine veya başkalarına karşı tehditkar bir tavır görmemiştir (*bk. yukarıda parag. 20 ve 320*). Rantseva'nın M.A.'nin gelip kendisini almasını istediğine dair bir belirti de yoktur. Polis yetkililerinin Rantseva'yı M.A.'nin gelişine kadar tutmalarının ve daha sonra M.A.'nin gözetimine vermelerinin iç hukukta her hangi bir dayanağı yoktur.

324. Rantseva'nın söz konusu dairede tutulmasının hukuki olduğu da savunulmamıştır. Mahkeme, bu özgürlükten yoksun bırakmanın hem keyfi ve hem de hukuka aykırı olduğunu tespit etmektedir.

325. Mahkeme Rantseva'nın hukuka aykırı ve keyfi olarak tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

VII. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

[326-334]: Başvurucu, Kıbrıs makamlarının ölüm soruşturmasına kendisini katmamaları, kendisine adli yardım vermemeleri ve Kıbrıs'taki mevcut kanun yolları hakkında bilgi vermemeleri nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesindeki mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, ilk olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin belirli bir olayda ceza davası açma hakkı veya üçüncü bir kişinin bir suç nedeniyle yargılanmasını veya cezalandırılmasını isteme hakkı vermediğini gözlemlemiştir (*Rampogna ve Murgia – İtalya [k.k.], no. 40753/98; Perez [BD], §70; Dinchev, §39*). Dolayısıyla başvurusunun, kızının ölümüyle ilgili olarak, Kıbrıs makamlarının ceza davası açmadıkları şikâyeti, *konu bakımından* kabul edilemez olup Sözleşme'nin 35(3) ve (4). fıkraları gereğince reddedilmelidir. Ölüm soruşturmasına katılmama şikâyetiyle ilgili olarak Mahkeme, bu soruşturma bağlamında usul güvencelerinin Sözleşme'nin 2. maddesine içkin olduğunu ve bu şikâyetin 2. madde bağlamında incelendiğini belirtmiştir. Ölüm soruşturmasına Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğiyle ilgili olarak Mahkeme, bu soruşturma bakımından başvurusunun bir suç isnadıyla yargılanmasını veya kişisel bir hakkının tehlikeye girmesinin söz konusu olmadığını kaydetmiş ve böylece bu şikâyetin *konu bakımından* kabul edilebilir olmadığını sonucuna varmıştır. Son olarak, başvurusunun kanun yolları hakkında bilgilendirilmediğine ve adli yardım verilmediğine ilişkin şikâyetiyle ilgili olarak Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yapılan şikâyetle bağlantılı olduğunu ve o bağ-

lamda ele alındığını kaydetmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yaptığı şikâyetleri Sözleşme'nin 35(3) ve (4). fıkraları gereğince kabuledilemez bulmuştur.

VIII. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[335-336]: Başvurucu, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuş, ancak bu konuda bir ayrıntı vermemiştir. Mahkeme bu bağlamda Sözleşme'nin ihlal edildiğine dair bir belirti görmemiş ve bu şikâyeti Sözleşme'nin 35(3) ve (4). fıkraları gereğince kabuledilemez bulmuştur.

IX. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme Kıbrıs Hükümeti'nin başvurucuya manevi tazminat olarak 40,000 Euro, ücretler ve masraflar için 3,150 Euro; Rusya Hükümeti'nin başvurucuya manevi tazminat olarak 2,000 Euro ödemesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Kıbrıs Hükümetinin başvurunun düşürülmesi talebinin reddine;
2. Rus Hükümetinin başvurunun Sözleşme'nin 4. maddesi yönünden konu bakımından yaptığı itirazın esas birleştirilmesine ve sonra reddine;
3. Sözleşme'nin 2, 3, 4 ve 5. maddeleri bakımından yapılan şikâyetlerin kabuledilebilir olduğuna ve diğerlerinin kabuledilebilir olmadığına;
4. Kıbrıs makamlarının Rantseva'nın yaşama hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. Kıbrıs'ın Rantseva'nın ölümü hakkında etkili bir soruşturma yapmaması nedeniyle usul yükümlülüğü yönünden Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline;
6. Rusya tarafından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
7. Başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından yaptığı şikâyetleri ayrıca incelemenin gerekli olmadığına;
8. Kıbrıs'ın Rantseva'yı genel olarak insan ticaretine ve sömürüsüne karşı pratik ve etkili bir şekilde korumaması ve kendisini korumak için özel tedbirler almaması nedeniyle Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlaline;
9. Kıbrıs makamlarının aynı konuda etkili bir soruşturma yapmaması nedeniyle Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlali şikâyetini ayrıca incelemenin gerekli olmadığına;
10. Rusya tarafından Rantseva'yı insan ticaretine karşı koruma konusunda operasyonel tedbirler alınmaması nedeniyle pozitif yükümlülük bakımından Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğine;
11. Rusya tarafından iddia edilen insan ticaretini soruşturma şeklindeki usul yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlaline;
12. Kıbrıs tarafından Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine;
13. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Madde 5 – Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Aşağıdaki haller dışında ve hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça, hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

- a) bir kimsenin yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hukuka uygun olarak hapsedilmesi;
- b) bir kimsenin mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması nedeniyle veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması;
- c) bir kimsenin suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için, kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak gözaltına alma veya tutma;
- d) bir küçüğün eğitiminin izlenmesi amacıyla hukuka uygun bir kararla tutulması veya kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak tutulması;
- e) bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için bunu taşıyanların, akıl hastalığı, alkolik, uyuşturucu bağımlısı olanların veya derbeder kimselerin hukuka uygun olarak tutulması;
- f) ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kimsenin girişinin önlenmesi veya hakkında sınırışı etme veya geri verme kararı alınan kişinin sınırışı edilmesi veya geri verilmesi için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması.

2. Yakalanan bir kimse, yakalanma nedenleri ile kendisine isnat edilen suç hakkında anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilir.

3. Bu maddenin birinci fıkrasının c) bendine göre yakalanan veya tutulan bir kimse, derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılır; bu kimse makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

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

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ilk önce, herkese özgürlük ve güvenlik hakkı tanımaktadır. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ikinci olarak özgürlükten yoksun bırakma sebeplerini göstermektedir: bu fıkranın ikinci cümlesi önce bir özgürlükten yoksun bırakma için 'hukuka uygunluk' (genel şart) ve sonra (a)-(f) bendlerinde 'özgürlükten yoksun bırakma sebepleri'ne uygunluk (özel şart) aramaktadır. Sözleşme'nin 5(2)-(5). fıkralarında her hangi bir sebeple 'özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakları'¹ düzenlenmiştir.

Özgürlük hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasi rejimlerin merkezinde yer alan bir haktır. Mahkeme demokratik bir toplumda özgürlük hakkının çok büyük bir öneme sahip olduğunu vurgulamıştır (*Medvedyev ve Diğerleri [BD]*, §74). Mahkeme konuyla ilgili ilk kararlarından birinde şöyle demiştir: "Sözleşme'deki anlamıyla özgürlük hakkı, 'demokratik bir toplumda' o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle Sözleşme'nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her olayda denetlenmesi gereklidir" (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §65).

Sözleşme'nin 5. maddesi, bireyin sadece fiziksel özgürlüğünü (serbestliğini) güvence altına almaktadır; kişinin seyahatinin kısıtlanması, kişi özgürlüğüne değil seyahat özgürlüğüne yapılan bir müdahale oluşturur. Özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişinin örneğin, gördüğü kötü muamele veya kötü koşullarda tutulması Sözleşme'nin 3. maddesini, tutulan kişinin haberleşmesinin kısıtlanması Sözleşme'nin 8. maddesini ilgilendiren meselelerdir.

Kişi özgürlüğünden 'herkes' yararlanır; ister özgür olsun, isterse tutulu bulunsun, herkes Sözleşme'nin 5. maddesinin korumasından yararlanma hakkına sahiptir; yani hiç kimse, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında belirtilen şartlar dışında, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz; gözaltına alındığı veya tutulduğu zaman, Sözleşme'nin 5. maddesinin 2-5. fıkralarında öngörülen hakların kendisine uygulanabilir olanlarından yararlanır (*Weeks*, §40). Sözleşme'nin 5. maddesinin güvencelerinden bir suç şüphesiyle gözaltına alınanlar veya tutuklananlar; hükümlüler; kanunun veya mahkeme kararının yüklediği bir yükümlülüğün gereğini yerine getirmeleri için tutulanlar; eğitimleri veya mahkeme önüne çıkarılmaları için tutulan küçükler; toplumun veya kendilerinin korunması için tutulan akıl hastaları, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, alkolikler, uyuşturucu bağımlıları; sınırdışı edilmek veya geri verilmek üzere tutulanlar yararlanır. Sözleşme'nin 5. maddesi sivil kişiler gibi asker kişilere de, vatandaşlar gibi yabancılara da uygulanır.

Devletin Sözleşme'nin 5. maddesinden doğan yükümlülüğü, bu maddedeki şartlara aykırı olarak özgürlükten yoksun bırakmamak ve özgürlüğünden yoksun bırakılanların haklarını ihlal etmemek şeklinde negatif bir yükümlülükle sınırlı değildir. Devletin, bireyleri üçüncü kişilerin keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Riera Blume*, §32-35; *Rantsev*, 319-321). Bir başvurunun özel bir klinikte tutulması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmasıyla ilgili davada, Mahkeme'ye göre davalı devletin üç yönden sorumluluğu

¹ Kavramlarla ilgili açıklama: Sözleşme'nin 5. maddesinde özgürlükten yoksun bırakma haller için sadece 'arrest' ve 'detention' kavramları kullanılmaktadır. Burada 'arrest' sözcüğü genellikle 'gözetilme alma' nadiren 'yakalama' sözcükleri ile karşılanmıştır. Sözleşme'deki 'detention' sözcüğü Türk hukukunda tek bir sözcükle karşılanamayacak kadar geniştir; 'detention' sözcüğü belirli bir süre devam eden bütün özgürlükten yoksun bırakma hallerini kapsar; 'detention' sözcüğü burada genellikle 'tutma' sözcüğüyle karışanmış, bağlamına göre 'gözetilme tutma', 'tutuklama' veya 'hapsedme' kavramları kullanılmıştır. Kişinin hakim kararıyla tutulması demek olan 'tutuklama' için Sözleşme'de 'detention' dışında bir sözcük bulunmazken, Mahkeme kararlarında 'pre-trial detention' ama daha çok 'detention on remand' terimleri geçmektedir.

doğabilir: Birincisi, başvuruçunun özel kişiler tarafından tutulmasına kamu makamlarının doğrudan katılmış olmaları halinde; ikincisi, başvuruçunun tarafından açılan tazminat davasında devletin mahkemelerinin medeni hukuk hükümlerini 5. maddenin ruhuna uygun yorumlamamış olmaları halinde; üçüncüsü, devletin başvuruçunun özgürlüğünü üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumamış olması halinde (*Storck*, §89).

Özgürlük kavramını en iyi açıklayan hal, özgürlükten yoksun bırakma halidir. Bir olayda incelenmesi gereken ilk mesele, bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı meselesidir; çünkü Sözleşme'nin 5. maddesindeki hükümler, ancak bir olayda özgürlükten yoksun bırakma varsa uygulanabilir. İkinci mesele, bir kimsenin özgürlükten yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin aradığı şartlara uygun olup olmadığı meselesidir. Kişi özgürlüğü mutlak bir hak değildir, bazı şartlarla kısıtlanabilir; Sözleşme olağanüstü halde daha ağır kısıtlamalar getirilmesine izin vermektedir. Öte yandan özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişi bazı haklara sahiptir. O halde üçüncü olarak, kişi Sözleşme'ye uygun biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmış da olsa, kendisine tanınan hakların ihlal edilip edilmediğini tespit edilmelidir.

Özgürlükten yoksun bırakma nedir?

Özgürlükten yoksun bırakmanın klasik biçimi, kişiyi kilit altında tutmaktır. Gözaltına alınıp nezarethanede tutulan, tutuklanıp veya hapis cezasına mahkûm edilip cezaevinde hapsedilen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarına dair bir kuşku yoktur. Ancak 'gözaltı', 'tutuklama' 'hapis cezası', 'gözlem altına alma' gibi hukuki kavramlar, bütün özgürlükten yoksun bırakma hallerini kapsamazlar; bir kimse, böyle bir tutma kararı olmaksızın ve hatta her hangi bir tutma kararı alınmaksızın (fiilen) özgürlüğünden yoksun bırakılmış da olabilir.

Mahkeme'ye göre, bir kimsenin 'özgürlükten yoksun bırakılıp bırakılmadığını' belirlerken, hareket noktası o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi, bütün faktörler dikkate alınmalıdır (*Engel ve Diğerleri*, §58-59; *Guzzardi*, §92; *Rantsev*, 314). Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma iki unsur içermelidir: Bir kimse kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulmalı (objektif unsur); kişi söz konusu tutmaya geçerli bir rıza göstermemiş olmalıdır (sübjektif unsur) (*Storck*, §74).

Kişi nerede tutulursa özgürlüğünden yoksun bırakılmış olur? Mahkeme, aldıkları 'göz hapsi' cezaları nedeniyle kışla dışına çıkamayan veya kışla içindeki kantine, sinemaya ve gezinti yerlerine gidemeyen ancak kışla içinde günlük işlerini ve görevlerini yapmaya devam edebilen asker kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmış olmadıkları sonucuna varmıştır (*Engel ve Diğerleri*, §60-66); ama Mahkeme aynı olayda 'oda hapsi' cezasına 5. maddenin uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme *Guzzardi – İtalya* davasında, mafya türü faaliyetleri nedeniyle, bir adanın iki buçuk kilometrekarelik bir bölümde, karısı ve çocuklarının da yanına gelmesine izin verilen, günde iki kez polise görünmesi gereken, gece evden çıkamayan ve gündüz evden çıkınca bir kaç sokak dolaşabilen, kendisi gibi kişilerle birlikte onaltı ay boyunca 'zorunlu ikamete tabi tutulan' başvuruçunun özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığını incelemiştir. Bu olayda Mahkeme, seyahat özgürlüğünün sınırlanması ile kişi özgürlüğünün kısıtlanması arasında bir derece ve yoğunluk farkı olduğunu ama başvuruçuya uygulanan tedbirin seyahat özgürlüğünü kısıtlama tedbirini aştığını ve bazı bakımlardan 'açık cezaevi'ne veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzediğini ve dolayısıyla başvuruçunun özgürlükten yoksun bırakıldığını tespit etmiştir (*Guzzardi*, §89-95).

Evde tutma/ev hapsi 24 saat boyunca devam ediyorsa, bu tedbirin kişiyi özgürlükten yoksun bıraktığından kuşku yoktur (*Nikolova* (No. 2), §60). Mahkeme, tutuklama ted-

biri yerine on iki gün süreyle dışarıyla iletişimsiz olarak evde tutma tedbirini (*Mitreski*, §20-25), yetkililerin izni olmaksızın evden çıkmayı yasaklayan evde tutma tedbirini (*Vachev*, §52, §64) özgürlükten yoksun bırakma olarak görmüştür. Ama başvurunun gündüz saatlerinde de evden her çıkışta polise haber vermesini gerektiren, 21.00-07.00 saatleri arasında da haklı bir mazereti olmadıkça ve polise bildirmedikçe evden çıkmasına izin vermeyen polis özel gözetim tedbirini, sadece hafta sonları bir özgürlükten yoksun bırakma olarak değil, fakat seyahat özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama olarak görmüştür (*Raimondo*, §39). Mahkeme bir başka olayda, dört ay boyunca hafta sonları tamamen, hafta içi ise çalışmasına imkân tanımak için 07.00-19.00 saatleri dışında evden çıkmayı yasaklayan tedbiri de kişi özgürlüğüne müdahale saymamıştır (*Trijonis*[k.k.], no. 233302). O halde bir tedbir, bir kimsenin günlük işini yapabilmesini engellemiyorsa, özgürlükten yoksun bırakma olarak görülmeyebilir. Mahkeme'ye göre kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre tutma özgürlükten yoksun bırakma oluşturuyorsa, bir süre evde tutmanın niçin özgürlükten yoksun bırakma oluşturmadığını anlamak zordur. Bir yabancıyı sınır dışı etmek üzere 20 gün kadar havaalanının transit bölgesinde tutma kişi özgürlüğünden yoksun bırakma oluşturduğu gibi (*Amuur*, §42-49), yabancıları uzun bir süre ' kabul ve barınma merkezi' adını taşıyan yerlerde tutma da (*Abdolkhani ve Karimnia*, §125-127) bir özgürlükten yoksun bırakmadır.

Bir kimse 'dışarıda' da tutulu sayılabilir mi? Mahkeme'ye göre koşullu olarak salıverilmiş veya denetimli serbestlikle veya izinli olarak cezaevinden çıkmış bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında 'özgürlüğünü' yeniden kazanıp kazanmadığı, kendisinin dışarıda tabi tutulduğu rejimin fiili şartlarına göre değişen maddi bir meseledir (*Ashingdane*, §41-42). *Weeks – Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, İngiliz hukukuna göre takdiri ömür boyu hapis cezasına hükümlü gencin denetimli serbestlik görevlisinin gözetiminden ayrılmama, görevlinin talimatlarına göre onunla temas halinde olma, görevlinin uygun bulduğu yerde oturma ve görevliden önceden izni almadan ülke dışına çıkmama şartlarına bağlı olarak serbest bırakılmasını incelemiştir. Bu olayda Mahkeme, başvuru gibi bir ömür boyu hapis cezasının izinli olarak salıverilme nedeniyle kullandığı kişi özgürlüğünün, olağan durumdaki bir vatandaşın yararlandığı kişi özgürlüğüne göre hukuken daha sınırlı olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre, başvurunun cezaevi dışındaki özgürlüğünün tabi olduğu kısıtlamalar, cezaevi dışındaki durumun Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından 'özgürlük' hali olarak nitelendirilmesini engellemektedir. O halde başvurunun cezaevine geri döndürülmesi, başvurucağı fiilen özgürlük durumundan çıkartıp hapislik durumuna geçirmiştir (*Weeks*, §20, 40).

Kişi en az ne kadar süreyle tutulacak olursa özgürlüğünden yoksun bırakılmış olur? Mahkeme'ye göre, olayların Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir özgürlükten yoksun bırakmaya işaret etmesi halinde, tutma süresinin görece olarak kısıtlılığı sonucu etkilemez. Polis merkezine kadar götürülme, arama ve geçici olarak tutmanın yaklaşık bir saat sürdüğü olaylarda Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından bir özgürlükten yoksun bırakma bulunduğu belirtilmiştir (*Jarvinen* [k.k.], no. 30408/96).

Novotka – Slovenya davasında başvuru evinin önünde misafir beklemekte iken, hareketlerinden şüphelenen iki polis tarafından nüfus cüzdanı sorulmuştur. Ancak başvurunun bir kimlik göstermemiş olması nedeniyle polisler polis aracını çağırıp bu kişiyi karakola götürmüşler ve burada arama yaparak kısa bir süre nezarete tutmuşlardır. Başvurunun kimliği tespit edildikten sonra salıverilmiştir. Bu olay toplam bir saat sürmüştür. Mahkeme'ye göre başvuru iradesi dışında karakola götürüldüğü ve burada nezarete tutulduğu için, olayda kişiyi özgürlükten yoksun bırakan bir tedbir söz konusudur (*Novotka* [k.k.], no. 47244/99). Ancak Mahkeme tarafından bu olaydaki tutma işlemi, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulunmuştur.

X. ve Y. – İsveç davasında beş yıldır İsveç'te yaşayan Japon vatandaşının terör faaliyetlerinden şüphelenen İsveç Hükümeti kendisini geri göndermeye karar vermiş, sabah 10.30'da yakalanarak müdafisinin huzurunda kendisine sınır dışı edileceği söylenmiş ve 11.45'te havaalanına götürülüp 12.15'te Kopenhag'a kalkan uçağa ve buradan da hemen Japonya'ya kalkan bir uçağa bindirilmiştir. Komisyon, 1 saat 45 dakika tutulan başvuruçunun özgürlükten yoksun bırakılmış olduğunu tespit etmiştir (*X. ve Y. [k.k.]*, no. 7376/76).

Ayrıca suç şüphesiyle yakalanıp karakola götürülmüş olan kişinin gözaltında tutulmasının başlamadığı iddia edilemez. Mahkeme, hırsızlık şüphesiyle yakalanıp karakola götürüldükten sonra sarhoş olduğu düşüncesiyle kimliği tespit edilemeyen kişinin ayıncaya kadar tutulmasının bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmayacağı yönündeki savunmayı kabul etmemiş ve henüz bir gözaltında tutma kararı verilmemiş olmasına karşın, işlemin özgürlükten yoksun kalma olduğunu belirtmiştir (*Anguelova*, §154-157).

Kişi hangi amaçla tutulursa özgürlükten yoksun bırakma oluşturur? Tutmanın amacı, olayın içinde bulunduğu koşullardan çıkartılabilir. Polisin fiziksel bir kısıtlama veya sözle veya davranışla, kişinin gitmekte serbest olmadığını belirtmesi halinde, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma söz konusudur. Komisyon, eski tarihli bir kararında, Almanya'da ailesinin yanında yaşayan 10 buçuk yaşındaki bir Türk çocuğunun iki arkadaşıyla birlikte, havuza atılan paraları topladıklarının görülmesi ve okul müdürünün de okulda bazı hırsızlık olayları olduğunu söylemesi üzerine karakola götürülüp ifadesinin alınmasından sonra eve götürülmeden önce kapısı açık bir odada tutulması nedeniyle toplam iki saat kadar polisin elinde bulunmasını, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma olarak görmemiştir. Komisyona göre bu olayda başvuruçunun karakola götürülmesinin amacı ifadesinin alınması olup, gözaltına alma ve tutma amacı bulunmamaktadır. (*X. – Almanya [k.k.]*, no. 8819/79, 19.03.1981). Bir başka olayda Komisyon, evlilik içinde doğan çocuğun babası olmadığını iddia eden erkeğin yaklaşık 20 yıl kadar sonra açtığı davada, çocuğun kan testi yaptırmaya gitmemesi üzerine mahkemenin kan testi yaptırmayı amacıyla başvuruçuyu çocuğun kan testine polis zoruyla götürülmesine karar vermesini bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olarak görmüş (*X. – Avusturya [k.k.]*, no. 8278/78, 13.12.1979), ancak bu tutmayı Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun bulmuştur.

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmış olması için, bir tutma tedbirine geçerli bir rıza göstermemiş olmalıdır. Bir suç nedeniyle veya bir yükümlülüğünü yerine getirmesini veya sınır dışı edilmesini veya geri verilmesini sağlamak amacıyla tutulan bir kimsenin tutmaya rıza göstermesi aranmayacağı için, bu hallerde bir tutma özgürlükten yoksun bırakma oluşturur. Ancak kişinin beden ve ruh sağlığının korunması için hastane veya bakımevi gibi bir yere yatırılması bir tutma oluşturabileceği için, kişinin rızası gerekebilir. Tabi böyle bir durumda kişinin önce 'geçerli bir rıza' gösterebilecek halde olması gerekir. Kişi geçerli bir rıza gösterebilecek durumdayken kendisine yapılan muameleye itiraz etmemiş ise, rıza gösterdiği varsayılır. Ama başlangıçta rıza göstermiş olsa da sonradan vazgeçilebilir.

Çocuklar da özgürlük hakkına sahiptir; çocuğun yerine velisi rıza gösterebilir. *Nielsen – Danimarka* davasında, 12 yaşındaki ruhsal ve sosyal gelişimi bozuk durumda olan ve velayeti annede bulunan çocuk, annenin isteği üzerine hastanenin çocuk psikiyatri servisine yatırılmış ve altı ay kadar burada kalmış, babasının vasıtasıyla bu tutmanın özgürlükten yoksun bırakma oluşturduğunu iddia etmiştir. Ancak Mahkeme bu olayda konuyu velayet hakkı çerçevesinde incelemiş, bu muameleyi çocuğu babadan koparan bir muamele olarak değil fakat çocuğun yararına bir muamele olarak görmüş ve olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı, dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır (*Nielsen*, §61-73).

Yaşlılar da özgürlük hakkına sahiptir. *H.M. – İsviçre* davasında 85 yaşındaki yaşlı kadın, kendine bakabilecek durumda olmadığı gerekçesiyle başlangıçta karşı çıkmasına rağmen kamu makamları tarafından bakımevine yatırılmıştır. Mahkeme bu olayda da söz konusu muameleyi, başvurunun menfaatine olarak yetkililer tarafından alınmış sorumlu bir hareket olarak görmüş ve olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı sonucuna varmıştır (*H.M. §40-49*).

Akıl sağlığı yerinde olmayanlar da özgürlük hakkına sahiptir. Geçerli bir rıza göstermeye ehil olmayan kişilerin hastaneye yatırımları halinde özgürlükten yoksun bırakıldıkları açıktır (*H.L., §91-94*). Öte yandan akıl sağlığı yerinde olmayan bir kimsenin geçerli bir rıza gösterip göstermediğinin veya göstermeye ehil olup olmadığı belirlenemediği haller de olabilir. *Storck – Almanya* davasında ergin fakat kısıtlı bulunmayan başvuru babasıyla birlikte geldiği klinikte kabul belgeleri kendisine imzalatılmadan yatırılmış ve kapalı bir odada yaklaşık 20 ay tutulmuştur. Başvurucu sürekli olarak klinik personelinin denetimi altında bulunmuş ve çıkıp gitmesine izin verilmemiş, kaçmaya çalıştığında kelepçelenmiş, kaçmayı başardığı bir keresinde polis tarafından tutulup geri getirilmiş, bu dönem boyunca dış dünya ile sosyal irtibat kuramamıştır. Mahkeme bu unsurlara bakıldığında başvurunun objektif açıdan özgürlükten yoksun bırakılmış görülebileceğini belirtmiş, ancak olayı aynı zamanda sübjektif açıdan incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvurunun rıza göstermeye ehil olduğu varsayılacak olursa, birkaç defa kaçmaya çalıştığı ve kaçmasını önlemek için yatağa bağlandığı ve polis tarafından kliniğe geri getirildiği göz önünde tutulduğunda, başvurunun rıza gösterdiği sonucuna varılamaz. Ayrıca başvurunun ağır ilaç tedavisinin ardından rıza gösterebilecek durumda olmadığı da varsayılacak olursa, başvurunun tutmaya geçerli bir rıza gösterdiği söylenemez. Böylece Mahkeme, bu olayda başvurunun özgürlükten yoksun bırakılmış olduğu sonucuna varmıştır (*Storck, §73-78*).

Özgürlükten yoksun bırakma şartları

Kişi özgürlüğü mutlak bir hak değildir; kısıtlanabilir; kullanılması olağanüstü hallerde askıya alınabilir. Bir müdahalenin Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından haklı görülmesi için, iki önemli şartın yerine getirilmesi gerektiği görülmektedir. İlk olarak, özgürlüğe bir müdahale 'hukuki' olmalı, 'keyfi' olmamalıdır. Hukukilik genel bir ön şarttır; kişi özgürlüğüne her müdahale bakımından aranır. Hukukilik şartı, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında yer alan 'aşağıdaki haller dışında', 'hukukun öngördüğü usule uyulmadıkça' ve her bir bent içinde yer alan 'hukuka uygun tutma' terimlerinden çıkmaktadır. İkinci olarak, özgürlüğe bir müdahale Sözleşme'de gösterilen sebeplere uygun olmalıdır. Bu sebepler (istisnalar) Sözleşme'nin 5(1)(a-f) bentlerinde yer almaktadır. Sebebe uygunluk, özgürlüğe meşru bir müdahalenin her olaya ilişkin özel şartıdır. Özetle bir özgürlükten yoksun bırakma, hukuka uygunluk şartını taşımadığı veya hukuka uygun olsa bile olayda sebebe uygunluk şartını yerine getirmedeği takdirde Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiş olur.

Hukuka uygun tutma

Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının içinde farklı yerlerde geçen 'hukuk' (law) kelimeleri birbirleri ile bağlantılıdır. Bu fıkranın başında geçen 'hukukun öngördüğü usul' deyimini ile bentlerin içinde geçen 'hukuk' sözcükleri arasında belirli bir örtüşme vardır. Mahkeme bu bağlamda sürekli olarak şu ilkeleri vurgulamıştır: Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuki' ve 'hukukun öngördüğü usule göre' terimleri, esasen ulusal hukuka gönderme yapar ve bu konudaki ulusal hukukun maddi hukuk ve usul hukuku hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade eder. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak ulusal makamların ve özellikle mahkemelerin işi olduğu halde, Mahkeme Sözleşme'nin bu maddesi bakımın-

dan iç hukuka uygun davranılıp davranılmadığını denetleyebilir. Bu çerçevede, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin iç hukuka uygunluğu, dikkate alınması gereken temel unsurdur, fakat bu her zaman belirleyici bir unsur değildir. Mahkeme, her özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına uygun olduğuna da ikna olmalıdır. Bu nedenle, Mahkeme, iç hukukun kendisinin de Sözleşme'de açıkça veya zimnen yer alan genel ilkelere ve özellikle hukuk güvenliği ilkesine uygun olup olmadığını belirlemek zorundadır (*Winterwerp*, §45; *Grauslys*, §39; *Douiye* [BD], §44-45; *Mooren* [BD], §72). Mahkeme daha yeni tarihli bir kararında Sözleşme'nin 5. maddesindeki hukukiliğin, gerektiği takdirde uluslararası hukukta kaynağı bulunan uygulanabilir diğer hukuki standartlara da göndermede bulunduğunu eklemiştir (*Medvedyev ve Diğerleri* [BD], §79). Kısaca hukuka uygunluk (hukukilik) meselesi şu sorulara yanıt aramayı gerektirir: bir özgürlükten yoksun bırakma, i) ulusal/uluslararası hukukun maddi hükümlerine uygun mudur; ii) ulusal/uluslararası hukukun usul hükümlerine uygun mudur; iii) ulusal/uluslararası hukukun bir olayda uygulanması Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına uygun mudur?

Sözleşme'nin 5. maddesinin göndermede bulunduğu bu hukuk hangi özelliklere sahip olmalıdır? Mahkeme'ye göre bir özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, genel hukuk güvenliği ya da hukuki belirlenlik (legal certainty) ilkesine uyulması özellikle önemlidir. O halde, iç hukukta özgürlükten yoksun bırakmanın koşulları açıkça tanımlanmış olmalı ve bu hukukun uygulanabileceği önceden görülebilir olmalıdır. Ancak bu şekilde Sözleşme'nin getirdiği 'hukukilik' standardı karşılanabilir. Sözleşme'deki hukukilik standardı aynı zamanda bir "öngörülebilirlik" ölçütüdür. Başka bir anlatımla, keyfi tedbir uygulanması riskinin ortadan kalkması ve kişilerin olayın şartları içinde belirli bir davranışının sonuçlarını, gerekirse uygun bir danışmayla, görebilmelerini sağlamak için, hukuk yeterince açık olmalıdır (*Steel ve Diğerleri*, §54; *Medvedyev ve Diğerleri*, §80). Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukiliğin aynı zamanda, Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin bir kavram olan hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren, 'hukukun niteliği'yle de ilgili olduğunu söylemiştir (*Abdolkhani ve Karimnia*, §130). Hukukun niteliğinin, özellikle keyfi müdahalelere karşı koruyan güvencelerle sağlanabileceği düşünülebilir (*Amuur*, §53).

Sözleşme'nin 5. maddesine uygunluk, hem özgürlükten yoksun bırakma kararının verilmesi aşamasında ve hem de bu kararın uygulanması aşamasında gerekir. Hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik bir toplumda, keyfi olan her hangi bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri, sonradan hukuka uygun hale getirilemez.

Hukukilik şartını taşımadığı için Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlalinin saptanacağı birçok durum söz konusu olabilir. Bu tür olaylar şu şekilde sınıflandırılabilir: Bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin a) kaydı bulunmuyorsa veya b) iç hukukta sebebi bulunmuyorsa veya c) iç hukuktaki sebebi Sözleşme'nin 5(1)(a-f) bentlerinden birine girmiyorsa veya d) hukuki sebebi bulunduğu halde, iç hukukta tutmanın nasıl yapılacağını gösteren bir usul bulunmuyorsa veya e) usul bulunduğu halde uygulamada bu usule aykırı davranılmış ise veya f) görünen bir sebebe ve usule uygun olduğu halde bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına aykırı ise, Sözleşme'nin 5. maddesi ihlal edilmiş olur.

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından yetkililerin ne tür davranışlarının 'keyfilik' oluşturduğu konusunda genel bir tanım getirmemiştir. Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında keyfilik kavramı, olaydaki tutma türüne göre değişebilir. İçtihatlarda ortaya çıkan ilkelere biri şudur: Ulusal hukuka lafzen uygun olduğu halde, yetkililerin kötü niyeti veya hilesi varsa, o olaydaki tutma 'keyfi'dir (*Bozano*, §111; *Conka*, §41-42). Keyfilikten arınmışlık şartı, hem tutma kararının ve hem de tutma kararının icrasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ilgili bentlerinde izin verilen kısıtlamaların amacına ger-

çekten uygun olmasını gerektirir (*Winterwerp*, §39; *Bouamar*, §50; *O'Hara*, §34). Ayrıca, dayanılan özgürlükten yoksun bırakma sebebi ile tutma yeri ve koşulları arasında bir ilişki bulunmalıdır (*Aerts*, §46; *Enhorn*, §42). Sözleşme'nin 5(1)(b), (d) ve (e) bentleri bağlamında keyfilik kavramı, tutmanın sözü edilen amacı gerçekleştirmek için gerekli olup olmadığını değerlendirmeyi de içerir. Mahkeme'ye göre, bir kimsenin tutulması öylesine ağır bir tedbirdir ki, bu tedbir ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyin veya ilgili kişinin tutulmasını gerektirebilecek olan kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu hallerde son çare olarak haklı görülebilir (*Witold Litwa*, §78; *Hilda Hafsteinsdottir*, §51; ve *Enhorn*, §44). Ayrıca orantılılık ilkesi, hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma söz konusu olduğunda, bu yükümlülüğü hemen yerine getirmenin demokratik bir toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında adil bir denge kurulmasını gerektirir (*Vasileva*, §37). Tutma süresi, bu dengenin kuruluşunda dikkate alınması gereken bir faktördür (*McVeigh ve Diğerleri* [k.k.], no. 8022/77).

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi gereğince mahkûmiyetten sonra hapsedme olaylarında keyfilik bulunmaması ilkesine farklı bir yaklaşım göstermiştir. Hapisliğin hukuka uygun bir mahkûmiyet kararıyla nedensellik bağı bulunması halinde, hapis cezası kararı ve ceza süresi, Mahkeme'nin değil ulusal makamların bir meselesidir (*T. – Birleşik Krallık* [BD], §103; ve *Stafford* [BD], §64).

Diğer yandan, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bakımından keyfilikten kaçınmak için tutmanın, i) iyi niyetle yapılmış olması, ii) kişinin izinsiz girişini önlemek amacıyla sıkı sızıya bağlantılı olması, iii) bu tedbirin suç işleyen kişilere değil fakat hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığı akılda tutularak, tutma yerinin ve tutma koşullarının buna uygun olması, iv) izlenen amacın gerektirdiği makullüğü aşmayacak bir süre olması gerekir (*Saadi*, §74).

Kayıtsız tutma

Hiç kuşkusuz, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin hukukilik şartını yerine getirdiğini savunabilmek için, ilk önce bu tedbirin kayıt altına alınmış olması gerekir. Bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin süresi ne kadar kısa olursa olsun, kişinin tutulduğu yer veya giriş yaptığı kurum neresi olursa olsun, tutma sebebi ne olursa olsun, tutulan kim olursa olsun, yetkililer tarafından mutlaka kayıt edilmelidir. Mahkeme'ye göre tutulanların tutulma tarihi, zamanı ve yeri, ayrıca tutma sebepleri ve tutanların adlarıyla ilgili gerçeğe uygun veriler kayda geçirilmelidir (*Çakıcı*, §105). Kişi özgürlüğünden yoksun bırakıldığı halde buna dair kayıt tutulmaması, özgürlük hakkını ağır bir surette ihlal eder. Ayrıca bu ihmalin sonuçları çok ağır olabilir: Kayıtsız tutulan kişi kayıp edilebilir veya faili meçhul kalacak şekilde öldürülebilir. Mahkeme birçok davada kayıtsız tutulup daha sonra tutulduğu inkâr edilen kişilerin durumunu hassasiyetle incelemiş, bu tür kayıp olaylarında kişinin yaşama hakkı ile birlikte Sözleşme'nin 5. maddesinin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Kurt*, *Çakıcı*, *Tanlı* kararları gibi).

Kayıtsız özgürlükten yoksun bırakma, sadece kişinin kaybedilmiş olması ve tutulurken ölen bir kimsenin ölüm sebebinin gizlenmeye çalışması hallerinde ortaya çıkmaz. Tutulup daha sonra serbest bırakılan kişinin tutulduğuna dair hiç kayıt yoksa kişinin tutulduğu inkâr edilebilir. Bu durum da Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında yer alan temel öneme sahip güvencelerin tamamıyla reddi anlamına gelir. Ayrıca kişi Sözleşme'nin 5(2-5). fıkralarındaki haklarını kullanamaz duruma girer. Bu koşullarda bu fıkra çok ağır bir biçimde ihlal edilmiş olur. Mahkeme'ye göre tutmanın tarihi, yeri ve zamanı (saat, dakika) ile tutulan kişinin ismi, tutma sebepleri ve tutmayı gerçekleştiren kişinin ismi gibi bilgilerin kaydedilmemesi, hukukilik şartına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına ay-

kırı görülmelidir (*Anguelova*, §154). Ama öncelikle kişinin kamu görevlileri tarafından tutulduğunun kanıtlanmış olması gerekir.

Tutulmakta olan bir kişinin kimliğinin henüz belirlenmemiş olması, tutma kaydı düzenlenmesini engellemez. Mahkeme *Anguelova – Bulgaristan* davasında, suç şüphesiyle gece 01.00 sularında yakalanıp karakola götürülmüş olan kişinin 05.00 sularında hastaneye götürülürken ölmesi üzerine, bu kişinin gözaltında tutulduğuna dair bir kayıt bulunmadığını gözlemlemiştir. Hükümet bu aşamada kayıt tutulmamış olmasını, Milli Polis Kanununun kişiyi gözaltında tutmak için yasal bir emir verilmesini gerektirdiği, yasal emir için de kişinin kimliğinin belirlenmesi gerektiği, oysa sarhoş görünen bu kişinin kimliğinin belirlenmediği ve bu nedenle yasal gözaltında tutma emri verilemediği şeklinde açıklamaya çalışmıştır. Mahkeme'ye göre ise, Polis Kanununun ilgili maddesi, tutulan kişinin kimliği ile ilgili tereddüt bulunduğu yasal bir emir bulunmaksızın kişinin tutulmasına izin verdiği şeklinde yorumlanamaz. Böyle bir yorum, tutmanın inkârı için açık bir yetki verme anlamına geleceğinden, Sözleşme'nin 5. maddesindeki en temel güvencelere aykırı bir yorum olur. Mahkeme olaydaki bu tutmayı iç hukuka ve Sözleşme'nin 5. maddesine içkin şartlara aykırı bulmuştur. (*Anguelova*, §155, 157). O halde, bir iç hukuk kuralının kayıtsız bir tutmaya imkân verdiği şeklinde yorumlanması ve uygulanması, hukukilik şartını ihlal eder.

Sadece tutulan kişinin tutulduğunun kayıt edilmemesi değil, aynı zamanda salıverilen kişinin tutulmuş olduğuna dair bir belge verilmemesi de kişi özgürlüğünü ağır bir surette ihlal eder. *Fedotov – Rusya* davasında başvurucu hakkında çıkarılmış olan yakalama kararı daha sonra kaldırılmış, ancak polisin arama kayıtlarında adı yer almaya devam ettiği için iki ayrı tarihte gözaltına alınıp tutulmuş, durum anlaşılınca salıverilmiş, fakat yetkililer başvurucuyu gözaltında tuttuklarına dair bir belge düzenlememişlerdir. Mahkeme'ye göre bu olay kendiliğinden çok ağır bir eksiklik olarak görülmelidir. Bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkâr edilmesi Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan temel öneme sahip güvencelerin tamamen reddidir. Bu durum ayrıca hukukilik şartına da aykırıdır (*Fedotov*, §78).

Özgürlükten yoksun bırakma kaydı varsa, bu kayıt 'gerçeğe uygun veriler' içermelidir. Kayıttaki bazı bilgilerin gerçeği yansıtmaması, kaydın güvenilirliğini şüpheye düşüreceğinden, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma durumu ortaya çıkabilir. Kayıttaki gerçeğe aykırılık, özellikle 'süre yönünden' söz konusu olabilir. Bir özgürlükten yoksun bırakma daha erken bir tarihte başladığı halde, kayıta daha sonraki bir tarih veya saat gösteriliyorsa, kayıta gösterilmeyen dönem, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemidir. Yine bir özgürlükten yoksun bırakma aslında daha geç bir tarihte veya saatte sona erdiği halde, kayıta daha erken bir tarih veya saat gösteriliyorsa, yine kayıta gösterilmeyen dönem, kayıtsız bir özgürlükten yoksun bırakma dönemidir. Her iki durumda da kayıta gösterilmeyen dönemler, fiili bir tutma, Mahkeme'nin deyişiyle keyfi bir tutma oluşturur. Örneğin, idari makamlar tarafından yasal gözaltı sürelerine uygun davranıldığını göstermek için tutulan kayıtların gerçeğe aykırılığının sonradan ortaya çıkması halinde, söz konusu fiili tutma dönemi, basit bir yasal süre aşımı olarak görülemez. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı keyfi bir tutma dönemi olarak kabul edilir. Savcının ve yargıcın önüne çıkarılan kişiye ne zaman gözaltına alındığını ve gözaltı döneminin seyrini sormaları, gözaltı kayıtlarının gerçeğe uygunluğunun saptanması bakımından büyük önem taşır.

Fazladan tutma

Ulusal hukuklarda özgürlükten yoksun bırakma süreleri, miktarları belirtilerek veya başlama ve sona erme şartları gösterilerek belirlenmiştir. Kişinin iç hukukta belirlenen

sürelerden fazla tutulduğu dönem, iç hukukta dayanağı olmadan tutma anlamına gelir; fazladan tutma iç hukuka aykırı olduğu için, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal eder. Fazladan tutmanın söz konusu olabilmesi için, bir başvuru Söleşme'nin 5(1)(a-f) bentlerindeki sınırlama sebeplerinden herhangi birini gerçekleştirme amacıyla bir özgürlükten yoksun bırakma durumu olmalı, ancak bu tutmanın bir kısmı söz konusu bentlerin dışında kalmalıdır. Fazladan tutma şu hallerde söz konusu olabilir: i) yasal süresi dolduktan sonra kişinin salıverilmeden veya yargıç önüne çıkarılmadan önce idari makamlar tarafından bir süre daha tutulması halinde; ii) yargıç tarafından hemen salıverilmesine karar verilen kişinin salıverilmeden önce makul olmayan bir süre daha tutulması halinde; ve iii) fiili veya hukuki sebeplerle fazladan hapis cezası yatılması halinde.

Yasayla düzenlenmiş bir gözaltı süresinin ne zaman sona ereceği önceden bilindiğinden, yasal gözaltı süresinin kısa bir süre de olsa aşılması, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal eder. *K.-F. – Almanya* davasında başvuru, kira dolandırıcılığı şüphesiyle 21.45'te gözaltına alınmış, kimliği hemen tespit edilemeyen başvuru götüldüğü karakolda ifadesi alınmış ve kimliği ve başka bir suçtan aranıp aranmadığı araştırılmaya başlanmış, sabah yeniden başvuru ifadesi alındıktan sonra 09.45'te savcı polise telefonla başvuru tutuklanmasını talep etmeyeceğini söylemiş, polis başvuru kişisel bilgilerini kaydetmek için 45 dakika daha tutuktan sonra 10.30'da başvuru salıvermiştir. Mahkeme, başvuru iç hukuktaki suçu işlerken yakalanan kimsenin kimliği hemen tespit edilemiyorsa kimlik kontrolü amacıyla gözaltına alınmasına ve sadece 12 saat tutulmasına izin veren hüküm olayda 45 dakika aşılmış olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkının istisnaları sınırlı sayıda olup, bir kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmaması için bu istisnaların dar yorumlanması, 5. maddenin amacına uygun olur; mevcut davada kimlik kontrolü amacıyla azami on iki saatlik tutma süresi yasayla düzenlenmiş olup, mutlak; azami tutma süresi önceden bilindiğinden, tutmayla görevli makamlar, izin verilen sürenin aşılmaması için gerekli bütün tedbirleri almakla ve bu arada tutma süresi içinde kimlik kontrolü için başvuru kişisel bilgilerini kaydetmekle yükümlüdürler; olayda başvuru kişisel bilgilerini kaydetmek için 45 dakika daha tutulması 12 saatlik azami tutma süresini aştığından, iç hukuka ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırıdır (*K.-F.*, §66-72).

Gözaltında tutulan kişi salıverilmiyor ise, yasal süresi içinde yargıç önüne çıkarılmadır. *Zeynep Avcı – Türkiye* davasında, başvuru bir ilde altı gün gözaltında tutulduktan sonra yedinci gün bir başka ilde nakledilmiş, başvuru nakledildiği bu ilde 15 gün daha gözaltında tutulduktan sonra yargıcın önüne çıkarılmıştır. Başvuru toplam 21 gün gözaltında tutulmuştur. O tarihte yürürlükte bulunan iç hukuka göre azami gözaltı süresi 15 gündür. Mahkeme'ye göre olaydaki gözaltı iç hukuka uygun bir tutma değildir; dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir (*Zeynep Avcı*, §49-50).

Yasal süreyi aşan gözaltı dönemi, kişinin önüne çıkarıldığı yargıcın verdiği tutuklama kararıyla iç hukuka uygun hale gelmez; mahkûmiyet halinde bütün gözaltı döneminin de verilecek hapis cezasından düşülecek olduğu düşüncesiyle, yasal süreyi aşan gözaltı süresinin iç hukuka uygunluğu savunulamaz. Bu nedenle bir tutuklama kararında, gerçekte kişinin ne zaman gözaltına alındığının tespit edilmesi gibi, yasal süreyi aşan bir gözaltı dönemi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi de önemlidir.

Bir yargıcın veya mahkemenin verdiği bir salıverme kararı, mümkün olan en kısa süre içinde yerine getirilmeli ve kişi geç serbest bırakılmamalıdır. Ancak Mahkeme, tutuklama gibi, tutma süresinin önceden yasayla düzenlenmediği ve tutmanın bir yargıç veya mahkeme kararıyla sona erdiği hallerde, mahkemelerin çalışmasıyla ve bazı formalitelerin tamamlanmasıyla ilgili pratikteki durumlar nedeniyle, salıverme kararının icrasının zaman alabileceğini ve tutulan bir kimsenin salıverilmesinden önce kısa süreli gecikmelerin

olabileceğini kabul etmiştir. Bir mahkeme tarafından salıverilmesine karar verilen bir tutuklunun, cezaevine götürülüp bazı formalitelerin tamamlanması gerekebilir.

Labita – İtalya davasında mafya üyeliğinden tutuklu yargılanmakta olan başvurucu hakkındaki son duruşma, gece 22.00’de son bulmuş ve mahkeme başvurucunun beraatine ve salıverilmesine karar vermiş; başvurucu mahkeme salonundan alınıp 120 kilometre uzaklıktaki cezaevine götürülmüştür. Gece 00.25’te işlemlerinin yapılmasını bekleyen başvurucuyla ilgili işlemleri yapacak olan görevlinin cezaevinde bulunmaması nedeniyle başvurucu sabaha kadar bekletilmiş, sabah işlemlerinin yapılmasının ardından 08.30’da salıverilmiştir. Mahkeme, bu olaydaki gecikmenin bütünüyle idari formalitelerin yerine getirilmesi gereğine bağlanamayacağını, başvurucunun gece 00.25’ten 13 Kasım 1993 sabahına kadar salıverilmesindeki ek gecikmeye memurun yerinde bulunmamasının sebep olduğunu belirtmiş ve iç hukukta dayanağı bulunmayan bir tutmanın Sözleşme’nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Labita*, §171-173).

Giulia Manzoni – İtalya davasına konu olan olayda, başvurucunun yargılandığı mahkemede duruşma 11.45’te bitmiş ve yargıç başvurucunun salıverilmesine karar vermiştir. Başurucu bir saatlik bir yolculuktan sonra 13.30’da cezaevine girmiş, salıverme kararını içeren duruşma tutanağı 15.10’da cezaevi yönetimine ulaşmış, cezaevi yetkilileri öğleden sonra hesapların görülmesi, eşyaların iadesi, salıverme kararının polise bildirilmesi, salıverme kararının deftere işlenmesi gibi işlemleri yapmıştır. Başurucu 18.30’da adresini cezaevi idaresine bırakmış ve 18.45’te cezaevinden çıkmıştır. Başurucuya göre 11.45-18.45 arasındaki yedi saat hukuka aykırı olarak tutulmuştur. Mahkeme’ye göre, sözü edilen idari işlemler daha çabuk yapılabilirdi, ancak bir salıverme kararının yerine getirilmesinde gecikme olması genellikle kaçınılmaz olduğundan, olaydaki gecikme Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli değildir (*Giulia Manzoni*, §25). Araç veya personel yetersizliği gibi bazı idari yetersizliklerin, salıverme kararının icrasındaki gecikme için haklı bir mazeret olarak görülmeyeceği anlaşılmaktadır.

Üst mahkemelerin verdiği salıverme kararları da derhal yerine getirilmelidir. *Assanidze – Gürcistan* davasında Gürcistan özerk cumhuriyetlerinden Acaristan’daki Batum şehrinin belediye başkanı 11 Aralık 1999’da suçlanıp Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine uygun olarak tutuklanmış, 29 Ocak 2001’de Gürcistan Yüksek Mahkemesi başvurucunun beraatine ve hemen salıverilmesine karar vermiştir. Ancak bu tarihten sonra yerel mahkeme tarafından başvurucunun dosyası yeniden açılmadan ve yeni bir tutuklama kararı verilmeden başvurucu tutulmaya devam etmiştir. Mahkeme’ye göre başvurucunun 29 Ocak 2001’den itibaren özgürlükten yoksun bırakılmasının yasal ve yargısal bir temeli olmadığından bu tutma Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının bentleri bakımından haklı görülmez. Dahası, Mahkeme’ye göre, hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlette bir mahkemenin salıverme kararına rağmen kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının sürdürülmesi düşünülemez. Konuya ilişkin bir yasa hükmü veya yargısal bir karar olmadan kişinin sınırsız bir süre için önceden görülemeyen bir süre tutulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırı ve keyfidir. O halde, başvurucu keyfi bir şekilde tutulmuştur ve Sözleşme’nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir (*Assanidze [BD]*, §172-176).

Fazladan tutma, başka suçları soruşturabilme amacıyla da yapılmış olabilir; ancak böyle bir tutma sebebi özgürlükten yoksun bırakma sebepleri arasında yer almamaktadır. *Quinn – Fransa* davasında Paris’te dolandırıcılık suçundan bir yıldır tutuklu bulunan ABD vatandaşı başvurucu 20 Temmuz 1989 tarihli tutukluluğunun devamı kararına itiraz etmiş, salıverilme talebi hakkında bir karar vermek üzere mahkeme 2 Ağustos 1989’da bir duruşma yapmış, 4 Ağustos 1989 sabahı 09.00’da ve başvurucunun yokluğunda, başvurucu başka bir suçtan tutuklu değilse derhal salıverilmesine karar vermiştir. Ancak baş-

vurucu mahkemenin bu kesin kararı üzerine hemen salıverilmemiştir. Aynı gün 17.30'da İsviçre'nin Cenevre kentinden bir soruşturma yargıcından Paris savcılığına başvurucunun İsviçre'ye geri verilmesi amacıyla tutuklanmasını isteyen bir faks gelmiştir. Bu üst yazıda başvurucudan Paris Sante cezaevinde tutuklu olarak söz edilmiş ve üst yazıya İsviçre yargıcının başvurucu hakkında verdiği bir tutuklama kararı eklenmiştir. Paris savcısı hemen başvurucunun yakalanmasına karar vermiş, o sırada halen Sante cezaevinde olan başvurucuya yakalama kararı tebliğ edilmiş, savcı tarafından sorgulandıktan sonra saat 20.00 sularında geri verme amacıyla tutuklanmasına karar verilmiştir. Başvurucu o sabah 'derhal' salıverilmesine karar verildiği halde, İsviçre makamlarının talebi üzerine yeniden tutuklanabilmesi için keyfi olarak tutulduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, bir salıverme kararının icrası sırasında bazı gecikmelerin anlayışla karşılanabileceğini, ancak mevcut olayda başvurucunun 'derhal' salıverilmesine dair mahkeme kararı kendisine tebliğ edilmeden veya bu kararın icrası için her hangi bir şekilde harekete geçilmeden, geri verme amacıyla tutma kararı verilinceye kadar başvurucunun 11 saat tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına girmedeği sonucuna varmıştır ve 5. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir (*Quinn, §42*).

Hapis cezası süresinin hatalı hesaplanması nedeniyle fazladan hapis yatırmanın da iç hukukta bir dayanağı olamaz. *Pezone – İtalya* davasına konu olan olayda başvurucu bir ceza davasında yargılanmış ve hapis cezalarına mahkûm edilmiştir. Trieste savcısı 16 Kasım 1991'de verdiği kararda hapis cezalarını toplayarak, başvurucunun 4 Nisan 1992'de salıverileceğini belirlemiştir. Başvurucu 4 Nisan 1992 günü salıverilmiştir. Öte yandan Napoli savcısı, başvurucu hakkında Napoli ceza mahkemesinin 8 Kasım 1989 tarihli 2 yıl hapis cezası veren kararına dayanarak, başvurucunun yakalanmasına ve cezasının infazına 27 Kasım 1992'de karar vermiştir. Başvurucu 11 Aralık 1992'de yakalanarak cezaevine konmuştur. Başvurucunun 28 Şubat 1994 tarihinde Napoli savcılığına başvurusu üzerine yapılan araştırma sonunda, başvurucunun Napoli mahkemesi tarafından hapis cezası verilen suçtan aslında 1982-1985 yılları arasında 2 yıl beş ay 29 gün tutuklu tutulduğu, cezaların toplanması sırasında bu tutukluluk süresinin dşülmediği anlaşılmıştır. Savcı 25 Mart 1994'te başvurucunun salıverilmesine karar vermiştir. Başvurucu fazladan yattığı 15 ay 14 gün (11 Aralık 1994 – 25 Mart 1994) için talep ettiği tazminat reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun söz konusu fazladan yattığı bu süre hatalı hesaplamadan kaynaklanmış olup, bu hapisliği haklı kılan bir sebep bulunmadığından Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına aykırıdır (*Pezone, §36*).

Yüksek güvenliqli sağlık kurumlarında tutulan suç işlemiş akıl hastalarının daha serbest bir rejime geçirilmelerindeki gecikme, fazladan tutma olarak görülebilir. Mahkeme *Erkalo – Hollanda* davasına konu olan olayda, suç işlemiş akıl hastası olan başvurucunun yüksek güvenliqli bir kuruma yerleştirilmesiyle ilgili ilk kararın bu kurumda tutulma için öngördüğü süre sona erdiği halde süre dolduktan sonra sadece bazı koşullarda kişinin cezaevinden çıkarılmasını öngören iç hukuka uygunluğunu kabul etmiş, ancak bir yargı kararı olmaksızın başvurucunun yüksek güvenliqli kurumda 82 gün daha tutulmasını ve başvurucunun geciktirilmeden salıverilmesini sağlayan bir güvence bulunmamasını dikkate alarak, hukuka uygun tutma hükmüne aykırı bulmuştur (*Erkalo, §51-60*).

Yabancı hükümlünün vatandaşı olduğu ülkeye nakledildiğinde çekeceği cezanın fiilen uzaması, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal eder mi? Macar vatandaşı başvurucu İsveç'te işlediği uyuşturucu suçundan 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş ve hakkında sınırđışı etme kararı verilmiş, İsveç hukukuna göre cezasının üçte ikisini iyi halli çektikten sonra, yani 6 yıl sekiz ay sonra koşullu salıverilmesi öngörölmüştür. Başvurucu Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi ve Ek Protokol hükümleri gereğince, İsveç'in isteği üzerine Macaristan'a nakledilmiş; başvurucunun 10 yıllık hapis cezası Macaristan hukukundaki 10 yıllık hapis cezasına dönüştürölmüştür. Ancak başvurucu Macaristan hukukuna

göre hapis cezasının beşte dördünü çektikten sonra, yani 8 yıl sonra koşullu salıverilebilir duruma gelmiştir. Mahkeme, başvurucunun Macaristan'a nakli nedeniyle fiilen daha uzun bir süre hapis cezası çekecek olmasının Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, başvurucunun İsveç'te mahkûm edildiği hapis cezası ile Macaristan'da özgürlükten yoksun bırakılması arasında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu durumun keyfi olup olmadığını değerlendirirken, diğer uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınması ve Sözleşme'nin diğer uluslararası hukuk kurallarıyla ahenkli bir şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin bir Sözleşmeci Devletin kendi standartlarını üçüncü bir devlete dayatmasını gerektirmediğini belirtmiştir. Mahkeme, nakledilen devlette cezanın daha uzun süre infaz edilme ihtimali bulunmasının, davanın görüldüğü ülkede hükmedilen cezadan fazla olmaması şartıyla, özgürlükten yoksun bırakmayı kendiliğinden keyfi hale getirmeyeceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca, cezanın çekileceği ülkede fiilen çekilecek olan cezanın bariz bir şekilde uzun olması halinde Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından bir sorun doğabileceğini kaydetmiş, ancak olayda Macaristan'daki cezanın 1 yıl 4 ay daha fazla olacağını ve bunun da Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline neden olacak kadar orantısız bir artış olmadığı sonucuna varmıştır (*Erno Szabo [k.k.]*, no. 28578/03).

Önleyici tutma

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki 'bir kimsenin suç işlemesini önlemek için' tutulabileceğini öngören hükmün önleyici tutmaya imkân verdiği akla gelebilir. Bazı ulusal hukuklarda dayanağı bulunan önleyici gözaltında tutma ve önleyici tutuklama gibi tedbirler, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartları taşıyorsa, iç hukukta mevcut fakat Sözleşme'de dayanağı olmayan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olarak değerlendirilebilir ve Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına aykırı olur.

Kişiyi kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı taşımayan bir önleyici tutma, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırıdır. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki diğer tutma sebeplerinde olduğu gibi, 'suç işlemesini önlemek için tutma'da amaç, tutulan kişiyi kanunen yetkili makamların (yargıcın) önüne çıkarmak olmalıdır. Bu sorunun tartışıldığı *Lawless – İrlanda (no 3)* davasında, davalı İrlanda Hükümeti, eskiden IRA üyesi olduğu bilinen kişinin yeniden suç işlemesini önlemek için uzun süre yargıç önüne çıkarılmadan gözaltında tutulmasını, 'suç işlemesini önlemek için tutma' hükmüne dayandırmış ve bu amaçla gerçekleştirilen tutma tedbirinin kişiyi 'kanunen yetkili makamlar önüne çıkarma' amacı taşıması gerektirmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu görüşü reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, 'kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için' ifadesinin, bu bende başvuru gözaltına alma veya tutma durumlarının bütün kategorilerini nitelediği çok açıktır. Ayrıca, 5(1)(c) bendi, aynı maddenin 3. fıkrasıyla birlikte yorumlanmalıdır. 3. fıkra, açıkça, 1. fıkranın (c) bendi hükümlerinde tasarlanan koşullardan her hangi birine göre gözaltına alınan veya tutulan herkesin, özgürlüğünden yoksun bırakılması sorununun incelenmesi ve esas hakkında karar verilmesi amacıyla yargıç önüne çıkarılması yükümlülüğünü getirmektedir. Yukarıdaki yoruma aykırı bir yorum halinde, bir suç işleme niyeti beslediğinden kuşulanılan bir kimse, Sözleşme'ye aykırılık oluşturma ihtimaline bakılmaksızın, sadece idari bir karara dayanılarak sınırsız bir süre için gözaltında tutulabilecektir. Böyle bir tutum, Mahkeme'ye göre, keyfi iktidarın bütün belirtilerini taşıması yanında, Sözleşme'nin temel ilkelerine aykırı sonuçlara da götürür. Olayda başvurucunun tutulması 'kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için' olmadığından, Mahkeme Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine ve 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Lawless (no. 3) (esas hk)*, *hukuk bölümü*, §14-15). O halde, gözaltında tutma tedbiri, 'bir suç işleme niyeti beslediğinden kuşulanılan' bir kimseyi yargıç önüne çıkarma amacı olmadan tutmak için uygulanamaz.

Tutuklama tedbiri, kişinin bir başka tedbirden veya infazdan kurtulma riskini ortadan kaldırmak için bir önleyici tutma olarak kullanılamaz. *Ciulla – İtalya* davasına konu olan olayda, uyuşturucu suçlarından adli kontrole tabi olarak tutuksuz yargılanan başvurucu hakkında 11 yıl hapis cezası verilmiş, ancak dava mahkemesi hükümlerle birlikte tutuklama kararı vermemiş, daha sonra dava mahkemesi savcılığın talebi üzerine tutuklama kararı vermiş ancak temyiz mahkemesi tutuklama kararını gerekçesiz bularak kaldırmıştır. Bir süre sonra savcı mahkemeden başvuru hakkında zorunlu ikamete tabi tutma kararı vermesini istemiş, mahkemenin bu konuda karar vermek için açtığı duruşmaya başvurucu gelmiş, savcı duruşmada tutuklama talebinde bulunmuştur. Ulusal mahkeme 8 Mayıs 1984 tarihli duruşmada tutuklama kararı ve 24 Mayıs'ta bir ceza mahkemesi başvurusunun beş yıl süreyle zorunlu ikamete tabi tutulmasına karar vermiştir. Başvurucu ertesi günü polis tarafından cezaevinden alınarak bir kasabaya götürülmüştür. Başvurucu İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuruda zorunlu ikamete tabi tutma tedbiri aleyhine başvurmamış, ancak 8 Mayıs – 24 Mayıs 1984 tarihleri arasında tutuklu tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiği iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurusunun 8 Mayıs 1984 tarihinde tutuklanması, 'alınabilecek olan önleyici tedbirden kurtulma' riskini ortadan kaldırmak için düşünülmüştür. Ne savcılık ne de tutuklama kararı veren mahkeme başkanı, başvurusunun Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ile ilgili olabilecek özel ve somut suçlardan söz etmemişler, geçmişte verilmiş ve ağır cezaya yol açmış olan ağır suçlara ve 'topluma karşı tehlike' oluşturduğuna işaret eden olaylara dayanmışlardır. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki istisnaların dar yorumlanması ilkesini uygulayan Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Ciulla, §40*). Önleyici tutmanın iç hukukta dayanağı olsa bile, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartları taşımadığında, hukukilik şartını yerine getirmeyen bir tutma tedbiri oluşturur.

Jecius – Litvanya davasında başvurucu, hakkındaki adam öldürme suçundan takip-sizlik kararının kesinleşmesinden bir yıl kadar sonra, 8 Şubat 1996'da 60 günlük süre için savcının 'önleyici tutma' kararıyla tutulmuştur. Bu karar ertesi gün yargıç tarafından onanmıştır. Bu karar Ceza Muhakemesi Kanunundaki çete ve örgütlü suçlarla ilgili olarak önleyici tutma kararı verilmesini sağlayan hükme dayandırılmıştır. Bu kararda başvurucu aleyhinde her hangi bir isnatta bulunulmamış ve önleyici tutmayla bağlantılı olarak bir soruşturma yürütülmemiştir. 8 Mart 1996 tarihinde adam öldürme dosyası yeniden açılmış, başvurucu asli fail olarak suçlanmış ve savcı 14 Mart 1996'da başvurusunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu 8 Şubat – 14 Mart 1996 tarihleri arasında uygulanan önleyici tutma tedbirinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, bir kimsenin Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre ancak ceza muhakemesi bağlamında, suç işlediğinden kuşku duyulması üzerine yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla tutulabileceğini, mevcut olayda önleyici tutmanın 5(1)(c) bendine girmedğini, dolayısıyla 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmiştir (*Jecius, §50-51*).

Suçsuz tutma

Haklarında 'suç oluşturan fiilleri' işlediği şüphesi bulunan kişiler, ceza muhakemesi amacıyla, bazı şartlarda yakalama/gözaltı ve tutuklama gibi, geçici olarak özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerine tabi tutulabilirler (Sözleşme 5(1)(c)). Suç oluşturan fiilleri işlediği kanıtlanmış kişiler, hapis cezasına mahkûm edilmişlerse, kendilerini özgürlükten yoksun bırakan hapis cezalarının infazı amacıyla hapsedilebilirler (Sözleşme 5(1)(a)).

Kişinin tutulması sırasında, özgürlükten yoksun bırakılmasını gerektiren bir hukuki sebep mevcut bulunmalıdır; artık mevcut olmayan bir hukuki sebebe dayanılarak tutulması, hukukilik şartını ihlal eder. Suç işlediği şüphesiyle hakkında yakalama emri çıkarılan ve polisin arananlar listesinde adı yer alan kişinin yakalama emri kaldırılmış ise, adı

hemen arananlar listesinden de çıkarılmalı, kimse kaldırılmış bir yakalama emri gereğince tutulmamalıdır.

Fedotov – Rusya davasında başvuru, hakkında verilen yakalama emrinin kaldırılmış olmasına rağmen adı arananlara ilişkin veri tabanından silinmediği için gözaltına alınıp, 12 saat gözaltında tutulmuş ve yakalama kararının kalktığı teyit edildikten sonra salıverilmiştir. Ama başvuru bir başka gün, yine adı arananlar listesinden hala çıkarılmadığı için 22 saat gözaltında tutularak salıverilmiştir. Mahkeme’ye göre başvuru adının arananlar listesinde olduğu için, polis samimi olarak başvuru bir suça karışmış olabileceğine dair makul kuşku duyabilir, ama buradaki mesele polisin ne düşündüğü değil, başvuru Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki sebeplerden birini uygulamak üzere gözaltında tutulmuş olup olmadığıdır. Böyle bir durum olmadığına göre, başvuru gözaltına alınması iç hukuka ve hukukilik bakımından Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına aykırıdır (*Fedotov, §76*).

Sultan Öner ve Diğerleri – Türkiye davasında başvuru kadın 8 ve 11 yaşlarındaki iki çocuğu ile birlikte 16 Ekim 2000 tarihinde Burdur cezaevinde bulunan kocasını ziyaret ettikten sonra saat 14.30 sularında İzmir polisi tarafından arandığı ve adı polisin merkezi veri tabanında görüldüğü gerekçesiyle cezaevinin bahçesinde gözaltına alınmış ve polis karakoluna götürülmüştür. Daha sonra bir doktora muayene ettirilmiş, saat 19.00 sularında çocuklarıyla birlikte nezarethaneye koyulmuş, bu arada aslında başvuru hakkında daha önce verilmiş bir yakalama emri gereğince adının geçtiği arama listesinde güncelleme yapılmadığı için daha sonra adının listeden çıkarılmamış olduğu ve halen başvuru aranmadığı ortaya çıkmıştır. Başvuru sabah 08.00 sularında bir doktora muayene ettirilmiş, 09.20’de karakoldan serbest bırakılmıştır. Mahkeme bu olayda da başvuru ve çocuklarının, hukuki bir sebep olmaksızın 18 saat gözaltında tutulmaları ve bu hatanın anlaşılmasındaki gecikme nedeniyle Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Sultan Öner ve Diğerleri, §123*).

Öte yandan kişinin özgürlükten yoksun bırakılması için, işlediği fiillerin suç oluşturması gerekir. Hangi fiillerin suç oluşturduğu, ulusal ceza normlarıyla tayin edilir. Mahkeme, Sözleşme’deki bir hakkın kullanılmasını engellememesi şartıyla, bir fiilin ulusal ceza normlarında suç olarak belirlenmiş olmasına karışmaz. Ulusal makamların kişiyi gözaltına alırken, tutuklarken veya hapsederken suç oluşturduğunu söyledikleri fiillerin, gerçekte iç hukuka göre suç oluşturmadığı iddia edilmiş ise, Mahkeme bu özgürlüğe müdahaleleri belirli ölçüde bir denetleme yetkisine sahiptir. Eğer gözaltının, tutuklamanın veya hapisliğin dayandırıldığı fiiller iç hukuka göre aslında suç oluşturuyorsa, iç hukuka aykırılık bulunduğu için, Sözleşme’nin 5(1). fıkrası da ihlal edilmiş olur. Buradaki mesele, kişinin suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri işleyip işlemediği değil, kişinin işlediği bilinen fiillerinin suç oluşturup oluşturmadığıdır.

Mahkeme, *Lukanov – Bulgaristan* davasında tutuklamanın dayanağı olan isnat edilen fiillerin suç oluşturup oluşturmadığı konusunu incelemiştir. Başvuru, Bulgaristan’da 1990 öncesinde Başbakan Yardımcılığı ve bakanlık yapmış olan ve 1992 yılında halen milletvekili olan bir kişidir. Başvuru 1990 öncesinde sosyalist rejime sahip olan Bulgaristan’ın rejimine yakın olan bazı ülkelere hibe veya düşük faizli kredi verilmesini sağlayan Hükümet kararlarını imzalamak suretiyle Hazineyi zarara uğratmaktan ve yolsuzluktan suçlanmış, dokunulmazlığı kaldırılmış ve 114 gün tutuklu kalmıştır. Mahkeme’ye göre bu olaydaki sorun, başvuru tutulmasının Sözleşme’nin 5(1). fıkrası anlamında ‘hukuka uygun’ olup olmadığıdır. Olayda, başvuru Bulgaristan Hükümetinin eski bir üyesi olarak, kendisi hakkında suçlamalara yol açan bazı ülkelere yardım ve kredi verilmesine ilişkin kararlara katıldığı tartışılmalı değildir. Fakat tutuklamanın dayandırıldığı Ceza Kanununu maddelerinde, bu tür bir toplu karara katılmakla

cezai sorumluluk altına girileceği belirtilmemektedir. Ayrıca bu tür kararların Bulgaristan Anayasasına veya mevzuatına, dolayısıyla hukuka aykırı olduğuna veya daha özel olarak bu kararların yetkinin aşılması suretiyle alındığına veya ulusal bütçe ile ilgili kanuna aykırı olduğuna dair hiç bir delil yoktu. Bu durumda Mahkeme, başvurunun soruşturma konusu eyleminin bir suç oluşturduğuna ikna olmamıştır. Aynı olayda ayrıca tutuklama için yolsuzluk ve kötüye kullanma suçlarına dayanılmıştır. Ulusal mahkemelerin içtihatlarına göre, bu suçların işlenebilmesi için failin kendisine veya üçüncü kişiye menfaat sağlamış olması gerekir. Oysa başvurunun söz konusu fonların tahsisinde, kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat sağlamış olabileceğinden kuşku duymayı gerektirecek bir bilgi veya belge sunulmamıştır. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası hukukilik şartı yönünden ihlal edilmiştir (*Lukanov, §42-43*).

Hapsetme bir mahkeme kararı gereğince hapis cezasının infazı olduğu için, kural olarak hukuka uygundur. Bir mahkemenin mahkûmiyet kararı vermiş olmakla iç hukuk bakımından hata yaptığının daha sonra tespit edilmiş olması, tutma döneminin geçerliliğini zorunlu olarak geriye yürütür bir biçimde etkilemez. Bu nedenle, Strazburg organları, mahkûmiyet kararlarının veya hapis cezalarının üst mahkemeler tarafından maddi veya hukuki hataya dayandığının tespit edilmiş olması nedeniyle şikâyetçi olan mahkûm başvurularının yaptıkları başvuruları sürekli olarak reddetmiştir (*Benham, §42*). Öte yandan hapis cezasının dayanağı olan fiillerin de iç hukukta suç oluşturması gerekir.

Mahkeme *Tsirlis ve Kouloumpas – Yunanistan* davasında, hapis cezasına mahkûm edilen kişilerin fiillerinin iç hukukta suç oluşturup oluşturmadığı konusunu incelemiştir. Yehova Şahidi olan başvurucular, Yehova Şahitliğini 'tanınmış bir din' olarak kabul eden Yüksek İdare Mahkemesi kararlarına ve tanınmış din temsilcilerine askerlikten muafiyet getiren 1988 yılında çıkarılan yasaya dayanarak askerlik şubesine başvurmuşlar ve askerlikten muaf tutulmak istediklerini bildirmişlerdir. Askere Alma Dairesinin bu taleplerini reddetmesi üzerine iptal davası açmışlar; ama bu arada üniforma giymedikleri ve silah almadıkları için askeri mahkeme tarafından itaatsizlik suçundan yargılanıp 4'er yıl hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir. Bu kararı temyiz etmelerinden sonra Askeri Üst Mahkeme, Yüksek İdare Mahkemesinin kararına kadar uzun bir süre karar vermeden beklemiştir. Yüksek İdare Mahkemesi ise 1975, 1977, 1980, 1985 ve 1986 yıllarında olduğu gibi, 1990 yılında bir başka davada da, Yehova Şahitliğinin 'tanınmış bir din' olduğuna hükmetmiştir. Bu karar üzerine Askeri Üst Mahkeme başvurucular hakkında beraat kararı vermiştir. Ancak bu arada birinci başvuru 13 ay, ikincisi ise 12 ay hapis yatmış ve karardan sonra hemen salıverilmişlerdir. Mahkeme, başvurucuların tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki hapsedilmeye girdiğini tespit ettikten sonra, konuyu Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartı yönünden incelemiştir. Mahkeme, başvurucuların Yehova Şahitliği temsilcileri olup olmadıkları konusunda bir tartışma olmadığını belirttiikten sonra, askeri makamların başvurucuların mahkûmiyetlerine karar verirken, Yüksek İdare Mahkemesinin 1975 yılından bu yana yerleşik bir içtihat haline gelmiş kararlarını bariz bir şekilde göz ardı ettiklerini tespit etmiştir. Mahkeme, başvurucuların askeri itaatsizlik suçundan hapsedilmelerinin, iç hukukta bir dayanağı bulunmadığı ve keyfi bir tutma olduğu, başvurucuların hapisliğinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından 'hukuki' görülemeyeceği sonucuna varmıştır (*Tsirlis ve Kouloumpas, §59, 62*).

Başka ülkede tutma

Mahkeme'nin de gözlemediği gibi, seyahatin daha kolaylaştığı ve suçun uluslararası bir boyut kazandığı bir dünyada, yurtdışına kaçan suç zanlılarının adalet önüne çıkarılması, giderek bütün ulusların daha fazla menfaatine bir durum haline gelmektedir. Öte yandan kaçaklar için bir suçlular cennetinin yaratılması, sadece korunan kişiyi barındırmakla

yükümlü devlete karşı bir tehlike oluşturmakla kalmaz, ama aynı zamanda suçluların geri verilmesinin temellerini de çürütür (*Soering*, §89). Fakat kaçak suçluların veya şüphelilerin ülkeler arasında nakilleri sırasında kendilerini özgürlükten yoksun bırakabilecek tedbirlerin de Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına uyması gerekir.

Bir devletin yetkililerinin diğer bir devletin ülkesinde, o devletin önceden onayını olmadan gerçekleştirdikleri gözaltına alma işlemi, sadece diğer devlet karşısında sorumluluğunun doğmasına yol açmaz, ama aynı zamanda söz konusu kişinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki bireysel güvenlik hakkını da etkiler (*Stoche – Almanya*, no. 11755/85, 12.10.1989, *Komisyon Raporu*, §167). Öte yandan Sözleşme, Sözleşme'de tanınan belirli haklara müdahale etmemesi koşuluyla, geri verme antlaşmaları veya sınırdışı etme konularını çerçevesinde kaçak suçluların adaletin önüne çıkarabilmesi için devletler arasında işbirliği yapılmasını engellemez (*aynı rapor*, §169). Devletler arasındaki işbirliği sonucu bir kaçağın teslim edilmiş olması, gözaltını kendiliğinden hukuka aykırı kulmaz ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesi çerçevesinde bir soruna yol açmaz (*Freda – İtalya [k.k.]*, no. 8916/80, DR 21, s. 250; *Klaus Altmann (Barbie) – Fransa, Komisyon [k.k.]*, no. 10689/83, DR 37, s. 225; *Luc Reinette – Fransa Komisyon [k.k.]*, no. 14009/88, DR 63, s. 189).

Aralarında geri verme anlaşması bulunmayan Kenya ile Türkiye arasındaki işbirliği sonucu, hakkında Türk makamlarının verdiği yakalama kararı bulunan başvuru A. Öcalan, Kenyalı gizli görevliler tarafından Türk gizli görevlilerine Nairobi havaalanının uluslararası kısmında teslim edilmiş ve Türk görevliler başvuruçuyu uçağın içinde gözaltına almışlardır. Mahkeme bu olayda kaçak başvuruçunun sırf devletlerin işbirliği sonucu teslim edilmiş olmasının, gözaltını kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmeyeceği sonucuna varmıştır (*Öcalan [BD]*, 87, 99).

Ancak bir Sözleşmeci Devletin kendi yargısal makamlarının geri verilmesini hukuka aykırı bulduğu kişiyi yine geri vermek amacıyla bu kez sınırdışı etmek için tutması, hukukilik şartı yönünden Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal eder. *Bozano – İtalya* davasında, İtalya'da işlediği suçtan gıyabında yargılanıp mahkûm edilen ve cezası kesinleşen başvuruçunun yaşadığı Fransa'dan İtalya'ya geri verilmesi kararı Fransız mahkemesi tarafından İtalya'da adil yargılanmadığı için iptal edilmiştir. Serbest bırakılan başvuruçuyu 1 ay kadar sonra evine dönerken polisler tarafından yakalanmıştır. Salıverilmeden önce verilmiş sınırdışı etme kararı gereğince ve Valiliğin takdiriyle, itiraz hakları kullandırılmadan en yakın İspanya sınırı yerine 26-27 Ekim 1979 gecesi tutulduğu polisler tarafından 12 saat süren bir yolculuktan sonra İsviçre sınırında İsviçre polislerine teslim edilmiştir. Daha sonra İtalya ile geri verme anlaşması bulunan İsviçre tarafından İtalya'ya geri verilmiştir. Mahkeme, başvuruçunun 26-27 Ekim 1979 gecesi tutulmasının hukukiliğini incelemiştir. Mahkeme'ye göre, başvuruçunun 26-27 Ekim 1979 gecesi özgürlükten yoksun bırakılması, ne Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında 'hukuki'dir ve ne de 'kişi güvenliği hakkı'yla bağdaşmaktadır. Başvuruçuyu bu şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmak, aslında ulusal mahkeme tarafından verilen 15 Mayıs 1979 tarihli geri vermenin iptali kararını dolanmak için tasarlanmış bir geri vermenin kılık değiştirmiş biçimi olup, 'sınırdışı etmek için alınan kararı' uygulamak üzere gerekli bir 'tutma' değildir (*Bozano*, §54-60).

Koruyucusuz ya da güvencesiz tutma

Bir özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında 'hukuki' sayılabilmesi için, iç hukukta kişinin özgürlükten yoksun bırakılabileceği hukuki sebeplerin gösterilmiş olması (maddi hukuk) ve bu sebeplerden birine giren bir müdahalede bulunulmuş olması yeterli değildir. Kişinin keyfi tutmaya karşı korunması için, iç hukukta her bir özgürlükten yoksun bırakma sebebiyle ilgili olarak kişinin kullanabileceği usul

haklarının gösterilmiş olması (usul hukuku) gerekir. Tutulan kişinin avukatla görüşebilme, doktora muayene olabilme, tutulmanın hukukiliğine karşı mahkemeye başvurabilme (itiraz etme) haklarının bulunması, tutma süresine yargı organlarının müdahale edebilmesi, kişiyi koruma sağlayan önemli usul güvenceleridir (*Aksoy*, §82; *Süheyla Aydın*, §137-143; *Brannigan ve McBride*, §43-74; *Bouamar*, §60). İç hukukta bu koruyucuların yer almaması, yer aldığı halde uygulanmaması veya etkisizleştirilmesi, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını hukukilik şartı yönünden ihlal eder.

Tutulan kişinin usul hakları iç hukukta düzenlenmemiş ise, tutmaya ilişkin bir usul bulunmuyor demektir. Mahkeme, *Amuur – Fransa* davasında, sahte pasaportla Suriye'den gelerek Fransa'ya girip sığınmacı olmak isteyen ama havaalanın transit bölgesinde 20 gün kadar tutulduktan sonra Suriye'ye geri gönderilen başvurucların, tutulma sırasında güvencelerden yararlanabileceği bir usul düzenlemesinin bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre yürürlükteki düzenlemeler, ulusal mahkemelere yabancıların tutulma koşullarını denetleme ve gerektiği takdirde idari makamların tutma süresine bir sınır getirme yetkisi vermemiş; başvurucu gibi gerekli adımları atması gereken sığınmacılara hukuki, insani ve sosyal yardım vermeyi, ayrıca bu tür yardımlar için başvurma usullerini ve süre sınırlarını göstermemiştir. Mahkeme'ye göre o tarihte yürürlükte bulunan Fransız mevzuatı, başvurucların özgürlük hakkını yeterince güvence altına almamıştır (*Amuur*; §53-54). O halde, usul haklarını göstermeyen bir mevzuata dayanarak tutma, 'usulsüz' ve keyfi tutma anlamına gelebilir.

Geri verme amacıyla tutuklanan kişilerin de yukarıdaki güvencelerden yararlandırılmaları gerekir. Mahkeme, *Muminov – Rusya* davasında Özbekistan'a geri verilmek üzere Rus mahkemesi tarafından tutuklanan başvuruclarının 7 aydan fazla tutuklu kalması konusunu incelemiştir. Mahkeme, Rusya'da geri verme amacıyla tutuklamaya karar verme usulü ve verilen tutuklamanın uzatılması ve bu tutuklamanın süre bakımından sınırlıya ilgili açık yasa hükümlerinin bulunmadığını tespit etmiştir. Buna dayanarak Mahkeme, tutuklamayla ilgili genel hükümlerin ilk tutukluluk süresini 2 ay olarak tespit ettiğini, ancak olayda ilk iki aydan sonra uzatma kararı verilmediğini, dolayısıyla ulusal sistemin başvurucları keyfi tutmaya karşı korumadığını belirterek tutukluluğun Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından 'hukuki olmadığı sonucuna varmıştır (*Muminov*, §122).

İç hukukta tutulan kişinin haklarını gösteren usul hükümleri, her olayda gereği gibi uygulanmalıdır. Aksi halde, tutma tedbiri iç 'hukukun öngördüğü usule' aykırı olacağı için, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının aradığı hukukilik şartına da uygun olmaz. Örneğin iç hukuka göre tutma kararı verirken duruşma yapılması gerektiği halde yapılmadan verilmesi, böylesi bir usule aykırılık oluşturabilir.

Van der Leer – Hollanda davasında yerel mahkeme, kendi iradesiyle akıl hastanesine yatan başvuruclarının, kocasının talebi üzerine 6 ay süreyle hastanede zorunlu olarak muhafaza ve tedavisine karar vermiştir. Bu karar, başvurucları iki gün önce muayene eden bir psikiyatrin verdiği rapora dayanmıştır. Aslında bu raporda, başvuruclarının bir yargıç tarafından dinlenmesinin gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olduğu belirtilmiş değildir. Ama yargıç, söz konusu kararı verirken duruşma yapmamış ve başvurucları dinlememiştir. Oysa Akıl Hastalarına Dair Kanununun 17. maddesine göre yargıç, 'gereksiz veya tıbben tavsiye edilmez olmadıkça', hakkında muhafaza tedbiri istenen kişiyi dinlemelidir ve içtihatlarına göre duruşma yapmama kararı, gerekçeli olmalıdır. Mahkeme'ye göre bu davada karar verilmesi gereken temel sorun, tartışma konusu tutma kararının, 'hukukun öngördüğü bir usule' uygunluğunu da içerecek bir biçimde 'hukuki' olup olmadığıdır. Mahkeme'ye göre, Akıl Hastalarına dair Kanunun şartlarını dikkate almayan Kanton Mahkemesi yargıca, bir duruşma yapılmamasının şartları bulunmadığı halde, başvurucları hakkında muhafaza kararı vermeden önce kendisini dinlememiştir. Bu yargıç verdiği ka-

rarda en azından, psikiyatrin bu konudaki görüşlerini neden izlemediğinin gerekçelerini ortaya koymalıdır (*Van der Leer*, §22-23). O halde Mahkeme, bir usul hakkının kullanılmasından, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal edebileceğini göstermiştir.

Öte yandan iç hukuktaki mevcut koruyucuların yine iç hukuk yoluyla etkisizleştirilmemesi gerekir. *Dağ ve Yaşar – Türkiye* davasında başvuru birkaç gün gözaltında tutulduktan sonra yargıç karşına çıkarılıp tutuklanmışlar ve cezaevine konmuşlardır. Birkaç saat sonra 430 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 3(c) bendine dayanılarak yeniden ifadelerinin alınması için 10 günden fazla olmamak şartıyla başvuru cezaevinden alınıp kolluğa teslim edilmesini öngören hükümler gereğince ve yargıcın izniyle jandarma komutanlığına götürülmüşlerdir. Böylece bu usulle birinci başvuru 18 gün ikinci başvuru 40 gün gözaltında tutulmuştur. Mahkeme'ye göre, başvuru tutuklu bulundukları sırada Jandarma merkezine götürülmeleri, etkili bir yargısal denetimi bertaraf etmiş, tutuklanmış kişilerin sorgulanmak üzere gözaltında tutulmaları, gözaltı süresiyle ilgili mevzuatı dolanmak anlamına gelmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum özellikle sorgulanan kişilerin sahip oldukları avukatla görüşme hakkı gibi bütün güvenceleri ortadan kaldıran, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına bir aykırılık olarak görülmelidir (*Dağ ve Yaşar*, §59-68).

Amaca aykırı tutma

Hukukilik, bir özgürlükten yoksun bırakma işleminin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacıyla bağdaşabilir olmasını gerektirir. İç hukukta kamu makamlarına tanınan istisnai bir özgürlükten yoksun bırakma yetkisinin aşırı kullanımı, izin verilen tutma yetkisinin amacını ortadan kaldıracaktır ve hukuka aykırı bir tutmaya dönüştürebilir.

Bouamar – Belçika davasında, Belçika'da yaşayan 14-15 yaşlarındaki Fas vatandaşı sorunlu bir genç olan başvuru hakkında, Çocuk Mahkemesi tarafından 1965 tarihli Yasanın 'kendisini hemen kabul edebilecek bir kimse veya kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunması halinde', 'on beş günü aşmayan bir süre için bir tutukevinde tutulabilir' hükmü gereğince, 15 günlük süre için tutukevinde tutma kararı verilmiştir. Ancak süre dolarken tutukeviden çıkarılarak ailesinin yanına gönderilmiş, sonra tekrar aynı hükme dayanılarak tutukevine konmuştur. Böylece bu işlem bir yıl içinde 9 defa tekrar etmiş ve başvuru 291 günlük dönemde toplam 119 gününü tutukevinde geçirmiştir. Mahkeme'ye göre, bir küçüğün bir tutukevinde tutulması tedbiri, 'eğitsel gözetim'i sağlama amacı taşımadığı takdirde, mutlaka (d) bendine aykırı düşmez. 'Amacıyla' kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen 'tutma', ilgili kişiyi 'eğitsel gözetim' altına yerleştirmenin bir vasıtasıdır. 5. maddenin birinci fıkrasının (d) bendi, gözetimli eğitim rejimine bir giriş olarak kullanılacak geçici bir tutma tedbiri almayı engellemektedir. Fakat bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir. Oysa mevcut olayda başvuru, tutukevi ile ailesi arasında adeta mekik dokumuştur. Bir bütün olarak alındığında, 9 yerleştirme kararı Sözleşme'nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmamaktadır. Mahkeme'ye göre, bu kararların kısır bir döngü şeklinde tekrarı, bu kararları Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi bakımından giderek daha da az 'hukuki' hale getirmiştir (*Bouamar*, §50-53).

Zorunlu ikamet

Zorunlu ikamet, bir tedbir olarak kişinin belirli bir bölgede belirli bir süreyle yaşama zorunlu tutulması olup, kendiliğinden özgürlük hakkına bir müdahale oluşturmayabilir. Ancak zorunlu ikamet, uygulanma tarzı itibarıyla kişiyi özgürlükten yoksun bırakan

bir tedbir oluşturmuş ise, bu tedbirin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki istisnalara girip girmediği incelenmelidir.

Mahkeme *Guzzardi – İtalya* davasında tutuklamanın ardından uygulanan 'zorunlu ikamete tabi tutma' tedbirinin, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının (a-f) bentlerine girip girmediğini incelemiştir. İtalya'da 1956/1965 tarihli Yasanın 1. maddesine göre aralarında zorunlu ikamet tedbiri de bulunan özel gözetim tedbirleri, diğer kişilerin yanında, çalışabilecek durumda olan boşta gezenlere ve kronik serserilere, kanundışı işlerle sık sık ve nam salacak biçimde ilgilenen kişilere ve ayrıca davranışları ve yaşama tarzı nedeniyle suça eğilimli bir çevrede yaşamayı alışkanlık haline getirmiş olan veya davranışları suça eğilimli bir kişi olduğu izlenimi veren kişilere karşı uygulanır. Olayda, mafya üyesi şüphesiyle 2 yıllık tutuklu kalan başvurucunun azami tutukluluk süresi sona erdiği gün, hakkında verilmiş olan zorunlu ikamet tedbirine dayanılarak, cezaevinden alınmış ve bir adaya götürülmüş, bu adanın 2,5 kilometrekarelik bölümünde 16 ay zorunlu ikamete tabi tutulmuştur. Zorunlu ikametinin ilk önce özgürlük hakkına bir müdahale oluşturduğunu tespit eden Mahkeme, daha sonra bu tedbirin 5(1)(a), (b), (c) ve (e) bentlerinden hiç birine girmediğini belirlemiştir. İç hukukta öngörülen bu zorunlu ikamet tedbirinin Sözleşme'deki sınırlama sebeplerine dayanmadığını gözlemleyen Mahkeme, bu tedbiri hukukilik şartına aykırı bulmuştur (*Guzzardi*, §96-102).

Disiplin hapsi

Disiplin amacıyla verilen oda hapsi cezası, asker kişilere verilen ve özgürlükten yoksun bırakan bir disiplin cezasıdır. Mahkeme, askeri yaşamın özelliklerini göz ardı etmemektedir. Bir sivil verildiğinde özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişiye verildiğinde aynı şekilde görülmeyebilir. Bununla birlikte, silahlı kuvvetler bünyesinde, normal hayat şartlarından açıkça sapma olarak kendini gösteren kısıtlamalar, Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamı dışında kalmaz. Dahası bu madde, devletin iç hukuku tarafından ister cezai isterse idari olarak değerlendirilsin, özgürlüğü kısıtlayıcı bütün 'mahkûmiyet kararları' için uygulanır (*A.D. – Türkiye*, §21).

Mahkeme, iç hukuklarda mevcut oda hapsi cezasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki istisnalara girip girmediğini incelemiştir. Mahkeme konuyla ilgili ilk dava olan *Engel ve Diğerleri – Hollanda* davasında, komutan tarafından asker kişiye verilen iki günlük geçici hapsin (oda hapsi), astsubay ve erlere verilen, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutularak uygulanan, dolayısıyla normal görevlerini yerine getirmelerini engelleyen bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri oluşturduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu cezanın, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'aşağıdaki haller' ve 'hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça' terimleriyle güvence altına alınan keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Engel ve Diğerleri*, §69).

A.D. – Türkiye davasında hükümet, Askeri Ceza Kanununda mevcut oda hapsi cezasına dayanılarak komutan tarafından verilen 21 günlük oda hapsi cezasının, yukarıdaki içtihadı rağmen, bir ceza değil, fakat Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki 'yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak' için uygulanan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, bu tedbir komutanın emrine uyulmasını sağlamak amacıyla taşımaktadır. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme'ye göre olayda başvurucuya askeri disiplini ihlal ettiği gerekçesiyle verilen oda hapsi cezası, geçmişteki bir davranışa ilişkindir. Bu tedbir cezalandırma amacına yöneliktir ve bir kimsenin ileride belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için yasanın tutmaya izin verdiği hallere ilişkin olan (b) bendi kapsamına girmez. Mahkeme'ye göre bu ceza başvurucuya komutan tarafından verildiğinden ve Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin gerektirdiği yargısal güvenceleri sağlamadığından, başvurucunun tutulması 'yetkili mahkemenin mahkûmiyet

kararından sonra' bir tutma tedbiri niteliğinde değerlendirilemez (A.D., §21-22). O halde, bu ceza Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki istisnalara girmediğinden hukukilik şartı ihlal edilmiştir. Mahkeme, İspanya'da jandarma erine izin tecavüzü üzerine komutanı tarafından verilen 6 günlük oda hapsi cezasının da Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında öngörülen istisnalara girmediği sonucuna varmıştır (*Dacosta Silva*, §44).

Sebebe uygun tutma

Özgürlük hakkı mutlak değildir; kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı amacıyla bireyin özgürlükten yoksun bırakılabileceği haller, Sözleşme'nin 5(1)(a) - (f) bentlerinde ve sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu bentlerdeki hukuki sebepler (istisnalar) bir olayda dar yorumlanarak uygulanır. Mahkeme bu bentlerin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen davalarda, bu sebeplerin olayda gerçekten bulunup bulunmadığını denetlemektedir. Bu bentlerin her birinde yer alan 'hukuka uygunluk' yukarıda incelendiğinden, burada sadece tutma sebepleri incelenecektir.

Hükümlünün hapsedilmesi

Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi, 'bir kimsenin yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hukuka uygun olarak tutulması (hapsedilmesi)', hükmünü içermektedir. Bu bende göre tutmanın amacı, hapis cezasının infazı olmalıdır. Özgürlük hakkının kullanılmasını sınırlayan infaz hukuku uygulamasından kaynaklanan sorunlar, bu bent çerçevesinde ele alınabilir. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi, 'bir kimsenin her hangi bir biçimde hapsedilmesi' şeklinde yazılmış bir hüküm değildir: Bu bende göre hapsedilmeyi niteleyen bazı unsurlar vardır. Bir kimse, 'yetkili mahkeme' tarafından verilmiş bir 'mahkûmiyet kararı'ndan 'sonra', 'hukuka uygun' olarak hapsedilmelidir.

Bu bendin aradığı 'hukuka uygun'luk, mahkûmiyet kararı için değil, hapsedilme içindir. Dolayısıyla kural olarak bir mahkûmiyet kararının hukuka uygunluğu, bu bent kapsamında incelenmez. Örneğin bir mahkeme kararında hükmedilen hapis cezasının iç hukuka uygunluğu veya süresinin uzunluğu, bu bent kapsamı dışındadır. Ancak infaz konusu hapis cezası, iç hukuka göre infaz edilmesi gereken hapis cezasından fazla ise, infaz konusu fazla hapis cezası bu bent kapsamında incelenir.

Grava – İtalya davasında başvuru, 2 yıl 2 ay 4 gün hapis cezası yattıktan sonra salıverilmiş, geriye 1 yıl 9 ay 26 gün infaz edilmesi gereken hapis cezası kalmış bir hükümlüdür. Başvuru Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi gereğince 2 yıllık kısmi affı hak etmiştir. Mahkeme'ye göre başvuru 2 yıllık süre indirildiğinde infaz edilmesi gereken süreden daha fazla hapis yatmış olduğu için, bu ek süre hukuka uygun bir hapsedilme olarak görülemez. Mahkeme, ulusal sistemin öngördüğünden daha uzun süre ceza çeken başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Grava*, §37-46).

Bu bendin aradığı 'mahkûmiyet' koşulu, özerk bir anlama sahiptir ve işlendiği kanıtlanan bir fiil nedeniyle 'suçluluğun tespit'ini ifade eder. Bazı ulusal hukuklarda sanığın tutuklu sıfatı ancak mahkûmiyetin kesinleşmesiyle ortadan kalkar; temyiz incelemesi sırasında özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişi hükmen tutuklu olarak kabul edilir ve hükmün kesinleşmesiyle birlikte hükümlü olur. Oysa Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi anlamında 'mahkûmiyet', ilk derece mahkemesinin esas hakkında verdiği kararlarla oluşur ve kararın kesinleşmesine ihtiyaç yoktur (*Wemhoff*, *hukuk bölümü*, §9). O halde, Mahkeme içtihadına göre, istinaf ya da temyiz yargılaması sırasında tutulu olan kişinin durumu bakımından, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi değil, artık yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyet sonrası hapislik dönemi olarak kabul edildiğinden 5(1)(a) bendi uygulanır.

Akıl hastalığı nedeniyle işlediği fiil için mahkûm edilmeyen ve ceza verilmeyen fakat güvenlik tedbirine hükmolunan kişiler de hapsedilmiş sayılır ve durumları Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine girer. Böyle durumlarda Sözleşme'nin 5(1)(a) ve (e) bentleri örtüşür; ama akıl hastası bir sanık beraat ettikten sonra hakkında akıl hastanesine yatırılma kararı verilmiş ise, artık Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi uygulanır.

Bu bendin aradığı 'yetkili mahkeme', davayı görmekle yetkili ve görevli mahkemedir. Bu bendin öngördüğü mahkeme, yürütme organından ve taraflardan bağımsız olan ve yargıladığı kişiye yeterli yargısal güvenceler sağlayan bir organdır. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki bu unsur, her zaman olmasa bile, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki "bağımsız ve tarafsız mahkeme" kriterleri ile örtüşebilir.

Yargıladığı kişiye Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki güvenceleri sağlamayan bir organın verdiği mahkûmiyet kararından sonra kişinin hapsedilmesi, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendini ihlal eder mi? Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki 'yetkili bir mahkemenin mahkûmiyet kararı' dan sonra hapsedilme hükmünün, mahkûmiyete yol açan yargılamanın Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine bütünüyle uygun olup olmadığını Mahkeme'nin derinlemesine incelemesini gerektirmediği görüşündedir. Ancak bir 'mahkûmiyet', 'bariz bir şekilde adaletsiz'; başka ifade ile 'Sözleşme'nin 6. madde hükümlerine veya buradaki ilkelere açıkça aykırı' bir yargılamanın sonucu verilmiş ise, bundan doğan özgürlükten yoksun bırakma tedbiri Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından haklı görülemez (*Drozd ve Janousek, §110; ve Ilaşcu ve Diğerleri [BD], §461*).

Stoichkov – Bulgaristan davasında başvuru gıyaben yargılanıp hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuru ülkesine dönünce cezaevine koyulmuş ve bu arada, yeniden yargılanma talebi reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre başvuruçunun ilk başta özgürlüğünden mahrum bırakılması bu bende uygun olmakla birlikte, dosyasının yeniden açılması talebinin reddinden sonra bu hapisliğin devamı, Sözleşme'nin 6. maddesi hükümlerine açıkça aykırı bir mahkûmiyet kararına göre devam ettiği için, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi ihlal edilmiştir (*Stoichkov, §57-58*).

Bu bent içindeki mahkûmiyet kararından 'sonra' sözcüğü, hapisliğin 'mahkûmiyet'i sadece zaman bakımından izlemesi anlamına gelmez. Ayrıca hapsedilme, mahkûmiyetin bir sonucu olmalı, mahkûmiyeti izlemeli ve ona dayanmalı veya mahkûmiyetten dolayı meydana gelmelidir. Kısacası, mahkûmiyet kararı ile özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli nedensellik ilişkisi bulunmalıdır (*Weeks, §42*). Koşullu salıverme kararının geri alınması veya ceza ertelemesi kararının kaldırılması üzerine kişinin hapsedilmesi kişiyi cezaevine geri döndüren kararlar ile hakkında verilmiş ilk hapis cezası arasındaki bağlantının kopması olması gerekir. Cezaevine geri gönderme kararı, yasama organının veya mahkemenin amacıyla bağlantılı olmayan bir sebebe veya bunlarla ilgili olmayan bir değerlendirmeye dayandırıldığında, ilk hapis cezasıyla arasındaki bağlantı kopmuş olur. Böylece başlangıçta hukuka uygun olan hapsedilme, keyfi bir özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşür ve Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağdaşmaz hale gelir (*Van Droogenbroeck, §40*).

Yükümlülük nedeniyle tutulma

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendi iki hüküm içermektedir: 'bir kimsenin mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması nedeniyle' tutulması ve 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için' tutulması. Bu hükümler bir ihlalin meydana gelmesinden sonra infaz amacıyla uygulanan hükümler değildir; suç işlediğinden şüphe üzerine tutulan bir kişiye de bu hükümler değil, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi uygulanır. Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki iki hüküm aynı olayda uygulanabilir; koşulları varsa, bir tutma iki hükme de dayanılarak haklı bulunabilir (*Gatt, §35*).

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin birinci hükmü, 'bir kimsenin mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması' nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmasına imkân vermektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişinin bir şey yapmasını veya yapmamasını emreden bir mahkeme kararı bulunmalı, kişi bu karara uymamış olmalı, bu karara uymasını sağlamak için kişi tutulmuş olmalıdır. Sözleşme organları bu hükmü, diğerlerinin yanında, adli para cezasını ödememe (*Airey – İrlanda, Komisyon Raporu, 9 Mart 1977, no. 6289/73*), bir mahkemenin gidilmesini emrettiği sağlık muayenesine gitmeme (*X. – Avusturya [k.k.], no. 8278/78, 13.12.1979; ve X. – Federal Almanya [k.k.], no. 6659/74*), çocukları diğer ebeveyne teslim etme kararına uymama (*Paradis [k.k.], no. 4065/04*), ikamet kısıtlamaları getiren bir yargısal karara uymama (*Freda – İtalya [k.k.], no. 8916/80*) ve taahhüt verme kararlarına uymama (*Steel ve Diğerleri, §69*) gibi hallerde uygulamışlardır.

Tanıklıktan kaçınma halinde disiplin hapsi uygulanması, bu bendi ihlal edebilir. *K. – Avusturya* davasında başvuru uyuşturucu satın almak suçundan yargılandığı dava devam ederken, uyuşturucu satanlar aleyhindeki diğer davada tanıklık yapmak üzere davet edilmiş, ancak başvuru kendisini suçlayan ifade vermek zorunda kalacağını düşündüğü için tanıklık yapmaktan kaçınmıştır. Ulusal mahkeme başvurucuya önce 3 bin Şilin para cezası daha sonra 5 güne kadar disiplin hapsi cezası vermiştir. Komisyon bu cezayı önce Sözleşme'nin 10. maddesinin içerdiği bilgi vermeme özgürlüğüne aykırı görmüş, ardından Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Dava Mahkeme'nin önünde bulunduğu sırada taraflar arasında dostane çözüme varılmıştır. Mahkeme, Komisyon'un itirazlarına rağmen, ihlalin iç hukukun ulusal makamlar tarafından uygulanma tarzından kaynaklandığını belirterek dostane çözüme kabul ederken, davalı devletin başvurucuya tazminat olarak 18 bin, masraflar için de 103 bin 460 Şilin ödemeyi taahhüt etmesini, ayrıca ihlal tekrarını önleyici genel tedbir olarak da Avusturya Hükümetinin Ceza Usul Yasasının 152, 153 ve 160. maddelerinde değişiklik tasarısını dikkate almıştır. Ceza Usul Yasasının 152. maddesinde yapılan değişikliğe göre, 'haklarında açılmış bir ceza davasıyla bağlantılı olarak daha önce mahkûm edilmiş olsalar bile, verecekleri ifadeyle kendilerini ceza kovuşturması riski altına sokacak olan veya kendilerini suçlama riski taşıyan kişiler, tanıklık yapmaktan muaf' tutulmuşlardır (*K. – Avusturya, no. 16002/90*).

Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci hükmü, hukukun (yasanın) öngördüğü belirli ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak üzere kişiyi özgürlükten yoksun bırakma yetkisi vermektedir. Bu bendin uygulanabilmesi için yasadan kaynaklanan belirli bir yükümlülük doğmuş bulunmalı ve kişi bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmalıdır. Ayrıca kişinin yasadan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için tutulması gerekir. Bu bende dayalı bir tutma cezalandırıcı bir amaca sahip olmamalıdır. Diğer yandan bu bentteki yükümlülüğün hemen yerine getirilmesinin demokratik toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir denge kurulmalıdır. Bu dengenin değerlendirilmesinde, konuyla ilgili mevzuattan doğan yükümlülüğün niteliği, mevzuatın konusu ve amacı, tutulan kişinin durumu, tutmaya yol açan özel koşullar ve tutma süresi, konuyla ilgili unsurlardır (*Gatt, §46*).

Komisyon çeşitli konularda bu hüküm gereğince özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerini (b) bendine uygun bulmuştur. Komisyon, vicdani retçi olarak kabul edilen başvuru-cunun askerlik hizmeti yerine bir kamu hizmetinde bulunma görevini yerine getirmemesi üzerine tutulmasını (*Johansen – Norveç [k.k.], no. 10600/83*); saat 15.00'te otoyolda seyrederken polis tarafından durdurulup bir suç işlediğinden kuşku lanıldığı için değil ama 'rutin' bir iş olarak kimliğini soran polise başvuru-cunun kimlik taşımadığını söylemesi üzerine karakola götürülüp 17.30'da serbest bırakılıncaya kadar 2 buçuk saat tutulmasını

(*Reyntjens – Belçika [k.k.]*, 16810/90); fuhuşla ilgili denetim yapan polisin, bunlardan birini kimlik denetimi için karakola götürüp 4 saate yakın bir süre karakolda tutmasını (*B. – Fransa [k.k.]*, no. 10179/82); sınırdan girişte ‘daha fazla inceleme için’ başvuruclarının 45 saat kadar tutulmalarını (*McVeigh, O’Neill ve Evans – Birleşik Krallık, Komisyon Raporu*, no. 8022/77, 18.03.1981) Sözleşme’nin 5(1)(b) bendine uygun bulmuştur. Mahkeme bir olayda, mafya üyesi olan başvuruclarının cezasının infaz kabiliyeti doğuncaya kadar mahkeme kararıyla belirli bir yerde zorunlu ikamete tabi tutulmasının, ‘hukukun öngördüğü yükümlülük’ hükmüne girmediği sonucuna varmıştır (*Ciulla*, §35-41).

Suç şüphelisinin tutulması

Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi ulusal makamlara, sadece ceza yargılaması amacıyla şu üç durumda bir kimseyi yakalama veya gözaltına alma, gözaltında tutma veya tutuklama gibi işlemlerle özgürlükten yoksun bırakma imkânı vermektedir. İlki kişinin ‘suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutulması’; ikincisi, ‘suç işlemesini engellemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması’; üçüncüsü ‘suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için tutmayı gerektiren makul nedenlerin bulunması halinde tutulması’dır. Mahkeme suç işledikten sonra kaçmasını önleme (suçüstü) şeklindeki üçüncü sebebi birinci sebebin içinde yorumlamış ve ayrı bir uygulama alanı tanımamıştır. Suç işlemesini engellemek için tutma şeklindeki ikinci tutma sebebine ise çok dar bir uygulama alanı tanımıştır.

Bu bende dayanılarak yapılan bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ‘amacı’ ne olmalıdır? Bu bent gereğince bir tutma, yukarıdaki hallerden hangisine girerse girsin, mutlaka kişiyi ‘kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı’ taşımaktadır (*Lawless (esas hk)*, §39-41). Bu bentteki ‘kanunen yetkili makam’ terimi, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki ‘yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli’ terimiyle aynı anlama gelmektedir. Kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı taşımayan bir tutma, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine aykırı düşer.

Ancak gözaltında tutulan bir kişinin kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmadan salıverilmiş olması, otomatik olarak bu şartı ihlal etmez. Kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacının varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, kolluğun gözaltına alma anında veya başvurucları nezaretteyken, isnatta bulunmak (dava açmak) için yeterli delil elde etmiş olmasını varsaymamaktadır. Bu tür deliller elde edilmemiş olabilir veya kuşku edilen suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, başkalarının yaşamları tehlikeye sokulmaksızın, bu delillerin mahkemeye sunulmaları mümkün olmayabilir (*Brogan ve Diğerleri*, §49-54; *Murray*, §47-70). Kişinin suç işlediğine dair makul kuşku bulunması şartıyla, hakkında dava açılması için gerekli olan delilleri tespit etmek üzere ifadesini almak amacıyla gözaltına alınması mümkündür. İfade almak için tutmanın amacı, tutmanın sebebi olan şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ileri götürmektir (*İpek ve Diğerleri*, §28).

Kişi hangi ‘suç’ları işlediğinden kuşku edildiğinde tutulabilir? Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine göre suç, öncelikle ulusal ceza kanunlarında tanımlanan suçlardır. Ancak Mahkeme’ye göre, bu bentteki suç kavramı özerk bir kavram olduğundan, teknik anlamda ceza kanunu kapsamında olmayan bazı fiiller, Sözleşme bakımından suç olarak nitelendirilebilir. Örneğin Mahkeme, İngiliz hukukunda huzuru bozma fiili ceza kanununda bir suç olarak nitelendirilmediği halde, bu fiille ilgili olarak yapılan muhakemenin niteliğini ve hapis cezası verilebilecek olmasını dikkate alarak, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi kapsamına giren bir fiil olarak görmüştür (*Steel ve Diğerleri*, §46-50).

Bu bende göre gözaltı veya tutuklamada bulunması gereken ‘kuşkunun standardı’ nedir? Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi, gözaltı ve tutuklama için kişinin suç işlediğinden ‘makul kuşku’ duyulmasını gerektirmektedir. Mahkeme’ye göre kuşkunun makul olması şartı, keyfi gözaltı ve tutmaya karşı esaslı bir güvencedir. Bir suç kuşkusunun, görevlinin iyi niyetine dayanması yeterli değildir (*İpek ve Diğerleri*, §29); kuşkunun ‘makul’ olması gerekir. Mahkeme’ye göre ‘makul kuşku’ terimi, bir kimsenin suç işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli bilgi ve verinin bulunması demektir (*Fox, Campbell ve Hartley*, §32). Ancak neyin ‘makul’ olduğu olayın içinde bulunduğu koşullara göre değişir (*Leva*, §50). Özel koşullar, yetkili makamların açıklayabilecekleri bilginin kapsamını etkileyebilir, ancak terör suçlarıyla mücadelenin zorunlulukları bile, ‘makullük’ kavramını Sözleşme’nin 5(1). fıkrasında güvence altına alınan koruyucunun özünü zedeleyecek kadar genişletemez (*Stepuleac*, §68). Kuşkuya kaynaklık eden bilgi veya verinin bir ölçüde de olsa Mahkeme’ye sunulması gerekir. Mahkeme, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinde yer alan güvencenin özünün korunup korunmadığını tespit edebilme imkânına sahip kılınmalıdır. Bu nedenle davalı hükümet, gözaltına alınmış olan kişiler hakkında iddia konusu suçları işlemiş olduklarından makul olarak kuşku duyulmuş olduğuna dair Mahkeme’yi ikna edebilecek kadar maddi olay veya bilgiyi ortaya koymak durumundadır (*Fox, Campbell ve Hartley*, §34).

Mahkeme, makul bir kuşku bulunmadan, bir kimseden ikrar almak, başkaları aleyhinde tanıklık yapmasını sağlamak veya makul kuşkuya zemin hazırlayacak olayları veya bilgileri öğrenmek için kişiyi gözaltına almanın veya tutmanın mümkün olmadığını vurgulamıştır (*Cebotari*, §48). Mahkeme, hakkında terör faaliyetlerinde bulunduğu dair makul kuşku bulunan kişinin evinde gözaltına alındığı sırada yanında bulunan iki kişinin daha, haklarında suç işlediklerine dair bir şüphe bulunmadığı halde sırf şüphelinin yanında buldukları için gözaltına alınmalarını Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine aykırı bulmuştur (*İpek ve Diğerleri*, §31). Öte yandan Mahkeme bir davada, HADEP ve İnsan Hakları Derneği üyeleri olan üç başvurucu ile diğer 11 kişinin PKK ile ilgili bir toplantı yapmakta oldukları ihbarı üzerine DGM hâkimi tarafından verilen arama kararının ardından binada arama yapılarak gözaltına alınmalarında makul kuşku şartına aykırılık görmemiştir (*Tanrikulu ve Diğerleri*, §30). *Talat Tepe – Türkiye* davasında başvurucu, bir polis karakoluna yapılan silahlı saldırının ardından yakalan iki kişinin verdiği ve kendisine suç yükleyen ifadeleri üzerine savcının çıkardığı yakalama emrine dayanılarak üç yıl sonra gözaltına alınmıştır. Ama bu arada diğer iki kişi mahkemede başvurucuyu da suçlayan ifadelerini baskı altında verdiklerini söylemişlerdir. Mahkeme’ye göre şüphelilerin üç yıl kadar önce başvurucuyu suçlayan ifadelerini daha sonra geri almaları, başvurucu hakkında makul kuşkunun varlığını ortadan kaldırmaz ve yakalama emrinin hukukiliğini etkilemez (*Talat Tepe*, §61; *Bora ve Diğerleri*, §16).

Sözleşme’nin 5. maddesi tutuklama için farklı bir kuşku standardına yer vermemiştir. Dolayısıyla tutuklama için de makul kuşku standardı aranmaktadır. Mahkeme’ye göre gözaltına alınmış bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) şarttır (*Labita*, §153). O halde bir olayda tutuklama kararından önce gözaltı dönemi varsa, bu dönemde en azından kuşkunun ortadan kalkmamış olması gerekir. Fakat tutuklama işleminden bir süre geçtikten sonra kişiyi sadece makul kuşkunun varlığına dayanarak tutmak mümkün değildir. Bir olayda tutukluluk ancak, masumiyet karinesi ve kişinin özgürlüğü temel ilkeleri karşısında ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığına dair olaya özgü belirtilerin bulunması halinde haklı görülebilir (*W. – İsviçre*, §30). Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları incelemek ve bunları başvurucunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri

kararlarda göstermek zorundadırlar. Mahkeme, bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvuruçunun itirazlarında sözü edilen olaylara dayanarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verir (*Labita*, §152).

Kamu yararı haklı kılan hukuki sebepler dört başlık altında toplanabilir: Şüphelinin kaçma tehlikesi, adaletin işleyişine (delillerin karartılmasına) müdahale etme tehlikesi, suçta tekerrür tehlikesi ve kamu düzeninin bozulması tehlikesi. Bu hukuki sebepler Sözleşme'de değil ama iç hukuklarda gösterilmekte ve bu sebeplerin bir olayda mevcut olup olmadığı öncelikli ulusal yargısal makamlar tarafından değerlendirilmektedir.

Küçüğün tutulması

Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi, küçüklerin iki durumda tutulmalarına izin vermektedir. 'Küçüğün eğitim altında ıslahının sağlanması amacıyla' tutulması ve 'yetkili kanuni makam önüne çıkarmak amacıyla' tutulması. Küçüklerin belirli sebeplerle tutulmalarını öngören bu bent, gereğinde, diğer bentlerin küçüklere uygulanmasını engellemez. Küçük terimi, 18 yaşını doldurmamış olanları kapsar.

Bouamar – Belçika davasında eğitim altında ıslah amacıyla tutma şartına uygunluğu inceleyen Mahkeme, Çocuk Mahkemesi tarafından yargılanmakta olan ve kendisini hemen kabul edebilecek bir kurum veya kişi bulunmadığı için 15 gün süreyle tutukevinde tutulan başvuruçunun durumu ele almıştır. Mahkeme'ye göre, bir küçüğün bir tutukevinde tutulması tedbiri, 'eğitsel gözetim'i sağlama amacı taşımadığı takdirde, mutlaka (d) bendine aykırı düşmez. 'Amacıyla' kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen 'tutma', ilgili kişiyi 'eğitsel gözetim' altına yerleştirmenin bir vasıtasıdır; fakat bu yerleştirmenin hemen başlaması zorunlu değildir. Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi, (c) bendindeki tutma ile (a) bendindeki mahkûmiyet kararından sonra hapsedme arasındaki ayrım olduğu gibi, bizzat kendisi eğitsel gözetimle ilgili olmasa da, gözetimli eğitim rejimine bir geçiş olarak kullanılabilecek geçici bir tutma tedbiri almayı engellememektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir (*Bouamar*, §50). Ne var ki olayda başvuruçunun defalarca aynı hükümler gereği uzun bir süre tutukevinde tutulduğundan, iç hukuka ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı bir tutma gerçekleşmiştir.

Sözleşme'nin 5(1)(d) kapsamına giren bir 'koruma kararı' verme usulü, bu bendi ihlal edebilir. Komisyon önünde dostane çözüme kavuşan bir başvuruda (*Abbott – Birleşik Krallık*, no. 15006/89, *Komisyon Raporu 10.12.1990*) yerel mahkeme, saldırgan bir küçük olan ve on iki yaşından beri bir kurumdan diğer kuruma taşınan on beş yaşındaki başvuruçunun koruma altına alınmasına karar vermiş ve kendisi güvenli bir kuruma yerleştirilmiştir. Başvuruçunun hakkındaki kuruma yerleştirme kararının verilmesi sırasında ne başvuruçunun ne de vasisi dinlenmiştir. Hükümet başvuruçuya 7 bin pound ödeme yapmayı ve genel tedbirler almayı taahhüt etmiştir. Alınması taahhüt edilen tedbirler arasında Çocuklar hakkında Yasa'ya göre çıkarılacak olan ve 1991 yılında yürürlüğe gireceği düşünülen Güvenli Kurumlar Tüzüğü koruma altına alınanlara da uygulanacaktır; bu tedbirler çocukların hukuki temsilini de öngörecektir ve koruma altında tutulma süresini sınırlayacaktır.

Komisyon'un başvuruyu kabul edilemez bulduğu bir olayda, 16 yaşında bulunan ve işlediği hırsızlık ve trafik suçlarından ötürü gözlem altına alınmış başvuruçunun hakkında, mahkeme tarafından karar verilebilmesi için gerekli psiko - medikal raporun beklenmesi sırasında, başvuruçunun kapalı bir kurumda toplam sekiz ay gözlem altında tutulmuştur. Komisyon bu olayda başvuruçunun gözlem amaçlı tutulmasını 5(1)(d) bendi kapsamında, yetkili kanuni makamlar önüne çıkarmak amacıyla küçüğün tutulması şeklinde yorumlamıştır (*X. – İsviçre [k.k.]*, no. 8500/79).

Hasta, bağımlı veya serserinin tutulması

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi, 'bulaşıcı hastalık taşıyanlar', 'akıl zayıflığı/hastalığı bulunanlar', 'alkolikler', uyuşturucu bağımlısı olanlar' ve 'serseriler' gibi, farklı kategorilerdeki insanların bu bentte aranan koşullar gerçekleştiğinde, koruma amacıyla tutulmalarına izin vermektedir. Bu bende geçen kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmalarına imkân verilmesinin başlıca nedeni, kişilerin sadece toplumun güvenliğine karşı tehlike oluşturmaları değil ama aynı zamanda tutulmalarının kendi menfaatlerine de uygun olmasıdır (*Enhorn, §43*).

Mahkeme'ye göre bir kimsenin tutulması öylesine ağır bir tedbirdir ki, bu tedbir ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyin veya ilgili kişinin tutulmasını gerektirebilecek olan kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu hallerde haklı görülebilir. Bu demektir ki, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir. Bu tedbir aynı zamanda olayın şartları içinde gerekli (*Witold Litwa, §78*) ve orantılı olmalıdır (*Vasileva, §41*).

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi 'akıl hastalığı bulunan kişiler'in tutulmasına imkân vermektedir. Mahkeme'ye göre, bu bentteki akıl hastalığı teriminin kesin bir tanımı bulunmayıp, araştırmalar ve tedavi şekilleri ile toplumun akıl hastalarına bakışı değiştiğinde, kavramın içeriği de değişmektedir. Bu bentteki 'akıl hastası' terimi, bir kimsenin sadece görüş ve tutumunun belirli bir toplumda hüküm süren normlara aykırı olması nedeniyle, kendisinin zorunlu muhafazasına izin verecek şekilde yorumlanamaz. Aksine bir görüş, hiç kimsenin keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını güvence altına alan ve dar yorumlanması gereken istisnaları içeren Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının amacına aykırı düşer (*Winterwerp, §37*).

En azından aşağıda belirtilen üç koşul yerine getirilmedikçe bir kimse 'akıl hastalığı' nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: İlk olarak, acil durumlar dışında, gerçekten bir akıl bozukluğu bulunduğu tarafsız doktor raporuna dayanılarak yetkili bir makam önünde kanıtlanmış olmalıdır. İkincisi, akıl bozukluğu zorunlu muhafazayı gerektirecek türde ve derecede olmalıdır. Üçüncüsü, kişinin muhafazasının devamı akıl bozukluğun sürmesine bağlıdır (*Winterwerp, §17-18; Johnson, §60; ve Varbanov, §45*). Ayrıca, bir olayda özgürlükten yoksun bırakma sebebi ile tutma yeri ve şartları arasında bir ilişki bulunmalıdır. Kural olarak, akıl hastası bir kimsenin ancak bir hastanede, klinikte veya diğer uygun bir kurumda 'tutulması' halinde Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi bakımından 'hukuki' bir tutma olur (*Ashingdane, §44*).

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi kişinin 'alkoliklik' nedeniyle tutulmasına imkân vermektedir. Mahkeme'ye göre bu hüküm, sadece klinik durumları itibarıyla alkollü anlamında 'alkolikler'le sınırlı bir biçimde tutmaya izin verdiği şeklinde görülemez; tıbbi olarak alkolik teşhisi konulmamış olan, fakat alkolün etkisiyle kamu düzenine veya kendilerine karşı tehlike arz eden kişiler de gözaltına alınabilir. Bu, bir kimse sırf alkol aldığı için gözaltına alınabilir demek değildir. Fakat Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinde, alkolü aşırı tüketerek kendisine veya kamuya karşı zarar verebilecek kişinin gözaltına alınmasını engelleyen herhangi bir husus da yoktur (*Witold Litwa, §46-80*). Öte yandan bu bende dayanılarak bir kimsenin tutulabilmesi için, ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bu tedbirin bireyin veya kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu gösterilmelidir. Bir olayda Mahkeme, başvurucunun 6,5 saat kadar ayıltma merkezinde doktor kontrolünde tutulmasını, daha hafif bir tedbir uygulanması düşünülmeyeceği için, 5(1)(e) bendine aykırı bir tedbir görmüştür (*Witold Litwa, §79*).

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi, "bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için" bu hastalıkları taşıyanların tutulmasını öngörmektedir. Mahkeme'ye göre, 'bulaşıcı hastalıklarla

rın yayılmasını önlemek için' bir kimsenin tutulmasının 'hukukiliğini' değerlendirirken kullanılacak temel kriterler, i) bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığı; ve ii) daha hafif tedbirler kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülerek hastalığın yayılmasının önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvurulmuş son çare olup olmadığıdır (*Enhorn*, §44).

Mahkeme, *Enhorn – İsveç* davasında HIV virüsü taşıyan ve bir genç erkeğe cinsel ilişkiyle bu virüsü bulaştırdığı daha sonra anlaşılan eşcinsel bir başvuruçunun hastanede zorunlu muhafaza altında tutulmasını 5. madde açısından incelemiştir. Mahkeme HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeliliği nedeniyle birinci kriterin yerine geldiğini belirtmiş, ancak yedi yıl süren tutma tedbiri sırasında başvuruçunun yaklaşık bir buçuk yıl hastanede tutulmasını, olayın şartları içinde haklı görmemiştir (*Enhorn*, §45-56).

Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi, 'serseri'lerin tutulmasına izin vermektedir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme 'serseri' kavramının tanımına yer vermemektedir. *De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika* davasında Mahkeme, serseri kavramını ele almıştır. Belçika Ceza Kanununun 347. maddesine göre 'sabit bir ikametgahı bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır'. Yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak Hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Mahkeme'ye göre bu serseri tanımı, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendindeki 'serseri' kavramı ile uzlaşmaz görünmediğinden, bu bendeki istisnaya girmektedir (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §68-70).

Sınırdışı edileceklerin tutulması

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi, kişinin "ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kimsenin girişinin önlenmesi veya hakkında sınırdışı etme veya geri verme kararı alınan kişinin sınırdışı edilmesi veya geri verilmesi için hukuka uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması"na imkân tanımaktadır.

Ülkeye izinsiz girmek isteyen bir kimsenin girişinin önlenmesi için hukuka uygun olarak tutmanın ne anlama geldiğini Mahkeme açıklığa kavuşturmuştur (*Saadi*, §61-66).

Saadi – İtalya davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin özgürlük hakkı genel kuralına, göç bağlamında devletlere yabancıların özgürlüğünü kontrol yetkisi tanıyan bir istisna getirdiğini belirtmiştir. Sözleşmeciler Devletler, Sözleşme'den doğan yükümlülükleri çerçevesinde, ülkelerine yabancıların girişlerini ve yerleşmelerini kontrol konusunda bir yetkiye sahiptirler (*Amuur*, §41; *Chahal* 73; ve *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali*, §67-68). Bu yetkiye devletlerin, sığınma yoluyla veya başka bir yolla ülkeye girme izni isteyen göçmenleri tutma yetkisini eklemek gerekir. Mahkeme'nin *Amuur* kararından da belli olduğu üzere, sığınmacılar dâhil potansiyel göçmenlerin tutulmaları, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendiyle bağdaşabilir. Bir devlet ülkeye giriş izni verinceye kadar, ülkeye giriş 'izinsiz'dir; ülkeye girmek isteyen ve izne ihtiyacı olan fakat henüz izni bulunmayan bir kimse, 'izinsiz girişin önlenmesi' için tutulabilir. Mahkeme, bir sığınmacının göçmenlik yetkililerine teslim olduğu anda, 'izinli' girişi gerçekleştirmek istediği ve böylece artık tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bakımından haklı görülemeyeceği iddiasını kabul etmemiştir. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendini, sadece ülkeye giriş kısıtlamalarından kurtulmaya çalıştığı görülen bir kimsenin tutulmasına izin verdiği şeklinde yorumlamak, bu hükmü ve devletin yetkisini kullanma gücünü çok dar yorumlamak olur. Böyle bir yorum, sığınmacıların örneğin kimlik kontrolü sırasında veya sığınma talebi hakkında karar verilme sürecinde tutulabilmelerini öngören BMMYK Yürütme Komitesinin 44 no.lu Sonuç Belgesiyle, BMMYK Yönlendirici İlkeleriyle ve Bakanlar Komitesinin

Tavsiye Kararıyla bağdaşmaz. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin devlete, ülkeye giriş izni verilmesinden önce bir sığınmacıyı veya diğer göçmenleri tutma yetkisi verdiğini kabul etmekle birlikte, bu tutmanın özgürlük hakkını korumak ve hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmamasını sağlamak olan Sözleşme'nin 5. maddesinin genel amacıyla bağdaşır olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme daha sonra, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi bakımından keyfilikten kaçınmak için de tutmanın hangi kriterlere uyması gerektiğini belirlemiştir. Buna göre bir tutmanın i) iyi niyetle yapılmış olması, ii) kişinin izinsiz girişini önlemek amacıyla sıkı sıkıya bağlantılı olması, iii) bu tedbirin suç işleyen kişilere değil fakat hayatlarından endişe ederek kendi ülkelerinden kaçan yabancılara uygulandığı akılda tutularak, tutma yerinin ve tutma koşullarının buna uygun olması, iv) izlenen amacın gerektirdiği makullüğü aşmayacak bir süre olması gerekir (*Saadi*, §74).

Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi tutmanın, örneğin bir kimsenin suç işlemesini veya kaçmasını önlemek gibi gerekli görülen hallerde yapılmasını gerektirmemektedir. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin ikinci kısmına göre bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri, sınırdışı etme veya geri verme işlemleri yürüdüğü sürece yerindedir. Ancak bu işlemler gerekli özenle yürütülmeyecek olursa, tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(f) bendine uygunluğu sona erer (*Abdolkhani ve Karimnia*, §129).

Özgürlüğünden yoksun bırakılanların hakları

Özgürlüğünden yoksun bırakılanlar, Sözleşme'nin 5. maddesinin 2., 3., 4. ve 5. fıkralarında düzenlenen haklara sahiptirler. Bu haklar, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki her hangi bir sebebe göre özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin keyfi tutmaya karşı korunmalarını sağlar. Dolayısıyla devlet, özgürlüğünden yoksun bırakılan bireylere bu haklarını kullandırmakla yükümlüdür.

Tutma nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkı

Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, “yakalanan” ya da “gözümlüne alınan” bir kimseye, “yakalama nedenleri” ile kendisine “isnat edilen suç hakkında”, “anlayabileceği bir dilde”, “derhal” bilgilendirilme hakkı tanımaktadır. Mahkeme bu fıkradaki yakalama sözcüğünü özerk bir Sözleşme kavramı olarak ele almış ve bu hakkın sadece bir suç nedeniyle yakalananlar tarafından değil, ama birinci fıkradaki sebeplerden her hangi biriyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes tarafından kullanılabilir bir hak şeklinde geniş yorumlamıştır (*Van der Leer*, §27). Bu nedenle, özellikle koşullu salıverildikten sonra cezaevine geri döndürülen hükümlüler, mahkemenin bir kararına uymayan veya yasal bir yükümlülüğü yerine getirmesi istenen kişiler, suç şüphesiyle yakalanan kişiler, tutulan küçükler, akıl hastaları, alkol bağımlıları, bulaşıcı hastalık taşıyanlar, serseriler, sınırdışı edilecek veya geri verilecek olanlar bilgilendirilme hakkından yararlanırlar.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin neden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören temel bir güvence içerir. Bu fıkra, 5. maddede öngörülen koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye bu fıkra gereğince, gözümlüne alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal verilmelidir ama, gözümlüne alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği her bir olayda, olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (*Fox, Campbell ve Hartley (Esas hk)*, §40). Ayrıca başlangıçta bilginin yazılı olarak verilmesine de gerek yoktur. Gözümlüne alınan bir kimse, gözümlüne alındığı

anda gözaltına alınma sebepleri konusunda ve hemen sonra kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmiştir.

Özellikle yabancıların gözaltına alınma nedeni hakkında ‘anlayabileceği dilde’ bilgilendirilmeleri konusunda sorunlar doğabilir. Mahkeme, Fransız vatandaşı olup Polonya’da yaşayan ama Lehçe bilmeyen başvuruçunun, hakkındaki yakalama emri üzerine yakalanıp 10 gün kadar tutulması sırasında kendisine tutulma sebebi hakkında anlayabileceği dilde bilgi verilmemesini, Sözleşme’nin 5(2). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Ladent*, §64-65). Yine kendi isteğiyle akıl hastanesine yattıktan sonra tedavisi sırasında tek başına tutulmaya başlandığı zaman 10 gün önce hakkında zorunlu muhafaza kararı verilmiş olduğunu öğrenen başvuruçunun da bilgilendirilme hakkı ihlal edilmiştir (*Van der Leer*, §30-31). Mahkeme’ye göre bu bilgi derhal verilmelidir; ama gözaltına alma anında gözaltına alan memur tarafından bu bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği, her bir olayda olayın kendi özel şartlarına göre değerlendirilmelidir.

Fox, Campbell ve Hartley – Birleşik Krallık davasında başvuruçular gözaltına alınırken, gözaltına alan memur tarafından kendilerine sadece terörist olduklarından kuşkulandığı için 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre gözaltına alındıkları söylenmiştir. Mahkeme’ye göre gözaltının hukuki temeline dair yapılan bu basit bildirim, tek başına ele alındığında, Sözleşmenin 5(2). fıkrasının amacı bakımından yetersizdir. Ancak her üç başvuruçuyu, gözaltına alınmalarının ardından, ayrı suç eylemlerine karışmak ve yasaklanmış örgütlere üye olmak kuşkusuyla polis tarafından sorgulanmışlardır. Bu sorgulama sırasında sorulan sorular, başvuruçuların neden dolayı gözaltına alındıklarını anlamalarını mümkün kılacak nitelikte olup, terörist olduklarından kuşkulama nedenleri, sorgulama sırasında başvuruçuların bilgisine sunulmuş kabul edilmelidir (*Fox, Campbell ve Hartley (Esas hk)*, §41-42).

Mahkeme’nin polisin ifade alması sırasında bilgilendirmesine ağırlık verdiği görülmektedir (*Murray*, §71-80; *Dikme*, §56). *Lamy – Belçika* davasında başvuruçuyu yargıç tarafından sorgulandıktan sonra tutuklanmıştır. Başvuruçuyu, tutuklama sebepleri hakkında yeterince bilgilendirilmediğini ve böylece tutuklamanın onaylandığı mahkeme önünde kendini yeterince savunamadığını ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, gözaltına alma anında bütün soruşturma dosyasının başvuruçuya açık tutulmasının gerekmediği, başvuruçunun isnat edilen suçlardan bir bölümünü kabul ettiği, tutuklama müzakeresinin kendisine hemen tebliğ edildiği ve bu müzakerede tutuklama sebepleriyle birlikte hakkındaki isnatların da yer aldığı gerekçesiyle, Sözleşme’nin 5(2). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Lamy*, §32).

Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı

Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ‘derhal bir yargıç önüne çıkarılma hakkı’ ile ‘makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı’ tanımaktadır. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, yapısal olarak birbiriyle ilgili iki ayrı dönemi içermektedir: Bireyin yetkililer tarafından kontrol altına alınmasını izleyen gözaltının ilk aşamaları ile şüphelinin bir ceza mahkemesinin yapacağı yargılamayı tutuklu olarak veya şartlı ya da şartsız bir biçimde salıverildikten sonra tutuksuz olarak beklediği dönem. Bu fıkranın iki kısmı, ilk bakışta mantıksal veya zamansal olarak bağlantılı olmayan ayrı haklar getirmektedir (*T.W. – Malta [BD]*, §49; ve *McKay [BD]*, §31). Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ilk kısmı, sadece 5(1)(c) bendine göre, yani bir suç şüphesiyle gözaltına kişilere uygulanır. O halde Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki diğer sebeplerle tutulan kişilere uygulanmaz. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ilk kısmının uygulanması, kişi hakkında verilen salıverme veya tutuklama kararıyla sonra erer.

Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, birinci kısımdaki ilk aşamada, bir suç işlediği kuşkusuyla yakalanan veya gözaltında tutulan bir kişi, yargısal denetim vasıtasıyla korunmalıdır. Böyle bir denetim bireyi, tutmanın ilk aşamasında daha yüksek olan kötü muamele riskine ve kanun adamları ile diğer yetkililere belirli amaçlarla verilmiş olan ve öngörülmüş usullere göre kullanılmasına gereken yetkililerin kötüye kullanılmasına karşı koruma sağlar. Bu denetim derhal yapılmalı ve kendiliğinden (otomatik) olmalıdır. Denetimi yapan yargıç veya savcı ise, taraflardan ve yürütmeden bağımsız olmalı, kişiyi dinledikten sonra ve tutma ve tahliye talebini inceledikten sonra serbest bırakabilme yetkisi ile donatılmış olmalıdır (*McKay [BD]*, §32-40).

Mahkeme'ye göre gözaltındaki bir kişinin tutulmasının ilk yargısal denetimi, her şeyden önce, kötü muamele olup olmadığını araştırmaya imkân verebilmek ve kişi özgürlüğüne haksız müdahaleyi asgaride tutmak için, derhal/hemen yapılmalıdır. Bu şartın getirdiği zaman kısıtlaması, esnek bir yoruma yer bırakmaz. Aksi takdirde bu fıkranın usul güvencesini bireyin aleyhine önemli ölçüde zayıflatacak ve bu hükümlerle korunmuş olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır (*Brogan ve Diğerleri*, §62). Mahkeme, yargıç önüne çıkarılmaksızın dört günü aşan bir tutma dönemini, terör olaylarını soruşturma gibi özel bir bağlamda bile, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur.

Mahkeme bu yargısal denetimin re'sen, otomatik olması ve tutulan kişinin başvurusuna bağlı olmaması gerektiğini vurgulamıştır. Bu denetim, tutulan bir kimseye salıverilmek için başvurma hakkı tanıyan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasından ayrıdır. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının amacının gerçekleştirilmesi için bu fıkradaki yargısal denetimin kendiliğinden bir niteliğe sahip olması gerekir; çünkü kötü muameleye tabi tutulmuş bir kimse, tutulmasının yargısal denetimi için bir yargıca başvuramayabilir. Nitekim bu husus, zihinsel olarak kırılğan veya görevlinin dilini bilmeyen gözaltındaki kişiler gibi korunmasız kategorideki kişiler için de geçerlidir (*Aquilina [BD]*, §49; *Niedbala*, §50; ve *McKay [BD]*, §34).

Azami gözaltı süresi

Gözaltı, kişinin suç işlediği kuşkusuyla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı an başlayıp, kolluk/savcı tarafından salıverildiği veya tutuklanması talebiyle yargıç önüne çıkarıldığı ana kadar devam eden bir dönemi kapsar. Yargıç salıverme veya tutuklama kararı verir. Bu kararlar gözaltını sona erdirir.

Suç işlediği kuşkusuyla gözaltına alınan bir kimsenin yargıç önüne çıkarılmadan tutulabileceği azami süre ne kadardır? İç hukuklarda gözaltında azami tutma süresi, genellikle gün veya saat olarak düzenlenmiştir. İç hukuklarda gözaltı süresinin suçun türüne, suçun işleniş biçimine (tek kişi ve toplu olarak) ve olağan hal veya olağanüstü hal ilan edilmiş olup olmamasına göre farklı düzenlemelere tabi tutulduğu görülür.

Sözleşme'de ise sabit bir azami gözaltı süresi belirtilmemiş, bunun yerine devlete salıverilmemiş olan şüpheliyi 'derhal' yargıç önüne çıkarma yükümlülüğü yüklenmiştir. Mahkeme'nin verdiği kararlarda bu 'derhal' sözcüğü yorumlanmış, bir başka deyişle, azami gözaltında tutma süresinin ne kadar olduğu ortaya konmuştur. Sözleşme'de gözaltı süresini suçun türüne veya işleniş biçimine göre farklı olabileceğine dair bir ifade de yer almamıştır. Sözleşme'ye göre gözaltı süresi sadece olağan hal ve olağanüstü hal bakımından farklı olabilmektedir.

Olağan hallerde azami gözaltı süresi çeşitli olaylarda ele alınmıştır. Mahkeme örneğin, asker kişilerin 7, 11 ve 16 günlük gözaltında tutulmalarının (*De Jong, Baljet ve Van Den Brink kararı*), yine asker kişilerin 5 gün süreyle gözaltında tutulmalarının (*Duinhof ve Duijff kararı*) ve yine asker kişilerin 11 ve 12 günlük sürelerle gözaltında tutulmalarının (*Van Dersluijs, Zuiderveld ve Klappe kararı*) söz konusu olduğu davalarda, bu gözaltı

sürelerinin Sözleşme'deki 'derhal' sözcüğünün gerektirdiği süreyi aştıkları gerekçesiyle ihlal tespit etmiştir.

Mahkeme, azami gözaltı süresiyle ilgili içtihadını terör suçlarının söz konusu olduğu olaylarda geliştirmiştir. Mahkeme, 1988 yılında verdiği bir kararda 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Brogan ve Diğerleri*, §58-62). Mahkemeye göre 'derhal' kavramı, her bir olayın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir (*De Jong, Baljet ve Van Den Brink*, §52), ancak özel koşullara atfedilen önem, hiçbir zaman Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir. Mahkeme'ye göre terör suçlarının soruşturulması yetkililere özel bazı güçlükler çıkarmaktadır. Şüpheli duyulan suçların niteliği, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının uygulanma tarzını etkileyebilir; fakat bu güçlükler, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre 'derhal' yapılması gereken yargısal denetimden kaçınmayı haklı kılmaz (*Brogan ve Diğerleri*, §59, 61). Mahkeme'ye göre bu davadaki özel koşullara, yargıç veya yargısal görevlinin önüne çıkarmadan geçecek (4 gün 6 saatlik) uzun bir tutma süresini haklı kılacak şekilde önem vermek, 'derhal' kelimesinin olağan anlamını kabul edilemeyecek ölçüde geniş yorumlamak olur. Böyle bir yorum, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının usul güvencesini bireyin aleyhine ciddi bir şekilde zayıflatacak ve bu hükümlerle korunmuş olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır (*Brogan ve Diğerleri*, §62). Bu karar, suçun niteliği ne olursa olsun, olağan hallerde gözaltı süresinin 4 günü aşamayacağını ortaya koymuştur.

Ancak Mahkeme'ye göre soruşturma makamları, terörün söz konusu olduğunu iddia ettikleri her olayda, ulusal mahkemelerin etkili denetiminden ve daha sonra da Sözleşme organlarının gözetiminden kurtulmuş olarak, Sözleşme'nin 5. maddesine göre şüphelileri sorgulamak üzere gözaltına almak için açık çekiye sahip değillerdir (*Murray*, §58). O halde 4 günlük gözaltı süresi, yetkililere koşulsuz ve denetimsiz olarak kullanmaları için verilmiş bir süre değildir.

Mahkeme *İpek ve Diğerleri – Türkiye* davasında dört günden daha kısa süreli bir gözaltı dönemini incelemiştir. Bu olayda 16 yaşındaki üç başvuru yakalandıktan yaklaşık 3 gün 9 saat sonra yargıcın önüne çıkarılmışlardır. Başvurucuların gözaltı süreleri, ilk bakışta Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gereklerine uygundur. Ancak başvurucuların yargıç önüne çıkarılmalarında gecikme şu sebeplerle bu fıkra anlamında 'derhal' değildir: İlk olarak başvurucular yakalandıkları tarihte küçüktüler, fakat bu durum soruşturma makamları ve özellikle başvurucuların gözaltı sürelerini iki gün uzatılmasına karar veren savcı tarafından dikkate alınmamıştır. İkinci olarak bu küçükler bir müdafii ile görüştürülme gibi devlet yetkililerinin muhtemel keyfi eylemlerine karşı güvencelerden yoksun olarak, üç günden fazla tutulmuşlardır. Nihayet gözaltında tutma döneminde başvurucular bakımından polis tarafından yapılan tek soruşturma işlemi, yakalamadan yaklaşık iki gün sonra ve yargıç önüne çıkarılmadan bir gün önce başvurucuların ifadelerinin alınmasıdır. Mahkeme'ye göre terör suçu işledikleri isnadı ile soruşturma yürütülse dahi, bu koşullarda 3 günden fazla bir tutma, 'derhal' koşuluna uygun değildir (*İpek ve Diğerleri*, §36). Bu kararda Mahkeme ihlal tespit ederken her ne kadar başvurucuların yaşlarının küçüklüğüne vurgu yapmış ise de, başvurucuların gözaltında tutulduğu sırada yapılan soruşturma işlemleri ile gözaltı süresi arasında kurduğu bağlantı, yetişkinlerin tutulmaları bağlamında da sorgulanabilir görünmektedir. Ancak Mahkeme, bir olayda bir başvuruçunun 87 buçuk saat gözaltında tutulmasının *Brogan ve Diğerleri* kararındaki süreye uygun olduğunu belirterek, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görmemiştir (*Sar ve Diğerleri*, §28).

Sözleşme'nin 15. maddesi anlamında olağanüstü hallerde gözaltı süresi daha uzun olabilir. Kişi özgürlüğü, Sözleşme'nin 15. maddesinde askıya alınamayacak haklar ara-

sında gösterilmemiştir. Dolayısıyla bir Sözleşmeci Devlet geçerli bir şekilde olağanüstü hal ilan etmiş ise, kişi özgürlüğüne ilişkin yükümlülüğünü azaltarak, bireyi olağan halde olduğundan daha uzun bir süre gözaltında tutabilir. Mahkeme, hem olağanüstü hal ilanının geçerliliğini ve hem de olağanüstü halin gereği olarak gözaltı süresini uzatan tedbirlerin Sözleşme’ye uygunluğunu denetlemektedir.

Mahkeme olağanüstü hallerde gözaltı süresini 1961 tarihli ilk kararında incelemiştir. *Lawless – Birleşik Krallık* davasında başvurucu, olağanüstü halin ilan edilmiş olduğu ülkede, idari makamlar tarafından yargıç önüne çıkarılmadan beş ay kadar gözaltında tutulmuştur. Mahkeme, Sözleşme’nin 15. maddesine göre geçerli bir olağanüstü hal ilan etmiş Hükümetin aldığı bu tedbiri, ‘durumun gerektirdiği zorunlulukları karşılamak’ için uygun bir tedbir olarak görmüş, sonuç olarak derhal yargıç karşısına çıkarılma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Lawless (Esas hk) kararı*). Mahkeme benzer bir biçimde 1978 yılında verdiği bir başka kararda da, uzun süreli gözaltında tutma tedbirlerini Sözleşme’ye uygun bulmuştur (*İrlanda – Birleşik Krallık kararı*).

Mahkeme 1993 yılında verdiği *Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık* kararında, olağanüstü hal ilan edip gözaltı süresini 7 güne çıkararak davalı devletin aldığı bu tedbir gereğince gözaltında tutulan başvurucuların durumunu incelemiştir. Bu olayda başvuruculardan biri, terörle mücadele yasası gereğince toplam 6 gün 14 saat 30 dakika gözaltında tutulduktan sonra salıverilmiştir; başvurucu gözaltında tutulduğu sırada 43 kez götürüldüğü sorguda ifade vermemiş, tutulduğu süre içinde kitap, gazete ve yazılı bir şey okumasına, radyo ve televizyon dinlemesine, tutulan diğer kişilerle görüşmesine izin verilmemiştir. Ayrıca soruşturmayla müdahale oluşturacağı gerekçesiyle başvurunun avukatla görüşmesine ilk 48 saat izin verilmemiş ama daha sonra başvurucu birkaç kez avukatla görüştürülmüş; yine bu süre içinde 17 kez doktor tarafından görülmüştür. Mahkeme bu olayda başvurucuların gözaltında avukatla görüşme, doktora muayene olma, yakınlarla haber verilme ve gözaltına itiraz edebilme şeklindeki koruyuculardan yararlanma haklarının bulunduğunu kaydederek, bu gözaltı süresini olağanüstü halin gereklerine aykırı olmayan bir süre olarak görmüştür (*Brannigan ve McBride, §43-74*). Mahkeme, Türkiye’de olağanüstü halde gözaltı süresinin 30 gün olduğu 1996 yılının sonuna kadar, en az 14 gün gözaltında tutulmuş olan başvurunun özellikle koruyuculardan yararlandırılmadan tutulmuş olması nedeniyle, bu gözaltı süresini olağanüstü halin gerektirdiği bir tedbir olarak görmemiş ve Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Aksoy, §76-84*). Mahkeme daha sonra 2003 yılında verdiği bir başka kararda, olağanüstü halde 11 günlük gözaltı süresini de Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Nuray Şen, §28*).

Mahkeme’nin tespit ettiği bu gözaltı sürelerinin aşılması halinde, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olur. Bir olayda gözaltı süresi Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki sürelerle uygun olabilir, ama iç hukukta yasayla öngörülen süre aşılmış olabilir. Böyle bir durumda Sözleşme’nin 5(3). fıkrası değil, ama iç hukuk ihlal edilmiş olduğu için, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki “hukuka uygun tutma” (hukukilik) şartı ihlal edilmiş olur.

Tutuklamaya yetkili yargıç

Gözaltında tutulmakta olan kişi, en geç azami gözaltı süresinin sonunda salıverilmediği takdirde, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası gereğince, “yargıç veya hukuken yargılamaya yetkisine sahip diğer bir görevli”nin önüne çıkarılmalıdır. Söz konusu yargıç veya yargısal görevli, tutulan kişinin ya salıverilmesine ya da tutuklanmasına karar verecektir. Bu fıkraya göre sanığın önüne çıkarılacağı yargıç veya yargısal görevli, birinci fıkranın (c) bendindeki ‘kanunen yetkili makam’la aynı anlama gelmektedir. Mahkeme, sanığın önüne çıkarıldığı yargıç veya yargısal görevlileri statüleri, işlevleri ve izledikleri yargı-

lama usulü bakımından Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının aradığı şartları taşıyıp taşımadığını denetlemektedir.

İlk olarak, kişinin önüne çıkarılacağı yargıç veya yargısal görevlinin yürütme organından ve taraflardan bağımsız olması gerekir. Bu nedenle, savcı veya ileride aynı olayda savcılık yapabilecek olan yargısal görevli, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının aradığı bağımsızlığa sahip görevli olarak değerlendirilemez. Gerçi Mahkeme, konuyla ilgili 1979 tarihli ilk kararında, önüne çıkarılan şüpheli hakkında tutuklama kararı veren savcının, daha sonra aynı olayda iddia makamında yer almamış olmasını göz önünde tutarak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Schiesser*, §29-38). Ancak Mahkeme, bu subjektif tarafsızlık ölçüsünü daha sonra terk etmiş ve tutuklama yapabilecek görevlinin daha sonra aynı davada iddia makamında yer alabilme ihtimali bulunup bulunmadığını dikkate almıştır. Mahkeme, askeri ceza yargılamasında başvuru- ruların önlerine çıkarıldıkları, soruşturma tedbirleri alma ve özellikle tutuklama kararı verebilme yetkisine sahip askeri adli müşavirlerin (auditeur militaire/auditeur militaire), daha sonra iddia makamını temsil edebilecekleri ve ilk soruşturma tedbirleri sırasında tarafsız olamayacakları gerekçesiyle, üçüncü fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, ilk soruşturma aşamasında yargısal nitelikli soruşturma tedbirleri alan görevliler ile iddia makamında yer alacak kişilerin birbirinden ayrılması gerekmektedir (*De Jong, Baljet ve Van Den Brink*, §46-54; *Pauwels*, §30-38).

Mahkeme, sivil ceza yargılamasıyla ilgili bir başka kararında, başvuru hakkında tutuklama kararı verip soruşturmayı yürüttükten sonra iddianameyi hazırlayan savcının, duruşmaya savcı olarak çıkmamış olmasına rağmen, yasa gereği çıkabilme ihtimalini göz önünde tutarak, savcının Sözleşme'nin aradığı tarafsız görevli olamayacağını kabul etmiş ve Sözleşme'nin 5(3). ihlaline karar vermiştir (*Huber – İsviçre*, §42-43; *aynı yönde, Brincat kararı; Assenov ve Diğerleri kararı; Nikolova kararı; Hood kararı*). Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından bağımsız ve tarafsız sayılamayacak DGM'deki askeri yargıcın, tutuklama kararı verebilecek bağımsız yargıç statüsüne de sahip olmadığı ve Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Bülbul*, §23-24).

İkinci olarak, Mahkeme'ye göre, yargıç veya yargılama yetkisine sahip görevli, önüne şahsen getirilen kimseyi dinlemeli ve hukuki kriterlere dayanarak tutulmasının haklı olup olmadığını incelemelidir. Bu yargısal görevli, eğer kişinin tutulması haklı değil ise, tutulan kimsenin salıverilmesi için bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmalıdır (*Schiesser*, §31; *ve İrlanda – Birleşik Krallık*, §199; *Assenov ve Diğerleri*, §146). O halde Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre, bu yargıç veya görevli tutmayı esastan inceleme yetkisi ile donatılmış olmalıdır (*T.W. – Malta*, §41). Yargıç veya görevlinin tutuklama veya salıverme konusunda sınırlı bir inceleme yetkisine sahip olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Mahkeme, *Aquilina – Malta* davasında kişinin önüne çıkarıldığı yargıcın, sadece kanuna göre tutuklanmayı gerektirmeyen bir suç isnadıyla karşılaşması halinde kişiyi re'sen salıverme yetkisine sahip olmasını, yargıcın inceleme yetkisinin darlığı nedeniyle yeterli görmüştür. Mahkeme'ye göre bu yargıç, tutulan kişinin suç işlediğinden makul kuşku bulunup bulunmadığını inceleme ve bulunmuyorsa salıverme yetkisine sahip değildir (*Aquilina*, 52-55; *Sabeur Ben Ali*, §30).

Kısaca kişinin önüne çıkarıldığı bir yargıç, i) kişinin suç işlendiği hakkında makul kuşku bulunup bulunmadığını inceleyebilmeli, ii) iç hukukta öngörülen tutuklama nedenleri (kaçma tehlikesi, delilleri karartma, tanıklara baskı yapma gibi tutuklamayı gerektiren bir kamu yararı) bulunup bulunmadığını inceleyebilmeli, iii) bir duruşma yaparak şüpheliyi bizzat dinlemeli, iv) tutuklamayı gerektiren şartlar bulunuyorsa gerekçeli kararında bunları göstererek tutuklamaya, bulunmuyorsa salıvermeye karar verebilmelidir.

Tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

İlk tutuklama kararının hukuka uygun olmadığı iddia ediliyorsa Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına, suç işlediğinden makul kuşku bulunmadığı halde tutuklama kararı verildiği iddia ediliyorsa 5(1)(c) bendine dayanılır. Kişi tutuklama kararı veren yargıcın önüne derhal çıkarılmamış ise veya önüne çıkarıldığı yargıcın statü, işlev ve izlediği yargılama usulü bakımından yukarıda gösterilen gerekli nitelikleri taşımadığı ve salıverme yetkisine sahip olmadığı iddia ediliyorsa Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ilk hükmü, tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyet ediliyorsa Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ikinci hükmü uygulanır.

Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ikinci hükmü, tutuklanan bir kimsenin “makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürürken salıverilme hakkı”na sahip olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, bu hükmü yorumladığı ilk kararlarında, devletin tutuklu bir kimseyi makul sürede yargılamakla, eğer makul sürede yargılayamıyorsa tutukluyu salıvermekle yükümlü olduğu şeklindeki yorumu “saf gramatik yorum” olarak görmüş ve reddetmiştir. Mahkeme'ye göre bu hükmün kişi özgürlüğünün güvencelerinden biri olduğu hatırlanmalıdır; bu nedenle bu hükme göre “makul süreyi aşmaması gereken şey yargılama değil (yargılamanın uzunluğu 6(1). fıkrasına giren bir meseledir), sanıkların tutukluluğudur” (*Wemhoff, hukuki gerekçe bölümü, §5*). Özetle bu hüküm, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı” biçimde anlaşılabilir. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki bu haktan, sadece 1(c) bendine göre, yani bir suç şüphesiyle tutuklanmış olan kişiler yararlanır.

Mahkeme, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine dair bir iddiayı incelerken, önce başvuruçunun “tutuklu kaldığı süre”yi tespit etmekte, ikinci olarak bu “sürenin makul” olup olmadığını incelemektedir.

Dikkate alınacak tutukluluk süresi

Tutukluluk süresinin tespiti, tutukluluğun başlangıcının ve sona ermesinin tespitini gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre tutukluluk dönemi, kişinin gözaltına alındığı, yani özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tarihte başlar.

Tutukluluk dönemi ne zaman sona erer? Mahkeme, suçlamanın esası hakkında karar verecek olan dava mahkemesinin hükmüne kadar olan dönem (soruşturma ve ilk kovuşturma aşamaları) ile temyiz dönemini ayrı değerlendirmektedir. Mahkeme'ye göre dava mahkemesinin mahkûmiyet veya beraat kararıyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında tutukluluk sona erer. Kuşkusuz kişi bu dönemde daha önce salıverilmiş ise, tutukluluk salıverildiği tarihte sona ermiştir. Eğer dava mahkemesinin hükmünden önce kişi salıverilmiş ve yeniden tutuklanmış ise, bu sürelerin toplanarak bir bütün olarak değerlendirilmesi mümkündür (*Kemmache (no. 3), §44*).

Temyiz aşamasında tutulu bulunan kişi tutuklu mu, hükümlü müdür? Bazı hukuk sistemleri, temyiz aşaması dâhil, hükmün kesinleşmesine kadar, tutulu bulunan kişiyi tutuklu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, temyiz aşamasında tutulu bulunan kişiyi tutuklu değil ‘hükümlü’ saymaktadır. Dolayısıyla temyiz aşamasında tutulan kişiye Sözleşme'nin 5(3). fıkrası değil, 5(1)(a) bendi uygulanır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki ‘mahkûmiyet kararının verilmesinden sonra’ ifadesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonra ifadesi olarak sınırlanamaz. Aksi takdirde bu bent, kendisine tanınan hukuki yollar açık olsa da henüz serbest olduğu halde duruşmaya gelen ve mahkûm edilen kişinin tutulmasını dışarıda bırakır (*Wemhoff, hukuki gerekçe bölümü, §6-9*).

Temyiz mahkemesi halen tutuklu kişi hakkındaki dava mahkemesinin kararını bozmuş ve dosyayı dava mahkemesine geri göndermiş ise, Mahkeme'ye göre dava mahkemesi önünde kişinin tutukluluğu yeniden başlar ve yine dava mahkemesinin hükmüyle

sona erer. Mahkeme, temyiz mahkemesinin bozma kararından sonra tutukluluğu devam eden kişilerin tutukluluk dönemlerini hesaplarken, temyiz mahkemesi önünde geçen süreyi toplam tutukluluk süresinden çıkarmaktadır (*Solmaz, §36-37; Cahit Demirel, §23*). Böylece Mahkeme tutukluluk dönemlerini toplayıp bir bütün olarak değerlendirmektedir.

Sürenin makullüğünün değerlendirilmesi

Sözleşme’de tutukluluk süresini sınırlayan azami bir süre yer almamaktadır. Mahkeme, ‘genellikle kabul ettiği bir süre’ bulunduğundan söz etmiş (*Celejewski, §38*), ancak bu sürenin ne kadar olduğunu belirtmemiştir. Öyle ki, Mahkeme’nin 48 günlük (*Nart, §28-35*), beş buçuk aylık (*Becciev, §53-64*) gibi görece kısa tutukluluk dönemlerini makul görmeyip ihlal sonucuna ulaştığı kararları olduğu gibi, 4 yıl üç günlük (*W. – İsviçre, §29-43*) gibi uzun tutukluluk dönemlerini Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı görmediği kararları da vardır. Sabit bir süre sınırı olmamakla beraber, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, kişinin ‘makul’ sayılmayacak bir süre tutuklu tutulmamasını öngörmektedir.

Tutukluluk süresini makul kılan temel şart, ‘kamu yararı’dır. Mahkeme’nin içtihatlarına göre bir tutukluluk süresinin makul olup olmadığı soyut olarak (in abstracto) değerlendirilemez. Bir sanığın tutukluluğun makul olup olmadığı, her olayın şartlarına göre değerlendirilmek zorundadır. Bir olayda tutukluluğun devamı ancak, masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına ağır basan gerçek bir ‘kamu yararı’nın bulunduğuna dair olaya özgü belirtilerin varlığı halinde haklı görülebilir (*W. – İsviçre, §30; Jablonski, §79*).

Makullüğün denetimi önce ulusal mahkemelere, sonra İnsan Hakları Mahkemesine düşen bir görevdir. Mahkeme’ye göre bir olayda sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk önce ulusal yargısal makamlara düşen bir görevdir. Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları (delilleri) incelemek ve bunları başvurunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar (*Labita, §152*). Salıvermenin lehindeki ve aleyhindeki iddialar ‘genel ve soyut’ olmamalıdır (*Clooth, §44*).

Mahkeme’ye göre bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) şarttır; ancak belirli bir süre geçtikten sonra bu yeterli olmaz. Mahkeme, bu gibi durumlarda, tutukluluğun devamını haklı kılmak için yargısal makamlar tarafından başka gerekçeler gösterilip gösterilmediğine bakar. Ulusal mahkemelerin kararlarının gerekçeleri ‘konuyla ilgili’ ve ‘yeterli’ olmalıdır. Ulusal mahkemeler, tutukluluğu haklı kılan ‘konuyla ilgili ve yeterli’ gerekçeler göstermedikçe, suçlanan kişi tutuksuz yargılanmalıdır (*Yağcı ve Sargın, §52; Becciev, §53*). Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa koşulsuz olarak izin verdiği biçiminde yorumlanamaz; süresi ne kadar kısa olursa olsun, tutukluluğun haklı olduğu yetkililer tarafından ikna edici bir şekilde gösterilmelidir (*Belchev, §82*). Gerekçeli bir kararın bir başka işlevi, tarafların yargıç tarafından dinlendiklerini göstermesidir. Ayrıca gerekçeli karar, bu karara karşı taraflara üst başvuruda bulunma (itiraz etme) imkânı sağladığı gibi, üst mahkemeye de kararı denetleme imkânı tanır. Adaletin işleyişinin kamuoyu tarafından denetimi ancak gerekçeli karar verilmesi halinde mümkündür (*Suominen, §37*).

Mahkeme haklı olarak, yasadaki tutuklama nedenlerine ilişkin terimleri veya uygulamadaki kalıp ifadeleri tekrarlamakla yetinen ve yasadaki tutuklama nedenlerini olayla ilişkilendirmeyen ulusal mahkemelerin tutukluluk konusundaki kararlarını soyut olmakla (*Letellier, §51*) veya basmakalıp olmakla (*Yağcı ve Sargın, §52; Demirel, §58*) veya

ayrıntıdan yoksun olmakla (*Simirnova, §70*) eleştirmektedir. Mahkeme bu tür kararları gerekçesiz veya gerekçisi yetersiz kararlar olarak görerek, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Zorunlu tutuklama sistemi, ulusal mahkemelerin tutuklamanın kamu yararına dayandığına dair somut bir gerekçe göstermelerini gereksiz kılar. Mahkeme'ye göre, her hangi bir 'zorunlu tutuklama' sistemi, kendiliğinden Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırıdır (*Ilijkov, §84*). O halde belirli bir suç işlediğinden şüphe duyulan kişinin tutuklanmasını emreden yasaya göre tutuklu tutulması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Eğer yasa, belirli bir suçtan tutuklanmış kişinin salıverilme talebinin, işlemiş olduğu suçun niteliği veya suçun tekerrür etmiş olması nedeniyle reddedilmesini gerektiriyorsa, bu da Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Tutuklamanın devamına ilişkin yasal karine, kendiliğinden Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal etmez. Ancak Mahkeme'ye göre bir yasa, tutuklama nedenleriyle ilgili faktörler bakımından bir karine oluşturmuş ise, kişi özgürlüğüne saygı kuralına ağır basan somut olayların varlığı ikna edici bir şekilde gösterilmelidir (*Clooth, §44; Muller, §35-45; ve Ilijkov, §84*). Dahası, Mahkeme, tutuklama nedenleriyle ilgili olayları ortaya koymanın yetkililere düştüğü kanaatindedir. Bu konularda ispat külfetini tutukluya yüklemek, tutuklamayı kişi özgürlüğünden istisnai bir ayrılma haline getiren Sözleşme'nin 5. maddesindeki kuralı tersine çevirmek anlamına gelir (*Ilijkov, §85*).

O halde ne kadar kısa olursa olsun, bir tutukluluk döneminin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olmaması için, tutuklamaya ilişkin mahkeme kararları gerekçeli olmalı; bu gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalı; gerekçelerde suç şüphesinin devam ettiğinin gösterilmesi dışında tutukluluğu haklı kılacak 'kamu yararı'nın olayda mevcut olduğu ortaya konmalıdır. Şu da belirtilmelidir ki, Mahkeme önünde davalı devlet bir olayda uzun tutukluluğu ancak ulusal mahkeme kararlarındaki gerekçelere dayanarak savunabilir; davalı devletin daha sonra Mahkeme önünde ileri sürdüğü yeni bir gerekçe Mahkeme tarafından dikkate alınmaz (*Becciev, §63; Nikolov, §74*).

Öte yandan Mahkeme, yaptığı 'gerekçe incelemesi'nde ulusal mahkemelerin tutukluluğa ilişkin gerekçelerini ilgili ve yeterli bulsa bile, eğer yetkili ulusal makamlar yargılamanın yürütülmesinde gerekli özeni göstermedikleri için tutukluluk süresi uzamış ise, yine Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varabilir. Bir başka deyişle tutukluluk süresi, Mahkeme tarafından bir de "gerekli özen" incelemesine tabi tutulmaktadır (*Contrada, §54; ve I.A. – Fransa, §102*).

Makullüğün dayandırıldığı tutuklama nedenleri

Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında, tutukluluk süresinin makullüğünü sağlayan kamu yararının hangi nedenlere dayanabileceği gösterilmiş değildir. Bir başka deyişle, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan 'bir kimsenin suç işlediğinden makul kuşku duyulması' şartı dışında, bir tutuklama şartı yer almamaktadır. Tutuklama nedenleri ulusal mevzuatlarda yer almakta, ulusal mahkemeler önlerindeki olaylarda kamu yararının dayandığı tutukluluk nedenlerini uygulamaktadırlar. Mahkeme de önüne gelen başvurularda, ulusal mahkemelerin karar gerekçelerine ve salıverme taleplerinde gösterilen olaylara bakarak, ulusal mahkemelerin dayandıkları tutuklama nedenlerinin olayda gerçekten bulunup bulunmadığını incelemektedir.

Mahkeme içtihatlarında görüldüğü kadarıyla, bir suç işlediğinden kuşku duyulan bir kimsenin hükümden önce tutukluluğu için kamu yararı bakımından kabul edilebilir dört temel tutuklama nedeni ileri sürülmüştür: i) kaçma tehlikesi (salıverilmesi halinde kişinin bir daha yargı organı önüne getirilememe tehlikesi) (*Stögmüller, §15*); ii) adaletin

işleyişine müdahale tehlikesi (salıverilmesi halinde kişinin delillere müdahale tehlikesi) (*Wemhoff*, §14); iii) suçta tekerrür tehlikesi (salıverilmesi halinde kişinin başka suçlar işleme tehlikesi) (*Matznetter*, §9); ve iv) kamu düzeninin bozulması tehlikesi (*Letellier*, §51).

Aşağıda incelenecek olan tutuklama nedenlerinden birinin varlığı, tutuklama veya tutukluluğun devamına karar vermeyi zorunlu kılmaz. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince yetkililer, bir kimsenin tutukluluğunun devamına veya salıverilmesine karar verirken, o kimsenin duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için alternatif tedbirleri dikkate almakla yükümlüdürler; çünkü bu madde sadece 'makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme' hakkı getirmemekte, ama aynı zamanda 'salıvermenin kişinin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabileceği'ni öngörmektedir (*Jablonski*, §83).

Jablonski – Polonya davasında başvurusunun 3 yıl on ay kadar tutuklu kaldığı süre içinde ulusal mahkemelerin, ceza davasının gereği gibi yürütülmesini sağlamak için iç hukukta açıkça öngörülen güvence yatırma veya polis denetimi gibi 'önleyici tedbirlere' (adli kontrole) karar verme olasılığını hiç düşünmemiş olmalarını, ulusal mahkemelerin bu alternatif tedbirlerin niçin başvurusunun mahkemeye gelmesini sağlayamayacağını veya başvuru salıverilecek olursa niçin davasının gereği gibi görülemeyeceğini açıklamış olmalarını dikkate alarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline karar vermiştir (*Jablonski*, §84). Buna göre bir kimse ancak, i) salıverilmesi tutuklama nedenlerinden biri bakımından bir zararın doğması için gerçek bir riske yol açacak olması halinde ve ii) salıvermeyi koşullara bağlama ve makul önleyici tedbirlere (adli kontrole) karar verme bu riski ortadan kaldırmayacak veya tutuklamayı haklı olmaktan çıkaracak ölçüde indirmeyecek ise, tutuklanabilir.

Kaçma tehlikesi: Kaçma tehlikesi en sık karşılaşılan tutuklama nedenlerinden biridir. Adli makamlar, suç işlediğinden kuşku duydukları kişinin hemen erişebilecekleri bir yerde durmasını isterler. Çünkü hem soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi ve hem de kişi mahkûm edilecek olursa cezasının infaz edilebilmesi için kişinin mevcudiyetine ihtiyaç vardır. Buna karşılık kişinin mahkûm edilebileceği suçun cezasını çekmek istemeyeceği ve dolayısıyla kaçacağı veya saklanacağı düşünülür. Mahkeme'ye göre kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığını tespit için şu soruya yanıt aranmalıdır, 'yaratacağı sonuçlar ve doğuracağı zararlar bakımından kaçmayı tutukluluğun devamına göre daha az kötü gösteren şartlar var mıdır?' (*Stögmüller*, *hukuki gerekçe bölümü*, §15).

Kaçma tehlikesinin varlığına işaret eden unsurlardan biri, mahkûmiyet halinde kişinin alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. Mahkeme'ye göre, bir yerel mahkemenin tutukluluğun devamına dair kararında 'suçun niteliği'ne atıfta bulunması, aslında isnat edilen suçun ağırlığına ve dolayısıyla sanığın kaçma tehlikesinin varlığına dair bir karineye atıfta bulunduğu şeklinde anlaşılabilir (*Yağcı ve Sargın*, §51). Isnat edilen suç için öngörülen hapis cezasının ağırlığı, adli makamlara kişinin salıverilmesi halinde kaçacağını düşündürtebilir. Ancak, Mahkeme'ye göre, tutukluluk süresinin ileride alınabilecek cezadan düşülecek olması halinde, tutukluluk süresi uzadıkça cezanın önemi azalır. Üstelik isnat edilen suça verilecek 'cezanın ağırlığı' önemlidir ama cezanın ağırlığı salıverilme talebinin reddedilmesi için ayrı bir neden değildir. Bir başka deyişle isnat edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığı kendiliğinden sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutukluluğun devamını haklı kılmaz. Kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgâhı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, başka bir ülkeye geçerken kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurlar, incelenmesi gereken diğer unsurlardır (*Neumeister (esas hk)* (*hukuki gerekçe bölümü*, §10).

Yağcı ve Sargın – Türkiye davasında Mahkeme, başvurucların Türkiye'ye tamamen kendi istekleriyle dönmüş olduklarını ve cezai soruşturmaya uğrayacaklarını bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını kaydederek, başvurucların kaçma tehlikesi bulunduğu düşüncesiyle tutukluluklarının devamı konusunda karar verilmesini eleştirmiştir (*Yağcı ve Sargın*, §52).

Ayrıca, Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının son cümlesi, tutukluluğun tek dayanağının sanığın duruşmaya gelmeme tehlikesi olması halinde, kendisinden duruşmaya gelmesini güvence altına alacak bir güvence alınması koşuluyla, sanığın salıverilmesi gerekebilir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvence, maddi kaybın telafisi için değil ama özellikle sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için düşünülmüştür. O halde güvence miktarı, kural olarak, sanığın durumuna, sanığın malvarlığına ve güvenceyi sağlayacak olan kişilerle olan ilişkisine, bir başka deyişle, güvence veren ile sanık arasındaki güven ilişkisinin kendisinin duruşmaya gelmemesi durumunda güvence kayıp edileceğinden bunun kaçmaya karşı yeterince caydırıcı olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Mangouras [BD]*, §78). Yine Mahkeme'ye göre güvence, tutukluluğun devamını haklı kılın sebepler bulunduğu sürece istenebilir (*Musuc*, §42; *Aleksandr Makarov*, §139); daha hafif bir ceza verilebileceği ihtimali de düşünülerek kaçma tehlikesi güvence alınmak suretiyle kaldırılabilirse, sanık salıverilmelidir (*Vrencev*, §76). Yetkililer sanığın tutukluluğunun devamının zorunlu olup olmadığına karar verirken gösterdikleri özeni, uygun güvence miktarını belirlerken de göstermelidirler (*Iwanczuk*, §66; *Bojilov*, §60; *Skrobol*, §57; *Hristova*, §110; *Musuc*, §42; *Georgieva*, §30). Ayrıca güvence için belirlenen miktar, güvenceyle salıverme kararı güvence miktarını gerektirdiği şekilde haklı göstermeli ve başvurucların imkânlarını dikkate almalıdır (*Hristova*, §111). Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvence miktarı, kural olarak sanığın durumuna ve onun malvarlığına bakılarak değerlendirilmesi gerektiği halde, bazı koşullarda kendisine atfedilen kaybın miktarının da dikkate alınması makul görünmektedir (*Moussa [k.k.]*, no. 28897/95). Bu ilkeleri dikkate alan Mahkeme, Kasım 2002'de İspanya sahillerinde seyretmekte olan Prestige adlı geminin 70,000 ton fuil oil deşarj etmesi ve çevresel bir felakete sebebiyet vermesi üzerine açılan cezai soruşturma sırasında gemi kaptanın 83 gün tutuklu kalmasını ve 3 milyon Euro karşılığında güvence ile serbest bırakılmasını Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görmemiştir (*Mangouras [BD]*, §92).

Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi: Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi iç hukuklarda öngörülen bir tutuklama nedenidir. Yetkililer, şüpheliyi gözaltına aldıkları sırada henüz delillerin bütününe ulaşamamış olabilirler. Bu nedenle yetkililer, soruşturma devam ederken kişinin salıverilmesi halinde, henüz elde edilememiş delilleri yok edebileceği veya gizleyebileceği veya değiştirebileceği, tanıklara veya mağdur veya başkalarına baskı yapabileceği veya dışarıda olan suç ortaklarıyla işbirliği yapabileceği kaygısını taşıyabilirler. Ulusal mahkemeler de tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında “delil durumu” veya “dosyanın içeriği”, “soruşturmanın devam ediyor olması” gibi ifadelerle söz konusu tehlikenin varlığına işaret edebilirler.

Ne var ki, sanığın muhakemenin işleyişini engelleme tehlikesine soyut olarak dayanılmaz; bu tehlikenin varlığı maddi delillerle desteklenmelidir (*Becciev*, §59). Hakkında soruşturma başladığını bilen bir kişinin bir süre serbest bulunduktan sonra, delillere müdahale edebileceği düşüncesiyle tutukluluğunun devamına karar verilmesi, ikna edici görünmez. Soruşturmanın tamamlanamamış veya delillerin toplanamamış olması, başlangıçta bu tutuklama nedenine dayanılmasını haklı kılabilir; ancak soruşturma ilerledikçe, ifadeler alınıp doğrulandıkça, bu gerekçeyle kişiyi tutuklu tutmanın temeli kalmaz (*Clooth*, §43).

Organize suç örgütleriyle ilgili olaylarda, Mahkeme'ye göre tutuklu kişinin salıverilecek olması halinde tanıklara veya suç ortaklarına baskı yapma veya bir başka şekilde muhakemeyi engelleme tehlikesi, işin doğası gereği yüksek bir ihtimaldir. Bu durum, daha uzun bir tutukluluk dönemini haklı kılabılır; ancak zaman geçtikçe, başlangıçta gösterilen tutuklama nedenleri giderek konuyla daha az ilgili hale gelir ve tutukluluğun devamı için güçlü nedenler gerekir (*Celejewski, §37*).

Tekrar suç işleme tehlikesi: Mahkeme 'tekrar suç işlenmesinin önlenmesi' gerekcesiyle tutuklamayı, tutuklama nedenleri arasında kabul etmiştir (*Matznetter, hukuki gerekçe bölümü, §7*). Ancak bir olayda böyle bir tehlikenin varlığı ikna edici bir şekilde gösterilmelidir (*Clooth, §40*). Sanığın geçmişi ve kişiliği dikkate alınmalı, isnat edilen suç ile önceki suçların benzer nitelikte veya aynı ağırlıkta olup olmadığı incelenmelidir.

Buna göre sanığın cezalandırılabilir nitelikteki faaliyetlerini çok uzun bir süreden beri devam ettirmesi, mağdurların uğradığı kayıpların büyüklüğü, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemedeki tecrübe ve yeteneği, sanığın yeniden aynı tür suçları işlemeye başlayacağı konusunda haklı bir kaygı uyandırabilir. Mahkeme bunu izleyen kararlarında, sanığın salıverilmesi halinde kendisine isnat edilen ağır suçları işleyebileceğine inanmak için sebeplerin bulunması halinde, suçun önlemesi için tutukluluğun devamına karar verilebileceğini ima etmektedir. Ancak bu sebebe dayanan bir tutuklama ile 5(1)(c) bendindeki 'suçu engellemek üzere tutma' hükmüne dayanılarak özgürlükten yoksun bırakma arasında ayırım yapılabilir. Birincisinde, çok ciddi bir suç işlediğinden makul kuşku duyulan sanığın, diğer özel koşullarla birlikte, yargılama sırasında tutukluluğunun devam etmesi söz konusudur. İkincisinde ise bir ceza davasıyla bağlantılı olmaksızın önleyici genel bir tutma yetkisine dayanılarak bir kimsenin tutulması söz konusudur.

Başvurucunun daha önceden mahkûmiyetinin bulunması veya ikametgâhının, bir işinin veya ailesinin olmaması, yeni suçlar işleyeceği tehlikesinin bulunduğunu kanıtlamaz (*Sulaoja, §64*).

Kamu düzeninin bozulması: Kamu düzeninin bozulması tehlikesi, Mahkeme tarafından tanınmış başka bir tutuklama sebebidir. Mahkeme, istisnai hallerde, belirli suçların özel ağırlıkları ve bu suçlara toplumun tepkisi nedeniyle doğabilecek toplumsal huzursuzluğun, en azından belirli bir süre tutuklamayı haklı kılabileceğini kabul etmiştir (*Letellier, §51*). Ancak böyle bir tutuklama nedenine dayanılabilmesi için, olayda sanığın salıverilmesi halinde kamu düzeninin gerçekten bozulacağıın gösterilmesi gerekir. Bu tutuklama nedenine dayanılması başlangıçta haklı görülebilir ise de, belirli bir süre sonra ağırlığı yitirir.

Tutuklu işe özen gösterilmemesi

Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, tutuklu kimselerle ilgili olayların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında özel bir özen gösterilmesini gerektirmektedir. Hazırlık soruşturması süresinin şikâyet konusu olmadığı hallerde bile tutukluluk dönemi makul süreyi aşmamalıdır. Tutuklama hangi nedene dayanırsa dayansın ve soruşturma süresi ne kadar uzun sürerse sürsün, 5(3). fıkrası kendi sonuçlarını doğuran bağımsız bir hükümdür. Bir devletin az sayıda soruşturma görevlisinin bulunması veya yargıçların iş yükünün soruşturma sisteminin süratle işlemesine engel olması gibi sebepler, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde önemli olamaz (*Stögmüller, hukuki gerekçe bölümü, §5*).

Mahkeme *Toth – Avusturya* davasında 2 yıl bir ay tutuklu kalan ve işlediği suç nedeniyle dört yıl hapis cezasına mahkûm edilen başvurucunun, tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkemeler tarafından gösterilen sebepleri ilgili ve yeterli bulmuş-

tur. Ancak Mahkeme, tutuklu sanığın yargılanmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvuruçunun salıverilme taleplerinin karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını ve bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Toth, §74-77*).

Başvuruçunun 4 yıl on altı gün tutuklu kaldığı *Scott – İspanya* davasında Mahkeme, İspanya’da tecavüz suçundan yargılanan İngiliz vatandaşı başvuruçunun tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş, ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu “gerekli özen” testine tabi tutmuştur. Mahkeme, hiç de karmaşık olmayan bu olayda kamu makamlarının belgelerin çevrilmesi, diplomatik kanallardan iletilmesi, şikâyetçinin birçok kez davet edilmesi gibi sebeplerle meydana gelen gecikmeyi haklı bulmamış, tutuklu sanığın davasının görülmesinde “gerekli özeni” göstermedikleri için makul sürede salıverilme hakkına aykırılık bulmuştur (*Scott, §83*).

Mahkeme, işlediği çok sayıda hırsızlık suçlarından 2 yıl kadar tutuklu kalan 14 yaşındaki başvuruçunun tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili görmüş, ancak başvuruçunun yaşının küçüklüğü ve küçüklerin ancak istisnai hallerde tutuklanabileceği dikkate alındığında, yargılanmasına ‘gerekli özen’ gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalmış olmasını Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Assenov ve Diğerleri, §157*).

Mahkeme Türkiye ile ilgili davalarda da özen testini kullanmıştır. *Vajiç* davasında gözaltına alınıp tutuklanan başvuruçuyu aleyhine ancak altı ay sonra yasadışı örgüt üyeliği suçundan DGM’de dava açılmıştır. DGM başvuruçunun gözaltında işkence gördüğü şikâyetiyle ilgili olarak polisler aleyhine İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan dava dosyasını istemiş, ancak ceza mahkemesi 3 buçuk yıl sonra DGM’ye iddianameyi göndermiştir. Bu gecikme nedeniyle başvuruçuyu aleyhindeki davanın duruşmaları sürekli olarak ertelenmiş, başvuruçuyu 5 yıldan fazla tutuklu kaldıktan sonra salıverilmiştir. Mahkeme bu olayda tutukluluğa özen gösterilmediğini kabul ederek Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Vajiç, §38*).

Özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvurma hakkı

Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımadır. Bu fıkra, kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır.

Suç şüphesiyle gözaltına alınan bir kimse için Sözleşme’nin 5(3). fıkrasında öngörülen usul ile 5(4). fıkrasındaki yargılama usulü benzerlik gösterir, ancak farklı unsurlar içerirler. Sözleşme’nin 5(3). fıkrası sadece suç şüphesiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış olup salıverilmemiş kişilere otomatik olarak kullandırılması gereken bir hak içerir. Sözleşme’nin 5(4). fıkrası ise, her hangi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin sadece başvuruları halinde kullanabilecekleri bir hak tanıır. Öte yandan, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, genel olarak etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen Sözleşme’nin 13. maddesine göre özel hükümdür. Dolayısıyla Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının uygulanabilir olduğu olaylarda Sözleşme’nin 13. maddesi uygulanmaz.

Kişiye özgürlükten yoksun bırakan karar bir idari makam tarafından verilmişse, bu karara karşı iç hukukta bu fıkranın öngördüğü bir başvuru yolunun bulunması gerektiği açıktır. Bu nedenle Sözleşme’nin 5(4) fıkrası, kolluğun, bir suç şüphesiyle yakalama/gözaltı işlemine karşı uygulanabilir olduğu gibi, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki diğer

bentlerine göre, örneğin 5(1)(e) bendine göre tutulan ‘serserilere’ de uygulanır (*De Wilde, Ooms ve Versyp (esas hk), §72-74*). İdari bir kararla özgürlüğünden yoksun bırakılmış, örneğin gözaltına alınmış bir kişinin bir mahkemeye başvurma hakkı bulunmuyorsa, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiş olur.

Ayrıca bu başvuru yolunun varlığı yeterince belirgin, ulaşılabilir ve teoride olduğu kadar pratikte de etkili olmalıdır. Bu yolun pratikte etkili olduğunu kanıtlama yükü devletin üzerindedir (*Sakık ve Diğerleri, §53*). Kişi bu başvuru yolunu kullanmadan veya yaptığı başvuru sonuçlanmadan salıverilmiş ise, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasındaki hakkın ihlal edilip edilmediği incelenmeyebilir (*Fox, Campbell ve Hartley (esas hk), §44-45*). Öte yandan çeşitli yerlerde işlediği suçlardan tutulan bir kişinin salıverilme taleplerinin başvurduğu mahkemeler tarafından kişi başka bir yere nakledildiği için talebinin konusuz kaldığı gerekçesiyle reddedilmesi, mevcut başvuru yolunun etkili bir şekilde kullanılabilmesi sonucunu doğurur (*R.M.D. – İsviçre, §52*).

Kişiyi özgürlükten yoksun bırakan karar bir yargısal makam tarafından verilmiş ise, kural olarak Sözleşme’nin 5(4). fıkrası uygulanmasına gerek yoktur. Gerçekten bir mahkemenin verdiği, örneğin belirli bir hapis cezasına mahkûmiyet kararında veya bir tutma kararında veya bir tutuklama kararında, kişiyi özgürlükten yoksun bırakmanın hukukilik denetiminin yapıldığı varsayılır. Başka bir anlatımla bu fıkranın öngördüğü usul, mahkeme kararında içselleştirilmiştir (*De Jong, Baljet ve Van Den Brink, §55-59; Van Droogenbroeck, §44-45; ve Gavril Yosifov, §57*).

Fakat başlangıçtaki hapsedme ve tutuklama dâhil, bir tutma kararının mahkeme tarafından verilirken hukukilik denetiminin yapılmış olması, artık bir kez daha denetim yapılmayacağı anlamına gelmez. İlk tutma kararı bir mahkeme kararı olsa bile, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, belirli bir süre geçtikten sonra, makul aralıklarla, bu tutmanın hukukilik açısından denetlenmesini gerektirebilir. Özellikle tutuklananların ve tutma sebebi zamanla değişebilecek olan kişilerin durumları yeniden hukukilik denetimi yapılmasını gerektirir. Bir başka deyişle, ne zaman bir tutmanın hukukiliğini etkileyen yeni bir mesele doğarsa, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası yeniden uygulanabilir hale gelir (*Svetoslav Dimitrov, §67*). Ayrıca Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, Sözleşmeciler Devletleri salıverilme başvurularını inceleyecek ikinci derece yargı yerleri kurmaya, yani itiraz veya temyiz yolu açmaya zorlamamaktadır. Ama böyle bir sistem kuran bir devlet, tutulanlara ilk derecede sağladığı güvenceleri kural olarak üst başvuru sırasında da sağlamak zorundadır (*Toth, §84; Rutten, §53; ve Lanz, §42*).

Bu fıkradaki başvuru hakkı dört unsur içermektedir: İlk olarak söz konusu başvuru bir ‘mahkeme’ tarafından görülmelidir. İkinci olarak, inceleme tutma tedbirinin ‘hukukiliği’ konusunda olmalıdır. Üçüncü olarak, yargılama ‘süratle’ ve nihayet, ‘makul aralıklarla’ yapılmalıdır. Bu unsurlardan birini taşımayan bir denetim, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasını ihlal eder.

İncelemenin mahkeme tarafından yapılması

Sözleşme’nin 5(4). fıkrasına göre özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi ‘mahkeme’ye başvurabilmelidir. Sözleşme’nin 5(4). fıkrasında geçen ‘mahkeme’nin, ülkenin yargısal sistemiyle bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkeme olması zorunlu değildir (*X. – Birleşik Krallık (Esas hk), §53*). Buradaki ‘mahkeme’ kelimesi, en önemli unsuru yürütme organından ve taraflardan bağımsızlık gibi, sadece ortak bazı temel özellikler gösteren organları değil, fakat aynı zamanda, söz konusu özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun, bir hukuk sisteminden diğerine geçişebilen ‘yargısal usul güvenceleri’ tanıyan organları da ifade etmektedir (*De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk), §76, 78*). Buna

ek olarak, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının da açıkça gösterdiği gibi, söz konusu organ, sadece danışmanlık görevine sahip olmakla kalmamalı, fakat tutmanın 'hukukiliği' hakkında 'karar' verme ve tutma hukuki değilse, salıverme yetkisine sahip olmalıdır (*Weeks, §61*).

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında sözü edilen denetim her zaman Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının medeni/idari veya cezai davalar için gerektirdiği güvenceleri içermesi gerekmez, çünkü bu iki hükmün amacı farklıdır (*Reinprecht, §39*). Ancak Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının öngördüğü inceleme veya yargılamanın da yargısal bir nitelik taşıması ve ilgili kişiye söz konusu özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun güvenceler tanınması gerekir (*Nikolova, §58; D.N. – İsviçre [BD], §41*). Bu hukukilik denetiminin yeterli güvenceler sağlayıp sağlamadığını belirleyebilmek için, denetimin yer aldığı özel koşulların göz önünde tutulması gerekir (*Megyeri, §22*). Her halükarda bu denetim, adil yargılamanın gereklerini mümkün olan en geniş ölçüde içermelidir (*Lietzow, §44; ve Schöps, §44*).

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki hukukilik denetimi kavramından doğal olarak çıkan ilk temel güvence, tutmaya karşı başvuruyu inceleyen yargıç tarafından etkili bir şekilde dinlenme hakkıdır. Tutulan birey, özellikle kişiliğinin, olgunluk düzeyinin, güvenilirliğinin, akıl sağlığının veya tehlikeliliğinin değerlendirileceği hallerde dinlenmelidir. Bir kimse Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamında bir suç şüphesiyle tutulmuş ise, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bir duruşma yapılmasını gerektirir (*Kampanis, §47; ve Wloch, §126*). Duruşma çekişmeli olmalıdır; bu durumda normal olarak kişi hukuken temsil edilebilmeli ve gerekirse tanık çağırabilmeli ve sorgulayabilmelidir (*Hussain, §60; ve Singh, §68*).

Toth – Avusturya davasında başvurucunun salıverilme talebinin reddine karşı itirazın görüşüldüğü Üst mahkeme önündeki yargılama sırasında başvurucu veya müdafii bulunmadığı halde bir savcı bulunmuş ve mahkemenin sorularına yanıt vermiştir. Mahkeme izlenen bu usulde çekişmeli yargılama ilkesine aykırılık görmüş ve 5(4). fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Toth, §84*). *Kampanis – Yunanistan* davasında, tutuklu bulunan başvurucunun salıverilme talebine karşılık iddia makamının görüşünün alınmasından sonra başvurucudan görüş alınmamıştır. Mahkeme'ye göre başvurucuya tutukluluk yargılamasına katılma bakımından yeterli bir imkân verilmemiş ve böylece silahlarda eşitlik ilkesine aykırılık oluşmuş ve 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir (*Kampanis, §58*). *Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan* davasında Mahkeme, başvurucunun salıverilme talebinin duruşma yapılmadan, başvurucu dinlenmeden ve dosya üzerinden incelenmiş olmasını Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırı bulmuştur (*Assenov ve Diğerleri, §162-164*).

Mahkeme Türkiye'de, basmakalıp ifadelerle verilen tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı itirazın başarı şansı bulunmadığını ve ayrıca tutuklamaya itirazı inceleme usulünün çekişmeli olmadığını ve duruşma yapılmaksızın karar verildiğini tespit etmiştir (*Koştı ve Diğerleri, §22*). Mahkeme daha önce de Türk hukukundaki gözaltına itiraz yolu kullanılmak suretiyle kişinin gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun denetimi veya salıverilmesi için Anayasa'nın 19(8). fıkrasının veya Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereği gibi kullanabildiğine ilişkin herhangi bir örnek bulunmadığını tespit etmiş ve ÖNEMLİ KARARLARın bulunmayışının uygulamada bu başvuru yolunun kesin olmadığını gösterdiği sonucuna varmıştır (*Sakık ve Diğerleri, §53*).

Tutmayla ilgili bir hukuki denetim esnasında, taraflar arasında, yani savcı ile tutulan kişi arasında silahlarda eşitlik bulunmalıdır (*Nikolova, §58; ve Wloch, §126*). Silahlarda eşitlik bulunmasının en önemli sonuçlarından biri, soruşturma dosyasına ulaşabilme hakkıdır. Savcının beyanlarına veya görüşlerine etkili bir şekilde karşı çıkabilme imkânı, kural olarak, savunma tarafının bu belgelere ulaşması halinde mümkündür. Bir tutuklamanın gerekliliğini değerlendirme ile daha sonra suçluluğun takdiri meselesi, birincisinde

hukuken reddedilen ikincisinde ise hukuken gerekli olan belgelere ulaşmak bakımından birbirleriyle yakından bağlantılıdır (*Lamy*, §29). Ulusal makamlar bu şartı çeşitli yollardan yerine getirebilirler, fakat hangi yöntem seçilirse seçilsin, bu yöntemde savunma tarafı dosyaya giren beyanlardan haberdar olmalı ve bu beyanlara karşı yorumda bulunabileceği gerçek bir fırsata sahip bulunmalıdır (*Lietzow*, §44; ve *Schöps*, §44; *Garcia Alva*, §39; *Altınok*, §59).

Soruşturmanın gizliliğine zarar verebileceği gerekçesiyle, tutuklanması için yargıç önüne çıkarılan veya tutukluluğa itirazda bulunan şüpheliye veya müdafisine soruşturma dosyasının incelettilmemesi ve belgelerin birer kopyalarının verilmemesi, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasını ihlal edebilir.

Lamy – Belçika davasında tutuklu başvuruçunun avukatı, tutukluluğunun ilk otuz gününde tutuklama kararı dışında soruşturma dosyasını inceleyememiş, tutukluluğa itiraz aşamasında da dosyayı inceleme fırsatı verilmemiştir. Mahkeme'ye göre bu davada çekişmeli yargılama ilkesi ihlal edilmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, tutuklama ve tutukluluğa itiraz aşamalarında başvuruçunun avukatına kovuşturmanın dayanağı olan dosyadaki beyanlara karşı etkili bir biçimde itiraz etme olanağı tanınmamış olmasını dikkate almıştır. Oysa iddia makamı, her hangi bir kısıtlama olmaksızın dosyanın bütününe erişebilmektedir (*Lamy*, §29).

Soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi ve şüphelinin delilleri karartmasını önleme amacı, bazı delillerin gizli tutulmasını gerektirebilir. Ancak bu meşru amaç, savunma haklarının esaslı bir şekilde kısıtlanması pahasına gerçekleştirilemez. Bu nedenle soruşturmanın gizliliğine zarar vereceği gerekçesiyle tutuklama ve tutuklamaya itiraz aşamasında tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgilerin savunma tarafına verilmemesi, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırılık oluşturabilir.

Garcia Alva – Almanya davasında uyuşturucu ticareti konusunda yapılan bir soruşturma sırasında tanık K.'nin birçok kişiyle birlikte başvuruçuya da suç atfeden ifadesi üzerine başvuruçuyu gözaltına alınmış, genel ifadelerle şüphe sebepleri ve aleyhindeki deliller ile tutma sebepleri bildirilmiştir. Daha sonra müdafisinin talebi üzerine başvuruçunun gözaltındaki ifadelerinin ve başvuruçunun oturduğu yerde yapılan arama tutanağının ve yakalama emrinin birer örneği verilmiş, ancak savcı, başvuruçunun müdafisinin soruşturma dosyasını ve özellikle tanık K.'nin ifadelerini inceleme talebini reddetmiştir. Başvuruçunun hakkında tutuklama kararı veren mahkeme, soruşturma dosyasının içeriğine ve özellikle tanık K.'nin ifadelerine dayanarak, başvuruçunun hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunduğu sonucuna varmış ve tutuklama kararı vermiştir. Başvuruçunun tutuklamaya itiraz başvuruları üst mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, tutuklama ve tutukluluğun devamına dair kararlarda soruşturma dosyasının ve özellikle tanık K.'nin ifadesinin kilit bir rol oynadığını tespit etmiş ve savcı ile yerel mahkeme dosyanın tamamına vakıf oldukları halde başvuruçunun veya müdafisinin dosya içeriğine vakıf olamadıklarını ve sonuç olarak savcının ve yerel mahkemenin görüşlerine yeterince itiraz etme imkânı bulamadıklarını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi, şüphelilerin delilleri karartmalarını önlemek için bazı deliller gizli tutulabilir. Ancak bu meşru amaç, savunma hakkına önemli ölçüde zarar verici bir şekilde gerçekleştirilemez. O halde tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgiler uygun bir tarzda şüphelinin müdafisine verilmiş olmalıdır. Olayda bu yapılmadığından Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir (*Garcia Alva*, §42-43).

Erkan İnan – Türkiye davasında başvuruçuyu 12 Ocak 2005'te yakalanmış ve evi aranmış, 13 Ocakta kendi seçtiği müdafiden yararlanmış, aynı gün savcının talebi üzerine hâkim (eski) CMUK'nun 143. maddesi uyarınca soruşturma dosyasının gizliliğine karar

vermiştir. 14 Ocakta başvuru, önce savcının önünde sonra yargıç önünde susma hakkını kullanmış, yargıç, ‘isnat edilen suçun niteliği’, ‘delil durumu’ ve ‘kaçma tehlikesi bulunduğu’ gerekçesiyle başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucunun müdafisi 8 Mart 2005’te savcından soruşturma dosyasının bir kopyasını istemiş, savcı önceki kısıtlama kararına dayanarak talebi reddetmiş, müdafinin dosyaya ulaşma hakkına getirilen kısıtlama kararının kaldırılması için yaptığı başvuru, 10 Mart 2005’te mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yine başvuru 8 Martta müdafisi vasıtasıyla salıverilme talebinde bulunmuş, bu talebi 9 Martta yargıç tarafından reddedilmiş, yargıçın kendisini dinlemeden ve gerekçesiz olarak talebini reddettiği şikâyetiyle 14 Martta başvurunun bu karara itirazı 16 Martta reddedilmiştir. Mahkeme bu başvuruyu Sözleşme’nin 5(4). fıkrası açısından incelemiştir. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası gereğince tutukluluğa itiraz muhakemesi çekişmeli olmalı ve iddia makamı ile tutuklu arasında ‘silahların eşitliği’ sağlanmalıdır (*Schöps, §44; Lietzow, 44; Garcia Alva, 39; ve Svipsta, §129*). Müdafie, müvekkilinin tutulmasının hukukiliğine etkili bir şekilde itirazda bulunabilmesi için önem taşıyan dosyadaki belgelere ulaşma imkânı verilmemesi halinde, silahların eşitliği ilkesi sağlanmış olmaz (*Mooren [BD], §124-125; Bağrıyanık, §51; Lamy, §29; Nikolova [BD], §58; Schöps, §44; Shishkov, §77; ve Svipsta, §129*). Mahkeme, mevcut olayda ulusal mahkemenin tutukluluğa itirazı inceleme sırasına duruşma yapmadığını ve başvuruca dinlemediğini, başvurunun müdafisinin dosyaya ulaşmadığını ve dolayısıyla bu muhakemenin çekişmeli olmadığını ve savcı ile tutuklu arasında ‘silahlarda eşitlik’ sağlamadığını kaydetmiş, Sözleşmenin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Erkan İnan, §31-32*).

Fakat Mahkeme, kovuşturma aşamasında tutukluluğun denetlendiği her incelemede bir duruşmanın yapılmasının şart olmadığını, böyle bir koşulun ceza yargılamasını felce uğratabileceğini de belirtmiştir (*Altınok, §54*). Bunun nedeni, birçok ceza yargılama sisteminde tutukluluğa itiraz imkânının sınırsız olarak kullanılmasının mümkün olması ve soruşturmadan farklı olarak kovuşturma aşamasında tutukluluğun belirli sürelerle re’sen incelenmesidir.

Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, salıverme talebinin reddi kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmektedir. Bu fıkra yargıcı başvuranın sunduğu bütün gerekçeleri ayrıntılı bir şekilde yanıtlamakla yükümlü tutmamaktadır. Bununla birlikte yargıcın iç hukuka ve uygulamaya dayanarak, tutulan kişinin dile getirdiği ve Sözleşme’nin 5(1). fıkrası anlamında özgürlükten yoksun bırakmanın ‘hukukiliği’ ile ilgili esaslı koşulların varlığını kuşkuya düşüren somut olayları görmezden gelmesi veya ilgisiz kalması halinde, bu fıkradaki güvenceler özünden yoksun kalır (*Nikolova [BD], §61*).

Denetimin tutmanın hukukiliği konusunda yapılması

Sözleşme’nin 5(4). fıkrasındaki ‘hukukilik’ kavramı, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukukilik’ ile aynı anlama gelmektedir (*Ashingdane, §52*). Gözaltına alınan veya tutulan kişiler, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası gereğince, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukukiliğin’ gerektirdiği önemli maddi ve usul şartları açısından tutulmalarının incelenmesini isteme hakkına sahiptirler (*Brogan ve Diğerleri, §65*). Bu inceleme, tutmanın hukuka aykırı olduğunun kanıtlanması halinde tutmayı sona erdirecek süratli bir yargısal kararla sonuçlanabilmelidir (*Baranowski, §68*). Bu nedenle, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası, tutulan kişinin başvurusu üzerine bir mahkeme tarafından ‘hukukilik’ denetiminin ya da yargılamasının yapılmasını gerektirmektedir.

Bir suç şüphesiyle tutuklanan kişinin salıverilme talebi üzerine ulusal mahkeme tarafından yapılan denetim, başvuruca aleyhinde tutuklamayı gerektiren bir suç isnadının varlığını tespit etmekle kalmamalı, bu isnadın ‘makul kuşku’ şartını taşıyıp taşımadığını

belirleyebilmelidir (*Nikolova [BD], §61*). Ayrıca, başvuru tutuklama nedenlerinden kaçma veya soruşturmayı engelleme tehlikesinin bulunmadığını savunurken ileri sürdüğü somut olayların tutmanın denetimini yapan yargıç tarafından dikkate alınmaması, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının aradığı nitelikte ve kapsamda bir yargısal denetim yapıldığı anlamına gelir (*Nikolova [BD], §61*).

Sınırdışı etme veya geri verme kararı amacıyla tutulan kişiler de tutulmalarının hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkına sahiptirler. Bu başvuru üzerine mahkeme, sınırdışı etme veya geri verme kararını esaslan inceleme yetkisine sahip olmayabilir, ancak sınırdışı etme veya geri verme kararının yerine getirilmesine kadar kişinin 'tutulmasının hukukiliğini' denetleme yetkisine sahip olmalıdır. Mahkeme, geri verilecek başvuru tutulmasıyla ilgili belgelerin gizliliği nedeniyle başvuru mahkeme tarafından incelenmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Chahal, §128-133*). Mahkeme, Türk hukuk sisteminde sınırdışı edilmek üzere tutulan başvuru tutulanlar, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası anlamında, tutulmalarının hukukilik denetimini yaptırabilecekleri bir yol sağlanmadığı sonucuna varmıştır (*Abdolkhani ve Karimnia, §142*).

Muhakemenin süratle yapılması

Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, tutulmanın hukukiliği hakkında 'süratle' bir yargısal karar verilmesini ve hukuka aykırı ise tutulmanın sona erdirilmesini gerektirmektedir (*Musial, §43; Rehbock, §84*).

Hukukilik denetiminin ulusal makamlar tarafından 'süratle' yapılıp yapılmadığını tespit için, önce salıverilme talebinin incelenme süresinin belirlenmesi gerekir. Bu süre, kural olarak salıverilme talebinin yapıldığı tarihte başlar. Ancak bireyin başvuru yapabilmek için, örneğin gözaltı süresinin sona ermesini bekleme zorunluluğu, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasını ihlal edebilir (*İğdeli, §34*). Hukukilik denetimi için ulusal mahkemeden önce, bir idari makama başvurmak gerekiyorsa, incelenme süresi başvurunun idari makama yapıldığı anda başlar. Bu süre, başvuru salıverilme talebiyle ilgili kararın başvuru veya avukatına tebliğine kadar (*Singh, §74; Şevk, §38*) devam eder. Hukukilik incelemesinin süratle incelenip incelenmediği sorunu, daha çok suç şüphesiyle tutulan kişiler ile akıl hastalığı nedeniyle tutulan kişilerin salıverilme taleplerinin incelenmesi bakımından ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme, tutuklu bir başvuru salıverilme talebinin beş buçuk ay sonra karara bağlanmasını (*Bezicheire, §22-26*), bir başka olayda başvuru salıverilme talebinin 23 gün sonra karara bağlanmasını (*Rehbock, §85-86*), bir başka olayda tutuklamaya itirazın 41 gün sonra karara bağlanmasını (*Şevk, §40*) Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının aradığı 'süratli'lik şartına aykırı görmüştür. Öte yandan bir başka olayda, öldürmeye azmettirme suçundan tutuklu bulunan başvuru altı defa yaptığı salıverilme talebi, sekiz gün ile yirmi gün arasında değişen sürelerle sonuçlanmış, ancak başvuru ikinci talebi hakkında kesin karar on üç ay üç hafta sonra verilmiştir. Mahkeme bu incelemenin süresini kuşkuyla karşılamakla birlikte, başvuru her zaman yeni bir talepte bulunabilmesini ve diğer talepler hakkında kısa sürede karar verilmiş olmasını dikkate alarak, olayda dördüncü fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Letellier, §56*). Bir başka olayda, silahlı soygun suçundan tutuklu başvuru üçüncü salıverilme talebinin reddine ilişkin karara karşı Üst Mahkemede yaptığı itiraz yedi ay sonra sonuçlanmıştır. Mahkeme, başvuru bu olayda süratli inceleme yapılmadığı şikâyetini reddederken, sürenin uzunluğundan kuşku duymakla birlikte, başvuru iç hukuka göre her zaman yeni bir salıverilme talebinde bulunabileceğini dikkate almıştır (*Navarra, §29*).

Hukukilik denetiminin makul aralıklarla yapılması

Sözleşme'nin 5(4). fıkrası tutmayı haklı kılan faktörlerin zamanla değişebilecek olması halinde, 'makul aralıklarla' yapılan salıverilme başvurularının incelenmesini güvence altına almaktadır. Mahkeme'ye göre özellikle akıl hastalarının ve tutukluların durumlarında değişiklik olabileceğinden, tutulmaları düzenli olarak incelenmelidir. Başvurucunun salıverilme talebini içeren başvuruları, yetkililerinin tutukluluğun devamına ilişkin Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince re'sen yaptıkları denetimden bağımsız olarak incelenmelidir (*Rehbock, §87*). Ancak, Mahkeme'ye göre, bir tutmanın bir mahkeme tarafından otomatik bir şekilde düzenli olarak denetiminin yapıldığı bir sistemin, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerine uygunluğu sağlama ihtimali gözden uzak tutulamaz (*Megyeri, §22; ve Egmez, §94*).

Mahkeme'ye göre tutuklamanın niteliği, kısa aralıklarla denetim yapılmasını gerektirmektedir. Sözleşme'de (md. 5(3)), tutuklamanın kesinlikle sınırlı bir süre olması şeklinde bir varsayım yer almaktadır; çünkü esas itibarıyla tutuklamanın varlık nedeni, süratle yapılması gereken bir soruşturmanın gerekleriyle ilgilidir. Örnek olarak tutukluluk konusunda bir aylık aralık, makul bir aralıktır (*Bezicheri, §21*).

İç hukuk, tutuklu bir başvurucunun salıverilme talebinde bulunma sayısını sınırlıyorsa, bu durum Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından bir sorun oluşturur. *Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan* davasında Mahkeme, başvurucunun 2 yıl tutuklu kaldığı halde sadece bir kez salıverilme talebinde bulunabilmesini, hukukiliğin makul aralıklarla denetimi şartına aykırı görmüş ve Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Assenov ve Diğerleri, §164*).

Kişi özgürlüğüne aykırılık nedeniyle tazminat hakkı

Sözleşme'nin 5(5). fıkrası, 5(1) – (4). fıkra hükümlerinden birinin ihlalden mağdur olan kişilerin iç hukukta tazminat alabilmelerini öngörmektedir. Sözleşme'de kişi özgürlüğünün ihlali dışında başka bir hakkın ihlali halinde bireye iç hukukta tazminat hakkı tanıyan özel bir hüküm yoktur.

Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ancak, 5(1), (2), (3) ve (4). fıkra hükümlerinden birinin ihlali halinde uygulanabilir (*N.C. – İtalya [BD], §49*). Ama Sözleşme'nin 5(1) – (4). fıkra hükümlerinden birinin ihlal edildiği her olayda 5(5). fıkrası da doğrudan ihlal edilmiş olmaz. Bu fıkralardaki şartları etkileyen bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için tazminat almak üzere başvurma imkânının bulunması halinde, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasına uygunluk sağlanmış olur (*Wassink, §38*). O halde Sözleşme'nin 5(5). fıkrasındaki tazminat hakkı, ulusal bir makam veya Sözleşme organları tarafından tespit edilen bir ihlalin mevcudiyetini varsayar (*Somogyi, §27*).

Ulusal makam Sözleşme'nin 5(1) – (4). fıkra hükümlerinden birinin veya bu hükümlere karşılık gelen bir iç hukuk hükmünün ihlalinin tespit etmemiş ise, tazminata da hükmetmeyecektir. Ulusal makamların iç hukuka uygun buldukları bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirine karşı iç hukukta tazminat talebiyle başvurunun başarı şansı da yoktur. Eğer aynı özgürlükten yoksun bırakma tedbiri Mahkeme tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunmuş ise, iç hukukta tazminat bulunmaması Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının da ihlaline yol açar (*Sakık ve Diğerleri, 58-61; ve Sevgin ve İnce, §75*).

Kuşkusuz Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için, başvurucunun 5(5). fıkranın da ihlal edildiğine dair talebinin bulunması gerekir. Ne var ki başvurucuların 5(5). fıkranın ihlal edildiğine karar verilmesini talep etmekten çok, zararlarının Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince tazmin edilmesiyle ilgilendikleri anlaşılmaktadır.

ÖNEMLİ KARARLAR

MADDENİN UYGULANABİLİRLİĞİ

08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA

◆ *özgürlükten yoksun bırakma - asker kişilere uygulanabilirlik* (Sözleşme'nin 5. maddesinin asker kişilere uygulanabilir olup olmadığı), *askeri disiplin cezaları* (askeri disiplin cezalarının özgürlükten yoksun bırakma oluşturup oluşturmadığı) ■ kişi özgürlüğü - uygulanabilirlik

DAVANIN ESASI

Başvurucular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvuruda buldukları sırada Hollanda ordusunda farklı rütbelerde mecburi askerlik görevlerini yapan kişilerdir. Başvuruculara ayrı olaylarda askeri disipline aykırı davrandıkları gerekçesiyle üstleri tarafından çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

A. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının tek başına ihlali iddiası

Başvurucuların hepsi, kendilerine verilen disiplin cezalarının ve uygulanan tedbirlerin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme önce, Sözleşme'nin 5. maddesinin asker kişilere de uygulanabilir olup olmadığını incelemiştir.

1. Askerlik hizmeti bağlamında kişi özgürlüğü

[57-59]: Mahkeme'ye göre, askeri disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine koyulamayacak sınırlamaların silahlı kuvvetler mensuplarına koyulabilmesine imkân verir. Askeri disiplin sisteminin varlığı, kendiliğinden Sözleşmeciler Devletlerin yükümlülüklerine aykırı düşmez. Bununla beraber askeri disiplin, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının kapsamı dışında da değildir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, 1. ve 14. maddelerle birlikte yorumlanmalıdır. Ayrıca Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında gösterilen özgürlükten yoksun bırakma şartları sınırlı sayıda; bu fıkradaki 'aşağıdaki haller dışında' ifadesi, özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, bir disiplin cezası veya tedbiri, sonuç olarak, 5(1). fıkrasını ihlal edebilir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, kişi özgürlüğü terimini kullanırken, bu terimi klasik anlamıyla, yani kişinin fiziksel özgürlüğü biçiminde düşünmüştür. Bu fıkranın amacı, bir kimseyi keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu fıkranın, Dördüncü Protokol'ün 2. maddesindeki sadece seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum, 5. maddede 'özgürlükten yoksun bırakma', 'gözümlü alma'; 'tutma' terimlerinin kullanılmasından da anlaşılmalıdır. Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken, kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır. Askerlik hizmetleri, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendinde açıkça öngörüldüğünden, kendiliğinden Sözleşme'deki kişi özgürlüğüne aykırı düşmez. Ayrıca, askerlik hizmetlerinin gerekleri, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilir ve bu suretle getirilen kısıtlamalar 5. madde kapsamına girmez.

Her devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkili olup, bu işlemi yaparken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 5. maddesinin devletlerden aşmamalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma oluşturabilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişilere uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma niteliğine sahip olmayabilir. Bununla beraber bu tür bir ceza veya tedbir, Sözleşmeciler Devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini aldığı anda, Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinden kurtulamaz. Bunun böyle olup olmadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle Mahkeme, asker kişilerin bakımından 5. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

2. Mevcut davada özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı sorunu

[60-66]: Mahkeme daha sonra, başvurucular hakkında verilen cezaların ve uygulanan tedbirlerin kişi özgürlüğüne müdahale, yani özgürlükten yoksun bırakma oluşturup oluşturmadığını incelemiştir.

Mahkeme'ye göre, üç dört günlük hafif göz hapsi, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz; çünkü bu cezayı alanların mesai saatleri dışında askeri binalarda kalma zorunlulukları varsa da, bu kişiler kilit altında tutulmamakta ve görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Bu kişiler az veya çok askeri yaşamın olağan sistemi içinde kalmaya devam etmektedirler.

Mahkeme'ye göre, sıkı göz hapsi, kışla içinde belirlenmiş bir alanda bulunma şeklinde uygulanmaktadır. Bu kişiler, kantine, tesis içindeki sinemaya veya gezinti yerlerine gidememektedirler. Ancak bu kişiler de kilit altında değildir. Başvuruculardan birine verilen 12 günlük sıkı göz hapsi de özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz.

Mahkeme'ye göre, 1974 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış olan ağır göz hapsi alan astsubay ve erler, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutulmaktadırlar; dolayısıyla normal görevlerini yerine getirememektedirler. Bu nedenle ağır göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaktadır.

Mahkeme'ye göre, birinci başvurucuya uygulanan geçici hapislik, iki gün gibi kısa sürmesine rağmen, ağır göz hapsi ile aynı şartları içerdiğinden, özgürlükten yoksun bırakma sayılır.

İki başvurucuya uygulanan ve 1974'te kaldırılan disiplin odasında hapislik, Hollanda ordusunda uygulanan disiplin cezaları içinde en ağır olanıdır. Bu ceza, erlere, bir disiplin davasından sonra verilmektedir. Bu ceza, Ceza Kanunu'na göre mahkûm olanlar ile birlikte tutulma şeklinde infaz edilmektedir. Kendileri bir ay veya daha fazla süreyle binayı terk edememektedirler. Bu ceza, üç aydan altı aya kadar sürebilmektedir. Süre bakımından diğer cezalara göre daha fazladır. Ayrıca bu cezayı alan iki başvurucu, geceleri bir odada kilit altında tutulmuşlardır. Bu nedenle, bu ceza da özgürlükten yoksun bırakma oluşturur.

Öte yandan iki başvurucuya, söz konusu disiplin odasında hapislikten önce, yaklaşık bir ay kadar sıkı göz hapsi uygulanmış olup, bu özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz. Mahkeme, başvuruculardan Engel ile van der Wiel'e uygulanan hafif göz hapsi, Wit'e uygulanan sıkı göz hapsi, Dona ve Schul'a uygulanan geçici hapisliğin, kişi özgürlüğüne müdahale, yani özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaması nedeniyle, bunları daha fazla incelemeye gerek görmemektedir. Öte yandan, başvurucu Engel'e uygulanan iki günlük geçici hapislik, kendisine verilen ve Yüksek Askeri Mahkeme tarafından onanan iki günlük ağır göz hapsi cezası yerine sayılmıştır. Bu son geçici hapislik ile disiplin odasında hapis cezaları kişi özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır.

YAKALAMA/GÖZALTI

01.07.1961 332/57 LAWLESS - İRLANDA

◆ *gözaltı süresi* (olağanüstü halde 5 ay süren gözaltı), *gözaltı sebebi* (daha önce IRA üyesi olan başvurucuyu, yetkili makamların önüne çıkarma amacı olmaksızın suç işlemlerini engellemek için tutma), *haklardan yararlanamayacağı itirazı* ■ *kişi özgürlüğü* - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözaltı - suç işlemlerini engellemek üzere tutma - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözaltı - hakları kötüye kullanma yasağı - olağanüstü hal

DAVANIN ESASI

1936 doğumlu olan başvurucu Bay Lawless, İrlanda vatandaşı olup, Dublin’de ikamet eden bir inşaat işçisidir. Başvurucu, Ocak 1956’da İrlanda Cumhuriyetçi Ordusuna (‘IRA’ya) üye olduğunu, Aralık 1956’da ayrıldığını söylemiştir.

Başvurucu, ilk kez 21 Eylül 1956’da silahlarla birlikte yakalanmış, Ekim 1956’da beraat etmiştir. Başvurucu, 14 Mayıs 1957’de yasadışı faaliyetlerde bulunma kuşkusuyla gözaltına alınmış; üzerinde Kuzey İrlanda’daki sınır postanelerine saldırı için hazırlanmış ‘sızma, imha ve tahrip’ yazılı bir kroki bulunmuştur. Başvurucu, 16 Mayıs 1957’de önüne çıkarıldığı yargıç tarafından suç sayılan doküman bulundurma suçundan bir ay hapis cezasına mahkûm edilmiş, yasadışı bir örgüt olan IRA’ya üye olmaktan ise beraat ettirilmiştir. Başvurucu cezasını çektikten sonra 16 Haziran 1957’de tahliye edilmiştir.

Başvurucu, 11 Temmuz 1957’de İngiltere’ye gidecek bir gemiye binerken ikinci kez gözaltına alınmıştır. Önce, yasadışı bir örgüt olan IRA’ya üye olma kuşkusuyla 24 saat gözaltında tutulmuştur. Başvurucunun gözaltı süresi Başkomiser tarafından 24 saat daha uzatılmıştır. Ancak bu ek süre dolmadan, bir yargıç önüne çıkarılmadan süresiz olarak tutma yetkisi veren 1940 tarihli yasaya göre Adalet Bakanının emriyle gözaltında tutulmaya başlanmıştır.

Aynı yasa, bu yasaya göre gözaltında tutulan bir kimseye yine aynı yasayla kurulan bir Gözaltı Komisyonuna başvurma hakkı vermektedir. Bu komisyon, biri subay, diğer ikisi avukat veya yargıç üç kişiden oluşmaktadır. Komisyon gözaltında tutulan kişinin tutulmasının devamında hiçbir makul neden bulunmadığını bildirmesi halinde, kişinin mümkün olan en kısa süre içinde salıverilmesini öngörmektedir.

17 Temmuz 1957’de Lawless’e, ‘İrlanda Anayasası’na ve yasalarına saygılı olacağını’ ve ‘1939 tarihli Devlete Karşı Suçlar Yasasına göre yasadışı örgütlere üye olmayacağını ve yardımda bulunmayacağını’ yazılı olarak taahhüt etmesi halinde salıverileceği bildirilmiştir. Lawless, böyle bir taahhütname vermeyi reddetmiştir. 20 Temmuz 1957’de İrlanda Dışişleri Bakanı, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine gönderdiği mektupta, 1940 tarihli Yasanın 8 Temmuz 1957’de yürürlüğe koyulduğunu, bu yasanın özel gözaltına alma ve tutma yetkileri verdiğini, bu hükümlerin Sözleşme’nin yüklediği yükümlülükleri askıya almayı içerebileceğini belirterek, Sözleşme’nin 15(3). fıkrasına göre Avrupa Konseyi’nin bilgilendirildiğini söylemiştir.

Lawless, 8 Eylül 1957’de gözaltında tutulması hakkındaki kararın 1940 tarihli yasanın 8. maddesine göre düzenlenen Gözaltı Komisyonu tarafından incelenmesi için başvurmuştur. Lawless, 17 Eylül 1957’de bu Komisyon önüne çıkmış ve avukatları tarafından temsil edilmiştir. İlk kez toplanan Gözaltı Komisyonu, bazı usul hükümlerini kabul etmiş ve toplantıyı 20 Eylül’e ertelemiştir. Lawless’in avukatı İrlanda Anayasasının 40. maddesine dayanarak, 18 Eylül 1957’de, bir ‘habeas corpus ad subjiciendum’ Şartlı Emir (Conditional

Order) için İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Gözaltı Komisyonu, 20 Eylül 1957 günü toplanmış ve 'habeas corpus' başvurusunun sonucu belli oluncaya kadar oturumu ertelemiştir.

8 ve 11 Ekim 1957 tarihleri arasında toplanan Yüksek Mahkeme, avukatların hukuki sunuşlarını dinlemiştir. Lawless, 14 Ekim 1957'de İrlanda Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, sadece Anayasa ve İrlanda yasalarının değil, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin de uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 6 Kasım'da Lawless'in bu başvurusunu reddetmiştir.

Gözaltı Komisyonu, 6 ve 10 Aralık 1957'de başvuruçunun durumunu yeniden incelemiştir. Başsavcının daveti üzerine ikinci gün Gözaltı Komisyonunun önüne çıkan Lawless, '1939 ve 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar Yasalarına göre yasadışı sayılan faaliyetlere karışmayacağına' dair sözlü bir taahhütname vermiştir. Ertesi gün Adalet Bakanı, başvuruçunun 1940 tarihli yasanın 6. maddesine göre salıverilmesi için emir vermiştir.

Başvuruçucu, 8 Kasım 1957'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, 13 Temmuz 1957'den 11 Aralık 1957'ye kadar gözaltında tutulmasının, diğer bazı maddelerin yanında, Sözleşme'nin 5. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 17. maddesinden çıkarsanan talep engeli

[34-37]: Hükümet, teröristlerin Sözleşme'deki kişi özgürlüğünden ve adil yargılanma hakkından yararlanamayacakları itirazında bulunmuştur.

Mahkeme'ye göre, gruplar veya bireyler ile ilgili olarak 17. maddenin amacı, onların Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlüklerden birini tahrip etmeyi amaçlayan bir faaliyette bulunmak veya bir eylem icra etmek için Sözleşme'den bir hak türetmelerini imkânsız kılmaktır. Bu nedenle hiç kimse, sözü edilen hakları ve özgürlükleri tahrip etmeyi amaçlayan eylemleri icra etmek üzere Sözleşme hükümlerinden yararlanamaz. İfade bakımından olumsuz nitelikteki bu hüküm, bir kişiyi Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerinde garanti edilen temel bireysel haklardan yoksun bırakacak bir biçimde yorumlanamaz. Bu olayda Lawless, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklere karşı eylem yapmak veya bunları haklı çıkarmak için Sözleşme'ye dayanmamış, fakat Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerindeki güvencelerden yoksun bırakıldığından yakınmıştır. Bu nedenle Mahkeme, İrlanda Hükümetinin talebini kabul edemez.

II. Sözleşme'nin 5(1)(c), 5(3) ve 6. maddelerine aykırılık iddiası

Başvuruçucu, bir yargıç önüne çıkarılmadan beş ay süreyle gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İrlanda Hükümeti, başvuruçunun 13 Temmuz 1957'den 11 Aralık 1957'ye kadar gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal etmediğini savunmuştur. Hükümet'e göre 5(1)(c) bendi, özgürlükten yoksun bırakmanın birbirinden tamamen ayrı iki kategorik durumunu düzenlemektedir. Bunlar, bir kişinin 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine' gözaltına alınması ve tutulması ile, 'suç işlemediğini ... engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunması halinde' gözaltına alınması ve tutulması durumlarıdır. Sözü edilen fıkranın yazılış tarzının da ortaya koyduğu gibi, gözaltına alınan ve tutulan kimseyi yetkili yargılama makamı önüne çıkarma yükümlülüğü sadece birinci kategorideki durumlara uygulanır. Başvuruçucu ikinci kategoriye göre, yani suç işlemediğini engellemek üzere gözaltında tutulduğu için, yargıç önüne çıkarılmamış olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal etmemiştir.

“[42.] Mahkeme, ilk olarak bu davanın, 5(1)(b) bendi ve 6. maddede yer alan hükümlerle ilgili olmadığını belirtmelidir. Birincisi ile ilgisi yoktur, çünkü Lawless ‘mahkeme... kararına uymaması nedeniyle’ tutulmuş değildir; ikincisi ile ilgisi yoktur, çünkü Lawless hakkında cezai bir fiile ilişkin suçlama bulunmamaktadır. Bu noktada Mahkeme’nin, Lawless’in, 1940 tarihli (Değişiklik) Yasasına göre 13 Temmuz 1957’den 11 Aralık 1957’ye kadar gözaltında tutulmasının, 5(1)(c) bendi ve 5(3). fıkrasıyla çelişip çelişmediği üzerinde durması gerekir.

[43.] Bu bağlamda, üzerinde karar vermesi için Mahkeme’nin önüne getirilen sorun, 5(1)(c) bendi ile 5(3). fıkrasının, ‘suç işlemlerini engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunduğu kanısıyla’ gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin de bir yargıç önüne çıkarılmasını kapsayıp kapsamadığıdır; bir başka deyişle, 5(1)(c) bendindeki, ‘kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için’ ifadesinin, sadece ‘suç işlediğinden makul bir kuşku duyulması üzerine’ ifadesini mi, yoksa aynı zamanda ‘suç işlemlerini ... engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunması halinde’ sözlerini de mi nitelediğidir.

[44.] Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin yazılış tarzı, bu soruya yanıt vermek için yeteri kadar açıktır. ‘Kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için’ ifadesinin, bu bentte yer alan gözaltına alma veya tutma durumlarının bütün kategorilerini nitelediği aşikârdır. Sözü edilen fıkradan, gözaltına alınan veya tutulan kimsenin, sadece kanunen yetkili makam önüne çıkarılmak için özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verildiği anlamı çıkar. Artık bu kimsenin, suç işlediğinden makul bir kuşku duyulan bir kimse mi, hakkında suç işlemlerini engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunan bir kimse mi, yoksa bir suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunan bir kimse mi olduğuna bakılmaz. Ayrıca, 5(1)(c) bendi, ancak kendisini bütünleyen aynı maddenin 3. fıkrasıyla bağlantılı olarak okunursa yorumlanabilir. Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, bu maddenin ‘1. fıkrasının (c) bendine göre gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin derhal bir yargıç ... önüne çıkarılma’ ve ‘makul bir sürede yargılanma hakkı’na sahip bulunduğunu kategorik olarak hükme bağlamaktadır. Bu hüküm, açıkça, 1. fıkranın (c) bendi hükümlerinde düzenlenen koşullardan herhangi birine göre gözaltına alınan veya tutulan herkesin, özgürlüğünden yoksun bırakılması sorununun incelenmesi ve esas hakkında karar verilmesi amacıyla, yargıç önüne çıkarılması yükümlülüğünü getirmektedir. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi ile 3. fıkranın yazılış tarzından çıkan açık ve doğal anlam budur. Maddenin dilbilimsel çözümlenişleriyle ulaşılan bu anlam, keyfi gözaltına alma ve tutmaya karşı bireyin özgürlüğünü ve güvenliğini koruyan Sözleşme’nin amacıyla tamamen uyum içindedir. Bu bağlamda işaret edilmelidir ki, eğer yukarıda belirtilen hükümler hakkında Mahkeme’nin getirdiği yorum doğru değilse, bir suç işleme niyeti beslediğinden kuşkulanan bir kimse, Sözleşme’ye aykırılık oluşturma ihtimaline bakılmaksızın, sadece idari bir karara dayanılarak sınırsız bir süre için gözaltına alınıp tutulabilecektir. Böyle bir tutum, keyfi iktidarın bütün belirtilerini taşıması yanında, Sözleşme’nin temel ilkelerine aykırı sonuçlara da yol açacaktır. O halde Mahkeme, 5(1)(c) bendinin ve 3. fıkranın açık ifadelerinden ve içinde yer aldıkları bağlamın yarattığı izlenimden doğan açık ve doğal anlamı reddedemez. Bu nedenle, İrlanda Hükümetinin, ‘suç işlemlerini... engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunduğu kanısıyla’ bir kişiyi gözaltına alma veya tutma durumlarını hariç tutarak, bu hükmün 5(1)(c) bendindeki sadece ilk kategorik durumlara uygulanacağını göstermek için yaptığı analiz 8. paragrafına katılmak için hiçbir neden yoktur. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi ile 3. fıkranın incelenen metinlerinin anlamları yeterince açıktır: Bir yandan, bir kişi ‘suç işlemlerini ... engellemek için tutulmasını gerektiren makul nedenler bulunduğu kanısıyla’, sadece ‘kanunen yetkili bir makam önüne çıkarmak için’ gözaltına alınabilecek veya tutulabilecek; diğer yandan, gözaltına alınan veya tutulan bir kimse bir yargıç önüne çıkarılacak ve ‘makul sürede

yargılanma hakkına sahip' olacaktır. Ayrıca, Sözleşme metninin anlamını, metnin amacını izleyerek tespit eden Mahkeme'nin, Uluslararası Sözleşme'nin yorumlanmasında genellikle tanınan ilkeyi dikkate alarak hazırlık çalışmalarına başvurması gerekmez.

[45.] Lawless'in 13 Temmuz 1957'den 11 Aralık 1957'ye kadar tutulmasının, 'kanunen yetkili makam önüne çıkarmak için' olmadığı ve tutulması sırasında 'makul bir sürede' yargılanması için bir yargıç önüne çıkarılmadığı anlaşılmaktadır. Buradan, Lawless'in 1940 tarihli İrlanda yasasının 4. maddesine göre tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ve 3. fıkra hükümlerine aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. O halde davanın özel koşullarında, gözetiminde tutmanın diğer hukuki nedenlerle haklı kılınıp kılınmayacağını incelemek gerekir."

IV. Sözleşme'nin 15 madde ile birlikte ele alınan 5(3). fıkrasına aykırılık iddiası

Mahkeme, daha sonra Sözleşme'nin 15. maddesi ile birlikte ele alınan 5(3). fıkrasına aykırılık iddiasını incelemiştir. Bir başka deyişle, Mahkeme, Sözleşme'nin 15. maddesindeki bazı istisnai koşullarda Sözleşmeciler Devletlere tanınan Sözleşme'nin 5. maddesinden doğan yükümlülükleri azaltma (askıya alma – derogation) yetkisinin, başvuruçunun 13 Temmuz 1957'den 11 Aralık 1957'ye kadar tutulmasını haklı kılıp kılmadığını ele almıştır.

A. Ulusun Yaşamını Tehdit Eden Olağanüstü bir Durumun Varlığı

[53-60]: Mahkeme, ilk olarak İrlanda Cumhuriyeti toprakları üzerinde anayasaya aykırı faaliyetlerde bulunan ve şiddet kullanarak amaçlarına ulaşmak isteyen gizli bir ordunun bulunduğunu, bu ordunun devletin ülkesi dışında da faaliyet göstermesi nedeniyle İrlanda Cumhuriyeti'nin komşularıyla olan ilişkisini ciddi biçimde tehlikeye soktuğunu, 1956 sonbaharından itibaren 1957 yılının ilk yarısı boyunca terör eylemlerinde sürekli ve korku verici bir artışın bulunduğunu tespit etmiş ve İrlanda Hükümeti'nin 'ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hal ilan etmekte haklı olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 15(1). fıkrası hükümlerini uygulayarak, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini azaltan önlemler alma hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır.

B. Sözleşme yükümlülüklerini azaltmak için alınan önlemlerin "olağanüstü halin zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği" önlemler olup olmadığı

[61-68] Mahkeme'ye göre, İrlanda Hükümeti'nin yargıç önüne çıkarmadan tutma gibi çok ağır bir önlemi almasını gereksiz kılacak başka önlemler alabileceği iddia edilmiş, bu bağlamda özel ceza mahkemelerinin veya askeri mahkemelerin kurulması, İrlanda Cumhuriyeti ile Kuzey İrlanda arasındaki sınırın kapatılması gibi önlemler zikredilmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, 1957'de İrlanda Cumhuriyeti'ni tehdit eden ve giderek büyüyen tehlikenin olağan hukukun uygulanmasıyla kontrol altına alınmadığı kanıtlanmıştır. Özellikle, IRA ve fraksiyonlarının, askeri, gizli ve terörist karakterde olması ve bunların halk arasında korku yaratması nedeniyle, bu grupların faaliyetlerine katılan kişilerin mahkûm edilmeleri için gerekli delillerin toplanmasında büyük güçlüklerle karşılaşmaktadır. Esas olarak Kuzey İrlanda'da faaliyet gösteren bu grupların İrlanda Cumhuriyeti'ndeki faaliyetlerinin, sınırın karşı tarafına silahlı baskına hazırlanmakla sınırlı kalması, yeterli delilin toplanmasına bir diğer engeldir. Sınırın kapatılması, olağanüstü halin zorunluluklarının gerektirdiği ölçünün ötesinde, genel olarak halkın üzerinde çok ciddi ters bir etkiye yol açacaktır. Buradan çıkan sonuca göre, yukarıda belirtilen araçlardan hiçbirisi, 1957'de İrlanda'da var olan durumla mücadeleyi mümkün kılamayacaktır.

Bu nedenle, terör faaliyetlerinde bulunma niyetinden kuşku edilen kişilere uygulanan 1940 tarihli (Değişiklik) Yasasıyla getirilen idari tutma (administrative detention), ağırlığına rağmen, koşulların gerektirdiği bir önlem olarak görünmüştür. Öte yandan, idari tut-

ma sisteminin işleyişinde kötüye kullanmaları önlemek üzere koruyucu mekanizmalar da getirilmiştir. Bu bağlamda, yasanın uygulanması parlamentonun sürekli denetimine tabi tutulmuş, bu yasaya göre gözaltında tutulan bir kimsenin salıverilmesi için idareyi bağlayıcı karar verebilen ‘Gözaltı Komisyonuna’ başvurabilme imkânı getirilmiştir. Ayrıca İrlanda Hükümeti, gözaltında bulunan kişilerden yasalara uymayı ve 1940 tarihli yasaya aykırı eylemlerde bulunmayacağını taahhüt edenlerin salıverileceklerini ilan etmiş ve bu konuda hukuki yükümlülük altına girmiştir. Buradan çıkan sonuca göre 1940 tarihli yasayla getirilen yargılamasız tutma yetkisi, yukarıda sözü edilen güvenceler çerçevesinde Sözleşme’nin 15. maddesi anlamında durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği bir önlem olarak görünmektedir.

Lawless’in özel durumunda, 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar (Değişiklik) Yasasıyla İrlanda Hükümeti’ne verilen tutma yetkisinin, Sözleşme’nin 18. maddesi anlamında verildikleri amaç dışında alınan veya Sözleşme’nin 15. maddesi anlamında durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirmesinin ötesine geçen bir önlem olarak kullanıldığını gösteren bir belirti yoktur. Başvurucu, Aralık 1957’de Gözaltı Komisyonu önünde ‘1939 ve 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar Yasalarına göre yasadışı sayılan herhangi bir faaliyette yer almayacağı’na dair sözlü bir taahhüt vermiş ve buna göre derhal salıverilmiştir.

C. Sözleşme yükümlülüklerini azaltan önlemlerin “uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı olup” olmadığı

[69-71]: Mahkeme, üçüncü olarak Sözleşme yükümlülüklerini azaltan İrlanda Hükümeti’nce alınan önlemlerin, bu hükümetin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşüğüne karar verilmesine neden olacak bir unsur bulunmadığını belirtmiştir.

D. [Yükümlülükleri azaltma bildirimının hukukiliği]

[72-77]: Mahkeme, dördüncü olarak İrlanda Hükümetinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine gönderdiği 20 Temmuz 1957 tarihli mektubun, Sözleşme’nin 15(3). fıkrasının amaçları bakımından yeterli bir bildirim olduğu sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. İrlanda Hükümetince Sözleşme’nin 17. maddesinden çıkarsanan talep engelinin reddine;
2. Lawless’in 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar (Değişiklik) Yasasının 4. maddesine dayanarak 13 Temmuz 1957’den 11 Aralık 1957’ye kadar yargılanmadan gözaltında tutulmasının, Sözleşme’nin 5 ve 6. maddeleri bakımından hukuki bir temeli bulunmadığına;
3. Sözleşme’nin 7. maddesine aykırılık bulunmadığına;
4. Lawless’in 13 Temmuz 1957’den 11 Aralık 1957’ye kadar gözaltında tutulmasının, İrlanda Hükümetinin Sözleşme’nin 15. maddesi gereğince Temmuz 1957’de usulüne uygun olarak kullandığı yükümlülükleri azaltma yetkisine dayandığına;
5. İrlanda Hükümetinin 20 Temmuz 1957’de Avrupa Konseyi Genel Sekreterine gönderdiği mektubun, Sözleşme’nin 15(3). fıkrası anlamında yeterli bir bildirim oluşturduğuna;
6. Buna göre Mahkeme, bu davada toplanan delillerin, İrlanda Hükümeti tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya dair Avrupa Sözleşmesi’ndeki yükümlülüklerle aykırı davrandığını ortaya koymadığına;
7. Aykırılık olmaması nedeniyle, Lawless’e tazminat verilmesi sorunu bulunmadığına,

KARAR VERMİŞTİR.

18.01.1978 5310/71 İRLANDA - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözaltı süresi* (olağanüstü halde 28 güne kadar gözaltında tutma), *gözaltı sebebi* (IRA mensubu oldukları veya terör faaliyetlerinde buldukları kuşkusuyla gözaltında tutma), *gözaltının hukukilik denetimi* (olağanüstü halde kurulan gözaltı komisyonuna karşı başvurma imkânı bulunması) ■ *kişi özgürlüğü* - olağanüstü hal - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözaltı - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözaltı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu İrlanda Cumhuriyeti'nin, davalı Birleşik Krallık Hükümeti aleyhine yaptığı bu başvurunun köklerinde, Kuzey İrlanda'da süregelen trajik kriz yer almaktadır. İrlanda adasının her yanında görülen terör eylemlerine karşı Kuzey İrlanda'daki yetkililer, Ağustos 1971'den Aralık 1975'e kadar bir dizi yargısız gözaltına alma, tutma ve enterne etme yetkileri kullanmışlardır. Kuzey İrlanda Hükümeti, 9 Ağustos 1971'de, terörist olduklarından kuşku edilen kişilerin yargısız olarak tutulmalarını ve enterne edilmelerini sağlamak için bazı tedbirleri yürürlüğe koymuştur.

Kuzey İrlanda makamları, bazı Özel Yetki Kararnamelerini değiştirerek, 9 Ağustos 1971'den 7 Kasım 1972'ye kadar, yargısal olmayan dört tür yetki kullanmışlardır: 1- Sorgulama amacıyla 48 saat süreyle gözaltına alma (10 sayılı Kararname); 2- Gözaltına alma ve nezarete tutma (11(1) sayılı Kararname); 3- Gözaltına alınan bir kimsenin tutulması (11(2) sayılı Kararname); 4- Enterne etme (12(1) sayılı Kararname).

1- 10 sayılı Kararnameye göre bir Kraliyet polisi, bir kimseyi 'barışı korumak ve düzeni sürdürmek amacıyla', müzekkere olmadan gözaltına alabilir ve 48 saat süreyle tutabilir. Bu yetkinin kullanılması, bir kimsenin bir suç ile ilişkisi bulunduğundan kuşkuyla şartına bağlı değildir. Bu yetkiye göre gözaltına alınan kişilere genellikle gözaltına alınma sebepleri bildirilmemiştir. Bu yetkinin genellikle 'tutma'nın ve enterne etmenin ilk aşaması olarak kullanıldığı anlaşılmıştır; ancak bu yetkinin, bir kimsenin bir başkasının eylemleri hakkında bilgi vermesini sağlamak amacıyla kullanıldığı da görülmüştür. Bu Kararnameye göre gözaltına alınanlar, kefaletle salıverilmek için başvuramaz (bk. Kuzey İrlanda Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 12 Ekim 1971 tarihli 'In Re McElduff' davasında verdiği karar); bu gözaltına alma işlemleri mahkemeler tarafından incelenemez. Ancak bir yerel mahkeme kararına göre, bu yetkinin kullanılmasında 'gerekli usule' ve 'common law'un bazı prensiplerine uyulmaması, bu gözaltına alma işlemini hükümsüz kılar (bk. Armagh County Mahkemesinin 18 Şubat 1972 tarihli 'Moore v. Shillington and Ministry of Defence' davasında verdiği karar). Bu Kararnameye göre, 3 Mart 1972 tarihine kadar gözaltına alınanlardan 1711 kişi kırk sekiz saat içinde salıverilmiş, 1226 kişi hakkında diğer Kararnamelere göre tutma işlemi devam etmiştir.

11(1) sayılı Kararnameye göre, bir polis veya güvenlik gücü mensubu veya İçişleri Bakanlığının kendisine yetki verdiği kişiler, 'barışın korunmasına veya düzenin sürdürülmesine zarar verici bir tarzda davrandığından, davranmakta olduğundan veya davranmak üzere olduğundan veya bu Kararnamelere karşı suç işlediğinden kuşkuyla olduğu bir kimseyi, müzekkere olmaksızın süresiz olarak' (ancak uygulamada 72 saat süreyle) tutabilir. Bu Kararnameye göre gözaltında tutma, 10 sayılı Kararname ile gözaltına almayı izleyebilir; böylece gözaltı süresi yüz yirmi saate çıkar; gözaltında tutulan kişi bu süre içinde gözaltı sebebi hakkında bilgilendirilmez. Mahkemeler, bu Kararname ile kullanılan yetkileri sadece 'dürüst kuşku', 'kötü niyet', 'uygunsuz bir saik', 'yasa kurallarına aykırılık' ve 'common law prensipleri'ne göre inceleyebilir; ancak mahkemeler, genel olarak bu yetkinin kullanılması için verilen kararın makullüğünü veya gerçeğe uygunluğunu denet-

leyemez (bk. McEduff kararı ve Kuzey İrlanda Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 11 Ocak 1973 tarihli 'Kelly v. Faulkner ve Diğerleri' davasında verdiği karar). Bu Kararnameye göre tutulan kimse kefaletle salıverilmek için yetkili makamlara başvurabilir; bu makam da isterse, sulh hâkimi bu kimsenin şartlı olarak salıverilmesine karar verebilir.

11(2) sayılı Kararnameye göre, tutma şu şekilde olmaktadır: 11(1) sayılı Kararnameye göre gözaltına alınan bir kimse, polisin önerisi üzerine ilgili Bakanlığın verdiği karara dayanılarak, nezarethanede veya Bakanlığın uygun gördüğü bir yerde, Başsavcılığın salıverme kararına veya bir mahkeme önüne çıkarılınca kadar, süresiz olarak (ancak uygulamada 28 gün süreyle) tutulabilir. Davalı Devletin verdiği bilgiye göre, bu tür tutma kararları, polisin yaptığı incelemeyi tamamlaması için verilmiştir. Mahkûmiyet için yeterli delil toplanırsa, tutulan kişi 24 saat önceden hakkındaki isnat konusunda bilgilendirildikten sonra yargıç önüne çıkarılır; aksi takdirde, ya bir süre sonra salıverilir veya enterne kararına (bk. aşağıda parag. 84) tabi tutulur. Tutulan kimsenin sadece kefaletle salıverilmek için başvuru hakkı vardır; tutma kararının hukukilik denetimi, yukarıda sözü edilen 10 ve 11(1) sayılı Kararnamelerdeki gibidir. 11(2) sayılı Kararnameye göre 1250'den fazla kişi için tutma kararı verilmiştir.

12(1) sayılı Kararnameye göre, bir kimse, bir polis müdürünün veya danışma komitesinin talebi üzerine ilgili bakanın (uygulamada Kuzey İrlanda Başbakanın) barışa zarar verecek tarzda davrandığından veya davranmakta olduğundan veya davranmak üzere olduğundan kuşkulanıp, barışın korunması ve düzenin sağlanması için gerekli olduğuna kanaat getirdikten sonra verdiği karara dayanılarak, seyahat kısıtlamasına veya enterneye tabi tutulabilir. Biri yargıç olan üç kişilik Tavsiye Komitesi, tutulan kimsenin salıverilmesini tavsiye edebilir, ancak buna karar veremez. Bu Kararnameye göre enterne edilen kimse, Komite önüne çıkma veya temsil edilme hakkına sahip değildir; ancak uygulamada çıkarılmış, ifadeleri alınmış, bu kimselerin gösterdikleri tanıklar bulunup dinlenmeye çalışılmıştır; Komite güvenlik güçlerinin ellerindeki belgeleri istemiş, aleyhte tanıklık edenlerin kimlikleri gizli tutulmuştur. İnsan Hakları Komisyonu'na göre, bu Komite, muhtemelen bir mahkeme önünde ileri sürülemeyecek delillere de dayanmıştır. Enterne edilen kişi hakkındaki bu kararın hukukilik denetimi, yukarıda sözü edilen 10, 11(1) ve 11(2) sayılı Kararnamelerdeki gibidir. 12(1) sayılı Kararnameye göre doğrudan yönetime kadar 796 enterne kararı verilmiş, 796 kişiden 588 kişinin durumu Tavsiye Komitesi tarafından incelenmiş, 451 kişi bu komitenin önüne çıkmayı reddetmiş; komite 69 kişi hakkında salıverme talebinde bulunmuş, gelecekte iyi hal göstermeye dair söz vermeyen 6 kişi dışında diğerleri salıverilmiştir.

Teröristler Hakkında Kararnamenin 4. maddesine göre, Kuzey İrlanda'dan sorumlu Devlet Bakanının, bir kimsenin bir terör eyleminin işlenmesiyle veya terör eylemine teşebbüsle veya terör amacıyla örgütlenmeyle ilgisi bulunduğundan kuşkulması halinde vereceği 'geçici nezaret' kararına dayanılarak, bu kimse bir süre tutulabilir. Eğer bu kimsenin durumu, bir polis müdürü tarafından tutmanın uzatılmasına karar verilmesi için bir Komisere gönderilmemiş ise veya bu kimse hakkında daha önce Devlet Bakanlığı tarafından tutma kararı verilmemiş ise, bu maddeye göre tutma süresi 28 gündür. Ancak pratikte bütün olaylar Komisere gönderilmiştir. Buna göre, tutulan bir kimsenin, ilk 28 gün içinde veya olayın Komiserin incelemesine gönderilmesi nedeniyle altı ay kadar sürebilecek bir dönem içinde, tutulmasının hukukiliğine itiraz hakkı yoktur. Teröristler Hakkında Kararnamenin 5. maddesine göre, yukarıdaki maddeye dayanılarak hakkında 'geçici nezaret' kararı verilen bir kimsenin durumu bir Komisere havale edilmiş ise, Komiser bu kimse hakkında 'tutma' kararı verebilir. Komiserin tutma kararı verebilmesi için, yapacağı inceleme sonunda bir kimsenin bir terör eylemine karıştığına veya terör eylemi işlemeye teşebbüs ettiğine veya terör amaçlı bir örgütle ilişkisi bulunduğuna ve halkın korunması için bu kimsenin tutulmasının gerekli olduğuna ikna olması gerekir.

Komiser buna ikna olmazsa, bu kimseyi salıverir. Bu şekilde tutma, süre bakımından sınırsızdır. Birçok olayda tutma yıllarca sürmüştür. Komiserin salıverme kararı bağlayıcıdır. Devlet Bakanı, ayrı olarak, tutulan kimseyi şartlı veya şartsız olarak salıverme yetkisine sahiptir. Komiser önündeki muhakeme aleni değildir; duruşmadan en az üç gün önce soruşturulacak terör faaliyetlerinin niteliği hakkında kendisine yazılı olarak bilgi verilir. Tutulan kimsenin adli yardım alma ve hukuken temsil edilme hakkı vardır; uygunsuz davranışları veya güvenlik sebepleriyle aksine karar verilmedikçe kendisi hazır bulunur; sorulan sorulara yanıt vermesi istenir; ancak aleyhine olan tanıkları sorgulama hakkı yoktur; Hükümetin dediğine göre, uygulamada çapraz sorgu uygulanmıştır. Tutulan kimse, güvenlik nedeniyle götürülmediği duruşmada kendisi hakkında yapılan işlemleri öğrenme hakkına sahiptir; ancak bunlara itiraz edemez. Komiser, bir mahkeme tarafından kabul edilemeyecek delilleri dahi dinleyebilir. Teröristler Hakkında Kararnamenin 6. maddesi, bu tutma kararına karşı 21 gün içinde, üç üyeden oluşan bir ‘Tutmaya Karşı İtiraz Heyetine’ başvurabilme imkânı getirmiştir. Bu heyetin izlediği usul, Komiserin izlediği usulle aynıdır. Komiserlerin ve heyet üyelerinin en az 10 yıl avukatlık tecrübelerinin bulunması gerekir.

9 Ağustos 1971 tarihinde Demetrius operasyonu ile birlikte Kuzey İrlanda’da birçok kimse, olağanüstü hal yetkilerine dayanılarak güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmış ve nezarete tutulmuşlardır. Gözaltına alınan kimseler, genellikle, Kraliyet polisi (RUC) mensupları tarafından enterne edilmelerine karar verilmesi ve/veya IRA hakkında bilgi toplanması amacıyla sorgulanmışlardır. Ağustos 1971’den Temmuz 1972’ye kadar, tutma merkezlerine toplam 3 bin 276 kişi getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

...

II. Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlali iddiası

[190-191]: Başvurucu Hükümet, Mart 1975 tarihinden önceki mevzuatı ve bu mevzuatın uygulanmasını, Sözleşme’ye aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Mahkeme’ye göre mevzuatın eleştirisi, Sözleşme’nin 1 ve 24. maddeleri bakımından ele alınabilir; uygulamanın eleştirisi tek başına ve 15 ve 14. maddelerle birlikte ele alındığında 5. madde ile ilgilidir. Ayrıca Mahkeme’nin denetimi, mevzuatın 9 Ağustos 1971 ile Mart 1975 tarihleri arasında belirli bir olayda uygulanmasıyla ilgili değil, yaygın olarak uygulanmasıyla ilgilidir. Mahkeme şikâyet konusu tedbirleri 15. maddeye göre değerlendirmeden önce, hangi bakımlardan yükümlülüklerde azaltma yaptıklarını tespit eder.

A. Sözleşme’nin 5(1-4). fıkralarının tek başına ele alınmaları

[194-196]: Sözleşme’nin 5(1). fıkrası bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verilen hallerin bir listesini içermektedir. Bu sınırlı bir listedir; listenin sınırlılığı, fıkrada yer alan ‘aşağıdaki haller dışında’ ifadesinden anlaşılmalıdır, 17. madde de bunu teyit etmektedir. Bu davada söz konusu olan özgürlükten yoksun bırakma biçimleri, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının (a), (d), (e) ve (f) bentlerine girmemektedir. Bu tedbirler (b) bendine de girmez; çünkü bu tedbirler, ‘mahkeme kararına uymama’ nedeniyle veya ‘hukuken öngörülmüş bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak’ amacıyla kullanılmış değildir (*Lawless (Esas hk)*, §12; *Engel ve Diğerleri kararı (Esas hk)*, §69). Özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin, ilk bakışta Sözleşme’nin 5(1)(c) bendindeki hallerle benzerliği var gibi görülebilir. Ancak 10 sayılı Kararnameye göre, bir kimsenin gözaltına alınmasından önce bir ‘suç’tan ötürü hakkında ‘kuşku’ duyulması gerekli değildir; yine bu Kararnameye göre, gözaltına almak için, bir kimsenin ‘suç işlemesini engellemek’ veya ‘işledikten sonra kaçmasını önlemek’ için ‘makul nedenler’in bulunması da gerekli değildir. Bu Kararnameye göre, sadece ‘barışı korumak ve düzeni sürdürmek

için' gözüaltına almak mümkündür; gözüaltı işlemi bazen bir kimseyi başkalarının eylemlerinden ötürü sorgulamak için de uygulanmıştır. Öte yandan, 11(1), 11(2) ve 12(1) sayılı Kararnameler, hem 'suç'tan hem de 'barışın korunması ve düzenin sürdürülmesi'ne engel olan faaliyetlerden söz etmektedir. Teröristler Hakkında Kararnama ile Olağanüstü Hal Yasası da, siyasal amaçlı şiddet eylemiyle ilişkinin bulunduğundan kuşkulandırmayı aramaktadır. Bu son Kararnameler, Sözleşme'nin 5(1)(c) fıkrasının bir suçla ilişkiyi arayan kriterine uygundur. Yargısız özgürlükten bırakma tasarruflarının çoğunun, tutuklamayı gerekli kılacak bir kuşkuya dayanıp dayanmadıklarına bakılmayabilir; ancak bu tür bir gözüaltında tutmaya Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre, sadece, bir kimsenin 'kanunen yetkili makamlar karşısına çıkarılması amacıyla' tutulması halinde izin verilebilir. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ile birlikte yorumlanması gereken bu şart (*Lawless, §14*), olayda yerine getirilmemiştir. Bu nedenlerle söz konusu tedbirler, tek başlarına ele alındıklarında Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygun değildir.

[198-198]: Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına göre, gözüaltına alınan bir kimse derhal gözüaltına alınma sebepleri hakkında bilgilendirilir. Tartışma konusu mevzuatta ise bu hakkı tanıyan bir hüküm yoktur. Gözüaltına alınan kimselere, sadece genel bir biçimde olağanüstü hal mevzuatına göre gözüaltına alındıkları söylenmiş ve kendilerine daha ayrıntılı bilgi verilmemiştir. Bu uygulama, Mayıs 1970'te askeri polise gönderilen talimatlarla başlamış ve en azından ulusal mahkemeler tarafından hukuka aykırı olduğu beyan edilinceye (bk. McElduff davası 12 Ekim 1971; Kelly davası 11 Ocak 1973; Moore davası 18 Şubat 1972) kadar sürmüştür. Bu nedenlerle, söz konusu tedbirler, tek başlarına ele alındıklarında Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına uygun değildir.

[199-199]: Mahkeme'ye göre, itiraz konusu tedbirlerin, gözüaltına alınan kişilere karşı, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ile birlikte ele alınan 3. fıkrasına göre, 'derhal', 'kanunen yetkili makam', yani 'hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarmak' amacıyla kullanılmadığı tespit edilmiştir. Aslında ilk kez gözüaltına alınan kimselerden bazıları, 11(2) sayılı Kararnameye göre mahkeme önüne çıkarılmışlardır; ancak sadece bazı olaylarda 'kanunen yetkili makam önüne çıkarmak', 5(1)(c) bendini yerine getirmiş olmak için yeterli değildir; çünkü bu fıkraya giren her bir olayda, gözüaltına alınan kişiyi 'kanunen yetkili makam önüne' çıkarmak zorunludur. Ayrıca 12(1) sayılı Kararnameye göre, enterne edilen kişilerin istemeleri halinde önüne çıkarıldıkları Tavsiye Komitesinin kişiyi salıverme yetkisi yoktur; bu nedenle Tavsiye Komitesi 'kanunen yetkili makam' sayılmaz. Bu tür bir salıverme yetkisi, daha sonra Teröristler Hakkında Kararnama ve Olağanüstü Hal Yasası ile Komiserlere tanınmıştır. Komiserler yargısal makam sayılırlar bile, kişilerin Komiserler önüne 'derhal' çıkarılması söz konusu değildir. Şikâyet konusu Kararnama hükümlerine göre tutulan bir kimse, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'makul bir sürede yargılanma' ve 'yargılanma sürürken salıverilme' haklarını da kullanamamaktadır. Ancak bu Kararnama hükümleri ve uygulamasının varlık nedeni, zaten o sırada hâkim olan koşullar nedeniyle, duruşma yapılmasına ve karar verilmesine neden olacak bir ceza davasının açılmasının güçleşmiş olmasıdır. Bu nedenlerle söz konusu tedbirler, tek başlarına ele alındıklarında Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygun değildir.

[200-200]: Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, ister hukuka uygun, isterse hukuka aykırı surette olsun, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese uygulanır (*De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk), §73*). Söz konusu 10, 11(1) ve 11(2) sayılı Kararnamelerde, bir kimsenin, 'tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verilebilecek' ve tutulmasının hukuki olmadığı kanıtlandığında, 'salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı' tanınmamıştır. Öte yandan, 12(1) sayılı Kararnameye göre enterne edilenlerin başvurabilecekleri Tavsiye Komitesi bu kimselerin salıverilmesine karar veremez, sadece salıverilmelerini tavsiye edebilir; dahası bu komite önündeki usul, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında-

ki 'mahkeme' kavramında içkin bulunan temel güvenceleri sağlamamaktadır (*De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk)*, §76). Bu durum, daha sonra çıkarılan Teröristler Hakkında Kararname ve Olağanüstü Hal Yasasında özgürlükten yoksun bırakmayı denetleme yetkisi verilen Komiserler için de geçerlidir. Davalı Hükümet, iç hukuktaki 'habeas corpus' başvuru yolunun Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki şartları karşıladığını ileri sürmüştür. Ancak özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin 'common law'a göre yaptığı başvuru hakkında ulusal mahkemeler, sahip oldukları denetim yetkisinin sınırlı olduğunu kabul etmişlerdir. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının amacı ve gayesi dikkate alındığında, özgürlükten yoksun bırakma tedbirleri hakkında yapılan hukukilik denetiminin kapsamının yeteri kadar geniş olmadığı görülür. Bu nedenlerle söz konusu tedbirler, tek başlarına ele alındıklarında Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına uygun değildir.

B. Sözleşme'nin 15. maddesiyle birlikte ele alınan 5. madde hakkında

Mahkeme, daha sonra, Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince 5. maddedeki yükümlülüklerin askıya alınmasının (yükümlülük azaltma – derogation) bu maddeleri ihlal edip etmediğini ele almıştır.

[205-224]: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 15. maddesi sadece 'savaş zamanında veya ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü hal'de uygulanır. Olayda böyle bir olağanüstü hal vardır.

Mahkeme'nin olağanüstü hali denetim yetkisi: **[207]:** Mahkeme'nin denetim yetkisinin sınırları (*Belçika'da Eğitim Dili Davası*, §10; *Handyside*, §48), Sözleşme'nin 15. maddesi söz konusu olduğunda daha dardır. Ulusun yaşamının olağanüstü bir durumla tehdit edilip edilmediğini, tehdit varsa, bunu gidermek için hangi tedbirleri almak gerektiğini tespit etmek, ilk aşamada, her bir Sözleşmeci Devletin görev alanına girer. Ulusal makamlar, şartların baskısıyla olaylarla doğrudan ve sürekli ilişkide olmaları nedeniyle, olağanüstü hali yatırtmak için gerekli olan yükümlülük azaltıcı tedbirlerin niteliği ve kapsamı üzerinde karar vermek için, uluslararası yarığtan daha iyi konumdadırlar. Sözleşme'nin 15(1). fıkrası, bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Ancak devletler, bu konuda sınırsız bir yetki kullanamaz. Devletlerin taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamakla görevli olan Komisyon ve Mahkeme, devletlerin bu tedbirleri alarak Sözleşme hükümlerine ilişkin yükümlülüklerini azaltırken, 'durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçü'nün ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir (*Lawless kararı*, §36-38).

Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından yükümlülük azaltma: **[212-214]:** Yargısız olarak özgürlükten bırakma yetkilerinin kullanılmasındaki amaç, Kuzey İrlanda'nın geçmişinde önemli ölçüde yıkıcı bir rol oynayan ve Ağustos 1971'den itibaren Birleşik Krallığın ülke bütünlüğü için tehlike oluşturan IRA ile mücadele etmektir. Yoğun bir şiddet ve yıldırı faaliyeti ile karşılaştıran yetkililer, terörle mücadelede olağan mevzuatın yetersiz kaldığını anlamış ve yargısız özgürlükten yoksun bırakma şeklinde, olağan hukukun dışında bazı tedbirlere başvurmayı gerekli görmüşlerdir. 10 sayılı Kararnameye göre, bir kimse, bir suç ile ilişkili bulunduğu kuşku bulunmasa dahi, örneğin başkaları hakkında bilgi toplamak amacıyla, gözaltına alınabilmektedir. Bu tür bir gözaltına alma çok istisnai koşullarda haklı görülebilir. Kuzey İrlanda'da hâkim olan koşullar bu istisna kategorisine girer. Yetkili makamlar, takdir alanlarını aşmadan, bu tür tanıkları daha güvenli koşullarda sorgulayabilmek ve onları misillemeden korumak için gözaltına almalarının gerekli olduğunu düşünmekte haklıdırlar. Başvurucu İrlanda Hükümetine göre, tecrübeler, yargısız özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin yararsız olduğunu göstermiştir; 9 Ağustos 1971'de uygulanmaya başlanan tedbirler, terörü frenlemede başarısız kalmış, terörü artırma yönünde sonuç doğurmuştur; İngiliz Hükümeti, bu tedbirleri önce gevşet-

miş ve sonra uygulamayı durdurmuştur. Başvurucu Hükümete göre, bu durum, yargısız özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin koyulduğu zaman mutlaka gerekli olmadığını göstermektedir. İngiliz Hükümeti'nin terörle mücadele konusunda yaptığı değerlendirmelerin yerine, başka tedbirlerin daha sağduyulu ve daha uygun olduğunu söylemek Mahkeme'nin görevi değildir. Mahkeme, 9 Ağustos 1971 ve sonrasında kabul edilen tedbirlerin Sözleşme'ye göre hukukiliğini denetlemekten öte bir şey yapamaz. Mahkeme, alınan tedbirlerin etkililiğini geriye bakış yöntemiyle inceleyemez; tedbirlerin ilk alındığı ve sonra uygulandığı dönemde hüküm süren koşulların ve olayların ışığında karar vermek zorundadır. Bu çerçevede Mahkeme, yargısız özgürlükten yoksun bırakma tedbirlerinin gerekli olduğuna karar veren Birleşik Krallık Hükümeti'nin, Sözleşmeciler Devletlere tanınan takdir alanını aşmadığı sonucuna varmıştır.

Sözleşme'nin 5(2-4). fıkraları bakımından yükümlülük azaltma: [220-224]: Tartışma konusu Yasa ve Kararname hükümleri bir bütün olarak incelendiklerinde, kişi özgürlüğüne saygıyı artırıcı yönde evirildikleri ortaya çıkmaktadır. Yargısal ve idari güvencelerin en başta sisteme dâhil edilmeleri tabii ki daha çok arzu edilirdi. Ancak, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumla mücadele ederken seçtiği yöntemlerin her birini daha hemen başlangıçta, öncelikli gereklerin her biriyle uygun güvencelerle donatarak, her şeyin üstesinden gelmesi beklenen bir devlet, savunmasız durumda kalırdı. Sözleşme'nin 15. maddesi, gelişmeci uyarlamalara imkân tanıyacak şekilde yorumlanmalıdır. Mahkeme, özellikle 'geçici nezaret' ile ilgili hükümlerin biraz daha ılımlaştırılmasının mümkün olup olmadığını kendisine sormuş ve olumsuz yanıt vermiştir. Çünkü bu sırada Kuzey İrlanda'da yaşanan kriz, Sözleşme'nin 5(2-4). fıkralarında geniş kapsamlı yükümlülük azaltma yapmayı haklı kılacak kadar ciddidir. Mahkeme, bu davanın şartları çerçevesinde 15. maddenin gerekleri yerine getirilmiş bulunduğu için, 5. maddedeki yükümlülüklerde yapılan azaltmaların Sözleşme'ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

...

II. Sözleşme'nin 5. maddesiyle ilgili olarak:

1. Oybirliliğiyle, söz konusu dönemde Kuzey İrlanda'da 15(1). fıkrası anlamında, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halin bulunduğu;
2. Oybirliliğiyle, İngiliz Hükümetinin 20 Ağustos 1971, 23 Ocak 1973 ve 16 Ağustos 1973 tarihli yükümlülükleri azaltma bildiriminin, Sözleşme'nin 15(3). fıkrasına uygun olduğuna;
3. Bire karşı on altı oyla, Kuzey İrlanda'da, 9 Ağustos 1971'den Mart 1975'e kadar, yargısız özgürlükten yoksun bırakma öngören mevzuatın, Sözleşme'nin 5(1-4). fıkrasındaki yükümlülüklerde azaltma yapmasına rağmen, bu azaltmanın Sözleşme'nin 15(1). fıkra anlamında, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüyü aşmadığına;
4. Oybirliliğiyle, Birleşik Krallığın bu davada Sözleşme'nin 15(1). fıkrası anlamında uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlüklerini göz ardı etmediğine;
5. İkiye karşı on beş oyla, 5. maddeyle birlikte ele alınan 14. maddeye aykırı bir ayrımcılığın bulunmadığına;

...

KARAR VERMİŞTİR

22.05.1984 8805/79 DE JONG, BALJET VE VAN DEN BRINK - HOLLANDA

◆ *gözüaltı sebebi* (vicdani retçi olan başvuruçuların, emre itaatsizlikte ısrar suçu işledikleri makul kuşkusunu yanında, diğer askerler arasında disiplin sağlama amacıyla komutan tarafından önleyici gözüaltına alındıkları şikâyeti), *gözüaltı süresi* (başvuruçulardan birinin 7, birinin 11 ve birinin 6 gün gözüaltında tutulmaları), *tutulma yetkisi* (başvuruçuların salıverme yetkisi olmayan askeri savcı önüne çıkarıldıktan sonra tutulmalarının devam etmesi), *gözüaltının hukukilik denetimi* (başvuruçuların gözüaltına alındıktan sonra yargılamaya sevk edilinceye kadar salıverilme talebiyle başvurma imkânlarının bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözüaltı - hukuka uygun tutma - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı - gözüaltına karşı mahkemeye başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

1958 doğumlu de Jong, 1953 doğumlu Baljet ve 1960 doğumlu van den Brink, Hollanda vatandaşlarıdır.

1979'da Hollanda Ordusunda askere alındıktan sonra, vicdani retçi (conscientious objector) olmaları nedeniyle, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğünden kaynaklanan bazı emirlere itaat etmeyi reddetmişlerdir. Bunun üzerine başvuruçular, Askeri Ceza Kanununa muhalefet suçları işlediklerinden kuşku lanıldığı için, komutanları tarafından gözüaltına alınmışlar ve yargılanmak üzere askeri bir mahkemeye sevk edilmişlerdir.

Başvuruçulardan De Jong ve Baljet 1978'de er olarak askere alınmışlardır. Başvuruçuların askeri birliği Ocak 1979'da Lübnan'da Birleşmiş Milletler Barış Gücü olarak görevlendirilmiştir. Başvuruçular, başka insanlara karşı şiddet kullanmaya zorlanacaklarından korkarak, vicdani retçi olarak tanınmak üzere 17 ve 18 Ocak 1979 tarihlerinde Savunma Bakanlığına dilekçe vermişlerdir. Başvuruçular, taleplerinin incelenmesi devam ederken, başlangıçta askerlik görevlerini sürdürmüşlerdir. Ancak Bakanlığın Yönetmeliğe göre kendilerini bu hizmetten almaması üzerine, de Jong 29 Ocak'ta ve Baljet de 25 Ocak'ta askeri eğitime katılma emirlerine itaat etmemişlerdir. Bunun üzerine başvuruçular, Askeri Ceza Kanununun 114. maddesine aykırı olarak emre itaatsizlik (insubordination) suçu işledikleri kuşkusuyla komutanları tarafından gözüaltına alınmışlardır. Gözüaltına alma gerekçesinin askerler arasında disiplini sürdürmek olduğu belirtilmiştir.

İki başvuruçusu, 30 Ocak'ta askeri savcının önüne çıkarılmışlardır. 5 Şubat'ta, askeri savcının tavsiyesi üzerine general, başvuruçuları yargılanmak üzere Askeri Mahkemeye sevk etmiş ve aynı anda salıverilmelerine karar vermiştir. Vicdani Retçiler Hakkında Danışma Kurulunun, başvuruçuların vicdani retçi olarak tanınma talepleriyle ilgili inceleme başlatması üzerine ceza muhakemesi durdurulmuştur. Başvuruçular, 7 Şubat'ta Vicdani Retçiler Hakkında Danışma Kurulunun önüne çıkarılmışlardır. Aynı gün Savunma Bakanlığı, başvuruçulara vicdani retçi statüsü tanımış ve başvuruçuları askerlikten ihraç etmiştir. Başvuruçular, 8 Şubat'ta kendileri hakkında gözüaltına alma kararı veren komutan aleyhine üst komutana şikâyette bulunmuşlardır. Başvuruçular, Askerlik Kanununun 7. maddesi gereğince kendileri hakkında verilen kararların, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine ve 5(3). fıkrasına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Üst komutan, her iki şikâyeti de 1 Mart'ta reddetmiştir. Başvuruçular, 7 Mayıs'ta Sözleşme'nin 5(5). fıkrasına dayanarak, Savunma Bakanlığından tazminat talebinde bulunmuşlardır. 25 Temmuz'da, Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı, olayda Sözleşme'nin 5. madde hükümleri ihlal edilmediğinden, tazminata yer olmadığı gerekçesiyle başvuruçuların taleplerini reddetmiştir.

Üçüncü başvuruçusu Van den Brink, süresi içinde yoklama yaptırmadığı için, 20 Kasım 1979'da zorla askere alınmıştır. Başvuruçusu eğitim alayına vardığında, komutanı üniforma alması ve giymesi emrini vermiş; ancak başvuruçusu, bu emri yerine getirmemekte ısrar

etmiştir. Başvurucu ‘total retçi’ olarak, kendisine vicdani retçi statüsü tanınması için talepte bulunmamıştır. Başvurucu emre itaatsizlikte ısrar edince, 20 Kasım’da komutanı tarafından gözaltına alınmıştır. Gözaltına alma gerekçesinin, diğer askerler arasında suçun tekrarından korkulması ve disiplinin sürdürülmesi olduğu belirtilmiştir. Gözaltına alma kararında ayrıca, başvurunun Askerlikte Vicdani Rediflik Yasasına göre başvurmak istememesi de dikkate alınmıştır.

Başvurucu van der Brink, 22 Kasım’da askeri savcının önüne çıkarılmıştır. 26 Kasım’da, askeri savcının tavsiyesine uygun olarak, yetkili subay, başvurucau yargılanmak üzere Askeri Mahkemeye sevk etmiş, bu arada aynı gerekçeyle tutulu kalmasına karar vermiştir. Başvurucu, 28 Kasım’da Komiser subay önüne çıkarılmıştır. Askeri Mahkeme, askeri savcının talebi üzerine, 6 Aralıkta başvurunun tutulmasını otuz gün daha uzatmıştır. Başvurunun salıverilmek amacıyla Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine ve 5(3). fıkrasına dayanan savunmaları, bu mahkeme tarafından reddedilmiştir. Daha sonra, başvurunun tutukluluğu Askeri Mahkeme tarafından düzenli olarak uzatılmıştır. Askeri Mahkemede yargılama 6 Şubat 1980 tarihinde başlamıştır. Askeri Mahkeme 20 Şubat tarihinde verdiği kararla, van den Brink’i suçlu bulmuş ve kendisine on sekiz ay hapis cezası vermiş, tutuklulukta geçirdiği süre hapis cezasından indirilmiştir. Başvurucu, bu karar aleyhine Yüksek Askeri Mahkemeye başvurmuş ve Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine, (3) ve (4) fıkralarına ve 13. maddesine dayanmıştır. Başvurucu van den Brink’in daha sonra Hollanda Yüksek Mahkemesine yaptığı temyiz de 15 Ağustos 1980 tarihinde reddetmiştir. Van den Brink, cezasının üçte ikisini çektikten sonra, 12 Kasım 1980’de salıverilmiştir.

De Jong ve Baljet 3 Ağustos 1979’da, van den Brink ise 17 Aralık 1980’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvuruda bulunmuşlardır. Komisyon, ilk iki başvuruyu 6 Mayıs 1980’de incelemiş, 11 Ekim 1982’de bu iki başvuruyu üçüncü başvuruyla birleştirmeye karar vermiştir. Her üç başvuruca, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı olarak, derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmadıklarını iddia etmişlerdir. Yine başvuruca, gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına uygun olmadığını ve 5(4). fıkrasına uygun olarak tutulmalarının hukukiliğinin süratle denetlenmesi için bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Esas

A. Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruca, gözaltına alınma ve daha sonra tutulmadan doğan özgürlükten yoksun bırakılmalarının Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu, çünkü bunun, birinci fıkranın bentlerinde sayılan özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılan sebeplerden hiçbirine, özellikle (c) bendine girmediğini iddia etmişlerdir.

“43. Başvuruca, hukuka uygun olarak gözaltına alındıkları ve sonra Askerlik Kanununun hükümlerine göre tutulu kaldıkları konusunda bir tartışma yoktur. Başvuruca, gözaltına alınmalarının yasal dayanağı, Askerlik Kanununun 7. maddesidir; bu madde, başka şeylerle birlikte, komutana, Askeri Ceza Kanununda düzenlenen bir suç işlediğinden kuşku olduğu bir askeri, diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi için gerekli olduğu takdirde nezarete koyma (placed in custody) yetkisi vermektedir. ... Başvuruca, Askeri Ceza Kanununun 114. maddesine aykırı olarak emre itaatsizlik suçunu işlediklerinden makul olarak kuşku olduğuna ve bu kuşkunun tutuldukları süre boyunca devam ettiğine itiraz etmemişlerdir. Bununla birlikte, başvuruca, sırf bir kuşkunun sürmesinin, belirli bir zaman geçtikten sonra tutmanın devam etmesini gerektirmediğini savunmuşlardır. Başvuruca, iddiasına göre, kendileriyle ilgili olaylarda dayanılan

Askerlik Kanununun 7. ve 14. maddelerindeki özel sebep, yani diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereği, suçla veya suç işlediğinden kuşkulanan kişiyle ilgili olmayıp, önleyici bir uygulamadır. Başvurucular, keyfilik riskine göndermede bulunarak, bu sebebin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında ve özellikle (c) bendinde yer almadığı gerekçeyle, özgürlükten yoksun bırakılmalarının bu madde hükümleri bakımından haklı olmadığı sonucuna varmışlardır.

44. Mahkeme, bu yaklaşımı kabul etmemektedir. Komisyon tarafından da işaret edildiği gibi, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi bir kimseyi hukuken yetkili bir makam önüne çıkarmak amacıyla tutmanın gerçekleştirilebileceği, birbirinden ayrı üç hali düzenlemektedir; bunlardan biri, bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasıdır (*Lawless, §44*). Askerlik Kanununun 7. ve 14. maddeleri, diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereğini ek bir şart olarak getirirken, özgürlükten yoksun bırakmanın izin verildiği Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında sıralanan sebeplere başka bir sebep eklemekte; fakat Hollanda hukukuna göre, bir askerin suç işlediğinden kuşkulandığı zaman nezarete alınmasından veya nezarete tutulmasından önce yerine getirilmesi gereken başka bir şartı öngörmektedir. Sadece kuşkunun sürmesinin, hukuka uygun olarak karar verilmiş tutmanın devamı için yeterli olup olmadığı meselesi, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine değil, 5(3). fıkrasına girer (*Stögmüller, §4*); çünkü Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle bir bütün oluşturan 5(3). fıkrasının temel amacı (*Schiesser, §29*), tutma makul olmaktan çıkınca, saliverilmeyi sağlamaktır (*Stögmüller, §3*). Son olarak Mahkeme, başvurucuların özgürlükten yoksun bırakılmalarının, keyfi veya 5(1)(c) bendindeki kısıtlamaların amacıyla bağdaşmazlık anlamında 'hukuka aykırı' olduğuna ve bu suretle Sözleşme'nin 5. maddesine uymadığına (*Winterwerp, §37, 39 ve 45*) işaret eden herhangi bir şey görmemiştir."

B. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

1. Yargılamaya sevkten önce askeri savcı önüne çıkarılma

[46-50]: Başvuruculara göre, gözaltına alındıktan sonra önüne çıkarıldıkları ilk makam olan askeri savcı, bu hüküm bakımından yargılama yetkisine sahip bir 'görevli' sayılmaz. Hükümet bu görüşe karşı çıkmıştır. Hükümet ayrıca, başvurucuların askeri savcı önüne 'derhal', yani de Jong'un bir gün, Baljet'in beş gün, van den Brink'in iki gün sonra çıkarıldıklarını belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre 'hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli' ifadesinde geçen 'görevli,' ister bir mahkeme yargıcı isterse bir savcı olsun, kendisine hukuken yargılama yetkisi verilmiş olmasına uygun nitelikte güvenceler sunmak ... zorundadır. Mahkeme bu kavramı ayrıntılı olarak yorumladığı *Schiesser* kararından (parag. 27-31) şu alıntıyı yapmıştır.

'... 'Görevli', 'yargıç' ile aynı şey değildir, fakat yine de yargıcın bazı özelliklerine sahip olmalı, yani gözaltına alınmış kişi için her biri bir güvence oluşturacak belirli şartları yerine getirmelidir. Bu şartlardan birincisi, yürütme organına ve taraflara karşı bağımsızlığıdır. ... Bu, görevlinin, bir ölçüde, kendileri de aynı şekilde bağımsızlığa sahip olan başka yargıçlara veya görevlilere tabi olamayacağı anlamına gelmez. Buna ek olarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, hem usul ve hem de esasa ilişkin şartları içermektedir. Usul şartı, 'görevli'yi, önüne çıkarılan kimseyi bizzat dinleme yükümlülüğü altına sokar ...; esasa ilişkin şart ise, görevliye, kişinin tutulmasıyla ilgili lehe ve aleyhe olan bütün olayları inceleyip, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa saliverilmesine karar verme yükümlülüğü yükler ... '

Mahkeme'ye göre, olayda askeri savcı, başvurucuları yargılamaya sevkten önce saliverme yetkisine sahip değildir; Askerlik Kanununun 11. maddesi, kendisine sadece araştırma ve

tavsiyede bulunma rolü vermiş olup, bu rol de sadece yargılamaya sevk meselesiyle sınırlanmıştır. Mahkeme'ye göre, askeri savcı Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının aradığı bağımsızlığa da sahip değildir. Askeri savcı, askeri makamlardan bağımsız olmakla birlikte, olayın Askeri Mahkemeye sevk edilmesinden sonra kendisinden iddia makamı görevi yerine getirmesi istenebilir. Bu yolla askeri savcı, yargılamaya sevk edilmeden önce tutuklanması konusunda tavsiyede bulunduğu bir asker aleyhine sonradan açılacak bir ceza davasına taraf olmaktadır. Sonuç olarak, başvuruolarının olaylarında askeri savcı önünde izlenen usul, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gerektirdiği güvenceleri sağlamamıştır.

2. Yargılamaya sevk ve sonraki usul

[51-54]: Üç başvuru, gözaltına alınmalarından sırasıyla yedi, on bir ve altı gün sonra yargılanmak üzere Askeri Mahkeme önüne çıkarılmışlardır. Askeri Mahkemenin yargısal bir makam özelliklerine sahip olup olmadığı tartışma konusu yapılmamıştır. Bununla birlikte, tutulan kimsenin yargısal bir makama ulaşma imkânına sahip olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ilk cümlesine uygunluk için yeterli değildir. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, 5(1)(c) bendi, polisin veya idarenin karar verdiği bir tutmanın, derhal ve otomatik olarak yargısal olarak denetlenmesini amaçlamaktadır. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ('derhal... önüne çıkarılır'), 'usul şartını' ortaya koymaktadır; buna göre, 'yargıç' veya yargılama yetkisine sahip görevli, tutulmuş kişiyi gerçekten dinlemeli ve gerekli kararı vermelidir. Başvuruculardan de Jong ve Baljet, mahkeme önüne çıkarıldıkları gün salıverilmişlerdir.

Bu başvurular bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan sırasıyla 7 ve 11 bir gün nezarete tutulmuşlardır. Gözaltına alınmış bir kimse, tutulmasın yargısal denetimi yapılmadan önce 'derhal' (promptly) salıverildiği takdirde, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olamaz. Derhallik (promptness) meselesi, her olayda, o olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile, Mahkeme, bu olayın özel şartları içinde, söz konusu sürelerin 'derhallik' şartına uygun görülemeyeceği sonucuna varmaktadır. O halde de Jong ve Baljet nezarete buldukları sırada, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki hakların korunmasından yararlanamamışlardır. Başvuruculardan van den Brink 6 gün gözaltında tutulmuştur. Bu olayda da Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki sınır aşılmıştır.

3. Sonuç

[54-54]: Özetlenecek olursa, üç başvurucudan her biri, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalden dolayı mağdurdur.

C. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[55-59]: Başvurucular gözaltına karşı itiraz etme imkânlarının bulunmadığını iddia etmişlerdir. Hükümete göre, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarındaki güvenceler aynı anda uygulanamaz; 4. fıkrada düşünülen muhakeme, 3. fıkranın gerektirdiği muhakemeye bir tür itiraz oluşturur. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle bağlantılı olarak ele alındığında, 3. fıkraya göre bir kimseyi 'kanunen yetkili makam' önüne çıkarmak için izlenen usul, tabi ki 4. fıkraya uygunluk üzerinde belirli bir etkiye sahip olabilir. Örneğin bu usul, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan veya bırakmayı onaylayan bir 'mahkeme' kararıyla sona erdiğinde, 4. fıkranın gerektirdiği hukukiliğin yargısal denetimi, başlangıçtaki bu karara içselleştirilmiş olmaktadır (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §76, ve *Van Droogenbroeck*, §44-45). Ancak 5(4). fıkrayla sağlanan güvence, 3. fıkrayla sağlanan güvenceden farklı bir sistemi olan ve 3. fıkraya ek bir güvencedir. Mahkeme, mevcut davada da her iki fıkranın aynı anda uygulanmaması için bir sebep görmemiştir.

Öte yandan Hükümet, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasını karşılayan Askerlik Kanununun 13. ve 34. maddelerine dikkat çekmiştir. Yargılamaya sevkten önceki döneme uygulanabilir

olan 13. madde, on dört gündür nezarete tutulu bulunan şüpheli askere, komutan generalin olayı yargılamaya sevk edip etmemeye karar vereceği veya tutmayı sona erdireceği bir süre tayin etmesi için Askeri Mahkemeye dilekçeyle başvurma imkânı vermektedir. Mahkeme'ye göre, askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile (*Engel ve Diğerleri*, §54), bu hukuk yolunun gözetilmesine alındıktan sonra on dört gün geçmeden kullanılmaması, başvuru sahiplerinin 'süratli' bir karar elde etmelerini önlemiştir. Yargılamaya sevkten sonra ve fakat yargılamanın başlamasından önce uygulanabilen 34. madde, tutuklu askere salıverilmek için Askeri Mahkemeye başvurma imkânı vermektedir. Bu madde, yargılamaya sevk olayının şartları içinde gerçekleşme hızına bağlı bir biçimde, uygulamada 'süratli' bir karar verilmesine yol açabilecek niteliktedir. Ancak başvuru sahiplerinden de Jong yedi, Baljet on bir ve van den Brink altı gün yargılamaya sevk edilemeden ve dolayısıyla hukuk yollarına başvurmadan nezarete kalmışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile, her bir olayda bir mahkemeye ulaşmadan geçen süre, başvuru sahiplerinin tutulmalarının hukukiliğinin 'süratle' denetlenmesini sağlamak için başvurma hakkından yoksun bırakacak kadar uzundur. Aslında de Jong ve Baljet, yargılamaya sevk edildikleri zaman salıverilmişler; van den Brink de tutuklu kalmasına rağmen, yargılamaya sevk edildikten sonra Askerlik Kanununun 34. maddesine göre salıverilme imkânı aramamıştır. Ne var ki bu koşullar, yukarıda varılan sonucu değiştirmez; çünkü Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali, başvuru sahiplerinin Askeri Mahkemedeki hukuk yoluna ulaşma imkânına kavuşmadan önce meydana gelmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

...

4. Her bir başvuru için Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
5. Her bir başvuru sahibinin Sözleşme'nin 5(3) ve (4). fıkralarının ihlal mağduru olduklarına;
6. Sözleşme'nin 5. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediğine;

...

KARAR VERMİŞTİR.

29.11.1988 11209/84 BROGAN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK

- ◆ *gözetli süresi* (IRA üyesi olduklarından ve terör suçu işlediklerinden kuşkuyla suçlanan başvuru sahiplerinden ilkinin 5 gün on bir saat, ikincisinin 6 gün on altı buçuk saat, üçüncüsünün 4 gün altı saat, dördüncüsünün 4 gün on bir saat gözetilmesinde tutulması), *gözetli sebebi* (gözetilme kararının gerekçesinin başvuru sahiplerinin, yetkili makamların önüne çıkarılma amacı olmaksızın bilgi toplama amacıyla idari tutmaya tabi tutuldukları şikâyeti), *gözetimin hukukilik denetimi* (iç hukukta habeas corpus şeklinde gözetilme kararına karşı mahkemeye başvurma hakkının bulunması)
- kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetilme - yetkili makamların önüne çıkarılma amacıyla gözetilme - gözetilme kararına karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - olağanüstü hal

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru sahibi Bay Terence Patrick Brogan, 1961 doğumludur. Brogan, 1984 tarihli Terörün Önlenmesi Yasasının 12. maddesine göre, 17 Eylül 1984 günü sabah 6.15'de evinden gözetilme kararı alınmıştır. Brogan gözetilme kararından birkaç saat sonra, 'IRA' üyesi olduğundan ve ayrıca bir komiser muavinin öldüğü ve bir polis memurunun ağır surette yaralandığı polis devriyesine yapılan bir saldırıya karıştığından kuşkuyla suçlanıldığı gerekçesiyle ifadesi alınmaya başlanmıştır. Brogan, polisteki ifadesi sırasında tamamen sessiz kalmıştır. Brogan, 19 ve 21 Eylül 1984 tarihlerinde avukatıyla görüşmüştür. Brogan, beş gün on bir saat tutulduktan sonra, 22 Eylül 1984 günü 17.20'de salıverilmiştir.

İkinci başvuru Bay Dermon Coyle, 1953 doğumludur. Coyle, 1 Ekim 1984 günü sabah 6.35'te evinden gözaltına alınmıştır. Coyle'un gözaltına alınmasından birkaç saat sonra, 'IRA'ya üye olmak ve güvenlik güçlerinin öldürülmesi amacıyla mayın döşemek ve yangın bombasıyla saldırmak suçlarından ifadesi alınmaya başlanmıştır. Coyle, bir kez sigara istemenin dışında, tamamen sessiz kalmıştır. Coyle, 3 ve 4 Ekim 1984 tarihlerinde avukatıyla görüşmüştür. Coyle, altı gün on altı buçuk saat tutulduktan sonra, 7 Ekim 1984 günü saat 11.05'te salıverilmiştir.

Üçüncü başvuru Bay William McFadden, 1959 doğumludur. McFadden, 1 Ekim 1984 günü sabah saat 7.00'de evinden gözaltına alınmıştır. McFadden'in gözaltına alınmasından birkaç sonra, bir askerin öldüğü bombalı saldırı ile yine bir askerin öldüğü yangın bombalı ve silahlı saldırı nedeniyle ifadesi alınmıştır. McFadden, sorgularından birinde genel nitelikte bir soruyu yanıtlamak dışında, kendisine sorulan soruları yanıtlamamıştır. McFadden, 3 Ekim 1984'te avukatıyla görüşmüştür. McFadden, dört gün altı saat tutulduktan sonra, 5 Ekim 1984 günü öğlen saat 1.00'de salıverilmiştir.

Dördüncü başvuru Bay Michael Tracey, 1962 doğumludur. Tracey, 1 Ekim 1984 günü sabah 7.04'te evinden gözaltına alınmıştır. Tracey'nin gözaltına alınmasından birkaç saat sonra, yasadışı bir örgüt olan 'INLA'ya üye olmak ve postaneye silahlı soygunda bulunmak ve güvenlik güçlerini öldürmek suçlarından ifadesi alınmıştır. Tracey, genel nitelikteki bazı soruların dışında, kendisine sorulan sorulardan hiçbirine cevap vermemiştir. Tracey, 3 Ekim 1984 günü avukatıyla görüşmüştür. Tracey, dört gün on bir saat tutulduktan sonra, 5 Ekim 1984 günü sabah 6.00'da salıverilmiştir.

Başvurucuların her birine, gözaltına alan memurlar tarafından, 1984 tarihli Yasanın 12. maddesine göre gözaltına alındıkları söylenmiş; Kuzey İrlanda meselesiyle bağlantılı olarak terör faaliyetleri için bir araya geldiklerinden, hazırlık yaptıklarından veya terör suçu işlediklerinden kuşku duymak için makul sebepler bulunduğu ifade edilmiştir. Başvurucular, bir şey söylemek zorunda olmadıkları, fakat söyleyecekleri şeylerin delil olarak kullanılabilceği konusunda uyarılmışlardır.

Gözaltına alınmalarının ertesi günü, her bir başvurucuya, Kuzey İrlanda'dan sorumlu Bakanın, 1984 tarihli Yasanın 12(4). fıkrasına göre, kendilerinin gözaltında tutulmalarının beş gün daha uzatılmasına izin verdiği söylenmiştir. Başvuruculardan hiçbiri, bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmamış ve salıverildikten sonra hiçbirinin hakkında suçlamada (charge) bulunulmamıştır. 1984 tarihli Yasanın 12. maddesine göre, bir polis, terör eylemleri için bir araya gelme (commission), hazırlık yapma (preparation) veya eylemde bulunma (instigation) suçlarına karıştırdığından veya karışmakta olduğundan kuşkulanmak için hakkında makul sebepler bulunan bir kimseyi, müzekkere olmadan gözaltına alabilir. Gözaltına alınan bir kimse 48 saat gözaltında tutulabilir. Devlet Bakanı, bu süreyi en fazla 5 gün uzatabilir. Bu maddeye göre tutulan bir kimse, tutulduğu süre içinde mahkeme önüne getirilmez.

1984 tarihli Yasanın 14(1). fıkrasındaki tanıma göre terörizm, 'siyasal amaçlarla şiddet kullanmak demek olup, halkın tamamını veya bir bölümünü korkutmak amacıyla şiddet kullanmayı da içerir'.

Başvurucular, sırasıyla 18 Ekim 1984, 22 Ekim 1984, 22 Kasım 1984 ve 8 Şubat 1985 tarihlerinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlardır. Başvurucular, gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından haklı olmadığını ve ayrıca 5(2), (3), (4) ve (5). fıkralarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

III. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[49-54]: Başvurucular, 1984 tarihli Yasanın 12. maddesi dolayısıyla maruz kaldıkları özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı olduğunu; çünkü bir 'suç' işledikleri kuşkusuyla gözaltına alınmadıklarını veya gözaltına alınmalarındaki amacın, kendilerini yetkili bir makam önüne çıkarmak olmadığını iddia etmişlerdir.

Mahkeme'ye göre, 1984 tarihli Yasanın 14. maddesi, terörizmi, 'halkın tamamını veya bir bölümünü korkutmak amacıyla şiddet kullanmayı' da içeren 'siyasal amaçla şiddet kullanma' şeklinde tanımlamaktadır. Mahkeme, daha önce bu tanımlı 'bir suç tanımıyla uyumlu' bulunmuştur (*İrlanda - Birleşik Krallık, §196*). Buna ek olarak, her bir başvurucu, gözaltına alınmalarından sonra ilk birkaç saat içinde, belirli suçlara karıştıklarından ve yasadışı örgütlere üye olduklarından kuşkulandığı için sorgulanmışlardır. Buna göre, başvurucuların gözaltına alınmaları ve daha sonra tutulmaları, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi anlamında, bir suç işlediklerinden makul kuşku bulunmasına dayanmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, gözaltına alma veya tutmanın, ilgili kişilerin kanunen yetkili makamlar önüne çıkarılması amacı taşımasını gerektirmektedir. Başvurucular haklarında isnatta bulunulmadığını ve tutuldukları sırada bir mahkeme önüne çıkarılmadıklarını belirtmişlerdir. Başvuruculara göre, bu tutma yetkisi, bilgi toplama amacıyla kullanılan bir idari tutma (administrative detention) yetkisidir.

Mahkeme'ye göre, başvurucular hakkında isnatta bulunulmamış olması veya başvurucuların bir mahkeme önüne getirilmemiş olmaları, tutulmalarının amacının mutlaka Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı olduğu anlamına gelmez. Kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacının varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir; Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, polislin gözaltına alma anında veya başvurucular nezaretteyken, isnatta bulunmak için yeterli delil elde etmiş olmasını varsaymamaktadır. Bu tür deliller elde edilmemiş olabilir veya kuşkulanan suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, başkalarının yaşamlarını tehlikeye sokmaksızın, bu delillerin mahkemeye sunulmaları mümkün olmayabilir. Mevcut olaydaki polis soruşturmasının iyi niyetle yapılmadığına ve başvurucuların tutulmalarında somut kuşkuyu güçlendirmek veya çürütmek üzere soruşturmayı derinleştirme amacı bulunmadığına inanmak için bir sebep yoktur. Bu mümkün olmuş olsaydı, polislin isnatta bulunmuş olacağı ve başvurucuların kanunen yetkili makamlar önüne çıkarılmış olacağı düşünülebilirdi. O halde, başvurucuların gözaltına alınma ve tutulmalarının, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde belirtilen amaç için gerçekleştirilmiş olduğu sonucuna varılabilir.

IV. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucular uzun süre gözaltında tutulduklarını belirterek 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuruculardan birincisi 5 gün on bir saat, ikincisi 6 gün on altı buçuk saat, üçüncüsü 4 gün altı saat, dördüncüsü 4 gün on bir saat sürelerle gözaltında tutulduktan sonra salıverilmişlerdir.

“58. Gözaltında tutulan bir kimsenin belirli bir suçu işlediği şeklinde resmen suçlanmamış veya bir mahkemenin önüne çıkarılmamış olması, kendiliğinden Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının birinci hükmünü ihlal etmez. Gözaltına alınmış bir kimse, tutulmasının yargısal denetimi yapılamadan önce 'derhal' (promptly) salıverildiği takdirde, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olmaz (*Jong, Baljet ve van den Brink, §52*). Gözaltına alınmış kimse derhal salıverilmez ise, hemen bir yargıç veya yargısal görevli önüne çıkarılma hakkına sahiptir. Bu 'derhalliğin' (promptness) değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ve gayesi ışığında yapılmalıdır. Mahkeme, 5. maddenin Sözleşme sistemi içindeki önemini görmektedir; bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi mü-

dahalelerine karşı korunması gibi, temel bir insan hakkını içermektedir (*Bozano*, §54). Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvencelerin temel bir unsurdur. Yargısal denetim, 'demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ... ve Sözleşme'nin başlangıcında açıkça belirtilen' (*Klass ve Diğerleri*, §55) ve 'Sözleşme'nin bütününe esin kaynağı olan' (*Engel ve Diğerleri*, §69) hukukun üstünlüğü kavramının bir gereğidir.

59. ... Derhallik, her bir olayda, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmekle birlikte (*Jong, Baljet ve van den Brink*, §52), bu özelliklere atfedilen önem hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirilmemelidir.

60. Mevcut dava sadece, Kuzey İrlanda'da terör faaliyetlerine karıştığından kuşkulanan kişilerin, özel mevzuatla verilen yetki gereğince gözaltına alınmaları ve tutulmalarıyla ilgilidir. Bir sanığın bir mahkemenin önüne çıkarılmasıyla ilgili genel hükümlerdeki şartlar, 1984 tarihli Yasanın 12(6). fıkrasıyla, bu tür gözaltına alma ve tutmalara uygulanabilir olmaktan çıkarılmıştır. Mevcut davada, herhangi bir dönemde sıradan cezai bir olayda, dört gün gibi bir gözaltı süresinin, genel bir kural olarak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasıyla bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda karar verilmesi istenmemiştir. Gerçekten de başvurulardan hiçbiri, bir yargıç veya yargısal bir görevlinin önüne çıkarılmamışlardır. O halde karar verilmesi gereken mesele, Hükümet tarafından belirtilen özel koşullar da dikkate alınarak, her bir başvurunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından 'derhal' salıverilmiş olup olmadığıdır.

61. Terör suçlarının soruşturulması, yetkililere, yukarıda 5(1). fıkrası altında kısmen değinilen özel bazı güçlükler çıkarmaktadır. Mahkeme, bu bağlamda, Hükümet'in zikrettiği bütün faktörleri not etmektedir. Kuzey İrlanda'da, polislin gözaltı süresinin uzatılması taleplerinin Bakanlığa gönderilmesi ve polislin her bir uzatma talebinin Bakanlık tarafından derinliğine incelenmesi, bir anlamda idari bir denetim sağlamaktadır. Ayrıca, özel yetkilerin devam etmesi için duyulan ihtiyaç sürekli olarak Parlamento tarafından ve bu yetkilerin kullanılması da düzenli olarak bağımsız şahsiyetler tarafından incelenmektedir. Mahkeme, yeterli koruyucuların mevcudiyetine bağlı olarak, Kuzey İrlanda'da terörizmin, yetkililerin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal etmeden, ağır terör suçlarını işlediklerinden kuşkulandıkları bir kimseyi, bir yargıç veya yargısal bir görevli önüne çıkarmadan önce gözaltında tutma süresinin uzatılması sonucunu doğurduğunu kabul etmektedir. Şüpheli teröristleri gözaltına alma ve tutma kararları üzerinde yargısal denetim yapılmasında Hükümetin bahsettiği güçlükler, örneğin şüphe duyulan suçların niteliğine göre gerekli usul tedbirlerinin alınmasını gerekli kılarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının uygulanma tarzını etkileyebilir. Fakat bu güçlükler, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre 'derhal' yapılması gereken yargısal denetimden tamamen sıyrılmayı haklı kılmaz.

62. Yukarıda 59. paragrafta da söylendiği gibi, 'derhal' kavramının yorumlanmasında ve uygulanmasındaki esneklik çok sınırlıdır. Mahkeme'ye göre, söz konusu dört gözaltında tutma döneminden en kısa olanı, yani Bay McFadden'in gözaltında geçirdiği 4 gün altı saatlik süre bile, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının birinci hükmünün izin verdiği sürenin sınırları dışında kalmaktadır. Bu davadaki özel koşullara, bir yargıç veya diğer bir yargısal görevlinin önüne çıkarmadan geçecek bu kadar uzun bir tutma süresini haklı kılacak şekilde önem vermek, 'derhal' kelimesinin olağan anlamını kabul edilemeyecek ölçüde geniş yorumlamak olur. Böyle bir yorum, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının usul güvencesini bireyin aleyhine ciddi bir şekilde zayıflatacak ve bu hükümle korunmuş olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır. Bu nedenle Mahkeme, başvurulardan hiçbirinin, yargısal bir makam önüne 'derhal' çıkarılmadıkları veya gözaltına alındıktan son-

ra ‘derhal’ salıverilmedikleri sonucuna varmak durumundadır. Başvurucuların gözaltına alınma ve tutulmalarının, bir bütün olarak toplumu terörden koruma şeklindeki meşru bir amaçtan esinlenmiş olması, kendiliğinden Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının özel gereklerine uygunluk sağlamak için yeterli değildir.”

V. Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucular, Birleşik Krallık hukukunda Sözleşme’nin 5. maddesi içselleştirilmemiş olduğu için, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği etkili bir hukukilik denetiminin yapılmadığını iddia etmişlerdir.

“65. Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasındaki ‘hukukilik’ kavramı, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukukilik’ ile aynı anlama gelmektedir (*Ashingdane*, §52); bir ‘gözaltına alma’ veya ‘tutma’nın ‘hukuki’ olarak kabul edilip edilemeyeceği, sadece iç hukuk değil, ama ayrıca, genel prensiplerin yer aldığı Sözleşme metni ve Sözleşme’nin 5(1). fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacı ışığında belirlenmelidir (*Weeks*, §57). Gözaltına alınma veya tutulan kimseler, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası gereğince, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukuki’liğin gerektirdiği önemli maddi ve usul şartlar açısından tutulmalarının incelenmesini isteme hakkına sahiptirler. Bu demektir ki, mevcut davada başvurucular, yetkili mahkemenin, sadece 1984 tarihli Yasanın 12. maddesindeki usul şartlarına uygunluğu değil, ama aynı zamanda gözaltına alma sebebi olan kuşkunun makullüğünü ve gözaltına alma ve sonra tutmayla izlenen amacın meşruluğunu da incelemesine imkân veren bir hukuk yolunu kullanmış olmalıydılar. Bu şartlar, iç hukukta özellikle *Van Hout* ve *Lynch* kararları gibi yerleşik içtihatlarla görüldüğü üzere, uygulamada, habeas corpus hukuk yoluyla ilgili olarak Kuzey İrlanda’daki mahkemeler tarafından yerine getirilmiştir.”

VI. Sözleşme’nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

[67-67]: Mahkeme’ye göre, Birleşik Krallık’ta iç hukuka aykırılık bakımından hukuka aykırı özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle tazminat talep etmek mümkündür. Sözleşme’nin 5. maddesi, Birleşik Krallık iç hukukunun bir parçası olarak kabul edilmediğinden, aynı zamanda Birleşik Krallık hukukuna bir aykırılık da oluşturmayan 5. maddenin herhangi bir hükmünün ihlali için tazminat talep etmek de mümkün değildir. Mevcut davada başvurucular, iç hukuk bakımından hukuka uygun olarak ve fakat Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı olarak gözaltına alınmışlar ve tutulmuşlardır. Bu ihlal, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin mevcut kararından önce veya sonra, mağdurlar tarafından usul mahkemeler önünde tazminat isteme hakkı doğurmamıştır. Hükümetin de bu konuda bir itirazı yoktur. Buna göre, bu davada her bir başvuru bakımından Sözleşme’nin 5(5). fıkrası da ihlal edilmiştir. Bu tespit, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 50. maddesine göre adil karşılık olarak tazminata hükmetmesine engel değildir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üç karşı on altı oyla, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Yediye karşı on iki oyla, her bir başvuru bakımından Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlal edilmediğine
4. Altıya karşı on üç oyla, her bir başvuru bakımından Sözleşme’nin 5(5). fıkrasının ihlaline;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
6. Oybirliğiyle, ücretler ve masrafların geri ödenmesi bakımından Sözleşme’nin 50. maddesinin uygulanmasının gerekli olmadığına;
7. Oybirliğiyle, uğranılan zarar bakımından istenen tazminat Sözleşme’nin 50. maddesinin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına; ...

KARAR VERMİŞTİR

30.08.1990 12244/86 FOX, CAMPBELL ve HARTLEY - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözetli sebebi* (başvuruların terör faaliyetlerinde bulduklarından kuşkulanan polisler tarafından yakalama emri olmaksızın bilgi toplama amacıyla makul kuşku yerine samimi kuşkuyla gözetli alınmaları), *gözetimde bilgilendirilme* (başvuruların tutma nedeni hakkında bilgilendirilmedikleri şikâyeti), *gözetimin hukukilik denetimi* (başvuruların gözetli karşı mahkemeye başvurma yolu bulunmadığı şikâyeti) ■ *kişi özgürlüğü* - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli - kanunen yetkili makam önüne çıkarma amacı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - gözetli karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Bay Bernard Fox, 1979 yılında patlayıcı suçlarından 12 yıl, IRA'ya üye olmaktan 5 yıl hapis cezası almış bir kişidir. İkinci başvuru Bayan Maire Campbell, birinci başvurucağın eşi olup, 1979 yılında patlayıcı suçlarına karışmaktan 18 ay hapis cezası alıp cezası ertelenmiş olan bir kişidir.

Başvurucular 5 Şubat 1986'da, Belfast'ta polis tarafından durdurulmuşlar ve polis karakoluna getirilmişlerdir. Seyahat ettikleri araç burada baştan aşağı aranmıştır. Polis karakoluna getirildikten 25 dakika sonra, yani 15.40'ta, 1978 tarihli Olağanüstü Hal Yasasının 11(1). fıkrasına dayanılarak resmen gözetli alındıkları, çünkü gözetli alan görevlinin kendilerinin terörist olduğundan kuşkulandığı bildirilmiştir. Aynı gün başvuruların 20.15 ile 22.00 arasında ayrı ifadeleri alınmıştır. Başvuruculara, tutuldukları süre içinde, IRA'ya istihbarat toplama ve kuryelik yapma gibi kuşkulanan davranışları hakkında sorular sorulmuştur. Ayrıca IRA'ya üye oldukları kuşkusuyla da sorgulanmışlardır. Hükümetin dediğine göre, bu kişilerin arabası durdurulmadan önce, kendilerinden kuşulanmak için polisin elinde bilgi vardır.

Başvurucular hakkında daha sonra bir suçlamada (charge) bulunulmamıştır. Birinci başvuru, 7 Şubat 1986 günü 11.40'ta; ikinci başvuru, bundan beş dakika sonra salıverilmiştir. Polis karakoluna götürülmek için geçen zaman hariç, birinci başvuru 44 saat, ikinci başvuru 44 saat 5 dakika tutulmuştur. Başvuruculara gözetli alınırken sahip oldukları hakları bildiren bir yazı gösterilmiştir. Başvurucular, yargıç önüne çıkarılmamışlar ve kendilerine salıverilmek için başvurma (release on bail) olanağı tanınmamıştır. Bu başvurucular 6 Şubat günü, 'habeas corpus' muhakeme sürecini başlatmışlar, ancak yaptıkları başvurular henüz bir yargıç önüne getirilmeden salıverilmişlerdir.

Üçüncü başvuru Samuel Hartley, 18 Ağustos 1986 günü sabah 7.55'te, anne ve babasının evinde bulunduğu bir sırada evden gözetli alınmıştır. Gözetli alındığı anda kendisinin terörist olduğundan kuşkulandığı için, 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre gözetli alındığı bildirilmiştir. Polis karakoluna getirildiğinde, haklarını gösteren yazının bir kopyası kendisine gösterilmiştir. Burada, saat 11.05'ten 12.15'e kadar polis tarafından sorgulanmıştır. Başvuru Hartley'in, bir önceki ay Ballymena'da bir kadın ve bir genç adamın silahlı ve maskeli adamlar tarafından zorla alınıp götürüldüğü kaçırma olayına karıştığından kuşulanılmıştır. Kaçırma olayına karışanların IRA ile bağlantıları olduğu düşünülmüştür. Hükümet, başvuru Hartley'in ilk ifade tutanaklarının, küçük ve özel bir coğrafi alandaki terör faaliyetleri ve IRA ile ilişkileri hakkında sorgulanmış olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Tutanaklar, bu ifadeden daha ayrıntılı değildir; ancak sözü edilen alan, kaçırma olayının meydana geldiği alandır. Başvuru Hartley, kaçırma olayı ile ilişkisi olduğunu reddetmiş; ancak bu konuda sorgulandığını ileri süren Hükümet'in iddiasını inkâr etmemiştir. Hartley, hakkında bir suçlama yapılmamıştır. Hartley, 19 Ağustos 1986'da saat 14.10'da, yani 30 saat 15 dakika gözetli tutulduktan sonra salıverilmiştir. Hartley, gözetli alınması ve gözetli tutulmasıyla ilgili herhangi bir dava açmamıştır.

Bay Fox ve Bayan Campbell 16 Haziran 1986'da, Bay Hartley ise 2 Eylül 1986'da İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlardır. Başvurucular, gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından haklı olmadığını ve 5(2), (4) ve (5). fıkralarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucular, bir suç işlemiş olmaktan ötürü 'makul' kuşku üzerine gözaltına alınmış ve tutulmuş olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, makullük şartına yer vermeyen yasa hükmü, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle doğrudan çelişki halindedir. Ayrıca, gözaltına alınmalarının makul kuşkuya dayandığı maddi olaylarla da gösterilememiştir. Başvurucular ayrıca, gözaltına alınmalarındaki amacın, kendilerini 'kanunen yetkili makam' önüne çıkarmak olmadığını; fakat cezai bir fiille suçlama niyeti bulunmadan bilgi toplamak olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davalı Hükümet ve Komisyon bu görüşü reddetmiştir.

“31. 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre bir gözaltına almanın hukuki olabilmesi için, ..., kuşkunun sadece samimiyetle duyulması gereği vardır. ... Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, samimi ve iyi niyetli bir kuşkudan değil, 'makul kuşku'dan söz etmektedir. Ancak Mahkeme'nin görevi, tartışma konusu yasa hükmünü soyut olarak (in abstracto) denetlemek değil, hükmün belirli bir olayda uygulanışını incelemektir.

32. Bir gözaltına almanın dayanmak zorunda olduğu kuşkunun 'makullüğü', gözaltına alma veya tutmanın keyfilğine karşı Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde düzenlenen koruyucunun esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır. ... Mahkeme'ye göre, 'makul kuşku'ya sahip olmak, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirir. 'Makul' olarak görülebilecek şey ise, olaydaki bütün koşullara göre belirlenir. Bu konuda terör suçları özel bir kategoriye girer. Terör, insan ölümüne ve acılara yol açma tehlikesini beraberinde getirdiği için, polis gizli kaynaklardan edindiği bilgiler dâhil, bütün bilgileri toplarken çok çabuk davranmak zorundadır. Dahası polis çoğunlukla güvenilir olan, ancak kaynağını tehlikeye sokmaksızın zanlıya açıklayamayacağı ve bir isnağ desteklemek için mahkemeye sunamayacağı bilgilere dayanarak terör zanlılarını gözaltına almak zorunda kalabilir. Hükümetin de işaret ettiği gibi, Kuzey İrlanda'daki terör tipi suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında var olan güçlükler nedeniyle, bu tür gözaltına almaları gerektiren kuşkunun 'makullüğü,' her zaman adi suçlarla mücadele ederken uygulanan makullük standartlarıyla değerlendirilmeyebilir. Ancak terör suçlarıyla mücadele etmedeki güçlükler, 'makullük' kavramını Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde güvence altına alınmış koruyucunun özünü zedeleyecek kadar gevşetmeyi haklı çıkarmaz (*Brogan ve Diğerleri*, §59).

33. Komisyon çoğunluğu, Hükümet'in, başvurucular gözaltına alınırken duyulan kuşkunun Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi anlamında 'makul' olduğu veya Kuzey İrlanda hukukunun gerektirdiği 'samimi kuşku'dan daha fazla unsura dayandığına dair bir sonuca ulaşılabilmesini sağlayabilecek herhangi bir bilgi vermediği görüşündedir. Hükümet, her üç başvuruya karşı duyulan kuşkunun dayanağı olan çok hassas bilgilerin ifşa edilmesinin mümkün olmadığını, çünkü bu bilgilerin kaynağının ifşa edilmesinin tehlikeli olduğunu, bunlar ifşa edilecek olursa, başkalarının yaşamının ve güvenliğinin tehlikeye gireceğini ileri sürmüştür. Hükümet, her şeye rağmen, makul bir kuşkunun bulunduğu görüşünü desteklemek için, ilk iki başvurucunun daha önce Geçici IRA ile bağlantılı olarak ciddi terör eylemlerinden dolayı mahkûmiyet almış olduklarına ve her üç başvurucunun gözaltında tutulmaları sırasında kuşkulanan ayrı terör eylemleri hakkında sorguya çekilmiş

olduklarına işaret etmiştir. Hükümete göre, bu olaylar gözaltına alan memurun iyi niyete veya samimi bir kuşkuya sahip bulunduğunu teyit etmek için yeterli olup, iyi niyetli veya samimi kuşku ile makul kuşku arasında esas itibariyle bir fark da yoktur. Hükümet ayrıca, başvurucların kendilerinin dahi, terör eylemleriyle bağlantıları nedeniyle gözaltına alınmış ve tutulmuş olmalarına itiraz etmediklerine dikkat çekmiştir. Hükümet ayrıca, polislin başvurucların gözaltına alınmasına yol açan bilgiyi ifşa edememesine ve bilgi veren kaynağın kimliğini açıklayamamasına rağmen, elinde birinci ve ikinci başvurucların gözaltına alındıkları sırada Geçici IRA için bilgi toplamak ve kuryelik yapmakla meşgul oldukları izlenimi veren sağlam nedenler bulunduğunu ve üçüncü başvurucları hakkında ise, üçüncü başvuruclarının sorgulandığı kaçırma girişimiyle kendisini ilişkilendirecek materyal bulunduğunu belirtmiştir.

34. Elbette Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin güvenlik makamlarının organize terörle mücadelede etkili önlemler almalarını aşırı ölçüde güçleştirici bir biçimde uygulanmamalıdır (*Klass ve Diğerleri*, §58 ve 68). Buradan çıkan sonuca göre, Sözleşme'ye Taraf Devletlerden destekleyici bilgilerin gizli kaynaklarını açıklaması ve hatta bu tür kaynaklar veya kimlikler bakımından hassas olan olayları açık etmek suretiyle bir zanlı teröristin gözaltına alınmasına sebep olan kuşkunun makullüğünü kanıtlaması istenemez. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan koruyucunun özünün korunup korunmadığını tespit edebilme imkânına sahip kılınmalıdır. Bu nedenle davalı hükümet, gözaltına alınmış olan kişiler hakkında, iddia konusu suçları işlemiş olduklarından makul olarak kuşku duyulmuş olduğuna dair Mahkeme'yi ikna edebilecek kadar maddi olay veya bilgiyi ortaya koymak durumundadır. Bu, mevcut davada olduğu gibi, iç hukukun makul kuşkuyla değil de, sadece samimi bir kuşku gibi daha düşük bir eşik değeri şart kıldığı hallerde daha da gereklidir.

35. Mahkeme, her bir başvuruclarının gözaltına alınmasının ve tutulmasının, kendilerinin terörist olduğuna dair iyi niyetli bir kuşkuyla dayandığını, Hartley de dâhil olmak üzere her birinin tutulmaları sırasında kendilerinden kuşkulandırılmasına neden olan ayrı terör eylemleri hakkında sorguya çekildiklerini kabul etmektedir. Bay Fox ve Bayan Campbell'in, IRA ile bağlantılı olarak terör eylemleri nedeniyle daha önce mahkûmiyet almış olmaları, terör tipi suçlara iştiraklerine dair bir kuşkuyla güçlendirse bile, bu durum tek başına, 1986 yılında, yani bundan yedi yıl sonra, gözaltına alınmalarını haklı kılacak bir kuşku nedeni oluşturamaz. Bütün başvuruclarının tutulmaları sırasında ayrı terör eylemlerinden sorguya çekilmiş olmaları, gözaltına alan görevlilerin samimi bir kuşku duyduklarını teyit eder; ama objektif bir gözlemciyi, başvuruclarının bu eylemleri işlemiş olabilecekleri konusunda ikna edemez. Yukarıda belirtilen unsurlar, tek başlarına 'makul kuşku'nun bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Hükümet, başvuruclarına karşı duyulan kuşku hakkında başka bir bilgi vermemiştir. O halde Hükümet'in açıklamaları, bir kişinin gözaltına alınması için gerekli kuşkunun makullüğüne hükmetmek için, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde getirilen asgari standardı karşılamamaktadır.

36. Buna göre Mahkeme, 5(1). fıkrasına aykırılık olduğu sonucuna varmaktadır. Böyle olunca, başvuruclarının gözaltına alınmalarındaki amaç sorununu inceleme gereği duyulmamıştır.”

III. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruclarına göre, gözaltına alındıkları zaman gözaltına alınmalarının maddi sebepleri hakkında yeterli ve anlaşılabilir bir bilgi verilmemesi, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına aykırılık oluşturmuştur. Başvurucları ayrıca, kişinin gözaltına alınma nedenlerini sonradan yapılan polis sorgulamalarından çıkarsamasının istenmesinin, ulusal makamların kişiyi 'bilgilendirme' göreviyle bağdaşmadığını savunmuşlardır.

“40. Sözleşme’nin 5(2). fıkrası, gözaltına alınan bir kimsenin, neden ötürü özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören temel bir koruyucuyu içerir. Bu hüküm, 5. maddeyle sağlanan koruma sisteminin bütünleyici bir parçasıdır; gözaltına alınan bir kimseye, 5(2). fıkrası gereğince, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa 5(4). fıkraya göre bunun hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır (*Van der Leer*, §28). Bu bilgi derhal verilmelidir; ama gözaltına alma anında gözaltına alan memur tarafından bu bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği, her bir olayda olayın kendi özel şartlarına göre değerlendirilmelidir.

41. Fox, Campbell ve Hartley, gözaltına alınırken, gözaltına alan memur tarafından kendilerine sadece terörist olduklarından kuşkulandığı için 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre gözaltına alındıkları söylenmiştir. Hükümetin de kabul ettiği gibi, gözaltının hukuki temelinde dair yapılan bu basit bildirim, tek başına ele alındığında, Sözleşmenin 5(2). fıkrasının amacı bakımından yetersizdir. Ancak her üç başvurucu, gözaltına alınmalarının ardından, ayrı suç eylemlerine karışmak ve yasaklanmış örgütlere üye olmak kuşkusuyla polis tarafından sorgulanmışlardır. Bu sorgulamaların, başvurucuların neden dolayı gözaltına alındıklarını anlamalarını mümkün kılacak nitelikte olmadığını düşünmek için bir neden yoktur. O halde bu suretle, terörist olduklarından kuşkulanıma nedenleri, sorgulama sırasında başvurucuların bilgisine sunulmuştur.

42. Fox ve Campbell, 5 Şubat 1986 günü saat 15.40’da, Woodbourne RUC karakolunda gözaltına alınmışlar ve 20.15 ile 22.00 arasında Castlereagh Polis Bürosunda ayrı ayrı sorgulanmışlardır. Hartley ise, 18 Ağustos 1986 günü saat 7.55’te kendi evinden gözaltına alınmış, Antrim Polis karakoluna götürülerek 11.05 ile 12.15 arasında sorgulanmıştır. Bu dava bağlamında, bu birkaç saatlik zamanın, Sözleşme’nin 5(2). fıkrasındaki derhal kavramıyla getirilen sınırın dışına taşıdığı söylenemez.”

IV. Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[44-45]: Başvurucular, Sözleşme’nin Birleşik Krallık hukukuna içselleştirilmemiş olması nedeniyle, tutulmalarının hukukiliği hakkında, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasına göre ulusal mahkemelere itiraz etme olanağı bulamadıklarını ileri sürmüşlerdir. Komisyon çoğunluğu, bu fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Komisyon çoğunluğuna göre, bu olayda olduğu gibi, gözaltına alınanlar gözaltına alınmalarının hukukiliği süratle (speedy) karara bağlanmadan önce salıverildiklerinde, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasında yer alan bu önemli koruyucunun konusu kalmaz. Komisyon üyesi Danelius’un görüşüne göre, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasında düzenlenen hak, kısa süreli gözaltında tutmalar için de geçerlidir; bu hak, ‘habeas corpus’ hukuk yoluyla veya haksız özgürlük kısıtlamasına karşı tazminat davasıyla korunamaz; çünkü 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre gözaltına alınanın hukuki olması için makul kuşku gerekmemektedir. Mahkeme, başvuru Hartley’in gözaltına alınması ve tutulmasıyla ilgili bir dava açmadığını, öte yandan Fox ve Campbell’in, gözaltına alınmalarını izleyen gün, ‘habeas corpus’ davası açtıklarını, ancak bu başvuruların duruşma için yargıç önüne getirilmeden önce salıverildiklerini kaydetmiştir. Mahkeme’ye göre, üç başvuru da gözaltına alınmalarının yargısal denetimi yapılmadan önce aceleyle salıverilmişlerdir. Mahkeme’ye göre, başvurucular salıverilmemiş olsalardı, başvurabilecekleri hukuk yollarının Sözleşme’nin 5(4). fıkrasındaki koşulları yerine getirip getirmediği hakkında soyut olarak karar vermek Mahkeme’nin görevi değildir. Bu nedenle Mahkeme, başvurucuların 5(4). fıkrasıyla ilgili şikâyetlerinin esasını incelemeyi gerekli görmemiştir.

V. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

“46. Başvurucuların gözaltına alınma ve tutulmalarının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğuna karar verilmiştir. Bu aykırılık, Mahkeme tarafından bu karara varılmasından önce veya sonra, mağdurlar tarafından Kuzey İrlanda mahkemeleri önünde tazminat talebinde bulunabilmeleri sonucunu doğurmaz. O halde her üç başvuru bakımından, Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal edilmiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üç karşı dört oyla, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Üç karşı dört oyla, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlaline;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ile 13. maddesine göre yapılan şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığına;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına; ...

KARAR VERMİŞTİR.

19.03.1991 11755/85 STOCKE - ALMANYA

♦ *gözetimin hukukiliği - yurtdışında operasyonla tutma* (hakkında mahkemece yakalama emri verilmiş olan başvurunun, hileyle yurtdışından uçakla getirilip gözetimine alındığı şikâyeti) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma*

DAVANIN ESASI

Başvuru Bay Walter Stocke, 1926 doğumlu bir Alman vatandaşıdır. Başvuru vergi suçları nedeniyle 26 Mart 1976'dan 9 Temmuz 1976'ya kadar tutuklu kalmıştır. Salıverildikten sonra salıverilme şartlarına uymadığı gerekçesiyle, mahkeme, Kasım 1977'de başvuru hakkında yakalama emri çıkarmıştır. Başvuru, yakalanmamak için önce İsviçre'ye ve sonra Strasburg'a gitmiştir.

Kasım 1977'de başvurunun bulunduğu yerin tespit edilmesi konusunda uluslararası karar çıkarılmıştır. Bir polis muhbiri olan Bay Köster, 1978 yılında, olayı soruşturan polislere, başvuru Stocke'un eski iş arkadaşı Bay Werner vasıtasıyla Bay Stocke ile temas kurabileceğini ve bu iş için savcıyla görüşmek istediğini söylemiştir. Görüşme 1978 ilkbaharında, Başsavcının bürosunda gerçekleşmiş, görüşmeye soruşturma savcısı ve iki polis de katılmıştır. Bay Köster, o sırada Lüksemburg'da bulunan başvurunun İspanya'daki bir inşaat projesiyle ilgilenmesini sağlama ve kendisini Lüksemburg'dan çıkarma planından söz etmiştir. Savcı, Bay Köster'e suçluların izlenmesine yardım eden kişilere ödenmek üzere fonları olmadığını, ancak bu yardımın kendisi aleyhindeki davada dikkate alınabileceğini, yapılacak işin hukuka uygun olması gerektiğini ve kendisini Almanya'ya döndürmek için ikna etmeye yönelik olması gerektiğini söylemiştir. Daha sonra başvuru Lüksemburg'dan çıkarma girişimi başlamıştır.

Frankfurt'ta yapılan toplantıda, muhbir Köster, polis Hoff'u başvurunun eski iş arkadaşı Werner'e, İspanya'daki inşaat projesiyle ilgilenen bir girişimci olarak tanıtmış ve başvuru Bay Stocke ile de konuyu görüşebilmek için toplantının Lüksemburg'da devam ettirilmesi kararlaştırılmıştır. Öte yandan Alman polis Hoff, Lüksemburg polisine, başvuru Lüksemburg'da suç işlediği şüphesiyle gözetimine alıp Almanya'ya sınırdışı edip edemeyeceğini sormuştur. Lüksemburg polisi, yürürlükteki mevzuata göre başvurunun Fransa'ya sınırdışı edilmek isteyebileceğini, uluslararası bir yakalama emri olmadan baş-

verucu Bay Stocke'a karşı bir işlem yapamayacaklarını bildirmiştir. Polis Hoff, inşaat işi için Lüksemburg'da yapılması planlanan toplantıya gitmekten vazgeçmiş, başvurucuya la temasa geçerek Almanya'da araba kazası yaptığını söylemiş ve Trier'e davet etmiş, ancak teklif reddedilmiştir. Bay Köster'in girişimiyle iş görüşmeleri, 7 Kasım 1978'de Strasburg'da bir otelde başlamıştır. Bu arada Alman Savcılığı, başvurucunun Fransa'dan geri verilmesini sağlamak için uluslararası arama talebini yenilemiştir.

Bay Köster, 7 Kasım 1978 sabahı Alman polisini arayarak, başvurucu Stocke'un öğleden sonra Almanya'nın sınır kenti Saarbrücken Havaalanı'na getirilebileceğini haber vermiştir. Emniyet Müdürlüğü, Saarbrücken havaalanına üç polis göndermiş; bu polisler, yerel polislerle birlikte başvurucuyu havaalanında beklemişlerdir. Bay Köster, aynı gün Warner ile birlikte Strasburg'da başvurucu Stocke ile buluşmuş, iş görüşmesine katılacak olanların gelemediklerini, fakat kendilerini Lüksemburg'da beklediklerini, birlikte Lüksemburg'a gitmek için küçük bir uçak kiraladığını söylemiştir. Uçak kalkmadan önce, Bay Köster, pilotlardan birine uçağı Almanya'nın Saarbrücken Havaalanı'na indirmesini söylemiştir. Akşam 19.50'de uçak Saarbrücken Havaalanı'na inmiştir. Başvurucu burada hemen gözaltına alınmıştır; başvurucu hakkındaki 1976 tarihli yakalama emri hala geçerlidir. Polis, 8 Kasım 1978'de durumu savcıya bildirmiştir. Bay Köster'e masrafları için önce 500 DM sonra 2,500 DM daha ödenmiştir.

Başvurucu, 15 Mayıs 1979'da, Bay Köster ve bilinmeyen kişi veya kişiler aleyhine hürriyeti tahdit suçu işledikleri gerekçesiyle Almanya'da ve Fransa'da suç şikâyetinde bulunmuştur. Üç savcı ve olayda yer alan polisler aleyhinde açılan disiplin soruşturmasında savcılar başvurucunun gözaltına alındığını 8 Kasım'da öğrendiklerini söylemişler, ancak havaalanı polis müdürü verdiği ifadede savcılardan birinin talimatı üzerine tertibat aldıklarını belirtmiştir. Soruşturma 24 Eylül 1979'da sonuçlanmış, Bay Stocke'un Ceza Muhakemesi Kanununun 112. maddesi gereğince çıkarılan yakalama emri üzerine gözaltına alındığı, başvurucunun şikâyetçi olduğu olayların Alman Ceza Kanunu'nun 239. maddesindeki hürriyeti tahdit suçunu oluşturmadığı belirtilmiştir.

Başvurucu, 7 Ekim 1979'da bu kez Bay Köster ve diğerleri (savcılar, polisler ve pilotlar) hakkında kaçırma suçundan şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, Bay Köster ve savcılığın kendisine karşı hileli işbirliği yaptıklarını ileri sürmüştür. Başvurucunun bu iddiası ve disiplin soruşturması aleyhine yaptığı itiraz, Üst Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Başvurucu aleyhindeki yargılama Ekim 1979'da başlamış, Şubat 1982'de sonuçlanmış ve başvurucu dolandırıcılık ve vergi kaçırma suçlarından 6 yıl hapis cezası almıştır. Ceza Mahkemesi, kararında başvurucunun kaçırılmasının savcılık tarafından desteklendiği veya önceden bilindiği yönündeki iddianın kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Bu kararda, başvurucunun Alman mevzuatına göre geçerli bir yakalama emrine göre Almanya'da yakalanmasının, iç hukuka ve uluslararası hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir. Öte yandan, Fransız Savcılığı Alman Savcılığına gönderdiği yazıda, başvurucunun şikâyeti hakkında yapılan soruşturmada, Fransa'da suç işlenmediği ve başvurucunun uçağı kendi iradesiyle bindiği gerekçesiyle takipsizlik kararı verildiğini bildirmiştir. Ceza Mahkemesinin kararına karşı başvurucunun Federal Mahkemeye yaptığı başvuru da 2 Ağustos 1984'te reddedilmiştir. Federal Mahkeme, başvurucunun bir Alman vatandaşı olduğunu, Alman mahkemeleri tarafından yargılanabileceğini ve kişisel yargı bağışıklığı bulunmadığını belirtmiştir.

Başvurucunun Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru da Şubat ve Ağustos 1984'te verilen kararlarla reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bir devletin mahkemelerinin, başka bir devletin ülkesel egemenliği veya geri verme anlaşmaları ihlal edilerek önüne getirilen bir kimseyi kovuşturmasını engelleyen bir uluslararası kural bulunmadığını belirtmiştir. Amerikan, İsrail, Fransız ve İngiliz içtihatları, böyle bir durumda, diğer devlet karşı çıkmadıkça ve söz konusu kişinin geri gönderilmesini istemedikçe, bir mahkemenin yargı

yetkisinden vazgeçmeyeceğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesine göre, başvuru Fransa'da yaşamakla, Almanya'da kovuşturulmaktan korunmuş olamaz. Başvurucu, hapis cezasının üçte ikilik bölümünün kalan kısmını çekerek, şartla tahliye edilmiştir. Öte yandan, Bay Köster aleyhindeki hürriyeti tahdit suçundan açılan soruşturmada 28 Ağustos 1990 tarihinde verilen kararda, bu suçun zamanaşımına uğradığı belirtilmiştir.

Başvurucu Stocke, 20 Eylül 1985'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, kendisinin gözaltına alındığı koşulların, gözaltına alınmasını ve daha sonra tutuklanıp mahkûm edilmesini Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına ve 6(1). fıkrasına aykırı hale getirdiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Başvurucu, soruşturma makamlarının, kendisinin Fransa'dan geri verilmesini isteme talebinin sonucu hakkında emin olmadıklarını ve 'yurtdışında bu kirli işi' yapması için polis muhbiri kullandıklarını ileri sürmüştür. Hükümet bu iddiaları reddetmiş ve yetkililerin Bay Köster'i niyetleri hakkında uyarlamakla kalmadıklarını, ama ayrıca olayı aydınlatmak için ellerinden geleni yaptıklarını savunmuştur.

[49-55]: Mahkeme hemen başlangıçta, başvuru Bay Köster tarafından kiralanan uçakla hırsızlıkla kına edilerek bindirildiğini kaydetmiştir. Uçak Almanya'nın Saarbrücken Havaalanı'na indikten sonra Alman polisleri tarafından gözaltına alınan başvuru, hemen Fransa'da ve Almanya'da hürriyeti tahdit suçlarından şikâyetle bulunmuştur. Fransız savcılığı, Fransa topraklarında suç işlenmediği gerekçesiyle takipsizlik kararı vermiştir. Yapılan araştırmalar, başvuru uçakla baskıyla değil, ama kendi iradesiyle bindiğini göstermiştir. Alman Ceza Mahkemesi, 6 Nisan 1984'te, iki pilot ve üç polis hakkında, hürriyeti tahdit suçuna yardım etmek suçundan takipsizlik kararını onaylamıştır. Bu mahkeme, pilotların ve polislerin, Köster'in planını bilmedikleri savunmalarının çürütülemediği sonucuna varmıştır.

Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, 1988 yılında 9 tanık dinlemiştir. Komisyon iki savcı ve bir polisi, daha sonra dört polisi, soruşturma makamları ile Bay Köster arasındaki temasların niteliği ve boyutu konusunda dinlemiştir. Tanıkların tümü, Bay Köster'in başvuru iradesine aykırı olarak Almanya'ya getirme planından haberdar oldukları veya böyle bir planın yürütülmesine katıldıkları iddialarını reddetmişlerdir. Komisyon, bu tanıkların ifadelerini tutarsız veya güvenilir bulmamıştır. Komisyon tarafından tespit edilen olaylar veya bu davayı oluşturan koşullar, Alman soruşturma makamları ile Bay Köster arasındaki ilişkinin 'başvuru iradesine aykırı olarak Fransa'dan Almanya'ya getirilmesi gibi yurtdışında hukuka aykırı faaliyetlerde' bulunmaya varacak kadar geniş olmadığını ortaya koymuştur.

Başvuru, 15 Haziran 1990'da Mahkeme'ye bir dilekçe vererek, dördü daha önce Komisyon tarafından dinlenmemiş beş tanığın dinlenmesini istemiştir. Mahkeme, Fransız ve Alman makamlarının ayrıntılı araştırmaların ardından vardıkları sonuçları, Komisyon tarafından dinlenen ve söylediklerinin gerçekliğine karşı çıkılmamış olan birçok tanığın dinlenmiş olmasını, Komisyon'un başka tanıkların dinlenmesini gerekli bulmamasını dikkate alarak, başvuru talebini kabul etmek için bir neden görmemiştir. Komisyon gibi Mahkeme de, Alman makamları ile Bay Köster arasındaki işbirliğinin, yurtdışında hukuka aykırı faaliyette bulunmaya vardığının kanıtlanmadığı kanaatindedir. Mahkeme, Komisyon gibi, başvuru daha sonra Almanya'da gözaltına alınmasının başka bir yönden Sözleşme'yi ihlal edip etmediği meselesini incelemeyi gerekli görmemiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinin ihlal edildiğine

KARAR VERMİŞTİR.

26.05.1993 14553/89 BRANNIGAN ve McBRIDE - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözetli süresi* (olağanüstü halde yaklaşık 7 gün süren gözetli) ■ *kişi özgürlüğü* - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - olağanüstü hal

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Brannigan, Terörün Önlenmesine dair Yasa gereğince 9 Ocak 1989 tarihinde sabah 6.30'da gözetli alınarak Emniyete götürülmüştür. Burada kendisine hemen 'Gözetli Alınanların Haklarına dair Belge' tebliğ edilmiştir. 10 Ocak günü akşam 7.30'da gözetli süresi Devlet Bakanlığının kararıyla iki gün uzatılmıştır. 12 Ocak akşam 9.32'de üç günlük uzatma daha verilmiştir. Birinci başvuru, toplam 6 gün 14 saat 30 dakika gözetli tutulduktan sonra 15 Ocak akşamı saat 21.00'de salıverilmiştir.

Birinci başvuru gözetli tutulduğu sırada 43 kez sorguya alınmış, tutulduğu süre içinde kitap, gazete ve yazılı bir şey okumasına, radyo dinlemesine, televizyon izlemesine ve tutulan diğer kişilerle görüşmesine izin verilmemiştir. Soruşturmayla müdahale oluşturacağı gerekçesiyle polis, birinci başvuru avukatla görüşmesini önce 48 saat süreyle geciktirmiş ve bu başvuru 11 Ocak günü avukatla görüşebilmiştir. Birinci başvuru, gözetli tutulduğu süre içinde doktor tarafından 17 kez görülmüştür.

İkinci başvuru McBride, aynı yasa gereğince, 5 Ocak 1989 günü sabah 5.05'te evinden gözetli alınmış, Emniyete götürülmüş, burada kendisine haklarını anlatan aynı belge tebliğ edilmiştir. İkinci başvuru gözetli süresi üç gün uzatılmıştır. İkinci başvuru, toplam 4 gün altı saat 25 dakika gözetli tutulduktan sonra salıverilmiştir.

İkinci başvuru gözetli tutulduğu süre içinde 22 kez sorguya alınmış ve birinci başvuru ile aynı rejime tabi tutulmuştur. İkinci başvuru, 5 ve 7 Ocak'ta iki kez avukatıyla görüşmüş, 8 kez doktor tarafından görülmüştür.

Başvurular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Birleşik Krallık Hükümeti ise, 23 Aralık 1988 tarihinde, yani başvuru gözetli alınmalarından birkaç hafta önce, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin yükümlülüklerini yine Sözleşme'nin 15. maddesine göre askıya aldığına (derogation) dair mektubu Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderdiğini, bu nedenle Sözleşme'yi ihlal etmiş sayılmayacağını iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ**I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal iddiaları**

[43-74]: Olağanüstü halin varlığını değerlendirme konusunda Sözleşmeciler Devletler geniş bir takdire sahip olmakla birlikte, bu takdir alanı sınırsız değildir. Mahkeme, ulusal makamlar tarafından alınan tedbirlerden etkilenen hak ve özgürlükler ile olağanüstü hali dik-kate alarak, bu tedbirlerin 'durum zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği tedbirler' olup olmadığını denetler. Kuzey İrlanda'daki terör eylemlerinin boyutları ve sonuçlarıyla ilgili Mahkeme'ye sunulan belgelere göre, olağanüstü bir durum vardır. Olayda koruyuculardan yararlanma imkânının bulunduğu uzun gözetli tedbirleri alınmıştır. Birleşik Krallık Hükümeti'nin ilan ettiği olağanüstü hal, Sözleşme'nin 15. maddesindeki şartları taşımaktadır.

Başvurular, esas itibarıyla, gözetli tutulma süreleri uzatılırken yargıç karşısına çıkarılmamış olmaları nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır. Hükümet, terör suçlarının soruşturulması ve kovuşturulmasındaki güçlük nedeniyle ve özellikle yargısal faaliyetlerin küçük olduğu yerlerde yargı bağımsızlığından ödün vermemek için, terör suçlarında gözetli

tutmanın uzatılmasına yargının karıştırılmamasını tercih etmiştir. Üstelik Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, gözaltında tutmaya yargısal müdahaleyi zorunlu kılmayıp, tamamen yargı organı üyelerinden olması gerekli bulunmayan görevliler tarafından da olsa yargısal bir usulün kullanılmasını gerektirmektedir. Hükümet, bu yargısal usulün uygulanmaması için yükümlük azaltmasında kendisine tanınan takdir alanını aşmamıştır. Olağanüstü halde keyfi olarak gözaltında tutmaya karşı koruyucular bulunmaktadır. 'Habeas corpus' başvuru yolu ile gözaltına alındıktan sonra avukatla görüşme hakkı vardır. Avukatla görüşmenin makul sebeplerle 48 saat geciktirilmesi halinde, bu geciktirme kararına karşı yargı yolu açık bulunmaktadır. Ayrıca mevzuatın bağımsız ve düzenli bir biçimde denetimi yapılmaktadır. Hükümet, diğer uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmadığından, olağanüstü durumda derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmalıdır.

II. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[75–76] Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili konularda 5(4). fıkrası Sözleşme'nin 13. maddesine göre özel hükümdür. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının şartları, 13. maddenin şartlarına göre daha katıdır. İç hukuktaki habeas corpus hukuk yolu 5(4). fıkrasının şartlarını karşılamaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dörde karşı yirmi iki oyla, Birleşik Krallık Hükümetinin askıya alma (yükümlülük azaltma) beyanının geçerli bir beyan olduğuna ve başvuruçuların Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal iddialarında haklı olmadıklarına,
2. Dörde karşı yirmi iki oyla, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edilmediğine,
3. Dörde karşı yirmi iki oyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine,

KARAR VERMİŞTİR.

28.10.1994 14310/88 MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözaltı sebebi* (IRA'ya para topladığından kuşkulandığı için sabah evinden gözaltına alınıp 2 saat 45 dakika sonra salıverilen kadın başvuruçunun, yetkili makamlar önüne çıkarma amacı olmaksızın bilgi toplama amacıyla gözaltına alındığı şikâyeti), *gözaltında bilgilendirme* (terörle mücadele kanununun verdiği yetkiyle gözaltına alındığı kendisine bildirilen başvuruçuya neden ötürü gözaltına alındığı konusunda bilgi verilmediği şikâyeti), *kişisel veri toplama* (gözaltında başvuruçuya haber vermeksizin fotoğrafının çekilmesi fakat parmak izinin alınmaması), *konuta girme* (polislerin konuta girdikten sonra arama yapmalarını), *etkili hukuk yolu* (kişi özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı konusunda etkili bir hukuk yolu bulunmadığı şikâyeti) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözaltı - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözaltı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - özel yaşama saygı hakkı - konuta saygı hakkı - hukuken öngörülebilirlik - suçun veya düzensizliğin önlenmesi amacı - demokratik toplumda gereklilik - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Bu davadaki altı başvuruçusu, aynı ailenin üyeleri olup Belfast'ta yaşamaktadırlar. Birinci başvuruçusu Margaret ile ikinci başvuruçusu Thomas karı koca olup, diğer dört başvuruçusu bu çiftin çocuklarıdır.

Birinci başvuruçunun iki erkek kardeşi, yasadışı bir terör örgütü olan IRA'ya silah satın alınmasıyla bağlantılı olarak, 22 Haziran 1982'de Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkûm olmuşlardır. Kraliyet ordusunda bir çavuş olan Bayan D.'ye 26 Temmuz 1982 günü sabah saat 6.30'da katıldığı güvenlik toplantısında, birinci başvuruçunun IRA'ya

silah temin etmek için para toplama suçu işlediğinden kuşkulandırdığı söylenmiş ve başvuru evine gidip 1978 tarihli Yasanın 14. maddesine göre kendisini gözaltına alması ve Belfast'taki askeri karakola getirmesi talimatı verilmiştir.

Çavuş Bayan D. saat 7.00'de, kendisi silahsız olarak, beş silahlı asker ile birlikte askeri araçla başvuru evine gelmişlerdir. Birinci başvuru kapıyı açmış, çavuş Bayan D. ile birlikte üç kadın asker de eve girmişlerdir. Çavuş Bayan D., birinci başvuru kimliğini tespit etmiş ve kendisine giyinmesini söylemiştir. Çavuş Bayan D., üst kata çıkan birinci başvuruya eşlik etmiştir. Uyanan diğer başvurulara oturma odasına geçmeleri söylenmiştir. Askerler evde herhangi bir arama yapmamışlar, ancak evin içi hakkında not tutmuşlar ve başvurularla ilgili kişisel bilgileri kaydetmişlerdir. Saat 7.30 sularında çavuş Bayan D., evin koridorunda, diğer bir askerin tanıklığıyla birinci başvuruya 'Kraliyet Ordusunun bir mensubu olarak sizi gözaltına alıyorum' demiştir. Birinci başvuru neye göre gözaltına alındığını sorduğunda, çavuş Bayan D. '14. maddeye göre' diye cevaplamıştır.

1978 tarihli Yasanın 14. maddesi, Kraliyet ordusunun görevli mensuplarına suç işlediğinden, suç işlemekte olduğundan veya suç işlemek üzere olduğundan kuşkulandığı bir kimseyi, müzekkere olmadan gözaltına alma ve dört saat süreyle gözaltında tutma ve kuşkulanan kişinin bulunduğu yere girme ve arama yapma yetkisi vermektedir.

Başvuru, daha sonra Belfast'taki askeri karakola götürülmüş ve önce küçük bir odada kısa bir süre beklemesi istenmiş, saat 8.05'te üst çavuş B.'nin önüne çıkarılmıştır. Üst çavuş B., önündeki standart formu doldurmak amacıyla, başvuruya gözaltına alınması, muhafaza usulü ve kişisel bilgilerle ilgili sorular sormuş; ancak başvuru, ismini söylemek dışında sorulan hiçbir soruya yanıt vermemiş ve fotoğrafının çekilmesi reddetmiştir. Bu mülakat dört dakika kadar sürmüştür. Başvuru, daha sonra, bir rahatsızlığı bulunup bulunmadığının tespit edilmesi amacıyla doktorun karşısına çıkarılmış; başvuru, yine sorulan sorulara yanıt vermemiştir.

Başvuru, saat 8.20'de sorgu odasına alınmış; çavuş, Bayan D.'nin de bulunduğu bu odada sivil giysili bir asker tarafından başvuruya erkek kardeşleri ve onlarla ilişkisi hakkında sorular sorulmuş; fakat başvuru bu sorulara da yanıt vermemiştir. Sorgu 9.35'te bittikten sonra başvuru yeniden giriş bölümüne getirilmiş ve herhangi bir sağlık şikâyetinin bulunup bulunmadığını soran doktorun önüne çıkarılmış; ancak başvuru buradaki sorulara da yanıt vermemiştir.

Başvuru, binada bulunduğu bir sırada kendisinin izni ve rızası olmadan fotoğrafı çekilmiştir. Başvurucunun fotoğrafı ile kendisi ve ailesi hakkındaki bilgiler dosyaya konmuştur. Başvuru, hakkında herhangi bir suçlama yapılmadan saat 9.45'te salıverilmiştir. 'Muhafaza proforma' denilen standart tutanakta, başvuru adı, adresi, milliyeti, medeni durumu ve kiracı olup olmadığı, gözaltına alınma sürecinin kronolojik ayrıntıları, bu işle meşgul olan asker kişilerin adları, başvuru beden yapısı ve sorgudaki tutumu hakkında bilgiler yer almaktadır. Bu belgenin 'gözaltına alınan kişi hakkında ek bilgi' başlıklı bölümü altında gözaltına alan asker tarafından verilen bilgiye göre şöyle denmektedir: 'Kendisi, ABD'de tutuklanan C... M...'nin kız kardeşi olup bu konu hakkında sorgulanmıştır.' Ancak belgenin 'kuşkulanan suçlar' bölümü boştur. Belgede başvuru sorulara yanıt vermeyi reddettiği ve sorguda kendisinden herhangi bir bilgi alınmadığı belirtilmektedir.

Bu olaydan 18 ay kadar sonra 9 Şubat 1984'te, birinci başvuru, haksız gözaltı ve diğer haksız muameleler nedeniyle Savunma Bakanlığı aleyhine dava açmıştır. Dava mahkemesi önündeki yargılama sırasında başvuru, 'kamu makamlarının kendisi hakkında suç işlemiş olduğundan samimi bir kuşku duymadan' veya 'kendisi hakkında suç işlediği

iddiasıyla sorgulama yapma niyeti bulunmadan', fakat sadece 'düşük düzeyli bir istihbarat' elde etmek amacıyla, 1978 tarihli Yasanın 14. maddesi 'hukuka aykırı muhafazanın kurumsallaştırılmış biçimi' olarak kullanılarak gözaltına alındığını ve tutulduğunu ileri sürmüştür. Bu yargılama sırasında başvurunun kendisi, çavuş Bayan D. ve üst çavuş B. tanık olarak dinlenmiş ve başvurunun avukatı tarafından çapraz sorguya alınmışlardır. Dava mahkemesi 25 Ekim 1985 tarihinde verdiği kararda, çavuş Bayan D. ve üst çavuş B. tarafından verilen ifadelere ağırlık tanımış ve başvurunun silah alımı için Kuzey İrlanda'da para toplama suçu işlediğinden kuşkulandığı için gözaltına alındığı tezini kabul ederek başvurunun iddiasını reddetmiştir.

Birinci başvurunun gerekli kuşkunun bulunmadığı ve gözaltına alınması konusunda kendisine yeterli bilgi verilmediği, evinde hukuka aykırı arama yapıldığı, iradesi dışında fotoğrafının çekildiği gerekçesiyle bu karara karşı Üst mahkemeye yaptığı üst başvuru, Üst mahkemenin 20 Şubat 1987 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Başvurunun bu karara karşı temyiz mahkemesinde yaptığı temyiz başvurusu da 25 Mayıs 1988 tarihinde reddedilmiştir.

Başvurucular 28 Eylül 1988 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, Sözleşme'nin kişi özgürlüğü ile ilgili 5. maddesinin birinci, ikinci ve beşinci fıkraları ile özel yaşama saygı hakları ile ilgili 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Genel yaklaşım

[47-47]: Başvurucuların şikâyetleri, birinci başvurunun Kuzey İrlanda'da terörle mücadele amacıyla çıkarılmış yasaya göre gözaltına alınması ve tutulmasıyla ilgilidir. Mahkeme, benzer davalarda kabul ettiği genel yaklaşımdan ayrılmak için bir sebep görmemektedir; Sözleşme'nin ilgili hükümlerini bu davada yorumlarken ve uygularken, terör suçlarının özel niteliğini, terörün demokratik topluma yönelttiği tehdidi ve terörle mücadelenin zorluklarını da göz önünde bulundurmak durumundadır (*Fox, Campbell ve Hartley, §48; Brogan ve Diğerleri §28*).

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Hukukilik

[49-49]: Başvurucu, gözaltına alınmasının ve tutulmasının Sözleşme'nin öngördüğü iç 'hukuka uygunluk' ve 'hukukun öngördüğü bir usule uygunluk' şartlarına aykırı olduğunu Sözleşme organları önünde ileri sürmemiş; Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki suç işlediğinden 'makul kuşku' duyma şartına ve 'yargıç önüne çıkarılma amacıyla gözaltına alma ve tutma' şartına aykırı olarak gözaltına alındığını ve tutulduğunu iddia etmiştir. O nedenle olayda bu iki şartın yerine getirilip getirilmediği incelenecektir.

B. Makul kuşku

[50-63]: 1978 tarihli Yasanın 14. maddesinin, ulusal mahkemeler tarafından yorumlandığı biçimiyle, güvenlik güçlerine bir kimsenin suçluluğu hakkında 'samimi ve dürüst kuşku' duymaları halinde o kimseyi gözaltına alma ve tutma şeklinde subjektif standartlı bir yetki vermiş olması önemlidir, fakat belirleyici değildir. Mahkeme'nin görevi, bu mevzuat hükmünün olayda uygulandığı şartların, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'makul kuşku' şeklindeki objektif standardı karşılayıp karşılamadığını belirlemektir.

Mahkeme *Fox, Campbell ve Hartley* kararında, üç başvurunun gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının samimi kuşkuya dayanmasına rağmen, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki 'makul kuşku'nun bulunduğu dair yeterli unsurların Hükümet tarafından sunu-

lamaması nedeniyle Sözleşme'ye aykırılık tespit etmiştir. Mevcut davada ise Hükümet, başvuru için güçlü sebepler bulunduğunu, bu bilgilerin bir kısmının gizli kaynaklardan elde edildiğini, yine başvuru için IRA'ya silah alımından ABD'de mahkûm olan kardeşleriyle ilişkisi bulunduğunu, yakın zamanda ABD'yi ziyaret edip kardeşleriyle görüştüğünü iddia etmiştir.

Mahkeme'ye göre, gözaltına alma konusunda 'kuşku'nun düzeyi bakımından *Brogan ve Diğerleri* kararında belirtildiği gibi Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, gözaltına alma anında veya tutma sırasında soruşturma makamlarının kişi hakkında dava açılması için yeterli delil toplamış olmasını zorunlu kılmamaktadır. Böyle bir delil elde edilememiş olabileceği gibi, kuşku duyulan suçun niteliği gereği böyle bir delilin ulusal mahkemelere sunulması halinde başkalarının yaşamı tehlikeye girebilir.

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre gözaltında tutma sırasında yapılan sorgunun amacı, gözaltına alınanın dayandığı somut kuşkuyu teyit etmek veya gidermek suretiyle soruşturmayı ilerletmektir. Buna göre gözaltına alma veya gözaltında tutma sırasında gerekli olan kuşkuyu doğuran olayların düzeyi, soruşturmada daha sonra gelen dava açma aşamasında veya mahkûmiyet aşamasında gerekli olan kuşku için gerekli olayların düzeyi ile aynı değildir.

Bir olayda makul kuşkunun bulunup bulunmadığı her olayın özel şartlarına dayanmakla birlikte, Mahkeme bu olayda da *Fox, Campbell ve Hartley* kararında kuşkunun 'makullüğü'ne ilişkin saptadığı ilkeleri uygulayacaktır. Terörle mücadelede gizli kaynaklardan edinilen bilgilerin kullanılması önemli olmakla birlikte, soruşturma makamları, terör unsuru bulunduğunu belirttikleri her olayda ulusal mahkemelerin ve Sözleşme organlarının etkili denetiminden uzak bir biçimde, kuşkulandıkları kimseleri sorgulamak üzere gözaltına alma şeklinde bir 'açık çek'e sahip değildirler.

1978 tarihli Yasanın 14. maddesiyle verilen gözaltına alma yetkisi, terör suçlarıyla hukuk üstünlüğü çerçevesinde mücadele edilmesi için demokratik usullerle seçilmiş bir parlamentonun verdiği iyi niyetli bir yetkidir; bu durum, Yasada 1987 tarihinde değişiklik yapılarak samimi ve dürüst kuşku yerine makul kuşkunun getirilmesi nedeniyle değişmemiştir. Hükümetin başvuru hakkında kuşku duyulmasını gerektiren gizli ve fakat güvenilir kaynaklardan elde edilen bilgiler bulunduğu yolundaki açıklaması inandırıcı olmakla birlikte, *Fox, Campbell ve Hartley* davasından farklı olarak, mevcut olayda Mahkeme, başvuru hakkındaki kuşkunun samimiyetini göstermek üzere ulusal mahkemelerin önündeki davalarda Hükümet tarafından sunulan delilleri de inceleme imkânı bulmuştur. Soruşturma makamlarının duydukları kuşkunun samimi ve iyi niyetli olması, bu kuşkunun makullüğü bakımından vazgeçilmez bir ilk unsur oluşturur.

Başvuru hakkındaki kuşkuyu haklı göstermek için var olan olgular ile terör suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler dikkate alındığında, başvuru için IRA'ya silah alımı için para topladığından kuşkulanan için objektif ve ikna edici yeterli olay ve bilgi bulunmaktadır. Öte yandan, yargıç karşısına çıkarma amacıyla tutma şartı konusunda başvuru, kendisinin yetkili makam önüne çıkarma amacı bulunmaksızın gözaltına alındığını ve tutulduğunu iddia etmiştir. 1978 tarihli Yasanın 14. maddesi uyarınca askeriyeye verilen gözaltına alma ve gözaltında tutma yetkisi, bilgi toplama gibi uygunsuz bir amaçla kullanılamaz.

Başvuru tarafından iç hukukta Savunma Bakanlığı aleyhine açılan davada yargıç, başvuru için suç işlediğinden kuşku duyulduğu için gözaltına alındığı sonucuna varırken çeşitli tanıkları dinleme ve delillerin değerini takdir etme imkânı bulmuştur. Yine dava mahkemesi yargıcı, çavuş Bayan D.'nin ve üst çavuş B.'nin ifadelerini kabul ederek,

başvurucunun üst çavuş B.'nin kendisine kayıtları güncellemek için gözaltına aldıklarını söylediği şeklindeki iddiasını kabul etmemiştir. Üst mahkeme de söz konusu gözaltının 'düşük dereceli bilgi edinme' amacıyla yapıldığı iddiasını kabul etmemiştir.

Mahkeme'nin görevi, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartların yerine getirilip getirilmediğini denetlemek olup, ulusal mahkemelerin görüşünün yerine kendi görüşünü koyamaz. Mevcut olayda başvuru, Mahkeme'ye, ulusal mahkemelerin vardığı sonuçtan daha farklı bir sonuca varabilmesini gerektirecek başka bir delil sunamamıştır.

C. Gözaltının amacı

[64-70]: Ayrıca, başvuru hakkında soruşturma makamları tarafından bir suçlama yapılmamış ve sorgudan sonra başvuru mahkeme önüne çıkarılmamış olması, başvuru gözaltına alınmasında ve gözaltında tutulmasında yargıç önüne çıkarma amacı bulunmadığını kanıtlamaz. Sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde biçimden çok esas önem taşır. Gözaltına alma ve gözaltında tutmanın samimiyetle bu kişinin yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarma amacı bulunduğu anlaşıldıktan sonra, bunun nasıl gerçekleştirileceği pek de önemlidir.

D. Sonuç

Birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.

III. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

[71-80]: Birinci başvuru ayrıca, gözaltına alındığı anda kendisine gözaltına alınmasının nedenleri hakkında derhal bilgi verilmediğini iddia etmiştir. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin *Fox, Campbell ve Hartley* kararında oluşturulan prensiplere göre bu fıkra, gözaltına alınan bir kimsenin neden gözaltına alındığını öğrenmesi gerektiği şeklindeki temel bir koruyucuyu içermektedir. Böyle bir kimseye teknik bir dilde değil ve fakat anlayabileceği basit bir dilde gözaltına alınmasının temel maddi ve hukuki sebeplerinin bildirilmesi gerekir. Bu suretle kendisine gözaltına alınmasının hukukiliği hakkında itirazda bulunabilmesi için imkân verilmesi gerekir. Bu bilginin gözaltına alınan kimseye 'derhal' verilmesi gerekse de gözaltına alma anında gözaltına alan görevli tarafından her türlü bilginin verilmesini gerektirmez. Bilginin derhal verilip verilmediği ve kapsamının yeterli olup olmadığı her olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Gözaltına alan görevli tarafından gözaltına alınan sadece kanuni temelinin söylenmiş olması, 5(2). fıkrası bakımından yeterlidir. Ancak olayda, sorgulama sırasında gözaltına alınmasının sebepleri yeterince başvuru dikkatine sunulmuştur. Başvuru saat 7.00'de gözaltına alınmış olup götürüldüğü askeri karakolda saat 8.20 ile 9.35 arasında sorgulanmıştır. Olayda gözaltına alma anı ile sorgulama arasında geçen süre 5(2). fıkrasındaki 'derhal' kavramının sınırları dışında kalmamıştır. Sonuç olarak, birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(2). fıkrası ihlal edilmemiştir.

IV. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)-(4) fıkraları ihlal edilmediğinden (5). fıkranın uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[83-95]: Birinci başvuru, evde yapılan muamele nedeniyle ve askeri karakolda kendisi ve ailesi hakkında kişisel bilgilerin kaydedilmesi ile kendi bilgisi ve rızası dışında fotoğrafının çekilmiş olması nedeniyle, altı başvuru askerlerin evlerine girmeleri ve evlerinde arama yapmış olmaları nedeniyle, birinci başvuru dışındakiler kısa bir süre için evin salonunda tutulmaları nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Olayda başvuruçuların özel ve aile yaşamlarına, konuta saygı haklarına müdahale bulunmaktadır. Eve girme ve arama yapma yetkisi 1978 tarihli Yasanın 14. maddesinin üçüncü fıkrasıyla öngörüldüğünden, Üst mahkeme bu olaydaki aramanın hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Diğer başvuruçuların evin salonunda toplanmaları, Temyiz Mahkemesi tarafından, birinci başvuruçunun gözaltına alınma sürecinin hukuka uygun bir parçası olarak kabul edilmiştir. Üst Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi, askeriyenin 14. maddeye göre sahip olduğu yetkinin, gözaltında tutulan kişiyi sorgulama ve standart formda yer alan kişisel konular hakkındaki ayrıntıları kaydetme yetkisini de kapsadığını belirtmiştir. Bu yetkiler arasında üstü örtülü bir biçimde gözaltına alınan kişinin rızası olmaksızın dahi fotoğrafının çekilmesi yer almaktadır. Bu nedenle olaydaki müdahalelerin iç hukukta dayanağı bulunmaktadır. O halde olaydaki müdahaleler hukukun öngördüğü müdahalelerdir.

Müdahaleler suçun önlenmesi meşru amacına sahiptir.

Müdahalelerin demokratik toplumda gerekli ve özellikle meşru amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesi konusunda Mahkeme'nin görevi, terör suçlarının soruşturulmasında daha iyi uygulama yapabilecek olan ulusal makamların değerlendirmesinin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir. Genel olarak ve belirli bir olayda hangi uygun tedbirlerin alınması gerektiği konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakılması gerekir. Demokratik yollardan seçilmiş bir hükümetin vatandaşlarını ve kurumlarını örgütlü terör suçlarının yarattığı tehlikeye karşı koruma sorumluluğu ile terörle bağlantılı suçlardan kuşkulanan kişilerin gözaltına alınma ve tutulmasında 8. maddenin birinci fıkrasında güvence altına hakların bireyler tarafından kullanılması ile ikinci fıkradaki devletin terör suçlarını önlemek için etkili tedbirler alması arasında adil bir denge kurulmasını gerektirir.

Kural olarak, 1978 tarihli yasanın 14. maddesinde olduğu gibi yetkilere ve özel olarak birinci başvuruçunun gözaltına alınması için başvuruçuların evine girilmesi ve aranması gibi yetkilere ihtiyaç bulunmaktadır. Terörün yarattığı şartları göz önünde tutmak gerektiğinden, gözaltına alınan kişiyle ve hatta kendisiyle birlikte bulunan kişiler hakkında kişisel bilgilerin alınması ve tutulması, terör suçlarının soruşturulma sürecinin meşru sınırları dışında kalmamaktadır. Evin aranması sırasında veya askeri merkezde alınan kişisel bilgiler gözaltına alma ve gözaltında tutma usulüyle alakasız sayılamaz. Aynı sonuç, birinci başvuruçunun fotoğrafının alınması bakımından da geçerlidir. Buna göre yapılan müdahaleler izlenen meşru amaçla orantısız değildir. Sonuç olarak başvuruçular bakımından Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir.

VI. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Yakalama, tutma ve bilgi verme konusunda

[97-98]: Birinci başvuruçunun, iç hukukta Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerinin ihlali bakımından etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olmadığını iddia etmiştir. Sözleşme'nin kişi özgürlüğünün korunması sisteminde 5. maddenin dördüncü fıkrası bir hukuk yoluna sahip olma bakımından özel hüküm (lex specialis) oluşturmaktadır. Kuzey İrlanda olağanüstü hal mevzuatı, 5(4). fıkrası açısından Brogan ve Diğerleri kararında ve Fox, Campbell ve Hartley kararında incelenmiş olup, bu davada başvuruçunun Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık bulunduğu iddiasını ileri sürmemiştir. Mahkeme daha az katı hükümler içeren 13. madde bakımından bu davada bir inceleme yapmayı gerekli görmemiştir.

B. Eve girme ve arama konusunda

[99-100]: Birinci başvuruçunun, evine girilmesi ve arama yapılması konusunda iç hukukta

etkili bir hukuk yoluna başvurma imkânı bulunmadığını ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 13. Maddesi, Sözleşme'de yer alan haklar iç hukukta hangi düzeyde güvence altına alınmış olursa olsun, Sözleşme haklarının korunması için iç hukukta bir hukuk yolunun bulunmasını gerektirir. Bu maddenin bir sonucu olarak, ilgili şikâyetin esasının yetkili makamlar tarafından incelenmesine ve gerekli görüldüğü takdirde uygun bir çözüm bulunmasına dair iç hukukta bir hüküm bulunması gereklidir. Birinci başvurunun evine girilmesi ve aranması bakımından sahip olduğu mülkiyete haksız tecavüz şeklindeki dava açma hakkı bu şartı yerine getirmektedir. Olayın özel şartları içinde, başvurunun bu davada başarı şansının zayıf olması, bu hukuk yolunun 13. madde bakımından etkililiğini ortadan kaldırmaz.

C. Fotoğraf çekilmesi ve kişisel verilerin kaydedilmesi

[101-102]: Birinci başvuru, gözaltında fotoğrafının çekilmesi ve saklanması ile kişisel bilgilerinin alınması konusunda etkili bir hukuk yoluna başvurma imkânının bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya uygulanan ilgili iç hukukun özel yaşama saygı hakkını koruma düzeyi, Sözleşme'nin 8. maddesinin esasıyla ilgili bir sorundur. Başvuru tarafından ileri sürülen Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin şikâyetler daha önce incelenmiş ve Sözleşme'ye aykırı bulunmamışlardır. Sözleşme'nin 13. maddesi, bir iç hukuk hükmünün içeriği hakkında ulusal bir makam önünde itirazda bulunma hakkı verecek ölçüde geniş değildir.

D. Sonuç

Sonuç olarak Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dörde karşı on dört oyla, birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Beşe karşı on üç oyla, birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Beşe karşı on üç oyla, birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Üçe karşı on beş oyla, her hangi bir başvuru bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. Oybirliğiyle, birinci başvurunun Sözleşme'nin 5(1) ve (2). fıkraları konusundaki şikâyetlerini 13. madde bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
6. Oybirliğiyle, birinci başvuru bakımından Sözleşme 13. maddesinin ihlal edilmediğine;

KARAR VERMİŞTİR.

01.07.1997 19218/91 GIULIA MANZONI - İTALYA

◆ *gözaltının hukukiliği - evde tutukluk kararı almak için tutma* (gözaltına alınan başvurunun evde tutulması talebiyle yargıç önüne çıkarılıncaya kadar tutulmasının hukuki dayanağı bulunmadığı şikâyeti), *gözaltının hukukiliği - geç serbest bırakma* (mahkeme tarafından salıverilmesine karar verilen kişinin cezaevindeki işlemleri sürecince 9 saat tutulduktan sonra cezaevinden çıkması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma*

DAVANIN ESASI

Başvuru Bayan Manzoni bir İtalyan vatandaşıdır.

Başvuru, Roma'da 25 Eylül 1991 geces 23.00'te, iki polise görevleri sırasında hakaret ve tehdit ettiği ve saldırdığı şüphesiyle gözaltına alınmıştır. Polis hemen telefonla savcı-

yı aramış, savcı başvurusunun gözaltında tutulmasını onaylamış ve başvuru Rebibbia Cezaevi'ne koyulmuştur. Polis gözaltıyla ilgili evrakı 26 Eylül 1991 günü savcılığa göndermiş, savcı da Roma Mahkemesi'ne gözaltının onaylanması için başvurmuş, 27 Eylül sabahı duruşma yapılamaması kararlaştırılmıştır. Savcı ayrıca, 27 Eylül 1991 sabahı 11.00'de mahkemeye, Bayan Manzoni'nin evinde tutuklu tutulmasına karar verilmesi için de başvurmuştur.

Roma Mahkemesi, başvurusunun 24 saat içinde savcı önüne çıkarılması, aynı süre içinde polis evrakının savcılığa gönderilmesi ve 48 saat içinde gözaltının savcı tarafından onaylanmasının istenmesi gibi gözaltıyla ilgili yasal koşulların yerine getirildiğine kanaat getirerek gözaltını hukuka uygun bulmuş; ancak başvurusunun tutuklanmasını gerekli görmemiş ve hemen salıverilmesine karar vermiştir. Yargıç, 'patteggiamento' olarak bilinen (savcının veya sanığın talebi üzerine, savcının ve sanığın kabul ettiği bir cezaya mahkemenin hükmettiği) hızlı usulle yapılan yargılama sonunda, başvurucuya üç ay on bir gün hapis cezası vermiş ve bu cezayı ertelemiştir. Duruşma 11.45'te sona ermiştir.

Başvuru 13.30'da Rebibbia Cezaevi'ne götürülmüştür. Cezaevi idaresi, 15.10'da başvurucuya duruşma tutanağını tebliğ etmiştir. Aynı gün öğleden sonra cezaevi yetkilileri başvurucuya para ve eşyalarının geri verilmesi, polise salıverme yazısının iletilmesi, cezaevi defterine kayıt gibi yasal formaliteleri tamamlamıştır. Başvuru, 18.30'da cezaevi idaresine tebligat için adresini bırakmış ve 18.45'te cezaevinden ayrılmıştır.

Başvuru, 2 Aralık 1991'de İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuş ve gözaltına alındıktan sonra tutulmasının ve ayrıca kendisine ertelemiş hapis cezası verildikten sonra tutulmasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Sözleşme'nin 5. maddesinin 5(1)(c) bendinin ihlal edildiği iddiası

A. Gözaltına alındıktan sonra özgürlükten yoksun bırakma

20. Başvuru, gözaltının onaylanmasıyla ilgili duruşmada, savcı tutuklama şeklinde bir koruma tedbiri için yargıca başvurmayı düşünmemiş olduğundan, polis kendisini gözaltına aldığı savcıya bildirdiği anda savcının kendisinin salıverilmesini emretmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başvuru, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanmasıyla ilgili hükümlerden 121. maddeye dayanmıştır.

21. Mahkeme, daha önce de bir tutmanın hukuki olması gerektiğini belirtmiştir. 'Hukukun öngördüğü usule uygun olarak' ifadesi, esas itibarıyla iç hukuka atıfta bulunmaktadır; bu ifade iç hukukta gösterilen usule uygun hareket edilmesi gereğini söylemektedir. Bir tutmanın 'hukukiliği', iç hukuka ve ayrıca bireyleri keyfilığe karşı koruyan Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki kısıtlamaların amaçlarına uygunluğu varsaymaktadır. Bu hukukilik, hem özgürlükten yoksun bırakmaya karar verirken ve hem de bunun icrası sırasında gereklidir (*Winterwerp*, §39).

22. Taraflar, evde tutukluluğun hukuki niteliği konusunda farklı düşünmektedirler. Mahkeme, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 284. maddesinin bu tedbiri, bireylere karşı koruma tedbirlerinden biri olarak nitelendirmektedir; ülkeyi sürekli olarak terk etme yasağı (md 281), polise görünme yükümlülüğü (md 282), belirli bir yerde oturmama veya oturma yasağı (md 283) ve cezaevinde veya akıl hastanesinde tutuklu tutulma (md 285 ve 286) diğer tedbirlerdir. Bu tedbirlerin ağırlık düzeyleri değişmekle birlikte, Hükümet ve Komisyon'un haklı olarak işaret ettikleri gibi, bu tedbirler az veya çok bireyin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Mevcut olayda savcı yürürlükteki mevzuata uygun olarak hareket etmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bu yönden ihlal edilmemiştir."

B. Salıverme kararından sonra tutma

“23. Bayan Manzoni, Roma Mahkemesi önündeki duruşmanın bitmesi (11.45) ile cezaevinden çıkarılması (18.45) arasında yedi saat hukuka aykırı olarak tutulduğunu ileri sürmüştür.

24. Hükümet, başvuruçunun 11.45’ten sonra artık tutulu olarak görülemeyeceğini belirterek, başvuruçunun mahkemeden yaklaşık bir saat süren yolculuktan sonra cezaevine götürülmesi (13.30) ve burada görevliler tarafından duruşma tutanağının kendisine tebliğ edilmesi (15.10), başvuruçunun salıverileceğine dair polise bilgi verilmesi ve salıverilmesine dair olası itirazın beklenmesi, başvuruçunun kişisel eşyalarının geri verilmesi, hesapların incelenmesi ve 18.30’da tebligat için başvuruçunun adresinin alınması göz önünde tutulduğunda, bu sürenin gayet normal olduğu savunmuştur. Bütün bu işlemler zorunlu olarak zaman almıştır. Komisyon bu görüşe katılmıştır.

25. Mahkeme, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki özgürlük hakkına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda olduğunu ve bu istisnaların kişiyi özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakmama şeklindeki 5(1). fıkranın amacına uygun olarak dar yorumlanmaları gerektiğini hatırlatır (*Van der Leer*, §22; *Wassink*, §24; ve *Quinn*, §42). Mahkeme’nin elinde başvuruçunun 27 Eylül 1991 tarihindeki tutulmasının ayrıntıları bulunmadığından, Bayan Manzoni’nin duruşmadan bir buçuk saat sonra Rebibbia Cezaevi’ne götürülmüş olduğunu ve cezaevine vardıktan kısa bir süre sonra duruşma tutanağının kendisine tebliğ edildiğini; bu sürecin Roma Mahkemesi’nin kararının gereğini yerine getirmek için ilk aşama olduğunu kaydetmekle yetinir. Tabi ki, Hükümet tarafından sözü edilen formaliteler daha kısa bir süre içinde yerine getirilebilirdi. Fakat bu durum Sözleşme’nin ihlal edildiği sonucuna varmak için bir sebep değildir. Bir salıverme kararını yerine getirirken biraz gecikme genellikle kaçınılmazdır. Tabii bu gecikmenin asgaride tutulması gerekir. Sonuç olarak bu noktada Sözleşme’nin 5(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Başvuruçunun gözaltına alınmasından hapsedilmesinin Sözleşme’nin 5(1)(c) bendini ihlal etmediğine;
2. Başvuruçunun Roma Bölge Mahkemesinin kararından sonra salıverilmesi konusunda Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

26.11.1997 23878/94 SAKIK ve Diğerleri - TÜRKİYE

◆ *gözetli süresi* (yasama dokunulmazlıkları kaldırılan altı başvuruçudan bazılarının 12 gün ve bazılarının 14 gün gözetiminde tutulmaları), *gözetimin hukukilik denetimi* (gözetim itiraz için mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması), *kişi özgürlüğü ihlaline tazminat* (yasa gereği gözetli süresinin iç hukuka uygun olması nedeniyle tazminat alma imkânı bulunmaması) ■ *kişi özgürlüğü* - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - *gözetim karşı mahkeme-ye başvurma hakkı* - *kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvuruçular Sırrı Sakık, Ahmet Türk, Mahmut Alınak, Leyla Zana, Mehmet Hatip Dicle ve Orhan Doğan, 20 Ekim 1991 genel seçimlerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne seçilmiş eski milletvekilleridirler. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısının talebi üzerine 2 Mart 1994’te başvuruçuların dokunulmazlıkları TBMM tarafından kaldırılmıştır.

Savcı, başvurucuları terör suçları arasında sayılan eski TCK 125. maddesindeki suçları işlemiş olmakla suçlamıştır. Başvuruculardan ikisi, 2 Mart günü, diğer dördü 4 Mart günü DGM savcısının talimatıyla gözaltına alınmışlar ve Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinde gözaltında tutulmuşlardır. Savcı, başvurucuların gözaltı süresini 16 Mart 1994 tarihine kadar uzatmıştır. Başvurucular, gözaltında polise ifade vermeyi reddetmişlerdir. İki başvurucunun avukatı, savcıdan başvurucuların derhal yargıç önüne çıkarılmalarını ve kendisine müvekkilleri ile görüşme izni verilmesini istemiştir. Savcı, yazılı izin belgesinde başvurucularla yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karşı yapılacak istenen başvurunun hazırlanmasıyla ilgili olarak ve izleme altında görüşebileceklerini belirtmiştir. Ankara DGM yedek yargıcı, 17 Mart 1994'te önüne çıkarılan başvurucular hakkında tutuklama kararı vermiştir.

21 Haziran 1994'te başvurucular aleyhine TCK 125'teki suçu işlemekten dava açılmıştır. Ankara DGM 8 Aralık 1994'te verdiği kararda, başvurucuları üç yıl altı ay ile on beş yıl arasında değişen hapis cezalarına mahkûm etmiştir. Yargıtay 26 Ekim 1995'te bir başvuru bakımından kararı bozmuş, diğerleri bakımından onamıştır.

Öte yandan 6 Ağustos 1990'da Türkiye'nin Avrupa Konseyi Daimi Temsilcisi, Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne 424 ve 425 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Sözleşme'nin 5, 6, 8, 10, 11 ve 13. maddelerindeki hakları askıya aldığını bildiren bir bildirimde bulunmuştur.

Başvurucular 11 Mart 1994'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlardır. Başvurucular, gözaltında tutulmalarının hukuka aykırılığı, aşırı uzunluğu, hukuka aykırılığının tespit edilebileceği bir hukuk yoluna başvurma imkânlarının bulunmaması, gözaltının uzunluğu nedeniyle ortaya çıkan zararlarının giderimi için bir hakka sahip olmalarını nedeniyle Sözleşme'nin 5(1), (3), (4) ve (5). fıkraları ve gözaltındayken bir avukatın yardımından yararlanamamış olmaları nedeniyle 6(3)(c) bendinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

A. Türk Hükümetinin Sözleşme'nin 15. maddesi bakımından yaptığı askıya alma bildiriminin uygulanabilirliği

[33-39]: Hükümet, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesine uygun olarak yükümlülük azaltma hakkını kullandığı için bu hükümleri ihlal etmediğini savunmuştur. Mahkeme, 6 Ağustos 1990 tarihli askıya alma bildiriminin, yalnızca olağanüstü hal ilan edilen bölge için geçerli olduğunu ve Ankara'nın bu kapsamda bulunmadığını kaydetmiştir. Hükümete göre, bu durum, yükümlülük azaltmanın uygulanabilirliği açısından bir engel oluşturmamaktadır. Hükümete göre, dava konusu olaylar, olağanüstü hal ilan edilmiş bulunan Türkiye'nin Güneydoğu bölgesi sınırları içinden yönlendirilen terör faaliyetlerinin bir uzantısı niteliğindedir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 15. Maddesi, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin sadece 'durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde' askıya alınmasını öngörmüştür. Türkiye'nin yükümlülük azaltmayı, bildirimde açıkça belirtilmeyen bir bölgeye yaygınlaştırması, bu hükmün amacına aykırı düşer. Bu nedenle söz konusu yükümlülük azaltma bildiriminin dava konusu olaylara uygulanması, yer bakımından mümkün değildir.

B. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası

Başvurucular Komisyon önünde gözaltına alınmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Komisyon'un Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği görüşünün ardından başvurucular bu iddiayı Mahkeme önünde ileri sürmemişlerdir.

C. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası

“41. Başvurucular, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olarak, ‘derhal’ bir yargıç ya da hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Komisyon, esas olarak bu iddiayı kabul etmiştir.

42. Hükümet, Türkiye’deki terör tehdidinin özellik ve ağırlığının, Avrupa’daki terör örnekleriyle karşılaştırılmayacak kadar ağır ve yakın olduğunu ve bu tehdidin önlenmesinde karşılaşılan zorlukların ağırlığını dile getirmiştir. Mevcut olayda savcı, başvurucular ile PKK arasında uzun zamandır işbirliği bulunduğunu doğrulayan bilgilere sahipti, ancak toplam yirmi iki klasör tutan kanıtların toplanması gerekiyordu. Başvurucuların gözaltında tutulmalarının nedeni budur. Üstelik başvurucular gözaltında susmayı tercih etmeselerdi, gözaltı sürelerinin kısa kesilmesini sağlayabilirlerdi; susmayı tercih etmeleri, soruşturmacıların karşılaştıkları engellerin kasten artmasına neden olmuştur.

43. Başvurucular, kendilerine isnat edilen fiilin, yani bölücü olduğu varsayılan görüşleri yaymanın, ‘terör eylemi’ olmadığını ileri sürmüşlerdir. Bundan başka, yetkili makamlar, kendilerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması için aslında Kasım 1992’de başvurduklarına göre, kendilerini suçlamak için gereken kanıtlara zaten bu tarihte sahip olmaları gerekirdi.

44. Mahkeme, terör suçlarının soruşturulmasının yetkili makamlar için özel sorunlar çıkardığını daha önce de kabul etmiştir (*Brogan ve Diğerleri*, §61; *Murray*, §58 ve *Aksoy*, §78). Ancak bu durum, soruşturma makamların terör unsuru içerdiğini iddia ettikleri her olayda, Sözleşme’nin 5. maddesinin kendilerine, ulusal mahkemelerin ve son aşamada Sözleşme’nin denetim organlarının etkili denetiminden muaf bir şekilde, şüphelileri sorgulamak ve gözaltına almak için açık çek verdiği anlamına gelmez (*Murray*, §58). Burada tehlikede olan şey, Sözleşme’nin 5. maddesinin Sözleşme’nin kurduğu sistem içindeki önemidir: Bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi müdahalelerine karşı korunması gibi, temel bir insan hakkını içermektedir. Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki güvencelerin temel bir unsurudur. Yargısal denetim, ‘demokratik bir toplumun temel ilkelerinden olan ... ve Sözleşme’nin Başlangıcında açıkça belirtilen’ hukukun üstünlüğü kavramının bir gereğidir (*Brogan ve Diğerleri*, §58 ve *Aksoy – Türkiye*, §76).

45. Mahkeme, başvurucular Bay Sakık, Bay Türk, Bay Alınak ve Bayan Zana’nın on iki gün, Bay Dicle ve Bay Doğan’ın on dört gün gözaltında tutulduklarını kaydeder. Mahkeme, *Brogan* davasında yargısal denetime tabi olmaksızın 4 gün altı saat süren gözaltı süresini, bunun amacı terörizme karşı bir bütün olarak toplumu korumak olsa bile, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasında yer alan sıkı süre sınırlamasıyla bağdaşmaz bulduğunu hatırlatır (*Brogan ve Diğerleri*, §62). Başvurucuların suçlandıkları eylemlerin terör tehdidiyle ilişkili olduğu kabul edilse bile, Mahkeme, yargısal denetim olmaksızın on iki veya on dört gün gözaltında tutulmalarının gerekli olduğunu kabul edemez.

46. Buna göre Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.”

D. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası

2. Şikâyetin esası

“49. Başvurucular, gözaltında tutulmalarına ilişkin olarak savcının verdiği ve tek yargıç tarafından kesinleştirilen kararların hukuka uygunluğunun denetimi için yargı yoluna başvuramadıklarından şikâyetçi olmuşlardır. Komisyon bu iddiayı kabul etmiştir.

50. Hükümet, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının gereği olan yargısal denetimin, başvurucu-

ların tutuklanmalarına karar veren tek yargıç tarafından yapılmış olduğunu savunmuştur.

51. Mahkeme, başvurucuların tutukluluğuna karar veren tek yargıcın aynı zamanda onların gözaltında tutulmalarının hukuka uygunluğu konusunda da karar verip vermediğine bakmaksızın, bu yargıcın, başvurucuların gözaltına alınmalarının sonuna kadar geçen on iki veya on dört gün boyunca olaya müdahale etmemiş olduğunu kaydeder. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına ilişkin değerlendirmesinde ulaştığı sonuç dikkate alındığında, bu kadar uzun bir sürenin 'sürat' kavramıyla bağdaşmadığını kabul eder (*Van Droogenbroeck*, §53).

52. Hükümet ayrıca, Anayasa'nın 19(8). fıkrasının Devlet Güvenlik Mahkemeleri önünde de geçerli olan bir hukuk yolu sağladığını iddia etmiştir. Anayasa'nın 19(8). fıkrasının lafzı, Anayasa'nın 90(5). fıkrası gereğince Türk hukukunda doğrudan uygulanabilir nitelikte olan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla benzerdir.

53. Mahkeme, var olan bir başvuru yolunun yeterince kesin olması gerektiğini, bunun aksinin 5. maddenin hedeflediği ulaşılabilirlik ve etkililik şartlarına aykırı düşeceğini hatırlatır (*Van Droogenbroeck*, §54; *De Jong, Baljet ve Ven den Brink*, §39 ve *Yağcı ve Sargin*, §42). Ancak Mahkeme'ye sunulan dosyada, gözaltına alınan herhangi bir kişinin, gözaltına alınmasının hukuka uygunluğunun denetimi veya salıverilmesi için tek yargıca yaptığı başvuruda, Anayasa'nın 19(8). fıkrasının veya Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereği gibi kullanabildiğine ilişkin herhangi bir örnek bulunmamaktadır. Mahkeme, Türk hukukunun bu sorunu hakkında kendisinin karar vermesinin gerektiğini düşünmemektedir. Bununla birlikte, ÖNEMLİ KARARLARın bulunmayışı, uygulamada bu başvuru yolunun kesin olmadığını göstermektedir (*Van Droogenbroeck*, §55 ve *De Jong, Baljet ve Ven den Brink*, §39).

54. Sonuç olarak Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.”

E. Sözleşme'nin 5(5). fıkrası

2. Şikâyetin esası

“**60.** Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından olduğu gibi, dava dosyasında Hükümetin söz konusu hükümlerin herhangi birine dayanılarak 5(5). fıkrasında söz edilen tazminatın verildiği bir örnek bulunmadığını kaydeder. Komisyon ve başvurucular gibi Mahkeme de, 466 sayılı yasanın 1. maddesine göre son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumu (6. bent), ki eldeki davada böyle bir durum söz konusu değildir, dışındaki diğer bütün durumlarda bu hüküm kapsamında tazminat verilebilmesi için, özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka aykırı biçimde yapılması gerektiğini belirtir. Oysa bu davadaki gözaltına alma, Hükümetin de kabul ettiği gibi, Türk hukukuna tamamen uygundur. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasında güvence altına alınan hakkın etkili kullanımı yeterli derecede bir kesinlikle sağlanmamıştır (*Ciulla*, §44).

61. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümetin ilk itirazının ikinci kısmını reddeder ve Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varır.”

ADİL KARŞILIK - manevi tazminat olarak toplam 160,000 FF, ücretler ve masraflar için toplam 120,000 FF - Md 41: ödenmesine

BU GEREKÇERLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesine göre askıya alma beyanının bu davada uygulanabilir olmadığına;

İHAS: AÇIKLAMA VE ÖNEMLİ KARARLAR

2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
4. Hükümetin Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla ilgili ilk itirazının reddine;
5. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
6. Hükümetin ikinci kısmı esasla birleştirilen Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla ilgili ilk itirazının iki kısmının da reddine;
7. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlaline; ...

KARAR VERMİŞTİR.

27.11.1997 25629/94 K.-F. - ALMANYA

- ◆ *gözüaltı sebebi* (dolandırıcılık suçu işlediğinden kuşku üzerine gözüaltına alınan kişinin tutulması) *gözüaltının hukukiliği - yasal süresinden fazla tutma* (12 saatlik yasal sürenin dolmasından sonra kimlik tespiti gerekçesiyle 45 dakika daha tutulması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözüaltı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay K.-F, 1946 doğumlu bir Alman vatandaşıdır.

Başvurucu ve eşi, Mayıs 1991'de Ulmen'de günlük ücret karşılığı bir yazlık daire kiralamışlar, Mayıs sonuna kadar ücretini peşin ödemişlerdir. Daire sahibi Bayan S., 3 Temmuz 1991'de başvurucudan ödenmeyen kiralar ve telefon görüşmeleri için 4,000 DM istemiştir. Ev sahibi Bayan S. 4 Temmuz 1991 akşam saat 19.50'de polis merkezini arayarak, Bay ve Bayan K.-F.'nin kiracı olarak yükümlülüklerini yerine getirmeden kaçmak üzere olduklarını, arabalarını garajdan çıkarırken çarptıklarını söylemiştir.

Bu ihbar üzerine iki polis memuru eve gelmiş, ev sahipleri, kiracı çiftin oğullarının arabayı çıkarmasına engel olmak istediklerini söylemişlerdir. Polisler, Kolbenz savcısıyla telefonda görüştükten sonra başvurucunun ve eşinin verdikleri adresi araştırmışlar ve bu adresin bir posta kutusu olduğunu anlamışlar, başvurucu ve eşinin daha önce de dolandırıcılık suçundan soruşturma geçirdiklerini öğrenmişlerdir.

Aynı gün akşam 21.45'te başvurucu, eşi ve oğlu kimliklerinin kontrol edilmesi için gözüaltına alınıp karakola götürülmüşlerdir. Başvurucunun oğlu kısa bir süre sonra salıverilmiş, ancak başvurucu ve eşi gözüaltında tutulmuşlardır. Gece 23.30'da tutulan tutanağa göre başvurucu ve eşinin kira dolandırıcılığı suçu işlediklerine dair kuvvetli şüphe duyulduğu ve kendilerinin kaçma tehlikesi bulunduğu belirtilmiştir. İfade alma işlemi saat 00.45'te sona ermiştir. Gece boyunca başvurucunun değişik adreslerinden yapılan araştırmalar sonunda, başvurucu hakkında başka dolandırıcılık suçlarından da soruşturma işlemleri yapılmış olduğu ve Hanau savcılığının aynı gerekçeyle kendisi hakkında bir soruşturma açtığı da ortaya çıkmıştır. Komiser Blang, 5 Temmuz 1991 sabahı saat 08.30-09.40 arasında başvurucunun, saat 09.05'te eşinin ifadesini bir kez daha almıştır. Sabah 09.25 sularında Hanau savcısı, başvurucunun tutuklanması talebinde bulunmayacağını polislere bildirmiştir.

Bay ve Bayan K.-F. sabah 10.30'da salıverilmişlerdir. Kolbenz savcılığı, ev sahibinin 5 Temmuz tarihli kira dolandırıcılığı konusundaki şikâyetleri hakkında 13 Eylül 1991'de kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Savcıya göre, başvurucular, Temmuz ortasında kira borçlarını ödediklerini ve kiranın kalan kısmı hakkında hukuki bir ihtilaf bulunduğu belirtmişlerdir. Savcıya göre, 4 Temmuz 1991 tarihinde Ulmen'de meydana gelen olayda yalnızca oğulları arabayla uzaklaşma girişiminde bulunduğu için, bu olay

Bay ve Bayan K.-F.'nin borçlarını ödeme niyetinde olmadıkları ve gizlice kaçmaya çalıştığını gösteren somut bir kanıt olarak değerlendirilemez.

Öte yandan Bay K.-F., 7 Ekim 1991'te Koblenz Savcılığı'na 4 ve 5 Temmuz 1991 tarihlerindeki olaylarda haksız gözaltı, cebre teşebbüs ve küçük düşürücü davranışta bulunduğu iddiasıyla polisler ve savcılar hakkında şikâyetinde bulunmuştur. Kolbenz Savcılığı, 2 Ocak 1992'de polisler hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Savcıya göre, 4 Temmuz 1991 akşamı Ulmen'e giden polislerin, başvurucuların ev sahibini dolandırdıklarına dair kuşku duymak için haklı sebepler vardır. Bu karara karşı başvurucu, 6 Nisan 1992'de Üst Mahkeme'ye başvurmuştur. Üst Mahkeme, polisler aleyhine yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle K.-F.'nin başvurusunu reddetmiştir. Üst Mahkeme kararı özetle şöyledir: Potansiyel sanıkların mahkûm olmalarını muhtemel kılan sebepler varsa, kovuşturma için yeterli sebep var demektir. Bu olayda böyle bir durum yoktur. Eğer polis başvurucuları hukuk dışı bir şekilde karakola götürse ve orada tutsaydı, haksız tutmadan dolayı kovuşturmak için yeterli sebep bulunabilirdi. Soruşturma, böylesi bir hukuk dışı eylemin bulunduğu ortaya koymamaktadır. Polislerin Ulmen'de yaptıkları incelemede, başvurucuların bu borcu ödeyemeyeceklerini söylemeleri, dolandırıcılık suçu işlemekte oldukları şüphesini doğurmuştur. Ayrıca polisler, tanıkların ifadelerinden ve arabanın pozisyonundan, başvurucunun ne olursa olsun evden ayrılmaya niyetli olduğu izlenimini edinmişlerdir. Suçlanan polisler, bütün olayların ışığında başvurucunun 'kira dolandırıcılığına teşebbüs' ettiği için kuşku landıkları için eleştirilemezler. Başvurucuların gözaltına alınmaları olaylara dayandığından, haklı bir gözaltıdır. Ayrıca polisler karakolda başvurucu ve eşinin adreslerini kontrol etmişler ve kendilerine karşı Hanau savcılığında dolandırıcılık soruşturması bulunduğunu öğrenmişlerdir. Bu nedenle başvurucu ve eşinin polis karakolunda tutulmalarının haklı bir sebebi de vardır. Polislerin kast yönünden haksız tutma suçundan mahkûmiyetleri pek mümkün olmadığından, başvurucu ve eşinin ertesi sabaha kadar tutulmalarının gerekli olup olmadığı meselesi cevapsız bırakılabilir.

Yine başvurucu K.-F. 7 Ekim 1993'te, aynı nedenlerle karakol amiri Blang aleyhine yaptığı şikâyet hakkında verilen takipsizlik kararına karşı da başvurmuştur. Üst Mahkeme 30 Kasım 1993'te, polis şefine karşı kovuşturma açmak için yeterli neden olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bu mahkeme verdiği kararda önce, başvurucu ve eşinin karakolda tutulmalarının hukuka uygun olduğunu kaydetmiştir. Ancak yine bu mahkemeye göre, polislerden biri verdiği ifadede başvurucunun, eşinin ve oğlunun ilkin kimliklerinin kontrol edilmesi için polis merkezine götürüldüğünü, amirin görüşü alındıktan sonra K.-F. ve eşinin gözaltında tutulduğunu söylemiştir. Ceza Usul Yasasının 163b hükmüne göre, kimlik kontrolü için gözaltına alınan bir kimse toplam 12 saatten fazla özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Başvurucu, 4 Temmuz 1991 tarihinde saat 21.45'te gözaltına alınmış ve 5 Temmuz 1991 günü sabah saat 10.30'da salıverilmiştir. Bu gözaltının on iki saatten daha fazla sürmesinden polis amiri Blang sorumludur. Bununla birlikte, eldeki mevcut kanıtlara dayanılarak, izin verilen azami süreyi aştığının farkında olup olmadığını tespit mümkün olmayacağından, kendisinin haksız tutma nedeniyle mahkûm olma ihtimali görünmemektedir.

Başvurucu 2 Ocak 1994'te temel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Federal Anayasa Mahkemesi'ne bir anayasa şikâyetinde bulunmuştur. Üç yargıçla toplanan Federal Anayasa Mahkemesi, şikâyetin esasına girilip yargılama yapılması talebini reddetmiştir.

Başvurucu K.-F. 14 Aralık 1993 tarihinde Komisyon'a başvurmuştur. Başvurucu Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına dayanarak, Cochem- Zell Polis merkezinde gözaltına alınması ve tutulmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası

A. Hükümetin ilk itirazı

[44–52]: Hükümet başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre başvuruçucu Sözleşme'nin 5(1). fıkrasıyla ilgili şikâyetini özü itibarıyla Alman mahkemeleri önünde dile getirmiştir. Koblenz Üst Mahkemesi başvuruçunun gözaltına alma ve tutmanın hukukiliğiyle ilgili şikâyetini kısmen incelemiştir. Başvuruçunun kullandığı hukuk yolu etkili ve yeterlidir. Hükümetin ilk itirazı reddedilmelidir.

B. Şikâyetin esası

Başvuruçucu 4 Temmuz gecesinden 5 Temmuz 1991 sabahına kadar gözaltında tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuruçucu, herhangi bir suç işlemediği halde gözaltına alınmasının ve tutulmasının hukuka aykırı olduğunu, kira miktarına ilişkin anlaşmazlığın ise medeni hukuk alanına girdiğini ileri sürmüştür. Her halükarda, gözaltında geçen süre azami yasal süreyi kırk beş dakika aşmıştır. Hükümete göre ise, başvuruçunun gözaltında tutulması 24 saatlik gözaltı süresini aşmadığından, iç hukuka aykırılık yoktur. Komisyon, başvuruçunun salıverilmesindeki 45 dakikalık küçük bir gecikmenin, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının amaç ve ereğine aykırı şekilde özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılması sonucunu doğurduğuna ikna olmak için bir sebep olarak görmemiştir.

Gözaltının makul kuşkuya dayanıp dayanmadığı

“56. Mahkeme öncelikle başvuruçunun gözaltına alınması ve tutulmasının, bir suç işlemiş olduğuna dair ‘makul kuşku’ya dayanıp dayanmadığına karar vermelidir.

57. Bu bağlamda Mahkeme, bir gözaltının dayanmak zorunda olduğu kuşkunun makullüğünün, gözaltına alma veya tutmanın keyfilğine karşı Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde düzenlenen koruyucunun esaslı bir unsurunu oluşturduğunu hatırlatır. ‘Makul kuşkuya’ sahip olmak, objektif bir gözlemciyi, söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirir (*Fox, Campbell ve Hartley, §32*). Bununla birlikte, şüphe uyandıran olayların, mahkûmiyet kararı verilmesini ve hatta soruşturmanın daha sonraki aşamasında suç isnadında bulunulmasını gerektirecek derecede olması gerekmez (*Murray, §55*).

58. Mevcut olayda ev sahibi Bayan S., dairesini kiralayan Bay ve Bayan K.-F.'nin, kiracı olarak sorumluluklarını yerine getirme niyeti olmaksızın ve borçlarını ödemeksizin kaçmak üzere olduklarını polise bildirmiştir. Polisin yaptığı ilk incelemeler sonunda Bay ve Bayan K.-F.'nin gösterdiği adresin sadece bir posta kutusu olduğu ve Bay K.-F.'nin daha önce dolandırıcılıktan soruşturma geçirdiği ortaya çıkmıştır. Polis, bu çifti 4 Temmuz 1991 akşamı saat 21.45'te gözaltına almış ve kimlik kontrolü yapabilmek için kendilerini polis merkezine götürmüştür. Saat 23.30'da düzenlenen bir tutanağa göre, polis, Bay ve Bayan K.-F.'nin kira dolandırıcılığından kuvvetli şüphe altında oldukları ve kaçma tehlikeleri bulunduğu ifade etmiştir.

59. Bu koşulları dikkate alan Mahkeme, kural olarak, Koblenz Üst Mahkemesi'nin polis memurlarını, kira dolandırıcılığı şüphesi ve Bay K.-F.'nin kaçma tehlikesi bulunduğu konusundaki görüşlerinde haklı bulan kararındaki gerekçelere katılmaktadır. Sonuç olarak başvuruçucu, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi anlamında bir suç işlediğinden makul kuşku duyulduğu için tutulmuştur.

60. Bu aynı zamanda, ilgili kişinin yetkili yargısal makam önüne çıkarılması amacıyla gözaltına alma ve tutmanın gerçekleştirildiği hüküm uyarınca da bir gerekliliktir.

61. Bu bağlamda Mahkeme, başvuru hakkında isnatta bulunulmamış veya bir mahkeme önüne çıkarılmamış olması, tutulma amacının mutlaka Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı olduğu anlamına gelmediğini belirtir. Böyle bir amacın varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir; Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, polis gözaltına alma anında veya başvuru nezaretteyken, isnatta bulunmak için yeterli delil elde etmiş olmasını varsaymamaktadır (*Brogan ve Diğerleri*, §53).

62. Mevcut olayda polis araştırmasının iyi niyetle yürütülmediğini veya savcıyla yapılan görüşmeden sonra başvuru hakkında verilen gözaltına alma ve tutma kararının, kendisinin kimliğini denetleme ve hakkındaki iddiaları soruşturup araştırmayı tamamlamaktan başka bir amaçla gerçekleştirildiğini düşünmek için bir neden yoktur. Bu amaçla Bay K.-F. ve ev sahibi Bayan S.'nin 5 Temmuz 1991 sabahı bir kez daha ifadeleri alınmıştır. Buna göre, kira dolandırıcılığı kuşkusunu teyit etmek mümkün olsaydı, başvuru yetkili yargısal makamlar önüne çıkarılacağı haklı olarak düşünülebilirdi. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde gösterilen amacı izlediğini tespit etmektedir.”

Gözaltının hukukiliği:

“63. Son olarak Mahkeme, başvuru gözaltına alınması ve tutulmasının, ‘hukukun öngördüğü bir usule uygun olarak’ gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği dâhil, ‘hukuki’ olup olmadığını tespit etmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin burada esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunduğunu, fakat aynı zamanda bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına, yani bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına da uygun olmasını gerekli kıldığını hatırlar (*Lukanov, §41 ve Giulia Manzoni, §21*). Mahkeme, bu sorunu çözmek için, Hükümet tarafından öne sürülen değişik gözaltına alma ve tutma gerekçeleri üzerinde sırasıyla duracaktır.

64. Mahkeme, Koblenz Üst Mahkemesi'nin kararından bu mahkemenin kaçma tehlikesini, başvuru on iki saatten fazla gözaltında tutulması için geçerli bir gerekçe olarak gördüğü sonucunu çıkarmamaktadır. Ayrıca, dava dosyasında bu gerekçeyle tutmayı haklı göstermeye yetecek bir şey de yoktur. Koblenz Savcılığı takipsizlik kararı verirken, aynı şekilde Bay ve Bayan K.-F.'nin kanunsuz bir şekilde kaçmaya çalıştığını gösterecek somut bir delil bulunmadığını tespit etmiştir.

65. Ceza Usul Yasasının 127(2). fıkrasında öngörülen tutuklama için yeter sebebe gelince: Dosyadan polis gözaltına almayı ve tutmayı bu gerekçeye dayandırdığı veya bu fıkrafta öngörülen sıkı koşulların mevcut olduğu anlaşılmamaktadır. Bu ikinci nokta konusunda Mahkeme, Komisyon'un değerlendirmesine katılmaktadır. Her halükarda bu gerekçe mevcut olsa bile, Hanau savcısı, polise Bay K.-F.'nin tutuklanmasını isteme niyetinde olmadığını bildirdiği 5 Temmuz 1991 sabah saat 09.25'te, bu gerekçe de sona ermiştir.

66. Geriye Koblenz Üst Mahkemesi'nin, suç işlerken yakalanan kimsenin kimliği hemen tespit edilemiyorsa kimlik kontrolü amacıyla gözaltına alınmasına ve tutulmasına izin veren Ceza Usul Yasasının 127(1). fıkrası ve 163b maddesine dayanma gerekçesinin incelenmesi kalıyor.

67. Mahkeme ilk önce, iç hukuka uygunluğu denetleme konusunda Sözleşme organlarından daha iyi bir durumda bulunan bir ulusal mahkeme olan Üst Mahkeme'nin, başvuru gözaltına alınmasını ve tutulmasını hukuka uygun bulduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, daha farklı bir sonuca varmak için bir neden görmemektedir.

68. Üst Mahkeme, ‘muhtemel sanıkların, en azından niyetleri nedeniyle, haksız tutma suçlamasından mahkûm edilmeleri mümkün olmadığından’, başvurucunun ertesi sabaha kadar tutulmasının gerekli olup olmadığı meselesini cevapsız bırakmıştır. Bununla birlikte, polisin gece boyunca ve salıverilinceye kadar, kısmen başvurucu hakkında bir tutuklama kararı bulunup bulunmadığını kontrol etmek için araştırma yapmayı sürdürdüğünü tespit etmiştir. Mahkeme bu koşulları dikkate alarak, başvurucunun 4 Temmuz 1991 günü saat 21.45’den ertesi gün sabah saat 09.45’e kadar tutulmasının haklı görülebileceği sonucuna varmıştır.

69. Öte yandan Mahkeme, başvurucunun gözaltı süresinin, Ceza Usul Yasasının 163c maddesinin 3. fıkrasında öngörülen azami kanuni süreyi aştığını kaydetmektedir. Koblenz Üst Mahkemesi, 30 Kasım 1993 tarihli kararında aynı sonuca varmıştır. Bu mahkemeye göre, ‘kimlik kontrolü amacıyla 163b maddesi uyarınca alınan bir tedbirden etkilenen bir kimse, toplam 12 saatten daha fazla özgürlüğünden yoksun bırakılmaz. Başvurucu, 4 Temmuz 1991 tarihinde saat 21.45’te gözaltına alınmış ve 5 Temmuz 1991 günü sabah saat 10.30’da salıverilmiştir. On iki saatten daha fazla süren bu gözaltı için polis şefi Blang sorumludur.’

70. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olduğunu ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bu istisnaların dar yorumlanmasının, 5. maddenin amacına uygun olduğunu yinelemektedir (*Giulia Manzoni*, §25).

71. Mahkeme’nin bazı durumlarda, tutulan kimsenin salıverilmesinden önce kısa süreli gecikmelerin olabileceğini kabul ettiği doğrudur. Ancak bu durum, tutma süresinin önceden yasayla düzenlenmediği ve tutmanın bir mahkeme kararıyla sona erdiği hallerde geçerlidir. Mahkemelerin çalışmasıyla ve bazı formalitelerin tamamlanmasıyla ilgili pratikteki durumlar, böyle bir mahkeme kararının icrasının zaman alabileceği anlamına gelir (*Quinn*, §42, ve *Giulia Manzoni*, §25).

72. Ancak mevcut davada kimlik kontrolü amacıyla azami on iki saatlik tutma süresi yasayla düzenlenmiş olup, mutlaklıdır. Azami tutma süresi önceden bilindiğinden, tutmayla görevli makamlar, izin verilen sürenin aşılması için gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bunlar arasında, kimlik kontrolü için alınan tedbirlerden sayılan ve bu amaca özgülenmiş tutma süresi içinde yapılabilecek olan K.F.’nin kişisel bilgilerini kaydetme de yer alır.

73. Mahkeme, bu etkenleri dikkate alarak, başvurucunun tutulabileceği azami süre aşıldığı için, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.”

ADİL KARŞILIK - maddi tazminat talebinin reddine, ihlal tespitinin manevi zararı karşılığında, ücretler ve masraflar için 10,000 Mark - Md 41: ödenmesine

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. İkiye karşı yedi oyla, Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin ihlaline;
3. Oybirliğiyle, mevcut kararın manevi zararlar için yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna; ...

KARAR VERMİŞTİR.

23.09.1998 24838/94 STEEL ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *gözetli sebebi* (avlanmayı protesto eden başvuru sahiplerinin avcılarını engellemeleri ve meşgul etmeleri nedeniyle huzuru bozmaktan gözetli alma ve yol genişletme çalışmalarını iş makinelerinin veya kesilecek ağaçların üzerine çıkarak protesto etme nedeniyle huzuru bozmaktan gözetli alınmaları), *gözetlinin hukukiliği* - *suç oluşturmayan fiil nedeniyle tutma* (silah satışıyla ilgili bir konferansı protesto için bina dışında barışçıl bir şekilde bildiri dağıtma nedeniyle huzuru bozma suçundan gözetli alma), *yükümlülük gereği tutma* (başvurucunun mahkemeye iyi halli davranacağına dair taahhütte bulunmaması nedeniyle tutulması) ■ *kişi özgürlüğü* - hukuka uygun tutma - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli - suç işlemesini engellemek üzere tutma - yükümlülük gereği tutma - mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru sahibi Bayan Helen Steel 1965 doğumlu bir İngiliz vatandaşıdır. Başvurucu 22 Ağustos 1992'de, altmış kadar kişiyle birlikte, yaban tavuklarının avlanmasını protesto hareketine katılmıştır.

Protestocular, o sabah avlanmak isteyenleri engelleme ve meşgul etme teşebbüsünde bulunmuşlardır. Avcılar öğlen saatlerinde yemek arası vermişler ve 13.45'te polis gelinceye kadar ava başlamamışlardır. Polis megafonla protestocuları uyarmış ve protestoyu durdurmalarını istemiştir. Protestocular polisi dinlememişler ve polis de 13 protestocuyu gözetli almıştır.

Bayan Steel, aynı gün saat 14.00'te 'huzuru bozma' nedeniyle (breach of the peace) gözetli alınmıştır. Polise göre, avcılardan biri tüfeğini hedefe doğru kaldırdığı sırada başvuru sahibinin önünde yürüyerek ateş etmesine engel olmuştur. Başvurucu önce polis aracının içine alınmış ve burada 15.15'e kadar tutulmuş ve daha sonra nakil aracıyla götürülmüştür. Başvurucunun gözetli tutulmasının devam edip etmeyeceği konusunda yapılan inceleme sonunda, önce saat 23.00'te 'huzuru bozucu başka fiillerin meydana gelmesini engellemek için', daha sonra 23 Ağustos sabahı 06.25'te 'ertesi sabah mahkeme önüne çıkarmak üzere' gözetli tutulmasının devamına karar verilmiştir. Başvurucu, yaklaşık toplam 44 saat gözetli tutulmuştur.

Başvurucuya 23 Ağustos 1992 günü saat 12.56'da verilen suçlama (charge) belgesine göre, başvuru sahibi 22 Ağustos 1992 günü huzuru bozacak şekilde davrandığı ve polis huzuru korumak için kendisini mahkemeye sevk edeceği; 24 Ağustos 1992 sabah 09.40'da ayrıca, 'başkalarının duyabileceği veya görebileceği şekilde taciz ve baskı oluşturabilecek şekilde tehdit edici, kötileyici veya hakaret edici kelimeler kullandığı veya davranışlarda bulunduğu' suçlamalarında bulunulmuştur.

Başvurucu, 24 Ağustos 1992 sabahı mahkemeye çıkarılmış ve belirli bir süre av mahallerine gitmeme şartıyla salıverilmiştir. Bayan Steel aleyhindeki davanın duruşması 15 ve 20 Şubat 1993 tarihlerinde yapılmıştır. Başvurucu, 22 Ağustos 1992 günü öğleden sonraya ilişkin beş suçlama nedeniyle mahkûm olmuştur. Yargıç, huzuru bozma iddiasıyla ilgili şikâyetin kanıtlandığını kabul etmiş, fakat başvuru sahibinin hangi davranışının mahkûmiyete yol açtığını veya bu şikâyetin sabahki olaylarla mı yoksa öğleden sonraki olaylarla mı ilgili olduğunu belirtmemiştir. Başvurucu, bu karara karşı üst başvuruda bulunmuştur. Üst Mahkeme, 1 Aralık 1993'te bu davayı yeniden görmüş ve alt mahkemenin tespitlerini onaylamış, hakaret ve tehdit gibi davranışlarıyla ilgili ikinci suçlama için başvuru sahibine 70 Sterlin para cezası vermiş; huzuru bozmayla ilgili olarak başvuru sahibinin 100 Sterlin teminat karşılığında 12 ay süreyle huzuru bozmayacağına dair taahhütte bulunması (bind over) kararı vermiştir. Bayan Steel taahhüt vermemiş ve bunun üzerine mahkeme başvuru sahibinin 28 gün cezaevinde tutulmasına karar vermiştir.

İkinci başvuru Bayan Rebecca Lush 1973 doğumlu bir İngiliz vatandaşıdır. Başvuru 15 Eylül 1993'te M11 otoyolunun genişletilmesi çalışmalarını protesto gösterisine katılmıştır. O gün 20-25 kişilik bir grup, inşaat sahasına girmişler, kesilecek olan ağaçlara tırmanmışlar ve bazı iş makinelerinin üzerine çıkmışlardır. Her defasında özel güvenlik tarafından uzaklaştırılmışlardır. Protestocular direnç göstermemişler ve herhangi bir şiddet olayı ve makinelere zarar vermemişlerdir.

Bayan Lush, aynı gün 16.15'te, hafriyat makinesinin keçesinin altında dururken, 'huzurun bozulmasını tahrik' fiilinden gözaltına alınmıştır. Başvuru polis merkezine götürülmüş ve 17.30'da suçlanmıştır. Suçlama belgesine göre, başvuru huzuru bozmaya tahrik suçundan yargıç önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınmıştır. Başvuru, ertesi sabah 09.40'a kadar yaklaşık on yedi saat, salıverilecek olursa yeni bir huzuru bozma fiili işleyebileceği gerekçesiyle gözaltında tutulmuştur.

Başvuru 16 Eylül 1993 sabahı, huzurun bozulmasına tahrik suçundan sorgulanmak üzere yargıç önüne çıkarılmıştır. Duruşma ertelenmiş ve başvuru salıverilmiştir. Başvuru aleyhindeki huzuru bozma iddiası tamamlanınca, yargılama 14 Aralık 1993'te yeniden başlamıştır. Yargıç başvurunun 100 Sterlin teminat karşılığında 12 ay süreyle huzuru bozmayacağına (keep the peace) ve iyi davranacağına (good behaviour) dair taahhütte bulunmasına karar verilmiştir. Başvuru taahhütte bulunmamış ve mahkeme başvurunun 7 gün cezaevinde tutulmasına karar vermiştir. Başvurunun 400 Sterlin teminat yatırması karşılığında Üst Mahkeme'ye başvurusuna izin verilmiş, ancak başvuru bunu yatıramadığı ve adli yardım da verilmediği için Üst Mahkeme'ye başvuramamıştır.

Üçüncü başvuru Bayan Andrea Needham 1965, Bay David Polden 1940 ve Bay Christopher Cole 1963 doğumludur. Bu başvurular, 20 Ocak 1994 sabahı 08.00'de, üç kişiyle birlikte saldırı helikopterlerinin satışını protesto etmek için Londra Westminster Queen Elizabeth Konferans Salonu'nda 'Saldırı Helikopterleri II' adlı konferansın yapılmakta olduğu yere gitmişlerdir. Başvuruların protestosu, bildiri dağıtmak ve 'Savaş için değil, Barış için Çalışın' yazan bir pankart taşımak şeklinde gerçekleşmiştir.

Üç başvuru 08.25 civarında polisler tarafından gözaltına alınmışlardır. Üç başvuru da polis merkezine götürülmüşlerdir. Gözaltı tutanağına göre, başvurular huzuru bozmaya teşebbüs nedeniyle yargıç önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınmışlardır. Başvurular, aynı gün 10.40'ta adliyeye götürülmüşler ve adliye nezarethanesine koyulmuşlardır.

Başvurular 15.45'te yani yaklaşık yedi saat gözaltında tutulduktan sonra yargıç önüne çıkarılmışlardır. Yargıç, zaman yokluğu nedeniyle duruşmayı ertelemiş ve başvurular salıverilmişlerdir. 25 Şubat 1994'te yargılama yeniden başlamış, iddia makamı bir delil gösterememiş, mahkeme de başvurular hakkındaki davayı reddetmiştir.

Başvurular 31 Mayıs 1994 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, huzuru bozma (breach of the peace) ile taahhüt verme (bind over) kavramlarının 'hukuken öngörülmesi' sayılabilecek açıklıkta tanımlanmadığını; tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki kategorilerden hiçbirine girmediğini ve yargıcın hukuk davasına karşında muafiyeti nedeniyle Sözleşme'nin 5(5). fıkrasına aykırı olarak tazminat davası açma haklarının bulunmadığını; birinci ve ikinci başvurular, aleyhindeki suçlamalar yeterli ayrıntıya sahip olmadığı için Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinin ihlal edildiğini; huzuru bozmanın makul şüphe kalmayacak şekilde kanıtlanması gerektiğinden masumiyet karinesinin ihlal edildiğini; huzuru bozma ve taahhüt verme kavramındaki belirsizlik ve protesto haklarının orantısız bir şekilde kısıtlanması nedeniyle Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Başvurucuların hepsi, gözaltına alınma ve gözaltında tutulmaları ve ayrıca birinci ve ikinci başvurucu taahhüt vermeyi reddetmeleri üzerine tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

A. Her başvurucunun gözaltına alınması ve başlangıçta tutulmaları

1. Gözaltında tutmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki sebebi

[46-50]: Mahkeme'ye göre, huzuru bozmanın Sözleşme bakımından bir 'suç' (criminal offence) olduğu tartışma konusu değildir; dolayısıyla başvurucuların gözaltına alınmalarının (arrest) ve yargıç önüne çıkarılmadan önce tutulmalarının (detention) Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine girdiği tartışmalı değildir. Hükümet, alternatif olarak, gözaltına alma ve tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine girebileceğini savunmuştur. Mahkeme, her bir başvurucunun huzuru bozmaya sebebiyet vermiş olması veya huzuru bozmasının muhtemel olması nedeniyle gözaltına alındıklarını ve yargıç önüne çıkarılınca kadar tutulduklarını kaydetmiştir. Huzuru bozma, İngiliz hukukunda suç olarak nitelendirilmemiştir. Ancak Mahkeme, huzuru koruma ödevinin kamusal bir ödev olduğunu gözlemlemiştir. Polis, huzuru bozan veya bozacağına dair makul bir kaygı duyduğu kişileri gözaltına alma yetkisine sahiptir; yargıç da kişinin huzuru bozduğuna veya huzuru bozması muhtemel şekilde hareket ettiğine veya gelecekte huzuru bozacağına dair makul şüphe bırakmayacak kadar delil bulunması ve huzuru bozmayacağına dair taahhüt vermeyi reddetmesi halinde kişiye hapis cezası verebilir. Yargılamanın niteliğini ve verilebilecek olan cezayı göz önünde tutan Mahkeme, huzuru bozmanın Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi anlamında bir 'suç' olduğu (*Benham*, §56) kanaatine varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, her bir başvurucunun suç işlediğine dair kuşku üzerine veya 'suç' işlemlerini önlemek üzere gerekli olduğu için, yargıç veya kanunen yetkili bir makam önüne çıkarma amacıyla gözaltına alındıklarını ve gözaltında tutulduklarını kabul etmiştir. Mahkeme bu kuşkunun 'makul' olup olmadığını, aşağıda, hukukilik bağlamında incelemiştir.

2. Gözaltına alma ve başlangıçtaki tutmanın hukukiliği

[50-53]: Hükümet, başvurucuların gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının 'common law'dan doğan ve 1984 tarihli Polis ve Cezai Deliller Hakkındaki Yasada korunan gözaltına alma yetkisine uygun olduğunu savunmuştur. Başvurucular ise, huzuru bozma kavramının ve buna bağlı olarak gözaltına alma yetkisinin İngiliz hukukunda yeterince açık olmaması nedeniyle gözaltına alınmalarının ve gözaltında tutulmalarının 'hukuki' olmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, ilk olarak, bir kimsenin davranışı başkalarının doğal olarak şiddetle karşılık vermesine yol açacak ise, o kimse iç hukuk bakımından huzuru bozmuş olur; bu durumda bir kimsenin kendisine kızabilecek kişiler önünde huzuru bozmadan protesto faaliyetlerinde bulunabileceği halleri değerlendirmek güçtür. İkinci olarak, huzurun bozulmak üzere olduğuna dair makul sebepler olduğunda gözaltına alma konusundaki takdir yetkisi çok geniştir. Üçüncü olarak, Üst Mahkeme'nin huzuru bozma tanımı konusunda çelişkili kararları vardır. Komisyon, gözaltına alma ve gözaltında tutmanın keyfi olmadığı ve iç hukukla bağdaşmazlık bulunmadığı, dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

“54. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuki' ve 'hukukun öngördüğü usule uygun olarak' deyimlerinin sadece ulusal hukukun maddi ve usul kurallarına uygunluğu değil, ama aynı zamanda herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına uygun olmasını ve keyfi olmamasını (*Benham*, §40) ifade ettiğini hatırlatır. Ayrıca, kişi özgürlüğünün önemi dikkate alındığında, ister yazılı isterse yazı-

sız olsun uygulanacak olan her türlü ulusal hukuk normunun, vatandaşların gerekirse uygun bir danışmayla olayın şartları içinde makul bir ölçüde, bir davranışlarının sonuçlarını önceden görebilmelerine imkân vermeye yetecek kadar açık olmasını gerektiren Sözleşme'deki 'hukukilik' standardını (*SW. – Birleşik Krallık, §35-36; Sunday Times (no.1), §49; ve Halford, §49*) karşılaması esastır.

55. Bu bağlamda Mahkeme, huzuru bozma kavramının son yirmi yılda İngiliz mahkemeleri tarafından açıklığa kavuşturulduğunu, huzuru bozma fiilinin artık bir kimsenin ancak kişilere veya mallara zarar vermesi veya zarara sebebiyet vermesinin muhtemel olduğunun görülmesi veya doğal sonucu itibarıyla başkalarını şiddete tahrik edecek tarzda hareketlerde bulunması halinde işlenmiş olacağının yeterince ortaya çıktığını gözlemlemektedir. Ayrıca bir kimsenin huzurun bozulmasına sebebiyet vermesi veya makul olarak bakıldığında huzurun bozulmasına sebebiyet verebilecek durumda olduğunun anlaşılması halinde gözaltına alınacağı açıktır.

56. Mahkeme, her bir başvurunun İngiliz hukukuna göre gözaltına alınmasını ve gözaltında tutulmasını incelerken, iç hukuku yorumlama ve uygulama işinin öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görev olduğunu hatırlatır. Ancak iç hukuka uymamak Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal edeceğinden, Mahkeme bu meseleyi denetleme konusunda belirli bir yetki kullanabilir ve kullanılmalıdır (*Benham, §41*).

57. Mahkeme, daha önce İngiliz hukukunda bir kimsenin huzurun bozulmasına sebebiyet vermesi veya huzuru bozmasının muhtemel olduğuna dair makul sebeplerin bulunmasının anlaşılması halinde, yetkililerin kendisini gözaltına alma yetkisinin bulunduğunu kaydetmiştir. O halde Mahkeme, bu kriterlerden birinin uygulanıp uygulanmadığını belirlemek için, her bir başvurunun gözaltına alınma koşullarını inceleyecektir.”

(a) Birinci ve ikinci başvurular

Birinci başvuru avcılarını engelleme, ikinci başvuru yol inşaatını engelleme sırasında gözaltına alınmıştır.

“**60.** Mahkeme, bu başvuru ile ilgili olayları ele alan ulusal mahkemelerin, her bir başvurunun huzuru bozduğuna veya huzuru bozmasının muhtemel olduğuna kanaat getirdiklerini kaydeder. Mahkeme, önündeki delilleri kendisi de inceledikten sonra, polis, başvuru ile ilgili davranışlarının sürmesi halinde başkalarını şiddete tahrik edeceğinden kaygı duymakta haklı olduğundan şüphe etmek için bir sebep bulunmadığını tespit etmektedir. Buradan çıkan sonuca göre, birinci ve ikinci başvuruların gözaltına alınmaları ve gözaltında tutulmaları İngiliz hukukuna uygundur. Dahası, bu özgürlükten yoksun bırakma işlemlerinin keyfi olduğuna dair bir delil de yoktur.

61. Sonuç olarak birinci ve ikinci başvuruların gözaltına alınmaları ve başlangıçtaki tutulmaları bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.”

(b) Üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurular

Bu başvurular silah satışı protesto amacıyla konferans salonunun dışında bildiri dağıtırken ve pankart taşırken gözaltına alınmışlar ve yaklaşık 7 yedi saat gözaltında tutulmuşlardır.

“**63.** Mahkeme, başvuruların gözaltına alınmalarının ve gözaltında tutulmalarının İngiliz hukukuna uygun olup olmadığı konusunda ulusal mahkeme tarafından verilmiş bir karar bulunmadığını, çünkü savcının huzuru bozma suçu iddialarını mahkeme önünde geri aldığı ve başvuruların da haksız gözaltı nedeniyle polise karşı bir tazminat davası açmadıklarını kaydetmektedir. Mahkeme, başvuruların bu ihmali karşısında Hükümetin ilk itirazda bulunmadığını gözlemlemektedir. Böyle bir talep bulunmadığın-

dan, Mahkeme'nin bu konudaki şikâyetin iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından kabul edilemez bulunup bulunmaması gerektiği sorununu kendiliğinden incelemesi gerekli değildir (*Olsson (no. 1)*, §56; ve *Open Door ve Dublin Well Woman*, §46).

64. Üç başvurucunun gözaltına alınmalarıyla ilgili delilleri inceleyen Mahkeme, bu başvurucuların tamamen barışçıl olan protestolarını başka bir şekilde nitelendirmek için bir sebep görmemektedir. Başvurucuların, konferansa katılanları önemli ölçüde engellediklerini veya engellemeye çalıştıklarını veya başkalarını şiddete tahrik edebilecek başka bir eylemde bulduklarına dair bir belirti yoktur. Gerçekten de polis, başvurucuların davranışlarının huzuru bozduğundan veya bozulmasının muhtemel olduğundan kaygı duymasını gerektiren bir şey bulunduğu görülmemektedir. Bu nedenle Mahkeme, konu hakkındaki ulusal makamların bir kararı da bulunmadığından, bu başvurucuların gözaltına alınmalarının ve daha sonra 7 saat tutulmalarının, bunları Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında 'hukuki' kılacak şekilde İngiliz hukukuna uygun olduğuna ikna olmamıştır.

65. Buradan çıkan sonuca öre üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurucular bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

B. Birinci ve ikinci başvurucunun taahhüt vermeyi reddetmeleri üzerine tutulmaları

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına göre nitelendirme

[66–68]: Hükümet birinci ve ikinci başvurucuların taahhütte bulunmamalarından sonra tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine girdiğini, çünkü huzuru bozma fiilini işleyen bir sanığa bir mahkeme tarafından verildiğini, bunun da bir mahkûmiyet kararına benzediğini belirtmiştir. Hükümet, alternatif olarak, bu tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine girdiğini, çünkü başvurucuların huzuru koruma taahhüdü verme kararlarına uymamalarının bir sonucu olarak cezaevine gönderildiklerini söylemiştir. Başvuruculara göre ise, 'huzuru koruma' şartı yeterince somut olmadığı ve 'hukuken öngörölmüş bir yükümlülük' sayılamayacağı için, bu tutma Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine değil, ama cezai bir yaptırım niteliğinde olduğu için 5(1)(a) bendine girer.

“69. Mahkeme, 1980 tarihli Yasanın 115. maddesi gereğince görölen davada, Teesside Kraliyet Mahkemesi tarafından birinci başvurucuya 100 Sterlin teminat karşılığında 12 ay süreyle huzuru koruması ve iyi davranması konusunda taahhütte bulunmasına karar verildiğini hatırlatır. Başvurucu bu karara uymayınca, 28 gün için cezaevine gönderilmiştir. İkinci başvurucu için de aynı şekilde, Redbridge Mahkemesi tarafından 1980 tarihli Yasanın 115. maddesi gereğince 100 Sterlin teminat karşılığında huzuru koruması ve iyi davranması konusunda taahhütte bulunmasına karar verilmiştir. Başvurucu bu karara uymayınca, 7 gün için cezaevine gönderilmiştir.

70. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre her iki başvurucu da, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine göre bir mahkemenin verdiği karara uymama nedeniyle tutulmuşlardır. Mahkeme başvuruculara uygulanan taahhütte bulunma kararlarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında söylendiği gibi yeterince açık olup olmadığını, 'hukukilik' meselesi bağlamında inceleyecektir.”

2. Başvurucuların taahhüt vermemeleri nedeniyle tutulmalarının hukukiliği

“75. Mahkeme, ilk önce, ulusal hukukun, başvurucuların davranışlarının sonuçlarını önceden görebilmelerini sağlayamaya yetecek kadar açık formüle edilip edilmediğini inceleyecektir. Bu bağlamda Mahkeme, huzuru bozma fiilindeki unsurların İngiliz hukukunda yeterince tanımlanmış olduğuna dair vardığı sonucu hatırlatır. Ayrıca 1980 tarihli Yasanın 115. maddesi hükümleri ve ilgili iç hukukta, yargıcın kabul edilebilir delillere dayanarak bir kimsenin huzuru bozma fiilinde bulunduğu veya yeniden huzuru bozma fiili işleyeceğine dair gerçek bir risk bulunduğu kanaat getirmesi halinde, sanıktan huzuru korumak veya iyi davranmak için taahhütte bulunması istenebileceği açıktır. Nihayet, sanığın

böyle bir karara uymaması halinde altı aya kadar cezaevine gönderilebileceği de açıktır. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucuların, başkalarını şiddete tahrik etme doğal sonucunu doğuracak tarzda hareket ettikleri takdirde, huzuru koruma taahhüdünde bulunma kararı verileceğini ve taahhüt vermeme halinde cezaevine gönderileceklerini önceden görebileceklerine ikna olmuştur.

76. Mahkeme ayrıca başvuruculara uygulanan taahhüt verme kararlarının, ‘bir mahkemenin hukuka uygun kararları’ şeklinde tanımlanabilecek kadar yeterince özel olup olmadığını inceleyecektir. Bu noktada Mahkeme, söz konusu kararların bir ölçüde muğlak ve genel terimlerle ifade edildiklerini kaydeder. Özellikle ‘iyi davranma’ ifadesi belirsiz olup, taahhüt veren bir kimseye hangi davranışının bu kararı ihlal edeceği konusunda fazla rehberlik yapmamaktadır. Ne var ki her iki başvurucunun olayında da taahhütte bulunma kararları huzuru bozmalarından sonra verilmiştir. Olayın içinde bulunduğu bütün şartları göz önünde tutan Mahkeme, bu bağlamda başvurucuların gelecek 12 ay içinde huzura aykırı başka benzer eylemlerde bulunmaktan kaçınmalarının istendiğinin yeterince açık olduğu kanaatindedir.

77. Son olarak Mahkeme, yargıcın görevi aşacak şekilde hareket ettiğine veya taahhütte bulunma kararlarının veya daha sonra başvurucuların tutulmalarının İngiliz hukukuna başka bir sebeple de uymadığına dair bir delil görmemektedir.

78. Buradan çıkan sonuca göre, birinci ve ikinci başvurucuların taahhüt vermeyi reddetmelerinin ardından tutulmaları bakımından Sözleşme’nin 5(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.”

III. Sözleşme’nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

IV. Sözleşme’nin 6(3)(a) bendinin ihlali iddiası

[84-87]: Başvurucular, aleyhlerindeki suçlamanın ayrıntılarının kendilerine verilmediğinden şikâyet etmişlerdir. Başvuruculara göre, ‘huzuru bozma’ çok genel bir suçlama olduğundan, her bir başvurucunun suçlamanın temelini oluşturan davranışları belirtilmiş olmalıydı. Hükümet, gözaltına alınmasından 10 saat sonra birinci başvurucuya, belirli bir yerde ve belirli bir tarihte 1980 tarihli Yasanın 115. maddesine aykırı olarak huzuru bozulmasına sebebiyet vermekten suçlandığı bilgisini içeren bir suçlama belgesi verilmiştir. İkinci başvurucuya da gözaltına alınmasından bir saat 15 dakika sonra benzer bir belge verilmiştir. Hükümete göre, bu durum Sözleşme’nin 6(3)(a) bendine uygundur. Mahkeme birinci ve ikinci başvurucuya verilen suçlama belgelerindeki bilginin bu maddeye uygun düşecek kadar yeterli olduğu kanaatindedir. (*Brozicek*, §42). Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 6(3)(a) bendi ihlal edilmemiştir.

...

ADİL KARŞILIK - üç başvurucuya manevi tazminat olarak toplam 1,500 Sterlin, ücretler ve masraflar için toplam 20,000 Sterlin ödenmesine

BU GEREKÇELELE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurucuların Sözleşme’nin 5(3), 6(2), 6(3)(b) ve (c), 11 veya 13. maddelerini bakımından yaptıkları şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığına;
2. İkiye karşı yedi oyla, birinci başvurucunun gözaltına alınması ve başlangıçtaki tutulması nedeniyle Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, ikinci başvurucunun gözaltına alınması ve başlangıçtaki tutulması nedeniyle Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Oybirliğiyle, üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurucuların gözaltına alınmaları ve başlangıçtaki tutulmaları nedeniyle Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
5. Bire karşı sekiz oyla, birinci ve ikinci başvurucuların taahhütte bulunmayı reddet-

- meleri üzerine tutulmaları nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
 6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlal edilmediğine;
 7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinin ihlal edilmediğine;
 8. Dörde karşı beş oyla, birinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine;
 9. İkiye karşı yedi oyla, ikinci başvuru bakımından Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine;
 10. Oybirliğiyle, üçüncü, dördüncü ve beşinci başvurucuları bakımından Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline

KARAR VERMİŞTİR.

08.07.1999 23657/94 ÇAKICI - TÜRKİYE

- ◆ *gözültünün hukukiliği - gözültünü kaydetmeme* (8 Kasım 1993'te Hazro ilçesi Çitlibahçe köyünden gözültüne alınan kişinin bir süre tutulduktan sonra bir daha görülmemesi ve Hükümet'in bu kişinin gözültüne alındığını inkâr etmesi) ■ *kişi özgürlüğü - kişi güvenliği*
 - hukuka uygun tutma

DAVANIN ESASI

Başvurucunun kardeşi Ahmet Çakıcı, 8 Kasım 1993'te Hazro ilçesi Çitlibahçe köyünden gözültüne alınmış, bir süre gözültünde tutulduktan sonra bir daha görülmemiştir. Hükümet, bu kişiye ait nüfus cüzdanının öldürülen bir terörist üzerinden çıktığını iddia ettiğinden, kişinin öldüğü kabul edilmiştir. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, başka maddelerin yanında Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

...

V. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu kardeşinin gözültünde kayıp edilmesinin Sözleşme'nin 5. maddesini bir çok yönden ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

“104. Mahkeme, bir demokraside yetkililerin elinde keyfi olarak tutulmaktan kurtulmaları için bireylerin haklarını koruyan Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin önemini sık sık vurgulamıştır (*bk. Kurt, §122*). Bu bağlamda Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın, sadece ulusal hukukun maddi ve usul ile ilgili kurallarına değil, ama aynı zamanda bireyi keyfi olarak tutmaya karşı koruyan Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun bir biçimde gerçekleştirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (*Chahal, §118*). Sözleşme'nin 5. maddesi, keyfi olarak gözültünde tutmanın risklerini asgariye indirebilmek için, özgürlükten yoksun bırakma işlemi bağımsız yargı denetimine tabi kılmayı ve bu işlemi yapan yetkililerin sorumluluğunu sağlamayı amaçlayan maddi haklar bütünü getirmiştir. Mahkeme'nin daha önce Kurt davasında da belirttiği gibi (*Kurt, §124*), bir kimsenin gözültünde tutulduğunun inkâr edilmesi, bu güvencelerin bütünüyle reddilmesi anlamına gelir ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ağır bir biçimde ihlalini meydana getirir. Yetkililerin, denetimleri altında bulunan bireyler nedeniyle sorumlulukları bulunduğundan, Sözleşme'nin 5. maddesi kayıp edilme tehlikesine karşı bireyleri korumak üzere yetkililerin etkili tedbirler almalarını ve bir kimsenin gözültüne alınıp da bir daha görülmediği şeklinde savunulabilir bir iddia hakkında derhal ve etkili bir soruşturma yapmalarını gerektirir.

105. Bu düşüncelerin ışığı altında Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın güvenlik güçleri tarafından yakalandığı, 8 Kasım 1993 gecesini geçirdiği Hazro'ya götürüldüğü, 2 Aralık 1993 tarihine kadar gözaltında tutulduğu Diyarbakır İl Jandarma Komutanlığı'na gönderildiği şeklinde Komisyon'un yaptığı tespiti kabul ettiğini hatırlatır (bk. yukarıda parag. 50). Bu tutma, Hazro veya Diyarbakır gözaltı kayıtlarına geçirilmemiştir; ayrıca, nerede bulunduğu ve akıbetinin ne olduğuna dair bir resmi kayıt da mevcut değildir. Bir kimsenin gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartlarına uygun olabilmesi için, gözaltında tutulanların tutulma tarihi, zamanı ve yeri, ayrıca gözaltı sebepleri ve gözaltına alan kişilerin adlarıyla ilgili gerçeğe uygun verilerin kayda geçirilmesi gereklidir. Mevcut olaydaki kişiyle ilgili kayıt bulunmaması, Komisyon'un söz konusu kayıtların güvenilir ve doğru olmadığına dair genel tespitleriyle daha da ağırlaşan çok ciddi bir ihmali ortaya çıkarmaktadır. Mahkeme ayrıca, Komisyon temsilcileri önüne çıkan tanık jandarmalar tarafından verilerin kaydedilmesinde yaptıkları uygulama konusunda, yani bir kimsenin resmi bina dışında bir yerde tutulması halinde veya herhangi bir amaçla gözaltı biriminden çıkarıldığında veya nakil amacıyla tutulduğunda, o kimsenin kayda geçirilmemesi konusunda Komisyon'un duyduğu kaygıları paylaşmaktadır. Mahkeme, gözaltında tutulan bir kimsenin belli bir zamanda nerede olduğunu tespit etmeyi sağlayan kayıtların tutulmamasının, kabul edilemez olduğu sonucuna varmaktadır.

106. Ayrıca Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın gözaltında tutulduğuna dair üç tanığın bulunduğu başvuru ailesi tarafından yetkililerin dikkatine sunulmuş olduğu halde, başvuru nun Komisyon tarafından Hükümet'e iletilmesine kadar, gözaltı kayıtlarının incelenmesi dışında, yetkililer tarafından ifade almak için herhangi bir girişimde bulunulmamıştır. Mahkeme daha önce (*bk. yukarıda §80*), bu aşamada bile sınırlı sayıda araştırma yapılmış olması ile Ahmet Çakıcı'nın cesedinin bulunduğu haberi üzerine herhangi bir soruşturma yapılmamış olması hakkında yorumda bulunmuştu. Ahmet Çakıcı'nın kaybolması hakkında, ne hızlı ve ne de anlamlı bir araştırma yapılmıştır.

107. Buna göre Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan koruyuculardan tamamen yoksun inkâr edilen bir gözaltında tutulduğu ve bu maddenin güvence altına aldığı özgürlük ve güvenlik hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiği sonucuna varmaktadır”.

...

ADİL KARŞILIK - Md 41: maddi tazminat olarak 11,534 Sterlin, manevi tazminat için 27,500 Sterlin, ücretler ve masraflar için 20,000 Sterlinden adli yardım olarak alınan 7,000 FF düşülerek ödenmesine

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline;
3. Oybirliğiyle, başvuru nun kardeşi bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
4. Üçe karşı on dört oyla, başvuru bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline;
6. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
8. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edilmediğine; ...

KARAR VERMİŞTİR.

16.01.2001 51346/99 CISSE - FRANSA [k.k.]

◆ *gözetli sebebi* (kiliseyi işgal ederek yabancıların mültecilik statüsü taleplerini duyurmak isteyen başvuru ve diğerlerinin kiliseden tahliyeleri sırasında gözetli alınmaları ve daha sonra Yabancıların Fransa'ya Girişleri ve Oturmaları Hakkında Kararname gereğince kimlik tespiti için gözetim altında tutulmaları) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli

DAVANIN ESASI

Başvuru Bayan Madjiguene Cisse Senegal vatandaşıdır. Başvuru oturma izni bulunmayan bir grup yabancıdan biri olup, aynı zamanda bu grubun sözcüsüdür.

Bu grup üyeleri 1996 yılında, Fransa'da göçmen statüsü alabilmek için yaptıkları başvuruların incelenmesinde karşılaştıkları güçlüklerle dikkat çekmek için topluca bir eylem yapmaya karar vermişlerdir. Çoğunluğu Afrika kökenli 200 kadar göçmen 28 Haziran 1996'da Paris'teki St. Bernard kilisesini işgal etmişlerdir. Grup içinden 10 erkek açlık grevi yapmaya karar vermiştir. Başvurucunun kızı da kilise işgalcileri arasında yer almıştır. St. Bernard *sans papiers* (evraksız göçmenler) hareketi olarak bilinen bu hareket basının büyük ilgisini çekmiş, birçok insan hakları kuruluşunun desteğini almış, bazı aktivistler dayanıştıklarını göstermek için burada kalmaya karar vermişlerdir.

22 Ağustos 1996'da, yani işgalin başlamasından yaklaşık iki ay sonra, Paris Emniyet Müdürü işgal edilen binanın tamamıyla boşaltılması emrini imzalamıştır. Boşaltma kararına gerekçe olarak, binanın işgalinin ibadetle ilgisinin olmaması, temizlik koşullarının ciddi bir şekilde kötüleşmiş olması, kilisenin çıkışlarına asma kilit asılmış olması ve temizlik, sağlık, huzur, güvenlik ve kamu düzeninin risk altında olması gösterilmiştir.

23 Ağustos 1996 sabahı polis boşaltma işlemini gerçekleştirmiştir. Polis, sabah 06.30'da söz konusu yere gelmiş ve kiliseden çıkarılacak olan yabancıların ülkede kalmaları ve seyahat etmeleri için belgeleri olup olmadığını kontrol etmeye kilisenin çıkışına bir kontrol masası kurmuştur. Polis sabah 07.56'da kiliseye girmiştir. Kilisedeki bütün işgalciler çıkışta durdurulmuş ve kendilerine sorular sorulmuştur. Beyaz işgalciler hemen salıverilmiş, ama polis açlık grevine girenler dışında siyahi işgalcileri toplamış ve otobüslerle Vincennes'teki yabancı tutma merkezine göndermiştir. Bu kişilerin hemen tamamı hakkında tutma ve sınır dışı etme kararları verilmiştir. Bunlardan 100'den fazlası, polisin durdurma ve soru sorma sürecinde usulsüz bazı işlemlerde bulunması nedeniyle, mahkemeler tarafından salıverilmişlerdir.

O sabah 08.20'de bir polis kiliseden çıkmakta olan başvurucuya Fransa'da oturma izin belgesini sormuş, başvuru böyle bir belge gösterememiştir. (Başvuru daha önce 5 Haziran 1996'da Paris Emniyet Müdürlüğü'ne gitmiş, fakat Fransa'da oturma izni talebi 1945 tarihli Kararnamedeki oturma izni için gerekli koşulları taşımadığı ve kendisine insani sebeplerle oturma izni verilmesini gerektirecek kişisel veya ailevi sebepleri bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Emniyet Müdürlüğünün kararının kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içinde ülkeyi terk etmeye davet edilmiştir.)

23 Ağustos sabahı 08.15'te Paris 8. Mahkemesi Savcılığından bir savcı, başvuru evraklarıyla birlikte kendisinin önüne getirilmesi talimatını vermiştir. Başvuru, aynı gün sabah 09.55'te gözetli alınmış ve kendisine Ceza Muhakemesi Kanununun 63-2 ve 63-4. maddeleri gereğince hakları hatırlatılmıştır. Başvurucunun gözetli işlemi, durdurulduğu saat olan 07.56'dan başlamış sayılmıştır. Başvuru gözetim altında tutulduğu süre boyunca konuşmamıştır. Başvuru 24 Ağustos günü 13.30'da, 'acele muhakeme usulü' çerçevesinde Paris Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Başvuru 'mevzuatın gerektirdiği belgeleri veya vizesi olmaksızın Fransa'ya girmiş ve kalmış olmakla' suçlanmıştır.

Ceza Mahkemesi, başvurucuya iki ay hapis cezası vermiş ve cezayı ertelemiştir. Ceza Mahkemesi'ne göre, göçmenlik statülerine karşı çıkmak ve kendi lehlerine bir hareket yaratmak üzere haftalarca bir ibadet yerini işgal etmek, idari makamların kendilerini bınadan tahliye kararı vermelerini haklı kılan 'gecikmesinde sakınca bulunan hal' oluşturmuştur; bu kişilerin, yasanın 78-2 maddesi gereğince kimliklerinin tespitiyle ilgili kurallar gibi, göçmen mevzuatı hükümlerini ihlal etme suçunu işlediklerinden kuşulanmak için de yeterli sebep vardır; ancak polis tarafından aynı anda çok sayıda kişi durdurulmuş olduğundan ve bu kişiler kimliklerini vermediklerinden, polis bu kişilerin kimliklerini hemen kontrol edememiştir; ancak kimlik kontrolünün durduruldukları sırada hemen yapılamamış olması, bu çapta bir operasyondaki pratik zorluklar göz önünde tutulduğunda, süreci sakatlamamıştır; çok sayıda kişinin aynı anda durdurulmuş olması ve operasyon koşulları göz önünde tutulduğunda, sanığa makul bir süre içinde hakları hatırlatılamamıştır.

Başvurucunun bu karara karşı yaptığı üst başvuru, 23 Ocak 1997'de Paris Üst Mahkemesi tarafından reddedilmiş, Ceza Mahkemesi'nin kararı onaylanmış ve ayrıca başvurucunun 3 yıl süreyle Fransa'ya alınmamasına karar verilmiştir. Başvurucunun temyiz başvurusu 4 Haziran 1998'de Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucu, 30 Kasım 1998'de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, diğer maddelerin (md 11 ve md 14) yanında, hukuka aykırı olarak gözaltına alındığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme 16.01.2001 tarihinde verdiği bu kabuledilebilirlik kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin tek başına veya 14. maddeyle birlikte ihlal edildiği şikâyetini, açıkça temelsiz görerek Sözleşme'nin 35(3) ve (4). fıkraları gereğince kabuledilemez bulmuştur. Mahkeme, 09.04.2002 tarihli esas hakkındaki kararında da 11. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

ŞİKAYETLER

1. Başvurucu Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı olarak hukuka aykırı bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakıldığından şikâyet etmiştir. Başvurucu ilk olarak kimliğinin kontrol edildiği sırada suç işlediğinden kuşku duymak için bir sebep bulunmadığını iddia etmiştir. Başvurucu ikinci olarak, Polis Müdürünün tesisin tahliye edilmesi emrinin yasa dışı aykırı olduğunu, çünkü gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunmadığı için, bir mahkeme kararı gerektiğini iddia etmiştir.

2. Başvurucu, Sözleşme'nin 5. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddeye dayanarak, kimliği kontrol edilecek olanları belirlemek için kullanılan kriterin kilisede bulunanların deri rengi olması karşısında ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir.

3. Başvurucu Sözleşme'nin 11. maddesine dayanarak, kendilerine yapılan muameleyi ifşa etmek amacıyla diğer yabancılarla birlikte barışçıl bir biçimde toplanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Tahliye hukuka aykırı olduğu için, başvurucuya göre bu hakka müdahale hukuken öngörülebilir olmadığı gibi meşru bir amaç bakımından haklı ve orantılı değildir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Başvurucu, tek başına veya 14. maddeyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Hükümet, başvurucunun 5(1)(c) fıkrası bakımından yaptığı şikâyetin açıkça temelsiz olduğunu savunmuştur. Hükümete göre başvurucunun Yabancıların Fransa'ya Girişleri ve Oturmaları hakkında 1945 tarihli Kararnameye aykırı olarak ülkede fazla kalma (overs-tay) suçu işlemiş olduğundan kuşulanmak için sebepler bulunduğu, ulusal mahkemelerin Ceza Muhakemesi Kanununun 78-2 maddesine uygun davranıldığına karar

verdıklarını savunmuştur. Hükümete göre, kimlik kontrolü yapılması kararı için iki nokta dikkate alınmış olup, ikisi de başvurucunun irksal kökeniyle ilgili değildir. Birincisi, yetkililer tahliye edilen çok sayıda yabancıların yasadışı göçmen olduğu konusunda önceki olaylar nedeniyle uyarılmış olup, sırf bu neden bile kimlik kontrollerinin yapılmasını gerektirmiştir. Ayrıca başvurucu, oturma izinlerinin olmadığını alenen kabul edip kiliseye sığınmış olan kişilerin arasından çıkmıştır. Başvurucunun o tarihteki davranışı, kendiliğinden başvurucunun bir suç işlediğinden kuşkulunmak ve kimlik kontrolü yapılmasını gerektiren bir sebep oluşturmuştur. Nihayet başvurucunun kimliği kontrol edilmiştir, çünkü başvurucu bizzat önceki beyan ve eylemleriyle kendisinin yasadışı göçmen olduğunun yetkililerinin farkına varmasını sağlamıştır. Başvurucu ‘*sans papiers*’ grubunun sözcülüğünü yapmış olup, bu konuda tanınmış biridir.

Mahkeme’ye göre, bir gözaltına almanın dayanması gereken kuşkunun ‘makullüğü’, keyfi bir gözaltına alma ve tutmaya karşı Sözleşme’nin 5(1)(c) bendiyle getirilen koruyucuların esaslı bir parçasını oluşturur. Bu makullük, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirir. ‘Makul’ olarak görülebilecek şey ise, olaydaki bütün koşullara göre belirlenir (*Fox, Campbell ve Hartley, §32*). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme’nin 5(1)(c) bendinin sağladığı güvencenin özünün zedelenmiş olup olmadığını belirlemek durumundadır.

Mahkeme, bizzat başvurucunun yaptığı başvuruda, Fransa’da oturma izni olmadan yerleşik durumdaki çeşitli Afrika ülkelerinden gelen yabancılardan oluşan bir grubun hem üyesi ve hem de sözcüsü olduğunu söylemiştir. Bu grup, 1996 yılında topluca bir eylem yapmaya karar vermiş ve Paris’te aralarında St. Bernard Kilisesinin de bulunduğu çeşitli binaları işgal etmişlerdir. Başvurucu bu kilisede gözaltına alınmıştır. Başvurucu, grubun amacının, grup üyelerinin göçmenlik statülerinin yeniden incelenmesi sırasında yetkilileri daha özenli hareket etmeye davet etmek olduğunu söylemiştir. Gerçekten de oturma izinleri bulunmayan grup üyeleri, St. Bernard Kilisesi işgalcilerinin çoğunluğunu oluşturmuştur. 22 Ağustos 1996’da yetkililer kiliseyi tahliye etmeye ve bizzat kendi kabullerine göre Yabancıların Fransa’ya Girişleri ve Oturmaları Hakkında 1945 tarihli Kararnameye muhalefet eden kişileri durdurmaya karar vermişlerdir. Bu koşullarda Mahkeme’ye göre, yetkili makamların Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi anlamında başvurucuyu gözaltına aldıkları anda kendisinin suç işlemiş olduğundan kuşkulunmaları için makul sebepler vardır; dolayısıyla bu maddenin sağladığı güvencenin özü zedelenmemiştir. Buradan çıkan sonuca göre başvurunun bu kısmı açıkça temelsizdir.

Öte yandan, kimlik denetimi için kullanılan sistem yasadışı göçmenlerin kimliklerini belirlemek için işletilmiştir. Bu çerçevede başvurucunun ırk ve renk ayrımcılığına tabi tutulduğu şikâyeti de açıkça temelsizdir. ...

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme’nin 11. maddesiyle ilgili şikâyeti kabuledilebilir olduğuna,

Başvurunun kalan kısmının kabuledilebilir olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

16.10.2021 37555/97 O’HARA - BİRLEŞİK KRALLIK

- ◆ *gözümlü sebebi* (geçmişte güvenilirliğini kanıtlamış olan ve adli sicili temiz bulunan dört muhbirden alınan bilgi sonucu başvurucunun öldürme suçu işlediğinden kuşku duyularak gözümlü alınması) *gözümlü süresi* (6 gün 13 saat gözümlü tutulduktan sonra salıverilme)
- kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözümlü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı

DAVANIN EASASI

Başvurucu Gerard Patrick O'Hara, bir İrlanda vatandaşıdır. Başvurucu Sinn Fein'in önde gelen üyelerinden biridir.

Başvurucu, bu davaya konu olan olaydan sonra da birkaç kez polis tarafından gözaltına alınmıştır. Başvurucu, altı olayda keyfi gözaltı ve kötü muamele iddialarıyla davalar açmış; 1988 ve 19 Mart 1993 tarihlerindeki olaylar nedeniyle tazminatlar almış; ayrıca 16 Mart 1993'te Guildhall Meydanı'nda polis kendisinin kimliğini tam olarak bildiği halde adını vermemesi üzerine gözaltına aldığı için, Ocak 1994'te yargıç haksız gözaltı gerekçesiyle kendisine 2,500 Sterlin tazminat ödenmesine karar vermiştir.

Bu dava, 1985 yılında Bay Kurt König'in öldürülmesi üzerine başvurunun gözaltına alınmasıyla ilgilidir. Bir Alman vatandaşı olan Kurt König, Londonderry'deki polis karakollarının kantinlerine yiyecek içecek sağlama işinde çalışmış, 21 Kasım 1985 tarihinde öldürülmüştür. Öldürme olayının sorumluluğunu IRA üstlenmiştir. Hükümet, Özel Birimin başvuru ve başka üç kişinin öldürme olayına karıştıklarına dair istihbarat aldıklarını söylemiştir. Hükümet, bu istihbaratın kaynağının, geçmişte silah ve patlayıcıların ele geçirilmesine yol açan bilgiler vermek suretiyle güvenilirliğini kanıtlamış, adli sicili temiz dört muhbir olduğunu söylemiştir. Hükümete göre bu muhbirlerin verdikleri bilgiler tutarlıdır, çünkü her biri öldürme olayına karışan başvuru ve diğer üç kişinin adlarını vermişlerdir; bilgiler bağımsızdır, çünkü muhbirlerden hiçbiri diğerinin varlığını bilmemektedir ve her biri bu bilgiyi polislere ayrı ayrı vermişlerdir.

Özel Birim, Emniyet miri R.'yi, başvurunun IRA üyesi olduğu ve öldürme olayına karıştığı konusunda bilgilendirmiştir. Emniyet Amiri R de, soruşturma amiri B.'yi, o da soruşturma polis memuru S.'yi bilgilendirmiştir. 28 Aralık 1985 günü sabah 06.00-06.15 sularında soruşturma polis memuru S. başvurunun evine gitmiş ve arama yapmıştır. Memur S., aramanın sonunda saat 08.05'te başvuru gözaltına almıştır. Memur S., başvurucuya 1984 tarihli Terörün Önlenmesine Dair Kanununun 12(1)(b) bendine göre gözaltına alındığını söylemiştir. Bu madde polise, aleyhinde terör faaliyetlerinde bulunduğu, hazırlık yaptığı veya azmettirdiğinden şüphelenmek için makul sebepler bulunan bir kimseyi yakalama emri (warrant) olmaksızın gözaltına alma yetkisi vermektedir.

Başvurucu, götürüldüğü tutma merkezinde IRA üyesi olma ihtimali ile Kurt König'in öldürülmesi ve ayrıca 1 Nisan 1982'de iki askerin öldürülmesi olayına karıştığı şüphesiyle 34 kez sorguya alınmıştır. Başvurucu hiçbir soruya cevap vermemiştir. Hükümete göre, 28 Aralık 1985 günü 11.50'de başlayan ilk sorgunun başında, polis başvurucuya kendisinin IRA üyeliği ve ilgili konular hakkında araştırma yaptığını söylemiştir. Hükümet tarafından Mahkeme'ye iletilen polis notlarında, aynı gün 14.05-16.00 arasında süren ikinci sorguda sorgulayıcı memur, başvurucuya, kendisinin IRA'ya üyeliği ve Kurt König'in öldürülmesi olayı hakkında araştırma yaptıklarını söylemiştir. 29 Aralık 1985 günü Bakan, başvurunun ilk 48 saatlik gözaltında tutulma süresini beş gün daha uzatmıştır. Başvurucu 6 gün 13 saat gözaltında tutulduktan sonra, 3 Ocak 1986 günü sabah 09.00'da aleyhinde isnatta bulunulmadan (without charge) salıverilmiştir.

Başvurucu 20 Ağustos 1986 tarihli dava dilekçesiyle (writ) saldırı, belgelere el koyma, özgürlüğü tahdit ve hukuka aykırı gözaltı nedeniyle Emniyet Müdürü aleyhine bir tazminat davası açmıştır. Başvurucunun avukatı dava mahkemesi önünde, başvurunun gözaltına alınmasının hukukiliği bağlamında soruşturma polis memuru S.'nin, başvurunun gözaltına almayı haklı kılacak bir suç işlediğinden şüphe duyması için yeterli sebebi bulunmadığını iddia etmiştir. S. duruşmada verdiği ifadede, 28 Aralık 1985 sabahı saat 05.30'da katıldığı brifingde kendisine, Kurt König'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenilen başvuru ve birkaç kişiyi delil bulmak üzere aramasının ve gözaltına alma-

sının söylendiğini, soruşturma amiri B.'nin, başvuruçunun öldürme olayına karıştığı ve başvuruçuyu gözaltına almak için makul sebepler bulunduğunu ifade ettiğini söylemiştir. Duruşma sırasında S., B.'nin kendisine şüphe sebeplerinden söz edip etmediği konusunda bir şey söylememiş, bu konuda taraflar da bir soru sormamıştır.

Yargıç 14 Kasım 1990'da verdiği kararda, başvuruçunun notlarının polis tarafından alınmasının hukuka aykırı olduğu sonucuna vararak, kendisine 100 Sterlin tazminat ödenmesine hükmetmiş; saldırı ve kötü muamele iddialarının kanıtlanamadığı sonucuna varmış; haksız gözaltı iddiasını da reddetmiştir. Yargılama sırasında başvuruçunun avukatı, bir gözaltının hukuka uygun olabilmesi için gözaltına alan memurun da şüphe doğuran mad-di olayların bilgisine sahip olması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak mahkeme, daha önce benzer davalarda bu tür iddialar reddedilmiş olduğundan, bu içtihadın değişmesi için yeni bir iddia ileri sürülmemiş olduğundan ve mevcut olayda soruşturma polis memuru S.'nin kendisine verilen bilgiler sonucu başvuruçunun terör faaliyetlerinde bulunduğu şüphelenmesi için makul sebepleri bulunduğu sonucuna varmıştır. Böylece dava mahkemesi, makul şüphenin bir üst yetkilinin vereceği bilgiden türetilebileceğini kabul etmiştir.

Başvuruçunun avukatı, hukuka aykırı gözaltı ve özgürlüğü tahdit ile ilgili olarak 24 Ekim 1990'da Üst Mahkeme'ye üst başvuruda bulunmuştur. Başvuruçunun avukatı, şüphe kaynağının ve şüphe için makul sebeplerin mahkemenin önüne getirilmesi gerektiğini, bir başka deyişle, olayda S.'ye brifing veren soruşturma amiri B.'nin başvuruçunun terör faaliyetlerine karıştığından şüphelenmesini gerektiren sebepler konusunda mahkemede dinlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Avukata göre aksi takdirde, yasanın 12. maddesinin soruşturma amiri B.'ye, eğer bizzat kendisinin şüphe için makul sebepleri bulunmuyorsa, özgürlüğü tahdit etmekten sorumlu tutulmaya karşı bir koruma sağlamış olacağını ileri sürmüştür.

Üst Mahkeme 6 Mayıs 1994'te verdiği kararda, brifingde gözaltına alan memur (arresting officer) S.'ye verilen bilginin 'kıt' (scanty) olmasına rağmen, Yasanın 12(1)(b) bendinin gerektirdiği fikri durumu (state of mind) oluşturmak için yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Üst Mahkeme, dava mahkemesinin makul şüphenin bir üst yetkilinin vereceği bilgiden türetilebileceği görüşünü onaylayarak, üst başvuruyu reddetmiştir.

Bu karara karşı yapılan temyiz, 12 Aralık 1996'da Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi'ne göre, gözaltına alan memurun gözaltına alma kararına yol açacak bütün bilgilere sahip olması gerekli değildir. Ancak gözaltına alan memurun, gözaltına alma yetkisini kullanmadan önce, kuşkulanan için makul sebeplerin bulunmasını sağlayan yeterli bilgiyle donatılmış olması gerekir. Gözaltına alan memuru harekete geçiren bilginin bizzat kendi gözlemlerine dayanması gerekmez; çünkü kendisine söylenenlere dayanarak bir kuşku oluşturabilir. Gözaltına alan memurun makul kuşkusu, isim belirtilmeden verilen bilgiye ve hatta daha sonra yanlışlığı ortaya çıkan bir bilgiye dayanabilir. Brifingde konuyla ilgili verilen bilgi kıt olmakla birlikte, yargıç olayın şartları içinde delilleri tartabilir ve bu bilginin kaynağını göz önünde tutarak, bağımsız bir gözlemci olarak makul bir kimsenin çıkarabileceği sonuçları çıkarabilir. Temyiz Mahkemesi, polisin Yasanın 12(1). fıkrasına göre gözaltına alma yetkisiyle ilgili görüşlerini şöyle özetlemiştir: (1) Polisin makul kuşkusu olabilmesi için, ilk bakışta dava açılmasını gerektirecek kadar delil bulunması gerekmez. Soruşturmanın hazırlık aşamasında varsayımdan fazla bir şey bulunması ve muhbirden bir bilgi veya halktan bir ihbar gelmesi yeterli olabilir. (2) Duyuma dayanan bir bilgi poliste gözaltına alma için makul sebep oluşturabilir. Bu tür bir bilgi başka memurlardan da gelebilir. (3) Polisin bir kimse hakkında kuşku duymasına sebep olan bilgi, gözaltına alma anında polisin sahip olduğu bir bilgi olmalıdır. (4) Gözaltına alma veya almama konusundaki idari 'takdir' yetkisi, gözaltına alma veya almama kararı veren polise ait olup, amirlere ait değildir. Temyiz

Mahkemesine göre, gözaltına alan memura sırf amiri tarafından bir gözaltına alma işlemi yapma talimatı verilmiş olması, Yasanın 12(1). fıkrasının gerektirdiği kuşku için makul sebep oluşturamaz. Aynı rütbede veya daha kıdemsiz bir memur tarafından başka bir bilgi verilmeden sırf gözaltına alma talebinde bulunulmuş olmasının, gerekli kuşkunun makul sebeplerini oluşturmadığı yaygın olarak kabul edilmiştir. Amirin rütbesi ve verdiği emir niçin farklılık yaratsın? Pratikte, Yasanın 12(1). fıkrasına göre bir kimsenin gözaltına alınmasının istenmesi için, bir muhbirden ihbar gibi gözaltı dayanağının polise söylenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, Sözleşme'nin 5(1), (3) ve (5). Fıkraların ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

[27-33]: Başvurucu, hiçbir zaman IRA üyesi olmadığı veya bir öldürme olayına karışmadığı için polisin bu konuda güvenilir bir bilgi elde edemediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, polis tarafından gözaltına alınma ve tutulma nedeninin, Sinn Fein'in önde gelen üyelerinden olduğu için kendisini taciz etmek ve kendisini baskı altında tutmak olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre ulusal mahkemelerin maddi olayları incelemek yerine gözaltına alan görevlinin fikri durumuyla sınırlı bir inceleme yapmaları, keyfi gözaltına almaya karşı gerçek bir koruma sağlamamıştır. İç hukuk, gözaltına alan görevlinin 'planlanmış gözaltı' senaryosunda bir araç olarak kullanılmasına imkân tanımıştır.

Hükümet ise, başvurusunun gözaltına alınmasının Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine uygun olduğunu, çünkü soruşturmacı polis memuru S.'nin başvurusunun Kurt König'in öldürülmesi olayına karıştığına dair makul kuşku duyduğunu, bu makul kuşkunun dayanağının, kendisine amiri tarafından verilen bilgi olduğunu savunmuştur. İç hukuk samimi kuşku (honest suspicion) yerine makul kuşku (reasonable suspicion) testini yansıtacak şekilde değiştirildiğinden, ulusal mahkemelerin bir gözaltına almayı hukuki bulmaları, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki şartların yerine getirildiğini gösterir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“34. Mahkeme, bir gözaltına alınan dayanağı gereken kuşkunun 'makullüğü'nün, keyfi bir gözaltına alma ve tutmaya karşı Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle getirilen koruyucuların esaslı bir unsurunu oluşturduğunu vurgular. Bu makullük, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirir. 'Makul' olarak görülebilecek şey ise, olaydaki bütün koşullara göre belirlenir (*Fox, Campbell ve Hartley kararı*, 32).

35. Bu bağlamda terör suçları özel sorunlar çıkarır; çünkü kamu güvenliği için polisten, şüpheli bir teröristi güvenilir, fakat şüpheliye açıklanamayacak olan veya muhbirin hayatını tehlikeye sokmaksızın mahkemeye sunulamayacak olan bilgiye dayanarak gözaltına alması istenir. Sözleşmeciler Devletlerin, bir şüpheli teröristin gözaltına alınmasının temelini oluşturan kuşkunun makullüğünü bilginin gizli kaynağını açıklamak suretiyle kanıtlamaları istenemez; ancak Mahkeme, terör suçlarını ele almaktaki zorlukların, 'makullük' kavramını Sözleşme'nin 5(1)(c) tarafından getirilen koruyucunun zayıflatılacağı noktaya kadar daraltılmasının haklı görülemeyeceğini belirtmiştir. Bu koşullarda bile davalı Hükümet, en azından gözaltına alınan kişinin iddia edilen suçu işlediğinden makul kuşku duyulduğuna Mahkeme'yi ikna edebilecek kadar olay veya bilgi sunmak zorundadır (*Fox, Campbell ve Hartley*, §32-34).

36. Ayrıca Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin getirdiği standardın, polisin gözaltına alma anında suçlamalarda (charge) bulunmak için yeterli delile sahip olmasını gerektirmediği gözlemlenebilir. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine göre, gözaltında tutma sırasındaki sorgulamanın (questioning) amacı, gözaltına alınanın temelini oluşturan somut kuşkunun doğrulanması veya dağıtılması suretiyle ceza soruşturmasını ilerletmektir. Dolayısıyla kuşkuyu doğuran olaylar, bir mahkûmiyeti ve hatta ceza soruşturmasının bir sonraki aşaması olan dava açmayı haklı kılacak düzeyde bulunmasını gerektirmez (*Brogan ve Diğerleri*, §53; ve *Murray*, §55).

37. Mevcut olayda Mahkeme, soruşturmacı polis S.'nin, başvuruçunun bir terör suçu, yani Bay König'in öldürülmesi suçunu işlediğinden kuşku duyması üzerine başvuruçuyu gözaltına aldığı hatırlatır. Başvuruçuyu, 6 gün 13 saat gözaltında tutulduktan sonra ve tutulduğu sırada polisler tarafından sorulan sorulara bir cevap vermeden salıverilmiştir. Başvuruçunun gözaltına alınmasının hukukiliğine karşı iç hukukta yaptığı başvurular, mahkemeler tarafından reddedilmiştir.

38. Mahkeme ilk olarak, gözaltına alma için iç hukukta yer alan kuşku standardının, makul sebeplere dayanan samimi kuşku olduğunu kaydeder. Dolayısıyla bu dava, Mahkeme'nin sadece samimi kuşkuyu gerektiren hükümlere göre yapılan gözaltılar hakkındaki şikâyetleri incelediği *Fox, Campbell ve Hartley* ile *Murray* davalarından ayrı tutulmalıdır. Başvuruçunun olayında, gözaltına alınmasını, suç işlediğine dair makul sebeplere dayanan bir kuşkunun haklı kılmadığı konusundaki şikâyeti, üç düzeyde ulusal mahkemeler tarafından incelenmiştir. Bu yargılama sırasında gözaltına alıcı soruşturmacı polis S., gözaltına alma koşullarıyla ilgili ifade vermiş ve başvuruçuya kendisini çapraz sorgulama imkânı tanınmıştır. Bizzat bu durum, keyfi gözaltına almaya karşı önemli bir koruyucu olarak görülmelidir.

39. Gözaltına alan soruşturmacı polis S., başvuruçunun gözaltına alınmasının dayanağı konusunda, gözaltına alma işleminden önce brifingde bir amiri tarafından başvuruçunun Kurt König'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenildiğine dair bilgi verildiğini söylemiştir. Başvuruçunun avukatı brifingde kendisine ne gibi bir bilginin verildiğini sormamıştır. Ayrıca brifing veren polis gibi gözaltına alma ve tutmaya katılan diğer polislerin ifade vermek üzere davet edilmeleri için de bir adım atılmamıştır. Dahası başvuruçunun avukatı, gözaltına alma ile ilgili mevcut yazılı delillerin ortaya çıkarılması için bir talepte de bulunmamıştır. Başvuruçuyu, Mahkeme önünde, gözaltının hukukiliğini kanıtlamak için gerekli tanıkları çağırmanın davalı polis yetkililerine düşen bir iş olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, olaylarda kendilerinin rolüyle ilgili bir mesele olduğu ileri sürülmeyen başka memurları davet etmeleri için sebep bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, gerçekten başvuruçuyu aslında büyük ölçüde saldırı ve kötü muamele şikâyetleri üzerinde yoğunlaştığı için, başvuruçunun gözaltına alınmasının ardalanı ile ilgili de pek az (Dava Mahkemesi yargıcının ifadesiyle "kit") delil sunulduğunu gözlemlemektedir. O davada sanıkların cevaplarını başvuruçunun iddialarıyla ilişkilendirmeleri makuldür. Dolayısıyla başvuruçunun ulusal düzeydeki yargılama sırasında brifing hakkında bilgi verilmediğine dair bu Mahkeme'ye şikâyeti konusunda Mahkeme, bunun başvuruçunun izlediği yolun bir sonucu olduğu kanaatinde dir.

40. Mahkeme önündeki davada Hükümet, başvuruçunun gözaltına alınmasına, daha önce güvenilir oldukları kanıtlanmış olan ve öldürmeyle ilgili verdikleri bilgi tutarlı bulunan dört ayrı muhbirden bağımsız olarak alınan bilginin yol açtığını açıklamıştır. Başvuruçunun gözaltına alınması kararının ve brifing veren polis tarafından gözaltına alan soruşturmacı polis S.'ye verilen talimatların dayanağı işte bu bilgidir. Başvuruçuyu olaya karışmadığı için, bu bilginin gerçekten alınmış olduğuna veya güvenilir görülebileceğine karşı çıkmıştır. Başvuruçuyu, Sinn Fein'in önde gelen üyesi olan kendisini hedef alan polisin keyfi uygulamalarının bir parçası olarak gözaltına alındığını iddia etmiştir.

Ancak Mahkeme, ulusal düzeydeki yargılama sırasında gözaltına alma veya tutmaya katılan polislerden herhangi birinin iyi niyeti konusunda başvurucu tarafından bir itirazda bulunulmamış olduğunu hatırlatır. Başvurucu, 16 Mart 1993 tarihindeki olayla ilgili olarak yetkinin kötüye kullanılması olduğunu kanıtlamış olduğu halde, bu olayda hiçbir zaman örneğin bir husumetin veya yetkinin kötüye kullanılmasının gözaltına alınmasını tahrik ettiğini söylememiştir. Başvurucu, bir brifingin yapıldığı, polislerin brifinge katıldığı, Kurt König'in öldürülmesi olayına karışan kişilerin kimliğiyle ilgili bilgi verildiği ve birkaç kişinin gözaltına alınması için adımlar atıldığı konularını tartışma konusu yapmamıştır.

41. Mahkeme, *Fox, Campbell ve Hartley* davasında iki başvurucunun arabalarının durdurulup arandıktan sonra gözaltına alındıklarını hatırlatır. Polisin bu olaydan önce başvurucuların şüpheli IRA üyesi oldukları ve bilgi toplama faaliyetinde buldukları konusunda bilgisi bulunduğu iddia edilmişti. Üçüncü başvurucu adam kaçırma olayına karıştığı şüphesiyle gözaltına alınmıştı. Polisin elinde kendisini olayla ilişkilendiren hassas materyaller bulunduğunun söylenmesi dışında, şüphenin temeline ilişkin bir emare gösterilmemiştir. Mahkeme, bu durumun her üç başvurucu bakımından da, bir kimsenin gözaltına alınmasının makullüğüne hükmetmek için Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının getirdiği asgari standartı karşılamadığı sonucuna varmıştı. Öte yandan *Murray* davasında (parag. 61-62), başvurucunun silah alımı için para topladığı kuşkusuna üzerine gözaltına alınmasında bu standart karşılanmıştı; çünkü başvurucunun gözaltına alınması, başvurucunun erkek kardeşinin Amerika Birleşik Devletleri'nde benzer suçlardan mahkûm olduğu, bu mahkûmiyetin Kuzey İrlanda'da 'güvenilir' kişilerle işbirliği yapıldığını ima ettiği ve başvurucunun Birleşik Devletlere gittiğinin ve erkek kardeşleriyle temasını sürdürdüğünün bilindiği gibi başvurucuyu zorunlu olarak sulandırmayan unsurların gözaltına alan memura iletilmesine dayandırılmıştı. Dolayısıyla gözaltına almaya temel oluşturan kuşkunun yeterince objektif maddi olaylara dayandırıldığı ve dayandırılmadığı davalar arasında ince bir çizgi görülebilir. Zorunlu standardın karşılanmış olup olmadığı ve bu suretle keyfi gözaltına almaya karşı Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin getirdiği güvencenin tatmin edilmiş olup olmadığı, her olayın içinde bulunduğu özel koşullara dayanır.

42. Mevcut olaydaki kuşku, başvurucunun belirli bir terör olayı olan Bay König'in öldürülmesi olayına karıştığından kuşkulanan birkaç kişiden biri olduğunu belirten muhbirlerin verdiği bilginin polis brifinginde iletilmesine dayanmıştır. Hükümetin bu konuda söylediklerinin reddedilmesi için Mahkeme'ye sunulmuş bir şey yoktur. Dolayısıyla bu olaydaki gözaltı, daha çok *Murray* davasındaki gözaltına almaya benzeyen önceden planlanmış bir gözaltı olup, *Fox, Campbell ve Hartley* davasından biraz daha özel ayrıntılara dayanmıştır. Bu koşullarda ve yukarıda sözü edilen ek ayırıştırıcı unsurlar karşısında Mahkeme, ulusal mahkemelerin önündeki az materyale dayanarak kuşku için makul sebepler bulunduğu sonucunu çıkararak yaklaşımlarının, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin getirdiği standart ile bağdaşmaz olmadığı kanaatinde dir.

43. Başvurucu bir de kuvvetle, polislerin gözaltına alma yetkilerini kötüye kullanmalarını haklı göstermek için kimliği açıklanmayan muhbirlerin ardına sığınamamaları gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte Mahkeme, başvurucunun ulusal düzeydeki yargılama sırasında kötü niyet veya baskıyla ilgili herhangi bir şikâyette bulunmamış olduğunu hatırlatır. Başvurucu iddiasını, 1984 tarihli Yasanın 12(1)(b) bendi gereğince gözaltına alan memurun fikri durumuyla ilgili dar bir hukuki gerekçeye dayandırmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerinin bir sonucu olarak, gözaltına alan memurun gerekli kuşkuya sahip olup olmadığı konusunda diğer polislere yargı bağışıklığı tanındığına da ikna olmuştur. Eğer brifing veren polis veya başka bir amir, gözaltına alan polise kasten yanıltıcı veya gerçek dışı bilgi verecek olursa, polis yetkilileri görevi kötüye kullanma nedeniyle haksız gözaltına alma veya özgürlüğü tahditten sorumlu tutulurlar.

44. Dolayısıyla Mahkeme, bu olayda ulusal mahkemelerin kuşkunun standardı konusundaki yaklaşımlarının, keyfi gözaltı nedeniyle polisin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığını veya gizli bilgiye dayanarak gözaltına alma işlemi konusunda yargı bağıışıklığı tanımadığını tespit etmiştir. Bu durumda başvuru aleyhindeki kuşku, Kurt König'in öldürülmesine karıştığı şekilde olaya özgü bilgiye dayandırılmış olduğu ve özgürlükten yoksun bırakmanın amacı bu kuşku doğrulamak veya dağıtmak olduğu için, gerekli düzeye ulaşmıştır. Buna göre başvuru, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi anlamında bir suç işlediğinden 'makul kuşku'ya dayanılarak gözaltına alındığı ve tutulduğu söylenebilir. Buna göre bu hüküm ihlal edilmemiştir.”

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

“46. Başvurucunun salıverilmeden önce 6 gün 13 saat gözaltında tutulduğu ve bunun gözaltına alınan bir kimseyi derhal uygun bir yargısal görevli önüne çıkarma şartına aykırı olduğu konusunda Hükümetin bir itirazı olmamıştır. İçtihatlarını ve özellikle şüpheli teröristlerin 4 günden fazla gözaltında tutulmalarını derhal yargısal kontrol şartına aykırı bulduğu *Brogan ve Diğerleri* kararını (parag. 62) göz önünde tutan Mahkeme, bu konuda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmektedir.”

III. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

Mahkeme başvuru gözaltına alınmasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğini tespit ettiğinden, bu fıkra bakımından 5(5). fıkrası sorunu bulunmamaktadır.

“51. Öte yandan Mahkeme, başvuru salıverilmeden veya uygun yargısal görevli önüne çıkarılmadan tutulduğu süreyle ilgili olarak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu gözaltında tutma iç hukuka uygun olduğundan, tazminat hakkı bulunmadığı tartışılmamıştır. Dolayısıyla bu konuda Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal edilmiştir.”

IV. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme Sözleşme'nin 5(3) ve (5). fıkralarının ihlalinden doğan zararlar için kendisinin verdiği hükmün yeterli bir adil karşılık oluşturduğu kanaatindedir. Öte yandan Mahkeme, ücretler ve masraflar için 11,000 Sterlin ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, başvuru 5(1). fıkrasına ilişkin şikâyeti bakımından 5(5). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına ilişkin şikâyeti bakımından 5(5). fıkrasının ihlaline;
5. Oybirliğiyle, bu ihlal tespitinin başvuru tarafından katlanılan manevi zararlar için yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna;
6. Oybirliğiyle, ücretler ve masraflar için 11,000 Pount ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

13.06.2002 38361/97 ANGUELOVA - BULGARİSTAN

◆ *gözüaltının hukukiliği - gözüaltını kaydetmeme* (hırsızlığa teşebbüs suçundan gece 01.00 sularında karakola getirilip sabah 05.00’te ölen kişiyle ilgili yazılı gözüaltı emri bulunmaksızın ve gözüaltı tutanağı düzelemeden tutma ve muhtemelen öldükten sonra sadece nezdace nezdace defterine kimliği bilinmeyen bir kişi olarak kaydetme) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Assya Anguelova, Roman kökenli bir Bulgar vatandaşıdır. Başvurucunun 17 yaşındaki oğlu Zabchekov, Bulgaristan’ın Razgrad şehrinde 29 Ocak 1996 günü hırsızlığa teşebbüs suçundan gözüaltında tutulduğu sırada ölmüştür. Zabchekov gece devriye gezmekte olan polisler tarafından gözüaltına alınıp 01.00 civarında karakola getirilmiştir. Polisler tarafından tanınan Zabchekov’un sarhoş olduğu gerekçesiyle ifadesi alınmamış, ayılması için beklenmiştir. Saat 03.00 civarında karakoldaki polisler, Zabchekov’un sağlık durumunun kötüleştiğini fark etmişlerdir. Zabchekov hastaneye kaldırılmış, doktor saat 05.00 civarında Zabchekov’un ölü olduğunu belirtmiştir. Normal uygulamaya göre gözüaltına alınan herkes gözüaltı kayıt defterine kaydedilmektedir. Kayıt defteri sütunlar şeklindedir: tutulan kişinin numarası, kayıt yapan görevlinin adı, tutulan kişinin adı, tutulma nedeni, yapılan işlem ve salıverilme zamanı. Tutulan kişiler hakkında bilgi, kronolojik olarak kaydedilmektedir. Mahkeme, Hükümet’ten Razgard Polis Karakolu’nun kayıt defterini istemiştir. Defterde Zabchekov’un adı bulunmamaktadır. Ancak 72. sırada ‘kimliği belirsiz kişi’ şeklinde bir kayıt vardır. Defterde tutulma saatini gösteren bir hane yoktur. Ancak tutulan bazı kişilerin tutulma tarihleriyle birlikte tutulma zamanları da gösterilmektedir. ‘Kimliği belirsiz kişi’nin karşısında tutulma tarihinin yanında tutulma zamanı gösterilmemiştir. Ne var ki ‘kimliği belirsiz kişi’ ifadesinin hemen yanında, 29 I 96, 1.00 yazmaktadır. Ancak 1.00 rakamının gözle görüldüğü kadarıyla 3.00 veya 5.00 rakamlarının üzerine yazıldığı anlaşılmaktadır. Her kayıt arasında eşit boşluk olduğu halde, 72. ve 73. kayıtlar arasında çok az boşluk vardır. Kimliği belli olmayan kişinin polis merkezine polis A tarafından getirildiği yazılıdır. Ancak hemen sağındaki imza, polis merkez amiri I’ya ait olduğu anlaşılmaktadır. Polis merkez amirinin yardımcısı J, o gece Sabchekov’un sağlığının kötüleştiği haberini aldıktan kısa bir süre sonra, yani 03.50’de deftere baktığını ve kendisiyle ilgili bir kayıt görmediğini söylemiştir. Amir I ise, Sabchekov’un ölümü üzerine polis merkezini terk ederken kimliği bilinmeyen kişi kaydının bulunmadığını söylemiştir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne yaptığı başvuruda diğer bir çok ihlal iddiaların yanında, Sözleşme’nin 5. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ**III. Sözleşme’nin 5. maddesinin ihlali iddiası**

Başvurucu Sözleşme’nin 5. maddesine dayanarak, oğlunun 28-29 Ocak 1996 gecesi gözüaltında tutulmasının hukuka uygun olmadığını, çünkü yasal bir gözüaltında tutma kararı bulunmadığını ve gözüaltı kaydının düzgün tutulmadığını ileri sürmüştür. Hükümet, Bay Zabchekov’un polis karakoluna götürüldüğü sırada kimliği bilinmediği için Milli Polis Kanununun 35. maddesi anlamında ‘gözüaltında tutulan’ bir kimse olmadığını söylemiştir. Hükümete göre, başvurucunun kimliğinin belirlenebilmesi ve gözüaltında tutulmasının gerekli olup olmadığına karar verilebilmesi için ayılmasını beklemek gerekmiştir. Dolayısıyla o anda Zabchekov’un gözüaltında tutulması için yazılı bir emir gerekli değildir. Böyle bir emir, ancak kişinin kimliğinin belirlenmesinden sonra verilebilir. Hükümet ayrıca, her halükarda hukuka uygun bir gözüaltında tutma için yasal koşulların bulunduğu-

nu, çünkü Zabchekov'un hırsızlık yapmaya çalışırken yakalandığını ve kimliğinin belirlenmesi için karakola getirildiğini söylemiştir. Başvurucuya göre ise, Hükümetin dediği şekilde 24 saatlik yasal gözaltında tutma süresinin gözaltına alınmış bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinden sonra başlayacağını savunmak saçmadır. Bulgaristan hukukunda böyle bir kural yoktur. Yazılı emir olmaksızın bir gözaltında tutma, Milli Polis Yasasının 35. maddesini ihlal eder. Kaldı ki bu olayda polis memurları Zabchekov'u hemen tanımlar ve kendisine adıyla hitap etmişlerdir.

“154. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuki' ve 'hukukun öngördüğü usule göre' terimlerinin, esasen ulusal hukuka gönderme yaptığını ve bu konudaki ulusal hukukun maddi hukuk ve usul hukuku hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade ettiğini hatırlattır. Bu fıkra ayrıca, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına uygun olmasını gerektirmektedir. Bunun yanında Mahkeme, iç hukukun kendisinin de Sözleşme'de açıkça veya zımnen yer alan genel ilkelere uygun olup olmadığını belirlemek zorundadır (*Grauslys*, §39). Bir bireyin gözaltında tutulmasının inkâr edilmesi, Sözleşme'de yer alan temel öneme sahip güvencelerin tamamıyla reddi olup, bu fıkranın en ağır bir biçimde ihlali demektir. Tutmanın tarih, yer ve zamanı ile tutulan kişinin ismi, tutma sebepleri ve tutmayı gerçekleştiren kişinin ismi gibi konuların kaydedilmemesi, hukukilik şartına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırı görülmelidir (*Kurt*, §125; ve *Çakıcı*, §104-105).

155. Mevcut olayda Bay Zabchekov'un Milli Polis Kanununun 35. maddesinin gerektirdiği gibi yazılı bir emre dayanılarak tutulmadığı tartışmasızdır. Hükümetin görüşünün aksine 35. madde, tutulan kişinin kimliği ile ilgili tereddüt bulunduğu yasal bir emir bulunmaksızın kişinin tutulmasına izin verdiği şeklinde yorumlanamaz; böyle bir yorum, tutmanın inkârı için açık bir yetki verme anlamına geleceğinden, Sözleşme'nin 5. maddesindeki en temel güvencelere aykırı bir yorum olur. Kaldı ki mevcut olayda polis, Bay Zabchekov'u gözaltının ilk anında tanımıştır. Buna göre, başvurunun tutulması hukuka aykırıdır.

156. Başvurucu, oğlunun gözaltında tutulduğunun gizlenmesi amacıyla, ailesine ilk olarak Zabchekov'un gözaltına alındığı söylenmeden, kendisinin öldüğü haberinin verildiğini söylemiştir. Mahkeme, Bay Zabchekov'un özgürlükten yoksun bırakılmasının başlangıçta kaydedilmediğini ve karakoldaki kaydın daha sonra tahrif edildiğini gözlemlemiştir. Polislerin 29 Ocak 1996 sabahı 03.00 ile 05.00 arasında kuşkulu davranışları, başvurunun oğlunun gözaltında tutulmasını gizleme teşebbüsünde bulunduğu sonucuna varılması için bir başka unsurdur. Bu teşebbüs başarılı olmadığından, Mahkeme, devletin gözaltının inkârından sorumlu olup olmadığını incelememiştir.

157. Bay Zabchekov'un gözaltında tutulması için yazılı emrin ve düzgün bir gözaltı kaydının bulunmaması, kendisinin 29 Ocak 1996 günü saatlerce tutulmasını iç hukuka ve Sözleşme'nin 5. maddesine için şartlara aykırı olduğunu kabul etmek için yeterlidir.”

BU GEREKÇELERLER MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurunun oğlunun ölümü nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline;
2. Oybirliğiyle, yetkililerin zamanında tıbbi yardımda bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline;
3. Oybirliğiyle, davalı devletin etki bir soruşturma yapma yükümlülüğü bakımından Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlaline,
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlaline;

6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
7. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
8. Oybirliğiyle, manevi zararlar için 19,050 Euro ile ücretler ve masraflar için 3,500 Euro ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

12.05.2005 46221/99 ÖCALAN - TÜRKİYE

◆ *gözetimin hukukiliği - yurtdışında operasyonla tutma* (başvurucunun normal iade süreci izlenmeden Kenya'dan Türkiye'ye getirilmesinin uluslararası hukuka aykırı bir gözetim olduğu şikâyeti), *gözetim süresi* (7 gün süren gözetim), *gözetimin hukukilik denetimi* (iç hukuka uygun olan gözetiminde tutulma süresince gözetim karşı mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Abdullah Öcalan 1949 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Başvurucu halen Bursa İmrâlı Cezaevi'nde hükümlüdür.

Olayların geçtiği tarihte Türk mahkemeleri Öcalan hakkında yakalama kararları vermişler ve yakalanması için Interpol tarafından kırmızı bülten çıkarılmıştır. Başvurucu, Türkiye Cumhuriyeti'nin bütünlüğünü bozmak için silahlı çete kurmak (PKK) ve ölümlerle sonuçlanan terör eylemleri yaptırmakla suçlanmıştır.

Başvurucu 9 Ekim 1998'de, o güne kadar yaşadığı Suriye'den sınırdışı edilmiştir. Başvurucu buradan Yunanistan'a, Rusya'ya, İtalya'ya ve yine Rusya'ya ve Yunanistan'a gitmiş, son olarak Kenya'ya geçmiştir.

15 Şubat 1999 akşamı, tartışmalı koşullarda, başvuru Nairobi'deki havaalanında bir uçağa koyulmuş ve Türk yetkilileri tarafından gözetim altına alınmıştır. Başvurucu daha sonra Türkiye'ye getirilmiştir.

Başvurucu Türkiye'ye varınca İmrâlı Cezaevi'ne götürülmüş ve 16 – 23 Şubat 1999 tarihleri arasında burada gözetiminde tutulmuştur. Başvurucu bu dönem içinde bir müdafiden hukuki yardım alamamıştır.

29 Haziran 1999 tarihinde Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuru (eski) TCK 125. maddesi gereğince ölüm cezasına mahkûm etmiştir. Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Başvurucu 16 Şubat 1999'da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvurucu, Sözleşme'nin diğer maddelerinin yanında 5. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Daire 12 Mart 2003 tarihinde karar vermiştir. Bu karara karşı Büyük Daire'ye başvurulmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu Sözleşme'nin 5(1), (3) ve (4). fıkralarının ihlal edildiği iddia etmiştir.

A. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası

[63-65]: Başvurucu, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırı olarak, gözetiminde tutmanın hukukiliği hakkında karar verebilecek bir mahkemeye başvurma imkânı bulamadığından

şikâyetçi olmuştur. Hükümet, şüphelilere gözaltına alınmalarının hukuka uygunluğunun denetlenmesi için veya savcının gözaltı sürelerinin uzatılması kararına karşı itirazda bulunmak amacıyla sulh hâkimine başvurma hakkı veren CMUK'un 128(4). fıkrasına dayanmıştır. Hükümete göre, sulh hâkimi, başvurunun yerinde olduğuna karar verdiği takdirde, polise şüpheliyi daha fazla sorgulamama ve şüpheliyi hemen Cumhuriyet Savcısı huzuruna getirme emri verebilir.

3. Mahkemenin değerlendirmesi

“66. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği hukuk yolu yargısal nitelikli olmalıdır; bu hukuk yolu, ‘ilgili kişinin bir mahkemeye başvurabilme hakkına sahip olmasını ve kendisine bizzat veya gerekirse temsilcisi vasıtasıyla dinlenme imkânı verilmesini gerektirdiğini, bunların bulunmaması halinde kişinin özgürlükten yoksun bırakılması konularında uygulanan usulün temel güvencelerin tanınmamış olacağını’ (*Winterwerp, §60*) ima etmektedir. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, mahkemenin, tutmanın ‘hukukiliği’ hakkında karar verme ve tutma hukuki değilse salıverme yetkisine sahip olmasını (*Weeks, §61*) gerektirir.

67. Ayrıca, uluslararası hukukun genel olarak kabul gören kurallarına uygun olarak, başvurucuyu mevcut iç hukuk yollarını tüketme zorunluluğundan kurtaran özel sebepler olabilir (*Van Oosterwijk, §36- 40*).

68. Mahkeme, Hükümetin verdiği yargısal karar örneklerini inceledikten sonra, ulusal mahkemelerin gözaltına alma, gözaltında tutma ve gözaltının uzunluğuna ilişkin başvurularında gözaltının hukuka uygunluğu hakkında yaptıkları incelemelerin, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına iki bakımdan uymadığını tespit etmiştir. İlk olarak yerel mahkemeler, yasal sürenin dolmuş olduğunu veya savcının tutmanın devamına karar vermemiş olduğunu saptamış olsalar bile, bu kararların hiçbirinde tutulan kişinin salıverilmesine karar vermemişlerdir. Bu mahkemeler sadece, ilgili kişileri, tutuklama yetkisine sahip yargıca göndermekle yetinmişlerdir. İkinci olarak, Hükümetin bahsettiği kararlarla sonuçlanan muhakemelerin hiçbirinde, tutulan kişi mahkeme huzuruna çıkmamıştır. Yargıçın incelemesi sadece, ilgili avukatın yaptığı başvuru üzerine evrak üzerinden gerçekleştirilmiştir.

69. Bu hukuk yolunun etkililiğini göstermek için Hükümetin dayandığı yargısal kararlar, 2001 ve 2003 yıllarında, yani şimdiki davada başvurucunun gözaltına alınıp tutulmasından en az iki yıl sonra verilmiştir.

70. Mahkeme, başvurucunun gözaltında tutulduğu sürece içinde bulunduğu özel şartların, başvurucunun Hükümetin dayandığı hukuk yoluna başvurmasını imkânsız kıldığına dair Daire'nin tespitine katılmamak için hiçbir sebep görmemektedir. Daire, vermiş olduğu kararda şu şekilde gerekçe göstermiştir (*Daire kararı, §72-74*):

‘... İlk olarak, başvurucunun tutulduğu koşullar ve özellikle tamamen tek başına tutulması, hukuk yolunu bizzat kullanmasını engellemiştir. Başvurucu hukuk eğitimi almamış olup, gözaltındayken herhangi bir şekilde bir avukata danışma imkânı bulunmamaktadır. Kaldı ki, Mahkeme'nin yukarıda belirttiği gibi ... Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında sözü edilen muhakeme, yargısal nitelikte olmak zorundadır. Bu koşullar altında, başvurucudan, avukatının yardımı olmadan gözaltının hukukiliği ve uzunluğuna itiraz etmesi beklenebilir.’

... İkinci olarak, başvurucu veya yakın akrabaları tarafından görevlendirilen avukatların, başvurucuya danışmadan gözaltına itiraz edebilecekleri gerekçesi konusunda Mahkeme, başvurucunun avukat grubundan kendisini temsil etme yetkisine sahip tek üyesinin hareketlerinin polis tarafından engellendiğini gözlemlemiştir. ... Başvurucunun ailesi tarafın-

dan tutulan diğer avukatların, başvuru gözetimindeyken kendisiyle görüşmeleri mümkün olmamıştır. Ayrıca, gözetimin olağandışı şartları karşısında başvuru, gözetimin hukukiliğine itiraz etmek için işe yarayabilecek Nairobi'deki olaylarla ilgili doğrudan bilginin ana kaynağıdır.

... Son olarak, yalnızca başvuru gözetiminde tutulduğu süreyle ilgili olarak Mahkeme, başvuruya karşı getirilen suçlamaların ağırlığını ve gözetim süresinin yerel mevzuatta belirtilen süreyi geçmediğini göz önüne almaktadır. Mahkeme, bu koşullarda, bu konu hakkında o yer hâkimine yapılan bir başvurunun pek az bir başarı olacağı kanısındadır.’

71. Büyük Daire, Hükümetin Daire önünde başvuru gözetiminde 466 sayılı Kanun uyarınca tazminat isteyebileceğini iddia etmesiyle ilgili olarak, böyle bir hukuk yolunun, Daire'nin vermiş olduğu kararın 75. paragrafında belirtilen sebeplerle (gözetimin hukuka aykırı olması durumunda mahkemenin salıverme kararı verme veya gözetimin iç hukuka uygun olması durumunda Sözleşme'nin ihlali nedeniyle tazminata hükmetme yetkisinin olmaması), Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği türden bir başvuru yolu oluşturamayacağı kanısındadır.

72. Yukarıda sözü edilen nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1), (3) ve (4). fıkraları uyarınca yapılan şikâyetlerle ilgili olan ilk itirazı reddetmiştir. Mahkeme ayrıca, aynı gerekçelerle 5(4). fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.”

B. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası

[73-80]: Başvuru, uygulanabilecek geri verme süreci izlenmeden, hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasından şikâyetçi olmuştur. Başvuru, Türk yetkilileri tarafından gözetime alınmasının hukuki olduğu ve Kenyalı yetkililer tarafından ele geçirilip içinde kendisini bekleyen Türk yetkililerin bulunduğu Türk uçağına bindirilmesinin Kenya'nın egemenliğinin veya uluslararası hukukun ihlali anlamına gelmeyeceği yönünde Daire'nin yapmış olduğu tespitlere itiraz etmiştir. Bu bağlamda başvuru, yetkilerinin dışında yurtdışında operasyon yapan Türk yetkilileri tarafından kaçırıldığına dair ilk bakışta delil bulunduğunu ve gözetimin hukuki olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün Hükümete düştüğünü ileri sürmüştür. Türk makamlarının yakalama emri çıkartmış olmaları ve Interpol'un kırmızı bülten çıkarmış olması, Türk Devleti'nin yetkililerine yurtdışında faaliyet gösterme yetkisi vermemiştir. Başvuru, mevcut olayda zorla sınır dışı edilmesinin gizli geri vermeyle aynı olduğunu ve kendisini maddi ve usuli korumadan yoksun bıraktığını ifade etmiştir. Başvuru, çeşitli ulusal mahkemelerin içtihatlarına dayanarak, izlenen gözetime alma sürecinin Kenya hukukuna ve uluslararası hukuk kurallarına uymadığını, gözetime alınmasının aslında bir kaçırma olduğunu ve hukuka aykırı olarak gözetime alınmasının hukukten geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre başvuru, Kenyalı yetkililer tarafından yakalanmış ve iki devlet arasındaki işbirliği sonucu Türk yetkililerine teslim edilmiştir. Başvuru Türkiye'ye getirildiğinde, bir yargıç önüne çıkarılması için Türkiye'deki yetkili yargısal makamlar tarafından verilmiş tutuklama kararları gereğince gözetime alınmıştır (Başvurucunun ele geçirilmesinden önce Türk mahkemeleri tarafından kendisi hakkında yedi tutuklama kararı ve Interpol tarafından bir arama bülteni ('kırmızı bülten') çıkarılmıştır).

Hükümete göre hiçbir biçimde gizli iade olmamıştır: Türkiye, Kenya yetkililerinin, her durumda Kenya'da yasadışı bir göçmen olan başvuru kişiyi teslim etme teklifini kabul etmiştir. Böylece başvuru, uluslararası teamül hukukuna ve terörizmi önlemede egemen devletler arasındaki işbirliği politikasına uygun olarak, hukuki bir prosedür sonunda Türkiye'deki yargısal makamlar önüne çıkarılmıştır.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Genel ilkeler

“83. Mahkeme, şikâyeti aşağıdaki ilkeler ışığında ele alacaktır. Tutmanın, ‘hukukun öngördüğü usule’ uygun olup olmadığını da içerecek şekilde ‘hukuki’ olup olmadığı sorunu bakımından Sözleşme, burada esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki maddi ve usul kurallarının uygulanması gereğine işaret etmektedir; ayrıca bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin, bireyi keyfiliğe karşı koruyan Sözleşme’nin 5. maddesinin amacına da uygun olmasını gerektirmektedir. Burada tehlikede bulunan şey sadece ‘özgürlük hakkı’ değil, ama aynı zamanda ‘kişinin güvenlik hakkıdır’ (*Bozano, §54; ve Wassink, §24*).

84. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak, ilk planda ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görevdir. Ancak Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına göre iç hukuka uyulmaması Sözleşme’yi ihlal ettiği için, Mahkeme iç hukuka uyulup uyulmadığını denetleme konusunda belirli bir yetki kullanabilir ve kullanılmalıdır (*Benham, §41; ve Bouamar, §49*).

85. Bir devletin yetkililerinin, bir diğer devletin ülkesinde o devletin onayı olmadan gerçekleştirdikleri gözaltına alma işlemi, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasına göre ilgili kişinin sahip olduğu kişi güvenliğini etkiler (*Stoche - Almanya, Komisyon raporu, s. 24, §167*).

86. Sözleşme, Sözleşme’de tanınan belirli haklara müdahale etmemesi koşuluyla, geri verme anlaşmaları veya sınırdışı etme konuları çerçevesinde kaçak suçluların adaletin önüne çıkarabilmesi için devletler arasında işbirliği yapılmasını engellemez (*Stoche - Almanya, Komisyon raporu, s. 24-25, §169*).

87. Birinin Sözleşme’ye taraf olduğu ama diğerinin olmadığı iki devlet arasındaki geri verme işlemleri bakımından, daha sonra Mahkeme’ye şikâyet edilmesine yol açan gözaltının hukuki olup olmadığını belirleyebilmek için, geri verme antlaşmasındaki hükümler, eğer böyle bir antlaşma yoksa devletler arasındaki işbirliği, dikkate alınması gereken faktörlerdir. Devletler arasındaki işbirliği sonucu bir kaçığın teslim edilmiş olması, gözaltını kendiliğinden hukuka aykırı kılmaz ve dolayısıyla Sözleşme’nin 5. maddesi çerçevesinde bir soruna yol açmaz (*Freda - İtalya Komisyon [k.k.], no. 8916/80, DR 21, s. 250; Klaus Altmann (Barbie) - Fransa, Komisyon [k.k.], no. 10689/83, DR 37, s. 225; Luc Reinette - Fransa Komisyon [k.k.], no. 14009/88, DR 63, s. 189*).

88. Toplumun genel yararının gerektirdikleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerektirdikleri arasında adil bir denge arayışı, Sözleşme’nin bütününe içkin bir husustur. Seyahatin daha kolaylaştığı ve suçun uluslararası bir boyut kazandığı bir dünyada, yurtdışına kaçan suç zanlılarının adalet önüne çıkarılması, giderek bütün ulusların daha fazla menfaatine bir durum haline gelmektedir. Öte yandan kaçaklar için bir suçlular cennetinin yaratılması, sadece korunan kişiyi barındırmakla yükümlü devlete karşı bir tehlike oluşturmakla kalmaz, fakat aynı zamanda suçluların geri verilmesinin temellerini de çürütür (*Soering, §89*).

89. Sözleşme, geri verme kararının verilebileceği şartlara veya geri vermeden önce izlenecek usule ilişkin bir hüküm içermemektedir. İlgili devletler arasındaki işbirliği çerçevesinde kalması ve kaçığın yakalanmasının hukuki temelini kaçığın çıktığı devletin yetkilileri tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olması koşuluyla, tipik olmayan bir geri verme bile Sözleşme’ye aykırı görülemez (*Illich Ramirez Sánchez başvurusu, Komisyon raporu s. 155*).

90. Ev sahibi devletin Sözleşme'ye taraf olması halinde Mahkeme'nin inceleyebileceği bir konu olan gözaltına alınan kaçığın sığındığı devletin hukukuna aykırı olup olmaması meselesi dışında, Mahkeme, başvurunun gönderildiği devletin yetkililerinin ev sahibi devletin egemenliğine aykırı olarak ve dolayısıyla uluslararası hukuka ters düşen bir biçimde kendi toprakları dışında hareket ettiğine dair birbiriyle tutarlı çıkarımlardan oluşan delillere ihtiyaç duyar (*Stoche*, §54). Ancak bundan sonradır ki, ev sahibi devletin egemenliğine ve uluslararası hukuka uygun hareket edildiğini ispat külfeti davalı hükümete ait geçer. Bununla birlikte bu noktada, Daire'nin de belirttiği gibi, başvurucudan 'her türlü makul şüpheden uzak' bir kanıt göstermesi istenmemektedir.”

(b) İlkelerin söz konusu davaya uygulanması

“**91.** Mahkeme başvurunun, Nairobi Havaalanı'nın uluslararası sahasında, Türkiye'de kayıtlı bulunan bir uçakta Türk güvenlik kuvvetleri mensupları tarafından gözaltına alındığını kaydeder. Türkiye'nin bu olayda otoritesini kendi sınırları dışında kullanmış olmasına rağmen, başvurunun Kenyalı yetkililer tarafından Türk yetkililere teslim edildikten sonra doğrudan Türk makamlarının otoritesi altına girdiği ve böylece Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında bu devletin 'egemenlik' alanı içinde kaldığı kabul edilen bir durumdur. Başvurunun fiziksel olarak Türk yetkilileri tarafından Türkiye'ye dönmeye zorlandığı ve gözaltına alınmasının ve Türkiye'ye dönmesinin ardından Türk yetkililerin otorite ve kontrolü altına girmiş olduğu doğrudur (*Illich Ramirez Sanchez kararı*, ve *Freda kararı*; ve tersine bir sonuç için bk. *Banković ve Diğerleri*, [B.D], [k.k.], no. 52207/99).

92. Gözaltına alınan Türk iç hukukuna uygun olup olmadığıyla ilgili olarak, Mahkeme, başvurunun yakalanması için Türk ceza mahkemeleri tarafından yedi tutuklama kararının ve Interpol tarafından bir arama bülteninin ('kırmızı bülten') çıkarıldığını kaydeder. Bu belgelerin her birinde, başvuru Türk Ceza Kanunundaki çeşitli suçlarla, özellikle devletin toprak bütünlüğünü bozmak için silahlı bir çete kurmakla ve yaşam kaybıyla sonuçlanan bir dizi terör eylemini teşvikle suçlanmıştır. Başvurunun gözaltına alınmasının ardından, gözaltında tutulabileceği kanuni süre sona erdiğinde, başvuru bir mahkeme önüne çıkartılmıştır. Bunun ardından, başvuru suçlanmış, yargılanmış ve Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde belirtilen suçlardan mahkûm edilmiştir. Başvurunun gözaltına alınmasının ve tutulmasının, 'suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine ... kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla' Türk mahkemeleri tarafından verilmiş kararlara uygun olduğu görülmektedir.

93. Mahkeme, başvurunun Nairobi Havaalanı'ndaki bir uçakta Türk yetkililerine teslim edilmesinden hemen önce Kenya'da tutulmasının, Türk yetkililerinin Kenya egemenliğine ve uluslararası hukuka karşı ihlal oluşturan hareketlerinin (başvurunun iddiası) veya Türkiye ve Kenya arasında resmi bir usul ortaya koyan bir geri verme anlaşması olmaksızın Türk ve Kenyalı yetkililer arasındaki işbirliğinin (Hükümetin iddiası) sonucu olup olmadığı konusunda, tarafların dile getirdiği iddiaların ışığında karar vermelidir.

94. Mahkeme ilk olarak, bu davada Kenyalı yetkililerin oynadığı rolle ilgili kanıtları inceleyecektir. Başvuru, göçmen bürosu memurlarına kimliğini açıklamadan Kenya'ya girmiştir. Bununla beraber Kenyalı yetkililer, başvurunun Nairobi'deki Yunan Büyükelçiliği'nde olduğu haberini aldıktan sonra, başvurunun Kenya topraklarından ayrılmasının sağlanması için, başvurunun Nairobi'de birlikte kaldığı Yunan Büyükelçisi'ni davet etmişlerdir. Başvuru Kenya'dan ayrılmadan hemen önce, tam olarak Yunan Büyükelçiliği'nden havaalanına götürülürken Kenyalı yetkililer olaya müdahale etmiş ve başvuru Yunan Büyükelçisi'nden ayrılmışlardır. Başvuru Kenyalı bir yetkili tarafından kullanılan araçla, kendisini gözaltına almak için Türk yetkililerin beklediği uçağa götürülmüştür.

95. Kenyalı yetkililer, başvuruçunun Türk yetkilileri tarafından Nairobi Havaalanı'ndaki bir uçakta gözaltına alınmasını, Kenya egemenliğine karşı bir ihlal olarak görmemişlerdir. Kısacası, başvuruçunun gözaltına alınması, havaalanına götürülmeden önce Kenya yetkilileri tarafından ele geçirilmesi veya uçakta Türk yetkililer tarafından gözaltına alınması, Kenya ile Türkiye arasında uluslararası bir anlaşmazlığa veya diplomatik ilişkilerinin bozulmasına sebep olmamıştır. Kenya makamları, bu konularla ilgili olarak Türk Hükümeti'ni protesto etmemişler veya Türkiye'den başvuruçunun geri getirilmesi veya tazminat gibi bir telafi talebinde bulunmamışlardır.

96. Bununla birlikte Kenyalı makamlar, Yunan Hükümeti'ne başvuruçunun Yunan yetkililerinin yardımıyla hukuka aykırı biçimde Kenya'ya girmiş olması ve yine hukuka aykırı biçimde orada kalmasına dayanarak, Yunan Büyükelçisi'nin derhal geri çekilmesi talebini de içeren resmi bir protestoda bulunmuşlardır. Başvuruçucu, Kenya'da hoş karşılanmamış ve Kenyalı yetkililer başvuruçunun ülkeden ayrılmasını istemişlerdir.

97. Davanın bu yönleri, Mahkeme'nin olayları Hükümetin anlattığı şekilde kabul etmesine neden olmuştur: Mahkeme, söz konusu zamanda Kenyalı yetkililerin başvuruçuyu Türk yetkililerine teslim etmeye veya başvuruçunun teslim edilmesini kolaylaştırmaya karar vermiş oldukları kanaatinde.

98. Başvuruçucu, mevcut olayda Türkiye'nin Kenya'nın egemenliğine saygı göstermediğini veya uluslararası hukuka uygun hareket etmediği sonucuna götürecektutarlı çıkarımlar sağlayan bir kanıt gösterememiştir. Büyük Daire, Daire'nin şu tespitine katılmaktadır:

'... Mahkeme, Kenya Dışişleri Bakanının 16 Şubat 1999'da, başvuruçunun iddialarının aksine, Kenyalı yetkililerin başvuruçunun gözaltına alınmasına veya gönderilmesine herhangi bir şekilde karışmadığı yönünde yapmış olduğu açıklama ile ikna olmamıştır. ... Başvuruçunun Kenyalı yetkililer tarafından gözaltına alınmadığı doğru olmakla birlikte, Mahkeme önündeki kanıt, Kenya yetkililerinin başvuruçuyu Yunan Büyükelçisi'nden ayırmada ve uçakta gözaltına alınmasının hemen öncesinde başvuruçuyu havaalanına götürmede rol oynadıklarını göstermektedir. (bk. Daire kararının parag. 100)'

99. Sonuç olarak, başvuruçunun 15 Şubat 1999'da gözaltına alınması ve tutulması, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından 'hukukun öngördüğü usule' uygundur. Dolayısıyla, bu hükmün ihlali söz konusu değildir."

C. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[101-102]: Başvuruçucu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olarak, bir yargıcin veya hukukun yargılama yetkisi kullanan bir görevlinin önüne 'derhal' çıkarılmadığını iddia etmiştir.

"103. Büyük Daire hemen başlangıçta, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gözaltında tutulan bir kimseye sağladığı güvencelerin önemini belirtmektedir. Bu hükmün amacı, gözaltına alınan kişilerin yargısal bir makam önüne fiziksel olarak ve zamanında çıkarılmalarını sağlamaktır. Bu şekilde otomatik olarak hızlandırılmış olan yargısal bir inceleme, keyfi muameleye, incommunicado (dışarıdakilerle görüştürülmeden) gözaltına ve kötü muameleye karşı önemli bir koruma sağlamaktadır (*Brannigan ve McBride*, §62-63; *Aquilina*, §49; *Brogan ve Diğerleri*, §58; ve *Dikme*, §66).

104. Büyük Daire, tarafların iddialarını inceledikten sonra, Daire'nin aşağıdaki şekilde yapmış olduğu saptamalara katılmamak için yeterli bir sebep görmemektedir:

'106. Mahkeme, terör suçlarının soruşturulmasının yetkili makamlar için özel sorunlar çıkardığını, şimdiye dek birçok defa kabul etmiştir (*Brogan ve Diğerleri*, §61; *Murray*,

§58 ve Aksoy, §78). Ancak bu durum, soruşturma makamların terör unsuru içerdiğini iddia ettikleri her olayda, Sözleşme'nin 5. maddesinin kendilerine, ulusal mahkemelerin ve son aşamada Sözleşme'nin denetim organlarının etkili denetiminden muaf bir şekilde, şüphelileri sorgulamak üzere ve gözaltına almak için açık çek verdiği anlamına gelmez (*Sakık ve Diğerleri, §44*).

107. Mahkeme, söz konusu gözaltının 15 Şubat 1999 tarihinde çok geç bir vakitte ya da 16 Şubat 1999 tarihinde çok erken bir vakitte başvurunun gözaltına alınmasıyla başladığını kaydeder. Başvurucu, 20 Şubat 1999 tarihine kadar dört gün gözaltında tutulmuştur. O tarihte gözaltı süresini 23 Şubat 1999'a kadar üç gün süreyle uzatan bir yargısal karar çıkmıştır. Cumhuriyet Savcısı, 22 Şubat 1999 tarihinde başvurucau sorgulamıştır. Başvurucu, ilk olarak 23 Şubat 1999 tarihinde yargıç önüne çıkarılmış ve tereddütsüz Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından bir görevli olan yargıç (*Sakık ve Diğerleri, §12 ve 45*), başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir. Dolayısıyla, başvurunun yargıç önüne çıkarılmadan önce gözaltında tutulduğu toplam süre en az yedi güne ulaşmıştır.

108. Mahkeme, Brogan davasında, amaç toplumu bütünüyle terörizmden korumak olsa dahi, yargısal bir denetim olmadan dört gün altı saat süren bir gözaltının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının öngördüğü süreyle ilgili katı sınırlamaların dışında kaldığını belirtmiştir (*Brogan ve Diğerleri, §62*).

109. Mahkeme, Hükümetin başvurunun yargıç önüne çıkarılmadan önce yedi gün gözaltında tutulma sebebinin büyük ölçüde kötü hava koşulları olduğu yönündeki savunmasını kabul edemez. Yargıcın, başvurunun tutulduğu adaya gelmeye çalışarak, başvurunun öngörülen yedi günlük yasal gözaltı süresi içinde kendisinin önüne getirilebilmesi için gayrette bulunduğunu gösteren bir kanıt Mahkeme'ye sunulmamıştır. Mahkeme bu bağlamda, gözaltının iç hukuk uyarınca öngörülen usul doğrultusunda yürütüldüğünü gözlemlemektedir. Savcılığın vermiş olduğu dört günlük tutma kararına ek olarak, yargıç dosyaya dayanarak olayı inceledikten sonra üç günlük ek bir süre vermiştir. Yargıcın süre dolmadan önce başvurucau önüne çıkarmayı amaçlıyor olsaydı, ek bir süre vermemeş olacağı anlaşılacaktır.

110. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun bir yargıç önüne çıkarılmadan yedi gün süreyle tutulmasının gerekli olduğunu kabul edemez'.

105. Mahkeme, yukarıdaki düşüncelerin ışığında, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Hükümetin Sözleşme'nin 5(1), (3) ve (4). fıkralarına ilişkin ilk itirazların reddine;
2. Oybirliğiyle, başvurunun gözaltının hukuki olmadığı hususunu ileri sürebileceği bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, başvurunun gözaltına alınmasıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Oybirliğiyle, başvurunun gözaltına alındıktan sonra derhal bir yargıç önüne çıkarılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;

KARAR VERMİŞTİR.

25.10.2005 5140/02 FEDOTOV - RUSYA

♦ *gözetimin hukukiliği - yakalama emri kaldırıldığı halde tutma* (başvurucu hakkındaki yakalama emri iptal edildiği halde, bu kararın işlenmemesi nedeniyle adı arama listesinde görüldüğü için iki kez gözetim altına alınıp bir süre tutulduktan sonra salıverilmesi), *gözetimin hukukiliği - gözetimi kaydetmeme* (başvurucunun gözetimine alındığına dair yetkililerden belge istemesine rağmen kendisine yakalama tutanağı verilmemesi), *kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat* (başvurucunun haksız gözetimine ilişkin tazminat taleplerini yazılı ve sözlü olarak mahkemeye sunmasına rağmen mahkemenin bu konuda bir karar vermemesi), *mahkeme kararını icra etmeme* (haksız yere cezai soruşturma açılmış olması nedeniyle verilen tazminat hükmünün icra edilmemiş olması) *hükümden doğan alacak* (başvurucu lehine hükmedilen 110 Euro tazminatın ödenmemiş olması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı - mülkiyet hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Igor Leonidovich Fedotov, 1957 doğumlu bir Rus vatandaşdır.

Borovichi savcısı, başvurunun bir sivil toplum kuruluşunun başkanı olarak konumunu kişisel menfaatleri için kullandığı ve özellikle 5,000 Dolar değerindeki bir bağışla aldığı bilgisayarları evinde veya bir hukuk bürosunda kullandığı gerekçesiyle, 1999 yılında başvuru hakkında soruşturma açmıştır. Savcı, 13 Ekim 1999'da başvuru suçlamış ve başvuru hakkında yakalama emri çıkartmıştır.

Bu kararı denetleyen Novgorod savcısı, 1 Şubat 2000'de, başvuru hakkındaki suçlamayı kaldırmış ve yakalama emrini iptal etmiştir. 9 Şubat 2000'de Borovichi Emniyet Müdürlüğü, başvurunun adını federal arananlar listesine koymuştur. 20 Mart 2000'de başvuru yeniden suçlanmıştır. 10 Nisan 2000'de Novgorod Emniyet Müdürlüğü, suç işlendiğine dair bir delil bulunmadığı için başvuru aleyhindeki suçlamayı kaldırmıştır. Bu karar, 4 Mayıs 2000'de başvurunun avukatına tebliğ edilmiştir.

Başvurucu, 13 Ekim 1999 tarihli yakalama kararı gereğince ve adının hala arananlar listesinde olması nedeniyle, 14 Haziran 2000 akşamı 21.50'de, Moskova'daki bir otelden gözetim altına alınmıştır. Başvurucu, 15 Haziran 2000 sabahı saat 10.00'a kadar 12 saat boyunca polis karakolunda tutulmuştur. Başvurucu sorgulanmış, aranmış ve iddiaya göre polisin hakaretine uğramıştır. Başvurucu ancak, yakalama kararının kaldırılmış olduğuna dair Novgorod Emniyet Müdürlüğü'nden gelen bir faks üzerine serbest bırakılmıştır. Karakol amiri, başvurucuya karakolda 12 saat tutulduğuna dair bir belge vermeyi reddetmiştir.

Başvurucu yine aynı yakalama kararı gereğince, 6 Temmuz 2000 akşamı 20.30'da Moskova'da bir kez daha gözetim altına alınmıştır. Başvurucuya kelepçe takılmış ve Rostokino Karakolu'na götürülmüştür. Başvurucuya göre, kendisine üç polis tarafından hakaret edilmiş, biri göğsüne vurmuş, yetkili memurlarla telefon görüşmesi yapmak için izin istekleri dinlenmemiştir. Başvurucu ancak, 7 Temmuz 2000 akşamı saat 18.15'te, yakalama kararının kaldırıldığı teyit edildikten sonra serbest bırakılmıştır. Başvurucuya göre, gözetim altında tutulduğu 22 saat boyunca kendisine su ve yiyecek verilmemiş, tuvalete çıkmasına izin verilmemiştir.

Başvurucu Haziran, Temmuz ve Ağustos 2000 tarihlerinde, hukuka aykırı olarak gözetim altında tutulduğu gerekçesiyle Moskova Emniyet Müdürlüğü'ne ve Savcılıklara şikâyetlerde bulunmuştur. Ekim 2000'de Novgorod Bölge savcısı, başvurucuya, 5 Mayıs 2000'de adının arananlar listesinden çıkarıldığını, İçişleri Bakanlığının veri tabanını 16 Mayıs 2000'de güncellediğini, ancak bir araştırmacının kendisiyle ilgili yakalama kararının kaldırıldığını Emniyet Müdürlüğüne bildirmedikçe ve bu durumun da ikinci kez gözetim altına alınmasına yol açtığını söylemiştir.

Başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru Rusya Hükümeti'ne iletdikten sonra, Ostantinsky Bölgelerarası Savcılığı başvurunun 2000 yılında yapmış olduğu şikâyetler hakkında bir soruşturma yürütmüş, Mart 2004'te başvurunun gözetiminde tutulma koşulları bakımından kötü muamele şikâyetiyle ilgili olarak polislerin suç işlediklerine dair delil bulunmadığı için kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Bu karar, Moskova Savcılığı tarafından kaldırılmış ve yeni bir soruşturma yapılması istenmiştir.

Öte yandan başvuru 2001 yılı başlarında Maliye Bakanlığına, Başsavcılığa ve İçişleri Bakanlığına karşı maddi ve manevi tazminat davası açmış, aleyhinde hukuka aykırı olarak ceza muhakemesi yapıldığı ve gözetimine alındığı için tazminat istemiştir. Moskova Basmani Bölge Mahkemesi, başvurunun 6-7 Temmuz 2000 tarihlerinde gözetiminde tutulmasıyla ilgili belgeleri 'Rostokino' Karakolu'ndan istemiş, ancak anlaşıldığına göre bu belgeler mahkemeye gönderilmemiştir. Bu mahkeme 18 Eylül 2001'de, başvuru aleyhindeki soruşturmanın hukuka aykırı olduğunu, çünkü delil yetersizliğinden düşüğünü belirtmiştir. Bu mahkeme, başvurunun şehirden ayrılmama taahhüdü verdiğini ve gözetimine alınmamış olduğunu kaydederek, kendisine 110 Euro'ya karşılık gelen küçük bir tazminat ödenmesine karar vermiş ve diğer talepleri reddetmiştir. Başvuru, bu mahkemenin olayları tam olarak yansıtmadığı ve Haziran ve Temmuz 2000 tarihlerinde hukuka aykırı olarak gözetimine alınmış olmasının incelenmediği gerekçesiyle üst başvuruda bulunmuştur. Ancak Moskova Mahkemesi bu kararı onaylamıştır. Başvuru, Ocak 2002'de bu ilanı alabilmek için mahkemeye başvurmuştur. 18 Eylül 2001 tarihli tazminat kararının 27 Şubat 2005 tarihi itibarıyla henüz icra edilmediği anlaşılmaktadır.

Başvuru, 18 Aralık 2001 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda, iki kez hukuki bir temeli olmaksızın ve insanlık dışı koşullarda gözetiminde tutulduğunu, ulusal mahkemelerin hukuka aykırı gözetiminde tutma nedeniyle tazminat talebini incelemediğini ileri sürmüştür.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(1-4). fıkralarının ihlali iddiası

1. Tarafların görüşleri

[72-73]: Başvuru, gözetiminde tutulmasının hiçbir hukuki temeli bulunmadığını, çünkü yakalama emrinin 1 Şubat 2000 tarihinde iptal edildiğini, dolayısıyla adının federal arananlar listesinde yer almasının başlangıçtan beri hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Haziran 2000'de gözetimine alınmasının hukuka aykırı olmasına ilişkin olarak 18 Haziran 2000'de savcılığa şikâyette bulunduğu halde, bir işlem yapılmamış ve adı arananlar listesinden çıkarılmamış; sonuç olarak, Temmuz 2000'de ikinci kez hukuka aykırı olarak gözetiminde tutulmuştur.

Hükümet ise, başvuru Haziran ve Temmuz 2000'de gözetiminde tutulan Moskova polislerinin hukuka uygun davrandığını, çünkü başvurunun adının arananlar listesinde olduğunu söylemiştir. Hükümet, başvuru hakkındaki soruşturmanın tamamen ortadan kalktığını Borovich Emniyet Müdürlüğüne bildirmeyen memura disiplin cezası verildiğini belirtmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“74. Mahkeme, bu şikâyeti ilk önce Sözleşme'nin 5(1). fıkrası açısından ele alacaktır. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuki' ve 'hukukun öngördüğü usule göre' terimlerinin, esasen ulusal hukuka gönderme yaptığını ve bu konudaki ulusal hukukun maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade ettiğini hatırlattır. Ancak bir tutmanın iç hukuka göre 'hukukiliği' her zaman belirleyici bir unsur değildir. Mahkeme

ayrıca, ele alınan dönemdeki tutmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının bireyi keyfilige karşı koruma amacına uygun olduğuna ikna olmalıdır.

75. Mevcut davada taraflar, başvurunun gözaltına alınmasının tek nedeninin, başvurunun adının federal arananlar listesinde bulunması olduğu konusunda uzlaşmaktadırlar. Hükümetin görüşüne göre, Moskova polisi, bu bilgiye dayanarak hareket etmiş olduğu için suçlanamaz. Bu bağlamda Mahkeme, bazen Sözleşmeciler Devletlerin görevlilerinin iyi niyetle fakat hukuka aykırı davranmış olabileceklerini kaydeder. Ancak resmi görevlilerin bir kusuru olmasa bile, Hükümetlerin Sözleşme bakımından devlet görevlilerinin eylemlerinden sorumlu oldukları vurgulanmalıdır; çünkü Mahkeme'nin önündeki davalardaki mesele, devletin uluslararası sorumluluğudur (*Lukanov, §40*).

76. Başvurucu hakkındaki yakalama emri 1 Şubat 2000'de iptal edilince, başvurunun gözaltına alınmasını gerektiren bir mahkeme veya bir savcı tarafından verilmiş başka bir karar bulunmadığı tartışmasızdır. Başvurucunun adı arananlar listesinde olduğu için, polis samimi olarak başvurunun bir suça karışmış olabileceğine dair makul kuşku duyabilir. Ancak Mahkeme önündeki mesele, polisin ne düşündüğü değil, başvurunun Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki sebeplerden birini uygulamak üzere gözaltında tutulmuş olup olmadığıdır. Başvurucunun bu sebeplerden birini uygulamak üzere gözaltında tutulduğu iddia edilmemiştir. Buradan çıkan sonuca göre, başvurunun Haziran ve Temmuz 2000'de gözaltına alınması, iç hukuk ve Sözleşme bakımından 'hukuki' değildir.

77. Mahkeme, başvurunun gözaltına alınmasının tek nedeninin, yetkili devlet makamları arasında işbirliği eksikliği olduğunu kaygıyla kaydeder. Başlangıçta Borovichi Emniyet Müdürlüğü'nün başvurunun adını federal arananlar listesine koymadan önce geçerli bir yakalama emri bulunup bulunmadığını araştırmaması, daha sonra Novgorod Emniyet Müdürlüğü'nün başvuru hakkında ceza muhakemesinin sona erdiğini derhal bildirmemiş olmasıyla beraber daha da ağırlaşmıştır. İçişleri Bakanlığının federal bölümlerinin polis veri tabanını güncelleştirmede bu kadar yavaş davranması ve birkaç ay güncelleme yapmaması şaşırtıcı bir durumdur. Bir başka kaygı sebebi de, Moskova Emniyet Müdürlüğü ile Savcılığın, başvurunun Haziran 2000'de hukuka aykırı gözaltına alındığı şikâyetiyle ilgili olarak gerekli özenle hareket etmemeleri ve böylece masum olduğu bilinen bir kimsenin yeniden gözaltına alınmasına yol açmış olmalarıdır.

78. Son olarak Mahkeme, başvurunun Haziran ve Temmuz 2000'de gözaltına alınmasına ilişkin bir kayıt tutulmadığını ve karakol amirinin böyle bir tutanak vermeyi açıkça reddettiğini gözlemlemektedir. Bu olay kendiliğinden çok ağır bir eksiklik olarak görülmelidir; çünkü bir kimsenin gözaltında tutulduğunun inkâr edilmesinin (unacknowledged detention), Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan temel öneme sahip güvencelerin tamamen reddi ve bu maddenin en ağır şekilde ihlali olduğu Mahkeme'nin yerleşik görüşüdür. Tutmanın tarih, yer ve zamanı ile tutulan kişinin ismi, tutma sebepleri ve tutmayı gerçekleştiren kişinin ismi gibi konuların kaydedilmemesi, hukukilik şartına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına aykırı görülmelidir (*Anguelova, §154; Kurt, §125*).

79. Yukarıdakileri göz önünde tutan Mahkeme, başvurunun Haziran ve Temmuz 2000 tarihlerinde hukuka aykırı olarak gözaltına alınması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Bu sonuç ışığında Mahkeme, Sözleşme'nin 2, 3 ve 4. fıkraları bakımından ayrı bir sorun doğmadığı kanaatinde dir."

III. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu tazminat talebinde bulunurken açıkça Haziran ve Temmuz 2000'de gözaltında tutulduğundan söz ettiğini söylemiştir. Başvurucu, yerel mahkemenin bu tazminat talebini incelemediğini belirtmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

83. Mahkeme, Sözleşme'nin 1, 2, 3 veya 4. fıkralarına aykırı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimsenin tazminat için başvurabilme imkânının bulunması halinde, 5. fıkraya uyulmuş olacağını hatırlatır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5(5). fıkrasındaki tazminat hakkı, ya ulusal bir makam veya Mahkeme tarafından önceki fıkralardan birinin ihlal edildiğinin kabul edilmesini varsayar (*N.C. – İtalya, §49; Pantea, §262*).

84. Mevcut olayda Mahkeme, başvuruçunun gözaltına alınmasının 'hukuki' olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

85. Mahkeme'ye verilen bilgiye göre, başvuruçunun gözaltına alınmasının iç hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde, uğradığı zararlara karşılık genel haksız fiil hukukuna (general law tort) göre tazminata hak kazanabilir.

86. Mahkeme, mevcut olayla ilgili 23 Kasım 2004 tarihli kabuledilebilirlik kararında dediği gibi, başvuruçunun hukuka aykırı olarak gözaltında tutulmasından doğan zararları için geçerli bir şekilde tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak ulusal mahkemeler, başvuruçunun ve avukatı yazılı ve sözlü olarak ileri sürmüşlerse de, bu talebi görmezden gelmişlerdir. Dahası, Basmani Mahkemesi verdiği kararda, bol miktarda aksine delil olmasına rağmen, başvuruçunun 'gerçekten gözaltına alınmadığı' şeklinde maddi olaylara ilişkin keyfi bir tespitte bulunmuştur.

87. Bu koşullarda Mahkeme'ye göre, başvuruçunun hukuka aykırı olarak gözaltına alınması nedeniyle tazminat hakkından yoksun bırakılmış ve Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal edilmiştir."

IV. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme, Basmani Mahkemesi'nin 18 Eylül 2001 tarihli kararının uzun süre icra edilmemesini, re'sen Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ve Birinci Protokol'ün 1. maddesine göre incelemeye karar vermiştir. Başvuruçunun, kararın icrasındaki bu gecikmenin tamamen Rus makamlarına yüklenebileceğini ileri sürmüştür.

91. Mahkeme, başvuruçunun 18 Eylül 2001'de Hazine'ye karşı kendi lehine bir hüküm elde ettiğini gözlemlemektedir. Üst Mahkeme'nin 16 Ocak 2002 tarihli kararının ardından, bu hüküm kesinleşmiş ve uygulanabilir hale gelmiştir. Ne var ki bu hüküm, 24 Kasım 2004'te ilk miktarı enflasyona göre uyarlayan bir karar verildiği halde, bugüne kadar icra edilmemiştir.

92. Mahkeme, icra sürecindeki bütün gecikmelerin ulusal makamlara yüklenebileceği kanaatinde dir.

93. Mahkeme ilk olarak, Basmani Mahkemesi'nin iki yıl boyunca başvuruçuya ilamı vermediğini ve böylece başvuruçunun ilamı Maliye Bakanlığı'na tebliğ ettirmesini engellediğini kaydeder. Aynı zamanda ulusal mahkemeler ilamın icra için gönderildiğine dair yanlış bilgi vermişlerdir. Ancak Adalet Bakanlığı'nın 6 Mayıs 2004 tarihli yazısı gerçek durumu ortaya çıkarmıştır. Dahası, Basmani Mahkemesi, 19 Haziran 2002 ve 30 Mart 2004'te iç hukuktaki şartları taşımayan ilamlar vermiştir.

94. Bir diğer gecikme, Maliye Bakanlığının tutumundan kaynaklanmıştır. Maliye Bakanlığı, 21 Nisan 2004'te ilamı aldıktan sonra, bunun gereğini yerine getirmek için bir girişimde bulunmamıştır. Anlaşılamayan sebeplerle, yedi ay boyunca ilamı elinde tutmuş, daha sonra kusurlu görünen noktaları düzeltirmesi için başvuruçuya geri vermiştir. İlam Aralık 2004'te yeniden Bakanlığa sunulmasına rağmen, Şubat 2005 itibarıyla karar henüz icra edilmemiştir.

95. Mahkeme, bu davadakine benzer sorunların bulunduğu birçok davada, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile Birinci Protokol'ün 1. maddesinin ihlaline karar vermiştir (*Wasserman, §35; Zhovner, §37; Burdov, §34*).

96. Önündeki materyalleri inceleyen Mahkeme, bu davada farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayabilecek herhangi bir olay veya gerekenin Hükümet tarafından ileri sürülmediğini kaydeder. Bu konudaki içtihatlarını göz önünde tutan Mahkeme, ulusal makamların yıllarca, başvuru lehine icra edilebilir bir kararı yerine getirmemekle, başvuru hak ettiği parayı almasını engellediği sonucuna varmaktadır.

97. Dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesi ve Birinci Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucunun 14 ve 15 Haziran 2000 tarihlerinde tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Başvurucunun 6 ve 7 Temmuz 2000 tarihlerinde tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
4. Başvurucunun Sözleşme'nin 5(2) – (4). fıkralarına ilişkin şikâyetlerinin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına;
5. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlaline;
6. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlaline;
7. Manevi tazminat olarak 7,400 Euro, ücretler ve masraflar için 800 Euro ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

08.11.2005 4080/02 DAĞ ve YAŞAR - TÜRKİYE

◆ *gözetimin hukukiliği - tutuklunun cezaevinden alınıp gözetim altına götürülmesi* (tutuklanıp cezaevine götürülen kişiler hakkında olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameye göre yeniden sorgulanmaları için 10 günü aşmayacak süre için tekrar jandarmaya götürülme-lerine mahkeme tarafından karar verilmesi ve bu sürenin uzatılması), *gözetimin hukukilik denetimi* (yeniden gözetim altına alınma kararlarına karşı mahkemeye başvurma sonucu etkili bir denetim yapılamaması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Remziye Dağ 1940 doğumludur. Başvuru 11 Kasım 2001'de, Ordu Cezaevi'nde hükümlü olan oğlunu ziyaretten dönüşte Diyarbakır'da güvenlik güçleri tarafından gözetim altına alınmıştır. Başvuru, 14 Kasım 2001'de Jandarma Komutanlığında alınan ifadesinde, PKK için kuryelik yaptığını ve cezaevleri arasında örgüt bağlantısını sağladığını söylemiştir. Başvuru, 15 Kasım 2001'de Diyarbakır DGM Savcısı tarafından dinlendikten sonra yargıç önüne çıkarılmıştır. Başvuru, Jandarma Komutanlığında verdiği ifadeyi yargıç önünde reddetmiştir. Yargıç, başvuru tutuklanmasına karar vermiştir.

Başvuru, daha sonra Diyarbakır Cezaevi'ne götürülmüştür. Yargıç aynı gün, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin teklifi ve savcının talebi üzerine, 430 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamenin 3(c) bendine dayanarak, yeniden ifadesi alınmak üzere ve 10 günden fazla olmamak şartıyla, başvuru cezaevinden alınıp yeniden Jandarma Komutanlığına götürülmesine izin vermiştir. Aynı gün başvuru, jandarmalar tarafından

cezaevinden alınmıştır. Başvurucu 29 Kasım 2001'de yeniden cezaevine götürülmüştür. Başvurucunun cezaevine girişi ve çıkışlarında düzenlenen sağlık raporlarında, vücudunda herhangi bir darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

Savcı 10 Aralık 2001 tarihinde (eski) TCK'nun silahlı çete üyeliğini cezalandıran 168. maddesi uyarınca, başvurucu aleyhinde ceza davası açmıştır. Başvurucu 3 Ocak 2002'de Jandarma Komutanlığında tutulduğu sırada dövüldüğünü, tehdit edildiğini ve hakarete uğradığını ve kendisine yiyecek verilmediğini beyan etmiştir.

Başvurucunun avukatları 16 Kasım 2001 tarihinde, Diyarbakır DGM Savcılığına müvekkillerine uygulanan muameleler ve sorgulama için on gün süreyle Jandarma Komutanlığına gönderilmesi nedeniyle şikâyet dilekçesi vermişlerdir. Avukatların vekâletnamesi bulunmadığı gerekçesiyle dilekçe kabul edilmemiştir. Aynı gün başvurucunun kızı Edibe Düşün ret kararına karşı itiraz etmiştir. Başvurucunun kızı, 19 Kasım 2001'de ikinci bir şikâyet dilekçesi vermiş ve annesine yapılan işkence iddialarını yinelemiştir.

Savcı, 13 Aralık 2001'de şikâyet konusuyla ilgili olarak başvurucunun ifadesini almıştır. Başvurucu, kızının kendisini, yüksek tansiyon nedeniyle burnu kanarken gördüğünü ve kötü muameleye tabi tutulmadığını beyan etmiştir. Savcı aynı gün, başvurucunun ifadesine dayanarak takipsizlik kararı vermiştir. Başvurucunun kızı takipsizlik kararına karşı Ağır Ceza Mahkemesinde itiraz etmiştir. Bu mahkeme, ancak mağdurun itirazda bulunabileceği gerekçesiyle bu itirazı reddetmiştir. Savcı ikinci dilekçe üzerine yaptığı soruşturmada aynı gerekçeyle 25 Aralık 2001'de ikinci bir takipsizlik kararı vermiştir.

İkinci başvurucu Mustafa Yaşar 1972 doğumludur. Başvurucu, PKK üyesi olduğu şüphesiyle, 29 Ekim 2001'de jandarma tarafından gözaltına alınmış ve Diyarbakır Jandarma Komutanlığı'nda gözaltında tutulmuştur. Başvurucu, 1 Kasım 2001'de Diyarbakır DGM Savcısı tarafından dinlenmiş ve aynı gün yargıç önüne çıkarılmıştır. Yargıç, başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu, yargıç tarafından yapılan sorgusu sırasında aleyhindeki suçlamaları reddetmiş ve jandarmalar tarafından gözleri bağlıyken ifadesini imzalamak zorunda bırakıldığını belirtmiştir.

Başvurucu, daha sonra Diyarbakır Cezaevi'ne götürülmüştür. Aynı gün yargıç, Olağanüstü Hal Bölge Valisi ile savcının talepleri üzerine ve 430 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesinin 3(c) bendine dayanarak, on günden fazla olmamak şartıyla başvurucunun sorgulama için yeniden Jandarma Komutanlığına götürülmesine izin vermiştir. Başvurucu aynı gün, jandarmalar tarafından cezaevinden alınmıştır.

Savcı, 2 Kasım 2001'de (eski) TCK'nun 168. maddesi uyarınca başvurucu aleyhine ceza davası açmıştır.

Başvurucunun annesi, 1 Kasım 2001 tarihli cezaevine alınma kararına itiraz etmiştir. Diyarbakır DGM, 6 Kasım 2001 tarihinde söz konusu gözaltı süresinin yasalarda belirlenen süre sınırlarına uygun olduğu gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Diyarbakır DGM yargıcı, 10 Kasım 2001'de başvurucunun Jandarma Komutanlığında gözaltında tutulma süresini on gün daha uzatmıştır. 15 Kasım 2001 tarihinde başvurucunun avukatı tarafından bu karara karşı yapılan itiraz, Diyarbakır DGM tarafından reddedilmiştir. Başvurucu, 20 Kasım 2001'de yeniden cezaevine gönderilmiştir.

Diyarbakır DGM yargıcı, 21 Kasım'da, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin ve Savcılığın başvurucunun gözaltı süresinin on gün daha uzatılması talebini, uzatma için dosyada yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Savcı 21 Kasım 2001 tarihli karara itiraz etmiştir. 22 Kasım 2001'de Diyarbakır DGM, 21 Kasım 2001 tarihli ret kararını iptal etmiş ve gözaltı süresini on gün daha uzatarak, başvurucunun cezaevinden alınmasına izin vermiştir. Başvurucu aynı gün Jandarma Komutanlığına götürülmüştür. Yeni bir talep

üzerine Diyarbakır DGM yargıcı, başvurusunun Jandarma Komutanlığında gözaltında tutulma süresini on gün daha uzatmıştır. Başvurucu 12 Aralık 2001’de yeniden cezaevine götürülmüştür. Başvurucu cezaevine her giriş ve çıkışında bir doktor tarafından muayene edilmiş ve düzenlenen raporlarda bedeninde herhangi bir darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

Başvurucunun gözaltında işkence ve kötü muamele gördüğüne dair şikâyeti üzerine savcı, 21 Ocak 2002’de başvurusunun ifadesini almıştır. Başvurucu Jandarma Komutanlığında tutulduğu 44 gün boyunca işkence gördüğünü söylemiştir. Başvurucu, doktorlar tarafından muayene edildiğini, fakat gördüğü kötü muamelelerden bahsedemediğini eklemiştir. Aynı gün savcısının isteği üzerine başvuru bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Doktor başvurusunun vücudunda herhangi bir darp ve cebir izine rastlanmadığını belirten bir rapor vermiştir. Savcı, Diyarbakır Valiliği’ne gönderdiği 27 Mart 2002 tarihli bir yazıyla, sorumlular hakkında soruşturma başlatılması için izin verilmesini istemiştir. Diyarbakır Valiliği İl İdare Kurulu, Jandarma Komutanlığında suçlanan görevliler hakkında yapılan ön soruşturma sonucu, 1 Mayıs 2002’de delil yetersizliğinden kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucular, 26 Kasım 2001’de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurarak, Sözleşme’nin diğer bazı maddelerinin yanında, 5(1), (3) ve (4). fıkralarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme’nin 5(1)(c), (3) ve (4). fıkralarının ihlali iddiası

A. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendi

[59-68]: Başvurucular tutuklanıp Diyarbakır Cezaevi’ne götürüldükten sonra, 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince, yeniden sorgulanmak üzere gözaltına alındıklarını belirtmişlerdir. Başvurucular, Jandarma Komutanlığında dış dünya ile haberleşmeleri olmaksızın (incommunicado) tutulduklarını ve jandarmaların insafına terk edildiklerini ileri sürmüşlerdir.

Hükümet, başvuru sahiplerinin yeniden gözaltına alınmalarının iç hukuka uygun olduğunu ve cezaevinden kendileri aleyhindeki soruşturma için alınmadıklarını savunmuştur.

Mahkeme, Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukuki’ ve ‘hukukun öngördüğü usule göre’ terimlerinin, esasen ulusal hukuka gönderme yaptığını ve bu konudaki ulusal hukukun maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade ettiğini hatırlatmıştır. Mahkeme’ye göre bu fıkra ayrıca, herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme’nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına uygun olmasını gerektirmektedir (*Wassink*, §24). Mahkeme daha önce de defalarca, terör suçlarının soruşturulmasının yetkilileri özel sorunlarla karşı karşıya bıraktığını kabul etmiştir (*Brogan ve Diğerleri*, §61; *Murray*, §58; *Aksoy*, §78; *Sakık ve Diğerleri kararı*, 44; ve *Demir ve Diğerleri*, §41). Ancak bu durum, soruşturma makamlarının terör unsuru içerdiğini iddia ettikleri her olayda, Sözleşme’nin 5. maddesinin kendilerine, ulusal mahkemelerin ve son aşamada Sözleşme’nin denetim organlarının etkili denetiminden muaf bir şekilde, şüphelileri gözaltına almaları ve sorgulamaları için açık çek verdiği anlamına gelmez (*Demir ve Diğerleri*, §41).

Mevcut olayda Mahkeme, birinci başvurusunun ilk kez 11 Kasım 2001’de gözaltına alındığını ve 15 Kasım 2001’e kadar gözaltında tutulduğunu kaydetmiştir. Bu dönem sonunda başvuru önce savcının ve sonra yargıcın önüne çıkarılmış ve tutuklanarak cezaevine götürülmüş, böylece gözaltı sona ermiştir. Cezaevine girdikten birkaç saat sonra, yargıç tarafından 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre verilen izinle, başvuru yeniden sorgulanmak üzere Jandarma Komutanlığına götürülmesi için polislere teslim

edilmiştir. İkinci başvuru, 29 Ekim – 1 Kasım 2001 tarihleri arasında gözaltında tutulduktan sonra önce savcının sonra da yargıcın önüne çıkarılmıştır. Yargıç, başvuru hakkında tutuklama kararı vermiş ve başvuru cezaevine götürülmüştür. Yargıcın yine 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre verdiği izinle, aynı akşam cezaevinden alınıp jandarmaya teslim edilmiştir.

Böylece iki başvuru da, gözaltı haline benzer bir durumla karşılaşmışlardır. Bu durumda Mahkeme, Hükümetin bunun bir gözaltı olmadığına dair itirazını reddetmiştir. Mahkeme, birinci başvurunun 18 gün, ikinci başvurunun 40 günden fazla gözaltında tutulduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuruların tutuklu buldukları sırada Jandarma merkezine götürülmeleri, etkili bir yargısal denetimi bertaraf eden bir durum yaratmıştır. Ayrıca Mahkeme, tutuklanmış kişilerin sorgulanmak üzere gözaltında tutulmalarının, gözaltı süresiyle ilgili mevzuatı dolanmak olacağı kanaatine varmıştır. Başvurular tutuklandıktan birkaç saat sonra yeniden sorgulanma durumuyla karşılaşmışlardır. Dahası, başvuruların jandarma merkezinde tutulmalarının uzatılması, görünür herhangi bir gerekçeye dayanmamıştır. Bu durumun kendisi, özellikle sorgulanan kişilerin sahip oldukları avukatla görüşme hakkı gibi, bütün koruyucuları ortadan kaldıran, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki hukukilik şartına bir aykırılık olarak görülmelidir. Bu nedenle Mahkeme, her iki olayda da Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

B. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası

[69-71]: Başvurular gözaltında tutulma sürelerinin uzunluğundan şikâyet etmişlerdir. Yukarıda 5(1). fıkrası bakımından vardığı sonucu göz önünde tutan Mahkeme, olayı bir de Sözleşme'nin 5(3). fıkrası açısından incelemeyi gerekli görmemiştir.

C. Sözleşme'nin 5'4). fıkrası

[72-76]: Başvurular tutuklandıktan sonra Jandarma Komutanlığına götürülmelerine karşı itiraz edebilecekleri etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını ileri sürmüşler ve Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme, olayların nitelendirilmesinde son sözü söyleyenin kendisi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, mahkeme hukuku bilir (jura novit curia) ilkesi gereği, başvurular tarafından ileri sürülmeyen bir hüküm kapsamındaki şikâyetleri de incelemiştir (*Guerra ve Diğerleri*, §44).

Tutulma konusunda Mahkeme, 13. maddeyle karşılaştırıldığında, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının özel hüküm (lex specialis) olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla bu şikâyeti 5(4). fıkrası bakımından incelemiştir. Hükümet, başvuruların Jandarma Komutanlığında tutulmalarının ve tutulma sürelerinin uzatılmasının yargıç izniyle gerçekleştiğini, ayrıca başvuruların bu kararlara karşı itiraz edebileceklerini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, bir mahkemenin 5. maddeyle ilgili şikâyetin içeriğini öğrenmesine ve gerekli muhakemeyi yapmasına imkân veren güvencelerin varlığını gerektirir. Bu itiraz usulü, hukuken olduğu gibi pratikte de 'etkili' olmalıdır. Mahkeme 430 sayılı KHK'nin 8. maddesinin, bu Kararnamenin hükümleri gereğince verilen kararların etkili bir şekilde yargısal denetimini imkânsız hale getirdiği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

[77-90]: Mahkeme, başvurularla ilgili tıbbi raporlarda darp ve cebir izine rastlanmadığının belirtilmesi nedeniyle kötü muamele iddialarının makul kuşkuya yer bırakmayacak

şekilde kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak Bayan Dağ için 4,000 Euro, Bay Yaşar için 8,000 Euro ile ücretler ve masraflar için toplam 1,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasıyla ilgili şikâyetin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına;
3. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
4. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine
5. Manevi tazminat olarak Bayan Dağ için 4,000 Euro, Bay Yaşar için 8,000 Euro ile ücretler ve masraflar için toplam 1,000 Euro ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

TUTUKLAMA

27.06.1968 1936/63 NEUMEISTER - AVUSTURYA

♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (vergi kaçırma suçu işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski bulunduğu gerekçesiyle 2 yıl 4 ay süren tutukluluk), *salıverilme için güvence* (başvurucunun önerdiği kefalet miktarının yeterli olmadığı gerekçesiyle güvenceli salıverilme talebinin reddedilmesi), *tutukluluğun hukukilik denetimi* (yazılı salıverilme talepleri hakkında tutukluluğun devamına ilişkin kararların kendisinin ve avukatının yokluğunda ve savcının görüşü alındıktan sonra verilmesinin silahlarda eşitlik ilkesine aykırı olduğu şikâyeti), *ceza davasının uzunluğu* (vergi kaçırma suçundan yargılamanın 7 yıl sürmesi) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Fritz Neumeister 1922 doğumlu bir Avusturya vatandaşıdır. Uluslararası bir taşımacılık firmasının sahibi olan başvurucu ile diğer beş kişi hakkında, 6 yıl boyunca usule aykırı olarak vergi iadesi olarak vergi suçu işledikleri gerekçesiyle hazırlık soruşturması açılması istenmiştir.

Başvurucu birkaç ay sonra, soruşturma yargıcı tarafından sorgulanmış ve bir ay kadar sonra da yargıç, başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu, iki buçuk ay tutuklu kaldıktan sonra salıverilmiştir. Soruşturma yargıcı, başvurucuyu bir yıl sonra vergi müfettişlerinin önünde yeniden sorgulamıştır. Başvurucu, bu sorgu sırasında aleyhindeki birçok tanık ifadesini ve bir suç ortağının ifadesini reddetmiştir. Sorgu tutanağı 50 sayfayı bulmuştur. Yargıç başvurucunun 'kaçma riski' bulunduğu gerekçesiyle tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu 26 ay daha tutuklu kaldıktan sonra kefaletle salıverilmiştir.

Başvurucu ikinci tutukluluk döneminde beş kez salıverilme talebinde bulunmuştur. Başvurucu bu taleplerin reddine ilişkin kararlara karşı üst mahkemelere de başvurmuş, ancak itirazları reddedilmiştir. Başvurucu, şirketinin, evinin ve ailesinin bu kentte olduğunu, kaçma riski bulunduğuna inanmak için hiçbir sebep olmadığını, istemiş olsaydı daha önce salıverildikten sonra kaçabileceğini belirtmiştir. Başvurucu, Ceza Muhakemesi Kanununun 175(1) ve (2). fıkralarının tutuklama kararı için 'kaçma ihtimali' bulunmasını değil, 'kaçma riski' bulunmasını aradığını, kendisinin kaçma riski bulunmadığını ısrarla vurgulamıştır. Başvurucu, ikinci salıverilme talebiyle birlikte kefalet vermeyi de önermiştir. Ancak ulusal mahkemeler, başvurucunun mahkûm olması halinde alabileceği cezanın (5 -10 yıl hapis)

yüksekliğini, önerilen kefalet miktarının yetersizliğini vurgulayarak itirazları reddetmişlerdir. Başvurucunun tutukluluğu ile ilgili kararların çoğu, Ceza Muhakemesi Kanununun 113(2) ve 114(2). fıkralarına göre, aleni olmayan, savcının bulunduğu ancak başvurucunun veya avukatının bulunmadığı bir muhakeme sonunda verilmiştir.

Başvurucu hakkında soruşturma açılmasına ve ilk kez tutuklanmasına karar verildiği tarihten iki yıl sekiz buçuk ay sonra ilk soruşturma tamamlanmıştır. Soruşturma dosyası, her biri 500 sayfadan oluşan 21 cilt ve pek çok sayıda belgeden meydana gelmekte ve 22 sanığı kapsamaktadır. Toplam 219 sayfadan oluşan iddianame üç buçuk ay içinde yazılıp başvurucuya tebliğ edilmiştir. Tebliğ tarihinden yaklaşık 6 buçuk ay sonra ilk duruşma yapılmış, 102 gün süren duruşmaya, soruşturma ile ilgili bazı taleplerin karşılanması için ara verilmiştir. Ek soruşturma iki yıl sürmüş ve duruşmaya yeniden başlanmıştır.

Başvurucu, 12 Temmuz 1963 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı ile makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu davayla ilgili kararını verdiği 27.06.1968 tarihinde, başvurucu hakkında ulusal mahkeme henüz bir karar vermemiştir. Strasburg Mahkemesi'nin kararından sonra, başvurucu ulusal mahkeme tarafından ağır dolandırıcılık suçundan beş yıl hapse mahkûm edilmiş, tutukluluk süresi hapis cezasından düşülmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

Komisyon, başvurucunun tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği görüşünü bildirmiş; Hükümet ise ihlal bulunmadığını savunmuştur.

[3-15]: Mahkeme, önce Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ikinci hükmünü yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre, bu hükmün aksi yöndeki ifade tarzına rağmen, yargılaması süren sanığın salıverilmesi ile yargılamanın makul bir sürede bitirilmesi arasında devletin bir tercih yapması mümkün değildir. Tutuklulukta geçirilen sürenin makullüğü değerlendirilirken sanığın mahkûm oluncaya kadar masum sayılması ilkesi dikkate alınır. Üçüncü fıkradaki hükmün amacı, bir kimsenin tutukluluğunun makullüğü ortadan kalktığı zaman kendisinin salıverilmesinin sağlanmasıdır.

Ulusal makamlar tutukluluğun makul sınırları aşp aşmadığına karar verirken, tutukluluk için kamu yararının gerçekten bulunup bulunmadığı konusunda lehte ve aleyhte bütün şartları dikkate almak zorundadırlar. Mahkeme, tutukluluğun Sözleşme'yi ihlal edip etmediğine karar verirken, salıverilme talepleri üzerine yargısal makamların verdikleri kararlardaki gerekçelere ve tutukluluğa karşı yapılan itirazda gösterilen maddi olaylara dayanır.

Mahkeme, başvurucu iki ay kadar süren birinci tutukluluk dönemi için değil ama iki yıl dört ay kadar süren ikinci tutukluluk dönemi için Strasburg organlarına başvurduğundan, bu ikinci dönemin makullüğünü incelemiş, ama cezadan düşülen birinci dönemi de dikkate almıştır.

Hükümet, başvurucunun sadece Strasburg'a başvuru tarihine kadar olan tutuklu döneminin incelenmesini istemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu tek bir tutuklama kararına karşı değil ama içinde bulunduğu tutukluluk durumuna karşı Strasburg'a başvurmuş olup, salıverileceği tarihe kadar geçecek tutukluluk süresi aleyhine şikâyetle bulunmuştur. Her bir tutukluluğa itirazın reddi kararına karşı ayrı ayrı Strasburg'a başvurmasını istemek aşırı şekilcilik olur.

Mahkeme, başvuruçunun tutukluluğunun devamı için gerekçe olarak gösterilen kaçma riskinin olayda bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre, kaçma riski sadece, sanığın mahkûmiyet halinde alabileceği cezanın ağırlığına dayanmaz; sanığın karakteri, ahlaki durumu, evi, mesleği, aile bağları, soruşturmanın yapıldığı ülke ile bağlantıları gibi, bu riskin varlığını teyit eden veya salıverilmesini gerektiren diğer faktörlere dayanır. Tutukluluk uzadıkça kaçma riski azalır. Mahkeme'ye göre başvuruçunun, kendisini kaçma düşüncesinden alıkoyacak sebepleri göstermiştir. Duruşmada dinlenen soruşturma yargıcının başvuruçunun kaçacağına kişisel olarak inanmadığını söylemesi önemlidir. Bu koşullarda başvuruçunun kaçma riski, güvenceyle salıverilme talebinin reddedilmesini gerektirecek kadar büyük değildir.

Mahkeme'ye göre önerilen güvence miktarı, sanığın duruşmaya gelmesini sağlamak için koyulmuştur; duruşmaya gelmemesi halinde ödediği güvenceyi kaybedeceğinden, bu miktarın sanığı kaçmaktan caydıracak kadar olup olmadığını değerlendirmek için sanığın durumuna, malvarlığına ve bunu sağlayacak kişilerle olan ilişkisine bakılmalıdır.

Olayda başvuruçunun önerdiği güvence miktarı, kendisinin duruşmaya gelmesini sağlayacak miktarda olduğu halde yargısal makamların bunu reddetmeleri yerinde değildir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda tutuklunun makul sürede salıverilme hakkını öngören Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[22-25]: Başvuruçunun yazılı salıverilme talepleri üzerine tutukluluk ile ilgili kararların kendisinin ve avukatının yokluğunda ve savcının görüşü alındıktan sonra verilmesinin 'silahlarda eşitlik ilkesi'ne aykırı düştüğünü ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre silahlarda eşitlik ilkesi Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'adil muhakeme' (fair hearing) şartının içinde yer almakta olup, bu ilke 5. madde bakımından yapılan salıverilme taleplerine uygulanmaz. Gerçi 5. maddenin dördüncü fıkrası hukukilik denetimi yapacak olan makâmın 'mahkeme' olmasını aramaktadır; ancak dördüncü fıkradaki 'mahkeme' kavramı, denetimi yapacak olan makâmın bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri niteliğine sahip olmasını aramakta olup, tutukluluğun 'muhakeme usulü' ile bir ilgisi yoktur. Tutukluluk muhakemesi sırasında bütünüyle yazılı veya tarafların dinlendiği bir usul gecikmeye sebebiyet verebilir. Bu nedenle Mahkeme, olayda başvuruçunun, tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

III. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[16-21]: Başvuruçunun ilk yaptığı başvuru sırasında Sözleşme'nin 6. maddesini açıkça belirttiğinden, olayda makul sürede yargılanma hakkına aykırılık bulunup bulunmadığı da incelenecektir.

Mahkeme'ye göre bir ceza davasında makullüğü incelenecek olan yargılama süresinin başlangıcı, kişiye ilk kez suç isnat edildiği tarihtir. Bu dönemin bitişi, isnadın kesin olarak karara bağlandığı tarihtir. Eğer isnat, temyizden sonra kesinleşmiş ise, makul süre, temyiz dönemini de kapsar. İç hukukta başvuruçunun aleyhine olan dava henüz sonuçlanmamıştır. Mahkeme kendi karar tarihine kadar, yani yedi yıllık bir yargılama süresini dikkate almıştır.

Mahkeme bu olayda yargılama süresinin makullüğünü değerlendirirken, (a) olayın aşırı ölçüde karmaşık olup olmadığına, (b) alternatif tedbirlerin soruşturmayı hızlandıracak olup olmamasına, (c) yargısal makamlar ve hukuki temsilciler tarafından tam ve dikkatli inceleme yapılıp yapılmadığına bakmıştır.

Mahkeme'ye göre, bu olayda geçen yedi yıllık süre makul görülemeyecek kadar uzun bir süredir. İlk soruşturma döneminde on beş aylık bir süre boyunca soruşturma yargı-

cı, başvurucuyu sorgulama veya yüzleştirme gibi bir soruşturma işlemi yapmamıştır; ilk soruşturmanın sona ermesinden son soruşturmanın açılmasına kadar bir yıl gibi bir süre geçmiştir; duruşmaların başlamasından aylar sonra ikinci soruşturma için duruşmalara ara verilmiştir. Mahkeme'ye göre bunlara rağmen, yurtdışına yazılan yazıların cevaplarının gelmesi için beklenmesi, başvurucunun dosyasının diğer suç ortaklarının dosyasından ayrılmasının adalet dağıtımı için gerekli olduğunu gösteren bir sebep bulunmaması, çok sayıda belgenin okunması gerekmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, bu olayda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
2. İkiye karşı beş oyla, başvurucu aleyhine açılmış olan davanın süresi bakımından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Oybirliliğiyle, başvurucu tarafından geçici salıverilme talebinin incelenmesi usulü bakımından Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının veya 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Buna göre Avusturya Cumhuriyeti'nin ileri sürülen üç noktadan sadece biri bakımından Sözleşme'ye göre üstlendiği yükümlülüğünü ihlal ettiğine

KARAR VERMİŞTİR.

27.06.1968 2122/64 WEMHOFF - ALMANYA

◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (emniyeti suiistimal ve dolandırıcılık suçlarını işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski ve delilleri karartma riski bulunduğu gerekçesiyle 3 yıl 5 ay süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (emniyeti suiistimal ve dolandırıcılık suçlarından yaklaşık 4 yıl süren ceza davası) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu K.H. Wemhoff, 1927 doğumlu bir Alman vatandaşı olup, mesleği komisyonculuktur. Başvurucu hakkında emniyeti suiistimal suçlarına karıştığı şüphesiyle, 9 Kasım 1961 tarihinde yakalama emri çıkarılmış, başvurucu ertesi gün tutuklanmıştır. Yakalama emrinde başvurucunun emniyeti suiistimal suçlarına teşvik suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunduğu belirtilmiştir. Yakalama emrinde ayrıca başvurucunun kaçma riski ve delilleri karartma riski bulunduğu, ağır bir ceza almasının muhtemel olduğu, suçlara karışmış başka kişileri uyurabileceği, henüz ele geçirilmeyen başka belgeleri ortadan kaldırma riski bulunduğu belirtilmiştir.

Soruşturma sırasında bu yakalama emrinin yerini 28 Aralık 1961 ve 8 Ocak 1962 tarihlerinde verilen iki tutuklama kararı almıştır. Başvurucu, 1961 ve 1962 yıllarında birçok kez salıverilme talebinde bulunmuştur. Fakat bu talepler, yukarıda geçen yakalama emrindeki gerekçelerle reddedilmiştir. Başvurucunun güvence karşılığı salıverilme teklifi de delilleri karartma ve kaçma riski bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvurucunun avukatı 16 Nisan 1963'te, tutuklamanın re'sen incelenmesi sırasında, başvurucunun kimliklerini bırakması karşılığında salıverilmesini talep etmiştir. Ancak Mahkeme aynı gün, yakalama müzakeresinde gösterilen gerekçelerle başvurucunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Başvurucu bu karara karşı da 16 Nisan 1963'te, ilk kez Sözleşme hükümlerini ileri sürerek itiraz etmiştir. Başvurucu gerekli görülecek bir şartla salıverilmesini isterken, delilleri karartma ve kaçma riski bulunmadığını, çünkü ilgili bütün muameleleri aydınlatmak için elinden geleni yaptığını belirtmiştir. Başvurucu, bütün bağlarının, eşi ve çocuğu ile birlikte yaşadığı Batı Berlin'de olduğunu

ve ailesinin yüz yirmi yıldır sahip olduğu ve babasının çok kısa bir süre sonra kendisine terk etmeyi planladığı bir mücevherat dükkânının burada bulunduğunu eklemiştir. Başvurucu ayrıca, kendisine borçlu olanlara karşı hukuk davaları açtığını ve bu nedenle birçok mahkeme önüne haftada en az beş kez davacı olarak çıkması gerektiğini vurgulamıştır. Başvurucu öte yandan, Batı Berlin'den hava yoluyla çıkmasının mümkün olmadığını, çünkü daha önceki yolculukları dolayısıyla Berlin havaalanında çok iyi tanındığını; Sovyet işgali altındaki bölgede de uzun yıllar hapis kaldığından bu bölgeye ve Doğu Berlin'e giremeyeceğini ifade etmiştir. Son olarak, muamelelerinin banka tarafından daha 27 Ekim 1961'de farkına varıldığı halde kendisinin Berlin'de kalmaya devam etmesinin, kaçmaya hiçbir zaman niyetlenmediğini açıkça gösterdiğini belirtmiştir.

Yerel mahkeme, bu başvuruyu 3 Mayıs 1963'te reddetmiştir. Bu mahkeme, başvurunun iddia edilen suçları işlediğine dair kuşku bulunduğunu, bazı karmaşık olayların incelenmesinin tamamlanmadığını, başvurunun ağır bir ceza alma olasılığı bulunduğundan kaçmayı tasarladığından kuşkulandığını, başvurunun yurt dışı ile önemli bağlantılarının bulunduğunu ve yurt dışında malvarlığı bulunabileceğini, Berlin'de aile bağlarının bulunmasına rağmen mali durumundaki çöküşün kaçma riskini artırdığını, delilleri kartartma riski bulunduğunu belirtmiştir.

Başvurucunun tutukluluğa karşı 16 Mayıs 1963 tarihinde yaptığı itiraz, Üst Mahkeme'nin 5 Ağustos 1963 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Üst Mahkeme, bu aşamada delillerin kartartılıp kartartılmayacağı konusunda bir kuşku bulunabileceğini kabul etmekle birlikte, itiraz konusu karardaki gerekçelere dayanarak, başvurunun kaçabileceğine ilişkin hala bir riskin bulunduğunu ve tutukluluğun devamına ilişkin bu kararın, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının şartlarına aykırı düşmediğini belirtmiştir.

Başvurucunun 1963 ve 1964 yıllarında şartla salıverilme için yaptığı birçok başvuru, Üst Mahkeme'nin 5 Ağustos 1963 tarihli kararındakilere benzer gerekçelerle Berlin mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Başvurucu tutukluluk süresi içinde beş kez disiplin cezası almıştır.

Başvurucuyla ilgili soruşturma 13 kişiyi kapsamıştır. Soruşturma 9 Kasım 1961'den 24 Şubat 1964'e kadar sürmüştür. Başvurucu 40 kez sorgulanmıştır. Soruşturma Berlin'de 13 bankada, Batı Almanya'da 35 bankada ve İsviçre'de 8 bankada, yaklaşık 1 milyar Mark'ın bulunduğu toplam 169 banka hesabının incelenmesini kapsamıştır. Almanya'da ve başka ülkelerde onlarca tanığın ifadesi ve 15 uzmanın görüşü alınmıştır. Yaklaşık 6 bin iş günü çalışılmıştır. Dava dosyası 45 klasör, yaklaşık 10 bin sayfadan oluşmuştur. Soruşturma 23 Nisan 1964'te bitirilmiş, 855 sayfalık iddianame mahkemeye sunulmuştur.

Ceza Mahkemesi, 7 Temmuz 1964'te var olan tutuklama kararlarının yerine geçen başka bir tutuklama kararı vermiştir. Tutuklama kararında başvurunun 1961 sonbaharında eşinin adına bir hesaptan 100 Mark çektiği ve bu parayı bir yere gizlediğinden şüphelendiği belirtilmiştir. Tutuklama kararına göre, başvurunun ağır bir ceza alma olasılığı bulunduğundan kaçma riski vardır. 9 Kasım 1964'te başlayan yargılamada 97 tanık, 3 tip uzmanı ve 4 mali müşavir dinlenmiştir.

Ceza Mahkemesi, 7 Nisan 1965'te başvurucağı ağır derecede emniyeti suiistimale uzun süreli teşvik etmekten suçlu bulmuş ve 6 yıl hapis cezası vermiş, tutukluluk süresinin hapis cezasından düşülmesine ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

Başvurucunun salıverilme talebi 30 Nisan 1965'te reddedilmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz Üst Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvurucu Ağustos 1965'te 100 bin Mark güvence karşılığında geçici olarak salıverilmesini talep etmiştir. Bu öneri kabul edilmiş, ancak başvurucağı bu parayı yatırmamış, babası tarafından yatırılacak 25 bin veya 50 Mark'lık bir banka teminatı önermiş, bu öneri 6 Eylül'de reddedilmiştir. Başvurucunun

bu karara itirazı da reddedilmiştir. Bölge Mahkemesi'ne göre çekilmesi gereken ceza süresi hala önemli bir süre olup, başvurusunun 200 Mark'ı sakladığına dair kuşku yargılama sırasında güçlenmiştir.

Başvurusunun mahkûmiyet hükmüne karşı yaptığı başvuru da Federal Mahkeme tarafından 17 Aralık 1965'te reddedilmiş, temyiz süresince tutukluluğu cezadan sayılmıştır. Cezasının üçte ikisini çeken başvuru, 20 Ekim 1966'da verilen kararla, 8 Kasım 1966'da şartlı tahliyeyle salıverilmiştir.

Başvuru 9 Ocak 1964 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

A. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından

[04-17]: Fıkranın anlamı: Mahkeme önce Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki ikinci hükmün anlamını yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre, bu hükmün dilbilimsel yorumu, yargılama makamlarını 'hüküm verilinceye kadar davayı makul bir sürede görme' veya 'yargılama sürerken sanığı salıverme' şeklinde iki yükümlülük arasında bir tercih yapma ile karşı karşıya bırakır. Oysa böyle bir yorum, Sözleşmeci Tarafların amacıyla bağdaşmaz; Sözleşmeci Tarafların kendi yargısal makamlarına, sanığın salıverilmesi karşılığında davayı makul bir sürenin ötesinde uzatma imkânı vermeyi amaçladıkları düşünülemez. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddesi herkesin kişi özgürlüğüne sahip olduğunu belirttiğinden sonra, bu prensipten, özellikle suçların cezalandırılmasını gerektiren kamu yararını koruma anlayışıyla uzaklaşmanın mümkün olduğu durumları ve şartları belirterek devam etmektedir. Esas olarak ulusal mahkemeler ve daha sonra da Avrupa Mahkemesi, sanık hakkında verilen hükümden önce geçen tutukluluk süresinin, belirli bir aşamada makul süreyi aşmış olmadığına, yani masum olduğu varsayılan bir kişiye normalden daha fazla bir fedakârlık yüklenip yüklenmediğini belirlemelidir. Başka bir deyişle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre makul süreyi aşmaması gereken, sanık kişinin tutukluluk süresidir.

Tutukluluk dönemi: Mahkeme daha sonra, 'makul süre'nin kapsadığı tutukluluk süresinin ne zaman sona erdiği sorununu ele almıştır. Komisyon'a göre sanığın dava mahkemesinin önüne çıktığı tarih, tutukluluk süresinin de sonu olarak kabul edilmelidir. Hükümet de bu görüşe katılmıştır. Mahkeme bu kısıtlayıcı yorumu kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre, İngilizce metin iki yoruma da olanak tanırken aynı ölçüde geçerli olan Fransızca metin sadece bir yoruma olanak tanımaktadır. Fransızca metne göre, bir sanığı makul bir sürede salıverme yükümlülüğü, bu kişinin 'jugée' edilmesine kadar, yani yargılamayı sona erdiren hükmün verildiği güne kadar devam etmektedir. Sözleşme'nin aynı ölçüde geçerli ve fakat tamamıyla aynı olmayan iki metni ile karşılaşan Mahkeme, uluslararası hukukun yerleşmiş içtihatlarını izleyerek, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı bir biçimde yorumlamalıdır. Ayrıca Mahkeme'nin, bunun bir hukuk yaratan (law-making) sözleşme olduğuna göz önünde bulundurarak, Sözleşmeci Tarafların üstlendikleri yükümlülükleri mümkün olduğu ölçüde sınırlandıracak bir yorumu değil, Sözleşme'nin amacını gerçekleştirmek ve hedefine varmasını sağlamak için en uygun yorumu gözetmesi gereklidir. Sözleşme'nin 5. maddesinin bir suç nedeniyle kuşkulanan kişileri gereksiz yere uzun tutuklamaya karşı korumasının, neden hükmün verilmesine kadar devam ettirilmeyip de duruşmanın başladığı anda bitirileceğini anlamak mümkün değildir. Daha sonra Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki tutulma süresinin, mahkûmiyet kararının kesinleştiği gün mü, yoksa ilk derece mahkemesi tarafından suçlamanın karara bağlandığı gün mü

sona erdiği sorununu ele almıştır. Mahkeme ikincisini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, tutuklu olsun veya olmasın, ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edilen bir kişi, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine göre 'mahkûmiyet kararı verilmesinden sonra' özgürlüğünden yoksun bırakılması öngörülen kişidir. Mahkûmiyet kararının verilmesinden sonra ifadesi, kesinleşmiş mahkûmiyet kararından sonra ifadesi olarak sınırlanamaz; çünkü aksi takdirde bu ifade, kendisine tanınan hukuki yollar açık olsa da henüz serbest olduğu halde duruşmaya gelip mahkûm edilen kişinin tutulmasını dışarıda bırakır. Sözleşmeci Devletlerin sıkça izlemiş oldukları bu uygulamadan şimdi vazgeçmeye niyetlendiklerine inanmak mümkün değildir. Dahası, temyiz veya denetim muhakemesi sırasında tutulan kişinin suçunun, 6. maddenin gereklerine göre yapılmış bir yargılama ile tespit edildiği gözden uzak tutulamaz. Bu noktada mahkûmiyet kararından sonra gelen tutmanın, hükme dayanarak veya Federal Almanya Cumhuriyeti'nde olduğu gibi tutuklama kararını teyit eden özel bir kararla yapılması arasında bir fark yoktur. Mahkûmiyet kararından sonra temyiz sonulandırılmasındaki gecikmeden ötürü tutukluluğunun devamından şikâyetçi olan bir kimse, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını kullanamayacak, fakat muhtemelen 6(1). fıkrasında düzenlenen 'makul süre'ye aykırılık iddiasında bulunabilecektir. Böylece Mahkeme, tutukluluk dönemi, gözaltının başlangıcından ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararına kadar olan dönem ile sınırlamıştır. Mevcut olayda Mahkeme, makul olup olmadığı hakkında karar verilmesi istenen sürenin 9 Kasım 1961'den 7 Nisan 1965'e kadar devam eden süre olduğunu tespit etmiştir.

Makullüğün değerlendirilmesi: Daha sonra Mahkeme, bu sürenin makul olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre, her olayda sanığın tutukluluğunun devamının makul olup olmadığı, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Göz önünde tutulabilecek faktörler çok çeşitlidir. Komisyon, tutukluluğun uzunluğunun lehinde veya aleyhinde bir değerlendirmeye varmak üzere uygulanmasını düşündüğü yedi ölçülük bir yaklaşım getirmiştir. Mahkeme bu yöntemi kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal iddiaları, Sözleşmeci Taraflarca üstlenilen taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamak için Sözleşme'yle kurulmuş organların önüne getirilmeden önce, iç hukuk yollarının ve bu suretle ulusal yargısal makamların verdiği gerekçeli kararların konusu olmak zorundadırlar. Ulusal yargı organları, bir suç nedeniyle kuşku edilen bir kişinin mahkûm edilmeden önce kamu yararı bakımından tutulmasının gerekliliğine kendilerini inandıran koşulları belirtmekle görevlidirler. Aynı şekilde, tutuklu bir kişi de iç hukuk yollarını kullanırken, yetkililerin tespit ettikleri olaylardan çıkarttıkları sonuçları çürütmeye yönelik gerekçelerini ve salıverilmesinin lehine olan nedenleri ileri sürmüş olmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal makamlar tarafından tutukluluğun sürdürülmesini halkalaştırmak ve tutukluluğun makul olmayan sebeplerle uzatılmadığını ve uzatmanın Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olmadığını ortaya koymak için gösterilen gerekçelerin açıklayıcı ve yeterli olup olmadığını belirlemelidir.

Mevcut olayda: Başvurucu için 9 Kasım 1961'de çıkarılan yakalama emri, eğer kendisi serbest bırakılacak olursa kaçabileceği ve özellikle olaya karışan kişilerle irtibat kurarak hakkındaki delilleri ortadan kaldıracabileceği kaygısına dayanmaktadır. Bu gerekçeler, 5 Ağustos 1963'e kadar başvurunun salıverilmek için yaptığı başvuruları reddeden mahkeme kararlarında belirtilmiştir. Ancak o tarihte Üst Mahkeme, soruşturma henüz tamamlanmadığı halde, delilleri karartma riskinin hala var olup olmadığı konusunda biraz kuşku bulunduğunu kabul etmiş, fakat diğer gerekçenin hala geçerli olduğunu düşünmüştür. Aynı gerekçeler, başvurunun temyiz başvurularını reddeden sonraki kararlarda da yinelenmiştir. Mahkeme, başvurunun işlediğinden kuşku edilen suçların niteliğini ve olayın aşırı ölçüde karmaşıklığını göz önünde tutarak, delilleri karartma riskinin varlığı konusunda Alman mahkemelerini endişelenmekte haklı bulmuştur. Kaçma riski konusunda ise Mahkeme şöyle düşünmüştür: mahkûmiyeti halinde alabileceği cezanın ağırlığı, sanığı

kaçmaya teşvik edici bir faktör olarak görülebilir; ama bu kaygının etkileri tutukluluk sürdükçe zayıflar ve sonuç olarak sanığın almayı bekleyebileceği cezanın ağırlığı azalır. Öte yandan cezanın ağır olması ihtimali tutuklama için yeterli değildir. Bununla beraber Alman mahkemeleri muhakemenin ilk aşamalarında kaçma tehlikesinin bulunduğu dair kararlarını gerekçelendirirken, sanığın maddi durumu ile ilgili şartlara ve onun tutumuna dayanarak dikkatli davranmışlardır. Bununla beraber Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının son hükmünün, tutukluluğun devamına karar verilmesinin sadece sanığın kaçması ve bu suretle duruşmaya gelmemesi kaygısına dayandığı zaman, duruşmaya gelmesi için güvenceye bağlanması şartıyla kişinin salıverilmesini gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre mevcut olayda başvurunun karıştığı büyüklükteki mali bir olayda temel güvencelerden biri, kendisinin verebileceği yüksek meblağda bir güvence veya gösterebileceği bir teminat olabilirdi. Bu konuda aldığı tavırlar, bu tür bir güvenceyi yerine getirebileceğini göstermemiştir. Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun 9 Kasım 1961 ile 7 Nisan 1965 tarihleri arasında tutuklu kaldığı sürenin uzunluğunun a) 1964 Şubat sonunda tamamlanabilen soruşturmanın yavaşlığına veya b) soruşturmanın kapanması ile iddianameye geçilmesi (Nisan 1964) veya duruşmanın açılması (9 Kasım 1964) arasında geçen zamana ve son olarak c) 7 Nisan 1965'e kadar süren duruşmanın uzunluğuna bağlanamadığından, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasınca üstlenilen yükümlülüklere aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bir sanık başlangıçta kamu yararı gerekçesiyle makul olarak tutulmuş olsa bile, muhakeme uzun bir zaman sürmüş ise, bu tutukluluk Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal edilebilir. Mahkeme olayda yargılama makamlarının tavrının eleştirilemeyeceği hakkındaki Komisyon görüşüne katılmıştır. Olayın olağanüstü karmaşıklığı ve gecikmeye neden olan diğer kaçınılmaz sebepler, soruşturmanın ve yargılamanın olağanüstü uzunluğunu haklı kılmıştır. Mahkeme'ye göre, tutuklu sanığın davasına öncelik ve özel hız verilmesini isteme hakkı, iddia ve savunma makamlarına ellerindeki tüm delilleri ortaya koymalarına ve görüşlerini ifade etmelerine olanak vermek ve suçun gerçekten işlenip işlenmediği ve cezası üzerinde dikkatlice düşündükten sonra kararını açıklamak için olayın tüm ayrıntıları ile aydınlatılmasını isteyen yargıçların çabalarını engellememesi gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

B. Makul sürede yargılanma hakkı tanıyan Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından

[18-20]: Başvurucu makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürmüştür. Mahkeme, bu hükmün esas amacının, sanığın uzun süre isnat altında kalmamasını ve isnadın mümkün olduğunca en kısa sürede karara bağlanmasını sağlamak olduğu görüşündedir. Bu hüküm uygulanırken dikkate alınması gereken süre, temyiz başvurusu sonuna kadar sürer. Makul sürede yargılanma hakkı bakımından dikkate alınacak süre, başvuruca ilk kez suç isnat edildiği ve yakalanmasına karar verildiği tarih olan 9 Kasım 1961'den başlar. Başvurucunun davasında Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uyulup uyulmadığını denetlemek için dikkate alınacak sürenin büyük bir bölümü, 5(3). fıkrasına giren tutukluluk dönemiyle örtüşmüştür. Bu hükme göre görevlerini özel bir dikkatle yapan yargısal makamların hiçbir kusuru bulunmadığından, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki yükümlülüğe aykırılık oluşmadığı da kabul edilmelidir. Temyiz muhakemesi dikkate alınsa bile, makul süre sınırı aşılmamıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME

1. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Oybirliliğiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Buna göre olayın Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerine Federal Almanya Cumhuriyeti'nin bir aykırılıkta bulunduğunu ortaya koyamadığına;
4. Böylece, bir aykırılıktan ötürü Wemhoff'un tazminat hakkı bulunmadığına,

KARAR VERMİŞTİR.

22.05.1984 8805/79 DE JONG, BALJET VE VAN DEN BRINK - HOLLANDA

◆ *tutuklama usulü* (vicdani retçi başvurucuların emirlere itaatsizlikte ısrar nedeniyle salıverme yetkisi olmayan askeri savcı önüne çıkarılmaları), *gözültü süresi* (başvurucuların yargıç önüne çıkarılıncaya kadar 7, 11 ve 16 gün tutulmaları) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı

DAVANIN ESASI

Hollanda vatandaşı olan başvurucular, 1979'da Hollanda Ordusu'nda askere alındıktan sonra, her biri vicdani retçi (conscientious objector) olmaları nedeniyle, askerlik hizmeti yapma yükümlülüğünden kaynaklanan bazı emirlere itaat etmeyi reddetmişlerdir.

Başvurucu de Jong 29 Ocak'ta ve Baljet de 25 Ocak 1979'da askeri eğitime katılma emirlerine itaat etmemişlerdir. Bunun üzerine başvurucular, Askeri Ceza Kanunu'nun 114. maddesine aykırı olarak emre itaatsizlik (insubordination) suçu işledikleri kuşkusuyla komutanları tarafından gözültüye alınmışlardır. Gözültüye alınma gerekçesinin, askerler arasında disiplini sürdürmek olduğu belirtilmiştir.

İki başvurucu 30 Ocak'ta askeri savcının önüne çıkarılmışlardır. 5 Şubat'ta, askeri savcının mütalaası üzerine general, başvurucuları yargılanmak üzere Askeri Mahkeme'ye sevk etmiş ve aynı anda salıverilmelerine karar vermiştir. Başvurucular, 7 Şubat'ta Vicdani Retçiler Hakkında Danışma Kurulunun önüne çıkarılmışlardır. Aynı gün Savunma Bakanlığı, başvuruculara vicdani retçi statüsü tanımış ve onları askerlikten ihraç etmiştir.

Başvurucular, 8 Şubat'ta, kendileri hakkında gözültüye alma kararı veren komutan aleyhine üst komutana şikâyetinde bulunmuşlardır. Başvurucular, Askerlik Kanunu'nun 7. maddesi gereğince kendileri hakkında verilen kararların, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine ve 5(3). fıkrasına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Üst komutan, her iki şikâyeti 1 Mart'ta reddetmiştir.

Üçüncü başvurucu Van den Brink, süresi içinde yoklama yaptırmadığı için, 20 Kasım 1979'da zorla askere alınmıştır. Başvurucu eğitim alayına vardığında, komutanı üniforma alması ve giymesi emrini vermiş, ancak başvurucu ısrarla bu emri yerine getirmemiştir. Başvurucu aynı gün komutanı tarafından gözültüye alınmıştır. Gözültüye alma gerekçesinin, diğer askerler arasında suçun tekrardan korkulması ve disiplinin sürdürülmesi olduğu belirtilmiştir. Başvurucu, 22 Kasım'da askeri savcının önüne çıkarılmıştır. 26 Kasım'da yetkili subay, askeri savcının mütalaasına uygun olarak, başvurucuyu yargılanmak üzere Askeri Mahkeme'ye sevk etmiş, bu arada aynı gerekçeyle tutulu kalmasına karar vermiştir.

Başvurucu, 28 Kasım'da Komiser subay önüne çıkarılmıştır. Bundan iki gün sonra, 6 Aralık'ta askeri savcının talebi üzerine Askeri Mahkeme, başvurucunun tutulmasını otuz gün daha uzatmıştır. Başvurucunun salıverilmek amacıyla Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine ve 5(3). fıkrasına dayanan savunmaları, bu mahkeme tarafından reddedilmiştir. Daha sonra, başvurucunun tutukluluğu Askeri Mahkeme tarafından düzenli olarak uzatılmıştır. Askeri Mahkeme'deki yargılama 6 Şubat 1980 tarihinde başlamıştır. Askeri Mahkeme, 20 Şubat tarihinde verdiği kararlar, van den Brink'i suçlu bulmuş ve kendisine on sekiz ay hapis cezası vermiş, tutuklulukta geçirdiği süre hapis cezasından indirilmiştir.

Her üç başvurucu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı olarak, derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmadıklarını iddia etmişlerdir. Yine başvurucular, gözültüye alınmalarının ve tutulmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygun olmadığını ve 5(4). fıkrasına uygun olarak tutulmalarının hukuki-

liğinin süratle denetlenmesi için bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Esas

A. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

42. Her üç başvuru da, gözaltına alınma ve daha sonra tutulmadan doğan özgürlükten yoksun bırakılmalarının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu, çünkü bunun, birinci fıkranın bendlerinde sayılan meşru sebeplerden hiç birine, özellikle (c) bendine girmediğini iddia etmişlerdir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ilgili hükümleri şöyledir:

43. Başvurucuların hukuka uygun olarak gözaltına alındıkları ve sonra Askerlik Kanununun (bk. yukarıda parag. 23 ve 27-29) hükümlerine göre tutulu kaldıkları konusunda bir tartışma yoktur. Başvurucuların gözaltına alınmalarının yasal dayanağı, Askerlik Kanununun 7. maddesidir; bu madde, başka şeylerle birlikte komutana, Askeri Ceza Kanununda düzenlenen bir suç işlediğinden kuşku olduğu bir askeri, diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi için gerekli olduğu takdirde nezarete koyma (placed in custody) yetkisi vermektedir (bk. yukarıda parag. 15). Van den Brink'in Askeri Mahkemede yargılanmak üzere sevk edilmesi üzerine tutulmasının devamına, Askerlik Kanununun 14. maddesi gereğince aynı sebeplerle, yetkili üst subay tarafından karar verilmiştir (bk. yukarıda parag. 16 ve 27).

Başvurucular, Askeri Ceza Kanununun 114. maddesine aykırı olarak emre itaatsizlik suçü işlediklerinden makul olarak kuşku edildiğine ve bu kuşkunun tutuldukları süresi boyunca devam ettiğine hiçbir zaman karşı çıkmamışlardır. Bununla birlikte başvurucular, sırf bir kuşkunun sürmesinin, belirli bir zaman geçtikten sonra tutmanın devam etmesini gerektirmediğini savunmuşlardır. Başvurucuların iddiasına göre, kendileriyle ilgili olaylarda dayanılan Askerlik Kanununun 7 ve 14. maddelerindeki özel sebep, yani diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereği, suçla veya suç işlediğinden kuşku edilen kişiyle ilgili olmayıp, önleyici uygulamadır. Başvurucular, keyfilik riskine göndermede bulunarak, bu sebebin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında ve özellikle (c) bendinde yer almadığı gerekçesiyle, özgürlükten yoksun bırakılmalarının bu madde hükümleri bakımından haklı olmadığı sonucuna varmışlardır.

44. Mahkeme, bu yaklaşımı kabul etmemektedir. Komisyon tarafından da işaret edildiği gibi (bk. Komisyon raporu, parag. 76), Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi bir kimseyi hukuken yetkili bir makam önüne çıkarmak amacıyla tutmanın gerçekleştirilebileceği, birbirinden ayrı üç hali düzenlemektedir; bunlardan biri, bir suç işlediğinden makul kuşku duyulmasıdır (*Lawless 44*). Askerlik Kanununun 7 ve 14. maddeleri, diğer askerler arasında disiplinin sürdürülmesi gereğini ek bir şart olarak getirirken, özgürlükten yoksun bırakmanın izin verildiği Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında sıralanan sebeplere başka bir sebep eklemekte, fakat Hollanda hukukuna göre bir askerin suç işlediğinden kuşku edildiği zaman nezarete alınmadan veya nezarete tutulmadan önce yerine getirilmesi gereken başka bir şartı öngörmektedir. Sadece kuşkunun sürmesinin, hukuka uygun olarak karar verilmiş tutmanın devamı için yeterli olup olmadığı, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine değil, 5(3). fıkrasına girer (bk. 10.11.1969 tarihli Stögmüller kararı, parag. 4); çünkü Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle bir bütün oluşturan 5(3). fıkrasının temel amacı (bk. 04.12.1979 tarihli Schiesser kararı, parag. 29 ve burada geçen kararlar), tutma makul olmaktan çıkınca, salıverilmeyi sağlamaktır (bk. *örneğin, yukarıda geçen Stögmüller kararı, parag. 3*).

Son olarak Mahkeme, deliller arasında başvurucuların özgürlükten yoksun bırakılmalarının, keyfilik veya 5(1)(c) bendindeki kısıtlamaların amacıyla bağdaşmazlık anlamında

“hukuka aykırı” olduğuna ve bu suretle Sözleşme’nin 5. maddesine uymadığına (bk. diğerleri arasında, 24.10.1979 tarihli Winterwerp kararı, parag. 37, 39 ve 45) işaret eden hiçbir şey görmemiştir.

Bu nedenle bu olayda Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği kanıtlanamamıştır.

B. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

1. Yargılamaya sevkten önce askeri savcı önüne çıkarılma

46. Başvuruculara göre, gözaltına alındıktan sonra önüne çıkarıldıkları ilk makam olan askeri savcı (bk. yukarıda parag. 23 ve 27), bu hüküm bakımından yargılama yetkisine sahip bir “görevli” sayılamaz.

Hükümet bu görüşe karşı çıkmıştır. Hükümet ayrıca, başvurucuların askeri savcı önüne “derhal”, yani de Jong’un bir gün, Baljet’in beş gün, van den Brink’in iki gün sonra çıkarıldıklarını savunmuştur.

47. Mahkeme Schiesser kararında, “hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli” ifadesini ayrıntılı olarak yorumlama imkânı bulmuştur (bk. 04.12.1979 tarihli Schiesser kararı, parag. 27-31). O kararda dile getirilmiş göze çarpan ilkeleri burada hatırlatmak yeterlidir. Özellikle Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının amacı ve gayesi dikkate alındığında (bk. yukarıda parag. 44 ve aşağıda parag. 51), sözü edilen “görevli” (officier/magistrat), ister bir mahkeme yargıci isterse savcılığın bir mensubu olsun (bk. aynı karar, parag. 28), “kendisine hukuken ‘yargılama’ yetkisi verilmiş olmasına uygun olan güvenceler sunmak ... zorundadır (bk. aynı karar, parag. 30). Mahkeme o kararda vardığı sonuçları şu şekilde özetlemiştir (bk. parag. 31):

“... ‘Görevli’, ‘yargıç’ ile aynı şey değildir, fakat yine de yargıcın bazı özelliklerine sahip olmalı, yani gözaltına alınmış kişi için her biri bir güvence oluşturacak belirli şartları yerine getirmelidir.

Bu şartlardan birincisi, yürütme organına ve taraflara karşı bağımsızlığıdır. ... Bu demek değildir ki, bu görevli bir ölçüde, kendileri de aynı şekilde bağımsızlığa sahip olan başka yargıçlara veya görevlilere tabi olamaz.

Buna ek olarak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, hem usul ve hem de esasa ilişkin şartları içermektedir. Usul şartı ‘görevli’yi, önüne çıkarılan kimseyi bizzat dinleme yükümlülüğü altına sokar ...; esasa ilişkin şart ise görevliye, kişinin tutulmasıyla ilgili lehine ve aleyhine olan bütün olayları inceleyip, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar verme yükümlülüğü yükler ...”

Esasa ilişkin şartla ilgili olarak Mahkeme, önceki davalardan İrlanda -- Birleşik Krallık davasında, enterne etme konusunda salıverme yetkisi bulunmayan Tavsiye Komitesinin, Sözleşme’nin 5(3). fıkra hükmüne uygun bir makam olmadığına karar vermişti (bk. 18.01.1978 tarihli İrlanda -- Birleşik Krallık kararı, parag. 199).

48. Ulusal hukukun konuyla ilgili hükümlerinin sözel anlamına göre, askeri savcı başvurucuları yargılamaya sevkten önce salıverme yetkisine sahip değildir; Askerlik Kanununun 11. maddesi, kendisine sadece araştırma ve tavsiyede bulunma rolü vermiş olup, bu rol de sadece yargılamaya sevk meselesiyle sınırlanmıştır (bk. yukarıda parag. 16). Hükümetin savunmasına göre ise, yasadaki bu açık sınırlama pratikte izlenen fiili durumun ışığında okunmalıdır ki, buna göre askeri savcının tavsiyesi tutma meselesini de kapsamakta ve kendisine sevk edilen subay tarafından hiç değiştirilmeden uygulanmaktadır (bk. yukarıda parag. 16). İddia edildiğine göre bu “standart usul”, aslında askeri savcının karar verdiği anlamına gelmektedir; çünkü onun tutuklamada bulunup bulunmama üzerindeki

tavsiyesi, şeklen karar verme yetkisine sahip subay tarafından “bağlayıcı bir tavsiye” olarak görülmektedir.

Mahkeme, bu “standart usul”ün Askerlik Kanununun toptan gözden geçirilmesi sürerken Sözleşme’ye uygunluk sağlamak üzere başlatılmış olduğuna dair Hükümetin beyanını kaydeder. Ancak Komisyon gibi (bk. Komisyon raporu parag. 85) Mahkeme de Hükümetin bu yaklaşımını kabul edememektedir. Tabi ki, Sözleşme’deki haklarla ilgili olarak karar verilirken, daha çok görünüşlerin ve kullanılan dilin ardına geçip, olaydaki gerçekler üzerinde yoğunlaşmalıdır (bk. örneğin 5(1). fıkıyla ilgili olarak, yukarıda geçen Van Droogenbroeck kararı, parag. 38). Bununla birlikte, bireyin özgürlüğü üzerinde karar vermekle yetkili bir yargısal makamın, demokratik bir toplumda kamuya vermesi zorunlu olan güven düşünülduğünde, bu makamın hangisi olduğunun bilinebilmesi için “kanun”da ifade edilen biçimsel ve görülebilir nitelikteki şartlar ayrı bir önem taşır (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 01.10.1982 tarihli Piersack kararı, parag. 30 (a)). Askeri savcılara ve olayın kendisine sevk edildiği subaya Askerlik Kanununu bu yönde yorumlamaları için gönderilmiş resmi bir direktif ve hatta uygulama talimatı bile yoktur; hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan ve her zaman hukuka uygun bir biçimde ayrılmanın mümkün olduğu sadece bir iç uygulama vardır. Bu, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasında düşünülmüş zorunlu “yargısal yetki”nin kullanılması için “hukuk” tarafından verilmiş yetki oluşturmaya yetmez (bk. yukarıda geçen Schiesser kararı, parag. 47/son).

49. Buna ilave olarak, askeri savcı Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının aradığı bağımsızlığa da sahip değildir. Askeri savcı, askeri makamlardan bağımsız olmakla birlikte, olayın Askeri Mahkemeye sevk edilmesinden sonra kendisinden iddia makamı görevi yerine getirmesi istenebilir (bk. yukarıda parag. 19/1, Askerlik Kanunu md. 126(1)). Bu yolla askeri savcı, yargılamaya sevk edilmeden önce tutuklanması konusunda tavsiyede bulunduğu bir asker aleyhine sonradan açılacak bir ceza davasına taraf olmaktadır. Özetle askeri savcı, bu hazırlık aşamasında kesin bir biçimde “tarafardan bağımsız” olamaz (bk. yukarıda parag 47’deki Schiesser kararından alıntı); çünkü muhakemenin bir sonraki aşamasında, taraflardan biri haline gelme yükümlülüğü vardır (bk. 22.05.1984 tarihli Duinhof ve Duijf kararı, parag. 38).

50. Sonuç olarak, başvuruolarının olaylarında askeri savcı önünde izlenen usul, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının gerektirdiği güvenceleri sağlamamıştır.

2. Yargılamaya sevk ve sonraki usul

51. Üç başvuru, gözaltına alınmalarından sırasıyla yedi, on bir ve altı gün sonra yargılanmak üzere Askeri Mahkemeye sevk edilmişlerdir (bk. yukarıda parag. 23 ve 27). Bu davada, Askeri Mahkemenin yargısal bir makam özelliklerine sahip olduğu tartışma konusu yapılmamıştır. Bununla birlikte, tutulan kimsenin yargısal bir makama ulaşma imkânına sahip olması, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ilk cümlesine uygunluk için yeterli değildir. Bu hüküm, 5(1)(c) bendine göre polisin veya idarenin karar verdiği bir tutmanın derhal ve otomatik olarak yargısal denetiminin sağlanmasını amaçlamaktadır. Sözleşme’nin 5(3). fıkrası (“derhal... önüne çıkarılır”), bu fıkranın amacı ve gayesi ışığında okunduğunda, fıkraya içkin olan “usul şartını” ortaya koymaktadır; buna göre “yargıç” veya yargılama yetkisine sahip görevli, tutulmuş kişiyi gerçekten dinlemeli ve gerekli kararı vermelidir (bk. yukarıda 47. paragrafta Schiesser kararından yapılan alıntı).

52. De Jong ve Baljet, yargılamaya sevk edildikleri gün salıverilmişlerdir (bk. yukarıda parag. 23). O halde bu başvuruoları, bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevlinin önüne çıkarılmadan sırasıyla yedi ve on bir gün nezarete tutulmuşlardır. Gözaltına alınmış bir kimse, tutulmasının yargısal denetimi yapılmadan önce “derhal” (promptly) salıverildiği takdirde, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiş olamaz. Derhallik (pomp-

tness) meselesi her olayda, o olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 27.06.1968 tarihli Wemhoff kararı, parag. [55]). Askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile (bk. 08.06.1976 tarihli Engel ve Diğerleri kararı, parag. 54), Mahkeme bu olayın özel şartları içinde, söz konusu sürelerin “derhallik” şartına uygun görülmeyeceği sonucuna varmaktadır. O halde de Jong ve Baljet nezarete bulundukları sırada, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki hakların korunmasından yararlanamamışlardır.

53. Mahkeme van den Brink bakımından da aynı sonuca ulaşmaktadır. Yargılamaya sevk edildiğinde gözaltına alınmasından itibaren geçen altı gün (bk. yukarıda parag. 27), Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki sınırı aşmıştır. Bu durumun kendisi, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırılığın kanıtlanması için belirleyici olup, bu olayda daha sonraki gelişmeleri incelemek gerekli değildir.

3. Sonuç

54. Özetlenecek olursa, üç başvuruca her biri, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlalin-den dolayı mağdurdur.

C. Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

56. Hükümet Mahkeme önündeki savunmasında, Komisyon raporundaki azınlık görüşünün gerekçesini kabul etmiştir. Bu görüşe göre, Sözleşme’nin 5. maddesinin (3) ve (4). fıkralarındaki güvenceler aynı anda uygulanamaz; 4. fıkrada düşünülen muhakeme, 3. fıkranın gerektirdiği muhakemeye bir tür itiraz oluşturur; böylece 4. fıkradaki hukuk yolunun sürati, ilgili kişinin 3. fıkraya göre yargıç veya yargısal bir makam önüne çıkarıldığı ve çıkarılmış olması gereken andan itibaren değerlendirilmelidir. O halde iddiaya göre, de Jong ve van den Brink bu andan kısa bir süre sonra bir mahkemeye ulaşabildiklerinden, başvurucaın şikâyetlerini 4. fıkraya bakımından incelemek gerekli değildir.

57. Mahkeme ise bu görüşle ikna olmamıştır. Sözleşme’nin 5(1)(c) bendiyle bağlantılı olarak ele alındığında 3. fıkraya göre bir kimseyi “kanunen yetkili makam” önüne çıkarmak için izlenen usul, tabi ki 4. fıkraya uygunluk üzerinde belirli bir etkiye sahip olabilir. Örneğin bu usul, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan veya bırakmayı onaylayan bir “mahkeme” kararıyla sona erdiğinde, 4. fıkranın gerektirdiği hukukiliğin yargısal denetimi, başlangıçtaki bu karara içselleştirilmiş olmaktadır (bk. 18.06.1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 76, ve yukarıda geçen Van Droogenbroeck kararı, parag. 44-45). Ancak 5(4). fıkrayla sağlanan güvence, 3. fıkrayla sağlanan güvenceden farklı bir sistemi olan ve 3. fıkraya ek bir güvencedir. Mahkeme, bu fıkralarla sağlanan güvencelerin aynı anda uygulanmayabileceği önerisiyle karşılaşmadan, aynı olayların 5. maddenin 3 ve 4. fıkralarının her ikisinin de ihlaline yol açıp açmadığını daha önce bir kaç kez incelemiştir (bk. 27.06.1968 tarihli Neumeister kararı, parag. 3-15 ve 22-25; 10.11.1969 tarihli Matznetter kararı, parag. 2-13; yukarıda geçen İrlanda -- Birleşik Krallık kararı, parag. 199-200). Mahkeme mevcut davada her iki fıkranın aynı anda uygulanmaması için bir sebep görmemektedir.

58. Hükümet tarafından Sözleşme’nin 5(4). fıkrasıyla bağlantılı olarak dayarılan iki hukuk yolu, Askerlik Kanununun 13 ve 34. maddelerinde yer almaktadır.

Yargılamaya sevkten önceki döneme uygulanabilir olan 13. madde, on dört gündür nezarete tutulu bulunan şüpheli askere, komutan generalin olayı yargılamaya sevk edilip etmemeye karar vereceği veya tutmayı sona erdireceği bir süre tayin etmesi için Askeri Mahkemeye dilekçeyle başvurma imkânı vermektedir (bk. yukarıda parag. 15). Askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile (bk. yukarıda geçen Engel

ve Diğerleri kararı, parag. 54), bu hukuk yolunun gözaltına alındıktan sonra on dört gün geçmeden kullanılamaması, başvurucların “süratli” bir karar elde etmelerini önlemiştir.

Yargılamaya sevkten sonra ve fakat yargılamanın başlamasından önce uygulanabilen 34. madde, tutuklu askere salıverilmek için Askeri Mahkemeye başvurma imkânı vermektedir (bk. yukarıda parag. 17/2). Bu davada Askeri Mahkemenin, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası bakımından gerekli bağımsızlığa sahip olma ve ele alınan özgürlükten yoksun bırakma kategorisine uygun ve yeterli usul güvenceleri sunma anlamında, bir “mahkeme” olarak görülebileceği tartışma konusu yapılmamıştır (bk. yukarıda geçen De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag. 76 ve 78). Askerlik Kanununun 34. maddesi buna ek olarak, yargılamaya sevk olayın şartları içinde gerçekleşme hızına bağlı bir biçimde, uygulamada “süratli” bir karar verilmesine yol açabilecek niteliktedir. Yargılamaya sevk edilemeden ve dolayısıyla hukuk yollarına başvurmadan, de Jong yedi, Baljet on bir ve van den Brink altı gün nezarete kalmışlardır. Mahkeme’nin görüşüne göre, askeri yaşamın ve askeri adaletin zorunlulukları dikkate alınsa bile, her bir olayda bir mahkemeye ulaşmadan geçen süre, başvurucları tutulmalarının hukukiliğinin “süratle” denetlenmesini sağlamak için başvurma hakkından yoksun bırakacak kadar uzundur. Aslında de Jong ve Baljet yargılamaya sevk edildikleri zaman salıverilmişler, van den Brink de tutuklu kalmasına rağmen yargılamaya sevk edildikten sonra Askerlik Kanununun 34. maddesine göre salıverilme imkânı aramamıştır. Ne var ki bu koşullar, yukarıda varılan sonucu değiştirmez; çünkü her olayda Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlali, başvurucların Askeri Mahkemedeki hukuk yoluna ulaşma durumuna girmeden önce meydana gelmiştir.

59. Sonuç olarak her bir olayda, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.

D. Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlali iddiası

60. Başvuruclar Komisyon önünde, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının ihlaline yol açan aynı olaylar nedeniyle, 5(1). fıkraya göre özgürlük hakkının ihlali iddiası konusunda ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Buna göre başvuruclar, Sözleşme’nin 13. maddesinin de ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

Başvuruclar bu şikâyeti Mahkeme önünde ileri sürmemişlerdir. Başvuruclar, özel hüküm olan 5(4). fıkra bakımından ulaşılan sonuç nedeniyle, 13. madde bakımından incelemenin gerekli olmadığına dair Komisyon görüşüne katıldıklarını ifade etmişlerdir.

Mahkeme, Sözleşme’nin 5(4). fıkrası hakkında vardığı sonuçlar ışığında, daha hafif şartları olan 13. maddenin de ihlal edilip edilmediğine karar vermeyi gerekli görmemiştir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, parag.95).

E. Sözleşme’nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddesinin ihlali iddiası

61. De Jong ve Baljet, Sözleşme’nin 5. maddesindeki haklarını kullanırlarken, 14. maddeye aykırı olarak ayrımcılığın mağduru olduklarını iddia etmişlerdir.

Bu başvuruclar ilkin, vicdani redci olarak tanınma taleplerinden sonra kendilerine askerlikten izin verilmediğini ve bunun da emirlere itaatsizliği tahrik eden bir faktör olduğunu; ikinci olarak, daha sonra haklarında emre itaatsizlikten açılan ceza davasının taleplerinin karara bağlanması için durdurulmasına kadar uzun bir süre geçtiğini belirtmişlerdir. Başvuruclarla göre, genel uygulamaya aykırı biçimde farklı olan bu muamele, buldukları alayın Lübnan’da görevlendirilmesinden kaynaklanmıştır.

62. Başvurucuların şikâyetlerinin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarından çok, vicdani redci olarak tanınma taleplerinin görülme şekline karşı yöneltilmiş olduğu anlaşılacaktır. Gerçekten de şikâyetlerinin ilk bölümü, tutulmalarından önceki dönemle ilgilidir. O halde iddia ettikleri ayrımcılığın Sözleşme'deki hakların kullanılmasıyla ne kadar ilgili olduğu sorulabilir. Her ne olursa olsun, şikâyet ettikleri muamele, başvurucuların kendi ifadeleriyle, buldukları alayın Birleşmiş Milletler birimi olarak Lübnan'da görevlendirilmesinden kaynaklanmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucular ile karşılaştırılabilir durumda olan diğer askerler arasında bir farklılaştırma yapıldığı kabul edilse bile, beklenmekte olan bu görevin özel şartları objektif ve makul bir haklı sebeptir (bk. 23.07.1968 tarihli "Belçika Dili Davası", parag. 10 ve 13.06.1979 tarihli Marckx kararı, parag. 32).

Buna göre olayda Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. madde ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının
 - (a) Van den Brinik bakımından düşmesine;
 - (b) De Jong ve Baljet bakımından gerekçenin 36 ve 37. paragraflarında belirtildiği ölçüde düşmesine;
2. Geriye kalan diğer iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine;
3. Van den Brink'in Sözleşme'nin 25. maddesi anlamında bir mağdur olmadığı konusundaki Hükümetin itirazının reddine;
4. Her bir başvurucu için Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
5. Her bir başvurucunun Sözleşme'nin 5(3) ve (4). fıkralarının ihlal mağduru olduklarına;
6. Sözleşme'nin 5. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
7. Olayı Sözleşme'nin 18. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
8. Davalı Devletin ayrıca her bir başvurucuya Sözleşme'nin 50. maddesine göre 300 Gulden ödemesine

KARAR VERMİŞTİR.

30.03.1989 10444/83 LAMY - BELÇİKA

◆ *tutukluluğun hukukilik denetimi* (tutuklamanın ilk 30 gününde soruşturma dosyasının şüpheliye ve avukatına gösterilmediğinden etkili bir şekilde tutuklamaya itiraz etme imkânı bulunmaması, ama dosyanın savcı tarafından görülüp tutukluluğun devamına dair görüş bildirilmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmediği şikâyeti), *tutuklulukta bilgilendirme* (tutuklama sırasında isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmediği şikâyeti) ■ *kişi özgürlüğü* - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - silahlarda eşitlik ilkesi - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Jose Lamy, 1932 doğumlu bir Belçika vatandaşıdır. 29 Kasım 1982'de, Ticaret Mahkemesi tarafından başvurusunun yöneticisi bulunduğu 'SPRL Lamy' özel şirketinin iflasına karar verilmiştir. 18 Şubat 1983'te soruşturma yargıci başvurusu sorgulamış ve tutuklanmasına karar vermiştir. Tutuklama müzakeresinde tutuklama sebebi olarak şunlar gösterilmiştir: suçların ağırlığı ile kamu düzeni ve güvenliği üzerindeki olumsuz sonuçları; iflas eden şirketin borç miktarının 500 milyon Belçika Frank'ından fazla olması; soruşturma yapılması gereği; sanığın alacaklılarını teminattan yoksun bi-

rakmaya yönelik kasti ve açık teşebbüsleri; sanığın yaptığı masraflar; sanığın yurtdışına kaçma riskinin bulunması. Tutuklama müzekkeresinin arkasına başvurucaya isnat edilen suçlara ilişkin fiiller tek tek sıralanmıştır.

Başvurucu, kendisine tutuklama müzekkeresi tebliğ edildikten sonra cezaevine götürülmüştür. Başvurucu, 22 Şubat 1983'te yerel mahkemenin önüne çıkarılmıştır. Başvurucunun avukatı, tutuklama için gerekli olan 'ciddi ve istisnai şartlar'ın bulunmadığını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, soruşturma yargıcını, savcı yardımcısını ve savunma tarafını dinledikten sonra tutuklama kararını onaylamıştır. Bu mahkeme, tutuklama kararında gösterilen gerekçeleri kabul etmiş ve kamu güvenliğinin, başvurunun tutukluluğunun devamını gerektirdiğini belirtmiştir.

Başvurucu 23 Şubat 1983'te, yerel mahkemenin bu kararına karşı Üst Mahkeme'ye başvurmuştur. Başvurucu, tutuklama kararında gerekçe gösterilmediğini, yerel mahkeme tarafından belirtilen şartların kendisinin tutuklanmasını haklı kılacak nitelikte olmadığını, 18 Şubat tarihli tutuklama müzekkeresinde imza bulunmadığını ve müzekkerede hatalı olarak 18 Mart 1983 tarihi yazıldığı için hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Üst Mahkeme, yerel mahkemenin tutuklamayı onaylama kararını iptal etmiş, fakat tutuklama kararının yürürlükte kalmasına karar vermiştir. Üst Mahkeme, başvurunun hileli iflas kastının bulunduğunu gösteren önceki ikrarlarına ve hazırlık soruşturmasındaki raporlara dayanarak bir suç işlendiğinden kuşku duymak için yeterli delil, soruşturma gereği ve adaletten kaçma riski bulunduğunu belirtmiştir. Üst Mahkeme, tutuklama müzekkeresinin hukuka aykırılığı itirazıyla ilgili, başvurucuya verilen kopyada orijinal müzekkerede soruşturma yargıcının kimliğinin yazılı olduğunu ve bu kopyanın kendisi tarafından imzalandığını kaydetmiş, başvurucuya verilen kopyada 18 Şubat 1983 yerine 18 Mart 1983 yazılmış olmasının hiçbir sonuç doğurmayan bir yazım hatasından ibaret olduğunu, tutuklamayı keyfi bir tutuklama durumuna sokmadığını ve savunmanın haklarına zarar vermediğini belirtmiştir.

Başvurucu, 11 Mart 1983'te bu karara karşı Temyiz Mahkemesi'ne başvurarak üç noktadan temyizde bulunmuştur. Başvurucu, kendisine tebliğ edilen tutuklama müzekkeresinin imzasız ve yanlış tarihi gösterdiği için şekil şartlarına uymadığını; yerel mahkeme kararının belirsiz ve çelişkili olduğunu; yerel mahkeme kararının polis raporlarına dayandığını oysa kendisinin bu raporları görmediği için savunma yapamadığını ileri sürmüştür. Temyiz Mahkemesi, 4 Mayıs 1983'te bu başvuruyu reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, birinci temyiz sebebiyle ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunundaki tutuklama müzekkeresinin tebliğiyle ilgili şekil şartlarının zorunlu olmadığını ve bunlara uyulmamasının tutuklamayı hükümsüz kılmadığını kaydetmiştir. Temyiz Mahkemesi, müzekkerede imza bulunmaması ve tarihteki hata ile ilgili olarak savunma haklarının ve kişi özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Temyiz Mahkemesi, ikinci temyiz sebebiyle ilgili olarak, aleyhine başvuru kararında gösterilen gerekçelerin belirsiz veya çelişkili olmadığını, çünkü söz konusu kararın sadece 292 ve 317 sayılı raporlarda sözü edilen usulsüz muamelelere ilişkin başvurunun ikrarına değil, fakat aynı zamanda çok büyük bir miktarın söz konusu olması, soruşturma gereği bulunması ve sanığın adaletten kaçmaya çalışma riski bulunmasına da dayandığını belirtmiştir. Bütün bunlardan, kamu düzenini etkileyen ciddi ve istisnai nitelikte koşulların bulunduğu sonucunu çıkarmıştır. Temyiz Mahkemesi, üçüncü temyiz sebebiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinin dava mahkemesi önündeki yargılama sırasında savunma haklarının kullanılmasyla ilgili olduğunu ve tutuklama konusunda uygulanan usulle ilgili olmadığını belirtmiştir. Ayrıca 1874 tarihli Yasa, muhakemenin bu aşamasında dosyanın sanığa veya avukatına iletilmesini engellemektedir; bu, yasanın 5. maddesinin son fıkrasıyla birlikte ele alınan 4. maddesinden anlaşılmalıdır. Buna göre, 'dosyanın iletilmemiş olmasından, savunma haklarının ihlal edildiği sonucu' çıkarılamaz.

Daha sonra Yerel Mahkeme, başvurucunun tutukluluğunu her ay inceleyip gerekçeli tutuklamanın devamına karar vermiştir. 18 Ağustos 1983'te yerel mahkeme, soruşturma gereğinin sanığın salıverilmesini artık engellemediğini belirterek salıverilmesine karar vermiştir. 28 Mart 1986'da başvurucu ve suç ortakları aleyhinde ceza davası açılmıştır. Ceza Mahkemesi, 12 Kasım 1987'de başvurucuyu 3 yıl hapis cezasına mahkûm etmiş,, tutuklulukta geçen süreyi hapis cezasından indirmiş, kalan süreyi ertelemiştir.

Başvurucu Lamy, 20 Haziran 1983 tarihinde Komisyon'a yaptığı başvuruda, ilk tutuklama kararının ilk derece mahkemesi tarafından onaylanırken ve bu karara karşı Üst Mahkeme'ye başvururken, kendisinin veya avukatının soruşturma dosyasını göremediklerinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, Sözleşme'nin diğer maddelerinin yanında 5(2), (3) ve (4). fıkralarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

“27. Başvurucu, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia etmiştir.

Başvurucuya göre, tutukluluğun hukukilik denetimi, objektif ve çekişmeli bir yargılamayla yapılmalıydı. Oysa bütün bunların, soruşturma yargıcının ve savcının dosyanın tamamı hakkında bilgi sahibi olarak görüşlerini ileri sürdükleri halde; savunma tarafının, sadece tutuklama müzakeresindeki muğlak isnatlara dayanarak savunmasını yaptığı bir olayda bulunduğu düşünülemez.

Ayrıca, sözde yapılan yargılamada, silahlarda eşitlik gerçek anlamda sağlanmamıştır. Bay Lamy, kendisine isnadları okuyan soruşturma yargıcının kısa bir sorgusundan sonra, imzasız ve yanlış tarih taşıyan tutuklama müzakeresinin bir kopyasını almıştır. Cezaevinde tutulduğu ilk otuz gün boyunca, soruşturma dosyasını görmesine izin verilmemiştir. Daha sonra ise, kendisi değil ancak avukatı dosyayı görebilmiştir; fakat o da, sadece chambre du conseil önüne her bir çıkıştan önce kırk sekiz saat kadar süreyle görebilmiştir.

Son olarak başvurucu kendi ifadelerinin, chambre du conseil tarafından hiç dikkate alınmadığını iddia etmiştir. Başvurucu aynı eleştirileri, basmakalıp sözlerin (stereotyped phrases) ardına sığındığını söylediği Ceza Mahkemesi için de yapmıştır. Ceza Mahkemesi tutuklama müzakeresini, kendisinin “ikrarları” (confession) ile 292 ve 317 sayılı polis raporlarına dayanarak onaylamıştır. Ancak ortada ikrar mevcut olmayıp, özellikle Bay Lamy, polis raporlarının sadece numaralarının belirtilmiş olmasından raporların içeriğini anlayamayacağından, bu raporlar da suçun varlığını göstermemiştir. Başvurucu, biri yedi sayfalık ve diğeri yirmi bir sayfalık iki savunma dilekçesi yazmış olduğunu kabul etmekle birlikte, savunmasını yeterince hazırlayamadığından ve söz konusu polis raporlarını incelemesine izin verilmemiş olmasından şikâyetçi olmuştur.

28. Hükümete göre ise, tutukluluğun ilk otuz gününde dosyanın savunma tarafına açık olmamasının nedeni, soruşturma yargıcının dosyayı henüz açmış olması ve el konulan belgeler, tanık ifadeleri, arama tutanakları, uzman ifadesi gibi, her gün dosyaya yeni bir materyal ekleyecek olmasıdır. Soruşturma yargıcı, dosyanın sanığa veya avukatına açık tutulması için, sürekli olarak yazı işlerinde bulundurulmasını sağlayamaz.

Bu noktanın dışında Bay Lamy, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin özellikle 21 Ekim 1986 tarihli Sanchez-Reisse kararında ve 2 Mart 1987 tarihli Weeks kararında getirdiği kriterlere uygun bir çekişmeli yargılamadan yararlanmıştı.

İlk olarak, aleyhindeki deliller kendisine bildirilmiştir. Soruşturma yargıcı tarafından 18 Şubat 1983'te sorgulandıktan sonra, aynı gün, tutuklanma gerekçelerinin uzun uza-dıya belirtildiği tutuklama müzakeresinin bir kopyasını almıştır. İlk kez chambre du conseil'in önüne çıkarıldığında, soruşturma yargıcının raporunu ve savcının iddialarını dinlemiştir. 292 ve 317 sayılı polis raporlarının içeriği hakkında tam olarak bilgilendiril-miş, bu da kendisinin savunmasını hazırlamasına yardımcı olmuştur.

İkinci olarak, Bay Lamy yargısal sürece yeterince katılabilmektedir. Kendisi veya avukatı, hem yazılı hem de sözlü olarak salıverilmesinin lehine olan argümanları ileri sürmüş-lerdir. Kendisi biri yedi sayfalık, diğeri yirmi bir sayfalık iki dilekçe vermiş, Belçika mahkemeleri de yapmak zorunda oldukları şekilde, bunlar hakkında karar vermişlerdir; aksi taktirde verdikleri kararlar, üst başvuru üzerine bozulabilir veya kaldırılabilir. Tutuklama müzakeresi yenilenirken, kendisi hazır bulunmuştur. Başvurucunun avukatı, tutukluluğun birinci ayının sonunda dosyaya ulaştığı zaman, dosyadan yeni bir argüman çıkaramamıştır.

Hükümetin daha genel bir iddiasına göre, yargılamanın çekişmeli yapılması gereği, oluşturulmakta olan bir dosyanın tamamının ulaştırılabilir hale getirilmesini kapsamaz; Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri, daha dar olan 5(4). fıkrasıyla aynı değildir. Mahkeme'nin silahlarda eşitlik ilkesinin salıverilme başvurularının incelenmesinde de geçerli olduğuna hükmetmesi, şikâyet konusu mevzuatla ve diğer Sözleşmeciler Devletlerin mevzuatıyla yürütülen ve soruşturmanın gizliliğine ve tahkikata dayanan bir sistemi mahkûm etmek anlamına gelecektir. Bu durumda Belçika iki seçenekle karşı karşıya ka-lacaktır: chambre du conseil önüne çıkmak için mevcut bekleme süresini korumak, ki bu durumda bütün belgelerin fotokopisini çekmek gerekecek ve bu uygulamada mümkün olmayacaktır veya dosyanın yazı işlerine verilebilmesi için bekleme süresini uzatmak.

29. Komisyon gibi Mahkeme de, yargı organları tarafından yorumlanan mevzuat gere-ğince, başvurunun avukatının tutukluluğun ilk otuz gününde dosyadaki herhangi bir belgeyi, özellikle de soruşturma yargıcı ve Verviers polisi tarafından hazırlanan raporları inceleyemediğini kaydeder. Bu durum, özellikle başvurunun tutuklama müzakeresi-nin onaylanması hakkında karar verecek olan chambre du conseil önüne ilk kez çıkarken böyledir (bk. yukarıda parag. 10-11). Başvurucunun avukatı, savcının bu belgelere da-yandırdığı sözlerine veya görüşlerine etkili bir şekilde itiraz etme imkânı bulamamıştır.

Ulusal mahkemenin tutukluluğun devamına veya salıvermeye karar vermek durumunda olduğu muhakemenin bu çok önemli aşamasında, başvurunun bu belgelere ulaşabilme-si çok büyük bir önem taşımaktadır. Bu belgelere ulaşmak, bay Lamy'nin avukatına, suç ortaklarının ifadeleri ve tutumları hakkında mahkemeye görüş bildirme imkânı verecekti (bk. yukarıda parag. 18). O halde Mahkeme'ye göre, tutuklama müzakeresinin hukuki-liğine etkili bir şekilde itiraz edebilmek için söz konusu belgeleri incelemek büyük önem taşımaktadır.

Bir tutukluluğun sürdürülmesi gereğini değerlendirme ile daha sonra suçun takdiri, bi-rincisinde hukuken reddedilen ikincisinde ise hukuken gerekli olan belgelere ulaşmak bakımından birbirleriyle yakından bağlantılıdır.

Savcı dosyanın tamamına hakim olduğu halde uygulanan usul, başvuruca, tutuklulu-ğun devamını haklı göstermek için dayanılan gerekçelere gereği gibi itiraz etme imkânı vermemiştir. Bu usul, silahlarda eşitliği sağlamadığından, tamamıyla çekişmeli bir usul değildir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 21.10.1986 tarihli Sanchez-Reisse kara-rı, parag. 51).

O halde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlali iddiası

30. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Bay Lamy adli soruşturmanın, SPRL Lamy şirketi kayımları (administrators) tarafından hazırlanan taraflı (tendentious) bir rapor üzerine başladığını, fakat kendisinin bu rapor hakkında bilgi sahip olmadığını iddia etmiştir. Bu durumda, etkili ve yararlı olacak bir savunma hazırlayamamış ve chambre du conseil'e sunamamıştır.

31. Hükümet, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının sadece, bir sanığa hakkındaki isnadların bildirilmesini kapsadığını belirtmiştir.

Bu bilginin, yapılacak savunma üzerindeki etkisi, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına giren bir konu olup, bu hüküm açısından ele alınmalıdır.

Bilginin ne şekilde verileceği, Sözleşme organlarının içtihatlarında açık olup, sözlü veya yazılı olarak verilebilir. Buna göre, incelenmek üzere dosyayı verme yükümlülüğü yoktur. Dahası, 18 Şubat 1983 tarihli duruşma tutanağı, Bay Lamy'nin bazı isnadları kabul ettiğini göstermektedir. Başvurucu, bu belgeyi imzalayıp bir kopyasını da aldığından, tutuklanma sebeplerini bilmediğini iddia edemez. O halde, soruşturma yargıcının yaptığı sorgu, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının gereklerini yeterince yerine getirmiştir.

32. Mahkeme, başvurunun iddialarının temelden yoksun olduğunu düşünmektedir. Mahkeme, başvurunun soruşturma yargıcı tarafından sorgulanmasından ayrı olarak, Bay Lamy tutuklandığı gün, kendisine tutuklama müzekkeresinin bir kopyası verilmiştir. Bu belgede, sadece kendisinin özgürlükten yoksun bırakma gerekçeleri değil, ama aynı zamanda hakkındaki isnadların ayrıntıları da yer almıştır (bk. yukarıda parag. 9). Buna göre Sözleşme'nin 5(2). fıkrası ihlal edilmemiştir.

III. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

33. Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalinden de şikâyetçi olmuştur.

Başvurucuya göre bu fıkra, tutukluluk muhakemesinin önemini ima etmektedir. Oysa kendisinin savunmaları, ne chambre du conseil ve ne de Ceza Mahkemesi tarafından dikkate alınmıştır.

34. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır. Hükümet Sözleşme'nin ve özellikle 5(3). fıkrasının, sanığın savunmaları hakkında bir görüş belirtme veya daha genel olarak bir karara gerekçe gösterme yükümlülüğü içermediğini söylemiştir. Hükümet ayrıca, Ceza Mahkemesinin, Bay Lamy'nin savunmaları hakkında bir görüş belirtmeyen chambre du conseil'in kararını kaldırdığına işaret etmiştir. Böylece başvuru, Belçika hukukunun ve Belçika mahkemelerin kendisine tanıdığı hukuk yolunu kullanarak olumlu sonuç almıştır. Bu nedenle, başvurunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına dayanması için bir sebep yoktur.

35. Mahkeme, Verviers'teki soruşturma yargıcının, Lamy'yi sorguladığı gün gerekçeleri gösteren bir tutuklama müzekkeresi verdiğini ve chambre du conseil'in bu tutuklamayı onayladığını ve aynı şekilde bundan sonraki kararlarında da gerekçe gösterdiğini (bk. yukarıda parag. 9, 16 ve 32) kaydeder.

Ayrıca tutukluluğun, davaya sevkten ve daha sonra verilen mahkûmiyet kararından çok önce sona erdiği de kaydedilmelidir.

O halde uygulanan usul, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gereklerine uygundur.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
2. Sözleşme'nin 5(2) ve 5(3). fıkralarının ihlal edilmediğine;
3. Sözleşme'nin 6(3)(b) bendi bakımından olayı incelemenin gerekli olmadığına;
4. Belçika'nın başvurucuya, ücretler ve masraflar için 100,000 Belçika Frangı ödemesine;
5. Adil karşılıkla ilgili diğer taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

23.10.1990 12794/87 HUBER - İSVİÇRE

◆ *tutuklama usulü* (tutuklama kararı veren savcının daha sonra soruşturmayı yürütüp ve iddianameyi hazırlayıp duruşmaya çıkabilmesi nedeniyle savcının tarafsızlığının kuşkuya açık olması) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı

DAVANIN ESASI

Zürih savcılarında Bay J., başvuru Bayan Huber'in tanık olarak dinlenmesi amacıyla 10 Ağustos 1983'te savcılığa getirilmesi için polise talimat vermiştir. Savcı J., fahişeleri pazarlamakta olduklarından kuşku olduğu Hamburg'dan Bay K ve Zürih'ten Bay B. hakkında yaptığı soruşturmaya bağlantılı olarak başvuru dinlenmek istemiştir. Başvuru hakkında tanık davetiyesi çıkarılmadığı halde, polis başvuru 11 Ağustos 1983 günü savcılığa getirmiştir.

Başvuru, savcı J.'ye verdiği ifadede kendisinin fahişelikle geçindiğini, ancak K. ve B.'yi sadece ismen bildiğini, kendi kazancından onlara para vermediğini söylemiştir. Savcı J., ifadenin sonunda yalan tanıklık yapmak suçundan kuşku olduğu için başvuru tutuklanmasına karar vermiştir. Bu tutuklama kararına göre, kendilerine 'Cennetin Melekleri' adını veren ve Zürih ve Hamburg'da yaşayan bir grup kişi, Alman fahişelerini Zürih'e getirmekte, İsviçre vatandaşları ile evlenen bazı fahişelerden bu iş için para almaktadırlar. Bu kadınlar daha sonra 'Cennetin Melekleri'nin koruyuculuğu altında şantaj ve tehditle fahişelik yapmaya zorlanmakta ve kendilerinden para sızdırılmaktadır. Savcı J.'ye göre, başvuru Bayan Huber'in bu kadınlardan biri olduğundan kuşku için kuvvetli belirtiler bulunmaktadır. Yine savcıya göre, başvuru tanık olarak dinlendiği sırada 'Cennetin Melekleri' adlı kişilerle herhangi bir ilişkisi bulunmadığını söylemiş ise de bunun pek mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Başvuru hakkında verilen tutuklama kararı, başvuru diğer şüphelilerle işbirliği yapma ve delilleri karartma riskinin varlığına dayandırılmıştır. Başvuru bu karar aleyhine 48 saat içinde Zürih Savcılığı'na itirazda bulunabileceği belirtilmiştir. Başvuru 19 Ağustos 1983'te salıverilmiştir.

Savcı J., 12 Ekim 1984 tarihinde Zürih Ceza Mahkemesi'ne başvuru hakkında yalnızca tanıklıktan ve başka suçlar işlemekten ceza davası açmış ve başvuru 5 bin Frank para cezasına mahkûm edilmesini istemiştir. Savcının katılmadığı 10 Ocak 1985'te başlayan duruşmada başvuru avukatı, olayda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırılık bulunduğunu, çünkü müvekkilinin üçüncü fıkra öngörülen bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğini, müvekkili hakkında tutuklama kararı veren savcı J.'nin yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli olmadığını, savcı J.'nin şimdi iddia makamı olarak bu davada yer aldığını belirtmiştir. Ceza mahkemesi 10 Ocak 1985'te, başvuru geçerli bir tanık davetiyesi olmaksızın tanık olarak dinlendiği ve bu nedenle verdiği ifadenin hukuki ve geçerli olmadığı gerekçesiyle beraatine karar vermiştir. Kararda başvuru avukatının ileri sürdüğü savlara yer verilmemiştir.

Savcılığın itirazı üzerine davaya bakan Üst Mahkeme, başvuruçunun verdiği ifadenin hukuka aykırı olmadığını ve bu ifadeye delil olarak dayanılabileceğini, ayrıca başvuruçunun Bay K ile yaptığı telefon görüşmelerinin Alman makamları tarafından dinlenmesi ve görüşme tutanaklarının mahkemeye sunulması üzerine başvuruçunun Bay K. ve B.'yi tanıdığı sonucuna varılabileceği gerekçesiyle, başvuruçuyu 4 bin Frank para cezasına mahkûm etmiştir. Üst Mahkeme, başvuruçunun avukatı tarafından Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırılık bulunduğu itirazı hakkında ise, Federal Mahkeme kararlarına dayanarak, savcının soruşturma aşamasında yargısal yetkiler kullanan bir görevli olduğunu belirtmiş ve bu konudaki itirazı reddetmiştir.

Bu konuda Temyiz Mahkemesi'ne ve Federal Mahkeme'ye yapılan başvurular sonuç vermemiştir. Federal Mahkeme 24 Kasım 1986'da verdiği kararda, hem Federal Mahkemenin ve hem de Strasburg Mahkemesi'nin 4 Aralık 1979 tarihli Schiesser kararında Zürih savcısının 'yargılama yetkisine sahip bir görevli' olduğunun kabul edildiğini belirtmiştir.

Başvuruçucu, 27 Şubat 1987'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda Sözleşme'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[37-43]: Mahkeme'ye göre bu olayda incelenmesi gereken tek sorun, tutuklama kararı verdiği sırada savcının tarafsız olup olmadığıdır.

Savcı, yürütme organına karşı bağımsız olduğu ve tutuklama kararını başvuruçunun lehine ve aleyhine olan delilleri birlikte değerlendirerek karar verdiği halde, savcı J., bu olaya soruşturma aşamasına katılmış, önce başvuruçunun tutuklanmasına karar verip daha sonra soruşturmayı yürütüp, on dört ay sonra iddianameyi hazırlayan savcı olarak görev almıştır. Savcı J., Zürih mahkemesi önüne duruşma savcısı olarak çıkmadığı halde, yasa-göre kendisi duruşma savcısı olarak çıkabilir.

Mahkeme *Schiesser* kararından sonra Hollanda ile ilgili olarak verdiği birkaç kararında, başvuruçuların tutuklanmalarına karar veren auditeur-militair'in aynı olayda daha sonra savcı olarak görev yapabileceği ihtimallerini göz önünde tutup, sonradan savcı konumuna girebilecek olan görevlinin ilk aşamadaki işlemleri sırasında taraflardan bağımsız sayılamayacağını kabul etmiştir. Mahkeme bu içtihadından, sivil ceza muhakemesi konusunda ayrılmak için bir sebep bulunmadığını düşünmektedir.

Sözleşme, tutuklama kararı veren yargısal görevlinin başka görevlerde bulunması konusunda açık bir hüküm getirmediği halde, bu durumdaki bir kişinin tarafsızlığı kuşkuya açıktır. Bu olayda da durum böyledir. Olayda derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır.

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi tazminat talebinin reddine, ihlal tespitinin manevi zararı karşılığında, ücretler ve masraflar için 4,492 Frank ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı yirmi bir oyla, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
2. Davalı devletin başvuruçuya 4,492 İsviçre Frangı ödemesine;
3. Adil karşılıkla ilgili diğer taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

27.11.1991 12325/86 KEMMACHE - FRANSA (No. 1 ve No. 2) (Esas hk)

◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (yurda sahte para sokma ve kullanma suçu işlediği şüphesiyle birlikte isnat edilen suçların ağırlığı ve alınabilecek cezanın yüksekliği, kamu düzenini bozulma riski, tanıklara ve suç ortaklarına baskı riski ve kaçma riski bulunduğu gerekçesiyle 2 yıl dokuz ay süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (8 yıl altı ay süren temyiz mahkemesi önündeki yargılama) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Michel Kemmache bir Fransız vatandaşıdır. Daha önceleri kumar kulüpleri, otel ve restoranları bulunan bazı şirketlerin ortaklarından olan başvurucunun geçmişte beş yıl hapis cezası aldığı üç mahkûmiyeti bulunmaktadır. 6 Temmuz 1981'de Bay Klaushofer ile Bay Ceccio, Nice Havaalanı'ndaki bir bankada sahte 100 ABD Dolarını bozdurmak isterken yakalanmışlardır. Yanlarındaki çantada 4,500 tane sahte 100'lük ABD Doları bulunmuştur. Bu iki adam, Fransa'ya sahte para sokma ve kullanma suçundan tutuklanmışlardır. Yapılan soruşturma yetkilileri başvurucuya ve Bay Hernandez'e götürmüştür.

Birinci tutuklama (16 Şubat - 29 Mart 1983): Başvurucu 16 Şubat 1983'te aynı suçlardan tutuklanmıştır. Başvurucunun birinci salıverilme talebi, 25 Şubat 1983'te soruşturma yargıcı tarafından reddedilmiştir. Başvurucu, 500,000 Fransız Frangı teminat yatırması ve adli kontrol altında tutulması şartıyla 29 Mart 1983 tarihinde salıverilmiştir.

İkinci tutuklama (22 Mart 1984 – 19 Aralık 1986): Başvurucu hakkında 22 Mart 1984 tarihinde çıkarılan yakalama emri üzerine başvuru Fransa ile Monako sınırında yakalanmıştır. Başvurucu, 26 Mart 1984'te yargıç önüne çıkarılmış ve tutuklanmıştır. Bu yargıç, tutuklanan bir kişinin ifadesinden başvurucunun tanıklara baskı yapabileceğinin anlaşıldığını ve başvurucunun 20 Mart tarihli duruşmaya gelmediğini belirtmiştir. Bunun üzerine başvuru, çok sayıda salıverilme talebinde bulunmuş, bu taleplerinde masum olduğunu, ikinci tutuklamayı gerektirecek yeni bir olgu bulunmadığını, yargılamadan kaçmadığını, işi gereği kaçmamak zorunda olduğunu, yaptığı trafik kazası nedeniyle 20 Mart tarihindeki mahkemenin davetine gelemediğini belirtmiş ve mahkemenin belirleyeceği teminat miktarını yatırmaya hazır olduğunu söylemiştir. Ulusal mahkemeler, başvurucunun yeniden mahkeme önüne geleceği konusunda güvence bulunmadığını, başvurucunun adli kontrolden doğan yükümlülüklerinden kaçmaya çalıştığını ve tanıklara baskı yapma riski bulunduğunu belirterek, salıverme taleplerini reddetmişlerdir. 8 Aralık 1986 tarihinde başvurucunun adli kontrole tabi tutulma şartıyla salıverilmesine karar verilmiştir. Salıverme kararı, soruşturmanın sonuçlanmış olmasına, suç ortaklarının yabancı ülkelere geri verilmiş olmalarına ve yargılamanın ağır ceza mahkemesinde uzun bir süre süreceği olmasına dayandırılmıştır. Ayrıca başvurucunun 300,000 Frank teminat yatırması istenmiştir. Başvurucu 19 Aralık 1986'da salıverilmiştir.

Üçüncü tutuklama (11 Haziran – 10 Ağustos 1984): Başvurucu üçüncü kez 11 Haziran – 10 Ağustos 1990 tarihleri arasında tutuklu kalmıştır. Başvurucunun, 12, 13 ve 14 Haziran 1990 tarihleri arasında ağır ceza mahkemesindeki duruşmada hazır bulunması istenmiştir. Başvurucu kural gereği, bir gün önceden, 11 Haziran'da cezaevine gidip duruşmaya çıkarılmak üzere teslim olmuştur. 12 Haziran 1990'da ağır ceza mahkemesi duruşmayı ileri bir tarihe ertelemiş, ancak başvurucunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Başvurucu hemen salıverilme taleplerinde bulunmuştur. Ceza mahkemesi 4 Temmuz 1990'da başvurucunun adli kontrol altında salıverilmesine ve teminat olarak 800,000 Frank yatırmasına karar vermiş, 26 Temmuz'da bu teminatın 8 eşit taksitte yatırılacağına karar vermiştir. Başvurucu, 4 Temmuz 1990 tarihli karara itiraz etmiş ve ceza

mahkemesinin kendisini hatalı olarak adli kontrol altında tutma kararı verdiğini söylemiş, ayrıca Sözleşme'nin 5(1), (3) ve (4). fıkralarına dayanmıştır. Başvurucunun bu itirazı daha sonra reddedilmiş, ancak başvuru teminatın ilk taksitini 10 Ağustos 1990'da yatırmış ve salıverilmiştir. Başvurucu, ikinci taksidi yatıramayacağını belirterek cezaevine girmeye hazır olduğunu savcılığa bildirmiştir. Öte yandan başvuru teminatın kaldırılması yolundaki başvuruları da reddedilmiştir.

Dördüncü tutuklama (14 Mart 1991 – 25 Nisan 1991: Başvurucu, Lyon Üst Mahkemesi'nin 13 Ağustos 1985 tarihli yakalama emri gereğince 14 Mart 1991 tarihinde yeniden tutuklanmıştır. Başvurucu, bu mahkeme tarafından 25 Nisan 1991'de 11 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Başvurucu 1 Ağustos 1986 ve 28 Nisan 1989 tarihlerinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak Sözleşme'deki kişi özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

A. Dikkate alınacak süre

İlk tutukluluk altı hafta, ikinci tutukluluk 2 yıl dokuz ay sürmüştür.

B. İki tutukluluk döneminin uzunluğunun makullüğü

Birinci tutukluluk dönemi bakımından, ilk soruşturma sırasında başvuru altı hafta süren tutukluluğu, isnat edilen suçların niteliği ve soruşturmanın gerekliliği nedeniyle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkını ihlal etmemiştir.

[48-57]: Ancak başvuru hakkında ceza soruşturmasının açılmasından sonra 2 yıl dokuz ay süren tutukluluk bakımından ulusal mahkemeler dört tür sebep göstermişlerdir:

a) *İsnat edilen suçların ağırlığı ve alınabilecek cezanın yüksekliği*: Mahkeme'ye göre, sanık hakkında suç işlediğine dair ciddi belirtilerin bulunması ilgili bir faktör olmakla birlikte, bu sebep tek başına bu kadar uzun bir süre devam eden tutukluluğu haklı göstermez.

b) *kamu düzeninin gerekleri*: Mahkeme'ye göre, istisnai durumlarda kamu düzeninin bozulması tutuklama için yeterli sebep olabilir. Ancak bu tutuklama sebebi sanığın salıverilmesi durumunda kamu düzeninin fiilen bozulacağını gösteren olayların bulunması halinde haklı görülebilir. Bu sebebe dayanan tutuklama, sadece kamu düzeninin gerçekten tehdit altında bulunduğu sürece devam edebilir; sanığın ceza alabileceği beklentisi bu sebeple tutuklamanın sürmesi için yeterli değildir. Mevcut olayda bu koşullar bulunmamaktadır. Bazı mahkemeler, sadece soyut bir bakış açısıyla isnat edilen suçların ağırlığını dikkate alarak tutukluluğun devamına karar vermişlerdir; diğerleri, özel şahısların, işadamlarının, bankerlerin ve diğer bazı kişilerin paraya ilişkin güven duygularının sarsılmış olmasına, dolayısıyla iddia edilen suçun etkilerine gönderme yapmışlardır.

c) *Tanıklara ve suç ortaklarına baskı riski*: Tanıklara veya suç ortaklarına baskı yapma riski tutuklamayı haklı kılabilir. Ancak bu sebebe dayanan tutuklama sadece bu riskin gerçekten var olduğunun gösterilmesi halinde haklı görülebilir ve soruşturma aşamasından sonra bu tür bir risk ortadan kalktığı için, bu sebebe dayanan tutuklama geçerliliğini yitirir. Mevcut olayda 22 Mart 1984 tarihinde başlayan ikinci tutuklama asıl suç için verilmiştir. Bu suçun soruşturulması 29 Haziran 1984 tarihinde sona ermiştir. Dolayısıyla bu tarihte söz konusu riskin ortadan kalktığı ve tutuklamaya hizmet etmediği sonucuna varılabilir.

d) *Kaçma riski*: Mahkeme'ye göre sanığın kaçma riski tutuklamayı haklı kılabılır. Ancak mahkemenin bunu gerçek bir tehlike olarak görmemesi halinde sanığı salıvermesi gerekir. Mevcut olayda mahkemeler başvurunun 20 Mart günü mahkemeye gelmemesi nedeniyle kaçma riski bulunduğuna dayanmışlardır. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin kaçma riski bulunduğuna inanmaları için bir sebep vardır. Ancak ulusal mahkemeler 18 Nisan 1986'dan sonra böyle bir riskin varlığına dayanmamışlardır. Dolayısıyla en azından bu tarihten sonra tutukluluk bu sebebe dayanamaz.

e) *Sonuç*: Olayda ilk iki şart bulunmadığı gibi üçüncü ve dördüncü şartlar da belirli bir süre sonra ortadan kalkmıştır. Mahkeme'ye göre 19 Aralık 1986 tarihinden itibaren süren tutukluluk nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[58-61]: Yargılama süresinin makullüğü hakkında davanın özel şartlarına ve davanın karmaşıklığına, başvurunun tutumuna ve yetkili makamların tavrına bakılarak karar verilebilir. Olaydaki yargılama süresi sekiz buçuk yıldan fazla sürmüştür. Olay karmaşık değildir; başvurunun geciktirici tutumuna atfedilebilecek süre çıkarıldığında davanın uzamasına şerik sanıkların başka bir ülkede tutulmuş olmaları gösterilmiştir. Ancak yetkili makamlar davayı ayırıp başvuru hakkında karar verebilirlerdi. Mahkeme yargılama süresinin aşırı uzun olduğu ve Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ile 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine;

2. Adil karşılık sorununun saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

26.01.1993 14379/88 W. - İSVİÇRE

◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (dolandırıcılık suçları işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski ve delilleri karartma riski bulunduğu gerekçesiyle 4 yıl üç gün süren tutukluluk, tutuklu işe özel özen gösterme yükümlülüğü) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuru Bay W. İsviçre vatandaşı olan bir işadamdır. Başvuru, 60 şirketin yönetimi sırasında dolandırıcılık yaptığı gerekçesiyle ekonomik suçlardan 11 kişiyle birlikte soruşturmaya tabi tutulmuş ve 27 Mart 1985 tarihinde altı suç ortağı ile birlikte gözaltına alınmıştır. Başvuru, kaçma riski, delilleri karartma riski, hile yapma riski ve suçta tekerür riski bulunduğu gerekçesiyle aynı gün tutuklanmıştır. Başvuru tutuklu kaldığı süre içinde sekiz kez salıverilme talebinde bulunmuş, ancak talepleri reddedilmiştir. Başvuru 30 Mart 1989 tarihinde 11 yıl hapis cezasına mahkûm olmuştur. Böylece başvuru 1,465 gün yani dört yıl üç gün tutuklu kalmış, bu tutukluluk süresi cezasından indirilmiştir.

Başvuru, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki makul sürede salıverilme hakkını ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[31-42]: Tutuklulukta geçen dönem, başvurunun gözaltına alındığı tarihte başlayıp, ilk

derece mahkemesi tarafından mahkûm edildiği tarihe kadar sürmüştür. Bu dönem, toplam 4 yıl üç gündür. Komisyon, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının azami bir süre öngördüğünü ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme'ye göre, tutukluluk süresinin makullüğü soyut olarak değerlendirilemez. Tutukluluk süresi, her bir olayın özel şartlarına göre değerlendirilmiştir. Belirli bir olayda tutukluluğun devamı, masumluk karinesine rağmen, kişi özgürlüğü karşısında kamu yararı bakımından ağır basan şartların bulunması halinde haklı görülebilir. Belirli bir olayda böyle bir gereğin bulunup bulunmadığını tespit etmek, ilk önce salıverilme talepleri hakkında karar veren ulusal yargı yerlerinin görevidir. Ulusal yargı yerlerinin bu konuda verdikleri kararlarda gösterdikleri gerekçeler ile başvuruçunun salıverilme taleplerinde gösterdikleri sebepler, Mahkeme'nin 5(3). fıkrası bakımından yapacağı incelemenin dayanağını oluşturur. Tutuklunun bir suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) şarttır. Ancak belirli bir süre geçtikten sonra bu şartın bulunması yeterli değildir. Mahkeme, ulusal yargı yerlerinin tutukluluğun devamı için gösterdikleri diğer gerekçelerin tutukluluğu haklı gösterip göstermediğine bakacaktır. Ulusal yargı yerlerinin tutukluluğun devamına ilişkin gösterdikleri gerekçeler 'ilgili' ve 'yeterli' olduğu takdirde, Mahkeme yetkili ulusal makamların yargılama sırasında 'tutuklu işe özel olarak özen' gösterip göstermediklerini de tespit edecektir.

A. Tutukluluğun devamı sebepleri

1. Kaçma riski

Bir olayda tutukluluğun devamı için ulusal yargı yerlerinin ek sebep olarak gösterdikleri kaçma riskinin varlığı, sadece sanığa verilebilecek olan muhtemel cezaya dayanılarak değil, ama kaçma riskinin varlığını teyit eden diğer faktörlere dayanılarak değerlendirilmelidir. Bu konuda inceleme yaparken, sanığın kişiliğine, ahlaki durumuna, mal varlığına, soruşturmaya uğradığı devletteki bağlantılarına ve uluslararası ilişkilerine bakılması gerekir. Tutukluluk süresi arttıkça kaçma riski azalır. Ancak mevcut olayda başvuruçunun tutukluluğun devamı boyunca kaçma riski bulunduğu dair İsviçre Federal Mahkemesi tarafından gösterilen gerekçeler yerindedir. Bu bağlamda özellikle soruşturma ilerledikçe, başvuruçunun daha ağır bir ceza alma ihtimalini yükselten yeni suçları ortaya çıkmıştır. Olayın şartları içinde başvuruçunun ulusal mahkemelere teklif ettiği teminat miktarı ve kaynağının belirsiz olması, kaçma riskini engellemeye uygun değildir.

2. Delilleri karartma riski

Bir olayda tutukluluğun devamı için ulusal mahkemelerin gösterdikleri 'delilleri karartma riski', sanığın soruşturmayı karmaşık duruma getirmesini önlemek için soruşturmanın başlangıcında gerekli olabilir, ancak soruşturmanın devam ediyor olması uzun dönemde tutukluluğu haklı kılmaz. Normal şartlarda soruşturma yapıldıkça ve ifadeler alındıkça ve doğrulamalar yapıldıkça, delilleri karartma riski ortadan kalkacaktır. Mevcut olayda başvuruçunun kişiliği, geçmişi ve diğer davalardaki tavrına bakarak, Federal Mahkeme'nin tutukluluğun devamına dair görüşünden farklı düşünmeyi gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır.

3. Suçta tekerrür riski

Bu olayda tutukluluğun devamına dair ulusal yargı yerlerinin gösterdikleri suçta tekerrür riski bakımından inceleme yapmak gerekli değildir.

4. Özet

Yukarıda söz edilen tehlikeler konuyla ilgili ve yeterlidir.

B. Muhakemenin yürütülüşü

Öte yandan başvurunun tutukluluğu konusunda ulusal yüksek mahkemeler tarafından sürekli denetim yapılması için yargılamada meydana gelen gecikme, kamu makamlarına atfedilemez. Tutuklu sanığın kendisiyle ilgili durumun süratle incelenmesini isteme hakkı var ise de, bu durumun mahkemelerin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerine engel olmaması gerekir. Olayda soruşturma makamlarının soruşturmayı gerekli süratle yapmadıkları bir dönem bulunmayıp, söz konusu gecikmeye personel veya ekipman yetersizliği de yol açmamıştır. Tutukluluk süresinin uzunluğu, esas itibarıyla, olayın karmaşıklığından ve başvurunun tutumundan kaynaklanmıştır. Başvurucu yetkili makamlarla işbirliği yapma yükümü altında olmamakla birlikte, soruşturmanın ilerlemesiyle ilgili tutumunun sonuçlarına katlanmak durumundadır.

C. Sonuç

Mahkeme sonuç olarak Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. BU GEREKÇELERLE MAHKEME, Dörde karşı beş oyla, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediğine KARAR VERMİŞTİR.

08.06.1995 16419/90 YAĞCI ve SARGIN - TÜRKİYE

- ◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (komünizm propagandası ve örgütlenmesi ile devlet başkalarına hakaret gibi suçları işlediği şüphesi ile birlikte isnat edilen suçun niteliği, delil durumu, kaçma riski gibi terimlerle gerekçesiz olarak tutuklama ve tutukluluğun devamına kararları verilerek 2 buçuk yıl süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (devlete karşı suçlardan 4 yıl 9 ay süren yargılama) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Nabi Yağcı, Türkiye İşçi Partisi'nin, başvuru Nihat Sargin ise Türkiye Komünist Partisi'nin genel sekreteridirler.

Başvurucular, Ekim 1987'de Brüksel'de yaptıkları bir basın toplantısında, Türkiye Birleşik Komünist Partisi'ni kurmak için Türkiye'ye dönme ve yasalara uygun olarak örgütlenme ve siyasal faaliyette bulunma niyetlerini açıklamışlardır. 16 Kasım 1987'de Ankara'ya gelen başvuruçular uçaktan indiklerinde hemen gözaltına alınmışlar, 5 Aralık 1987'de Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıcı tarafından dinlendikten sonra, suçluluğa ilişkin kuvvetli deliller bulunduğu gerekçesiyle tutuklanmışlardır.

Başvuruculara isnat edilen suçlar arasında, sosyal bir sınıfın diğer bir sosyal sınıf üzerinde hâkimiyetini kurmak amacıyla örgüt kurmak; Anayasa'da yer alan hakları ortadan kaldırmak amacıyla propaganda yapmak; halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanının ve Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmek (eski Türk Ceza Kanununun 140, 141/1, 142/1-6, 142/3-6, 158, 159, 311 ve 312. maddeleri) suçları bulunmaktadır. Bu suçlar aynı zamanda, Hükümet otoritesine karşı başkaldırı niteliğinde olduğu için ağır suçlar (cürümler) olarak kabul edilmişlerdir.

Başvurucular, 10 Aralık 1987'de tutuklamaya itirazda bulunmuşlar; DGM, 16 Aralık 1987'de itirazı reddetmiştir. Savcı, 11 Mart 1988'de Yağcı ve Sargin ile diğer 14 kişi aleyhine dava açmıştır. Duruşma, 8 Haziran 1988'de başlamış ve toplam 48 oturum yapılmıştır. Dava dosyası tam 40 klasörden oluşmuştur. Yargılama sırasında sanıklar, yetki alan 400 avukat tarafından savunulmuşlardır. İlk iki oturumda 229 sayfalık iddianame okunmuş, sonraki altı oturumda sanıklar sorgulanmıştır. Bu oturumlarda mahkeme, yar-

gılama süreci, dosyanın içeriği ve suçların niteliği gibi gerekçelerle tutukluluğun devamına karar vermiştir.

Başvurucular ilk kez 29 Ağustos 1988'de salıverilme talebinde bulunmuşlardır. Başvurucular gözaltı süresi dâhil, 9 buçuk aydan beri tutuklu olduklarını, isnat edilen suçların niteliği salıverilmeleri halinde kaçabilecekleri riskini doğursa da bu olayda bu riskin söz konusu olmadığını, çünkü partilerini yasallaştırmak amacıyla Türkiye'ye döndüklerini belirtmişlerdir. Ancak mahkeme, 5 Aralık 1987 tarihli tutuklama kararındaki nedenlerin geçerliliğini sürdürdüğü gerekçesiyle salıverilme taleplerini reddetmiştir.

21 Eylül 1988'de başvurucuların salıverilme talepleri de yine aynı gün mahkeme tarafından dosyanın içeriği, isnat edilen suçların niteliği ve daha önceki kararlarda yer alan diğer gerekçelerle reddedilmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi, 14 Ekim ve 4 Kasım 1988 tarihlerinde, yine dosya içeriğine dayanarak başvurucuların tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

2 Aralık 1988 tarihli duruşmada başvurucular bir komünist partinin kurulmasına izin verilmesi için mevzuatın değiştirilmesi taraftarı olan yargıçların ve üst düzey siyasi kişilerin beyanlarını vurgulayarak salıverilme talebinde bulunmuşlar, ancak mahkeme dosya içeriğini göz önüne alarak istemi reddetmiştir.

Yine başvurucuların 27 Ocak, 22 Şubat, 24 Mart, 21 Nisan ve 18 Mayıs 1989 tarihlerinde yaptıkları salıverilme başvuruları, aynı şekilde suçların niteliği, dosya içeriği, tutukluluk süresi ve delil durumunun değişmemesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Başvurucular, 3 Temmuz ve 2 Ağustos 1989 tarihlerinde mahkemenin sürekli aynı şekilde kararlar vermesini eleştirmişler ve kararların gerekçesinin çok daha açık olmasını talep etmişlerdir. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi ise, tutukluluk halinin kaldırılmasını gerektirecek bir değişikliğin olmadığına karar vermiştir.

18 Ekim 1989 tarihli duruşmada başvurucular mahkemenin tahliye istemini reddederken, birbirinin tekrarı niteliğindeki gerekçelerle kararlar vermesini eleştirmişlerdir. Buna karşın mahkeme, tutukluluk halinin devamına karar verirken bir kez daha suçların niteliğini ve dosyanın içeriğini gerekçe olarak göstermiştir. Nihayet başvurucular 4 Mayıs 1990 tarihinde, ülkeyi izinsiz terk etmemeleri koşuluyla salıverilmişlerdir.

12 Nisan 1991'de yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu'yla eski TCK 141 ve 142. maddelerinin kaldırılmasının ardından, bu maddelere ilişkin delillerin okunması bırakılmış, diğer suçlamalara ilişkin deliller okunmuş, savcı 26 Temmuz 1991'de esas hakkında mütalaasını vermiş, sanıklar 9 ve 26 Ağustos 1991'de savunmalarını yapmışlardır. Ankara DGM, 9 Ekim 1991'de eski 311 ve 312. maddeler ile yürürlükten kaldırılmış olan 140, 141 ve 142. maddelerden başvurucuların beraatlarına karar vermiş, Hükümeti tahkir ve tezyif suçlarından görevsizlik kararı vererek dosyayı Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne göndermiştir. Bu mahkeme de 9 Temmuz 1992'de sanıklar hakkında beraat kararı vermiş, karar temyiz edilmediği için 16 Temmuz'da kesinleşmiştir.

Başvurucular 6 Şubat 1990 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak tutukluluk sürelerinin uzunluğundan ve yargılama süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmuşlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Ön tespitler

35. Hükümet, bu davada ileri sürdüğü savların, ancak Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yetkisini tanıma beyanının tamamen veya kısmen geçerli sayılması halinde incelenebileceğini ileri sürmüştür.

Hükümet Loizidou - Türkiye davasında, Türkiye'nin Sözleşme'nin 46. maddesine göre 22 Ocak 1990 tarihinde yaptığı bildirimde yer alan "yer bakımından" (ratione loci) sınırlamanın Mahkeme tarafından geçerli kabul edilmemesi durumunda, bildirim kendisinin de geçerli olamayacağı savını ileri sürmüştür. Mahkeme ise, davaya ilişkin 23 Mart 1995 tarihli kararında (bk. Loizidou (İlk itirazlar) kararı, parag. 98), söz konusu sınırlamayı kabul etmemiş ve Türkiye'nin bildirimiminin bu sınırlamalar dışında geçerli olduğuna karar vermiştir.

II. Hükümetin ilk itirazları

36. Hükümet esas itibarıyla, Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisizliği, iç hukuk yollarının tüketilmediği ve başvuruçuların mağdurluk statüsünü kaybettikleri şeklinde üç tane ilk itiraz ileri sürmüştür.

1. Zaman bakımından (ratione temporis) yetkisizlik

37. Hükümete göre Türkiye, 22 Ocak 1990 tarihinde Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini "bu tarihten sonra meydana gelecek olaylar veya bu olaylara ilişkin mahkeme kararları" için tanırken, Sözleşme'nin 46. maddesinde öngörülen bildirim yaptığı bu tarihten önceki olayların Mahkeme'nin denetimine tabi olmaması amacını gütmüştür. Ayrıca bu davada, 22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelmiş olayların doğası gereği uzantıları sayılabilecek sonraki olaylar için de Mahkeme'nin zaman bakımından yetkili olmadığı kabul edilmelidir.

38. Yağcı ve Sargın'a göre, Komisyon gibi Mahkeme de söz konusu davayı olayın en başından itibaren, yani gözaltına alındıkları tarih olan 16 Kasım 1987'den itibaren ele almaya yetkilidir. Başka bir çözüm tarzı, aynı olaylar için Sözleşme'nin iki organı arasında bir uygulama farklılığının ortaya çıkmasına neden olacaktır.

39. Komisyon Temsilcisine göre Mahkeme, her ne kadar kendisinin 22 Ocak 1990'dan sonra meydana gelen olaylar için yetkili olduğunu kabul etse de, söz konusu tarihte başvuruçuların haklarındaki ceza davası nedeniyle tutukluluk durumlarının iki yıl iki aydan beri devam etmekte olduğunu göz önüne almak durumundadır.

40. Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesine göre Türkiye tarafından yapılan bildirim içeriğini göz önüne alarak, 22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelen olaylar için inceleme yapamayacağını, zaman bakımından yetkisinin ancak bu tarihten sonraki olaylar için geçerli olduğunu kabul eder. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ve 6(1). fıkrasına ilişkin şikâyetleri incelerken, yukarıda belirtilen bildirim yapıldığı tarihte yargılamanın durumunu göz önüne alacaktır (bk. diğerleri arasında ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, Neumeister kararı, parag. 7 ve Bagetta kararı, parag. 20).

Bu nedenle Mahkeme, 22 Ocak 1990 tarihinden sonra meydana gelmekle birlikte, bu tarihten önce varolan bir durumun sadece uzantısı sayılabilecek olayların da Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi dışında kaldığına ilişkin Hükümet görüşünü kabul edemez. Bildirimin yapıldığı tarihten itibaren, ilgili Devletin tüm eylemleri ve ihmalleri Sözleşme'ye uygun olmak durumunda olduğu gibi, Sözleşme organlarının denetimine de tabidir.

2. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı

41. Hükümet ayrıca, Komisyon önünde olduğu gibi Mahkeme önünde de, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde itirazda bulunmuştur.

Hükümete göre ilk olarak Yağcı ve Sargın, haklarında tutuklama kararı veren Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin bu kararına karşı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 299. maddesinin kendilerine tanıdığı itiraz hakkını kullanmayı ihmal etmişlerdir.

Yağcı ve Sargın ulusal yargılama sırasında, hürriyeti kısıtlanan kişilere en kısa sürede durumları hakkında karar verilmesi için yetkili bir yargı merciine başvurabilme hakkı tanıyan Anayasanın 19. maddesinin yedinci fıkrasına da dayanmamışlardır.

Nihayet başvurucular, kanuna uygun veya aykırı olarak tutulan kişilere, daha sonra beraat ettikleri zaman olduğu gibi mahkûm oldukları takdirde de tazminat isteme hakkını tanıyan 7 Mayıs 1964 tarihli ve 466 sayılı yasadın yararlanma talebinde de bulunmamışlardır.

42. Hükümetin ileri sürdüğü itirazın birinci kısmına ilişkin olarak Komisyon gibi Mahkeme de, Hükümet tarafından gösterilen hukuk yolunun sadece teoride değil ama pratikte de yeterli ölçüde açık ve kesin olması gerektiğini kaydeder (bk. Navarra kararı, parag. 24). Oysa Temyiz Mahkemesi 1958 yılında vermiş olduğu iki kararında, Ceza Mahkemeleri Usul Kanununun 299. maddesinin, ilk tutuklama kararının kaldırılmasını amaçlayan başvuruları kapsadığını, ama tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar için uygulanmayacağını belirlemiştir. Hükümet bu içtihadın değiştiğini gösteren herhangi bir karar örneği sunmamıştır.

43. Anayasanın 19. maddesi bakımından ise Mahkeme, bu maddenin geniş ölçüde Sözleşme'nin 5. maddesini model almış olması ve başvurucuların Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde üç kez bu maddeye dayanarak itirazda bulunmuş olmalarına (bk. yukarıda parag. 18, 21 ve 22) rağmen, Hükümetin ne Komisyon önünde ne de Mahkeme'deki 25 Ekim 1994 tarihli duruşmada buna aykırı bir görüş ileri sürdüğünü tespit eder.

44. İleri sürülen itirazın sonuncu kısmı ile ilgili olarak Mahkeme, başvurucuların tutukluluk süreleri konusunda itirazda bulduklarını; oysa 466 sayılı Kanunun, tutuklu yargılanan kişilerin yargılama sonucunda beraat etmeleri durumunda Devlete karşı açacakları tazminat davalarına ilişkin olduğunu belirtir. Öte yandan makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı, tutukluluk için tazminat alma hakkı ile aynı şey değildir. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, bu ilk duruma, beşinci fıkrası ise ikinci duruma ilişkindir. Sonuç olarak, bu noktada da, itiraz yerinde bulunmamıştır.

3. Mağdurluk statüsünün kaybı

45. Hükümet son olarak, Yağcı ve Sargın'ın tahliye edildikleri 4 Mayıs 1990 tarihinden bu yana, Sözleşme'nin ihlal edilmesinden ötürü mağdur olduklarını iddia edemeyeceklerini ileri sürmüştür. Hükümete göre başvurucular, tutukluluk süresi ile yargılamanın uzunluğu hakkındaki iddiaları için bir tür giderim elde etmişlerdir; DGM, başvurucular hakkında ceza davasının açılmasına yol açan hükümlerin onların lehine değiştirilmesine ilişkin hazırlanmakta olan yasa değişikliğini dikkate almıştır; 4 Mayıs 1990 tarihinde Yağcı ve Sargın'ın beraat etmeleri, yargılandıkları davanın tek muhtemel sonucu olarak görülmüştür.

46. Mahkeme bu itirazın Komisyon önünde ileri sürülmediğini belirtir ve bu nedenle itirazı, hak düşümü (estoppel) nedeniyle reddeder.

III. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

A. Dikkate alınacak dönem

“**49.** ... Mahkeme'nin göz önüne alacağı süre, Türkiye'nin, Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 22 Ocak 1990 ile başvurucuların tahliye edildikleri 4 Mayıs 1990 tarihleri arasında geçen üç ay, on iki günlük süredir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurucuların 22 Ocak 1990 tarihinden sonraki tutukluluklarının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre haklı olup olmadığını değerlendirirken, o tarihte başvurucuların tutukluluk hallerinin 16 Kasım 1987'den beri, yani yaklaşık 'iki yıl iki aydan' bu yana sürdüğünü de göz önüne almak zorundadır.”

B. Tutukluluk süresinin makul olup olmaması

“50. Bir sanığın, yargılama sırasındaki tutukluluk durumunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk aşamada ulusal yargı makamlarının görevidir. Bu amaçla ulusal yargı makamları, masumiyet karinesine gereği gibi saygı göstererek, kişi özgürlüğüne saygı kuralından ayrılmayı haklı kılan gerçek bir kamu menfaatinin varlığının lehinde ve aleyhinde ileri sürülen bütün olayları incelemek ve salıverilme taleplerine ilişkin kararlarında bu olayları belirtmek zorundadırlar. Esas itibariyle Mahkeme’den, bu kararlarda açıklanan gerekçelere ve ilgili kişinin taleplerinde dile getirdiği olgulara dayanmak suretiyle (*Letellier*, §35), Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edilip edilmediğine karar vermesi istenmiştir.

Tutulan kişinin suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşkunun sürmesi, o kişinin tutukluluğunun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) bir koşuldur; ancak bu koşul, belli bir süre geçtikten sonra yeterli olmaz; böyle bir durumda Mahkeme, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin devam edip etmediğine karar vermek durumundadır (*Wemhoff*, §12 ve *Ringeisen*, §104). Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler ‘yerinde’ ve ‘yeterli’ ise, Mahkeme bu durumda, yetkili ulusal makamların muhakeme sırasında gerekli ‘özeni’ gösterip göstermediklerine bakar (*Matznetter*, §12; *B. - Avusturya*, §42 ve *Letellier*, §35).

51. Mahkeme’nin zaman bakımından yetkisine giren dönem içinde, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, 8 Şubat ve 9 Mart 1990’da re’sen, 6 Nisan tarihinde de sanıkların talebi üzerine toplam üç kez tutukluluk halinin devamı konusunda karar vermiştir. Söz konusu mahkeme, Yağcı ve Sargın’ın tahliye taleplerini reddederken, suçların niteliğini (ağır suçlar olarak sınıflandırılan bu suçlar, sanığın kaçma tehlikesinin varlığına dair hukuki karine oluşturmaktadır), eldeki delil durumunu ve tutukluluk tarihini, yani 16 Kasım 1987 tarihini belirtmiştir. Hükümete göre, başvuruçular, kaçmalarını önlemek için gereken süre kadar tutuklu kalmışlardır.

52. Mahkeme, ‘kaçma riskinin, sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemeyeceği’ne işaret eder. Kaçma riski, bir dizi başka etmene dayanılarak değerlendirilmek zorundadır; bu etmenler, kaçma riskinin varlığını ya teyit ederler ya da tutukluluğun devamını haklı kılacak kadar ağır görülmezler (*Letellier*, §43). Yağcı ve Sargın, Türkiye’ye, Türkiye Birleşik Komünist Partisi’ni kurmak gibi belirli bir amaçla, tamamen kendi istekleriyle dönmüşlerdir; döndüklerinde cezai soruşturmayla uğrayacaklarını bilmiyor olmaları mümkün değildir. Devlet Güvenlik Mahkemesinin tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları matbu olmamakla birlikte, bu kararlarda neden bir kaçma riskinin bulunduğu hiçbir şekilde açıklanmamış ve hemen hemen aynı ifadeler kullanılmıştır.

53. ‘Delil durumu’ kavramı, suçluluğun varlığına dair ciddi belirtilerin mevcut olduğu ve sürdüğü şeklinde anlaşılabilir. Genel olarak bu tür belirtilerin varlığı ilgili bir faktör olsa bile, bu davada bu belirtilerin varlığı, şikâyet konusu tutukluluğun devamını kendiliğinden haklı kılmak için yeterli değildir. (*Kemmache* (No.1 ve 2), §50).

54. Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından belirtilen üçüncü gerekçe konusunda, yani başvuruçuların gözüaltına alınma tarihleri konusunda ayrıca bir denetim yapmak gerekli değildir; çünkü toplam tutukluluk süresi, Sözleşme’yle ilgili bir sebebe dayanmaksızın, kendini haklı gösteremez.

55. Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, söz konusu süre içinde başvuruçuların tutukluluklarının devamının, Sözleşmenin 5(3). fıkrasına aykırı olduğu sonucuna varmaktadır. Bu sonuç, yargısal makamların tutukluluk muhakemesini nasıl yürüttüklerini incelemeyi gereksiz kılmaktadır.”

IV. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucular ayrıca, haklarındaki ceza davasının uzunluğu konusunda şikâyetle bulunmuşlardır.

A. Dikkate alınacak dönem

58. Ceza muhakemesi, başvuruçuların gözaltına alınıp tutulmaya başlandıkları 16 Kasım 1987 tarihinde başlamış ve bazı suçlardan beraat ettikleri 9 Ekim 1991 tarihinde değil, fakat diğer suçlardan da beraatlarına dair Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nin 9 Temmuz 1992 tarihinde verdiği kararın kesinleştiği 16 Temmuz 1992 tarihinde sona ermiştir. Mahkeme, Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanıma bildiriminde bulunduğu 22 Ocak 1990 ile 16 Temmuz 1992 arasında geçen 2 yıl beş ay yirmi dört günlük süreyi inceleyebilir. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu tarihte ceza davasının iki yıldan fazla bir süreden beri devam etmekte olduğunu da göz önüne almak zorundadır.

B. Yargılama süresinin makul olup olmadığı

“**59.** Bir yargılama süresinin makul olup olmadığı, Mahkeme'nin içtihatlarında yer verdiği ölçütler, yani olayın karmaşıklığı, başvuruçunun tutumu ve yetkili makamların tavrı dikkate alınarak, olayın özel şartları ışığında değerlendirilir (*Kemmache - Fransa (No. 1 ve No. 2)*, §60)”.

1. Olayın karmaşıklığı

“**60.** Hükümet, davanın çok karmaşık olduğunu, çünkü çok fazla sayıda avukat tarafından savunulan on altı sanığa ilişkin dava dosyasının kırk klasörden oluştuğunu ileri sürmüştür. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, önündeki dosyada bulunan belgeleri incelemekle kalmamış; ayrıca savunmanın cevap verebilmesi için, Yağcı ve Sargın'ın avukatlarının talebi üzerine, bu belgeleri duruşmada da okutmak zorunda kalmıştır. Bu talebin reddedilmesi, kararın Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 250. maddesi gereğince bozulması sonucunu verebilirdi.

61. Başvurucular ise, dosyadaki belgelerin duruşmada okunmasını istediklerini; çünkü iddianamede hangi ithamın hangi belgeyle kanıtlanmasının düşünüldüğüne dair hiçbir belirti bulunmadığını belirtmişlerdir. Dahası, belge sayısının çokluğu nedeniyle Sargın, mahkemeye, yargılamanın hızlandırılması için avukatların savcılarla birlikte belgeler arasında bir eleme yapmaları önerisinde bulunmuş, ancak bu öneri reddedilmiştir. Bunun dışında, davanın özel bir karmaşık yönü yoktur; çünkü davanın konusu, sadece, kurmak istedikleri partinin o tarihte yasadışı olduğunun tespit edilmesinden ibarettir. Yargılamanın bitirilmesi için üç aylık bir süre yeterliydi. Çok sayıda avukatın yer alması ise, siyasal nitelikli davaları protesto biçimi olarak yorumlanmalıdır.

62. Komisyon Temsilcisine göre, davanın karmaşık olduğu varsayılsa bile, başvuruçular kendi amaçlarını ve siyasal faaliyetlerine dair dosyadaki belgeleri inkâr etmediklerinden, Devlet Güvenlik Mahkemesinin olayları tespit görevi kolaylaşmıştır.

63. Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesinin 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren yirmi duruşma yaptığını ve bu duruşmaların on altısının hemen hemen bütünüyle delillerin okunmasına ayrıldığını kaydeder. Belge sayısı göz önüne alınsa dahi, bu karmaşık bir süreç olarak görülemez.”

2. Başvuruçuların tutumları

“**64.** Hükümet, Yağcı ve Sargın'ın avukatlarını, duruşmalar sırasında alınan güvenlik önlemlerini protesto etmek amacıyla birçok kez mahkeme salonunu terk ettikleri, dosyada bulunan delillere ilişkin görüşlerini mahkemeye sunmak için kendilerine verilen sürelerle uymadıkları, bu tutumlarıyla yargılama sürecinin uzamasına neden oldukları için eleştir-

miştir. Ayrıca Hükümet, avukatların 11 Temmuz 1990 tarihindeki yargılamaya ara verilmesi yönündeki talepleri ile sayısız belge sunmalarını da davayı engelleyici davranışlar olarak değerlendirmiştir.

65. Başvurucular, ilgili mahkeme ile her zaman işbirliği yaptıklarını söylemişlerdir.

66. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin bir suçla itham edilen kişilerin yargısal makamlar ile aktif bir işbirliğine girmeleri yönünde bir zorunluluk getirmediği biçimindeki görüşünü tekrarlamaktadır (*Dobbertin, §43*). Mahkeme, Komisyon gibi, Yağcı ve Sargın ile avukatlarının duruşmalar sırasındaki davranışlarının engelleyici bir nitelik göstermediğini belirtmektedir. Bütün bu olaylarda sanıklar, kendi savunmalarında milli hukukun tanıdığı olduğu yolların bütün avantajlarından yararlandıkları için suçlanamazlar. Her ne kadar duruşmalara katılan avukatların sayısının fazlalığı ve alınan güvenlik önlemlerine karşı onların tutumları yargılamayı bir ölçüde ağırlaştırmış olsa da, bunlar, söz konusu yargılama süresinin uzunluğunu tek başına açıklayacak unsurlar değildir.”

3. Yargısal makamların tutumu

“**67.** Hükümete göre, yargısal makamlar, savunma tarafının haklarına müdahale etmezken, yargılamanın kısa sürede sonuçlanması için çalışmışlardır.

68. Başvurucular, sadece kendilerinin hedeflediği ‘toplular yargılama’nın sahneye konulmasını isteyen Savcılığın, bu suretle, gözaltı süresine, soruşturma ve yargılamaya ilişkin özel kuralların uygulanmasını sağlamış olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi ayda bir duruşma yaparak, zorunluluk hali dışında duruşmalara sekiz günden fazla ara verilmesini yasaklayan Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 222. maddesini sürekli olarak görmezden gelmiştir.

69. Mahkeme bu olayda, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısının saikine ilişkin spekülasyonlar yapmak durumunda değildir. Mahkeme sadece, ilgili mahkemenin 22 Ocak 1990 ve 9 Temmuz 1992 tarihleri arasında düzenli aralıklarla (30 günden az) yalnız 20 duruşma yaptığını, bu duruşmalardan sadece birisinin yarım günden fazla sürdüğünü belirtir. Bunun yanı sıra, Ceza Kanunu’nun 141-143. maddelerini yürürlükten kaldıran 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe girmesinin ardından, Devlet Güvenlik Mahkemesi, bu maddelere dayanılarak itham edilen sanıkları beraat ettirmek için yaklaşık altı ay beklemiştir.

70. Sonuç olarak, söz konusu ceza yargılamasının süresi Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına aykırıdır.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, zaman bakımından yetkisizlik ilk itirazının reddine;
2. Oybirliğiyle, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine;
3. Oybirliğiyle, mağdurluk statüsünün kaybına ilişkin itirazın reddine;
4. Bire karşı sekiz oyla, başvurunun tutukluluk süresine ilişkin olarak Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
5. Bire karşı sekiz oyla, ceza yargılamasının süresine ilişkin olarak Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
6. Bire karşı sekiz oyla, davalı Devletin manevi zarar karşılığı olarak başvurulardan her birine üç ay içinde 30 bin Fransız frangı ödenmesine;
7. Oybirliğiyle, davalı devletin başvurularda üç ay içinde masraflar karşılığı 38 bin Fransız Frangı ve avukatlık ücreti karşılığı olarak da 30 bin Fransız Frangı ödemesine;
8. Oybirliğiyle, geri kalan adil karşılık taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

13.07.1995 19382/92 VAN DER TANG - İSPANYA

◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (uyuşturucu ticareti suçu işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski, isnat edilen suçun ağırlığı gerekçeleriyle tutuklama ve tutukluluğunun devamına karar verilmesi ve soruşturmanın birleştirilmesi üzerine tutukluluğun 3 yıl 1 ay 27 gün sürmesi), *saliverilme için güvence* (savcının teminatla salıverme talebinin reddedilmesi) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Antonius Adrianus van der Tang, 1959 doğumlu bir Hollanda vatandaşıdır. Olayların geçtiği tarihte tır sürücüsü olan başvurucu 26 Mayıs 1989'da İspanya'nın kuzeybatısında bir şehir olan Bayona'da gözaltına alınmıştır. Polis, başvurunun sürdüğü tırda 1,300 kg esrar ve seri numarası silinmiş bir silah bulmuş ve bunlara el koymuştur.

Başvurucu, avukatının huzurunda ve bir çevirmen yardımıyla polise ve ertesi günü önüne çıkarıldığı soruşturma yargıcına verdiği ifadede, tanımadığı bir kişinin Mart ve Mayıs aylarında kendisine gelerek 20,000 Hollanda Gulden'i karşılığında 1,300 kg kadar çirişi İspanya'nın Bayona şehrinde Hollanda'ya taşımamasını istediğini, biraz tereddüt ettikten sonra bu teklifi kabul ettiğini, bir gece önce bu tanımadığı kişinin talimatları üzerine tır ile Bayona'ya gittiğini, burada bir adamın tıra uyuşturucuyu yüklediğini ve uzaklaştığını söylemiştir. Başvurucu yola çıktıktan 10 dakika sonra polis tarafından durdurulmuş ve gözaltına alınmıştır.

Soruşturma yargıcı, Ceza Muhakemesi Kanununun 503. ve 504. maddelerine dayanarak, başvurunun kamu sağlığına karşı suç işlediğine inanmak için yeterli sebep bulunduğunu belirterek tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucuya göre, bu olay nedeniyle gözaltına alınan İspanyol vatandaşı diğer bazı kişiler ise salıverilmişlerdir. Başvurucu 12 Haziran 1989'da soruşturma yargıcına verdiği dilekçede, aslında gözaltına alınacağı kadar uyuşturucu taşımakta olduğunu bilmediğini, söz konusu yükün tütün olduğunu sandığını, fakat daha önceki ifadesinde kendisine yapılan baskı ve dil zorlukları nedeniyle uyuşturucu demiş olabileceğini söylemiştir.

Soruşturma yargıcı, 18 Ekim 1989'da başvurunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Başvurunun bu karara karşı itirazı reddedilmiştir. Öte yandan başvurucu, 25 Eylül ve 22 Ekim 1989 tarihlerinde soruşturma yargıcına başvurarak salıverilmesini istemiştir. Başvurucu tıra yüklenen yükün gerçekten ne olduğunu bilmediğini ve uyuşturucu kaçakçılığı işiyle bir ilgisi olmadığını söylemiştir. Başvurucu ayrıca ilk dört aylık tutukluluk döneminde sadece iki kez yargıç tarafından sorgulandığını, kendi suçunun küçük olmasına rağmen sadece kendisinin tutuklu bulunduğunu ve salıverilmesi halinde her şartı yerine getirmeye hazır olduğunu belirtmiştir. Bu başvurular, hiçbir gerekçe gösterilmeden 9 Ekim ve 25 Kasım 1989 tarihlerinde reddedilmiştir.

Başvurunun 22 Aralık 1989'da yaptığı yeni bir salıverilme başvurusu, bu kez isnat edilen suçların ağırlığı (yasadışı olarak silah taşıma ve büyük miktarda uyuşturucu ticareti) gerekçe gösterilerek 27 Aralık 1989'da reddedilmiştir.

19 Nisan 1990'da başvurucu aleyhindeki dava başlamıştır. Başvurunun bundan sonra 20 Nisan, 28 Mayıs, 19 Temmuz ve 5 Eylül 1990 tarihlerinde ceza mahkemesine yaptığı salıverilme başvuruları da reddedilmiştir. Savcı, 21 Eylül 1989'da başvurunun 500,000 Peseta teminat yatırması, pasaportunu teslim etmesi ve her gün polise imza vermesi halinde salıverilmesine karşı çıkmayacağını belirtmiştir. Ancak ceza mahkemesi, 26 Eylül 1990'da kısaca 'tutuklama koşullarının değişmediği' gerekçesiyle bu başvuruyu da reddetmiştir. Başvurucu ceza mahkemesinden bu kararını gözden geçirmesini istemiş, 10 yıla kadar hapis cezasıyla suçlanan diğer suç ortaklarının 200,000 Peseta teminat kar-

şılığında dışarıda serbestçe dolaştıklarını, kendisinin yabancı olması nedeniyle tutuklu bulunduğunu söylemiştir. Ceza mahkemesi 9 Ekim 1990'da bu talebi reddetmiştir.

Ekim 1990'da başvurucuyla ilgili soruşturma dosyası merkezi soruşturma yargıcına gönderilmiştir. Başvurucunun soruşturması, kod adı 'Necora' olan ve 54 kişinin şüpheli olarak bulunduğu büyük bir uyuşturucu ticareti örgütüyle ilgili olarak ulusal çapta yapılan soruşturmaya birleştirilmiştir. Merkezi soruşturma yargıcı, başvurucuyu ayrıca uyuşturucu kaçırma ve suç örgütüne üyeliğe suçlamıştır.

Başvurucunun 8 Ekim 1990'da salıverilme talebi, mevcut delil durumu, isnat edilen suçların niteliği ve ağırlığı, verilebilecek cezanın ağırlığı, başvurucunun olaya iştirakinin boyutu, kaçma riski gerekçeleriyle soruşturma yargıcı tarafından reddedilmiştir. Soruşturma yargıcı, 22 Mayıs 1991'de başvurucunun asgari tutukluluk süresini 2 yıl daha uzatmıştır. Savcı, 15 Temmuz 1992'de başvurucunun 14 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasını istemiştir. Bu arada başvurucu, 24 Temmuz 1992'de her gün polise imza vermesi ve İspanya'dan ayrılmaması şartıyla salıverilmiştir.

24 Ekim 1992'de başvurucu yılbaşı tatili için Hollanda'ya ailesinin yanına gitmek için izin istemiş, ancak kaçma riski nedeniyle bu talebi reddedilmiştir. Buna rağmen başvurucu, 23 Aralık'ta arabayla İspanya'dan ayrılmıştır. Başvurucunun Hollanda'da kalmasını sağlayacak şekilde adli kontrol koşullarının değiştirilmesi talebi reddedilmiştir. 'Necora' adlı örgütle ilgili yargılama 20 Eylül 1993'te başlamıştır. Başvurucu duruşmaya gelmemiş ve yatırdığı teminata el koyulmuştur.

Başvurucu, 2 Aralık 1991 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda uzun süren tutukluluğu nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

[49-53]: Hükümet, başvurucunun tutuksuz yargılanmak üzere salıverilme koşullarını ihlal ederek yurtdışına kaçmış olması nedeniyle, adaletinden kaçtığı devlete karşı İnsan Hakları Mahkemesi'ne dava açamayacağını ileri sürmüştür. Hükümet, uluslararası hukuktaki 'temiz eller' doktrinine başvurmuş ve davanın düşürülmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucunun iddia ettiği ihlal, başvurucunun kaçmasından önce meydana gelmiştir. Başvurucunun daha sonra kaçması, tabii ki yanlış olmasına rağmen, Sözleşme organlarından ihlal iddiasıyla ilgili olarak bir karar verilmesi talebini haksız hale getirmez. Dolayısıyla Hükümetin bu konudaki ilk itirazı reddedilmelidir.

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

[54-76]: Başvurucu tutukluluğunun uzun sürdüğünden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme'ye göre dikkate alınacak tutukluluk dönemi başvurucunun gözaltına alındığı tarihten başlayıp salıverildiği tarihe kadar sürmüştür. Toplam tutukluluk süresi 3 yıl bir ay 27 gündür. Mahkeme, ulusal mahkeme kararlarında gerekçe gösterilmediği şikâyetiyle ilgili olarak başvurucunun niçin tutuklu bulunduğu farkında olduğunu kaydetmiştir. İspanya mahkemeleri tarafından daha ayrıntılı gerekçeler gösterilmiş olması arzu edilir olmakla birlikte, bu durum kendiliğinden, olayın şartları içinde Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki hakları ihlal etmez.

Mahkeme'ye göre isnat edilen suçların ağırlığı, bu kadar uzun bir süre tutukluluğu haklı kılmaz. Kaçma riskiyle ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun tutukluluğu boyunca böyle bir riskin mevcut olduğunu kaydetmiştir. Bu riskin varlığı çeşitli faktörlerle doğrulanmış olup, söz konusu risk, başvurucunun salıverilme taleplerinin reddedilmesinde ilgili ve

yeterli bir sebeptir. Muhakemenin icrasıyla ilgili olarak Mahkeme, başvurucu hakkındaki soruşturmanın ulusal çaptaki 'Necora' uyuşturucu ticareti soruşturmasıyla birleştirilmesinin, İspanya mahkemeleri tarafından adaletin gereği gibi dağıtılması amacıyla alınmış bir tedbir olduğunu düşünmüştür. Bu birleştirme başvurucunun tutukluluğunun 1 yıl sekiz ay 24 gün uzamasına sebep olmuş olmakla birlikte, bu tedbirin makul olmadığı söylenemez. Başvurucunun olayı kendi başına karmaşık olmamakla birlikte, 'Necora' ile birleştirildikten sonra karmaşık bir sürecin parçası haline gelmiştir. Bu geniş bağlamda yargısal makamların özel bir özen göstermedikleri söylenemez. Sonuç Mahkeme Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

28.10.1998 24760/94 ASSENOV ve Diğerleri - BULGARİSTAN

◆ *tutuklamanın hukukiliği* - *tutukluluğu yasal süresinden sonra uzatma* (soruşturma sürecinin aşılmasının ardından iç hukuka uygun olarak tutukluluğun mahkeme tarafından uzatılması nedeniyle tutuklamanın iç hukuka uygun olması), *tutuklama usulü* (savcı kararıyla tutuklama), *tutukluluk süresinin makullüğü* (başvurucunun hüküm verilene kadar 2 yıl tutuklu kalması), *tutukluluğun denetimi* (salıverilme talebinin duruşmasız reddedilmesi ve sadece bir kez denetim yapılması), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvuruculardan Komisyon'a başvuru yapmadıklarına dair yeminli ifade alınmış olması) ■ *kişi özgürlüğü* - hukuka uygun tutma - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü

DAVANIN ESASI

Birinci başvurucu Anton Assenov 1978 doğumlu Roman etnik kökenli Bulgar vatandaşıdır. Assenov, 27 Temmuz 1995'te hırsızlık ve gasp suçlarından gözaltına alınmış ve avukatın bulunduğu bir ortamda ifade vermiştir. Assenov hırsızlık suçlarını kabul etmiş, ancak gasp suçuna ilişkin isnatlarını reddetmiştir.

Soruşturmacı başvurucunun tutuklanmasına karar vermiş, bu karar bir savcı tarafından onaylanmıştır. Ağustos 1995'te başvurucu dört gasp mağduru ile yüzleştirilmiş ve mağdurlar kendisini teşhis etmişlerdir. Bu işlemler sırasında avukatı bulunmuştur. Bu olayla ilgili soruşturma sırasında 60 kadar tanık veya mağdur dinlenmiş, fakat Eylül ayından sonra bir soruşturma işlemi yapılmamıştır. Assenov, Temmuz 1995 ile Temmuz 1997 arasında tutuklu kalmıştır.

Başvurucu, 11 ay kadar Shoumen polis merkezinde tutulmuş, savcılığın nakline karar vermesinden üç buçuk ay kadar sonra cezaevine nakledilmiştir. Tutulma koşullarıyla ilgili olarak, başvurucu ile Hükümet arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Başvurucu, tutulduğu hücrenin 1,8 x 3 metre boyutlarında olduğunu, bazen iki veya dört kişi aynı hücrede tutulduklarını, hücrenin hemen hemen yerin altında bulunması nedeniyle havasız olduğunu, hücreden günde sadece iki kez tuvalete çıkarıldığını iddia etmiştir. Hükümet ise, hücrenin 4,6 x 3,5 metre boyutlarında olduğunu ve sadece bir kişiyle birlikte hücreyi paylaştığını söylemiştir. Başvurucu, doktorlar tarafından muayene edilmiş ve kendisinde herhangi bir kalp rahatsızlığı tespit edilmemiştir.

Başvurucu, 11 Eylül 1995'te mahkemeye başvurarak salıverilme talebinde bulunmuştur. Yargıç, 19 Eylül 1995'te bu başvuruyu duruşma yapmaksızın evrak üzerinden reddetmiş-

tir. Yargıç, isnat edilen suçların ağırlığını ve başvurunun suç işlemekte ısrarlı olduğunu ve salıverilmesi halinde yeniden suç işleyebileceğini belirtmiştir. Başvurunun salıverilme talebiyle savcıya başvurusu üzerine savcı, soruşturmanın Eylül 1995'te tamamlanmasına rağmen, başvurunun yeniden suç işlemeye devam edebileceği gerekçesiyle tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Başvurucu, 25 Mart 1996'da başka bir cezaevine nakledilmiştir.

Başvurunun bir sonraki salıverilme talebi, 28 Mart 1996'da savcılıktan dosyayı getiren mahkeme tarafından incelenmiş ve 19 Eylül 1995'te tutukluluğun incelenmiş olduğu belirtilerek, bu yeni başvuru da reddedilmiştir. Başvurunun 1996 yılında yaptığı bir kaç salıverilme başvurusu, başvurunun yeni bir iddiada bulunmadığı, yeniden suç işleme tehlikesi bulunduğu ve yakında davanın açılacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu, Temmuz 1997'de otuz ay hapis cezasına mahkûm olmuştur.

Başvurucular, 6 Eylül 1993'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlar ve Assenov'un gördüğü kötü muamele için Sözleşme'nin 3, 6(1) ve 13. maddelerine, Temmuz 1995'ten beri tutukluluğu için 5(1), (3) ve (4). fıkralarına dayanmışlardır. Komisyon, 3. maddenin ihlal edilmediği, 13. maddenin ihlal edildiği; 1995'ten sonraki olaylar için 5(1). fıkrasının ihlal edilmediği ancak 5(3) ve (4). fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

III. Temmuz 1995 ve sonraki olaylar

B. Esas

2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[137-141]: Başvurucu, kendisine atılı bulunan suçlar hakkındaki soruşturmanın Eylül 1995'te tamamlanmış olmasına rağmen tutukluluğunun devam etmesinin masumiyet karinesine aykırı bir tür cezaya dönüştüğünü ve Bulgaristan hukukuna göre küçüklerin ancak istisnai hallerde tutuklanabileceğini ileri sürmüştür.

Komisyon, Ceza Muhakemesi Kanununda ilk soruşturma süresi için zaman sınırı bulunduğu halde tutukluluk süresi için bir sınır bulunmadığını; soruşturmanın uzaması halinde tutukluluğun devamının onaylanması gerektiğini, başvurunun tutukluluğunun 19 Eylül 1995'te mahkeme tarafından ve daha sonra defalarca savcılık tarafından onaylandığını ve bu nedenle başvurunun tutukluluğunun iç hukuka aykırı görünmediğini belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuka uygun' ve 'hukukun öngördüğü usule uygun olarak' ifadeleri ulusal hukuka gönderme yapmakta ve buradaki maddi hukuk ve usul hukuku kurallarına uygun davranma yükümlülüğüne işaret etmektedir; fakat bu ifadeler ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma halinde, Sözleşme'nin 5. maddesinin kişilerin özgürlükten keyfi bir tarzda yoksun bırakılmalarını engelleme amacına uygun davranmayı gerektirmektedir. Mevcut olayda başvurunun tutukluluğunun, Bulgaristan hukuku bakımından hukuka aykırılığına dair bir delil yoktur. Ayrıca başvurunun suç işlediğinden makul kuşku üzerine tutuklandığı da açıktır. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

3. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

(a) Derhal bir yargıç veya "diğer görevli"nin önüne çıkarılma hakkı

Komisyon ve başvurucuya göre, Bulgaristan hukukuna göre tutuklama kararı veren soruşturmacılar kurumsal olarak bağımsız olmakla birlikte, pratikte soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili her konuda ve tabii bir şüphelinin tutuklanması gerekip gerekmediği konu-

sunda savcının denetimine tabidirler. Dolayısıyla Assenov'u tutuklayan soruşturmacının, savcıdan güçlü ve objektif olarak bağımsız olmadığı görünümü vardır.

“146. Mahkeme, idarenin kişi özgürlüğüne müdahalelerinin yargısal denetime tabi tutulmasının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının temel bir özelliği olduğunu (*Aksoy, §76*) hatırlatır. Bu ‘görevli’ bu fıkra bakımından ‘yargılama yetkisi’ne sahip olup olmamasından önce, tutulan kişinin keyfi veya haksız yere özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı bir güvence olarak belirli şartları taşımalıdır (*Schiesser, §31*). Dolayısıyla ‘görevli,’ idareden ve taraflardan bağımsız olmalıdır. Bu noktada, tutuklama kararının verildiği tarihteki objektif görünüm önem taşır: bu tarihte ‘görevli’nin daha sonra ceza davasına iddia makamı adına katılabilecek olduğunun bilinmesi halinde, kendisinin bağımsızlık ve tarafsızlığı şüpheye açıktır (*Huber, §43; ve Brincat, §21*). Söz konusu ‘görevli,’ önüne şahsen getirilen kimseyi dinlemeli ve hukuki kriterlere dayanarak tutulmasının haklı olup olmadığını incelemelidir. Eğer tutulması haklı değil ise, ‘görevli,’ tutulan kimsenin salıverilmesi için bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmalıdır (*Schiesser, §31; ve İrlanda – Birleşik Krallık, §199*).

147. Mahkeme, Assenov’un salıverilme talebinin, tutuklanmasının ardından ancak üç ay geçtikten sonra, 19 Eylül 1995’te yargıç tarafından incelendiğini kaydeder. Bu durum, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gerektirdiği ‘derhal’ (prompt) yapılmış olan bir inceleme değildir (*Brogan ve Diğerleri, §62*); kaldı ki, bu usulün söz konusu fıkradaki şartları yeterince yerine getirdiği de iddia edilmemiştir.

148. Mahkeme, Bay Assenov’un, 28 Temmuz 1995’te bir soruşturmacı önüne çıkarıldığını, soruşturmacının kendisine suç isnat edip kendisini sorguladığını ve tutuklanmasına karar verdiğini hatırlatır. Mahkeme, Bulgaristan hukukunda soruşturmacıların bir şüphelinin tutulmasına veya salıverilmesine ilişkin bağlayıcı kararlar vermediklerini kaydeder. Bir soruşturmacı tarafından verilen bir karar, savcı tarafından kaldırılabilir ve ayrıca savcı soruşturmacının yaklaşımından memnun kalmazsa olayı soruşturmacının elinden alabilir. Buna göre soruşturmacı, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki ‘yargılama yetkisine sahip bir görevli’ anlamında yeterince bağımsız değildir.

149. Bay Assenov, Savcı A. tarafından bizzat dinlenmiş değildir. Bu savcı, soruşturmacının veya tutukluluğun devamına karar veren diğer savcılarının kararlarını onaylamıştır. Her halükarda, bu savcılar, daha sonra ceza davasında başvurucuya karşı hareket edebileceklerinden, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından yeterince bağımsız ve tarafsız olamazlar.

150. Mahkeme, başvurucunun “hukuken yargılama yetkisine sahip bir görevli” önüne çıkarılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği kanaatindedir.

(b) Makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkı

Mahkeme tutuklamayla ilgili genel ilkeleri hatırlattıktan sonra şöyle demiştir:

“155. Mahkeme, Assenov’un tutukluluğunun hukuka uygunluğunun bir mahkeme tarafından iki kez denetlendiğini, başvurucunun ağır suçlarla suçlandığı ve eylemlerinin yeniden suç işleme tehlikesi doğuracak şekilde sürekli olduğu belirtilerek, salıverilme talepleri reddedildiğini hatırlatır.

156. Mahkeme, Assenov’un 28 Temmuz 1995’te 16 ayrı hırsızlık ve soygun olayıyla suçlandığını ve soygunların şiddet içerdiğini kaydeder. Başvurucu ilkin Ocak 1995’teki bir dizi hırsızlık olay hakkında yapılan soruşturma ile bağlantılı olarak sorgulandığı halde, kendisinin suçlandığı bazı olaylar daha sonraki tarihlere ait olup, son soygun gözaltına alınmasından üç gün önce, yani 24 Temmuz olayında meydana gelmiştir. Bu durumda Mahkeme, başvurucunun salıverilecek olması halinde yeniden suç işleyeceğinden kaygı duymalarının makul olduğu kanaatindedir.

157. Ne var ki Mahkeme, başvuruçunun küçük olduğunu ve Bulgaristan hukukuna göre sadece istisnai durumlarda tutuklanabileceğini hatırlatır. Dolayısıyla, yetkililerin başvuruçunun makul bir süre içinde yargılamaları konusunda özel bir özen göstermeleri, her zamankinden daha önemlidir. Hükümet, dava açılabilmesi için iki yıl geçtiğini, çünkü olayın uzun bir soruşturma yapılmasını gerektiren çok karmaşık bir olay olduğunu savunmuştur. Ancak Mahkeme'nin elindeki mevcut bilgiye göre, Eylül 1995'ten Eylül 1996'ya kadar bir yıllık süre içinde, soruşturma ile ilgili fiilen hiçbir adım atılmamış; yeni bir delil toplanmamış, Assenov 21 Mart 1996'da sadece bir kez sorgulanmıştır. Dahası, kişi özgürlüğünün önemi ve örneğin her defasında orijinal dava dosyası yerine ilgili belgelerin fotokopisinin ilgililere gönderilmesi imkânı bulunduğu dikkate alındığında, başvuruçunun salıverilmek için her başvurusunun soruşturmayı durdurmamalı ve dolayısıyla yargılamayı geciktirmemeliydi (*Toth, §27*).

158. Bu durum karşısında Mahkeme, Assenov'a 'tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı' tanınmadığını ve böylece Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır."

4. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

"162. Mahkeme, gözaltına alınan veya tutulan bir kimsenin, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukukiliği' bakımından esaslı maddi ve usul şartların denetlenmesi için bir mahkemeye başvurma hakkı bulunduğunu hatırlatır (*Brogan ve Diğerleri, §65*).

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki usulün, hukuk veya ceza davaları bakımından mevcut Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki güvenceleri içermesi her zaman gerekli olmamakla birlikte (*Megyeri, §22*), bu usulün yargısal nitelikte olması ve söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın türüne uygun güvenceler bulundurması gerekir. Bir kimsenin tutulması Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamına giriyorsa, duruşma gereklidir (*Schiesser, §30-31; Sanchez-Reisse, §51; ve Kampanis, §47*).

Dahası, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası tutuklanan bir kimse makul aralıklarla tutulmasının hukukiliğine karşı başvurabilmelidir (*Bezicheri, §20-21*). Sözleşme'ye göre bir tutulmanın kısa bir süre olması gerektiği kabul edildiğinden, periyodik denetimler de kısa aralıklarla yapılması gerekir (*Bezicheri, §20-21*).

163. Mahkeme, Shoumen Bölge Mahkemesinin Assenov'un salıverilme başvurusunu, kendisini bizzat dinlemeden, dosya üzerinden (in camera) incelediğini hatırlatır. Mahkeme, konuyla ilgili yasanın daha sonra böyle durumlarda duruşma yapılmasını sağlayacak şekilde değiştirildiğini kaydetmekle birlikte, yapacağı değerlendirme başvuruçunun olayı ile sınırlı olmalıdır (*Findlay, §67*).

164. Dahası Mahkeme Bulgaristan hukukuna göre, tutuklu bir kimsenin sadece bir kez tutulmasının hukukiliğine karşı bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğunu kaydeder. Dolayısıyla başvuruçunun ikinci başvurusu, bu sebeple Shoumen Bölge Mahkemesi tarafından 19 Eylül 1995'te reddedilmiştir.

165. Sonuç olarak Mahkeme, başvuruçunun iki yıllık tutukluluğu boyunca, tutukluluğunun devamının hukukiliği hakkında bir mahkeme tarafından birden fazla karar verilmesini isteme imkânına sahip olmaması ve mahkemenin de duruşma yapmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Bire karşı sekiz oyla, Assenov'un polisten kötü muamele gördüğü iddiası bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, Assenov'un poliste kötü muamele gördüğü iddialarının etkili bir şekilde soruşturulmaması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;

4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
6. Bire karşı sekiz oyla, Assenov'un Temmuz 1995'ten itibaren tutulma koşulları bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
8. Oybirliğiyle, Assenov'un derhal bir yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
9. Oybirliğiyle, Assenov'un makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilmiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
10. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
11. Oybirliğiyle, her üç başvurucu bakımından Sözleşme'nin 25(1). fıkrasının ihlaline;
12. Birinci başvurucuya manevi zararlar için 6,000,000 Bulgar Levası, ücretler ve masraflar için 14,860 Sterlin ... ödenmesine;
13. Adil karşılıkla ilgili diğer taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

29.04.1999 25642/94 AQUILINA - MALTA

◆ *tutuklama usulü* (gözültüne alınan başvurucunun önüne çıkarıldığı yargıcın otomatik olarak yargısal denetimini yapma ve kişiyi salıverme yetkisi bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip görevli önüne çıkarılma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Joseph Aquilina, 1974 doğumlu bir Malta vatandaşıdır.

Başvurucunun, 15 yaşındaki bir kızla ilişkisi olmuş ve daha sonra bu kızla evlenmiştir.

Başvurucu, 20 Temmuz 1992'de gözültüne alınmış ve sorgu için iki gün gözültünde tutulmuştur. Başvurucu, 22 Temmuz 1992'de Sulh Ceza Mahkemesi yargıcı önüne çıkarılmıştır. Bir polis müfettişi başvurucu hakkındaki suç isnadını okumuştur. İddiaya göre başvurucu, kamuya açık alanda kız arkadaşının kıızlığını bozmuştur (defile). Bu, cinsel fiilleri içeren bir suçtur. Yine iddiaya göre, başvurucu ayrıca kızın ailesini tehdit etmiştir. Başvurucu suçsuz olduğunu savunmuştur. Başvurucunun avukatı, başvurucunun bütün suçlamaları reddettiğini belirtmiş ve başvurucunun genç olması ve başkaca gerekçelerle salıverilmesi talebinde bulunmuştur. Salıverilme talebi 23 Temmuzda 1992'de Başsavcılığa gönderilmiş, Başsavcılık 24 saat içinde verdiği yanıtla bu talebe karşı çıkmıştır. Sulh Ceza yargıcı 24 Temmuz'da, salıverilme talebi konusunda karar vermeyi ileri bir tarihe ertelemiştir.

Bir başka yargıç, mağdurun ifadesini aldıktan sonra, fakat başvurucunun ifadesini almadan, 31 Temmuz 1992'de başvurucunun salıverilmesine karar vermiştir. Bu arada başvurucu, henüz tutuklu olduğu 23 Temmuz 1992'de bir anayasa şikâyetinde bulunarak, üç yıldan fazla hapis cezası alma riski bulunduğundan salıverilme başvurusunun kanun gereğince ertesi gün başsavcılığa iletilmesi gerektiğini belirtmiş ve bir gün önce önüne çıkarıldığı yargıcın bu aşamada kendisini salıverme yetkisi bulunmadığı için Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Birinci Daire, başvurucunun anayasa şikâyetiyle ilgili başvurusunu 25 Kasım 1993'te karara bağlamıştır. Birinci Daire'ye göre, Başsavcılığın yazılı mütalaasını gerektiren Ceza Muhakemesi Kanununun 575. maddesi, salıverilme talebinin hemen incelenmesini öngören Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırıdır. Bu mahkeme, başvurucuya 100 Malta Lirası tazminat ödenmesine karar vermiştir. Ancak Haziran 1994'te Anayasa Mahkemesi, Birinci Daire'nin kararını bozmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, meydana gelen olaylar başvurucunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında

güvence altına alınan haklarını ihlal etmemiştir. Ayrıca başvurucunun yargılama giderlerini ödemesine hükmedilmiştir. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

43. Başvurucu, gözaltına alınmasından itibaren kırk sekiz saat sonra önüne çıkarıldığı sulh yargıcının, yargılama yetkisine sahip bir görevli olduğunu kabul etmiştir. Ancak başvurucuya göre iç hukuk, polisin kendisini tutmasının lehine ağır basan sebepleri göstermesini gerektirmemektedir; sulh yargıcı da kendisi ancak salıverilme başvurusunda bulunması halinde salıverebilecektir. Başvurucunun gözaltına alındığı suç üç yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olduğundan, salıverilme başvurusu önce savcılığa iletilmek zorunda olup, savcılığın salıverilme başvurusuna karşı çıkıp çıkmamaya karar vermek için normal olarak bir çalışma günü bulunmaktadır. İşte bu süre içinde sulh yargıcı başvurucunun salıverilmesi konusunda karar vermeye yetkili değildir. Standart uygulamaya göre, şüphelinin bir sulh yargıcı önüne ilk kez çıkarılmasından sonra, dosya yazı işleri müdürlüğüne gitmekte, yazı işleri müdürü de ifadeleri dinleyecek olan sulh yargıcını kur'a ile seçmektedir. Bu sistem, polis tarafından dosyayı sürekli aynı yargıca götürme (forum-shopping) imkânını ortadan kaldırmak için getirilmiştir. İfadeleri dinleyen sulh yargıcı, savcıya da kendi görüşlerini ifade etme imkânı verildikten sonra salıverilme başvurusunu inceler. Sonuç olarak, salıverilme başvurusu genellikle şüphelinin önüne çıkarıldığı ilk yargıçtan başka bir yargıç olur.

44. Başvurucu üç sebeple Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. İlk olarak, önüne çıkarıldığı ilk sulh yargıcının yetkileri sınırlıdır. Sulh yargıcı ancak bir salıverilme başvurusundan sonra kendisinin salıverilmesine karar verebilir; ayrıca bu başvuru savcılığa da iletilmek zorundadır. İkinci olarak, tutulmasının denetimi hemen yapılmamıştır; çünkü bu denetim yakalanmasından ancak on bir gün sonra yapılabilmektedir. Üçüncü olarak, olaya bakan sulh yargıcı kendisini bizzat dinlememiştir.

45. Komisyon, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği kanaatindedir; çünkü başvurucunun tutulmasının yargısal denetimi otomatik değildir hızlı değildir ve başvurucuyu bizzat dinleyen bir sulh yargıcı tarafından yapılmış değildir.

46. Hükümete göre, başvurucu aleyhindeki suç isnatları, kanunun kendisinin gözaltına alınmasına imkân veren türden olmasıydı, başvurucunun 22 Temmuz 1992 tarihinde önüne çıkarıldığı sulh yargıcı konuyu kendisi ele alabilir ve başvurucunun hemen salıverilmesine karar verebilirdi.

Hükümet, bu noktadan tamamen ayrı olarak, Sulh Mahkemesinin bir gözaltına almayı hukuki bulduğu olaylarda da, gözaltına alınan kişinin tutuksuz muhakeme edilmek üzere salıverilmesini isteyebileceğini ileri sürmüştür. Hükümet bu bağlamda, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının şüpheliyi derhal bir yargıç önüne çıkarmayı gerektirdiği halde, salıverilme başvurusu üzerine hemen bir karar verilmesini gerektirmediğini iddia etmiştir. Belirli salıverilme başvurularının savcılığa iletilmesinin nedeni, diğer tarafı da dinle (audi alteram partem) ve silahlarda eşitlik ilkelerine saygı gösterilmesini sağlamaktır. Her halükarda savcı süratle cevap vermiş ve sonuç olarak şüphelinin tutulmasının denetimi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının öngördüğü süre sınırı içinde sonuçlandırılmıştır. Eğer savcı sulh yargıcı tarafından belirlenen süre içinde yanıt vermemiş olsaydı, sulh yargıcı, kendisini bağlayıcı olmayan savcının görüşünü almadan da salıverilme başvurusu hakkında bir karar verebilirdi. Başvurucunun gözaltına alınması (20 Temmuz 1993) ile salıverilme başvurusu hakkında karar verilmesi (31 Temmuz 1992) arasında geçen on bir günlük

dönem, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görülemez. Hükümet ayrıca, başvuru için yeterli kadar imkân bulabildiğini vurgulamıştır. Sözleşme, şüphelinin salıverilme başvurusu hakkında karar veren sulh yargıcı ile şüphelinin önüne çıkarıldığı ilk sulh yargıcının aynı olmasını gerektirmektedir. Başvurucunun ilk kez önüne çıkarıldığı sulh yargıcı başvuru kendisini dinlememiş olmakla birlikte, önünde bütün bilgiler vardır ve bu yargıç yürütme organından tamamen bağımsızdır. Her halükarda başvuru, bu sulh yargıcından kendisini dinlemesini isteyebilirdi.

47. Mahkeme'nin birçok kez işaret ettiği gibi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, bir suç işlediği kuşkusuyla gözaltına alınan veya tutulan bir kimseye, her türlü keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmaya karşı güvence sağlamaktadır (*Assenov ve Diğerleri*, §146). Sözleşme'nin 5(1)(c) bendiyle bir bütün oluşturan 5(3). fıkrasının temel amacı, makullük sona erdiği zaman salıvermeyi sağlamaktır. Gözaltına alınan bir kimsenin yargısal bir makama ulaşabilmiş (önüne çıkarılmış) olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının giriş hükmüne uygunluk oluşturmak için yeterli değildir. Bu fıkra, gözaltına alınan kişinin önüne çıkarıldığı yargısal görevlinin, tutmanın lehine ve aleyhine olan koşulları incelemeye, hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebeplerin bulunup bulunmadığına bakmaya ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine karar vermeye yetkili olmasını gerektirmektedir (*De Jong, Baljet ve Van den Brink*, §44, 47 ve 51). Bir başka deyişle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, yargısal görevlinin bir tutmayı esastan incelemesini gerektirir.

48. Yargısal denetimin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygun olabilmesi için, derhal yapılmış olması gerekir. Derhallik, her bir olayın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir (*De Jong, Baljet ve Van den Brink*, §51 ve 52). Ancak, derhal kavramının yorumlanmasındaki ve uygulanmasındaki esneklik çok sınırlıdır (*Brogan ve Diğerleri*, §62).

49. Yargısal denetimin derhal olmasının yanında, otomatik de olması gerekir (*De Jong, Baljet ve Van den Brink*, §51). Yargısal denetim, tutulan kimsenin başvurmuş olması şartına bağlı kılınmaz. Böyle bir şart, tutmanın bir mahkeme tarafından hukukilik denetiminin yapılabilmesi için başvurma hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki güvenceden farklı bir güvence olan 5(3). fıkrasındaki güvencenin niteliğini değiştirir (*De Jong, Baljet ve Van den Brink* §57). Böyle bir şart, özgürlükten yoksun bırakmayı bağımsız yargıcının derin incelemesine tabi tutmayı sağlayarak bireyi keyfi tutmaya karşı koruyan Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki koruyucunun amacını da ortadan kaldırılabılır (*bk. mutatis mutandis, Kurt*, §123). Tutmanın derhal yapılan yargısal denetimi, gözaltına alınan bir kimseyi kötü muameleye karşı da koruyan önemli bir koruyucudur (*Aksoy* §76). Dahası, bu tür bir muameleye tabi tutulan gözaltına alınmış kimseler, tutulmalarının denetimi için yargıçtan talepte bulunamayacaklardır. Aynı şey, zihinsel olarak zayıf veya yargısal görevlinin konuştuğu dili konuşamayan gözaltındaki korunmasız diğer kişiler için de geçerlidir.

50. Son olarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince yargısal görevli, uygun bir karar vermeden önce tutulan kişiyi bizzat dinlemelidir (*De Jong, Baljet ve Van den Brink*, §51).

51. Mahkeme, başvuru gözaltına alındıktan iki gün sonra yargıç önüne çıkarılmasının (bk. yukarıda parag. 9) Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki "derhal" kavramına uygun olduğuna dair tarafların görüşlerine katılmaktadır.

52. Öte yandan taraflar, başvuru salıverilmesine sulh yargıcının kendiliğinden karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda uzlaşmamışlardır. Başvuru, önüne çıkarıldığı ilk yargıcın kendisini ancak bir salıverme başvurusu üzerine salıverebileceğini iddia ederken, Hükümet, sulh yargıcının önüne çıkarılan bir kimsenin, kanuna göre tutulmasını gerektirmeyen bir suç isnadıyla karşılaşması halinde bu kimseyi kendiliğinden

den salıverme yetkisine sahip olduğunu savunmuştur. Mahkeme'ye göre, Hükümetin iç hukuku yorumlayışının doğru olduğu kabul edilse bile, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygunluk bulunmamaktadır. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince yargısal görevlinin incelemesi gereken konular, Hükümet tarafından belirtilen hukukilik sebebinden daha fazladır. Bireyin özgürlükten yoksun bırakılmasının haklı olup olmadığının ortaya çıkarılmasını amaçlayan 5(3). fıkrasının gerektirdiği denetim, tutmanın lehine veya aleyhine olan bütün etkileyici koşulları içerecek kadar geniş olmak zorundadır (bk. yukarıda parag. 47). Oysa Mahkeme'nin önündeki deliller, başvuruçunun 22 Temmuz 1992'de önüne çıkarıldığı yargıç veya yargısal görevlinin kendiliğinden bu tür bir denetimi yapma yetkisine sahip olduğunu göstermemektedir.

53. Hükümet, başvuruçunun 22 Temmuz 1992'de önüne çıkarıldığı yargıca Ceza Muhakemesi Kanununun 353. maddesiyle bağlantılı olarak 137. maddesine göre bir başvuru yapmış olsaydı, tutulmasının daha geniş bir denetimini yaptıracak olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki hukuk yoluna iç hukukta yer verilmiş olması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygunluğu sağlamaz. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası gereğince yapılacak denetim otomatik olmalıdır (bk. yukarıda parag. 49). Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 137 ve 353. maddelerine göre, bireyin başvurusu üzerine yapılacak denetimin kapsamının, tutmanın esasının incelenmesine imkân verecek kadar geniş olduğu kanıtlanmamıştır. Hükümet, tutma süresinin 48 saati aştığı olayların dışında, bir suçtan şüphe nedeniyle gözaltına alınanın hukukiliğine veya haklılığına 137. maddeye dayanılarak itiraz edilip de başarılı olunan tek bir olay göstermemiştir. Dahası Mahkeme, ulusal mahkeme kararlarından, makul şüphe veya başvuruçunun tutulmasının devamı lehine sebep bulunmamasının, Malta hukukunda başvuruçunun gözaltına alınmasını veya tutulmasının mutlaka hukuka aykırı kılmadığı sonucunu çıkarabilir (bk. yukarıda parag. 22, 25 ve 26). Bu durumda Hükümet, başvuruçunun Ceza Kanununun 353. maddesiyle birlikte yorumlanan 137. maddeye dayanmadığı için iç hukuk yollarını tüketmediğine dair ilk itirazını da kanıtlayamamıştır. Buna göre Mahkeme Hükümetin ilk itirazını reddeder.

54. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvuruçunun 22 Temmuz 1992'de yargıç önüne çıkarılmasının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygunluk sağlamadığı, çünkü bu yargıcın başvuruçuyu salıverme yetkisi bulunmadığı sonucuna varmıştır.

55. Mahkeme bu sonuca varmakla birlikte, salıverilme talebinin farklı ve ayrı bir mesele olduğu ve ancak yakalama ve tutmanın hukuki olması halinde gündeme gelebileceğine dair Hükümetin görüşüne katılmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından ihlal tespit ettiği için, ayrıca bu mesele üzerinde durmayı gerekli görmemektedir.”

ADİL KARŞILIK - ihlal tespitinin manevi zararı karşıladığına, ücretler ve masraflar için 3,000 Malta Lirası - Md 41: ödenmesine

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliliğiyle, Hükümetin ilk itirazının esasla birleştirilmesine ve reddine;
2. Oybirliliğiyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Altıya karşı on bir oyla, bu kararın katlanılan manevi zararlar için yeterli adil karşılık oluşturduğuna;

KARAR VERMİŞTİR.

03.06.2003 33343/96 PANTEA - ROMANYA

◆ *tutuklamanın hukukiliği - soruşturmadan kaçmayan kişiyi tutuklama* (başvurucu ifade vermek üzere savcının davetlerine geldiği halde soruşturulmaktan kaçındığı gerekçesiyle tutuklanmasının ulusal mahkemeler tarafından da iç hukuka aykırı bulunmuş olması), *tutuklama usulü* (savcı kararıyla tutuklanıp yargıç önüne çıkarılmadan 4 aydan fazla tutulu kalma), *tutuklamanın hukukilik denetimi* (salıverilme talebinin 4 ay sonra karara bağlanması), *kişi özgürlüğü ihlaline tazminat* (kovuşturma sona ermeden hukuka aykırı tutukluluk için tazminat alma imkânı bulunmaması), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucu aleyhindeki ceza davasının 8 yıldır sürüyor olması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Alexandru Pantea, 1947 doğumlu bir Romanya vatandaşıdır.

Başvurucu 20-21 Nisan 1994 gecesi kavga ettiği bir kişiyi ağır surette yaralamıştır. 7 Haziran 1994'te savcı başvurucu hakkında soruşturma başlatmıştır. Savcı, Haziran ve Temmuz 1994'te mağdurun ve 21 tanığın olayla ilgili ifadesini almıştır. Savcı, 23 Haziran 1994'te kavga ile ilgili olarak başvurunun ifadesini almış, ifade sırasında başvurunun müdafii bulunmamıştır. Savcı, 5 Temmuz 1994'te başvuru aleyhinde ceza davası açmış ve başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir. Savcı, başvurunun polis tarafından yakalandığı tarihten itibaren 30 gün süreyle tutuklu kalmasını sağlayacak bir yakalama emri çıkarmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesine dayanan savcı, başvurunun polis tarafından aranan bir kişi olduğunu, kendisinin yargılamadan kaçtığını ve serbest kalmasının kamu düzenine karşı bir tehdit oluşturmaya devam edeceğini belirtmiştir.

13 Temmuz 1994'te Bihor Ceza Mahkemesi, savcının talebi üzerine başvuru ödürmeye teşebbüs suçundan davaya sevk etmiştir. Savcı, başvurunun ceza soruşturmasından kaçtığını, 20-21 Nisan 1994 tarihindeki olaylarla ilgili keşfe gelmediğini, ek ifade vermesi için davet edildiği halde gelmediğini söylemiştir. 20 Temmuz 1994'te başvuru yakalanmış ve Oradea Cezaevi'ne konmuştur. 21 Temmuz 1994'te başvuru Bihor Ceza Mahkemesi Başkanının önüne çıkarılmış, avukatı da hazır bulunmuş; yargıç savcının iddianamesini okumuş, başvuru savcının kendisini iki gün savcılık koridorlarında beklettiğini iddia ederek savcıdan şikâyetçi olmuş, soruşturmadan kaçmadığını söylemiştir. Tutanaktan, başvurunun tutukluluğunun hukukiliğinin görüşülüp görüşülmediği anlaşılamamaktadır.

5 Eylül 1994'te başvuru, iki yargıç ve savcının bulunduğu, iki avukatla temsil edildiği Bihor Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Başvuru, aleyhindeki suçlamanın yaralamaya dönüştürülmesini istemiş ve meşru savunma halinde bulunduğunu söylemiştir. Tutuklamanın hukukiliği yine görüşülmemiştir. 3 ve 17 Ekim ile 14 Kasım 1994 tarihlerinde yapılan duruşmalarda 15 kadar tanık dinlenmiş, ancak tutuklamanın hukukiliği yine görüşülmemiştir. 28 Kasım 1994 tarihli duruşmada mahkeme eksik soruşturma nedeniyle dosyanın savcılığa gönderilmesine karar vermiş, ayrıca isnat edilen suçların ağırlığı ve başka suçlar işleme riski bulunduğu gerekçesiyle başvurunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir.

9 Aralık 1994'te başvuru karara karşı itiraz etmiştir. Başvuru, bağımsızlığı bulunmayan savcının soruşturmanın başlangıcından itibaren kendisini özgürlüğünden yoksun bıraktığını, masumiyet karinesini ihlal ettiğini, daha önce mahkûmiyeti olmadığı halde savcının kendisini 'suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş kişi' olarak nitelendirdiğini söylemiştir. Başvuru, tutukluluğunun hukuka aykırı olduğunu iddia ederek acilen salı-

verilmesini istemiştir. 6 Nisan 1995'te Üst Mahkeme, şu gerekçelerle tutukluluk kararını kaldırmış ve başvurucunun salıverilmesine karar vermiştir: i) Başvurucunun 20 Temmuz 1994'te tutuklanması hukuka aykırıdır; çünkü başvuru soruşturmadan kaçmamış, savcılığın davetlerine gelmiş, fakat savcı kendisini boşu boşuna koridorlarda bekletmiştir. ii) Başvurucunun 19 Ağustos 1994'ten sonra tutukluluğunun devam etmesi de hukuka aykırıdır; çünkü başvuru hakkında 5 Temmuz 1994 tarihinde verilen bir aylık tutuklama kararı, yakalama tarihinden başlayacaktır; başvuru 20 Temmuz 1994'te yakalanmıştır; bu süre 19 Ağustos 1994'te sona ermiştir; bu tarihten sonra hukukun öngördüğü usule göre tutukluluğun devamına karar verilmemiştir. iii) Ayrıca başvurucunun avukatın yardımından yararlanma hakkı, soruşturmayı yapan savcı tarafından ihlal edilmiştir. Üst Mahkeme yapılan soruşturma işlemlerini iptal ederek dosyayı savcılığa göndermiştir. Başvuru 7 Nisan 1995'te salıverilmiştir.

Başvuru aleyhindeki dava 17 Mayıs 2001 tarihi itibarıyla ceza mahkemeleri önünde devam etmektedir. Öte yandan başvuru, 18 Kasım 1999'da, hukuka aykırı tutukluluk nedeniyle Timiş Ceza Mahkemesi'nde tazminat davası açmıştır. 7 Temmuz 2000'de mahkeme, başvuru aleyhindeki davanın henüz sonuçlanmamış olduğu gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir. Başvuru tarafından temyiz edilen karar, 23 Kasım 2000'de Üst Mahkeme tarafından bozulmuştur. Bu mahkemeye göre başvuru, hukuka aykırı olduğuna karar verilmiş olan tutukluluğu için tazminat talep etmekte olup, bunun halen devam etmekte olan ceza davasıyla bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla erken tazminat talep edildiği gerekçesiyle davanın reddi yanlıştır. Timiş Ceza Mahkemesi'nde başvurucunun talebi yeniden ele alınmış; bu kez devlet, tazminat davasında bir yıllık zamanaşımının aşıldığını iddia etmiştir. Bir yıllık zamanaşımına ilişkin iç hukuk hükmünün anayasa aykırı olduğu itirazı Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, tutukluluğun hukuka aykırı olduğuna dair 6 Nisan 1995 tarihli karar, Üst Mahkeme tarafından 26 Kasım 1996'da onaylanmış olup, bir yıllık zamanaşımı süresi 26 Kasım 1996'dan başlamıştır; oysa başvuru üç yıl sonra 18 Ekim 1999'da tazminat davası açmıştır; bu nedenle başvurucunun talebi reddedilmiştir.

Başvuru 28 Ağustos 1995'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 5. maddesinin çeşitli hükümlerinin ve 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

1. Başvurucunun bir suç işledikten sonra kaçması önlemek için gerekli olduğunu düşündüren makul sebepler bulunmaksızın tutuklanması

[218-227]: Başvuru, tutuklama sebepleri bulunmadığı halde tutuklandığını ileri sürmüştür. Hükümet, tutuklamanın hukuka aykırı olduğuna dair 6 Nisan 1995 tarihli Üst Mahkeme kararına dayanarak, başvurucunun tutuklanmasının iç hukuktaki şartlara uymadığını kabul etmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuka uygun' ve 'hukukun öngördüğü usule uygun olarak' deyimlerinin ulusal hukuka gönderme yaptığını ve iç hukuktaki maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü belirttiğini kaydetmiştir (*Assenov ve Diğerleri*, §139). Mahkeme'ye göre, iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve tabii ki mahkemelerin işi olmakla birlikte, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına göre iç hukuka uymamak Sözleşme'ye de aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme, iç hukuka uyulup uyulmadığını inceleme konusunda belirli bir yetki kullanabilir ve kullanmalıdır (*Douiyeb*, §45).

Mevcut olayda Mahkeme, savcının 5 Temmuz 1994 tarihli kararında, başvurunun muhakemenin kaçındığını ve serbest kalmasının kamu düzeni için bir tehlike oluşturacağını belirterek, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 146. ve 148. maddelerine göre tutuklanmasına karar verdiğini kaydetmiştir. Üst Mahkeme ise, 6 Nisan 1995 tarihli kararında, başvurunun tutuklanmasının hukuka aykırı olduğunu, çünkü kendisinin muhakemenin kaçmadığını, fakat savcılığın bütün davetlerine geldiğini ve koridorda bekletildiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, savcı tarafından tutuklama kararını haklı gösterecek bir sebep ileri sürülmediği için, başvurunun tutuklanmasının iç hukuka uygun olmadığını Hükümet tarafından da kabul edildiğini kaydetmiştir.

Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun tutuklanması sırasında 'hukukun öngördüğü usule' uyulmadığı için, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrıca başvuru, bir aylık tutuklama süresinin dolmasından itibaren de hukuka aykırı bir şekilde tutulduğunu ileri sürmüştür. Hükümet de bu iddiaya karşı çıkmamıştır. Mahkeme 19 Ağustos 1994'ten sonra tutukluluğun devam etmesinin Üst Mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunduğunu kaydetmiştir. Bu gerekçeyle, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[228-230]: Başvuru gözümlüne alındıktan sonra derhal bir yargıç önüne çıkarılmadığından şikâyetçi olmuştur. Hükümet, ilk cevabında söz konusu dönemde Romanya mevzuatının savcıya tutuklama yetkisi tanınmasının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygun olmadığını kabul etmiştir. Mevcut olayda başvuru, savcının 5 Temmuz 1994 tarihli kararı gereğince gözümlüne alındığı 20 Temmuz 1994'ten geçerli olmak üzere 30 gün süreyle tutuklu tutulmuştur. Ancak Hükümet daha sonraki dilekçelerinde, Mahkeme'nin bazı hallerde Sözleşme'yi ihlal edebilecek bir kanun hükmünü soyut olarak inceleyemeyeceğini savunmuştur. Hükümet, başvurunun gözümlüne alındığı günün ertesi günü, yani 21 Temmuz 1994'te sorgulanmak üzere Bihor Mahkemesi'nden bir yargıç önüne çıkarıldığını söylemiştir. Hükümete göre bu yargıç, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının güvencelerini taşıyan bir görevlidir. Dolayısıyla Hükümete göre bu fıkra mevcut olayda ihlal edilmemiştir.

“231. ... Mahkeme, gözümlüne alınan bir kimsenin sırf bir yargısal makam önüne çıkarılmış olmasının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının başlangıç hükmüne uygunluk oluşturmayacağını birçok kez söylediğini kaydeder. Bu fıkra, gözümlüne alınmış bir kimsenin önüne çıkarılacağı yargısal görevlinin, tutulmanın lehine veya aleyhine olan koşulları incelemesini ve hukuki kriterlere dayanarak tutmayı haklı kılan sebepler bulunup bulunmadığı konusunda karar vermesini ve bu tür sebepler yoksa salıverilmesine hükmetmesini gerektirmektedir (*Assenov ve Diğerleri*, §146; *De Jong, Baljet ve Van der Brink*, §44, 47 ve 51). Başka bir deyişle Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, yargısal görevlinin tutmanın haklı olup olmadığını incelemesini gerektirir.

232. Mahkeme, mevcut olayda Hükümet gibi, başvurunun 21 Temmuz 1994'te Bihor Mahkemesi Başkanı yargıç M.V.'nin önüne çıkarıldığını, bu yargıcın başvurucuya savcılığın kendisi hakkında suçlamada bulunduğunu söylediğini, aleyhindeki başvurunun içeriği konusunda bilgilendirdiğini ve savcılığa verdiği ifade hakkında kendisini sorguladığını kaydeder.

233. Mahkeme, söz konusu yargıcın başvurunun tutulmasının haklı olup olmadığı konusunda inceleme yaptığına dair bir delil bulunmadığını kaydeder. Aslında 21 Temmuz 1994 tarihli tutanaktan, başvurunun tutukluluğunun hukukiliği meselesinin ileri sürülmediği anlaşılmaktadır.

234. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçunun 21 Temmuz 1994'te yargıç M.V.'nin önüne çıkarılmasının, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına uygunluğu sağlayacak türden olmadığını düşünmektedir. Buna göre Hükümetin savunması kabul edilemez.

235. Mahkeme, başvuruçunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından yaptığı şikâyetin iki ayrı sorun doğurduğunu düşünmektedir: birincisi, başvuruçunun tutuklanması emrini veren savcının 5(3). fıkrası anlamında bir 'görevli' olup olmadığı; eğer böyle ise, aynı hüküm gereğince başvuruçunun tutulmasının yargısal denetiminin 'derhal' yapılmış olup olmadığı."

1. Başvuruçunun tutuklanması emrini veren savcının bir 'görevli' olup olmadığı "236. Mahkeme'nin içtihatlarından çıkan prensiplere göre, bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında yer alan güvencelerin temel bir özelliğidir (*Aksoy*, §76). Bir 'görevli'nin bu fıkra anlamında 'yargısal yetki' kullandığının söylenebilmesi için, önce bu görevli, tutulan bir kimseye keyfi veya haksız özgürlükten yoksun bırakmalara karşı bir güvence oluşturabilecek belirli koşulları taşımalıdır (*Schiesser*, §31). Dolayısıyla bu 'görevli' yürütmeye ve taraflara karşı bağımsız olmalıdır. Bu noktada, tutma kararının verildiği sırada objektif görünüm büyük önem taşır: bu sırada 'görevli'nin ileride iddia makamı namına ceza davasına müdahale edeceği anlaşılacak olursa, bağımsızlığı ve tarafsızlığı kuşkuya açık hale gelir (*Huber*, §43; ve *Brincat*, §21).

237. Mahkeme ilk önce, Bihor Mahkemesi savcısının, başvuruçuyu suçlamaya gerek olup olmadığını inceleyerek, başvuruçuyu aleyhinde ceza davası açılmasını isteyerek ve başvuruçunun hakkında tutuklama kararı vererek, soruşturmaya başlangıç aşamasında müdahale ettiğini kaydeder. Savcı daha sonra, başvuruçuyu resmen suçlamak ve başvuruçunun Bihor Mahkemesi'nde davaya sevk edileceği iddianameyi hazırlamak suretiyle, iddia makamı olarak hareket etmiştir. Ancak bu savcı, bu mahkeme önüne savcı olarak çıkmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı için savcı olarak çıkabileceği halde, kendisi çıkmamıştır. Dolayısıyla, olayın şartları içinde bu savcının Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'görevli' kavramına içkin olan bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerini taşıyıp taşımadığını incelemek gerekir.

238. Mahkeme, daha önce *Vasilescu - Romanya* kararında (parag. 40-41), savcılarının, önce Başsavcılığa ve sonra Adalet Bakanlığı'na bağlı Başsavcılığın birer üyesi olarak hareket ettiklerini, dolayısıyla yürütmeden bağımsız olma şartını taşımadıklarını kaydettiğini belirtir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından 'görevli' kavramına içkin olan güvencelerden biri olan yürütmeden bağımsızlığı (*Schiesser*, §31) göz önünde tutarak, mevcut olayda bu sonucu ayrılmaması gerektirecek bir durum olmadığı tespit etmektedir.

239. Yukarıda anlatılanları dikkate alan Mahkeme, başvuruçunun tutuklanmasına karar veren savcının Sözleşme'nin 5(3). fıkrası anlamında bir 'görevli' olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu durumda şimdi başvuruçunun tutulmasının, her şeye rağmen Sözleşme'nin aynı hükmünde belirttiği gibi 'derhal' yargısal denetiminin yapıp yapılmadığı konusunda karar verilmelidir."

2. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki derhallik şartına uygun davranılmış olup olmadığı

"240. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının, yargısal denetimin hemen yapılmasını gerektirdiğini, derhalliğin her bir olayın özel koşullarına göre değerlendirileceğini hatırlatır (*De Jong, Baljet ve Van den Brink*, §51-52). Ancak bir tutmanın yargısal denetimi, bireyi kötü muameleye karşı önemli bir koruyucu olduğundan (*Aksoy*, §76), derhal kavramının yorumundaki ve uygulanmasındaki esneklik pek sınırlıdır (*Brogan ve Diğerleri*, §62).

241. Mevcut olayda Mahkeme, başvuruçunun 5 Temmuz 1994 tarihli savcılık emri gereğince, gözaltına alma tarihinden itibaren 30 gün süreyle tutuklandığını kaydeder. Başvuruçunun tutulması, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gerektirdiği güvenceleri taşıyan Bihor Mahkemesi tarafından ancak 28 Kasım 1994 tarihinde esastan incelenmiştir. Dolayısıyla başvuruçunun Sözleşme'nin 5(3). fıkrası anlamında bir yargıç veya bir görevli önüne çıkarılması için geçen süre dört aydan fazladır.

242. Mahkeme, *Brogan ve Diğerleri* kararında, bütün bir toplumu terörden korumak amacıyla düşünülmüş olsa bile yargısal denetime tabi tutulmadan geçen dört gün altı saatlik gözaltı süresinin, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının izin verdiği kesin sınırların dışında kaldığına karar verdiğini belirtmiştir. Tabii ki Mahkeme, mevcut olayda başvuruçunun, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının şartlarını taşıyan bir yargıç veya başka bir görevli önüne getirmeden önce dört aydan fazla tutulmasını gerekli görülmesini kabul edemez.

243. Buna göre Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.”

IV. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

[244-257]: Başvuruçunun salıverilme talebinin Oradea Üst Mahkemesi tarafından süratle ele alınmadığından şikâyetçi olmuştur. Hükümet önce, iç hukukta tutukluluğun her 30 günde bir denetlemesi yükümlülüğünün yerine getirilmediğini kabul etmiş; ancak daha sonraki savunmasında, kişinin tutulmasının süratle denetlenmesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, olaydaki gecikmeyi haklı gösterdiğini düşündüğü mazeretler ileri sürmüştür.

Mahkeme, söz konusu sürenin başvuruçunun salıverilme talebinde bulunduğu 9 Aralık 1994 tarihinde başlayıp, Oradea Üst Mahkemesi'nin başvuruçunun tutulmasının hukukiliğini denetleyerek salıverilmesine karar verdiği 11 Nisan 1995 tarihine kadar sürdüğünü tespit etmiştir.

Mahkeme'ye göre, kural olarak, böylesi üç ay 28 günlük dönem, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki 'süratle' kavramıyla bağdaşmaz. Daha sonra Mahkeme, Hükümetin ileri sürdüğü gerekçeler ışığında, olayda bu kadar uzun bir süreyi haklı gösterebilecek istisnai koşullar bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme bu fıkradaki 'süratle' kavramının, 5(3) ve 6(1). fıkralardaki 'makul süre' kavramı gibi, soyut olarak tanımlanamayacağını, fakat her olayın şartları içinde değerlendirileceğini kaydetmiştir.

Hükümet, başvuruçunun hukukilik denetimi için hazır bulunmamasının ve başvuruçunun ne kadar süreyle hastanede kalacağını belirli olmamasının, denetim için duruşma tarihi olarak 16 Şubat 1995 gibi ileri bir tarihi belirlemesine yol açtığını belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre, tutuklamanın hukukiliğinin görüleceği duruşmada başvuruçunun şahsen hazır bulunması, kişi özgürlüğünden yoksun bırakmanın denetiminde gerekli bir usul koruyucusu olmakla birlikte, başvuruçunun özgürlüğünden yoksun bırakılması konusunda 'süratle' denetim hakkı da durmaktadır. Mahkeme, Oradea Üst Mahkemesi'nin duruşmayı 6 Nisan 1995 tarihine ertelemiş olması ile başvuruçunun 16 Şubat 1995'teki duruşmada bulunmaması ve hastaneye yatmış olması arasında ne gibi bir ilişki kurulduğunu anlayamamıştır. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği şekilde tutmanın hemen hukukilik denetiminin yapılmasının, bu tedbirle karşılaşan kişinin kötü muameleye tabi tutulmaya karşı korunmasını sağladığını hatırlatmıştır (*Aksoy*, §76). Oysa Mahkeme, mevcut olayda, başvuruçunun tutulmasının hukuka aykırı olduğunu ve istismar riski bulunduğunu iddia ettiği 9 Aralık 1994 ile Üst Mahkeme'nin başvuruçunun talebi hakkında karar verdiği 6 Nisan 1995 tarihi arasında, başvuruçunun cezaevinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamele ile karşılaşmış olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullarda Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği sürat güvencesinin bu olayda yerine getirilmemiş olduğu sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlali iddiası

[258-271]: Başvurucu hukuka aykırı olarak tutulması nedeniyle tazminat alma imkânı bulunmadığından şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(5). fıkrası, 1-4. fıkralara aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere bir giderim sağlanmasını gerektirmektedir. Mahkeme yukarıda Sözleşme'nin 5(1), 5(3) ve 5(4). fıkralarının ihlal edildiğini tespit ettiğinden, olayda 5(5). fıkrası uygulanabilir durumdadır.

Hükümet, başvurucunun iki yoldan tazminat isteyebileceğini söylemiştir: birincisi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 504. maddesine göre üç yıllık zamanaşımına tabi tazminat davası, ikincisi Medeni Kanun'un 1000(3). fıkrasına dayanan haksız fiil nedeniyle tazminat davasıdır.

Mahkeme, başvurucunun 18 Kasım 1999'da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 504. maddesine dayanan bir tazminat davası açtığını, ancak davanın önce premature olduğu gerekçesiyle, daha sonra da Yüksek Mahkeme'nin 26 Kasım 1996 tarihli kararından itibaren bir yıllık süresi dışında açıldığı gerekçesiyle reddedildiğini kaydetmiştir. Mahkeme, zamanaşımı süresi konusunda Hükümetin ve ulusal yargı yerlerinin görüşleri arasındaki çelişkiyi çözmek zorunda olmadığını (*Vasilescu*, §39), kendi görevinin bu durumdan çıkan sonucun Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir (*Brualla Gomez de la Torre*, §32).

Bu durumda Mahkeme, yaptığı incelemeyi, başvuru tarihinde mevcut iç hukuk hükümlerine dayandırmıştır. Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 504. ve 505. maddelerine göre bir kimsenin kovuşturmanın sona ermesi veya beraatine dair nihai karardan itibaren bir yıl içinde dava açabileceğini gözlemlemiştir. Ancak bu tarihte başvurucu hakkında kovuşturmayı sona erdiren bir karar bulunmamaktadır. Mahkeme ayrıca Hükümetin, başvurucu gibi hukuka aykırı bir şekilde tutulduğuna karar verilen kişilerin 504. maddeye göre tazminat alabileceklerine dair bir emsal karar sunamamıştır. Bu durumda iç hukukta bir belirginlik yoktur. Öte yandan dosyada, Medeni Kanun'un 1000(3). fıkrasına dayanan bir dava örneği de yoktur. Bu gerekçeyle Sözleşme'nin 5(5). fıkrası ihlal edilmiştir.

VI. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[272-283]: Başvurucu halen devam etmekte olan ceza davasının uzunluğundan şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, ceza muhakemesinde makul sürenin bir kimsenin suçlandığı anda başlayacağını hatırlatmıştır. Bu tarih kişinin gözaltına alındığı, hazırlık soruşturmasının açıldığı veya iddianameyle davanın açıldığı tarih de olabilir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamındaki suçlama, suç işlediği düşünülen kişiye yetkili makamın resmen duyuruda bulunmasıdır; bu aynı zamanda şüphelinin 'durumuna önemli bir etkide bulunma' düşüncesine da karşılık gelir (*Reinhardt ve Slimane-Kaid*, §93). Mahkeme'ye göre, savcılığın 7 Haziran 1994'te başvurucu aleyhine soruşturma başlatmasıyla başvurucunun durumunda önemli bir değişiklik olmuştur. Ancak Sözleşme Romanya bakımından 24 Haziran 1994'te yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla süre bu tarihten başlar. Mahkeme ayrıca davanın halen ulusal mahkemeler önünde devam ettiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla dava 8 yıl sekiz aydır sürmektedir. Daha sonra Mahkeme, yerleşik içtihatlarında ortaya çıkan davanın karmaşıklığı, başvurucunun tutumu ve yetkili makamların tutumu şeklindeki kriterlere göre bu sürenin makul olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre bu gecikmenin bütününden ulusal makamlar sorumludur. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

VII. Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin ihlali iddiası

[284-290]: Başvurucu cezai soruşturma sırasında avukat yardımından yararlanamadı-

ğından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bu şikâyeti Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi altında incelemiştir. Mahkeme daha önce de, başvuru gibi polis sorgusu sırasında avukatla görüşemedikleri şikâyetlerinde bulunan başvuru sahiplerinin şikâyetlerini ele aldığını hatırlatmıştır. Mahkeme *Imbrioscia* kararında (parag. 36) ve *Murray* kararında (parag. 62), Sözleşme'nin 6. maddesinin polis tarafından yapılan hazırlık soruşturması sırasında da uygulanacağını, 3. fıkranın cezai konularda 1. fıkradaki adil yargılanma hakkının kurucu unsurlarından biri olduğunu ve yargılamadan önce de önemli bir rol oynadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin soruşturma aşamasına uygulanmasının olayın özelliklerine bağlı olduğunu ve 6. maddeye uygun bir sonuç elde edilip edilmediğine muhakemenin bütününe bakarak karar vereceğini belirttiğini hatırlatmıştır. Ancak Mahkeme, mevcut olayda başvuru aleyhindeki davanın halen ulusal mahkemeler önünde devam ettiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'nin başvuru aleyhindeki davanın bütününe inceleme imkânı yoktur. Mahkeme muhakemenin sonucu hakkında bir spekülasyonda bulunamaz. Bu koşullarda Mahkeme bu şikâyetin prematüre olduğu sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

IX. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat olarak 40,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 6,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucunun tutulduğu sırada tabi tutulduğu muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
2. Yetkili makamların bu muamele konusunda etkili bir soruşturma yapmamış olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Başvurucunun suç işledikten sonra kaçmasına önlemek için tutulmasının gerekli olduğuna ilişkin makul bir sebep bulunmadan tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
4. Tutuklama süresi dolduğu halde başvuru sahiplerinin tutulması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
5. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
6. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
7. Sözleşme'nin 5(5). fıkrasının ihlaline;
8. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
9. Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediğine;
10. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;

KARAR VERMİŞTİR.

30.10.2003 38654/97 GORAL - POLONYA

◆ *tutuklamanın hukukiliği* - *yargısal karara dayanmayan tutuklama* (başvurucunun yerel mahkemenin tutuklama kararının süresinin sona erdiği tarihten sonra dava açılmış olması nedeniyle tutukluluğunun devam etmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (başvurucuya verilebilecek cezanın ağırlığı gerekçe gösterilerek tutukluluğunun devamına karar verilmesi ve tutukluluğun 18 ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (çalıntı arabayı gizlemek suçundan açılan ceza davasının dikkate alınacak 6 yıl altı aylık yargılama süresi) ■ *kişi özgürlüğü* - hukuka uygun tutma - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Jerzy Goral, 1944 doğumlu bir Polonya vatandaşıdır.

Başvurucu 23 Mayıs 1996'da polis tarafından gözaltına alınmıştır. Başvurucu, 24 Mayıs 1996'da, çalıntı arabayı gizlemek ve sahte para bulundurmak suçlarından savcı tarafından tutuklanmıştır. Savcı tutuklama kararında, tanıklara baskı tehlikesinin bulunduğu ve başvurucu tarafından işlendiği iddia edilen suçların topluma karşı oluşturduğu tehlikenin önemine dayanmıştır. Savcının tutuklama kararına karşı başvurucunun yaptığı itiraz, 18 Haziran 1996'da yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu mahkeme, başvurucu hakkındaki tutuklama sebeplerinin ortadan kalkmadığını belirtmiştir. Yine bu mahkeme, 14 Ağustos 1996'da başvurucunun tutukluluk süresini 23 Kasım 1996'ya kadar uzatmış ve bu kararında soruşturmanın sonuçlanmamış olduğunu ve başvurucunun soruşturmayı engelleyebileceğini belirtmiştir. Başvurucunun bu karara karşı Üst Mahkeme'ye itirazı 12 Eylül 1996'da reddedilmiştir.

Savcı 14 Ekim 1996'da kimliği bilinmeyen bir tanığın ifadesinin alınmasına karar vermiş, başvurucu bu karara itiraz etmemiştir. Kasım 1996'da savcılık, başvurucu hakkındaki sahte para bulundurma suçlaması hakkında takipsizlik kararı vermiştir.

Savcı, 22 Kasım 1996'da başvurucu hakkında diğer suçtan dava açmıştır. Başvurucu, 16 Aralık 1996'da kefaletle salıverilme talebinde bulunmuş, ancak ertesi gün bu talebi yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu mahkeme, başvurucunun iki yetişkin çocuğunun hasta karısına bakabileceğini ve aleyhindeki delillerin başvurucu hakkında makul şüphe uyandırdığını belirtmiştir. Başvurucunun bu karara karşı itirazı, 15 Ocak 1997'de Üst Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Üst Mahkeme, başvurucunun alabileceği hapis cezasının uzunluğunun tutukluluğun devamını haklı kıldığını belirtmiştir.

Başvurucunun 24 Mart 1997'deki salıverilme talebi, aynı gerekçelerle reddedilmiştir.

İlk duruşma 28 Ağustos 1997'de yapılmıştır. 26 Eylül 1997'de ceza mahkemesi kimliği açıklanmayan tanığın ifadesini almıştır. Diğer duruşmalar, 1 Ekim ve 5 Kasım 1997'de yapılmıştır. Başvurucu 20 Kasım 1997'deki duruşmada salıverilmiştir. Başvurucu, 9 Ocak 1998'de isnat edilen suçlardan 1 yıl beş ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucu bu karara karşı Üst Mahkeme'ye başvurmuştur. Üst Mahkeme, 10 Kasım 1998'de kararı bozmuş ve dosyayı dava mahkemesine göndermiştir. Yeniden yapılan yargılamanın ardından 23 Temmuz 2002'de, başvurucu çalıntı arabayı alma suçundan iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Bu arada başvurucunun Ekim 1997'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na gönderdiği mektup cezaevi yetkilileri tarafından açılıp okunmuştur.

Başvurucu 22 Temmuz 1997'de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda 18 ay süren tutukluluğunun uzunluğundan, 23 Kasım 1996'dan sonra tutuklu kalmasının hukuka aykırılığından, 6 yıl altı ay süren ceza davasının uzunluğundan ve tutukluken mektubunun açılmasından şikâyetçi olmuştur. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Mahkeme önündeki iddialar

Başvurucu, 23 Kasım 1996'dan itibaren tutukluluğunun hukuka aykırı olduğunu, çünkü bu tarihten sonra tutukluluk için yargısal bir karar bulunmadığını ileri sürmüştür. Hükümet ise, başvurucunun 23 Kasım 1996'dan sonra tutukluluğunun, yerel mahkemenin ve Üst Mahkeme'nin 'sürekli denetimi'nde olduğunu ve başvurucunun salıverilme taleplerinin

yerel mahkeme tarafından 17 Kasım 1996, 25 Mart ve 28 Ağustos 1997 tarihlerinde ve buna itirazın da 15 Ocak 1997'de Üst Mahkeme tarafından reddedildiğini belirtmiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“57. Mahkeme, başvurunun yerel mahkemenin tutuklama kararının süresinin sona erdiği 23 Kasım 1996 ile başvurunun salıverilme talebinin reddedildiği 17 Aralık 1996 arasında, başvurunun tutulması için herhangi bir yargısal karar bulunmadığını kaydeder. Mahkeme ayrıca, 28 Mart 2000 tarihli *Baranowski - Polonya* kararında bir kimse aleyhinde ceza davasının açılmış olması nedeniyle tutukluluğunun sürmesinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından ‘hukuka uygun’ olmadığını ve bu hükmü ihlal ettiği sonucuna vardığını kaydetmiştir.

58. Mahkeme, mevcut davanın *Baronowski* davasından ayrı tutulması için bir sebep görmemektedir. Buradan çıkan sonuca göre, başvurunun 23 Kasım ile 17 Aralık 1996 tarihleri arasındaki tutukluluğu Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal eder”.

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[64-70]: Mahkeme, başvurunun 23 Mayıs 1996'dan salıverildiği 20 Kasım 1997 tarihine kadar on sekiz ay olan tutukluluk dönemini dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre tutukluluk süresinin makullüğü soyut olarak değerlendirilemez; her olayın özelliklerine bakılmalıdır. Belirli bir olayda tutukluluğun devamı, masumiyet karinesine rağmen, ancak bireysel özgürlüğe ağır basan gerçek bir kamu yararının bulunması halinde haklı görülebilir. Bir kimsenin tutukluluk süresinin makul olup olmadığını değerlendirmek, öncelikle ulusal yargısal makamlara düşer. Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesi ilkesine gereği gibi özen göstererek, bireysel özgürlüğe saygı kuralından ayrılmayı haklı gösterecek gerçek bir kamu yararının varlığının lehinde ve aleyhindeki olayları inceler ve bunları salıverilme taleplerini reddeden kararlarında gösterirler. Mahkeme, esas itibarıyla işte bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvuru tarafından salıverilme taleplerinde gösterilen olaylara dayanarak, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edilip edilmediğine karar verir. Bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliğinin devamı için olmazsa olmaz bir şarttır; fakat belirli bir süre geçtikten sonra, bu yeterli değildir. Böyle durumlarda Mahkeme, ulusal yargısal makamlar tarafından gösterilen diğer sebeplerin, özgürlükten yoksun bırakmanın devam ettirilmesini haklı kılp kıldığını ortaya koymalıdır. Bu sebepler ‘ilgili’ ve ‘yeterli’ olduğu takdirde, Mahkeme ayrıca ulusal makamların tutukluluk muhakemesine ‘özel bir özen’ gösterip göstermediklerini belirlemek zorundadır (*Labita*, §152-153).

Mevcut olayda Mahkeme, başvurucuya isnat edilen suçu işlediğine dair makul kuşkunun başlangıçta tutukluluğu haklı kılabileceğini düşünmektedir. Ancak iddianamenin dava mahkemesine sunulduğu 22 Kasım 1996'dan sonra, ulusal mahkemeler başvurunun tutukluluğunun devamını, özellikle kendisine verilebilecek cezanın ağırlığına dayanarak haklı göstermeye çalışmışlardır. Ancak suçun ağırlığı kavramına götüren bu tutuklama sebebi, başvurucuyu on sekiz ay tutuklu tutmak için ‘ilgili ve yeterli’ bir sebep değildir (*Jecius*, §94). Dahası başvuru, iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, hapis cezasının yarısını çektikten sonra şartla tahliyeden yararlanması halinde, cezaevinde geçireceği fiili süre tutukluluk süresinden daha kısa bir süre olacaktır. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

III. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[73-77]: Ceza davasının uzunluğu bakımından dikkate alınacak süre, başvurunun gözetilmesine alındığı 23 Mayıs 1996'da başlamakta ve Üst Mahkeme'nin başvurunun üst başvurusunu reddettiği 26 Kasım 2002 tarihinde sona ermektedir. Buna göre dava 6 yıl altı ay sürmüştür. Mahkeme'ye göre dava süresinin makullüğü, olayın içinde bulunduğu

özel şartlara bakılarak karara bağlanmalıdır. Bu olayda koşullar, bütüncül bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre dava karmaşık değildir. Ayrıca 22 Kasım 1996'dan 28 Ağustos 1997'ye kadar ve 8 Ekim 1999'dan 8 Ağustos 2000'e kadar duruşma yapılmamıştır. Bu durumda Mahkeme, mevcut olayda 6 yıl altı aylık süreyi 'makul' göremez. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 06(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

IV. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[78-84]: Mahkeme'nin elindeki kanıtlara göre ulusal makamlar, başvuruçunun 13 Ekim 1997 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na gönderdiği mektubu açıp okumuşlardır. Buna göre "kamu makamlarının bir müdahalesi" bulunmaktadır. Mahkeme, 4 Temmuz 2000 tarihli *Niedbala - Polonya* kararında, mahpusların mektuplarının kontrolüyle ilgili 1 Eylül 1998'den önceki Polonya mevzuatının, kamu makamlarına verilen takdir yetkisini kullanma tarzını makul bir açıklıkta göstermediğine karar verdiğini kaydetmiştir. Mevcut olayda *Niedbala* davasından ayrı düşünmek için bir sebep yoktur. Bu gerekçeyle, Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi tazminat talebinin reddine, ücretler ve masraflar için bir talepte bulunulmamış olması nedeniyle bu konuda bir hüküm vermenin gerekli olmadığına, manevi tazminat olarak 2,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLER MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

16.01.2007 27561/02 SOLMAZ - TÜRKİYE

◆ *tutukluluk süresinin makullüğü* (silahlı örgüt üyesi olmak suçu işlediği şüphesi ile birlikte suçun niteliği, delil durumu, dosya içeriği gibi basmakalıp ifadelerle gerekçesiz tutuklama ve tutuklamanın devamına karar verme ve tutukluluğun 7 yıl 2 ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (12 yıl on bir aydır süren yargılama) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuruçucu Sami Solmaz, 1966 doğumlu bir Türk vatandaşıdır.

Başvuruçucu, 23 Ocak 1994 tarihinde yasadışı silahlı bir örgüt olan TKP/ML (Türkiye Komünist Partisi/Marksist Leninist) faaliyetlerine katıldığı şüphesiyle İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi polisleri tarafından gözaltına alınmıştır.

Başvuruçucu, 7 Şubat 1994'te İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıcının önüne çıkarılmış ve tutuklanmıştır.

Savcı, 31 Mart 1994'te başvuruçucu ve diğer dört kişi aleyhine, yasadışı silahlı örgüte üyelik ve devletin anayasal düzenini yıkıcı faaliyetlerde bulunma suçlarından dava açmıştır. Aynı tarihlerde bir diğer DGM'de TKP/ML'nin bazı faaliyetlerine ilişkin başka bir dava

görüldüğünden görev uyuşmazlığı çıkmış, Yargıtay 14 Mart 1995'te başvurucular aleyhindeki davanın diğeri ile birleştirilmesine karar vermiş ve böylece sanık sayısı on altıya çıkmıştır.

Başvurucu bazı duruşmalara katılmamıştır.

Yargılama sırasında 48 duruşma oturumu yapılmış, her oturumun sonunda başvurucuların salıverilme talepleri, suçun niteliği, delil durumu ve dosya içeriği gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

12 Haziran 2000 tarihinde başvurucu ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Yargıtay 15 Mayıs 2001'de kararı usul yönünden bozmuştur. Dosya İstanbul DGM'ye geri dönmüş ve başvurucunun tutukluluğu devam etmiştir.

Yargılama 15 sanıkla yeniden başlamıştır. Başvurucunun avukatı 8 Şubat 2002'de başvurucunun sağlığının kötü olduğu gerekçesiyle salıverilmesini talep etmiştir. Avukat, başvurucunun Wernicke-Korsakoff hastalığı bulunduğu dair bir rapor sunmuştur. DGM, başvurucunun cezaevinde tedavi görebileceğini belirterek talebi reddetmiştir. Bu mahkeme ayrıca suçun niteliği, delil durumu ve dosya içeriğini gerekçe göstererek başvurucunun tutukluluğunun devamına karar vermiştir.

Başvurucunun avukatının itirazı üzerine aynı mahkeme 8 Şubat 2002 tarihli kararını yeniden incelemiştir. Bu mahkeme, 18 Şubat 2002'de, başvurucu hakkındaki sağlık raporuna dayanarak ve başvurucunun tutukluluk süresini göz önünde tutarak, başvurucunun tutukluluk süresinin uzatılmasına karar vermiştir.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 7 Mayıs 2004'te kaldırılmıştır. Başvurucuyla ilgili dava İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nde sürmüştür. Bu mahkeme, 17 duruşma daha yaptıktan sonra 31 Ocak 2005 tarihinde başvurucuyu eski TCK 146. maddesi gereğince ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiştir. Belirlenemeyen bir tarihte Yargıtay bu kararı bir kez daha bozmuştur. Yargılama İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde yeniden başlamış olup, halen devam etmektedir.

Başvurucu, 17 Haziran 2002 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Başvurucu uzun süre tutuklu kaldığından şikâyetçi olmuştur.

A. Dikkate alınacak süre

1. Mevcut içtihadın özetlenmesi

“23. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki 'mahkûmiyet' sözcüğünün hem suçun işlendiğinin hukuka uygun olarak ortaya çıkarılması anlamında bir suçluluk tespitini ve hem de hapis cezasına veya özgürlükten yoksun bırakan bir başka tedbire hükmedilmesini ifade ettiğini hatırlatır (*Van Droogenbroeck*, §35). İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararına kadar kişi tutuklu olsun veya olmasın, mahkûmiyet kararı ile birlikte hapsedilmesi, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine girer.

24. Dolayısıyla bir başvurucu, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre yargılama sürerken tutulanmış ise, isnat sadece ilk derece mahkemesi tarafından da olsa karara bağlandı gün, bu tutma biçimi de sona erer (*Wemhoff*, §9). Mahkeme ayrıca, mahkûm edildikten sonra üst başvurusu (temyizi) görülürken tutulmasının devam etmesinden şikâyetçi olan bir kimsenin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına dayanamayacağını, fakat muhtemelen

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki 'makul süre' şartının ihlal edildiğini iddia edebileceğini gözlemlemektedir (*aynı yer*).

25. *Wemhoff* kararında getirilen bu genel prensip, *B. – Avusturya* kararında (parag. 9) teyit edilmiştir. Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ile 5(1)(c) bendi arasında esaslı bir bağlantı bulunduğundan, ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edilip üst başvuru devam ederken tutulan bir kimse, bir suç işlediğinden makul kuşku üzerine kanunen yetkili bir makam önüne çıkarmak amacıyla tutulan bir kimse olarak görülemez.

26. Mahkûm edilen bir kimsenin, üst başvurusunun görülmesi sırasında hapis cezasını çekmeye başlamış olup olmadığı konusunda Sözleşmeciler Devletler arasında önemli farklılıklar vardır. Ne var ki Mahkeme *B. – Avusturya* kararında (§39) Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki bu önemli güvencelerin ulusal hukuk sistemlerine bağlı olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla bir üye devletin iç hukuku, bir hapis cezasının ancak üst başvuruların (temyiz) tamamlanmasından sonra kesin hale geleceğini öngörse bile, tutuklama, Sözleşme bakımından suçluluğun tespiti ve ilk derece mahkemesi tarafından cezanın verilmesiyle sona erer.

27. *Neumeister – Avusturya* davasında (parag. 6) başvuruçunun ilk tutukluluk dönemi, Komisyon'a başvuru tarihinden altı aydan daha uzun bir süre önce sona ermişti. Bu nedenle Mahkeme, bu ilk dönem tutukluluğun Sözleşme'ye uygunluğunu inceleyemeyeceğini kabul etmişti. Ancak Mahkeme, başvuruçunun mahkûm olması halinde, ilk dönem tutukluluğun da verilebilecek olan cezadan düşüleceğini ve dolayısıyla bunun beklenebilecek olan hapis cezası süresini fiilen indireceğini söylemişti. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçunun sonraki tutukluluğunun makullüğü değerlendirilirken, bu ilk dönemin de dikkate alınması gerektiğine karar vermişti (*aynı yer*). Mahkeme bunu yaparken, bir başvuruçudan aynı ceza davasında her bir tutukluluk döneminin sonunda Sözleşme organlarına tutukluluk süresinden şikâyet edeceği yeni bir başvuru yapmasını beklemenin aşırı bir şekilcilik olacağını belirtmişti (*Neumeister*, §7). Dahası Mahkeme, böyle bir şartın, aynı başvuru tarafından aynı şikâyetlerle ilgili değişik tutukluluk dönemleri için birden fazla başvuru yapmasının, Sözleşme sistemine aşırı yük getireceğini gözlemlemiştir (*aynı yer*).

28. Yukarıda yapılan açıklamalardan, aynı gün verilen *Wemhoff* ve *Neumeister* kararlarının birbirlerini tamamladıkları sonucuna varılabilir; birinci kararda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki sürenin ne zaman sona ereceği belirlenirken, ikinci kararda Sözleşme'nin 35(1). fıkrasındaki altı aylık süre kuralının uygulanması ve toplam tutukluluk döneminin hesaplanması açıklığa kavuşturulmaktadır.

29. Mahkeme, daha yakın tarihli kararlarda da aynı yaklaşımı izlemiştir. Mahkeme, bir sanığın yargılama sürerken iki veya daha fazla dönem tutuklu kalmış olması halinde, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'makul süre' güvencesinin, toplanan sürelerin bütüncül bir değerlendirmesini gerektirdiğini belirtmiştir (*Kemmache* (no. 1 ve no. 2), §44; *I.A. – Fransa*, §98; *Vaccaro*, §31-33; ve *Mitev*, §102). Bu davalarda *Neumeister* kararının aksine, altı aylık süre kuralına gönderme yapılmamıştır.

30. Ne var ki, yakın zamana kadar Türkiye ile ilgili davalarda Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından Mahkeme'nin yaklaşımı, yukarıdaki davalarda olduğundan biraz farklı olmuştur. Bir başvuru, ilk tutukluluk döneminin sona ermesinden altı aydan daha uzun bir süre sonra yapılmış ise, Mahkeme bu dönemlerle ilgili şikâyetlerin kabuledilebilir olmadığını beyan etmiştir. Bununla birlikte, son tutukluluk döneminin makullüğü hakkında karar verilirken, başvuruçunun tabi tutulduğu önceki tutukluluk dönemleri de dikkate alınmıştır (*Kalay*, §34; *Gıyasettin Altun*, §28; *Çiçekler*, §61; *Bahattin Şahin* [k.k.], no. 29874/96; ve *Köse* [k.k.], no. 50177/99).

31. Yine Mahkeme *Baltacı – Türkiye* kararında (parag. 44-46), altı aylık süre kuralından söz etmeksizin, toplam tutukluluk süresini bütüncül değerlendirme yaklaşımını yeniden getirmiştir.

32. Mahkeme, yukarıdaki içtihat özetlemesinden, bu tür davalarda altı aylık süre kuralının uygulanışıyla ilgili bir karmaşanın doğduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin eski kararların belirsiz bir süre geçtikten sonra yeniden sorgulanmalarını engelleme arzularını yansıtan bu kuralın, sadece davalı Hükümetin menfaatlerine değil, ama aynı zamanda kendi başına bir değer olan hukuki belirginlik ilkesine de uygun olduğunu hatırlatır. Bu kural, Sözleşme organları tarafından yapılan denetimin zaman bakımından sınırlarını çizmekte, hem bireylere ve hem de devlet yetkililerine artık daha ötesinin denetlenemeyeceği dönemi göstermektedir. Dolayısıyla Mahkeme, sırf Hükümet altı aylık kurala dayanan bir ilk itirazda bulunmadığı için bu kuralın uygulanmasını bir yana bırakamaz (*Walker [k.k.]*, no. 34979/97).

33. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Mahkeme, mevcut olaydaki inceleme vasıtasıyla, birden fazla tutukluluk döneminin bulunduğu olaylarda altı aylık süre kuralının Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından uygulanmasını açıklığa kavuşturmayı arzu etmektedir.”

2. Mevcut olaydaki yaklaşım

“34. Mahkeme mevcut olayda başvurucunun tutukluluğunun gözaltına alındığı 23 Ocak 1994'te başladığını gözlemlemektedir. Başvurucu İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından 12 Haziran 2000 tarihinde mahkûm edilinceye kadar, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından tutuklu kalmıştır. Bu tarihten Yargıtay'ın birinci derece mahkemesinin kararını bozduğu 15 Mayıs 2001 tarihine kadar, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki 'yetkili bir mahkeme tarafından mahkûmiyet kararından sonra' anlamında hapsedilmiştir; dolayısıyla bu dönem Sözleşme'nin 5(3). fıkrası dışında bir tutmadır (*B. – Avusturya*, §33-39; ve *Kudla*, §104). Başvurucu 15 Mayıs 2001'den salıverildiği 18 Şubat 2002 tarihine kadar, yine Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına göre tutuklu kalmıştır.

35. Mahkeme, iç hukuk yollarının bulunmaması halinde altı aylık süre kuralının şikâyet edilen eylemden itibaren başladığını kaydeder. Mahkeme, yine de yukarıda sözü edilen *Neumeister* kararındaki tespitleri ve özellikle aşırı biçimcilikten ve sadece başvurucu üzerine değil Sözleşme'nin denetim mekanizması üzerine de aşırı yük bindirmekten kaçınmanın gereğini vurgular (*Neumeister*, §7). Bu durum, özellikle, bir ceza davasının üst aşamada sürdüğü ve başvurucunun özgürlükten yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine göre de olsa devam ettiği mevcut olaydaki gibi hallerde geçerlidir.

36. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun birbiri ardına ve birden fazla tutulma dönemlerinin bir bütün olarak görülmesi gerektiği ve altı aylık sürenin son tutulma dönemin bittiği tarihten, yani mevcut olayda 18 Şubat 2002'den başladığı görüşündedir.

37. Ayrıca Mahkeme, Türk Ceza Kanunu'nun 63. maddesi gereğince, hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve kişinin özgürlüğünü kısıtlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş sürelerin, hükmolunan hapis cezasından indirileceğini kaydeder. Mahkeme, başvurucunun tutukluluk süresinin makullüğünü değerlendirebilmek için, Sözleşme'nin 5(3). fıkrası bakımından tutukluluk dönemlerinin toplamını bütüncül olarak ele almak durumundadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından mahkûmiyet kararından sonra hapsedildiği dönemi toplam özgürlükten yoksun bırakma döneminden çıkardıktan sonra, mevcut olayda dikkate alınacak sürenin yaklaşık 7 yıl 2 ay olduğu sonucuna varmaktadır.”

B. Tutukluluk süresinin makullüğü

1. Mahkeme içtihatlarındaki yerleşik ilkeler

“38. Mahkeme, tutukluluk döneminin makul olup olmadığının soyut olarak değerlendirilemeyeceğini hatırlatır. Bir sanığın tutuklu olarak kalmasının makul olup olmadığı, her bir olayda olayın içinde bulunduğu şartlara göre değerlendirilmek zorundadır. Belirli bir olayda tutukluluğun devamı, masumiyet karinesine rağmen, bireyin Sözleşme’nin 5. maddesiyle güvence altına alınmış bireysel özgürlüğüne saygı gereği karşısında daha ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığına dair belirtilerin bulunması halinde haklı görülebilir (*Kudla, §110-111*).

39. Belirli bir olayda bir sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle ulusal yargısal makamlara düşer. Bu amaçla ulusal yargısal makamlar, Sözleşme’nin 5. maddesindeki kuraldan ayrılmayı haklı kılacak sözü edilen kamu yararının mevcudiyeti konusunda lehte veya aleyhte ileri sürülen bütün olayları incelemek ve bunları salıverilme taleplerine ilişkin verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar. Aslında Mahkeme de Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edilip edilmediğine, işte bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvuru tarafından belgeli olarak söylenen şeylere dayanarak karar vermek durumundadır (*Labita, §152; Kudla, §110*).

40. Tutulan kişinin suç işlemiş olduğuna ilişkin duyulan makul kuşkunun sürmesi, o kişinin tutukluluğunun hukukiliği için olmazsa olmaz (sine qua non) şarttır; ancak bu koşul, belli bir süre geçtikten sonra yeterli olmaz. Böyle bir durumda Mahkeme, yargısal makamlar tarafından özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin devam edip etmediğini ortaya çıkarmak durumundadır. Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçeler ‘yerinde’ ve ‘yeterli’ ise, Mahkeme ayrıca ulusal makamların muhakeme sırasında ‘özel bir özen’ gösterip göstermediklerine bakmak durumundadır. Bu konuda soruşturmanın karmaşıklığı ve kendine özgü özellikleri, incelenmesi gereken faktörlerdir (*Scott, §102*).”

2. Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

“41. Mahkeme, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinin her duruşmanın sonunda başvuru tutukluluk durumunu ya re’sen veya başvuru talebi üzerine incelediğini gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme, önündeki dava dosyasından, İstanbul DGM’nin ‘suçun niteliği, delil durumu ve dosya içeriği’ gibi aynı basmakalıp (stereotyped) sözlerle, her duruşmanın sonunda başvuru tutukluluğunun devamına karar verdiğini kaydeder. Genel olarak ‘delil durumu’ ifadesi, suçluluk hakkında kuvvetli belirtinin varlığı ve devamı konusuyla ilgili bir faktör olabilir; ancak mevcut olayda tek başına başvuru şikâyetçi olduğu tutukluluğun uzunluğunu haklı kılmaz (*Letellier kararı; Tomasi kararı; ve Demirel, §59*).

42. Bu bağlamda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuru tutukluluğunun devamına ilişkin son kararında, başvuru o tarihte (mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme süresi dâhil) sekiz yıldan fazla süren tutukluluktan sonra salıverilmesinin ne ölçüde bir risk oluşturacağını açıklamamış olduğunu kaydeder.

43. Yukarıda anlatılanlar, Mahkeme’nin başvuru tutukluluğu için gösterilen gerekçelerin kendisinin yaklaşık yedi yıl iki ay tutuklu kalmasını haklı kılacak şekilde ‘yeterli’ ve ‘yerinde’ olmadığı sonucuna varmasına imkân vermektedir. Bu koşullarda, muhakemenin özel özenle yürütülüp yürütülmediğini incelemek gerekli değildir. 4

4. Buna göre Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.”

III. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[45-51]: Başvurucu hakkındaki muhakeme kendisinin gözaltına alındığı 23 Ocak 1994 tarihinde başlamış olup hala İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önünde devam etmektedir. Dolayısıyla muhakeme 12 yıl on bir aydır devam etmektedir. Mahkeme daha önce bu tür davalarda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 10,000 Euro, ücretler ve masraflar için 2,500 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

03.05.2007 74321/01 KOŞTI ve Diğerleri - TÜRKİYE

♦ *tutukluluğun hukukilik denetimi* (tutukluluğun devamı kararlarına karşı başvuru yollarının tüketilmediği itirazının reddi, tutukluluğa itiraz yolunun pratikte pek bir başarı şansı sunmaması ve sanık için gerçekten çekimeli bir usul getirmemesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (2 yıl üç ay süreyle basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devam etmesi), *ceza davasının uzunluğu* (2 yıl yedi ay süren ceza davası) ■ *kişi özgürlüğü* - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kabuledilebilirlik kriterleri - iç hukuk yollarının tüketilmesi - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuruculardan Osman Koştı 1981, Mehmet Koştı 1983 ve Hışman Öngör 1981 doğumlu olup, üç başvuru da Türk vatandaşlarıdır.

Başvurucular çeşitli kamu binalarına Molotof kokteyli atma eylemlerine karıştıkları şüphesiyle 19 ve 20 Şubat 1999 tarihlerinde gözaltına alınmışlar ve 23 Şubat 1999'da Suruç Sulh Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanmışlardır. Olay tarihinde ikinci başvuru 16, birinci ve üçüncü başvuru 18 yaşındadırlar.

Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, 23 Mart 1999'da başvuru ve başka dört kişi aleyhine, yasadışı PKK örgütünü destekleyici faaliyetlerde bulunmak amacıyla çeşitli kamu binalarına Molotof kokteyli attıkları iddiasıyla, (eski) TCK 168(2). fıkrasına göre dava açmıştır. Ceza davası, 7 Nisan 1999'da Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinde başlamıştır. DGM, 12 Mayıs 1999'da başvuru dinlemiş; başvuru, poliste, savcılıkta ve Sulh Ceza Mahkemesi'nde verdikleri önceki ifadeleri reddetmişlerdir. Başvurucular ayrıca yakalama ve keşif tutanaklarını reddetmişlerdir. DGM yakalama ve keşif işlemlerine katılan diğer kişiler ile tutuksuz yargılanan diğer kişileri dinlemeye karar vermiştir. DGM ayrıca başvuru Hışman Öngör ve diğer sanığın aslında 1986 doğumlu olduklarını iddia etmeleri üzerine, bu kişilerin yaş durumlarının belirlenmesini istemiştir. 12 Mayıs 1999 ile 22 Aralık 2000 tarihleri arasında DGM 15 duruşma yapmış ve çeşitli usul işlemlerine karar vermiştir. DGM 22 Aralık 2000 ve 20 Şubat 2001 tarihlerinde savcıda esas hakkındaki mütalaasını, sanıklardan da savunmalarını hazırlamalarını istemiştir.

DGM 10 Nisan 2001’de başvurucuların avukatının süre talebini kabul etmiştir. Bütün bu yargılama boyunca başvurucuların avukatı her defasında başvurucuların salıverilmelerini talep etmiştir. Avukat, başka şeylerin yanında, başvurucuların genç olduklarını ve eylemlerinin (eski) TCK 168(2). fıkra kapsamına girmediğini savunmuştur. DGM 29 Mayıs 2001 tarihine kadar, başvuruculara isnat edilen suçun niteliğini ve delil durumunu göz önünde tutarak bu talepleri reddetmiştir.

DGM, 29 Mayıs 2001’de 4616 sayılı Kanun gereğince hükmün ertelenmesine ve başvurucuların salıverilmelerine karar vermiştir. Bu karar 20 Eylül 2001’de Yargıtay tarafından onanmıştır.

Başvurucular 27 Mayıs 2001’de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvurarak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğine iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Kabul edilebilirlik

Hükümet Mahkeme’den, Sözleşme’nin 35(1). fıkrasına göre iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun reddedilmesini istemiştir. Hükümet, başvurucuların (eski) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 298. maddesi gereğince, tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz etmediklerini ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca, başvurucuların ulusal mahkemeler önündeki yargılamada davanın uzunluğuyla ilgili şikâyetle bulunmadıklarını belirtmiştir. Başvurucular, Hükümetin bu başlık altındaki itirazlarına özel bir cevap vermemişlerdir.

“18. Hükümetin itirazının ilk bölümüyle ilgili olarak Mahkeme, bir başvuruyu, Sözleşme’nin 35(1). fıkrası gereğince, uluslararası hukukun genellikle tanınmış kurallarına göre ancak bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra önüne getirilmesi halinde ele alabilir. Ancak Sözleşme’nin 35(1). fıkrasına göre, sadece mevcut ve yeterli olan hukuk yolları denenmelidir. Bu hukuk yollarının varlığı sadece teoride değil ama pratikte de yeterince belli olmalıdır; belli olmaması halinde bu hukuk yolları ulaşılabilirlik ve etkililik şartlarını taşımaz. Yetersiz ve etkisiz hukuk yollarına başvurma yükümlülüğü yoktur (*Cennet Aydın ve Mehmet Salih Aydın, §64*).

19. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda ispat külfetinin, iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia eden Hükümete düştüğünü hatırlatır; Hükümet, başvurucuların başvurmadıkları hukuk yolunu yeterli açıklıkla Mahkeme’ye göstermek ve bu hukuk yolunun o tarihte hem teoride ve hem de pratikte mevcut ve etkili olduğuna, yani ulaşılabilir olduğuna, başvurucuların şikâyetleri bakımından bir giderim sağlayabilir olduğuna ve makul bir başarı şansına sahip olduğuna Mahkeme’yi ikna etmek durumundadır (*Cennet Aydın ve Mehmet Salih Aydın, §65*). Ayrıca Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, Sözleşmeciler Devletlerin kurdukları insan haklarının korunma mekanizması bağlamında uygulanmakta olduğunun hesaba katılması gerektiğini hatırlatır. Buna göre Mahkeme, Sözleşme’nin 35(1). fıkrasının belirli ölçüde esneklikle ve aşırı biçimsellikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini kabul etmiştir (*Acunbay, §45*).

20. Mevcut olayda Mahkeme, dava mahkemesinin her bir oturum sonunda başvurucuların tutukluluk durumlarını ya re’sen veya başvurucuların talepleri üzerine incelediği kaydeder. Dolayısıyla Mahkeme başvurucuların iddia konusu uzun tutukluluklarını son erdirmeye ve Sözleşme’ye aykırılıktan kaçınma veya giderme imkânına sahip olmuştur (*Acunbay, §48; ve Tamer ve Diğerleri, §28*).

21. Mahkeme başvurucuların, değişikliğe uğrayan (eski) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 298. maddesi gereğince, Hükümetin dediği gibi, tutukluluğun devamı kararlarına karşı itirazda bulunabileceklerini kaydeder. Ancak Mahkeme, bu hukuk yolunun

etkili olduğu ve pratikte makul bir başarı şansı sunduğu konusunda Hükümetin görüşlerine aşağıdaki gerekçelerle katılmamaktadır.

22. Mahkeme, Türkiye'ye karşı bazı davalarda, başka şeylerin yanında, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin başvuruçuların tutukluluğunun devamı konusunda olayla bağlantısını açıklamadan aynı biçimsel gerekçeleri kullandıkları için Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini tespit etmiştir (*Hasan Ceylan kararı; Pakkan kararı; Gıyasettin Altun kararı; Tutar kararı; Mehmet Güneş kararı; Acunbay kararı; ve Tamer ve Diğerleri kararı*). Mahkeme bu koşullarda, bu tip basmakalıp gerekçelere karşı itirazın, başka bir makam önünde pek bir başarı şansına sahip olamayacağı kanaatindedir. Dahası, söz konusu itiraz usulü, kural olarak çekişmeli değildir ve duruşma yapılmaksızın karar verilmektedir (CMUK md 302(1)). Bu nedenle bu itiraz usulü, söz konusu özgürlükten yoksun bırakmaya uygun güvencelerden yoksundur (*Nikolova [BD], §58; ve Assenov ve Diğerleri, §162*).

23. Mahkeme, Sözleşme'nin 35(1). fıkrasına göre iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekleri ile keyfi özgürlükten yoksun bırakmaya karşı koruyucu sağlamayı amaçlayan Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının gerekleri arasında bir fark bulunduğunu kaydeder. Ancak, Mahkeme'nin istikrarlı içtihatlarının gösterdiği bu tür koruyucuların işlemediği veya eksik kaldığı hallerde, başvuruçudan yetersiz koruyucuları izlemesini beklemek, Sözleşme'nin ilkelerine aykırı düşecek ve 35(1). fıkrası altında aşırı bir şekilcilige yol açacaktır.

24. Ayrıca Mahkeme, mevcut olayda Hükümetin savunmalarının sadece konuyla ilgili kanun hükümlerini zikretmek suretiyle çok genel kaldığını kaydeder. Mahkeme, davalı Hükümetin gerekçelerindeki kusurları veya muğlaklığı düzeltmenin Sözleşme organlarına düşmediğini hatırlatır (*Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis, §35*). Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, Hükümetin bu başlık altındaki itirazını reddeder.

25. Başvuruçuların davanın uzunluğuyla ilgili olarak ulusal mahkemeler önünde şikâyetle bulunmadıklarına dair Hükümetin itirazı konusunda Mahkeme, benzer davalarda Hükümetin ilk itirazlarını incelediğini ve reddettiğini hatırlatır (*Mete, §18-19*). Mahkeme mevcut davada, yukarıdaki başvuruda yaptığı tespitlerden ayrılmasını gerektirecek özel koşulların bulunmadığını belirtir. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümetin itirazını bu yönden reddeder.

26. Mahkeme bu başvurunun Sözleşme bakımından önemli maddi ve hukuki sorunlar ortaya çıkardığı ve bunlar hakkında karar verilmesi için esastan incelemenin gerekli olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla Mahkeme, bu başvurunun Sözleşme'nin 35(3). fıkrası bakımından açıkça temelsiz olmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurunun kabuledilebilir olmadığına dair başka herhangi bir sebep ortaya koyulmamıştır.”

II. Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruçular, tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki 'makul süre' şartını aştığından şikâyet etmişlerdir. Hükümet, başvuruçuların tutukluluğunun suç işlediklerinden makul şüphenin varlığına dayandığını ve tutukluluğun yetkili makamlar tarafından büyük bir özenle ve o tarihte yürürlükteki hukukun gereklerine göre periyodik olarak denetlendiğini savunmuştur. Hükümet, başvuruçulara isnat edilen suçun ağırlığına ve tutukluluğun devamına karar verilmesinin suçun işlenmesini önlemek ve kamu düzenini korumak için gerekli olduğuna işaret etmiştir. Başvuruçular ise kendi iddialarını sürdürmüşlerdir.

“30. Mahkeme dava dosyasındaki materyallerden, Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuruçuların tutukluluk durumlarını ya re'sen veya başvuruçuların talebi üzerine her du-

ruşmanın sonunda ele aldığı kaydeder. DGM her defasında ‘suçun niteliğini, delil durumu ve dosya içeriği’ gibi, tamamen aynı ve basmakalıp terimlerle tutukluluğun devamına karar vermiştir. Genel olarak ‘delil durumu’ ifadesi, suçluluğun ciddi belirtilerinin bulunmasıyla ilgili bir faktör olabilir, ancak mevcut olayda yine de tek başına, özellikle başvurucuların yaşları dikkate alındığında, 2 yıl üç ay gibi bir tutukluluk süresini haklı kılmaz (*Selçuk, §34-36; Letellier kararı; Tomasi kararı; Mansur, §55*).

31. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası ihlal edilmiştir.”

III. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

“**35.** Mahkeme dikkate alınacak sürenin, başvurucuların gözaltına alınıp tutuklandıkları 19 Şubat 1999 tarihinde başlayıp, Yargıtay’ın ilk derece mahkemesinin kararını onadığı 20 Eylül 2001’de sona erdiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla bu dönem, iki derecede toplam 2 yıl yedi aydır.

36. Mahkeme bütün bir yargılama dönemini inceledikten sonra ve davanın biraz karmaşık olduğu, sanık sayısını ve iki yargı yerinde ele alındığını göz önünde tutarak, ilk derece mahkemesinin sanıkların yaşlarını tayin etmek için birkaç duruşmayı ertelemiş olmasının davayı biraz uzatmış olmasına rağmen, mevcut olayda yargılamanın uzun olmadığı kanaatinde. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının davaların hızla görülmesini gerektirmekle birlikte, düzgün bir şekilde adalet dağıtılmasına ilişkin genel ilkeleri de vurguladığını hatırlatır (*Gast ve Popp, §75*). Mahkeme, temyiz aşamasında önemli bir gecikmenin bulunmadığını kaydeder.

37. Olayın içinde bulunduğu özel şartları göz önünde tutan Mahkeme, bu davada Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki ‘makul süre’ şartına uyulduğunu tespit etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının davanın uzunluğu bakımından ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.”

IV. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak her bir başvurucuya 3,000 Euro olmak üzere 9,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 1,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun geri kalan kısmının kabuledilebilir olmadığına;
2. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlaline;
3. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

HAPSETME

08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA

◆ *hapisliğin hukukiliği - oda hapsi cezası* (asker kişilerden bazılarına komutan tarafından Sözleşme’de bulunmayan ancak iç hukukta askeri disiplin cezaları arasında yer alan oda hapsi cezası verilmesi), *kişi özgürlüğüne müdahale - göz hapsi cezası* (asker kişilere verilen göz hapsi cezalarının günlük işlerini yapmaktan alıkoymaması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma*

DAVANIN ESASI

Başvurucular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvuruda buldukları sırada Hollanda ordusunda farklı rütbelerde mecburi askerlik görevlerini yapan kişilerdir.

Başvuruculara ayrı olaylarda askeri disipline aykırı davrandıkları gerekçesiyle üstleri tarafından çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Başvurucular, bu cezalar hakkında disiplin subayına ve son olarak Yüksek Askeri Mahkeme'ye itirazda bulunmuşlardır. Askeri Mahkeme itirazda konu olan kararları esas itibarıyla onaylamış, ancak iki olayda verilen cezaları indirmiştir.

Askeri disiplin ceza ve tedbirleri, 1903 sayılı yasada düzenlenmiştir. Cezaların uygulanışı, faillerin rütbesine göre değişmektedir.

Olayda birinci başvuru Engel'e, birlik komutanı, dört gün hafif göz hapsi cezası vermiştir. Başvurucu, astsubayların hafif göz hapsi cezalarını evde çektiklerini düşünerek o geceyi evinde geçirmiştir. Ertesi gün birlik komutanı, bir önceki cezaya uymadığı gerekçesiyle başvurucuya üç gün sıkı göz hapsi cezası vermiştir. Başvurucu, yine kışlayı terk ederek evine gitmiştir. 20 Mart Cumartesi günü başvuru, askeri inzibat tarafından gözaltına alınmış ve iki gün süreyle ağır göz hapsi biçiminde geçici hapislikte (provisionally arrest) tutulmuştur. 22 Mart Pazartesi günü birlik komutanı, önceki cezalara aykırı davrandığı gerekçesiyle başvurucuya üç gün ağır göz hapsi cezası vermiştir. Bakanlık emri ile bu cezaların infazı, başvurunun 24 Mart'taki doktora sınavı sonrasında bırakılmıştır. Başvurucu, kendisine verilen cezalara karşı disiplini subayına itirazda bulunmuştur. Disiplin subayı, 5 Nisan'da verdiği kararda cezaları hafifletmiştir. Disiplin subayı ayrıca, başvurucuya verilen üç günlük ağır göz hapsi cezasını iki güne indirmiş ve başvurunun tutulduğu süreyi cezadan saymıştır.

Başvurucu, bu cezaları 7 Nisan'da Yüksek Askeri Mahkeme'de temyiz ederken, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Askeri Mahkeme, başvurucuyu dinledikten ve savcılığın görüşünü aldıktan sonra 23 Temmuz'da cezaları onamıştır. Askeri Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine dayanarak, başvurunun tutulmasının hukuki olduğunu ve kendisinin hukuken öngörülmuş bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla tutulduğunu belirtmiştir. Askeri Mahkeme'ye göre 1903 tarihli yasa ve tüzükler, her askeri, disiplinin sağlanmasında işbirliği yapma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Buna göre, başvurucuya verilen iki günlük ağır göz hapsi cezası, kendisinin bu yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak üzere verildiğinden, Sözleşme'ye uygundur. Başvurucu, bu davanın hiçbir aşamasında hukuk öğrenimi görmüş bir kimsenin yardımını almamıştır; dava dosyasından başvurunun böyle bir yardım isteyip istemediği anlaşılamamaktadır.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuştur. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Hükümet, Komisyon ve başvurucular, Sözleşme'nin sadece sivil şahıslara değil, kural olarak silahlı kuvvetler mensuplarına da uygulanacağı konusunda hemfikirdirler.

[54-54]: Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 1 ve 14. maddelerinde, Sözleşmeciler Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan 'herkesin', 'ayrımcılığa tabi tutulmadan', Sözleşme'nin Birinci Bölümünde yer alan haklardan yararlanacakları belirtilmektedir. Askeri hizmetleri zorla ve zorunlu çalışmadan hariç tutan 4(3)(b) bendi, daha sonra genel bir kural olarak Sözleşme'deki güvencelerin askerleri de kapsayacağını teyid etmektedir. Bu, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün silahlı kuvvetler mensupları tarafından kullanılmasında Devletin özel sınırlamalar getirebilmesine imkân tanıyan 11(2). fıkrası bakımından da geçerlidir. Bununla beraber Mahkeme, bu davada Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması sırasında, askeri yaşamın özelliklerini ve silahlı kuvvetler mensuplarının durumu üzerindeki etkilerini göz önünde tutmalıdır.

I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

A. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının tek başına ihlali iddiası

Başvurucuların hepsi, kendilerine verilen disiplin cezalarının ve uygulanan tedbirlerin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

1. Askerlik hizmeti bağlamında kişi özgürlüğü

[57-59]: Mahkeme'ye göre, askeri disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine koyulamayacak sınırlamaların silahlı kuvvetler mensuplarına koyulabilmesine imkân verir. Askeri disiplin sisteminin varlığı, kendiliğinden Sözleşmecî Devletlerin yükümlülüklerine aykırı düşmez. Bununla beraber askeri disiplin, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının kapsamı dışında da değildir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, 1. ve 14. maddelerle birlikte yorumlanmalıdır. Ayrıca Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında gösterilen özgürlükten yoksun bırakma şartları sınırlı sayıdadır; bu fıkradaki 'aşağıdaki haller dışında' ifadesi, özgürlükten yoksun bırakma hallerinin sınırlı sayıda olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, bir disiplin cezası veya tedbiri, sonuç olarak, 5(1). fıkrasını ihlal edebilir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, kişi özgürlüğü terimini kullanırken, bu terimi klasik anlamıyla, yani kişinin fiziksel özgürlüğü biçiminde düşünmüştür. Bu fıkranın amacı, bir kimseyi keyfi bir tarzda özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumaktır. Bu fıkranın, Dördüncü Protokol'ün 2. maddesindeki sadece seyahat özgürlüğü üzerine getirilen kısıtlamalarla bir ilgisi yoktur. Bu durum, 5. maddede 'özgürlükten yoksun bırakma', 'gözüne alma'; 'tutma' terimlerinin kullanılmasından da anlaşılmalıdır. Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlükten yoksun bırakılmış olup olmadığı tespit edilirken, kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut şartlardır. Askerlik hizmetleri, Sözleşme'nin 4(3)(b) bendinde açıkça öngörüldüğünden, kendiliğinden Sözleşme'deki kişi özgürlüğüne aykırı düşmez. Ayrıca, askerlik hizmetlerinin gerekleri, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilir ve bu suretle getirilen kısıtlamalar 5. madde kapsamına girmez. Her devlet, kendi askeri disiplin sistemini düzenlemekle yetkili olup, bu işlemi yaparken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 5. maddesinin devletlerden aşmamalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma oluşturabilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişilere uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma niteliğine sahip olmayabilir. Bununla beraber bu tür bir ceza veya tedbir, Sözleşmecî Devletlerin silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini aldığı anda, Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerinden kurtulamaz. Bunun böyle olup olmadığını tespit etmek için, tartışma konusu ceza veya tedbirin niteliği, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi çeşitli faktörler dikkate alınmalıdır. Bu gerekçeyle - Md 05: uygulanabilir olduğuna

2. Mevcut davada özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı sorunu

[60-66]: Mahkeme'ye göre, üç dört günlük hafif göz hapsi, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz; çünkü bu ceza alanların mesai saatleri dışında askeri binalarda kalma zorunlulukları varsa da, bu kişiler kilit altında tutulmamakta ve görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Bu kişiler az veya çok askeri yaşamın olağan sistemi içinde kalmaya devam etmektedirler.

Mahkeme'ye göre, sıkı göz hapsi, kışla içinde belirlenmiş bir alanda bulunma şeklinde uygulanmaktadır. Bu kişiler, kantine, tesis içindeki sinemaya veya gezinti yerlerine gidememektedirler. Ancak bu kişiler de kilit altında değildir. Başvuruculardan birine verilen 12 günlük sıkı göz hapsi de özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz.

Mahkeme'ye göre, 1974 yılında yapılan değişiklikle kaldırılmış olan ağır göz hapsi alan astsubay ve erler, gündüz ve gece bir odada kilit altında tutulmaktadırlar; dolayısıyla normal

görevlerini yerine getirememektedirler. Bu nedenle ağır göz hapsi özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaktadır. Mahkeme'ye göre, birinci başvurucuya uygulanan geçici hapislik, iki gün gibi kısa sürmesine rağmen, ağır göz hapsi ile aynı şartları içerdiğinden, özgürlükten yoksun bırakma sayılır.

İki başvurucuya uygulanan ve 1974'te kaldırılan disiplin odasında hapislik, Hollanda ordusunda uygulanan disiplin cezaları içinde en ağır olanıdır. Bu ceza, erlere, bir disiplin davasından sonra verilmektedir. Bu ceza, Ceza Kanunu'na göre mahkûm olanlar ile birlikte tutulma şeklinde infaz edilmektedir. Kendileri bir ay veya daha fazla süreyle binayı terk edememektedirler. Bu ceza, üç aydan altı aya kadar sürebilmektedir. Süre bakımından diğer cezalara göre daha fazladır. Ayrıca bu cezayı alan iki başvurucu, geceleri bir odada kilit altında tutulmuşlardır. Bu nedenle, bu ceza da özgürlükten yoksun bırakma oluşturur.

Öte yandan iki başvurucuya, söz konusu disiplin odasında hapislikten önce, yaklaşık bir ay kadar sıkı göz hapsi uygulanmış olup, bu özgürlükten yoksun bırakma sayılmaz. Mahkeme, başvuruculardan Engel ile van der Wiel'e uygulanan hafif göz hapsi, Wit'e uygulanan sıkı göz hapsi, Dona ve Schul'a uygulanan geçici hapisliğin, kişi özgürlüğüne müdahale, yani özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaması nedeniyle, bunları daha fazla incelemeye gerek görmemektedir. Öte yandan, başvurucu Engel'e uygulanan iki günlük geçici hapislik, kendisine verilen ve Yüksek Askeri Mahkeme tarafından onanan iki günlük ağır göz hapsi cezası yerine sayılmıştır. Bu son geçici hapislik ile disiplin odasında hapis cezaları kişi özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır.

3. Mevcut davadaki özgürlükten yoksun bırakmaların Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluğu sorunu

Hükümet, Dona ve Schul'un disiplin odasında hapislikleri ile Engel'in geçici hapisliğinin, Sözleşme'nin 5(1)(a) ve (b) bendlerine uygun olduğunu ileri sürmüştür.

(a) Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine uygunluk

[68–68]: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi, 'yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararından sonra kişinin hukuka uygun olarak hapsedilmesi' imkânını vermektedir. Bu hüküm, kişinin suçlu bulunduğu eylemin hukuki niteliğine dayanan bir ayırım yapmamaktadır. Bu hüküm, bir 'mahkeme'nin verdiği 'mahkûmiyet' kararının, ulusal hukuk tarafından ceza veya disiplin hukukuna sokulmuş olup olmamasına bakılmaksızın, özgürlükten yoksun bırakmaya yol açan her türlü mahkûmiyet kararına uygulanır. Mahkeme'ye göre olayda Dona ve Schul'a komutanın verdiği ceza temyiz edildiği için, 1903 sayılı Yasanın 64. maddesine göre Yüksek Askeri Mahkemenin kararına kadar infaz edilmemiştir. Yüksek Askeri Mahkemenin mahkûmiyet kararından 'sonra' özgürlüklerinden yoksun kalmışlardır.

Bu mahkûmiyet kararı Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi anlamında 'yetkili mahkeme' tarafından mı verilmiştir? Askeri Mahkeme, organizasyon açısından bir mahkemedir. Dört asker üye hukuken görevlerinden alınabilirler; ancak asker üyeler, sivil üyeler gibi 'mahkeme' kavramının içerdiği bağımsızlığa sahiptirler. [68] Dava dosyasında, Dona ve Schul'un Yüksek Askeri Mahkeme önündeki yargılamada Sözleşme'nin 5(1)(a) bendindeki yargılama güvencelerden yararlanamadıklarını gösteren her hangi bir şey yoktur. Kaldı ki, 5(1)(a) bendindeki şartlar, her zaman Sözleşme'nin 6. maddesindeki şartlar kadar geniş değildir. Yargılamanın yapıldığı özel nitelikteki şartlar dikkate alındığında, başvuruculara sağlanan güvenceler Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından yeterlidir. Sonuç olarak, verilen ve uygulanan cezalar hukuka uygun olup, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki 'hukuken öngörülen usule göre' verilmişlerdir.

Bu nedenlerle Mahkeme, bu iki başvurucu bakımından yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

(b) Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygunluk

[69-69]: Hükümet, başvurucu Engel'e uygulanan iki günlük geçici hapisliğin, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki 'hukuken öngörülmüş bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak' amacıyla 'hukuka uygun bir tutma' olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre, 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirmek' ifadesi sadece, hukukun bir kimseyi, o güne kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlülüğün yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verildiği durumlarla ilgilidir. Bu ifadenin geniş yorumlanması, Sözleşme'nin esin kaynağı olan hukukun üstünlüğü kavramı ile bağdaşmaz. Engel'in geçici hapisliği, bir yükümlülüğün ileride yerine getirmesini sağlamak için düşünülmemiştir. 'Astların askeri disipline karşı ciddi bir suç işlediğine dair yeterli belirtilerin' bulunması halinde uygulanan 1903 sayılı yasanın 44. maddesi, geçmişteki fiillere gönderme yapmaktadır. Bu maddedeki tedbir, askeri disiplin yargılamasına geçiş aşaması olarak düzenlenmiş olup cezai bağlamda yer almaktadır.

Mahkeme'ye göre, Engel'in geçici hapisliğine dair tedbir, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde sözü edilen tedbire benzemektedir. Ancak olayda uygulanan bu tedbir, (c) bendinin şartlarını yerine getirmemektedir; çünkü Engel, 20-22 Mart tarihleri arasında, kendisini 'kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla' tutulmuş değildir.

Engel'in geçici hapisliği Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından da 'hukuka uygun tutma' değildir; çünkü 1903 sayılı yasanın 45. maddesine göre azami tutma süresi 24 saat iken, kendisi 22-30 saat fazla tutulmuştur.

Hükümete göre, disiplin subayı, Engel'in tutulduğu süreyi, 5 Nisan 1971'de verilen ve Yüksek Askeri Mahkeme tarafından 23 Haziran 1971'de onaylanan iki günlük ağır göz hapsi cezasından sayarak, bu uygunsuzluğu gidermiştir. Mahkemenin içtihatlarına göre, tutulma süresinin daha sonra verilen cezadan indirilmesi, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalini ortadan kaldırmaz; olsa olsa 50. madde bakımından verilen zararı azaltmak bakımından bir sonuç doğurabilir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurusunun 20-22 Mart 1971 tarihlerinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, Sözleşme'deki 5(1). fıkrasında 'aşağıdaki haller' ve 'hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça' terimleriyle güvence altına alınan keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin, Engel'in (ikinci cezası) ve Van der Wiel'in hafif göz hapsi cezaları bakımından uygulanabilir olmadığına;
2. Bire karşı on iki oyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin, Wit'in sıkı göz hapsi veya Dona ve Schul'un geçici sıkı göz hapsi cezaları bakımından da uygulanabilir olmadığına;
3. İkiye karşı on bir oyla, Dona ve Schul'un disiplin birimine kapatılma cezası bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
4. Dörde karşı dokuz oyla, Engel'in geçici olarak ağır göz hapsi cezası Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki bendlere girmediğinden, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
5. Üçe karşı on oyla, yine cezanın 27 Nisan 1903 tarihli Hollanda Askeri Disiplin Yasasının 45. maddesinde belirtilen 24 saatlik süreyi aşması nedeniyle Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
6. Oybirliğiyle, Dona ve Schul'un disiplin birimine kapatılmaları ile Engel'in geçici hapisliği nedeniyle, birlikte ele alınan Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ile 14. maddesinin ihlal edilmediğine; ...

KARAR VERMİŞTİR.

06.11.1980 7367/76 GUZZARDI - İTALYA

◆ *hapishliğin hukukiliği - zorunlu ikamete tabi tutma* (bir adanın 800 metre çaplı bir alanında açık cezaevinde tutulmaya benzer şekilde mahkeme kararıyla zorunlu ikamete tabi tutulma) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma

DAVANIN ESASI

Bir İtalyan vatandaşı olan başvuru Guzzardi, 8 Şubat 1973'te gözaltına alınmış ve bir işadammın fidiye amacıyla kaçırılması olayına karıştığı gerekçesiyle tutuklanmıştır. Başvurucu, tutuklu bulunduğu dönemde evlenmiş ve bir çocuğu olmuştur. Başvurucunun tutukluluğu, Ceza Muhakemesi Kanununun 272. maddesine göre iki yıldan daha fazla süremeyeceği için, 8 Şubat 1975 tarihinde sonra ermiştir.

Tutukluluk döneminin sona erdiği gün, başvuru Milan'dan alınıp polis eşliğinde Sardunya ada şehrine bağlı Asinara Adası'na götürülmüştür. Çünkü 23 Aralık 1974'te Milan Emniyet Müdürlüğü'nden Savcılığa gönderilen raporda, başvuru 1956 ve 1965 tarihli yasalarda öngörülen 'özel gözetim' tedbirlerine tabi tutulması tavsiye edilmiştir. Savcı bu tavsiyeye uyarak, 14 Ocak 1975'te Milan İkinci Ceza Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu mahkeme, 30 Ocak'ta verdiği kararda başvuru üç yıl süreyle özel gözetim altında tutulmasına, bu çerçevede, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenmiş olan Asinara Adası'nda zorunlu ikamet etmesine dair karar vermiştir. Bu mahkeme ayrıca, başvuru, burada bir ay içinde kendisine iş bakmasına, belirlenen yere yerleşmesine, adresinden yetkili makamları haberdar etmesine, belirlenen yeri izinsiz terk etmemesine; günde iki kez yetkili makamlara görünmesine ve istendiği zaman gelmesine; kanuna uygun ve kuşku çekmeyecek bir yaşantı sürmesine; mahkûm olmuş ve önleyici veya güvenlik tedbirlerine tabi kişilerle ilişki kurmamasına; yetkililere önceden haber vereceği istisnai durumlar hariç, ikametinden sabah saat 7'den önce çıkmamasına ve akşam saat 10'dan daha geç vakte kadar dışarıda kalmamasına; silah bulundurmamasına ve taşımamasına; sık sık barlara veya gece kulüplerine gitmemesine ve açık toplantılara katılmamasına; her defasında telefon edeceği kişiyi ve telefon numarasını ve telefon edeceği ve kendisine gelecek şehirlerarası telefonun zamanını yetkililere önceden bildirmesine karar vermiştir.

Başvurucunun bu karara karşı yaptığı üst başvuru ve temyiz olumsuz sonuçlanmıştır.

Başvuru, üç yıllık zorunlu ikamet süresinin sona erdiği 8 Şubat 1978 tarihine kadar Force'da kalmıştır. Başvurucunun zorunlu ikamete tabi tutulduğu Asinara toplam 50 kilometre karelik bir ada olup, bunun sadece iki buçuk kilometre karelik denize açık bir bölümü zorunlu ikamete tabi tutulanlara ayrılmıştır. Adanın yüzde doksanlık bir bölümünde bir hapisane bulunmaktadır. Bu ada idari bakımdan Sardunya'ya bağlı küçük bir ilçe olan Porto Torres'ye bağlı olup, Sardunya'ya vapurla bir saat mesafededir. Bu adada daimi oturanlar 200 kişi kadardır; bu nüfusu hapisane görevlileri, onların aileleri, öğretmenler, bir rahip, postane çalışanları ve birkaç esnaf oluşturmaktadır. Zorunlu ikamete tabi tutulanların bulunduğu mevkide (Cala Reale) bir okul, küçük bir kilise ve tutulanların günde iki kez görünmek zorunda oldukları polis karakolu gibi bazı binalar bulunmaktadır.

Hükümete göre, burada zorunlu ikamete tabi tutulanlar, kendilerine ayrılan iki buçuk kilometre karelik alanın her yanına gidebilirler ve adanın her yerini dolaşabilirler. Başvurucuya göre ise, buradaki polis zorunlu ikamet alanını 800 metre çapındaki bir bölgeyle sınırlamıştır. Zorunlu ikamete tabi tutulanlar daimi ikamet edenlerin bölgesine girememektedirler; sağlık ve ailevi sebepler ile adli makamların çağırması halinde polis sıkı nezaretinde Sardunya Adası'na gidebilmektedirler. Zorunlu ikamete tabi tutulanlar,

eskiden sağlık merkezi olan iki ana binada oturmaktadırlar; bu binalar büyük olup bir veya iki yataklı odalardan oluşmaktadır. Üçüncü bir bina, aileleriyle kalanlara ayrılmıştır; burada bir yatak odası ve bir mutfağı bulunan iki daire vardır.

Başvurucu yalnız veya ailesi ile birlikte olmasına göre, ya ana binalarda veya bu dairelerden birinde kalmıştır. Akşam saat 10'dan sonra sabah saat 7'den önce bu binalardan çıkamaz; sadece gereklilik halinde ve yetkililere önceden haber vermek koşuluyla çıkılabilir. Başvurucuya göre bu binalar, bakımsızlıktan metruk yapı görünümündedirler. Hükümete göre, burada kalanlardan bazılarının buraları kırıp dökmelerine kadar, buraları oturulabilir yerlerdi.

Başvurucunun şikâyet ettiği muamelenin hukuki dayanağı, 27 Aralık 1956 tarihli ve 1423 sayılı yasa ile 31 Mayıs 1965 tarihli ve 575 sayılı yasalardır. 1956 tarihli yasa, 'güvenliğe ve genel ahlaka karşı tehlike gösteren kişiler' hakkında alınabilecek çeşitli önleyici tedbirleri (preventive measures) düzenlemektedir. Bu yasanın birinci maddesine göre, yasa, diğer kişilerin yanında, çalışabilecek durumda olan boşta gezenlere ve kronik serserilere, kanun dışı işlerle sık sık ve nam salacak biçimde ilgilenen kişilere ve davranışları ve yaşama tarzı nedeniyle suça eğilimli bir çevrede yaşamayı alışkanlık haline getirmiş olan veya davranışları suça eğilimli bir kişi olduğu izlenimi veren kişilere uygulanır. Emniyet Müdürlüğü, böyle kişilere, gittikleri yolu düzeltmeye çağırın ve düzeltmedikleri takdirde daha sonraki maddede öngörülen tedbirlere başvurulacağını belirten bir 'uyarı' yazısı gönderebilir. Başvurucuya 26 Eylül 1967 tarihli böyle bir uyarı yazısı gönderilmiştir. Kamu düzenine ve genel ahlaka karşı tehlike gösteren kişilerin ikametgâhlarının dışına çıkmaları halinde, Emniyet Müdürlüğü onları geri gönderebilir ve önceden izin almadan ve üç yıllık süre doluncaya kadar çıkarıldıkları bölgeye dönmelerini yasaklayabilir; buna uymama bir aydan altı aya kadar cezayı gerektirir. Kamu düzenine veya genel ahlaka karşı tehlike gösteren kişiler, uyarıya rağmen gittikleri yolu düzeltmemeleri halinde, yasanın üçüncü maddesine göre özel bir polis gözetimi altına konabilirler; gerektiği takdirde bu tedbir, bu kişinin bir veya birden fazla il veya ilçeye girmemesi şeklinde bir tedbirle birlikte uygulanabilir; ciddi surette tehlikeli kişiler hakkında belirli bir bölgede zorunlu ikamete tabi tutulma kararı verilebilir.

Bu tedbirlere, büyük şehir mahkemeleri karar vermeye yetkilidir; bu karar Emniyet Müdürlüğü'nün mahkeme başkanına gerekçeli bir yazıyla başvurusu üzerine verilir; mahkeme heyet halinde toplanarak 30 gün içinde karar verir; mahkeme önce savcılık makamını, sonra ilgili kişiyi dinler; ilgili kişi yazılı sunuş yapabileceği gibi avukatla da temsil edilebilir. Taraflar bu karara karşı 10 gün içinde itirazda bulunabilirler; itirazın kararı durdurucu etkisi yoktur; Üst Mahkeme gerekçeli bir karar verir. Bu mahkemenin kararı da temyize tabidir; Temyiz Mahkemesi 30 gün içinde karar verir. Yasanın 3. maddesindeki tedbirlere karar verecek olan mahkeme, bir yıldan az beş yıldan çok olmamak üzere, bu tedbirlerin ne kadar süre uygulanacağını belirtir ve ilgili kişinin uyması gereken talimatları gösterir. Bu mahkeme, bu olaydaki gibi, suça eğilimli şekilde yaşayan şüpheli olduğu için özel gözetim tedbirine tabi tutulan bir kimseye, diğer talimatların yanında, iş araması ve ikametgâhını belirlemesi talimatı verir ve polis mahkemeye haber vermeden bu kişiyi bırakmamasını ister. Başvurucu gibi zorunlu ikamete tabi tutulan kişilere, gözetim makamlarına haber vermeden evinden ayrılmama ve belirlenen günlerde ve istendiği her zaman polise görünme talimatı verilebilir; böyle kişilere taşınmaları ve istendiği zaman göstermeleri gereken bir kart verilir. Emniyet Müdürlüğü, söz konusu tedbirleri uygulamakla görevlidir. Tedbir kararları, ilgili kişinin talebi üzerine ve polisin görüşü alındıktan sonra, artık uygulanmasına gerek olmadığı gerekçesiyle değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

Özel gözetime bağlı tedbirlere veya zorunlu ikamet tedbirinin doğurduğu yükümlülüklerle uymayan kişilere, önce üç aydan bir yıla kadar, sonra altı aydan iki yıla kadar 'tutma'

cezası verilebilir. 1965 tarihli yasa, bu hükümlerin mafyaya karşı uygulanmasını da getirmiştir. Bu yasanın birinci maddesine göre yasa, başvuru gibi, hakkında mafya tipi örgütlere katıldığı konusunda kuşku duymak için kuvvetli sebepler bulunan kişilere de uygulanır. Savcı, daha önce kendisine ‘uyarı’ verilmemiş böyle bir kimse hakkında da önleyici tedbirlerin uygulanmasını isteyebilir; kararı mahkemeler verir; bu yasanın 5. maddesine göre, zorunlu ikamete tabi tutulan yerden izinsiz olarak ayrılmanın cezası, altı aydan iki yıla kadar ‘tutma’dır.

Başvuru İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurmuştur. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir. Başvuru yaptığı başvuruda kişi özgürlüğünün ihlalden söz etmemiş olmasına rağmen, İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkeme, olayları re’sen nitelendirmiş ve konuyu Sözleşme’nin 5. maddesi açısından da ele almışlardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Esas

Mahkeme önce olayda kişi özgürlüğüne bir müdahale bulunup bulunmadığını, yani olayda özgürlükten yoksun bırakma olup olmadığını, daha sonra Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki hükümlere aykırılık olup olmadığını incelemiştir.

B. Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

1. Mevcut olayda bir özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı

[90-95]: Kişi özgürlüğünden yoksun bırakma bulunup bulunmadığı konusunda Komisyon, başvuruçunun Asinara’da Sözleşme’deki anlamıyla kişi özgürlüğünden yoksun kaldığı görüşündedir. Komisyon, başvuruçunun tutulduğu alanın çok küçük olmasına, hemen hemen her zaman gözlem altında bulunmasına, sosyal ilişki kuramamasına ve Cala Reale’de kaldığı sürenin uzunluğuna özel bir önem vermiştir.

Hükümet, Komisyon’un bu analizine karşı çıkmıştır. Hükümete göre, yukarıdaki faktörler, bir adada zorunlu ikamete tabi tutulanların durumunu İtalyan hukukuna göre mahpusların durumu ile karşılaştırabilme imkânı vermemektedir. Hükümete göre, özgürlüğün ayırıcı niteliği ayrılan alandan çok, bu alanın kullanılabilirliğidir ki, İtalya’nın bir bölgesinde iki buçuk kilometre karelik alandan daha küçük alanlar da vardır; başvuruçunun oturduğu binadan sabah 7 ile akşam 10 arasında çıkabilmektedir; eşi ve çocuğu on altı ayın on dört ayı boyunca kendisiyle birlikte kalmıştır; Sözleşme’nin sadece özgür kişilere tanıdığı konut dokunulmazlığı ve aile yaşamına saygı hakları korunmuştur; cezaevinde görebileceği muameleden daha iyi bir muamele görmüştür; Cala Reale sınırları içinde yaşayan 200 kadar özgür kişi ile sosyal ilişki kurabilecek durumdadır; izin verildiği takdirde Sardunya Adası’na veya anavatana gidebilmektedir; polise bildirimde bulunma şartıyla telefon görüşmesi yapabilmektedir; şikâyetçi olduğu gözetim bu konudaki kararın varlık nedenidir.

Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(1). fıkrası ‘kişi özgürlüğü’nden söz ederken, kişinin fiziksel özgürlüğünü kastetmiştir. Bu fıkranın amacı, hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlamaktır. Bu fıkra sadece seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili değildir; seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar Dördüncü Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenmiştir. Mahkeme’ye göre, bir kimsenin ‘kişi özgürlüğü’nden yoksun bırakılıp bırakılmadığı belirlenirken kalkış noktası, o kimsenin içinde bulunduğu somut durum olup, bu belirlemede tartışma konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi, bütün faktörler dikkate alınmalıdır (*Engel ve Diğerleri*, §58-59).

Mahkeme’ye göre, özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, sadece bir derece ve yoğunluk farkı olup, nitelik veya öz farkı değildir. Mahkeme,

5. maddenin uygulanabilir olup olmadığı konusunda bir görüş belirtmekten kaçınmaz.

Mahkeme'ye göre, 1956 tarihli yasada öngörüldüğü biçimiyle özel gözetim tedbirleriyle birlikte belirli bir alanda zorunlu ikamete tabi tutma kararı, kendiliğinden Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamına girmez. Bu demek değildir ki, böyle bir tedbirin uygulanma tarzı hiçbir zaman 'özgürlükten yoksun bırakma' sonucu doğmaz; tedbirin uygulanma tarzı, bu davada incelenecek tek sorundur. Mahkeme'ye göre, Hükümetin ileri sürdüğü gerekçeler hafif değildir; bunlar başvurucuya Asnira'da uygulanan muamele ile hapis-hanede klasik olarak tutulma arasındaki farkları göstermektedir. Bununla birlikte özgürlükten yoksun bırakma, çeşitli biçimlerde görülebilir; hukuki standartlardaki gelişmeler nedeniyle çeşitlilikleri de artmıştır; Sözleşme, demokratik devletlerde halen hüküm süren kavramlar ışığında yorumlanmalıdır (*Tyner*, §31).

Mahkeme'ye göre, başvurucunun hareket edebileceği alan bir hücrenin boyutlarından fazladır ve fiziksel engellerle çevrili değildir; ama bu alan, ulaşılması zor bir adanın küçük bir bölümünü kapsamakta olup, adanın onda dokuzu hapis-hanedir. Başvurucu bu adanın eski bir sağlık kuruluşundan kalan binaları içeren Cala Reale denilen küçük bir mevkiiinde kalmıştır; tamire muhtaç bu binalardan başka bir polis karakolu, bir okul ve bir ibadethane vardır. Başvurucu, burada kendisi gibi aynı tedbire tabi tutulan kişilerle ve polislerle birlikte yaşamak durumundadır. Asinara'da daimi ikamet eden kişiler Cala d'Oliva denen ve başvurucunun giremediği alanda yaşamaktadırlar. Bu nedenle başvurucu, ailesi, kendisi gibi tutulanlar ve polisler dışında, başka kişilerle ilişki kurma imkânına sahip değildir. Gözetim devamlı olup sert bir biçimde yürütülmektedir. Başvurucu, yetkililere önceden haber vermeden sabah 7 ile akşam 10 arasında binadan çıkamamaktadır. Başvurucu, her gün iki kez yetkililere görünmek durumunda olup, telefon görüşmesi yapmak istediği kişinin numarasını ve ismini yetkililere vermek durumundadır; Sardunya Adası'na veya anavatana geçebilmek için yetkililerden izin almak durumundadır ve bu yolculuk polis nezaretinde yapılmaktadır. Başvurucu yükümlülüklerinden birini yerine getirmede tutuklanabilir. Son olarak, başvurucu burada on altı ay kalmıştır.

Mahkeme'ye göre, bu tedbirlerin tek tek ele alınması halinde, 'özgürlükten yoksun bırakma'dan söz edilemez, ancak bir bütün olarak ve birlikte ele alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesindeki kategorileştirme bakımından bir sorun ortaya çıkarabilir. Bu tedbir, bazı bakımlardan 'açık cezaevi'ne veya bir disiplin birimine kapatılmaya benzemektedir (*Engel ve Diğerleri*, §64). Milan Bölge Mahkemesi, 20 Ocak 1976 tarihli kararında bu muameleyi tatmin edici görmemiştir. İçişleri Bakanlığı, Ağustos 1977'de, Asinara'yı zorunlu ikamet yeri olmaktan çıkarmıştır. Bu karar, başvurucunun İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurusuyla da ilgilidir. Birçok belge, bu adanın 1956 ve 1965 tarihli yasaların uygulanması için elverişli bir yer olmadığını göstermektedir. Bu durum, Davalı devlet tarafından da kabul edilmiştir. Mahkeme çeşitli faktörlerin dengesine bakarak, bu olayda özgürlükten yoksun bırakma bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

2. Mevcut olayda tespit edilen özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluğu

[96-96]: Mahkeme, zorunlu ikamet tedbirinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma olduğunu tespit ettikten sonra, bu durumun, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında Sözleşmeciler Devletlere bireyleri gözetimine alma veya tutma yetkisi veren sınırlı sayıdaki şartlardan birine girip girmediğini belirlemiştir.

(a) Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi

[97-98]: Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının (d) ve (f) bentlerini olayla ilgili görmemiş, diğer bentlerdeki durumlardan herhangi bir tanesinin olayda bulunup bulunmadığını

incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme, önce, Hükümetin olayda 5(1)(e) bendindeki ‘serserilerin tutulması’ şartına uygunluk iddiasını incelemiş, daha sonra da re’sen diğer bentlere göre inceleme yapmıştır.

Hükümet alternatif olarak, başvuru gibi mafya üyelerinin ‘serseri’ ve ‘daha fazlası’ olduklarını belirterek, durumun Sözleşme’nin 5(1)(e) bendine uygun olduğunu savunmuştur. Hükümete göre, Sözleşme’de ve serseriliğin tanımlandığı 1956 tarihli yasanın 1. maddesinde olduğu gibi, İtalyan hukukunda bir ‘serseri’nin özgürlüğünün kısıtlanmasına ve hatta özgürlüğünden yoksun bırakılmasına imkân verilmesinin nedeni, bu kimsenin sabit bir ikametgâhının veya açık bir mesleki faaliyetinin bulunmamasından çok, böyle bir kimsenin geçim kaynaklarını belirleme imkânının bulunmamasıdır. Hükümete göre olayda bu tehlike unsurunun bulunduğu, Milan Bölge Mahkemesi’nin 30 Ocak 1975 tarihli kararında ifade edilmiş olup, bu mahkeme buna ilave olarak ve her şeyden öte, başvuru adam kaçırma faaliyetleri içinde bulunan mafya örgütleriyle ilişkide bulunmasından kaynaklanan çok daha ciddi bir tehlikenin varlığını kaydetmiştir. Hükümete göre, uluslararası bir belgede tipik bir İtalyan olgusu olan mafya için ayrı bir hüküm konamazdı; ancak Sözleşme’nin 5(1)(e) bendinin serserilerin tutulmasına imkân tanıırken mafya üyelerinin özgürlükten yoksun bırakılmasına izin vermeyeceğini söylemek, saçma sonuçlara yol açacaktır. Mahkeme’ye göre olayda ne Milan Emniyet Müdürlüğü’nün ne de savcılığın yazılarında ve ne Milan Bölge Mahkemesi’nin ne de Üst Mahkeme’nin kararında 1956 tarihli yasanın 1. maddesine atıfta bulunulmuştur. Bu makamlar, 1956 tarihli yasaya, mafya türü örgütlere üyeliğinden kuvvetli kuşku duyulan kişilerle ilgili olan 1965 tarihli yasayla bağlantılı olarak dayanmışlardır. Ayrıca bu makamlar, başvuru-cuyu bir serseri olarak görmemişlerdir. Bu makamlar, başvuru adamın daha çok adli sicil-line, yasadışı faaliyetlerine, suçu itiyat haline getirmiş kişilerle olan ilişkilerine ve dahası mafya ile olan ilişkilerine vurguda bulunmuşlardır. Mahkeme’ye göre, bütün bunlara rağmen, başvuru adamın yaşam tarzı, Sözleşme bakımından kullanılması gereken ‘serseri’ kavramının olağan anlamıyla bağdaşmamaktadır (*De Wilde, Ooms ve Versyp, §68; ‘akıl zayıflığı’ terimi için krş. Winterwerp, §68*). Hükümet, başvuru adamı ‘geniş anlamına göre serseri’, ‘paralı serseri’ olarak nitelendirmiştir. Ne var ki Sözleşme’nin 5(1). fıkrası, dar yorumlanmayı gerektirmektedir (*Winterwerp, §37*). Mahkeme’ye göre, Hükümetin iddiası bir başka açıdan da itiraza açıktır. Sözleşme’nin 5(1)(e) bendinde serserilerin yanında, akıl zayıflığı bulunan kişilere, alkoliklere ve uyuşturucu müptelalarına da yer verilmiştir. Sözleşme’nin bu son sayılan ‘topluma uyumsuz’ kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına imkân vermesinin nedeni, bu kişilerin sadece bazen toplum için tehlike teşkil edebilmeleri değil, ama aynı zamanda kendi menfaatlerinin de tutulmalarını gerektirebilmesidir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda başvuru adamın tutulmasının, serserilerin tutulması şartına girmediği sonucuna varmıştır.

(b) Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının diğer bentleri

Mahkeme, olayın Hükümet tarafından iddia konusu edilmeyen Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının diğer bentlerine de girip girmediğini incelemiştir. Mahkeme’ye göre, başvuru adamın zorunlu ikamete tabi tutulması, belirli bir suç nedeniyle verilen bir ceza olmayıp, bir suç eğilime dair belirtilerin bulunması nedeniyle alınan önleyici bir tedbirdir. Komisyon’a göre olaydaki tutma tedbiri, (a) bendindeki ‘yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hapislik’ değildir. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(1)(a) bendi, 6(2). fıkrası ve 7(1). fıkrası ile karşılaştırıldığında, cezai veya disiplin niteliğinde (*Engel ve Diğerleri, §37*) bir suçun bulunduğu hukuka göre ortaya konmadıkça, mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini göstermektedir. Dahası, ‘mahkûmiyet’ teriminin önleyici veya güvenlik tedbiri için kullanılması, ne bu alandaki dar yorum ilkesine, ne de suçun tespiti deyiminin işaret ettiği olguya uygundur. Bu nedenle Mahkeme, olayda başvuru adamın tutulmasının, yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme şartına girmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, 1956 tarihli yasada öngörülen usule göre yargısal kararlar, önceki bir uyarıya (diffida) uymama nedeniyle getirilen bir tür yaptırımdır. Ancak uyarıda bulunulması, bu olaydaki gibi 1965 tarihli yasa uygulanacaksa, kaçınılmaz değildir. Dahası, uyarı Emniyet Müdürlüğü tarafından verilir; dolayısıyla bu uyarı, 'bir mahkeme kararı' değildir. Mahkeme'ye göre, 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için' terimleri, hukukun bir kimseyi 'özel ve somut' bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlamak için tutulmasına izin verdiği durumlara uygulanır. Oysa Komisyon'un da doğru olarak vurguladığı gibi, 1956 ve 1965 tarihli yasalar, genel yükümlülükler yüklemektedir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayın mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma şartına veya hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutma şartına girmedığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, başvurunun Asinara'da tutulduğu süre boyunca, kendisi hakkında suç işlediğinden makul kuşku bulunmakta ve hakkındaki suç isnatları devam etmektedir. Ne var ki, Bölge Mahkemesi, Üst Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi kararlarının hiçbiri yapılmakta olan soruşturma ile ilgili değildir. Bu mahkemelerin kararları, 1956 ve 1965 tarihli yasa hükümlerine dayanmaktadır; bu yasalardaki hükümler, bir suç isnadı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanabilir nitelikte olup, tutulan kişinin daha sonra 'kanunen yetkili makam önüne çıkarılmasını' gerektirmemektedirler. Başvurucunun tutukluluğu, Ceza Muhakemesi Kanununun 272(1). fıkrasında öngörülen iki yıllık süre dolduktan sonra 8 Şubat 1975 tarihinde sona ermiştir. Bu yasalar, başvurunun ima etmesine rağmen kanıtlanamadığı şekilde, tutukluluk süresini uzatmak için kullanılmışlarsa, bu tutma 'hukuka uygun' olmayacaktır. Sadece İngilizce metinde bulunan hukuka uygun (lawful) tutma sözcüğü ve bu sıfatta ifade edilen ilke, 5(1). fıkrasının bütününe egemen durumdadır (*İrlanda - Birleşik Krallık, §199*). Ayrıca, 5(1)(c) bendi ile birlikte okunan üçüncü fıkra bakımından, hatta 18. madde bakımından sorunlar ortaya çıkabilirdi. Mahkeme'ye göre, şikâyet konusu tedbirin alınma nedenine daha yakın bir hipotez, 'başvurucunun suç işlemesini önlemek için makul nedenlerin bulunması' veya 'kaçmasının engellenmesi'dir. Ancak bu durumda da tedbirlerin 'hukuka uygunluk' sorunu ortaya çıkacaktır; çünkü sadece 1956 ve 1965 tarihli yasalara dayanarak verilen bu tür bir zorunlu ikamete tabi tutma kararı, uygulanma tarzı hariç tutulduğunda, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaz. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki şartlara uygunluk bulunup bulunmadığını da incelemek gerekecektir (*Lawless, (hukuk bölümü) §14, 15*). Her halükarda suç işlemesini önlemek için makul nedenler bulunması halinde tutma' deyimi, mafya üyesi gibi sürekli bir biçimde suça eğilimli olması nedeniyle tehlike arz eden bir kişiye veya kişiler kategorisine karşı önleyici bir politika için kabul edilmiş değildir; bu hüküm, belirli ve somut bir suçu önlemesi için Sözleşmeci Devletlere verilmiş bir araçtan başka bir şey değildir. Bunun böyle olduğu, hem Fransızca metindeki 'bir suçu' şeklinde tekil kullanımdan ve hem de hiç kimsenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmamasını sağlama şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacından (*Winterwerp, §37*) anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda başvurunun tutulmasının, suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine tutma veya suç işlemesini önlemek için tutma şartına girmedığı sonucuna varmıştır.

(c) Sonuç

Mahkeme, başvurunun 8 Şubat 1975 tarihinden 22 Temmuz 1976 tarihine kadar tutulması nedeniyle keyfi özgürlükten yoksun bırakma yasağı getiren 5(1). fıkrasının ihlaline karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHMEME,

1. İkiye karşı on altı oyla, Hükümetin 5 ve 6. maddeler bakımından re'sen inceleme yapılmaması talebinin reddine;

2. Sekize karşı on oyla, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine;
3. Üçe karşı on beş oyla, Hükümetin davanın konusu kalmadığı gerekçesiyle reddedilmesi talebinin reddine;
4. Yediye karşı on bir oyla, bu olayda Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma bulunduğu;
5. Oybirliğiyle, sözü edilen özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1)(b) ve 5(1)(e) maddeleri bakımından haklı görülmediğine;
6. İkiye karşı on altı oyla, sözü edilen özgürlükten yoksun bırakmanın, 5(1)(a) bendi bakımından haklı görülmediğine;
7. Altıya karşı on iki oyla, sözü edilen özgürlükten yoksun bırakmanın, 5(1)(c) bendi bakımından haklı görülmediğine;
8. Özetle, sekize karşı on oyla, başvurunun 8 Şubat 1975 tarihinden 22 Temmuz 1976 tarihine kadar, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlalinin mağduru olduğuna;
9. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3, 6 veya 9. maddelerinin ihlal edilmediğine;
10. Bire karşı on yedi oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;
11. Altıya karşı on iki oyla, İtalyan Cumhuriyeti'nin başvurucuya 50. maddeye göre bir milyon Liret ödemesine

KARAR VERMİŞTİR.

02.03.1987 9787/82 WEEKS - BİRLEŞİK KRALLIK (Esas hk)

◆ *hapsetme sebebi - koşullu salıverme kararını kaldırma* (salıverildikten sonra işlediği bazı suçlar nedeniyle cezaevine döndürülen başvurunun ilk mahkûmiyet kararına dayanılarak hapsedilmesi), *hapisliğin hukukilik denetimi* (koşullu salıverme kararının kaldırılmasına idari makamlar tarafından karar verilmesi) ■ *kişi özgürlüğü - mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme - hapisliğe karşı mahkemeye başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Robert Malcolm Weeks, 1949 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır.

Başvurucu Aralık 1966'da, daha henüz 17 yaşındayken silahlı soygun, polisi yaralama ve yasadışı olarak silah bulundurma suçlarından taktiri ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucu, ilk kez Mart 1976'da koşullu salıverilmiştir.

Başvurucu Haziran 1977'de işlediği bazı ufak suçlardan tutuklanmıştır. İçişleri Bakanlığı, 30 Haziran 1977'de koşullu salıverme kararını kaldırmıştır.

Başvurucu, 3 Ekim 1977'de tutuklu bulunduğu damperli kamyon çalmak, bulundurulması yasak olduğu halde bir havaalı tabanca bulundurmak, bazı alkollü içkileri çalmak ve polis eşyasını tahrip etmek suçlarından mahkûm edilmiş, verilen 2 yıl hapis cezası ertelenmiştir.

Başvurucu, ikinci kez Ekim 1982'de koşullu salıverilmiştir. Fakat İçişleri Bakanlığı tarafından Kasım 1984'te başvurunun koşullu salıverilmesinin kaldırılması üzerine, Nisan 1985'te başvuru yeniden cezaevine koyulmuştur.

Başvurucu, üçüncü kez Eylül 1985'te koşullu salıverilmiştir. Bu koşullu salıverilme kararı da Mart 1986'da kaldırılmıştır. Fransa'ya giden başvuru, 27 Ocak 1987 tarihi itibarıyla halen firarda bulunmaktadır.

Başvurucu, 6 Nisan 1982'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, Haziran 1977'de yeniden tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygun olmadığı, yine

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırı olarak, yeniden tutulmasının hukukiliğine karşı bir mahkemede itirazda bulunamadığı veya hapisliği boyunca makul aralıklarla tutulmasının periyodik olarak denetlenmesini sağlayamadığı konusunda şikâyetle bulunmuştur. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ - koşullu salıverme kararının geri alınması - uygulanabilirlik - mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme - cezaevine geri döndürme - Başvurucu 1966'da mahkûm edildikten sonra başlangıçtaki hapisliğinin değıil, ama Haziran 1977'den sonra hapsedilmesinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

“39. Hükümetin, merkezi savunma olarak nitelendirdiğı iddiasına göre, başvurusunun 1977'de cezaevine döndürülmesi, başvurusuyu özgürlükten yoksun bırakmamıştır; çünkü kendisinin hem özgürlüğü ve hem de özgürlük hakkı, 1966'da verilen ömür boyu hapis cezasıyla, yaşamının sonuna kadar elinden alınmıştır. Başvurucu sırf bu sebeple, Sözleşme'nin 5. maddesinin ne 1. fıkrasının ve ne de 4. fıkrasının ihlal edildiğini iddia edemez. Hükümet, gereğı gibi anlaşılması için, özgürlük ile ömür boyu hapis ceza hükümlüsünün cezaevi dışında izinli olarak yaşaması arasında bir ayırım yapmıştır. Hükümetin açıklamasına göre, bu ikinci durumda hükümlü, İçişleri Bakanlığı tarafından kendisine verilen ayrıcalığın (privilege) bir sonucu olarak cezaevi dışında olmasına rağmen, hala cezasını çekmektedir; özgürlük hakkı kendisine iade edilmiş değildir. Özetle, Haziran 1977'deki özgürlükten yoksun bırakma, Aralık 1966'daki özgürlükten yoksun bırakmayla tek ve aynı şey olup, ilk mahkûmiyet kararına ve hapis cezasına dayanmaktadır; bu nedenle Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından bir mesele ortaya çıkmamaktadır.

40. Bu yaklaşım, Mahkeme'yi ikna etmemiştir. İngiliz hukukunda, ömür boyu hapis cezasına mahkûm olmuş bir kimse koşullu salıverilmiş olsa bile, af ve cezayı dönüştüren (commute) İdari Üstünlük Yetkisinin kullanılması halleri dışında, bu kimsenin özgürlük hakkını yeniden kazanamadığı doğrudur. Ancak bu demek değildir ki, başvuru Weeks, Sözleşme'nin 5. maddesinde güvence altına alınan 'özgürlük ve güvenlik hakkı'nı Aralık 1966'da ömür boyu hapis cezasına mahkûm olduğu anda kaybetmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesi 'herkes'e uygulanır. İster özgür olsun, isterse tutulu bulunsun, herkes Sözleşme'nin 5. maddesinin korumasından yararlanma hakkına sahiptir; yani hiç kimse, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasında belirtilen şartlar dışında, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz; gözaltına alındığı veya tutulduğu zaman, Sözleşme'nin 5. maddesinin 2-5. fıkralarında öngörülen hakların kendisine uygulanabilir olanlarından yararlanır. Başvurucu Weeks'in Mart 1976'da koşullu salıverildiğı zaman, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında 'özgürlüğünü' yeniden kazanıp kazanmadığı, kendisinin tabi tutulduğu rejimin fiili şartlarına göre değıişen maddi bir meseledir (*Ashingdane*, §41-42 ve *burada geçen kararlar*). Başvurucu koşullu olarak cezaevinin dışındayken, 1967 tarihli yasanın 62(9). fıkrasının ifadesiyle, hukuken 'dışarıda'dır. Tabii ki, ömür boyu hapis cezasına mahkûm kişilerin 1967 tarihli yasaya göre salıverilmeleri, bir merhamet işlemidir ve her zaman şarta bağlıdır. Başvurucu Weeks gibi, bir ömür boyu hapis cezasının koşullu salıverilme nedeniyle kullandığı özgürlük, olağan durumdaki bir vatandaşın kullandığı özgürlüğe göre hukuken daha sınırlı ve rizikoludur. Bununla birlikte, başvuru Weeks'in cezaevi dışındaki özgürlüğünün tabi olduğu kısıtlamalar, bu durumun Sözleşme'nin 5. maddesi bakımından 'özgürlük' olarak nitelendirilmesini engellemeye yetmemektedir. Böylece, yararlanılmış olan şey hukuken bir hak değil de bir ayrıcalık da olsa, İçişleri Bakanlığı Weeks'i 1977'de cezaevine döndürürken, fiilen özgürlük durumundan çıkartıp hapislik durumuna geçirmiştir. İçişleri Bakanlığı'nın izni kaldırdığı 30 Haziran 1977 tarihinde, Weeks'in çeşitli suçlardan 23 Haziran'da gözaltına alınmasının ardından, mahkeme kara-

ryla başka bir sebepten dolayı tutuklu bulunuyor olması varılan bu sonucu değiştirmez. Dava, Mahkeme'nin önünde, ömür boyu hapis cezasının, 30 Haziran 1977'den itibaren Weeks'in İçişleri Bakanlığı'nın kararı nedeniyle tutulmasının, bir kez daha yasal sebebi haline geldiği anlayışıyla savunulmuştur. O halde, Weeks'in bu karar üzerine uğradığı bu yeni özgürlükten yoksun kalmanın, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine uygun olup olmadığı hakkında karar verilmelidir.

41. Weeks, Aralık 1966'da 'yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararı' üzerine ömür boyu hapis cezası almıştır. Mevcut davadaki sorun, bundan yaklaşık on yıl kadar sonra, cezaevine geri döndürme kararı üzerine yeniden hapsedilmesinin, 'hukukun öngördüğü usule uygun', 'hukuki' ve mahkûmiyet kararından 'sonra' olup olmadığıdır.

42. Weeks'in 30 Haziran 1977'den itibaren yeniden hapsedilmesinin, İngiliz hukukunda öngörülen usule veya başka bir şekilde İngiliz hukukuna aykırılığı iddia edilmiş değildir. Ne var ki bu, belirleyici bir şey değildir. Sözleşme'nin aradığı 'hukukilik', sadece iç hukuka uygunluğu değil, fakat aynı zamanda, Sözleşme'nin 18. maddesinin de teyit ettiği gibi, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin izin verdiği özgürlükten yoksun bırakmanın amacına uygunluğunu da öngörür (*Bozano, §54*). Dahası, (a) bendindeki 'sonra' kelimesi, tutmanın sadece zaman bakımından 'mahkûmiyeti izlemesi demek değildir; buna ek olarak 'tutma' (hapislik), 'mahkûmiyet'in bir sonucu olmalı, mahkûmiyeti 'izlemeli ve ona dayanmalı' veya 'mahkûmiyetten dolayı' meydana gelmelidir (*Van Droogenbroeck (Esas hk), §35*). Kısacası, mahkûmiyet ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır (*Van Droogenbroeck, §39*).

43. İçişleri Bakanlığı, şikâyet konusu kararı, ömür boyu hapis cezasına mahkûm olan kişilerin izinli olarak salıverilmelerini ve cezaevine yeniden döndürülmelerini düzenleyen 1967 tarihli yasa hükümleriyle birlikte, 1966'da 'yetkili mahkeme' tarafından verilen ömür boyu hapis cezasının oluşturduğu hukuki çerçeve içinde almıştır. Bir ömür boyu hapis cezası, af veya dönüştürülme dışında, hiçbir zaman sona ermez; bunun dışında, bu cezadan sonra bir salıverme, her zaman şarta tabidir. 1967 tarihli yasa, İçişleri Bakanlığı'na hem salıverme ve hem de cezaevine geri döndürme kararı verme yetkisi tanımıştır; fakat tanınan bu takdir yetkisi, başvurunun hapis cezası aldığı zaman yürürlükte olan sistemde olduğu gibi, sınırsız değildir. İçişleri Bakanı, sadece Şartla Tahliye Kurulu'nun tavsiyesi üzerine salıverebilir; ömür boyu hapis cezası olayında ise, ancak başyargıca ve mümkünse dava yargıcına danıştıktan sonra salıverebilir. Aynı şekilde, Şartla Tahliye Kurulu tarafından kendisine tavsiye edilmesi halinde, izni kaldırabilir. Bakan ayrıca, 'böyle bir tavsiyenin alınması mümkün olmadan önce, bir kimsenin cezaevine geri döndürülmesinde kamu yararı bakımından zorunluluk gördüğü takdirde', Kurul'un tavsiyesini almadan da izni kaldırma yetkisine sahiptir. Ancak Bakanın cezaevine geri döndürme yetkisini kısıtlayan bir başka şey, verdiği kararın Şartla Tahliye Kurulu tarafından geçersiz kılınmasıdır. İznin kaldırılması, cezaevine geri döndürülen hükümlüyü 'almış olduğu ceza gereğince hapisliğe tabi tutmak' suretiyle, başlangıçtaki ömür boyu hapis cezasını canlandırmaktadır.

44. İçişleri Bakanı'nın salıverme ve geri döndürme yetkisini kullanırken izleyeceği amaçlar, 1967 tarihli yasada veya önceki 1952 tarihli Cezaevleri Yasası'nda belirtilmiş değildir. Bununla birlikte, Weeks'in olayında, dava yargıcı ve Üst Mahkeme yargıcının beyanları, ömür boyu hapis cezasının ve daha sonra toplum içine salıvermenin, hangi amaca hizmet ettiğini açık hale getirmektedir. ...

45. Hükümetin savunmasına göre, mevcut olayda İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan işlemin hukukiliği, Weeks'in değişmeden kalan 1966'daki mahkûmiyet ve hapis cezasından çıkmaktadır. Bizzat bu durum, başvurunun koşullu salıverme döneminden sonra

yeniden hapsedilmesini, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından haklı kılmak için yeterlidir. Hükümet, Weeks'in kişiliğindeki istikrarsızlığın, hiç kuşkusuz bu cezanın seçilmesinde etkisi olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından önemli olmadığını, çünkü, bir ömür boyu hapis cezası ile diğer ömür boyu hapis cezaları arasında ayrım yapmanın meşru bir sebebi bulunmadığını savunmuştur. Hükümete göre, Sözleşme organları, belirli bir davada ceza veren mahkeme tarafından dayanılan her bir faktörün önem derecesini belirlemeye elverişli organlar değildir.

46. Komisyon temsilcisinin de işaret ettiği gibi, belirli bir davada verilen bir cezaya etki eden farklı unsurları birbirinden ayırmak ve bu unsurlardan hangisine ceza veren yargıç tarafından daha fazla önem atfedildiğini tespit etmek, imkânsız değilse bile, çok zordur. Oysa mevcut davada, bizzat dava mahkemesi ve Üst Mahkeme, Weeks'e kesin süreli bir hapis cezası değil de, ömür boyu hapis cezası verilmesinin gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde açıklamışlardır. Mahkeme, Weeks'e verilen hapis cezasının açıkça ifade edilen amacının, mahkûm edildiği suça özgü şartlarla birlikte ele alındığında, bu hapis cezasını özel bir kategoriye soktuğu konusunda, Hükümetin ve başvurucunun görüşlerine katılmaktadır. Başvurucu Weeks, henüz 17 yaşındayken, silahlı soygun suçundan mahkûm olmuş ve kendisine, vatana ihanet (treason) ve belirli şekillerdeki korsanlık (piracy) suçları dışında, İngiliz hukukunda verilebilecek en ağır ceza olan ömür boyu hapis cezası verilmiştir. Başvurucu, elinde kuru sıkı dolu bir oyuncak tabancayla evcil hayvan satan bir dükkâna girerek 35 peni çalmış, fakat bu para daha sonra dükkân içinde yerde bulunmuştur. Başvurucu aynı gün, teslim olmak için polisi telefonla aramıştır. Delillerden anlaşıldığına göre soygun suçunu, annesine borçlu olduğu 3 Sterlini ödemek için işlemiştir. Bu acıklı şartlarda başkalarına 'korkunç' gelecek olan bu hapis cezası, gerçekleştirilmek istenen amaç ışığında, dava yargıcına ve Üst Mahkeme'ye en uygun ceza olarak görünmüştür. Buradaki amaç, dava yargıcı ve Üst Mahkeme tarafından 'tehlikeli bir genç adam' olarak nitelenen başvurucuyu, toplumun emniyeti için sürekli olarak güvenlik tedbirine tabi tutmaktır. Cezayı veren yargıç, başvurucudaki istikrarsızlığın ve kişilik bozukluğunun ne kadar süreceğini tahmin etmenin mümkün olmadığını kabul etmiştir. Yargıç Thesiger ve Yargıç Salmon, kendilerine göre, 'orta seviyede bir ceza'ya başvurmuşlardır. Bu durum yetkili makama, yani İçişleri Bakanlığı'na, başvurucudaki ilerlemeyi gözlemleme ve artık topluma ve kendisine karşı bir tehlike göstermeyeceğine kanaat getirdiği zaman, onu yeniden toplum içine salıverme imkânı verecektir; bu durumun, uzun süreli hapis cezasına mahkûm olmuş olsaydı çekeceği cezadan daha kısa sürmesi ümit edilmiştir. Başvurucuyu bir akıl hastanesine gönderme kararını haklı kılacak yeterli tıbbi delilin yokluğunda, bu amacı gerçekleştirmek için İngiltere'deki cezalandırma mekanizmasında mevcut tek vasıta, ömür boyu hapis cezasıdır. Esasında başvurucu Weeks, devletin tasarrufu altına koyulmuştur; çünkü, önceden görülemeyen uzunlukta bir süre için, devamlı olarak gözetim altında tutulmaya ve bunun tabii sonucu olarak, kendisiyle en uygun şekilde ilgilenilme tarzının belirlenmesi için, periyodik olarak durumunun yeniden değerlendirilmesine ihtiyaç göstermiştir. Ceza veren mahkemelerin Weeks hakkında bu şekilde özürlükten yoksun bırakma kararı verirken açıkça dayandıkları sebepler, nitelikleri gereği, zaman içerisinde değişime açıktır; verilen ceza ise, onun yaşamı boyunca yürürlükte kalacaktır. Bu nedenle, başvurucunun cezası, suçunun ağırlığı nedeniyle kendisine ömür boyu hapis cezası verilen kişinin cezasından farklıdır.

47. Bu anlamda, Weeks hakkındaki tedbir, *Van Droogenbroeck* davasında, itiyadı suçlu veya suç işlemeyi alışkanlık haline getiren bir kimseyi Hükümet gözetimine alma şeklindeki Belçika'nın aldığı bir tedbire benzetilebilir (*Van Droogenbroeck*, §40); şu farkla ki, mevcut davada gözetime alma, belirli bir süre için değil, ama bir ömür boyu içindir. Her iki davada da, tedbirlerle izlenen amaçların meşruluğu (sosyal koruma ve suçluların rehabilitasyonu) ve bunların hükümlüler üzerindeki etkisi, esas itibarıyla aynıdır. Weeks'in o

tarihteki yaşı ve işlediği suçun maddi olayları göz önünde tutulacak olursa, verilen ceza için ileri sürülebilecek özel bazı gerekçeler olmasaydı, bu cezanın, başka şeylerle birlikte, insanlık dışı cezayı yasaklayan Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluğu konusunda ciddi kuşklar duyulabilirdi. Bu bağlamda Üst Mahkeme'de Yargıç Salmon'un sözleri öğretici niteliktedir: 'İlk bakışta ömür boyu hapis cezası almak, özellikle bu yaşta, korkunç görünmektedir. Ancak zikredilen unsurlar incelendiğinde, bunun gerçekten de bu gence merhamet göstermek olduğu anlaşılacaktır; belki de bu ceza, verilebilecek bir diğer alternatif olan uzun süreli hapis cezasından daha kısa bir sürede salıverilmesine imkân verecektir.' Ceza veren yargıçlar, önceden bilememekle beraber, başvuruçunun erken bir tarihte toplum içine salıverilmesini ümit etmişlerdir.

48. Weeks'e verilen cezanın özel karakteri, istatistiklerden de anlaşılmalıdır: 1 Ocak 1969 ile 31 Aralık 1984 tarihleri arasında soygun suçundan mahkûm edilen 54,580 kişiden sadece 17'sine, ömür boyu hapis cezası verilmiştir

49. *Van Droogenbroeck* kararında belirtilen prensipler, mevcut davada da uygulandığında, Weeks'in 1966 tarihindeki mahkûmiyeti ile yaklaşık on yıl sonra yeniden cezaevine döndürülmesi arasında şekli anlamda var olan hukuki bağlantı, tartışma konusu hapisliği kendiliğinden Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine göre haklı kılmaya yetmemektedir. Eğer bir koşullu salıverme veya yeniden hapsedme (koşullu salıvermeyi kaldırma) kararı, cezayı veren mahkemenin amacıyla bağdaşmayacak sebeplere dayanacak olursa, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin gerektirdiği nedensellik bağı sonunda kırılabilir. 'Bu çerçevede, başlangıçta hukuka uygun olan bir tutma, keyfi bir özgürlükten yoksun bırakmaya dönüşür ve böylece Sözleşme'nin 5. maddesiyle bağdaşmaz hale gelir' (*Van Droogenbroeck*, §40).

50. Başvuruçuya göre, 1966 ve 1967 tarihlerinde özgürlük kaybının süresine karar veren mahkemelerin amaçları, Mart 1976'da salıverilmekle yerine gelmiştir; bulunması zorunlu olan bağ, bu aşamada kırılmış olup, Sözleşme'nin 5. maddesindeki haklarının tümü kendisine iade edilmiştir; bundan on beş ay sonra yeniden tutulması, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından haklı görülemez. Mahkeme bu iddiayı kabul etmemektedir. İngiliz hukukunun bir özelliği gereği, ister cezaevinde olsun isterse dışarıda, başvuruçusu Weeks'in yaşamının kalan bölümünde özgürlüğünün yürütme organının takdirine girmesi, kendisine verilen ömür boyu hapis cezasına içkindir. (1967 tarihli yasayla daha sonra getirilen özellikle Şartla Tahliye Kurulu'nun kontrolüne tabidir). Bu durum, cezaya karar veren yargıçların bildikleri ve gerçekleşmesini istedikleri bir durumdur. Başlangıçta verilen cezanın Sözleşme'nin 5. maddesi bağlamında uygunluğunu denetlemek, Mahkeme'ye düşmez; kaldı ki, bu mesele, mevcut davada başvuruçusu tarafından tartışma konusu yapılmamıştır. Geriye, başvuruçunun Haziran 1977'de ve daha sonra yeniden hapsedilmesinin dayandırıldığı sebeplerin yeterliliğini incelemek kalmaktadır. Diğer bir çok alanda olduğu gibi bu alanda da, ulusal makamlara belirli bir takdir alanı tanımak gerekir; çünkü ulusal makamlar, belirli bir davada delilleri değerlendirirken, uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar (*X. – Birleşik Krallık*, §43; ve *Luberti*, §27).

51. Weeks için 1966'da hazırlanan gözetim raporunda (probation report), kendisi alıngan ve kararsız bir ruh haline sahip, şiddet edebiyatına aşırı ilgisi bulunan ve tabancalara hayranlık duyan, yüksek derecede saldırganlık potansiyeline sahip bir kişi olarak nitelendirilmiştir. Başvuruçunun şiddete ve saldırganlığa olan eğilimi, ilk hapislik döneminde kendini göstermeyi sürdürmüş ve aslında 1976'da izinli olarak salıverilmesini de geciktirmiştir. Başvuruçusu, izninin kaldırılacağına dair resmen uyarıldıktan sonra, havalı tabanca kullanma ve intihara teşebbüs etme gibi, sarhoş durumdayken bir dizi küçük şiddet olaylarına karışmasının bir sonucu olarak, Haziran 1977'de cezaevine geri döndürülmüştür. Başvuruçunun bu istikrarsız, taciz edici ve saldırgan davranışlarına bakılınca İçişleri Bakanlığı'nın, başvuruçunun serbestliğini sürdürmesinin topluma ve kendisine

karşı bir tehlike oluşturacağını kabul etmesi için sebepler bulunduğu görülür. Bakanın başvurucaıyü yeniden tutma kararı, yetkili ulusal makamlar için mevcut takdir alanının sınırları içinde kalmıştır. Bu karar, başvurucaınun Haziran 1977'deki olaylarla ilgili olarak Ekim 1977'de yargılanması sırasında, ilk derece mahkemesi yargıcı tarafından serbest bırakılmasının tavsiye edilmiş olmasına rağmen, kendisine verilmiş olan ömür boyu hapis cezasının amaçları bakımından keyfi ve mantıksız görülemez. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından, başvurucaınun 1966'daki mahkûmiyeti ile 1977'deki cezaevine geri döndürülmesi kararı arasında yeterli bir bağlantı mevcuttur.

52. Mahkeme'nin önündeki delillere dayanarak, İçişleri Bakanlığı'nın Ekim 1982'ye kadar başvurucaıyü bir kez daha koşullu salıvermeme kararı bakımından da aynı sonuca ulaşılmalıdır. Şartla Tahliye Kurulu Aralık 1977'de, başvurucaınun hala kendine ve topluma karşı bir tehlike oluşturduğu görüşüne varmış ve cezaevine geri döndürülmesi kararını teyit etmiştir. Başvurucaı daha sonra 1979'da açık cezaevinden kaçmış ve 1980'de teslim olmuştur. Başvurucaı Ekim 1981'de, bir cezaevi yurdunda kalırken, şiddetli mücadele sırasında yurt görevlisini bıçakla yaralayınca, koşullu salıverme tarihi de ertelenmiştir. Daha önce İçişleri Bakanı'nın, Şartla Tahliye Kurulu'nun başvurucaınun salıverilmesine dair tavsiyesini Mayıs 1979'da reddetmesi, Sözleşme'ye göre ulusal makamlara bırakılan takdir alanının dışına çıkmadığı anlamına gelmez.

53. Buna göre, başvurucaınun 1977'de cezaevine geri döndürülmesi ve mevcut davaya konu olduğu kadarıyla daha sonraki tutulma dönemi, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasıyla bağdaşmaz değildir.”

III. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucaı ikinci olarak, 1977'de cezaevine geri döndürülürken veya tutulması boyunca, makul aralıklarla, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki şartları taşıyan bir başvuruda bulunmadığından şikâyetçi olmuştur.

A. Zorunlu yargısal denetimin başlangıçtaki mahkûmiyete içselleştirilmiş olup olmadığı

“**55.** Hükümet, Weeks ömür boyu hapis cezasına hükümlü bir suçlu olduğu için, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği hukukilik denetiminin ilk yargılamaya ve üst yargılamaya içselleştirilmiş olduğuna dair Komisyon azınlığının görüşüne katılmıştır. Bu bağlamda Hükümet, bir karardan *De Wilde, Ooms ve Versyp* kararından (parag. 76) şu alıntıyı yapmıştır: ‘İlk bakışta Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ifade tarzı, tutulan bir kimseye her zaman, kendisini özgürlükten yoksun bırakan önceki bir kararın hukukiliğinin bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkını güvence altına aldığını düşündürecek şekildedir. ... Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir karar, idari bir makam tarafından verilmiş ise, dördüncü fıkranın, Sözleşmeciler Devletleri gözetimine alınan veya tutulan kimseye mahkemeye başvurma hakkı tanımaya zorladığından kuşku yoktur. Ancak bir tutma kararı, bir yargılamanın sonunda bir mahkeme tarafından verilmiş ise, aynı şeyin burada da geçerli olduğuna işaret eden bir hüküm de yoktur. Bu son halde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği denetim, karara içselleştirilmiş demektir, örneğin, ‘yetkili bir mahkemenin mahkûmiyet kararından’ sonra verilen bir hapis cezasında (Sözleşme, md. 5(1)(a)), durum böyledir.’

56. Bundan sonraki kararlarda da işaret edildiği gibi, yukarıdaki paragrafta sadece, bir kimseyi özgürlüğünden yoksun bırakan ilk karardan söz edilmektedir; tutmanın hukukiliğinin etkileyebilecek yeni durumların ortaya çıkabileceği tutma döneminin de ele alındığı anlamına gelmemektedir (*Van Droogenbroeck, §45*). O halde Mahkeme, Weeks'in cezaevine geri döndürülmesi ile hükümden sonra hapsedilmenin devam etmesi arasındaki ilişki-

den doğabilecek yeni hukukilik meseleleri varsa, bunların ne olduğunu ve mevcut muhakemenin Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına uygun olup olmadığını belirlemek durumundadır. ...

58. Mahkeme daha önce Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bağlamında, Weeks'e verilen 'orta seviyedeki' hapis cezasının açıkça ifade edilen sosyal koruma ve rehabilitasyon amacının, mahkûm edildiği suça özgü şartlarla birlikte ele alındığında, bu hapis cezasını özel bir kategoriye soktuğunu belirtmiştir. İşlediği suçun ağırlığı nedeniyle ömür boyu hapis cezasına mahkûm olan bir kimsenin durumundan farklı olarak, Weeks'in özgürlükten yoksun kalma süresinin, yaşamının geri kalan dönemi bakımından yürütme organının takdirine tabi tutulmasına karar veren yargıçlar tarafından dayanılan sebepler, nitelikleri gereği, zaman geçtikçe değişime açık sebeplerdir. Mahkeme buradan, eğer salıverme veya yeniden tutma kararları, hapis cezasına karar veren mahkemenin amaçlarıyla bağdaşmayan sebeplere dayanıyorsa, Weeks'in tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi bakımından artık 'hukuki' sayılamayacağı sonucunu çıkarsamıştır. Bundan çıkan sonuca göre Weeks, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası gereğince, özgürlükten yoksun bırakılması bu anlamda 'hukuka aykırı' hale gelse de gelme de, 'süratle' karar vermeye yetkili bir 'mahkemeye' başvurma hakkına sahiptir. Bu hak, koşullu salıverilmenin kaldırılmasından sonra cezaevine geri döndürüldüğü anda ve ayrıca hapisliği süresince, makul aralıklarla kullanılabilir durumda olmalıdır (*Van Droogenbroeck, §48/son*).

59. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bir 'mahkeme'yi, yerindelik (expediency) meseleleri de dâhil, olayın her yönünü incelemeye yetkili kılacak ve karar verici makamların takdirlerinin yerine kendi takdirini geçirecek genişlikte bir yargısal denetim hakkını güvence altına almamaktadır. Ancak denetim, Weeks hakkında karar verilen özgürlükten yoksun bırakmanın özel türüne tabi bir kimsenin tutulmasının hukukiliği için, Sözleşme'ye göre temel olan şartları taşıyacak genişlikte olmalıdır (*aynı karar, §49*”).

B. Mahkûmiyetten sonra mevcut hukuk yollarının 5(4). fıkrasının gereklerini yerine getirip getirmediği

“**60.** Hükümet alternatif olarak, Şartla Tahliye Kurulu'nun yetkisi, İlk Derece Mahkemesi önündeki yargısal denetimin mevcudiyetiyle de tamamlandığında, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerinin yeterince karşılanmış olduğunu savunmuştur. Hem başvuru ve hem de Komisyon, bu analize katılmamışlardır.”

1. Genel prensipler

“**61.** Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında geçen 'mahkeme'nin, ülkenin yargısal sistemiyle bütünleşmiş klasik anlamda bir mahkeme olması zorunlu değildir (*X. – Birleşik Krallık (Esas hk), §53*). Buradaki 'mahkeme' kelimesi, en önemli unsuru yürütme organından ve davanın taraflarından bağımsızlık gibi, sadece ortak bazı temel özellikler gösteren organları değil ..., fakat aynı zamanda, söz konusu özgürlükten yoksun bırakma türüne uygun, biçimleri bir hukuk sisteminden diğerine değişebilen 'yargısal usul güvenceleri' gösteren organları da ifade etmektedir (*De Wilde, Ooms ve Versyp (Esas hk), §76 ve 78*). Buna ek olarak, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının da açıkça gösterdiği gibi, söz konusu organ, sadece danışmanlık görevine sahip olmakla kalmamalı, fakat tutmanın 'hukukiliği' hakkındaki 'karar' verme ve tutma hukuki değilse, salıverme yetkisine sahip olmalıdır. Bu nedenle, Şartla Tahliye Kurulu gibi uzman bir organın, yukarıdaki şartları taşıması halinde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından 'mahkeme' sayılmasını engelleyecek bir şey yoktur (*X. – Birleşik Krallık (Esas hk), §61*).”

2. Şartla Tahliye Kurulu

(a) Bağımsızlık ve tarafsızlık

“**62.** Başvurucu, Şartla Tahliye Kurulu'nun İçişleri Bakanlığı'ndan bağımsız olmadığı-

nı, çünkü öncelikle Kurul üyelerini Bakanlığın atadığını, Kurul'a personel sağladığını ve Kurul'un uygulayacağı tüzüğü yaptığını ileri sürmüştür. Şartla Tahliye Kurulu, ömür boyu hapis cezası olaylarında, üyelerinden biri ilk derece mahkeme yargıcı ve biri de psikiyatrist olan küçük heyetler halinde toplanmaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, Kurul üyelerinin atanma tarzı, üyelerin bağımsızlıklarının bulunmadığını ortaya koymaz (*Campbell ve Fell, §79*). Mahkeme ayrıca, Kurul'un yargıç üyesinin ve diğer üyelerinin, bütünüyle yürütmeden bağımsız ve görevlerini yerine getirirken tarafsız kaldıklarına kanaat getirmiştir. Geriye, özellikle özgürlüğü ele alınmakta olan kişilere, Kurul'un bağımsızlık görüntüsü verip vermediği meselesi kalmaktadır. Bu noktada Hükümet, yerine getirdiği görevlerin Kurul'u, cezaevinin veya İçişleri Bakanlığı'nın idaresinde bir organ olarak tanınmasını sağlayacak kadar cezaevi görevlileriyle veya İçişleri Bakanlığı'yla temas haline sokmadığını belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, Şartla Tahliye Kurulu'nun ve üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmadıkları sonucuna varmak için bir sebep görmemektedir.

(b) Yetkiler ve usul güvenceleri

63. Komisyon, başvuruyla birlikte, Kurul'un Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından sahip olması gereken yetkilerden ve usul güvencelerinden yoksun bulunduğu görüşündedir. Başvurucu ayrıca, Kurul'un yaptığı yargılamanın 'süratli' olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, koşullu salıverme kararının Haziran 1977'de kaldırılmış olmasına rağmen, Kurul'un Aralık 1977'ye kadar bir karar vermediğine işaret etmiştir.

(i) Yetkiler

64. 1967 tarihli yasanın ifadesiyle Şartla Tahliye Kurulu'nun görevi, İçişleri Bakanı hükümlüleri izinli olarak salıverme ve bu tür izinleri kaldırma yetkilerini kullanırken, kendisine 'görüş bildirmek'tir (advise); Kurul'un karar biçimi, İçişleri Bakanlığına 'tavsiye' şeklindedir. Kurul'un, ömür boyu hapis cezası çekmekte olan bir hükümlünün koşullu salıverilmesi ihtimaliyle ilgili olarak periyodik inceleme yaparken yürüttüğü görevlerinin, hem hukuken ve hem de fiili olarak, sadece tavsiye niteliğinde olduğunda tereddüt yoktur. Kendisine tavsiyede bulunulmadıkça, İçişleri Bakanının ömür boyu hapis cezası bir hükümlüyü koşullu salıvermeyebileceği doğrudur. Ancak, Kurul böyle bir hükümlünün salıverilmesini tavsiye ettiği halde de, İçişleri Bakanı, başyargıca ve mümkünse dava yargıcına danışmak zorundadır. Bizzat Weeks davasındaki olayların da gösterdiği gibi, İçişleri Bakanı önündeki tüm materyallerin ışığında, Kurul'un tavsiyesini kabul edip etmemekte serbesttir. O halde Kurul, usul güvenceleri konusundaki görüşlerin dışında, bu türden bir olayı ele alırken, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği karar yetkisine sahip değildir. Öte yandan, Weeks ilgili Aralık 1977'de verdiği tavsiyede olduğu gibi, Kurulun koşullu salıvermeden sonra cezaevine geri döndürmeyi inceleyip verdiği tavsiye, İçişleri Bakanlığını bağlayıcıdır. O halde, cezaevine geri döndürme olayında uygulanan usul incelenmelidir.

(ii) Usul güvenceleri

65. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının dili, tutulu bulunan bir kimsenin, muhakemeyi başlatma hakkına sahip bulunduğundan söz etmektedir. Ömür boyu hapis cezası hükümlülerinin şartla tahliyesiyle ilgili İngiliz sistemine göre, bir olayı Kurul önüne sadece İçişleri Bakanı gönderebilmekle birlikte, Kurul'un tavsiyesi üzerine cezaevine geri döndürülen kişinin yazılı beyanda bulunmadığı haller hariç, cezaevine geri döndürme olaylarını Kurul'a göndermek zorunludur. Bu koşullarda, cezaevine geri döndürülen bir kimsenin, Şartla Tahliye Kurulu'na, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından yeterli bir başvuru imkânı bulunduğu kabul edilebilir (*X. – Birleşik Krallık (Esas hk), §61*).

66. Şartla Tahliye Kurulu, bireysel olayları, İçişleri Bakanlığı tarafından sağlanan belgeler ile kendisinin ilgili kişi hakkında topladığı raporlar, bilgiler ve ifadeler ışığında ele alır. Bir hükümlü, kendisinin cezaevine geri döndürülmesi konusunda, Kurul'a sadece yazılı beyanda bulunma değil, ama aynı zamanda Yerel Denetim Komitesi'nin bir üyesine sözlü beyanda bulunma hakkına da sahiptir. Söz konusu kişi, bu tür beyanları hazırlarken, hukuki görüş almakta serbesttir. Ayrıca, kendisinin anlamlı beyanlarda bulunabilmesini sağlayabilmek için, cezaevine geri döndürülmesinin gerekçeleri konusunda yeterince bilgilendirilmek zorundadır. Bu güvenceler ihmal edilebilir nitelikte olmamakla birlikte, geri döndürülen bir hükümlü olayında yine de ortada bir usul zayıflığı bulunmaktadır. Nitekim Üst Mahkeme, Gunnell davasında, Şartla Tahliye Kurulu'nun İngiliz hukukundaki doğal hukuk prensiplerinin gerektirdiği adil davranma ödevinin, Kurul'un elindeki bütün aleyhte materyalleri görme hakkı kazandırmadığını ortaya koymuştur. O halde izlenen usul, itiraz konusu karardan olumsuz etkilenen kişinin bu usule gereği gibi katılmasına imkân vermemektedir; oysa bu, Sözleşme bakımından yargısal bir usulün başlıca güvencelerinden biridir. O halde bu usul, yargısal karakterde bir usul olarak görülemez (*Sanchez-Reisse, §51*).

67. Mahkeme, bu sonucu göz önünde tutarak, başvuru ve Komisyon tarafından ileri sürülen diğer noktalar hakkında bir karar vermeyi gerekli görmemektedir. Bu noktalardan birincisi, bu usul şartının, Weeks aleyhine hükmedilen özel özgürlükten yoksun bırakma kategorisi bakımından, mevcut yazılı beyanda bulunma imkânına ek olarak, duruşma yapılmasını gerektirip gerektirmediği (*Sanchez-Reisse, §51*); ikincisi, Kurul önündeki işlemlerin 'süratle' yapılıp yapılmadığıdır.

(c) Sonuç

68. Sonuç olarak, Şartla Tahliye Kurulu, Weeks'in ne 1977'de cezaevine geri döndürülmesinin incelenmesiyle ilgili olarak ve ne de izinli salıverme için tutulmasının periyodik incelenmesiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereklerini yerine getiren bir organ olarak görülebilir.

3. Yargısal denetim

69. Bir usulde görülen eksiklikler bir başka usulde mevcut koruyucularla giderilebileceği için, Mahkeme daha önceki davalarda, önündeki sisteme etraflı bir şekilde bakma ihtiyacı duymuştur (*X. – Birleşik Krallık (Esas hk), §60*). Bu bağlamda, yargısal denetim (iptal davası) için bir başvuru yolu hiç kuşkusuz, Şartla Tahliye Kurulu önündeki usule yararlı bir ek olarak görülebilir. Bu yol ilgili kişiye, hem Şartla Tahliye Kurulu kararlarının ve hem de İçişleri Bakanlığı kararlarının adliye mahkemeleri tarafından kontrol edilmesi imkânını vermektedir. Komisyon tarafından raporda kabul edilen görüşü benimseyen başvuru, yargısal denetim yolunun, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği ulaşılabilirlik ve etkililik şartlarını (*Van Droogenbroeck, §54*) taşımadığını savunmuştur. Yargısal denetimin yapılabileceği sebepler, Yargıç Diplock'un Council of Civil Service Unions davasında yaptığı konuşmada özetlediği gibi, 'kanunsuzluk', 'mantıksızlık' ve 'usulsüzlük'tür. 'Kanunsuzluk' terimiyle kastedilen şey, karar-vericinin yetkisini düzenleyen kanunun yanlış uygulanması ve özellikle ilgili yasal şartlara aykırı davranılmasıdır; 'mantıksızlık' terimi, mantığa veya benimsenmiş ahlaki standartlara muhalefeti nedeniyle, karar verilecek konuda aklını kullanan hiç kimsenin veremeyeceği kadar kötü bir kararı içerir; 'usulsüzlük', açıkça düzenlenmiş usul kurallarına uyulmaması, doğal hukukun hiçe sayılması veya usul adilliyinin bulunmamasıdır. Komisyon'un da işaret ettiği gibi, sağlanan kontrolün kapsamı, Weeks'in tutulmasının Sözleşme'nin 5(4). fıkrası anlamında 'hukukiliği' için esaslı olan şartlarla, yani başvurucuya verilen orta seviyedeki hapis cezasının amaçlarına uygun olup olmadığı ve bu amaçlar bakımından haklı olup olmadığıyla ilgili olacak kadar geniş değildir. Mahkeme'nin görüşüne göre, yargısal denetim

yolunun imkân verdiği kontrolün niteliği göz önünde tutulduğunda, bu yolun ne kendisi Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği yargılamayı sağlayabilir ve ne de bu hüküm bakımından Şartla Tahliye Kurulu önündeki usulün yetersizliğine bir çare oluşturabilir.

4. Özet

70. Sonuç olarak Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Dörde karşı on üç oyla, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına; ...

KARAR VERMİŞTİR.

22.12.2005 29986/96 A.D. - TÜRKİYE

◆ *hapisliğin hukukiliği - oda hapsi cezası* (asker kişi başvurucuya komutan tarafından Sözleşme'de bulunmayan, ancak iç hukukta askeri disiplin cezaları arasında yer alan oda hapsi cezası verilmesi) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma*

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1967 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Başvurucu, başvurunun yapıldığı tarihte Türk Silahlı Kuvvetleri'nde astsubay başçavuş olarak görev yapmaktadır.

Başvurucu, 14 Ekim 1994'te Yarbay Ö.Ç. tarafından emirlere itaatsizlikle suçlanmış ve savunması istenmiştir. Yarbay, aynı tarihte başvurucuya, Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi uyarınca askeri emirlere itaatsizlikten 21 gün oda hapsi cezası vermiştir. Başvurucu, cezasını subay ve astsubaylara mahsus cezaevinde çekmiştir. Başvurucu, bu karara karşı 31 Ekim 1994'te alay komutanına başvurmuş ve yarbayın kendisine söz konusu cezayı verme yetkisi bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun itirazı, 30 Kasım 1994'te, tabur Komutanı tarafından kendisine verilen cezanın Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesine uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvurucunun oda hapsi kararının iptali için açtığı dava, 26 Nisan 1995 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 129. maddesi ve AYİM hakkında 1602 sayılı kanunun 21. maddesi uyarınca, askeri disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebi, Yüksek Mahkeme tarafından 4 Ekim 1995 tarihinde reddedilmiştir.

Başvurucu 1995 yılında, askeri disipline karşı gelme nedeniyle askeri üstleri tarafından çeşitli oda hapsi cezalarına çarptırılmış ve bu kararlara karşı yaptığı başvurular da reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

B. Esas hakkında

“19. Hükümet, hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için kişiyi tutma yetkisi veren Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine dayanarak, olayda bir ihlal

bulunmadığını savunmuştur. Hükümete göre, amirlerin emirlerine uyma, Askeri Ceza Kanunu'na belirlenmiş bir yükümlülük olduğundan, başvurunun tutulması askeri disiplinin doğasında bulunan bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gerekli olmuştur.

20. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinde yer alan 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak' ifadesinin, bir kimsenin ileride belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için yasanın tutmaya izin verdiği hallere ilişkin olduğunu belirtmektedir. Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine göre, bir tutmanın haklı görülebilmesi için, tumanın suçları bastırıcı veya cezalandırıcı olmaması gerekir (*Engel ve Diğerleri (Esas hk)*, §69). Mevcut olayda başvurucuya askeri disiplini ihlal ettiği gerekçesiyle verilen oda hapsi cezası ise, geçmişteki bir davranışa ilişkindir. Bu ceza, suçu bastırıcı nitelik taşımaktadır ve anılan fıkranın (b) bendi kapsamına girmez.

21. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakma halinin Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine uygun olabilmesi için, bu halin yargı kararından doğması gerektiğini belirtir. Özgürlükten yoksun bırakma kararı, yürütme organı karşısında bağımsız ve uygun hukuki güvenceleri bulunan, olayı değerlendirmek için gerekli yetkiye sahip bir mahkeme tarafından verilmelidir (*Engel ve Diğerleri, aynı yer*). Mahkeme, askeri yaşamın özelliklerini göz ardı etmemektedir. Bir sivil verildiğinde özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişiye verildiğinde aynı şekilde görülmeyebilir. Bununla birlikte, silahlı kuvvetler bünyesinde, normal hayat şartlarından açıkça sapma olarak kendini gösteren kısıtlamalar, Sözleşme'nin 5. maddesinin kapsamı dışında kalamaz. Dahası bu madde, devletin iç hukuku tarafından ister ceza isterse idari olarak değerlendirilsin, özgürlüğü kısıtlayıcı bütün 'mahkûmiyet kararları' için uygulanır.

22. Mevcut olayda Mahkeme, başvurunun subay ve astsubaylara mahsus cezaevinde 21 gün hapis yattığını kaydeder. Bu nedenle, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında başvurunun özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu hapisliğe başvurunun askeri amiri karar vermiştir. Söz konusu askeri amir, bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dâhil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmış olup, kendisi bu makamlardan bağımsız değildir. Ayrıca askeri amirin uyguladığı disiplin süreci, Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin gerektirdiği yargısal güvenceleri sağlamamaktadır. Sonuç olarak başvurunun tutulması, 'yetkili mahkemenin mahkûmiyet kararından sonra' bir tutma niteliğine sahip değildir. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi ihlal edilmiştir."

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, manevi tazminat olarak 2,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 1,500 Euro ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun geri kalan bölümünün kabuledilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 5(1)(a) bendinin ihlaline;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

YÜKÜMLÜYÜ TUTMA

25.09.2003 52792/99 VASILEVA - DANİMARKA

◆ *tutmanın hukukiliği - kimlik tespiti için tutma* (polise kimliğini açıklamayan yaşlı kadının 13,5 saat süreyle tutulması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için tutma*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bayan Sofika Vasileava 1928 doğumlu bir Bulgar vatandaşıdır.

Başvurucu 11 Ağustos 1995 günü, Danimarka'nın Arhus kentinde bir kamu taşıtında elindeki biletin geçerliliği konusunda bilet kontrolörü ile tartışmaya girmiştir. Kontrolör, cezalı bilet kesmek isterken başvurucu kontrolöre kimliğini göstermemiş ve bunun üzerine polis çağrılmıştır. Başvurucu polise de adını ve adresini vermeyince, Adalet Teşkilatı Kanunu'nun 755(1) ve 750. maddeleri gereğince başvurucu 21.30'da gözaltına alınmış ve karakola götürülmüştür.

Polis tutanağına göre başvurucu yaklaşık 60 yaşlarında görünmektedir. Başvurucunun şahsi eşyaları üzerinden alındıktan sonra akşam 21.45'ten itibaren bekleme odasında gözaltında tutulmaya başlanmış ve tuvalete gittikten sonra 23.00'te nezarethaneye koyulmuştur. Başvurucu, 12 Ağustos 1995 günü sabah 10.45'te kimliğini açıkladıktan sonra saat 11.00'de, yani toplam 13 buçuk saat tutulduktan sonra serbest bırakılmıştır.

Başvurucu, salıverildikten hemen sonra hastalanmış ve yüksek tansiyon nedeniyle üç gün hastanede yatmıştır. Kimliği açıklamama nedeniyle başvurucu aleyhine bir dava açılmamıştır. Başvurucunun otobüs şirketiyle arasındaki uyuşmazlığın sonucu bilinmemektedir.

Başvurucu 16 Ağustos 1995'te, gözaltı nedeniyle Arhus Emniyet Müdürlüğü'ne şikâyetle bulunmuştur. Emniyet Müdürlüğü, olayla ilgili 14 Eylül 1995 tarihli cevabi yazısında, başvurucunun kimliğini ortaya koyabilecek herhangi bir kimlik belgesi taşımadığını, histerik göründüğünü ve kimliğini açıklamadığını, güvenlik gerekçesiyle kendisinin nezarethaneye koyulduğunu, gözaltı sırasında başvurucunun düzenli olarak kendisiyle ilgilenildiğini, fakat başvurucunun her defasında çığlık atarak karşılık verdiğini ve kimliğini açıklamayı reddettiğini belirtmiştir.

Başvurucu gözaltında tutulmuş olması nedeniyle 14 Haziran 1996'da Emniyet Müdürlüğü'nden tazminat talep etmiştir. Emniyet Müdürlüğü, 18 Temmuz 1996'da verdiği kararda, önceki yazıyı da hatırlatarak, tazminat talebine ilişkin cevabın bundan farklı olmayacağını, ileri yaşı nedeniyle nezarethanede tutulması konusunda, doktora götürüleceğine dair söz verildiği halde götürülmemesinin üzücü olmakla birlikte, 12 saat kadar nezarethanede tutulmuş olmasının kendi davranışından ve polislin sorularına cevap vermemesinden kaynaklandığını, bu karara karşı Adalet Bakanlığı'na itiraz edilebileceğini, öte yandan tazminat talebi konusunda Bölge Savcılığının karar vereceğini belirtmiştir.

Başvurucu Adalet Bakanlığına itiraz etmemiş, ancak 31 Temmuz 1996'da Başsavcılığa tazminat için yaptığı başvuru 25 Kasım 1997'de reddedilmiştir.

Başvurucu bunun üzerine Arhus Mahkemesi'nde tazminat davası açmıştır. Yargılama sırasında avukatla temsil edilen başvurucu ifade vermiş, ayrıca gözaltına alan polislerin de aralarında bulunduğu dört polis tanık olarak dinlenmiştir. Arhus Mahkemesi 25 Eylül 1998 tarihli kararında, başvurucunun kimliğini açıklamaması nedeniyle bu harekete para cezası öngören Adli Teşkilat Kanununun 750. maddesine aykırı davrandığını, aynı Kanunun 755(1). fıkrası gereğince gözaltına alındığını belirtmiştir. Bu mahkeme, polislerin başvurucunun kimliğini ortaya çıkarmak için sürekli olarak girişimde bulunmaları

ve gözaltının süre yönünden orantılılığı aşmamasını sağlamaları gerekirken, 67 yaşındaki yaşlı bir kadın olan başvurucunun ertesi gün 11.00'e kadar tutulması için bir sebep bulunmadığını söylemiş ve başvurucuya 2,200 Danimarka Kronu tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Başsavcılığın bu karara karşı başvurduğu Üst Mahkeme, 11 Şubat 1999'da üst başvuruyu reddetmiştir. Başvurucunun 24 Şubat 1999'da Temyiz Mahkemesi'ne yaptığı başvuru da 25 Mayıs 1999'da reddedilmiştir.

Başvurucu 10 Ağustos 1999'da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda 11 Ağustos 1995 günü 21.30'dan 12 Ağustos 1995 günü 11.00'e kadar gözaltında tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Tarafların iddiaları

[22–31]: Başvurucu, 11 Ağustos 1995 akşamı 21.30'dan 12 Ağustos 1995 sabahı 11.00'e kadar tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, iç hukuk, kimlik tespiti için gözaltına alınan bir kimsenin sadece kısa bir gözaltında tutulmasına izin vermektedir; oysa kendisinin gözaltında tutulması yasaya aykırı, gereksiz ve çok uzundur. Hükümete göre ise, başvurucunun gözaltında tutulması iç hukukta öngörülen usule uygun olup, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine girmektedir. Hükümete göre başvurucunun tutulma süresi de orantılıdır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“32. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ilk önce bir tutmanın ‘hukukun öngördüğü usule göre’ olmasını içerecek şekilde ‘hukuki’ olmasını gerektirir. Sözleşme, burada esasen ulusal hukuka gönderme yapmakta ve bu konudaki ulusal hukukun maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü ifade etmekte, ama ayrıca bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının bireyi keyfiliğe karşı koruma amacına da uygun olmasını gerektirmektedir (*Benham*, §40 ve 42).

33. Ayrıca, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasındaki özgürlük hakkına getirilmiş istisnalar sınırlı sayıda olup, bu istisnalar kişiyi özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakmama şeklindeki 5(1). fıkranın amacına uygun olarak dar yorumlanmalıdır (*Giulia Manzoni*, §25).

34. Başvurucunun Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında ‘özgürlüğünden yoksun bırakılmış’ olduğu tartışma konusu değildir (*Witold Litwa kararı*). Ayrıca, polisin isteğine rağmen başvurucunun adını, adresini ve doğum tarihini açıklama yükümlülüğünü yerine getirmediği için, Adalet Teşkilatı Kanunu'nun 750(1) ve 755. maddeleri gereğince gözaltında tutulduğu da tartışmalı değildir. Başvurucunun Danimarka hukukunda öngörülen usule göre gözaltında tutulmuş olduğu da itiraz konusu değildir.

35. Hükümet, başvurucunun gözaltında tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine göre incelenmesi gerektiğini, çünkü başvurucunun Adalet Teşkilatı Kanunu'nun 750. maddesinde öngörülen kimliğini açıklama şeklindeki özel ve somut bir yükümlülüğü yerine getirmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu da bu değerlendirmeye katılmaz görünmemiştir. Mahkeme'nin de farklı düşünmesini gerektiren bir sebep yoktur.

36. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinde bir gözaltında tutmaya sadece hukuken öngörülmuş bir yükümlülüğün ‘yerine getirilmesini sağlamak’ için izin verilmiş olduğunu hatırlatır. Buna göre, en azından, söz konusu kişiye yüklenmiş bir yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması ve gözaltına alma ve tutmanın bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için yapılması ve cezalandırıcı (punitive) nitelikte olmaması gerekir. Söz ko-

nusu yükümlülük yerine getirilir getirilmez, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki gözaltında tutmanın temeli ortadan kalkar.

37. Son olarak, demokratik bir toplumda söz konusu yükümlülüğün hemen yerine getirilmesinin önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında denge kurulmalıdır (*Nowicka*, §61; *B. – Fransa* [k.k.], no. 10179/82, DR 52, s. 111 ve *Reyntjens* [k.k.], no. 16810/90, DR 73, s. 136). Bu tür bir dengenin kurulmasında gözaltında tutmanın süresi de ilgili bir faktördür (*McVeigh ve Diğerleri* [k.k.], no. 8022/77, DR 25, s. 37-38 ve 42; *Johansen* [k.k.], no. 10600/83, DR 44, s. 162).

38. Mevcut olayda Mahkeme, başvuruçunun 11 Ağustos 1995 günü akşam 21:30'da gözaltına alındığını, çünkü başvuruçunun Adalet Teşkilatı Kanunu'nun 750. maddesinin öngördüğü polise kimliğini açıklama yükümlülüğüne uymadığını, bu isteksizliğini 12 Ağustos 1995 günü sabah 10:45'e kadar sürdürdüğünü ve bundan sonra hemen salıverildiğini hatırlatır. Burada karar verilmesi gereken şey, mevcut olayın şartları içinde genel olarak yükümlülüğün yerine getirilmesinin sağlanmasının önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında makul bir dengenin kurulmuş olup olmadığıdır. Mahkeme, bu değerlendirme sırasında şu noktaların konuyla ilgili olduğu kanaatindedir: söz konusu mevzuattan doğan yükümlülüğün konusu, amacı ve niteliği; gözaltında tutulan kişi ve gözaltında tutmaya yol açan koşulların özelliği ve gözaltında tutmanın süresi.

39. Mahkeme, önce söz konusu yükümlülüğü incelemiştir. Mahkeme başvuruçunun geçerli bir biletle seyahat edip etmemesi konusunda bilet kontrolörüyle yaptığı tartışmanın olaydaki yükümlülükle bir ilgisi olmadığını hatırlatır. Başvuruçunu, polise sırf kimlik bilgilerini vermediği ve bu suretle Adalet Teşkilatı Kanunu'nun 750. maddesinde öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediği için gözaltına alınmıştır. Mahkeme, polislin görevlerini yerine getirebilmesi ve böylece kanunun uygulanmasını sağlayabilmesi için vatandaşların kimliğini bilmesinin temel bir şart olduğu görüşündedir. Dahası Mahkeme, kişinin suç işlediği ve bir yükümlüğe uymadığı şüphesinden bağımsız olarak 'rutin' kimlik kontrolleri ile ilgili yukarıda geçen *Reyntjens* kararında olduğu gibi, mevcut olayda da, söz konusu yükümlülüğün ihlaline para cezası verilebileceğini hatırlatır.

40. Mahkeme, bundan sonra gözaltında tutulan kişiyi ve gözaltında tutulmasına yol açan özel koşulları incelemiştir. Mahkeme, yukarıda geçen *Nowicka – Polonya* kararında başvuruçunun 1940 doğumlu olup, komşusuyla uyuşmazlığından doğan şahsi ceza davası bağlamında psikiyatrik muayeneye götürülmek için gözaltında tutulduğunu hatırlatır. Yukarıda sözü edilen *McVeigh ve Diğerleri* kararında, 31 ile 58 yaşları arasında üç erkek olan başvuruçular, Büyük Britanya'ya girişte, terörle mücadele için getirilmiş bir yükümlülük olan güvenlik kontrolüne tabi tutulmuşlardır. Komisyon, bu başvuruçuların olayına, kendilerinin de dediği gibi, kendilerinin masum tatilciler oldukları noktasından yaklaşmış; fakat ayrıca inceleme memurunun elindeki mevcut bilgilerin, başvuruçuların geldikleri İrlanda'da sınırda yapılabilecek olandan daha derin bir inceleme yapılmasını gerektirdiği şeklindeki değerlendirmeye dayanarak gözaltına alındıklarını kabul etmiştir. Yukarıda geçen *Johansen* kararında başvuruçunu, askerlik hizmetine olduğu gibi başka bir kamu hizmetine de karşı çıkan 1956 doğumlu bir erkektir. *B. – Fransa* kararında başvuruçunu, polislerin üçüncü kişiye yönelik eylemlerine müdahale edip sonra da onları engellediği için iki kez gözaltına alındığı sıralarda 40 yaşlarındadır. *Reyntjens* kararında başvuruçunu, prensip olarak kimlik kartı taşımayan 35 yaşında bir erkektir. Mevcut davada ise, başvuruçunu, geçerli bir biletle seyahat edip etmediği konusunda tartıştığı bir bilet kontrolörüne kimlik göstermemiştir. Polis çağrılmış, fakat başvuruçunu polislere de adını ve adresini vermeyi reddetmiştir. Dolayısıyla başvuruçunu, sırf kimlik bilgilerini polise vermediği için gözaltına alınmış olmakla birlikte, polislerin başvuruçunu bu şekilde yaklaşma-

larının ardındaki neden kolluk gücü olmalarıyla ilgilidir. Dahası Mahkeme'ye göre, hem kamu ve hem de özel taşıma şirketlerinin, geçerli bir biletle seyahat etmeyen ve kimliğini göstermeyi reddeden yolcularla karşılaştıklarında polisin etkili yardımını alamamaları, kendilerini güçsüz bırakır. Mahkeme başvurunun gözaltına alındığında 67 yaşında olduğunu hatırlatır. Bununla birlikte gözaltı tutanağına göre polis, başvurunun 60 yaşlarında olduğunu tahmin etmiştir. Ayrıca başvurunun sağlık durumu ve 12 Ağustos 1995'te hastaneye yatmasıyla ilgili olarak, Mahkeme, polisin gözaltına alma sırasında başvurunun yüksek tansiyonu olduğunu bildiğinin anlaşılammış olduğu görüşündedir. Öte yandan Mahkeme, başvurunun iç hukuktaki dava mahkemesi önünde polise kızdığı için kimliğini açıklamadığını ve bu kızgınlığının ve isteksizliğinin 12 Ağustos 1995 sabahı 10:45'e kadar sürdüğünü söylediğini kaydeder. Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun kimliğinin anlaşılması için gözaltında tutulmasının, Adalet Teşkilatı Kanunu'na ve Sözleşme'nin 5(1)(b) bendine uygun olduğunu tespit etmektedir.

41. Tutulma süresinin uzunluğu ile ilgili olarak yukarıda geçen *Nowicka – Polonya* kararında Mahkeme, başvurunun toplam 43 gün tutulmasının Sözleşme'nin 5. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Yine yukarıda geçen *McVeigh ve Diğerleri* kararında Komisyon, olayın içinde bulunduğu istisnai bağlamda başvurucuların gözaltına alınmalarının ve tutulmalarının yaklaşık 45 saat sürmesini gerektiren yeterli şartlar bulunduğu sonucuna varmıştır. Yukarıda geçen *B. – Fransa* kararında, o tarihteki Fransız mevzuatı şöyle demektedir: 'polis, adli soruşturmalar dolayısıyla veya kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla, herhangi bir kimseden kimliğini kanıtlamasını isteyebilir ve bu amaçla kendisini polis karakoluna götürebilir. Bu amaçla polis karakoluna götürülen bir kimse altı saatten fazla tutulamaz.' Komisyon, başvurunun polis karakolunda tutulma süresinin (bir saat ve daha sonra dört saat) kısıtlığını dikkate alarak, yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlama gereği ile özgürlük hakkı arasındaki adil bir dengenin kurulmuş olduğu kanaatine varmıştır. Başvurunun iki buçuk saat özgürlüğünden yoksun bırakıldığı *Reyntjens* kararında da aynı sonuca varılmıştır. Mevcut olayda başvuru on üç buçuk saat özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır. Mahkeme, polisin 11 Ağustos 1995 akşamı 21:30 ile 23:00 arasında ve 12 Ağustos 1995 sabahı 06:30 ile 10:45 arasında birkaç kez başvurucudan kimliğini açıklamasını istediğini, fakat sonuç alamadığını kaydeder. Ulusal mahkemelerin yaptığı tespitlere dayanan Mahkeme, başvurunun üzerinde kimliğini kanıtlayabilecek herhangi bir belge bulunmadığına ikna olmuştur. Ayrıca, gece 23:00 ile sabah 06:30 arasında başvurunun kimliğinin belirlenebilmesi için hiçbir çaba gösterilmediği de bilinmektedir. Hükümet, bunun sebebinin, başvurunun uyuma ihtiyacı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, bazı durumlarda bu tür ihtiyaçların konuyla ilgili olabileceğini kabul etmekle birlikte, mevcut olayda durumun böyle olduğunun kanıtlanamadığı görüşündedir. Dahası Mahkeme, bir tutmanın genellikle tutma sebebi ile orantılı tutma süresini aşmamasını sağlama yükümlülüğü karşısında, bu tür düşüncelere ağırlık verilebileceği görüşünü kabul etmeye istekli değildir. Mahkeme ayrıca, Arhus Emniyet Müdürlüğü'nün 18 Temmuz 1996 tarihli yazısında başvurunun gözaltında tutulması sırasında söz verildiği gibi doktora gösterilmemiş olmasından üzüntü duyduğunu belirtmiş olmasını da göz önünde tutarak, bu tür bir üçüncü kişi müdahalesinin, o ana kadar polis ile başvuru arasındaki iletişimin vardığı açmazı da kırabileceğini kaydeder. Ayrıca Mahkeme, yukarıda başvurunun durumu ile başvurunun tutulmasına yol açan koşullar konusunda vardığı sonucu ve başvurunun Adalet Teşkilatı Kanununun 750. maddesinde düzenlenen yükümlülüğe uymamasının para cezasıyla cezalandırılabilen küçük bir suç olmasını dikkate alarak, başvurunun her halükarda uzun bir süre gözaltında tutulmamış olması gerektiği kanaatinde. Mahkeme, başvurunun on üç buçuk saat özgürlüğünden yoksun bırakılmış olmasının, tutma sebebi ile orantılı süreyi aştığını tespit etmiştir.

42. Yukarıdaki unsurlar ışığında Mahkeme, yetkililerin, başvuruçunun gözaltında tutulmasını on üç buçuk saate uzatmakla, yükümlülüğü yerine getirme gereği ile özgürlük hakkı arasında adil bir denge kurmadıkları kanaatindeir.”

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 500 Euro ile ücretler ve masrafları ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

27.07.2010 28221/08 GATT - MALTA

♦ *temerrüt hapsi - adli para cezası* (uyuşturucu suçundan yargılanmaktayken adli kontrol altına alınan başvuruçunun belirli saatlerde sokağa çıkma yasağını bir kez ihlal etmesi üzerine tayin edilen adli para cezasını ödeyememesi nedeniyle hapse dönüştürülmesi ve toplam 5 buçuk yıl cezaevinde tutulması) ■ *kişi özgürlüğü* - mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma - yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için tutma - hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü - borç nedeniyle hapis yasağı

DAVANIN ESASI

Başvuruçucu Lawrence Gatt, 1947 doğumlu bir Malta vatandaşı olup halen tutulu bulunmaktadır.

Başvuruçucu ceza mahkemesinde uyuşturucu suçundan tutuklu olarak yargılanırken, 13 Ağustos 2001'de, 23,300 Euro güvence vermesi karşılığında adli kontrol altında salıverilmesine karar verilmiştir. Adli kontrol koşullarından birine göre, başvuruçucu evinden ancak oğlunu okula götürüp getirebilmek için sabah 6:00-9:00 ile 15:00-18:00 arasında çıkabilecektir. Başvuruçucu 14 Ağustos 2001'de bu yükümlülüğü ve yükümlülüğün ihlali halinde belirtilen miktarı ödeyeceğini içeren bir beyanı imzalamıştır. Başvuruçucu daha sonra 1,165 Euro yatırmıştır.

Başvuruçunun 18:00-20:00 saatleri arasında dışarıda görüldüğüne dair bir şikâyet üzerine, ceza mahkemesi 6 Haziran 2006 tarihli kararla, başvuruçunun evden çıkma şeklindeki adli kontrol koşullarından birini ihlal ettiği gerekçesiyle adli kontrolü kaldırmış ve başvuruçunun yeniden tutuklanmasına, 1,165 Euro'nun Hazineye gelir kaydedilmesine ve 23,300 Euro güvencenin devlete ödenmesine karar vermiştir. Başvuruçucu güvence miktarını ödeyemediği için, ceza mahkemesi 28 Temmuz 2006'da, Ceza Muhakemesi Kanununun 585. ve 586. maddeleri gereğince, bu miktarın günlük 11.50 Euro'dan toplam 2,000 gün (5 buçuk yıl) hapis cezasına dönüştürülmesine karar vermiştir.

Başvuruçucu, anayasa şikâyetinde bulunarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 586. maddesinin ve ceza mahkemesi kararının, aşırı ve orantısız bir cezaya yol açtıklarını, 586. maddenin dönüştürülecek cezada bir üst sınır getirmediğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi 12 Şubat 2008 tarihli kararla, başvuruçunun başvurusunu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine göre başvuruçunun tutulması Sözleşme'nin 5(1)(a) bendine değil, ama hukukun öngördüğü yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutmayı düzenleyen 5(1)(b) bendine girer; Strazburg içtihatlarına göre özgürlükten yoksun bırakma ile yükümlülüğün yerine getirilmesi arasında orantılılık bulunmalıdır; mevcut olayda başvuruçucu, ödeme tarihine kadar geçerli olan önceden belirlenmiş oran nedeniyle, muğlak ve

keyfi olmayan bir yükümlülük altına girmiştir; söz konusu maddede tavan bulunmaması, yükümlülük ile yarattığı sonuçlar arasındaki orantılılığı etkilemez; yerine getirmediği zaman kişiyi bir yükümlülüğünden muaf tutmak, tutuklamaya karşı güvenceler kavramını anlamsız kılar; bu gerekçe Sözleşme'nin hem 3 ve hem de 5. maddeleri için geçerlidir; aslında başvuru güvence beyanında yüklenen miktarın orantılılığına itiraz etmediği gibi, ödeyemeyeceği bir miktar olduğunu da söylememiştir; dolayısıyla bu durum insanlık dışı veya aşağılayıcı bir ceza sayılmaz; şok edici bir orantısızlık Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili bir sorun doğursa bile (*Leger – Fransa ve Price – Birleşik Krallık*), mevcut olayda böyle bir durum yoktur.

Başvurucu 10 Haziran 2008 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Başvurucu, yaptığı başvuruda, adli kontrol koşullarını ihlal ettiği zaman ödeyemediği güvencenin hapis cezasına dönüştürülmesinin aşırı ve orantısız olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

“19. Bir davadaki maddi olayları nitelendirmede bağlayıcı sözü söyleyen organ olan Mahkeme (*Castravet*, §23; *Marchenko*, §34; ve *Berhani*, §46), taraflarca yapılan nitelendirme ile bağlı değildir. Mahkeme, hâkim hukuku bilir (jura novit curia) ilkesi gereğince, örneğin taraflarca dayanılmamış Sözleşme maddelerine veya fıkralarına ilişkin şikâyetleri kendiliğinden incelemiştir (*Scoppola* (no. 2) [BD], §54; ve *Anusca*, §26). Bir şikâyet, dayandığı hukuki sebeplere veya gerekçelerine göre değil, fakat şikâyetin içinde iddia edilen maddi olaylara göre nitelendirilir (*Guerra ve Diğerleri*, §44). Dolayısıyla Mahkeme, mevcut olayda da başvuru ileri sürdüğü meseleyi Sözleşme'nin 3. maddesine ek olarak, Sözleşme'nin 5. maddesi ve Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından da incelemeye (*Zehentner*, §35) ve tarafların bu konularda görüşlerini almaya karar vermiştir.”

II. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu, adli kontrol koşullarını ihlal ettiği zaman ödeyemediği güvencenin hapis cezasına dönüştürülmesinin aşırı ve orantısız olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

“29. Mahkeme, olayın içinde bulunduğu bütün koşullar dikkate alındığında verilen orantısız bir cezanın, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir mesele doğurabileceğini ihtimalini reddetmemektedir (*Hussain kararı*; *T. – Birleşik Krallık*, §99; *V. Birleşik Krallık*, §100; ve *Einhorn – Fransa* [k.k.], no. 71555/01). Ancak bir devletin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar verilmesi ağır bir durum olup, bir şikâyetin 3. maddede kapsamına girdiğinin kabul edilmesi için asgari bir ağırlık düzeyinde olması gerekir. Mahkeme, başvuru güvenceleri ödememesinin bir sonucu olarak tutulmasının uzunluğunun başvuru için stres ve endişe kaynağı olabileceğini gözlemlemekle birlikte, bunun Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan eşige ulaştığı söylenemez. Dolayısıyla bu şikâyet Sözleşme'nin 35(3). fıkrası anlamında açıkça temelsiz bir şikâyet olduğundan kabuledilebilir olmayıp, 35(4). fıkrası gereğince reddedilmelidir.”

III. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

Başvurucu bu tedbirin cezalandırıcı bir niteliği bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre bu tedbir sırf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemenin bir sonu-

cu olarak uygulanmıştır. Dolayısıyla bu tedbir, özellikle orantısız olması bakımından Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırıdır. Hükümete göre ise adli kontrol koşulları, açık ve tartışmasızdır. Bunlar, kişi özgürlüğüne gereği gibi önem veren gerekli tedbirlerdir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“35. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının özgürlükten yoksun bırakma sebeplerinin tüketici bir listesini içerdiğini hatırlatır. Ancak bir sebebin uygulanabilirliği, zorunlu olarak diğer bir sebebin uygulanabilirliğini engellemez; bir tutma, koşulları varsa, birden fazla fıkra bakımından haklı bulunabilir (*Eriksen, §76; ve Enhorn, §34*). Mahkeme, bir fıkradaki farklı hükümler için de aynı şeyin geçerli olduğu kanaatindedir.

36. Hükümet, mevcut olayda tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin birinci ve ikinci hükümlerine göre yapıldığını savunmuştur.

37. Bu fıkranın birinci hükmü, bir kimse hakkında daha önce verilmiş ‘mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması’ nedeniyle tutmadan söz etmektedir. Sözleşme organları bu hükmü, diğerlerinin yanında, adli para cezasını ödememe (*Airey, Komisyon Raporu, DR no. 8*), bir mahkemenin gidilmesini emrettiği sağlık muayenesine gitmeme (*X. – Avusturya, DR no. 18; ve X. – Federal Almanya, no. 6659/74, DR no. 3*), çocukları diğer ebeveyne teslim etme kararına uymama (*Paradis [k.k.], no. 4065/04*), ikamet kısıtlamaları getiren bir yargısal karara uymama (*Freda, DR no. 21*) ve taahhüt verme kararlarına uymama (*Steel ve Diğerleri, §69*) gibi hallerde uygulamışlardır.

38. Mahkeme başvuruçunun, 23,300 Euro ödemesini emreden 6 Haziran 2006 tarihli mahkeme kararına uymadığını ve bunun sonucunda iki bin (2,000) gün hapis cezası verildiğini kaydeder.

39. Sözleşme'nin ve Protokollerin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini göz önünde tutan Mahkeme, sırf bir sözleşmeden doğan borcu yerine getirmeme nedeniyle hapis cezasını yasaklayan Dördüncü Protokolün 1. maddesine dikkat çekmektedir. Mahkeme, borçlunun temerrüdü nedeniyle hapsedilmesinin sadece Hazineyle ilgili Fransız sisteminde bulunan arkaik bir cezalandırma sistemi olduğunu düşünerek, bu sistem konusunda çekincelerini daha önce de ifade etmiştir (*Göktan, §51*). Ancak Mahkeme, Dördüncü Protokolün 1. maddesinin böyle bir sistem bakımından uygulanmayacağını, çünkü bu maddenin sırf bir sözleşmeden doğan borç nedeniyle hapsi yasaklandığını kaydetmiştir (*Göktan, §51*). Mevcut olaydaki koşullar *Göktan* davasındaki koşullardan farklı olduğu ve Dördüncü Protokolün 1. maddesinin daha derin bir analizi gerektiği halde, Mahkeme Hükümetin, başvuruçunun tutulmasının sebebi olarak Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ilk hükmüne dayanabileceğini kabul etmektedir.

40. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ilk olarak, bir tutmanın, hukukun öngördüğü bir usule uygunluk şartını da içerecek şekilde ‘hukuki’ olmasını gerektirdiğini hatırlatır. Sözleşme burada esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki maddi ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü ifade etmekte, fakat ayrıca bir özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyleri keyfilige karşı koruma şeklindeki amacına uygun olmasını gerektirmektedir (*Benham, §40, 42*). Bununla birlikte ulusal makamlar, demokratik bir toplumda bir mahkemenin hukuka uygun bir kararına uyulmasını sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında adil bir denge kurulmalıdır (*Paradis, [k.k.]*). Mahkeme'ye göre böyle durumlarda kararın amacı, karara uyulabilirlik ve hapisliğin süresi gibi meseleler, dikkate alınması gereken konulardır. Orantılılık meselesi, her şeyin bütünlüğü içinde özel bir öneme sahiptir.

41. Mahkeme, hapisliğe Ceza Muhakemesi Kanununun 585. maddesi gereğince ulusal mahkemeler tarafından karar verilmiş olduğunun ve hapislik süresinin de 586. madde-

ye dayanılarak tayin edildiğinin tartışmalı bulunmadığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla şimdi bu tedbirin orantılı olup olmadığı karara bağlanmalıdır.

42. Söz konusu mahkeme kararının amacı, adli kontrol koşullarının ihlalini cezalandırmak suretiyle, yetkililere güvence miktarının ödenmesini sağlamaktır. Mahkeme'ye göre, cezaevinde tutma düşünüldüğünde, özgürlük hakkına saygıyı sağlamak için parasal güvenceler kaçınılmazdır. Ancak Mahkeme, başvurucunun ödeme yükümlülüğünü kabul ettiği 2001 yılında sözü edilen miktarı ödeyebilecek durumda olsa bile, 2006 yılında yoksul olduğunu ve bu miktarı ödeyebilecek durumda olmadığını kaydeder. Aslında başvurucunun, kendisi aleyhindeki davanın 5 yıldan fazla bir süre devam etmeyeceğini varsayması makuldür. Mahkeme başvurucunun yaklaşık beş yıldır katı bir adli kontrol koşulları altında olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvurucunun bir dönem boyunca geçimi için kazanç elde edemediği sonucuna varılabilir. Bu durumda başvurucunun mahkeme kararına uyabileceğini beklemek gerçekçi değildir.

43. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ilk hükmüne göre daha önce ele alınan davalarda hapislik sürelerinin dört gün (*Airey, Komisyon kararı*), bir hafta (*Freda kararı* ve *Steel ve Diğerleri kararı*) ve en fazla altı ay (*Paradis kararı*) gibi kısa dönemler olduğunu kaydeder. Mevcut olayda ise bir mahkeme kararına uymama nedeniyle hapislik süresi toplam beş yıl altı ay olarak tayin edilmiş ve şimdiye kadar dört yıla geçmiştir. Dahası, başvurucu mahkûmiyetten sonra hapsedilmiş olsaydı (md 5(1)(a)) koşullu tahliye edilebilecek olduğu halde, bu dönem koşullu tahliyeye tabi değildir. Bu dönem, başvurucu bir suç işlemiş olduğu şüphesiyle tutuklanmış olsaydı (md 5(1)(c)) Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvencelerin uygulanacak olduğu bir tutukluluk dönemi de değildir. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, bir adli kontrol koşulu olarak verilen sokağa çıkma yasağını bir kez ihlal etme sonucu 23,300 Euro ödemeye hükmeden bir mahkeme kararına uymama nedeniyle beş yıl altı ay (2,000 gün) hapislik süresinin, demokratik bir toplumda bir mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymayı sağlamanın önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında adil bir denge oluşturduğu kabul edilemez.

44. Sonuç olarak, bu sebebe dayandığı ölçüde, başvurucunun toplam tutulma süresinin Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygun olduğu söylenemez.

45. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu tutmanın, Hükümetin ileri sürdüğü ikinci temele, yani Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki 'hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için' hükmüne uygun olup olmadığını incelemelidir.

46. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin ikinci hükmünün, ilgili kişinin zaten üzerinde bulunan, hukuken öngörülmüş özel ve somut bir yükümlüğün yerine getirilmesini sağlamak için tutmaya izin verdiğini hatırlar. Kişinin gözetilmesine alınması ve tutulması, yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlama amacı taşımamalı, cezalandırıcı bir niteliği sahip olmamalıdır. Dahası, söz konusu yükümlülüğün hemen yerine getirilmesinin demokratik bir toplumdaki önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir denge kurulmalıdır. Bunun değerlendirilmesinde, konuyla ilgili mevzuattan doğan yükümlülüğün niteliği, mevzuatın konusu ve amacı, tutulan kişinin durumu, tutmaya yol açan özel koşullar ve tutma süresi, konuyla ilgili unsurlardır (*Vasileva*, §36-38).

47. Mahkeme, 14 Ağustos 2001'de başvurucu tarafından adli kontrol koşullarının ihlali halinde 23,300 Euro ödeme şeklinde üstlenilen yükümlülük, yeterince somut ve açık bir yükümlülüktür.

48. Mahkeme tutmanın amacının, artık o aşamada adli kontrol koşullarına uyulmasını sağlamak değil, fakat sadece güvence verilen miktarın ödenmesini sağlamak olduğunu kaydeder. Mahkeme daha önce, bir gümrük cezasını ödemedi temerrüt nedeniyle hapisliğin, para cezasını (fine) infaz vasıtası değil, fakat bir ceza (penalty) olduğuna karar

vermişti (*Jamil*, §32; ve *Göktan*, §48). Mevcut olayda Hükümet de söz konusu tedbirin cezalandırıcı bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme farklı düşünmek için bir sebep görmemektedir. Mahkeme özellikle, adli kontrol koşullarını ihlalin ardından güvencenin ödenmemesine uygulandığı şekliyle temerrüt hapisliğinin, bir kimsenin suçlandığı suçtan suçlu bulunmuş olsaydı yatacağı süreden daha uzun bir süre olması gibi bir durum yaratabileceğini kaydeder. Kişinin bu suçlardan beraat etmesi halinde, durum daha da paradoksal hale gelecektir. Ayrıca Mahkeme, başvuruçunun tutulmasının yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlayabileceğini kabul etmekte güçlük çekmektedir; çünkü başvuruçusu yoksul bir durumda olup, cezaevinde kaldığı sürece yoksulluğu sürececek ve hatta daha da artacaktır.

49. Mahkeme, tutmaya yol açan koşullarla ilgili olarak, uyuşturucu suçundan davası devam eden ve ikamet kısıtlamalarına tabi olarak adli kontrol altında olan başvuruçunun, evden çıkma yasağına sadece bir kez uymadığını kaydeder. Başvuruçusu bunun sonucu olarak tutulmuş olup, 23,300 Euroyu ödemedikçe, tutulması beş buçuk yılın (iki bin günün) sonuna kadar devam edecektir. Mahkeme Malta hukukunun, adli kontrol koşullarına uymamanın bir sonucu olarak adli kontrolün bozulma şartları bakımından adli kontrolün duruşmada hazır bulunma şeklindeki başlıca amacı ile ilgili koşullar ile diğer düşüncelerle ilgili koşullar arasında bir ayırım yapmadığını gözlemlemektedir. Ancak Malta hukuku yetkililere, koşulların ihlali ağır değilse, söz konusu maddeyi uygulama yetkisi vermiştir. Mevcut olayda ihlal edilen koşul, sokağa çıkma yasağı olup bu da adli kontrolün esas amacıyla ilgili olmadığından, Mahkeme yetkili makamların söz konusu maddeyi uygulamalarını anlamakta güçlük çekmektedir. Bütün bunların ışığında Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanununun 579. maddesindeki takdir yetkisinin kullanılmasına veya adli kontrolün esas amacıyla ilgili koşulların ihlali ile diğer koşulların ihlali arasında bir ayırım yapılmasına ilişkin düzgün bir rehber bulunmaması nedeniyle, Malta hukuku keyfi ve orantısız sonuçlara yol açabileceği için kusurludur.

50. Mahkeme, ulusal makamların başlangıçta başvuruçuyu adli kontrol almakla, özgürlük hakkının önemini akıllarında tuttuklarını kabul etmektedir. Mahkeme, daha sonra ulusal mahkemenin dönüştürme parametrelerini doğru bir biçimde ve iyi niyetle uyguladığını da kabul edebilir. Ancak Mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanununun 586. maddesinin temerrüt hapisliğinde tutma süresi için bir tavan getirmediğini (dolayısıyla bir kimsenin yaşam boyu hapsedilmesinin bile mümkün olduğunu), orantılılık değerlendirmesi de öngörmediğini gözlemlemektedir; bu nedenle de Malta hukuku bu yönden kusurludur. Gerçekten de yasanın mevcut olayda uygulanması, yapılan ihlalin bir sonucu olarak yükümlülüğün yerine getirilmesi karşısında, aşırı uzun bir tutma dönemine yol açmıştır.

51. Sonuç olarak Mahkeme, mevcut davanın koşulları içinde ve özellikle süresi nedeniyle, başvuruçunun tutulmasının orantısız olduğu kanaatindedir. Özellikle yasa ve yasanın başvuruçusuna uygulanma şekli, demokratik bir toplumda söz konusu yükümlülüğün hemen yerine getirilmesinin önemi ile özgürlük hakkının önemi arasında bir denge kurmamıştır.

52. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varır.”

IV. Dördüncü Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[53–56]: Başvuruçusu, sözleşmeden doğan borcu yerine getirmemesinin bir sonucu olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı iddia etmiştir. Hükümet Dördüncü Protokolün 1. maddesinin uygulanabilir olmadığını, uygulanabilir olsa bile ihlal edilmediğini savunmuştur. Mahkeme Dördüncü Protokolün 1. maddesinin mevcut olayda uygulanabilir olup olmadığı sorununu açık bırakarak, bu meselenin yukarıda incelenen konuyla yakından ilgili olduğunu ve yukarıdaki gibi kabuledilebilir bulunması gerektiğini kaydeder (*Ezel Tosun*, §28). Ancak Mahkeme, yukarıda Sözleşme'nin 5(1). fıkrası bakımından vardığı

sonucu dikkate alarak, bu şikâyeti ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5. maddesi ile Dördüncü Protokolün 1. maddesi bakımından yapılan şikâyetlerin kabuledilebilir olduğuna, diğerlerinin kabuledilebilir olmadığına;
2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
3. Şikâyeti Dördüncü Protokolün 1. maddesi yönünden incelemenin gerekli olmadığına
4. Adil karşılık sorununun saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

KÜÇÜĞÜ TUTMA

29.02.1988 9106/80 BOUAMAR - BELÇİKA

◆ *tutmanın hukukiliği - küçüğü tutukevinde tutma* (kendisini kabul edecek kişi veya kurum bulunması nedeniyle 15 günü geçmeyecek bir süre için tutukevine koyulmasına karar verilen yargılanmakta olan küçük hakkında aynı işlemin 9 defa tekrarlanması), *tutmanın hukukilik denetimi* (küçüğün yeniden tutukevine yerleştirilmesine dair mahkeme kararlarının duruşma yapılmaksızın verilmesi) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - küçüğü eğitsel gözetim amacıyla tutma - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Naim Bouamar, 20 Kasım 1963 doğumlu bir Fas vatandaşıdır. Başvurucu 1972 yılında Belçika'ya getirilmiş ve burada halası tarafından büyütülmüştür.

Aile sorunları nedeniyle sorunlu kişiliğe sahip bir genç olan başvuru, 14-15 yaşlarında, Haziran 1977 ile Mayıs 1978 arasında, 1965 tarihli Çocukların ve Gençlerin Korunmasına Dair Kanun gereğince önleyici koruma altına alınmış ve çeşitli yetiştirme yurtlarında kalmıştır.

Bouamar, işlediğinden kuşkulanan bazı suçlardan, Mayıs 1978'de Liege Çocuk Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Daha sonra başvuru hakkında 1965 tarihli yasa uyarınca çeşitli kereler kuruma yerleştirme kararları verilmiştir. Ancak başvuru, 1965 tarihli yasanın 53. maddesine göre, 1980 yılında dokuz kez tutukevine koyulmuştur. Bu madde gereğince bir küçük, 'kendisini hemen kabul edebilecek bir kimse veya kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunması halinde', 'on beş günü aşmayan bir süre için bir tutukevinde tutulabilir'.

Bu yolla başvuru şu tarihler arasında Lantin tutukevinde tutulmuştur: 18 Ocak – 1 Şubat (14 gün); 4-11 Mart (7 gün); 7-22 Mayıs (15 gün); 17 Haziran -- 1 Temmuz (14 gün); 4-19 Temmuz (15 gün); 11-26 Ağustos (15 gün); 2-16 Eylül (14 gün) ve 21 Ekim – 4 Kasım (14 gün). Başvuru böylece, 18 Ocak - 4 Kasım 1980 tarihleri arasındaki 291 gün içinde, toplam 119 gün özgürlüğünden yoksun bırakılmıştır.

İşte bu dava, başvurunun tutukevine koyulmasıyla ilgilidir. Bu kararlara savcılığın talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmiştir. Başvurunun tutukevine koyulmasıyla ilgili her kararda, Bouamar'ı hemen kabul edebilecek bir kişi ve kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunduğu kaydedilmiştir. Bu kararlarda ayrıca, başvuru hakkında 'elde edilen bilgi'den, 'kabahatli davranışlarında ısrarlı olmasından', 'kendisine daha önce yapılan uyarılardan' ve kendisinin 'polis karakolunda isyankâr davranışlarından' söz edilmiştir. Bu kararda, başvurunun 'kişiliği ve davranışları nedeniyle, kendisinin yakından gözetlenebileceği bir kuruma gönderilmesinin gerekli olduğu', 'özel bir kuru-

mun bu gerekleri karşılayamadığı' ve 'devlet kurumlarından hiçbirinin bu genci almayı kabul etmediği', bu kurumlardan birinin başvuruçuyu 'açıkça reddettiği' belirtilmiştir. Tutukevinde tutulabileceği 15 günlük sürelerin dolmasından önce başvuruçunun babasına teslim edilmesine dair kararlar verilmiştir.

Çocuk Üst Mahkemesi, 3 Kasım 1980'de, başvuruçunun 'Gençlik Yardım Görevlisinin gözetiminde ailesine teslim edilmesine' karar vermiştir. Bu tarihten sonra Bouamar hakkında yerleştirme kararı verilmemiştir. Avukatlarından birinin girişimiyle, 1980 sonbaharında daha anlayışlı bir çevreye yerleştirilen başvuruçunun davranışlarında ilerleme kaydedildiği görülmüştür. Çocuk Mahkemesi, 8 Ağustos 1981'de, 1965 tarihli yasanın 38. maddesi gereğince, genel mahkemeler lehine görevsizlik kararı vermiştir; savcılık da başvuruçunun hakkında dava açmamıştır.

Başvuruçunun kendisinin tutukevine koyulmasına dair kararlara karşı Çocuk Üst Mahkemesi'ne başvurmuştur. Kararlar icra edilmiş olduğu için, Çocuk Üst Mahkemesi bu başvuruları konusuz kaldığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ayrıca Çocuk Üst Mahkemesi'ne göre, 'Çocuk ve Gençlerin Korunmasına Dair Yasa'nın 53. maddesinde, bir küçüğün kanunen yetkili bir makam önüne çıkarılması amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması belirtilmemiş olmakla beraber, küçüğü hemen kabul edebilecek bir kişi veya kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunması gibi istisnai durumlarda, zorunlu bir kurumsal tedbir olarak, on beş günü aşmayan bir süre için tutukevinde tutulması, eğitsel gözetim bağlamında verilen bir 'özgürlükten yoksun bırakma' kararı olduğundan, İnsan Haklarını Korumaya Dair Sözleşme'nin hükümlerine aykırı düşmez'. Başvuruçunun Çocuk Üst Mahkemesi kararlarına karşı yaptığı temyiz başvuruları da reddedilmiştir.

Başvuruçunun kendisinin geçici olarak tutukevine koyulmasına dair her bir karardan önce Çocuk Mahkemesi tarafından dinlenmiştir. Başvuruçunun ayrıca, Temyiz Mahkemesi önünde usulüne göre temsil edilmiştir. 1965 tarihli Çocuk ve Gençlerin Korunmasına Dair Yasa'nın amacı, on sekiz yaşın altındaki çocukların sağlıklarını ve ahlaklarını korumak ve eğitilmelerini sağlamaktır. Bu yasaya göre, çocuklar tarafından işlenen 'kabahatlere' kural olarak, bir ceza yaptırımı değil, fakat kurumsal, koruyucu veya eğitsel tedbirler uygulanır. 1965 tarihli yasanın bazı hükümleri 'sosyal koruma', diğer bazı hükümleri 'yargısal koruma' ile ilgilidir.

Başvuruçunun, 2 Eylül 1980 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, bir tutukevinde tutulmasına dair kararların Sözleşme'nin 5(1)(1)(d) bendine aykırı düşüğünü iddia etmiştir. Başvuruçunun ayrıca, tutulmasının hukukiliğinin hiçbir zaman denetlenmediği ve yetişkinler ile çocuklar için farklı denetim usulü uygulandığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının tek başına ve 14. maddeyle birlikte ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[43–47]: Başvuruçunun, 1965 tarihli yasanın 53. maddesine dayanan kararlar gereğince, 1980 yılında art arda dokuz kez tutukevinde tutulmasının, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(1). fıkrası dar yorumlanması gereken sınırlı bir liste içermektedir (*Guzzardi*, §96, 98, 100). Bu fıkranın (a), (c), (e) ve (f) bentleri olayla ilgili değildir; Hükümet, bu özgürlükten yoksun bırakma için (d) bendine ve (b) bendinin ilk hükmüne dayanmıştır.

Mahkeme'ye göre, başvuru tutulmasının temeli, 'bir mahkemenin hukuka uygun bir kararına uymaması' değildir; bu nedenle olayı sadece (d) bendine göre incelemiştir. Hükümet başvuru (d) bendine göre hem 'eğitsel gözetim amacıyla' tutulduğunu ve hem de 'kanunen yetkili makamların önce çıkarmak amacıyla' tutulduğunu savunmuştur. Mahkeme ise, başvuru 'kanunen yetkili makamların önüne çıkarılmak' için gözaltına alınıp birkaç saat tutulmuş olmasından değil, önüne çıkarıldığı mahkeme tarafından her defasında on beş güne kadar tutulmasına dair kararlar nedeniyle şikâyetçi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, olaydaki temel mesele, söz konusu yerleştirme kararlarının 'hukukun öngördüğü bir usule' uygunluğu da içerecek şekilde 'hukuki' olup olmadıklarıdır. Sözleşme, burada, esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki kuralların uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır; ayrıca bireyi özgürlüğünden yoksun bırakan bir tedbirin, bireyi keyfiliğe karşı koruma şeklindeki Sözleşme'nin 5. maddesinin amacına da uygun olmasını gerektirmektedir (*Winterwerp*, §39 ve 45; *Bozano*, §54; ve *Weeks*, §42).

48. Başvurucu, 1965 tarihli yasanın 53. maddesinin Sözleşme'nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmadığını, çünkü on beş günü geçmeyen bir süreyle bir tutukevinde tutma şeklinde verilen bir tedbir kararının, kendisinin 'eğitsel gözetimi' amacıyla verilmiş bir karar olarak görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Hükümet ise, tersine, bu tür bir tedbirin, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi bakımından 'hukuka uygun bir tutma' olduğunu, çünkü bu tedbirin herhangi bir şekilde cezalandırıcı bir tedbir olmadığını, bu tedbirin Bouamar'ın başlangıçta verilen daha az zorlayıcı kararlara ısrarla uymaması nedeniyle alındığını savunmuştur. Belçika sistemi üzerinde görüş açıklamak, kural olarak Mahkeme'ye düşmez (*Lithgow ve Diğerleri*, §124); fakat Mahkeme, bu sistemin liberal bir ruha sahip olduğunu söylemeden geçemez. 1965 tarihli yasa, küçükleri ceza hukukunun kapsamından çıkarmak şeklinde genel bir sonuç doğurmuştur. Bu yasa, önleyici yönüne ek olarak, 37. maddesinde, olaya ceza mahkemelerinin müdahalesinden ve özgürlükten yoksun bırakma tedbirinden mümkün olduğu kadar kaçınmak amacıyla, bir dizi tedbir getirmiştir. Bir küçük, ancak, bu yasada sınırlı sayıda belirtilen durumlarda tutulabilir. Geçici olarak bir tutukevine yerleştirilmesi konusunda ise, yasayı yapanlar, bu tedbiri sadece çok istisnai şartlarda ve çok kısa bir dönem için başvurulabilecek bir tedbir olarak düşünmüşlerdir; yasanın 53. maddesi bu tedbire, ancak bir küçükü hemen kabul edebilecek bir kişi veya kurum bulunmasında maddi imkânsızlık bulunması halinde başvurulmasına imkân vermektedir.

49. Hükümet, Belçika mahkeme kararlarını da zikrederek, maddi imkânsızlığın, sadece kalacak yer bulunamamasından değil, fakat aynı zamanda, küçükün kişiliğinden ve davranışlarından da kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Başvurucu, bu görüşe karşı çıkmış ve başka şeylerle birlikte, 1965 tarihli yasanın çıkarılması sırasında Adalet Bakanı Vermeylen'in ifade ettiği görüşe dayanmıştır. Mahkeme, devletin iç hukukunu yorumlamanın ve uygulamanın, ilk planda ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düşen bir görev olduğunu hatırlatır (*Bozano*, §58). 'Maddi imkânsızlık' kavramı, Belçika hukukunda tartışmalı bir konudur; Mahkeme önünde taraflarca ileri sürülen görüşler ve diğer deliller, olayda iç hukuka uygun davranmamaktan kaynaklanan bir hukuka aykırılığın bulunduğu Mahkeme'yi ikna etmemiştir.

50. Ancak 'hukukilik', bir özgürlükten yoksun bırakma işleminin, Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında izin verilen kısıtlamaların amacıyla bağdaşabilir olmasını da ima etmektedir. Mahkeme'ye göre, bir küçükün bir tutukevinde tutulması tedbiri, 'eğitsel gözetim'i sağlama amacı taşımadığı takdirde, mutlaka (d) bendine aykırı düşmez. 'Amacıyla' kelimesinden de anlaşılacağı gibi, metinde geçen 'tutma', ilgili kişiyi 'eğitsel gözetim' altına yerleştirmenin bir vasıtasıdır; fakat bu yerleştirmenin hemen başlaması zorunlu değildir. Sözleşme'nin 5(1)(c) bendindeki tutma ile (a) bendindeki mahkûmiyet kararından sonra

hapsetme arasındaki ayrımında olduğu gibi, (d) bendi de, bizzat kendisi eğitsel gözetimle ilgili olmasa da, gözetimli eğitim rejimine bir geçiş olarak kullanılabilir bir tutma tedbiri almayı engellemektedir. Ancak bu gibi durumlarda, tutmadan sonra süratle, amaca uygun yeterli kaynakları bulunan, açık veya kapalı bir kurumda, bu tür bir rejimin fiilen uygulanmasına geçilmelidir.

51. Mevcut olayda başvuru, Lantin'deki tutukevi ile ailesi arasında adeta mekik dokumuştur. Çocuk mahkemeleri, sadece 1980 yılında, başvuru dokuz defa tutulmasına ve on beş günlük yasal süre dolmadan salıverilmesine karar vermişlerdir; başvuru, 18 Ocak 1980 ile 4 Kasım 1980 arasındaki 291 günün 119 gününü, özgürlüğünden yoksun olarak geçirmiştir.

52. Hükümetin savunmasına göre, şikâyet konusu tutukevine yerleştirmeler, mahkemeler tarafından başlatılan eğitim programının bir parçası olup, söz konusu dönemde Bouamar'ın davranışları, kendisinin kişiliği hakkında bu mahkemelerin kesin bir görüş elde etmelerini sağlamıştır. Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Belçika Devleti, çocuk suçluluğu hakkındaki politikasını uygulamak için, eğitsel gözetim sistemini seçmiştir. Sonuç olarak Belçika Devleti, Sözleşme'nin 5(1)(d) bendindeki şartları yerine getirmek için, 1965 tarihli yasanın eğitsel amaçlarını ve güvenlik ihtiyacını karşılayan gerekli kurumsal tesisleri oluşturmakla yükümlüdür (*Guincho*, §38; ve *De Cubber*, §35). Ancak deliller, durumun böyle olduğunu göstermemektedir. Olayların geçtiği tarihte, Belçika'da, en azından başvuru yaşadığı Fransızca konuşulan bölgede, hayatı alt üst olmuş küçüklerin kalabileceği kapalı bir kurum bulunmamaktadır. Bir gencin fiili izolasyon koşulları bulunan tutukevinde, eğitimci görevlilerin yardımı olmadan tutulmasında, eğitsel bir amaç görülemez. Bouamar'ın davranışlarında görülen iyileşmenin sebebi, şikâyet konu edilen art arda gelen tutma dönemleri değil, fakat Lantin Tutukevi'nden salıverildikten sonra çeşitli çevrelerde gördüğü bakımdır.

53. Buna göre Mahkeme, bir bütün olarak alındığında, dokuz yerleştirme kararının Sözleşme'nin 5(1)(d) bendiyle bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır. Bu kararların kısır bir döngü şeklinde tekrarı, özellikle savcılığın iddia edilen suçlardan başvuru hakkında hiçbir ceza davası açmadığı da dikkate alınacak olursa, bu kararları Sözleşme'nin 5(1)(d) bendi bakımından giderek daha da az 'hukuki' hale getirmiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası

[54–59]: Başvuru ayrıca, Lantin Tutukevi'ne yerleştirildiği her defasında, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında öngörülen bir başvuruda bulunma imkânına sahip olmadığından şikâyetçi olmuştur. Hükümete göre, mevcut davada olduğu gibi, özgürlükten yoksun bırakma kararı bir yargısal organ tarafından alındığı zaman, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği denetim, bu karara içselleştirilmiş olur (*De Jong, Baljet ve van den Brink*, §57). Mahkeme'ye göre, Çocuk Mahkemesi'nin organizasyon açısından bir 'mahkeme' olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin sürekli olarak dediği gibi, bu tür tek bir organın müdahalesi, ancak 'izlenen usulün yargısal bir karakter taşıması ve ilgili kişiye söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın türüne uygun güvenceler sağlaması' şartıyla, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gereğini yerine getirmiş olur; 'bir muhakemenin yeterli güvenceler sağlayıp sağlamadığına karar verebilmek için, bu muhakemenin yer aldığı koşulların özelliklerine dikkat etmek gerekir' (*Winterwerp*, §57 ve *Van Droogenbroeck*, §47). Mahkeme, 1965 tarihli yasanın, hafif cezalı yargılama usulüne uygulanan kuralların çocuk yargılama da uygulanacağını belirttiğini ve çocukların bir avukatla temsil edilebilmesine ve avukatın dosyadaki bütün belgeleri ince-

leyebilmesine imkân verdiğini kaydetmiştir. Ancak başvuru, yasada tarafların huzuruyla bir duruşma yapılmasına ilişkin hüküm bulunmadığını, Çocuk Mahkemesi yargıcının odasında kendisini dinledikten sonra yeterli gördüğü bilgiye göre karar verdiğini belirterek, bu usulün informal niteliğinden şikâyetçi olmuştur. Ayrıca başvuru odasında yapılan duruşmalara davet almadıkları için duruşmalarda hazır bulunamadıklarını, savcılığın görüşlerine ve görmedikleri sosyal koruma raporlarına karşı görüş sunamadıklarını belirtmişlerdir.

“60. Mahkeme, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasından doğan yükümlülüğün, özgürlükten yoksun bırakmanın her halinde veya her türünde aynı olmadığını hatırlatır. Bununla birlikte, mevcut davadaki gibi bir olayda asıl olan, ilgili kişinin sadece bizzat dinlenme imkânı bulması değil, ama aynı zamanda avukatından etkili bir yardım da almasıdır. Tartışma konusu kararlardan, çocuğun Çocuk Mahkemesi tarafından dinlendiği, sadece dinlenmeyi istemediği bir defasında dinlenmediği anlaşılmaktadır. Ancak bu kararlarda, başvuru avukatlarından birinin hazır bulunduğu dair bir belirti yoktur; dahası, başvuru avukatı, kendilerinden birinin hazır bulunduğu iddiasını yalanlamış, Hükümet de avukatların bu beyanına itiraz etmemiştir. Olayların geçtiği tarihte çok genç biri olan Bouamar’ın, sırf kendisinin mahkeme önüne çıkarılmış olması, olayın şartları içinde, kendisine gerekli koruyucuları sağlamamıştır.

61. Mahkeme’ye göre son olarak, yukarıda geçen yerleştirme kararlarına karşı mevcut hukuk yollarının, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasındaki şartları taşıyıp taşımadığı belirlenmelidir; Hükümet taşıdığını savunmuş, başvuru buna karşı çıkmıştır. İlk olarak, olağan bir üst başvuruda (ordinary appeal) bulunmak mümkündür; ikinci olarak, şartları bulunduğu takdirde, temyizde (appeal on points of law) bulunmak da mümkündür. Ayrıca, hem Çocuk Mahkemesi ve hem de Çocuk Üst Mahkemesi, daha sonraki geçici tedbir yargılaması sırasında, savcılığın başvurusu üzerine veya kendiliklerinden, başlangıçta verilen kararı iptal edebilir veya değiştirebilirler.

62. Mevcut davada, geçici olarak tutukevine yerleştirme tedbirlerden birçoğu, daha sonra yapılan üst başvurular üzerine verilen geçici tedbir kararları (31 Ocak, 22 Şubat ve 11 Mart 1980) veya Çocuk Mahkemesi tarafından verilen geçici tedbir kararları tarafından (30 Haziran, 26 Ağustos) düzeltilen 22 Ağustos, 16 Eylül ve 3 Kasım 1980) açıkça veya zımni olarak değiştirilmişler veya kaldırılmışlardır. Ne var ki, Çocuk Mahkemesi ve Çocuk Üst Mahkemesi önünde yapılan geçici tedbir yargılamaları, daha önceki yargılamalarla aynı kusuru taşımaktadır; çünkü bu yargılamalar da Bouamar’ın avukatlarının yokluğunda yapılmıştır.”

[63–64]: Ayrıca Mahkeme, aleyhine üst başvuru yapılan kararlar hakkında Üst Mahkeme tarafından yaklaşık iki ay geçtikten sonra, bir karar hakkında ise 7 ay sonra karar verilmiş olmasını, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği süratle bağdaşmaz bulmuştur. Ayrıca Üst Mahkeme, kararlarının hüküm fıkralarında (operative provision) üst başvuruların kabul edilemez olduklarını, Bouamar’ın bu arada geçici tedbir kararlarıyla salıverilmiş olduğu gerekçesiyle, üst başvuruların konusuz kaldıklarını belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi de aynı şekilde karar vermiştir. Bu durumda, başvuru üst başvuruları ile temyiz başvurularının, işe yarar bir sonucu olmamıştır. Özetle Sözleşme’nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[65–65]: Başvuru ilk şikâyetleri sırasında, özgürlük hakkı ihlali iddiası bakımından ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna sahip olmadığını da iddia etmiştir. Mahkeme, mevcut davada, yukarıda Sözleşme’nin 5(4). fıkrası bakımından var olduğu sonuçlar ışığında, Sözleşme’nin daha hafif şartlara sahip 13. maddesine uygunluk bulunup

bulunmadığını araştırmamanın (*De Jong, Baljet ve van den Brink, §60*), özellikle başvuru bu konudaki şikâyetini Mahkeme önünde canlandırmadığı için, gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla birlikte ele alınan 14. maddesini ihlali iddiası

[66–67]: Başvurucu, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki haklarından yararlanırken, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılık yasağının ihlal mağduru olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu, tutuklu bulunan yetişkinler hakkında verilmiş olan tutuklama kararlarının beş gün içinde 'chambre de conseil' tarafından ve sonra başvuru yapılması halinde on beş gün için 'chambre des mises en accusation' tarafından hukukilik denetiminin yapıldığını; fakat aynı şeyin çocuklar bakımından geçerli olmadığını, çünkü çocukların yaptıkları başvuruların konusuz kaldığı gerekçesiyle otomatik olarak redd edildiğini söylemiştir. Mahkeme'ye göre, Hükümetin de varlığına itiraz etmediği böylesi bir farklı muamele, ayrımcılığa neden olmaz. Komisyon'un haklı olarak kaydettiği gibi böylesi farklı muamele, Belçika'da çocuklara uygulanan usulün cezalandırma değil, ama koruyuculuk özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre bu farklı muamelenin objektif ve makul bir haklılığı bulunmaktadır. Bu nedenle Sözleşme'ni 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından inceleme yapmanın gerekli olmadığına;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasıyla birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. Oybirliğiyle, 50. maddenin uygulanması sorununu karara hazır olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

HASTA, BAĞIMLI VEYA SERSERİYİ TUTMA

18.06.1971 2832/66 DE WILDE, OOMS VE VERSYP - BELÇİKA

◆ *tutma sebebi - serseriye koruma amacıyla tutma* (yaşayış tarzı itibarıyla serseri olan başvurucuların, serseriler kampına yerleştirilerek 2 yıl süreyle tutulmalarına karar verilmesi ve belirli bir ücretle çalışıp tespit edilen para miktarını biriktirinceye kadar tutulmaları), *tutmanın hukukilik denetimi* (serserileri tutma kararı veren yargıcın kararına karşı mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması) ■ *kişi özgürlüğü - serserilik nedeniyle tutma - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucuların üçü de Belçika vatandaşıdır.

Birinci başvuru, 18 Nisan 1966 günü saat sabah 11:00'de karakola giderek, bir iş bulamadığını, yatacak bir yeri ve parası olmadığını anlatmıştır. Karakol amiri, bu kişinin 'serseri' (vagrant) durumunda olduğunu düşünmüş ve hakkında araştırma yaptırmıştır. Birkaç saat sonra bu başvuru karakoldan kaçmak istemiş, ancak polisler tarafından yakalanmıştır. Birinci başvuru, ertesi gün saat 10:00'da sulh yargıcı (magistra) önüne çıkarılmıştır. Yargıç, açık duruşmada bu kişinin 'kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal du-

rumunu, yaşama tarzını' tespit ettikten sonra, kendisine söz hakkı vermiştir. Yargıç, 1891 tarihli 'serseriliğin ve dilencililiğin' önlenmesi hakkında kanunun 13. maddesine dayanarak, başvurusunun iki yıl süreyle serseriler kampında idarenin gözetiminde tutulmasına karar vermiştir.

Başvurucu, saat ücreti 1.75 Belçika Frangı karşılığında 2,000 Frank biriktirinceye kadar kurumda çalışmakla yükümlü tutulmuştur. Başvurucu çalışmayı reddedince, disiplin cezaevine yerleştirilmiş ve bir süre burada tutulmuştur. Başvurucu serseriler kampından salıverilmesi için çeşitli kereler Adalet Bakanlığı'na başvurmuş, yedi ay kadar tutulu kaldıktan sonra salıverilmiştir.

İkinci başvuru, 21 Aralık 1965 günü sabah 6:15'te bir karakola giderek, bir sosyal hizmet kurumunda kendisine bir iş ve yatıp kalkabileceği bir yer temin edilmemesi halinde 'serseri' olarak kabul edilmesini istemiştir. Polis aynı gün, saat 10:00'da kendisini sulh yargıci (magistra) önüne çıkarmıştır. Yargıç açık duruşmada başvurusunun 'kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu ve yaşama tarzını' tespit ettikten ve kendisine diyeceklerini sorduktan sonra, aynı kanunun 16. maddesine göre, başvurusunun bir yardım evinde Hükümet gözetiminde tutulmasına karar vermiştir.

İkinci başvuru, dört ay kadar sonra Adalet Bakanlığı'na başvurarak, tüberküloz olduğunu, ailesinin kendisini bir sanatoryuma yerleştireceğini söyleyerek salıverilmesini istemiş; ancak Bakanlık, bulunduğu yerde günlüğü 1.75 Frank'tan çalışarak 2,000 Frank biriktirmesi halinde salıverileceği şeklinde olumsuz yanıt vermiştir. Başvurucu, yaklaşık bir yıl kadar sonra Bakanlık kararıyla salıverilmiştir.

Üçüncü başvuru, 3 Kasım 1965 günü akşam saat 9:00'da bir karakola giderek, kalacak bir yer istediğini, işinin ve geçim kaynağının bulunmadığını, bir sosyal koruma kurumuna yerleştirilebilmek için dilendiğini anlatmıştır. Başvurucu ertesi gün sulh yargıci (magistra) önüne çıkarılmıştır. Yargıç açık duruşmada bu başvurusunun 'kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu, yaşama tarzını' tespit ettikten ve diyeceğini sorduktan sonra, aynı kanunun 13. maddesine dayanarak, iki yıl süreyle serseriler kampında idarenin gözetiminde tutulmasına karar vermiştir.

Başvurucu bir süre sonra Adalet Bakanlığı'na yazarak, salıverilmesini ve bir sosyal hizmet kurumunda çalışarak ıslah olmak istediğini belirtmiştir. Bakanlık, salıverilmek için gerekli 2,000 Frank maddi birikimi çalışarak sağladıktan sonra başvurusunun incelenebileceğini bildirmiştir. Başvurucu, bir yıl dokuz ay altı gün tutulu kaldıktan sonra Bakanlık kararıyla salıverilmiştir.

Başvurucuların ayrıca bazı mektupları yetkililer tarafından açılıp incelenmiştir. İç hukuka göre serseri kampında tutulanlar belirli kurumlarda çalışmak zorundadırlar. Tutulmuş olan serserilere belirli bir ücret ödenmektedir. Bu kazancın bir kısmı idari giderler için devlete kalmakta, bir kısmı kendilerine nakit olarak verilmekte ve bir kısmıyla da ihtiyaçları karşılanmaktadır. Bakanlık, serserilerin salıverilmesi için biriktirmeleri gereken miktarı 2 bin Frank olarak belirlemiştir.

Başvurucular tutulu buldukları sırada İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvurularda, Sözleşme'nin 4, 5 ve 6(3) ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Esas hakkında

A. Hükümetin "genel ve ön savunmaları" hakkında

[64-67]: Hükümete göre, başvurusular kendi iradeleriyle polise gelmiş olup, kendilerinin

kurumlara yerleştirilmeleri yine kendilerinin zımni veya açık talepleri üzerine olmuştur. Hükümete göre, ‘kendi iradesiyle karakola geliş’i Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında ‘özgürlükten yoksun bırakma’ olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle Hükümete göre, Mahkeme, hem ‘tutma’nın kendisi ve hem de ‘tutma koşulları’ bakımından Sözleşme’nin ihlal edildiği iddialarını reddetmelidir.

Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme’ye göre geçici bir stres veya sıkıntı, kişiyi tutulmak için polise gitmeye sürükleyebilir. Polisten kendisini tutmasını istemesi, kişinin serseri veya profesyonel bir dilenci olduğunu veya kendisinin daha ağır tedbirlerin alınmasını gerektiren aylak, içki müptelası, ahlak düşüklüğü içinde bulunduğunu göstermez. Başvurucuların tutulma isteğinin dikkate alınmış olması, şikâyet konusu kararların zorunluluk niteliğini değiştiremez.

Sözleşme’deki anlamıyla özgürlük hakkı, ‘demokratik bir toplumda’ o kadar önemlidir ki, bir kimse sırf kendi isteği ile gidip tutulmak istediğini belirttiği gerekçesiyle Sözleşme’nin korumasından yararlanma hakkını kaybedemez. Bir tutma, tutulan kimse buna rıza gösterse bile, Sözleşme’nin 5. maddesini ihlal edebilir. Avrupa Konseyi içinde kamu düzenini ilgilendiren bir konuda, Sözleşme’nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek nitelikteki bütün tedbirlerin, Sözleşme organları tarafından her davada denetlenmesi gereklidir. Dolayısıyla olayda 5(1). fıkrası uygulanabilir niteliktedir.

B. Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

[66–70]: Başvurucular Sözleşme’nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişler, buna karşılık Hükümet, başvurucuların kişi özgürlüğünün ihlal edilmediğini savunmuştur.

Mahkeme’ye göre itiraz konusu olan işlem, başvurucuların polis tarafından gözaltında tutulması değildir; başvurucular kendi iradeleriyle polise gelip serseri konumunda olduklarını bildirdikleri için, iç hukuka göre bu kişilerin magistra karşısına çıkarılmak üzere tutulmaları normal bir usuldür. Mahkeme’ye göre magistraların başvurucular hakkında verdikleri kararlar nedeniyle kendilerini özgürlükten yoksun bırakan tutma meydana gelmiştir. Bu nedenle söz konusu magistra kararlarına göndermede bulunarak her üç başvurucunun tutulmalarının hukuka uygunluğu değerlendirilebilir.

Mahkeme’ye göre, Sözleşme ‘serseri’ kavramının tanımına yer vermemektedir. Belçika Ceza Kanununun 347. maddesine göre ‘sabit bir ikametgahı bulunmayan, geçim kaynağı olmayan ve düzenli bir işi ve mesleği bulunmayan kişiler serseri sayılır’. Yetkili makamlar bu üç şartın bulunması halinde, bu durumdaki kişilerin serseri olarak Hükümet gözetimine alınmalarına karar verebilirler. Bu serseri tanımı, Sözleşme’nin 5(1)(e) bendindeki ‘serseri’ kavramı ile uzlaşmaz görünmediğinden, bu bendeki istisnaya girmektedir. Başvurucular ‘derbeder’ özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle, iç hukuka uygun olarak yetkili makamlar tarafından tutulmalarını öngören Sözleşme’nin 5(1)(e) bendine göre tutulabilirler. Başvurucular, Belçika makamları tarafından usulüne uygun olarak yetkili makamlar tarafından Hükümet gözetimine alınıp tutulduklarından, bu işlemlerde Sözleşme’ye bir aykırılık ve keyfilik bulunmamaktadır. Mahkeme, olayda serserilerin hukuka uygun olarak tutulması şartının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

C. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlali iddiası

[71–71]: Başvurucular, olayda Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon ise bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının atıfta bulunduğu 5(1)(c) bendi sadece, ‘suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine’ veya ‘suç işlemesini ve suç işledikten sonra kaçmasını engellemek üzere tutmayı gerektiren makul sebeplerin bulunması

halinde' kişinin yargıç önüne çıkarılması amacıyla tutulmasıyla ilgilidir. Basit serserilik durumu, Belçika yasalarına göre suç değildir. Başvurucular 5(1)(a) veya (c) bendine göre değil, (e) bendine göre tutulmuşlardır. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.

D. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlali iddiası

[72–73]: Başvurucular Sözleşme'nin 5(4). fıkrasındaki tutulmanın hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia ederken, Hükümet ihlal edilmediğini savunmuştur.

Başvurucuların iddialarını belirli bir ölçüde kabul eden Komisyon da Mahkeme'den bu konuda karar vermesini istemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, diğerlerine olduğu gibi bu maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre tutulan serserilere de uygulanır. Bu olayda 5(1). fıkrasına aykırılık bulunmamış olması, dördüncü fıkra bakımından ihlal bulunup bulunmadığını incelemeyi önlemez. Bu maddenin dördüncü fıkrası ayrı bir hükümdür; 5(1). fıkrasına uygunluk kendiliğinden dördüncü fıkraya uygunluk sonucunu doğurmaz. Özgürlükten yoksun bırakma kararı hukuka uygun da olsa, herkesin tutulmasının hukukiliğinin bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkı vardır. Bu nedenle bir ihlal, birinci fıkraya aykırı bir tutma işleminden veya dördüncü fıkraya uygun bir denetimin bulunmamasından veya her iki sebebin aynı anda var olmasından kaynaklanabilir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, 5(4). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

1. Tutma kararlarının verilmesi konusunda

[74–80]: Mahkeme bundan sonra, tutma kararlarının yargısal denetim usulünü incelemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının, birincisi tutma kararı veren ve ikincisi tutulan kişinin başvurusu üzerine tutma kararının hukukiliğini inceleyen olmak üzere iki ayrı makamın olaya el atmalarını gerektirip gerektirmediğini, tutma kararının 'mahkeme' kavramında yer alan unsurlara sahip bir makam tarafından verilmesinin yeterli olup olmadığını sormuştur. Mahkeme'ye göre, ilk bakışta Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ifade tarzı, tutulan bir kimseye her zaman, kendisini özgürlükten yoksun bırakan önceki bir kararın hukukiliğinin bir mahkeme tarafından denetlenmesini isteme hakkını güvence altına aldığı düşünürecek şekildedir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddenin dördüncü fıkrası, gözaltına alınan veya tutulan kimselere, tabi tutuldukları muamelenin hukukiliğinin denetlenmesini isteme hakkı vermektedir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan karar idari bir makam tarafından verilmiş ise, dördüncü fıkranın, Sözleşmeciler Devletleri gözaltına alınan veya tutulan kimseye mahkemeye başvurma hakkı tanımaya zorladığından kuşku yoktur. Ancak tutma kararı bir yargılama yapılarak verilmiş ise, bu karar için başka bir mahkemeye başvurulabileceğine işaret eden bir hüküm de yoktur. Tutma kararı yargısal bir organ tarafından verilmiş ise, dördüncü fıkranın gerektirdiği denetim, tutma kararının içinde yer almakta, bu karara içselleştirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, bir kimsenin gözaltına alınmasına veya tutulmasına bu fıkra anlamında bir 'mahkeme' tarafından karar verilmesi halinde, fıkradaki hukukilik denetimi şartının yerine getirildiği söylenebilir.

Mahkeme daha sonra, tutulmanın hukukilik denetimini yapan 'mahkeme'nin özelliklerini incelemiştir. Mahkeme'ye göre, tutma kararı veren ulusal makamın bir 'mahkeme' olabilmesi için, özgürlükten yoksun bırakma konusunda uygulanabilecek temel usul güvencelerini uygulayabilmesi zorunludur. Eğer tutma kararı veren yetkili makam önünde temel usul güvenceleri uygulanmıyor ise, tutulan kimseye bütün yargısal usul güvencelerini sağlayan ikinci bir makama başvurma hakkı tanınması gerekir. Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde 'mahkeme' terimi kullanılmıştır. Bunların hepsinde mahkeme terimi, sadece

yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlık gibi temel ortak özelliklere sahip olmayı değil, yargısal usul güvencelerini uygulama özelliğine sahip olmayı da gerektirmektedir. Ancak Sözleşme'nin aradığı usulün, bir mahkemenin işe karıştığı her olayda tamamıyla aynı olması gerekmez. Bir muhakemenin yeterli usul güvencelerini sağlayıp sağlamadığına, yargılamanın yapıldığı şartlara bakılarak karar verilebilir. Bu nedenle *Neumeister* davasında Mahkeme, savcılık ile salıverilmesini talep eden birey arasında 'silahların eşitliği'nin bulunmadığı bir yargılama yapan yetkili mahkemeyi de 'mahkeme' saymıştır. Ancak aynı şey, yine 5(4). fıkrasına giren bir başka olayda geçerli olmayabilir.

Mahkeme'ye göre, olayda, başvuruçuların özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, ceza mahkemeleri tarafından verilen kararlara benzemektedir. Bu nedenle bu olayda, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde cezai konularda uygulanan usulden daha aşağı güvencelere sahip bir usul uygulanamaz. Belçika hukukuna göre serseri durumunda bulunan bir kimse gözaltına alındıktan sonra kural olarak 24 saat içinde Sulh Mahkemesi önüne çıkarılır. Magistra, kişinin kimliğini, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu ve yaşama tarzını tespit etmektedir. Bu mahkeme, (magistra) önünde izlenen usul bakımından, duruşmanın sadece üç gün ertelenmesini isteme hakkı vardır. Hükümetin verdiği bilgiye göre, serserilerin tutulmasıyla ilgili bir davada Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanmaz. Magistra, organizasyon bakımından bir mahkemedir; yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızdır; Belçika Anayasası'nın 99. ve 100. maddelerindeki güvencelere sahiptir. Ancak magistra önünde serserilikle ilgili yargılama, ceza muhakemesindeki tutuklamaya birçok yönden benzediği halde, ceza muhakemesindeki usul güvencelerinden yoksundur. Basit serserilik için tutulan kimselere böylesine kısa bir usul uygulanmasını anlamak mümkün değildir. Magistra tarafından uygulanan usul, bir duruşmanın yapılmasını, kararların aleni olarak verilmesini içerdiği için, bir kısım yargısal usuller barındırmaktadır. Ancak, uzun süre özgürlükten yoksun kalma gibi bir tehlikenin ciddiliği göz önünde tutulacak olursa, bu usuller, magistrayı 5(4). fıkrası anlamında bir 'mahkeme' saymak için yeterli değildir. Bu nedenle, başvuruçulara Üst Mahkeme'ye veya Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurma gibi bir hukuk yolunun açık bulunması gerekirdi. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda, tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

2. Başvuruçuların idari makamlara yönelttikleri salıverilme taleplerinin reddedilmesi

[81-84]: Başvuruçular ayrıca, idari makamlara (Adalet Bakanlığı'na) yönelttikleri salıverilme taleplerinin reddedilmiş olması nedeni ile de dördüncü fıkranın ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme'ye göre, Bakanlığın ret kararına karşı başvuruçuların Yüksek İdare Mahkemesi'nde itirazda bulunmaları gerekirdi; Bakanlığın salıverilme talebini reddetmesinin 1891 tarihli kanunu ihlal etmesi halinde, bu itiraz etkili olabilecekti. Öte yandan 1891 tarihli kanun, Adalet Bakanlığı'na, tutulmuş bir serseriyi yasal sürenin veya magistra tarafından tayin edilmiş sürenin dolmasından önce salıverme yetkisi vermiştir. Bu konu, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının uygulama alanının tamamen dışındadır. Çünkü Sözleşme'nin bu fıkrası, sadece tutma kararının veya tutmaya devam kararının hukukiliğinin denetlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenlerle Mahkeme, olayda bu yönlerden tutulmanın hukukilik denetimi için başvurma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

II. Davanın esası bakımından:

1. Oybirligiyle, başvuruçuların 'kendi iradeleriyle (polise) gelmelerinin', Sözleşme'ye aykırılık bulunmadığını ortaya koymaya yetmediğine;
2. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;

3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının bu davada uygulanabilir olmadığına;
4. Yediye karşı dokuz oyla, başvurucuların tutulmalarına dair kararlara karşı bir mahkemeye başvuru yolunun açık olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine;
5. Bire karşı on beş oyla, başvurucuların idare makamlarına yönelik salıverilme taleplerinin reddedilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlaline;
6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası konusunda bir karar vermeye gerek olmadığına;
7. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 7. maddesinin bu davada uygulanabilir olmadığına;
8. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edilmediğine;
9. Bire karşı on beş oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;
10. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
11. Oybirliğiyle, yukarıda II-4. bendde sözü edilen sorun bakımından 13. maddenin ihlali konusunda bir karar vermenin gerekli olmadığına;
12. Oybirliğiyle, başvurucuların diğer şikâyetleri bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine;
13. Gerektiğinde, başvurucuların yukarıda II-4. bendde sözü edilen sorunla ilgili olarak adil karşılık için başvurma haklarının saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

25.01.2005 56529/00 ENHORN - İSVEÇ

♦ *tutma sebebi - bulaşıcı hastalık taşıyanı tutma* (bir eşcinsel olan başvurucunun HIV virüsü taşıdığı ve virüsü genç bir erkeğe bulaştırdığının anlaşılması üzerine zorunlu muhafaza altına alınması ve muhafaza kararının yaklaşık yedi yıl sürmesi, bu süre için başvurucunun yaklaşık bir buçuk yıl iradesine aykırı olarak hastanede tutulması) ■ kişi özgürlüğü - bulaşıcı hastalık taşıyanı tutma

DAVANIN ESASI

Başvurucu Eie Enhorn, 1947 doğumlu bir İsveç vatandaşıdır. Başvurucu bir eşcinseldir.

Başvurucu 1994 yılında HIV virüsü kapmış olduğunu ve ilk kez 1990 yılında cinsel ilişkiye girdiği 19 yaşındaki bir genç erkeğe virüs bulaştırmış olduğunu fark etmiştir.

Sağlık görevlisi 1 Eylül 1994 tarihinde, 1988 tarihli Bulaşıcı Hastalıklar Kanununa dayanarak başvurucu hakkında bazı talimatlar çıkarmıştır. Buna göre başvurucu, kendisinin HIV virüsü taşıdığını partnerine söylemeden cinsel ilişkiye girmemelidir; kendisini kaybedecek kadar alkol almaktan ve başkalarını HIV virüsü bulaştırma riskine sokmaktan kaçınmalıdır; eğer başvurucuya fiziksel muayene, ameliyat, aşı veya kan testi yapılacak olursa veya her hangi bir sebeple kanaması olacak olursa, HIV virüsü taşıdığını sağlık görevlisine söylemelidir; aynı şeyi dışıya de söylemelidir; başvurucu kan vermesi, organ veya sperm bağışlaması yasaktır; başvurucu sağlık görevlisinin belirleyeceği tarihlerde danışman hekime gitmelidir.

Başvurucu Eylül ayında üç kez ve Kasım ayında bir kez hekime gitmiş ve iki kez evinde hekim tarafından ziyaret edilmiştir; ancak Ekim ve Kasım aylarında beş randevuya gitmemiştir. Sağlık görevlisi 2 Şubat 1995'te yerel mahkemeye başvurarak, başvurucunun 1988 tarihli yasa gereğince üç aya kadar bir hastanede zorunlu muhafazasına (compulsory isolation) karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme hekimden ve psikiyatri uzma-

nından görüşler aldıktan sonra, 16 Şubat 1995'te, başvuruçunun üç ay süreyle zorunlu muhafazasına karar vermiştir.

Başvuruçucu kendi rızasıyla hastaneye gitmediğinden, 16 Mart 1995'te polis zoruyla hastaneye götürülmüştür. Yerel mahkemenin bu kararı ve daha sonra muhafazanın uzatılmasına dair kararların Üst İdare Mahkemesi tarafından onaylandığı, böylece başvuruçunun muhafazasına dair kararların altı ay sürelerle uzatıldığı anlaşılmaktadır.

Başvuruçucu muhafaza altında bulunduğu sırada her gün hastane görevlileriyle birlikte dışarıya çıkabilme imkânına sahip olmuş, fakat tek başına dışarıya çıkamamıştır. Başvuruçucu ilk kez 25 Nisan 1995'te olmak üzere, defalarca hastaneden kaçmış, bazen kendi isteğiyle bazen polisin bulması sonucu hastaneye geri getirilmiştir. Başvuruçucu 16 Mart 1995 ile 12 Aralık 2001 tarihleri arasında yaklaşık bir buçuk yıl kadar hastanede zorunlu muhafaza altında tutulmuştur. 12 Aralık 2001'de yerel mahkeme başvuruçucu hakkındaki kararı, kendisinin nerede olduğu ve davranışları ile sağlık durumu hakkında bir bilgi bulunmadığı için uzatma talebini reddetmiştir.

1988 tarihli Bulaşıcı Hastalıklar Kanunu, bulaşıcı hastalıkları 'toplum için tehlikeli' hastalıklar ve diğerleri olmak üzere ikiye ayırmakta, HIV virüsünü birinci kategori içine almaktadır.

Başvuruçucu 3 Nisan 2000 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, kişi özgürlüğünün ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

Başvuruçucu, 16 Mart 1995'ten 25 Nisan 1995'e, 11 Haziran 1995'ten 25 Eylül 1995'e, 28 Mayıs 1996'dan 6 Kasım 1996'ya, 16 Kasım 1996'dan 26 Şubat 1997'ye, 26 Şubat 1999'dan 12 Haziran 1999'a kadar, hastanede iradesine aykırı olarak muhafaza altında tutulmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrasını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Başvuruçunun 'özgürlükten yoksun' bırakılmış olup olmadığı

“33. Zorunlu muhafaza kararlarının ve başvuruçunun iradesine aykırı olarak hastaneye yatırılmasının Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında bir 'özgürlükten yoksun bırakma' oluşturduğu konusunda taraflar arasında bir uzlaşma vardır. Mahkeme aynı sonucu vermektedir.”

2. Özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5(1)(a) – (f) bentleri bakımından haklı olup olmadığı

“34. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası özgürlükten yoksun bırakmaya izin veren sebepleri tüketici bir liste halinde içermektedir. Bununla birlikte bir sebebin uygulanabilirliği başka bir sebebin uygulanabilirliğini engellemez; bir tutma, olayın içinde bulunduğu şartlara göre, birden fazla bent tarafından haklı görülebilir (*Eriksen*, §76 ve *Brand*, §58).

35. İki taraf da başvuruçunun tutulmasının Sözleşme'nin 5(1)(e) bendine göre incelenebileceğini, çünkü bu tutmanın başvuruçunun HIV virüsünü yaymasını önleme amacı taşıdığını belirtmişlerdir. Mahkeme, başvuruçunun zorunlu muhafazasına dair kararın 1988 tarihli Kanunun 38. maddesi gereğince verildiğini kaydeder. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendinin uygulanabilir olduğu görüşünü kabul eder. Sonuç olarak Hükümetin, Sözleşme'nin 5(1)(b) bendinin uygulanabilir olduğuna dair savunmasını veya Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının diğer bentlerinin uygulanabilirliği sorununu ele almasının gerekmediği kanaatindedir.”

3. Söz konusu tutmanın ‘hukuki’ ve keyfilikten arınmış olup olmadığı

“36. Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki ‘hukuki’ ve ‘hukukun öngördüğü usule uygun olarak’ deyimleri, esas itibarıyla ulusal hukuka gönderme yapmakta ve ulusal hukuktaki maddi ve usul kurallarına uygun davranma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, hukuki belirginlik (legal certainty) ilkesi ayrı bir önem taşır. Dolayısıyla, özgürlükten yoksun bırakma şartlarının iç hukukta açıkça tanımlanması ve Sözleşme’deki ‘hukukilik’ standardını karşılaması esas olup, bu standart iç hukukun uygulanmasının önceden görülebilir olması, böylece hukukun herkes için yeterince ulaşılabilir ve gerekirse uygun bir danışmayla olayın şartları içinde makul bir ölçüde bir eylemin sonuçlarının önceden görülebilmesini sağlayacak şekilde açık olması anlamına gelir (*Varbanov*, §51; *Amann [BD]*, §50; *Steel ve Diğerleri*, §54; *Amuur*, §50; ve *Hilda Hafsteinsdottir*, §51). Ayrıca, keyfilik olmaması, Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi anlamındaki bir tutmanın ‘hukukiliği’nin esaslı bir unsurudur (*Chahal*, §118; ve *Witold Litwa*, §78). Bir kimsenin tutulması öylesine ağır bir tedbirdir ki, bu tedbir ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyi veya ilgili kişinin tutulmasını gerektirebilecek olan kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu hallerde haklı görülebilir. Bu demektir ki, bir özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir, ama aynı zamanda olayın şartları içinde gerekli olmalı (*Witold Litwa*, §78) ve orantılılık ilkesine uygun bulunmalıdır (*Vasileva*, §41).

37. Konuyla ilgili ulusal mevzuat hususunda başvuru, 1988 tarihli Kanunun 38. maddesindeki ‘makul sebep’ ve ‘hastalığın bulaşabileceğine dair açık risk’ terimlerinin çok muğlak olduğunu, Kanunun gerekçesinin bu konuda bir açıklık getirmediğini ve dolayısıyla açıklık ve önceden öngörülebilirlik şartlarını taşımadığını ileri sürmüştür.

38. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve özellikle mahkemelerin işidir (*Bouamar*, §49). Mevcut olayda 1988 tarihli Kanunun 16. maddesi gereğince danışman hekime, hastalığın yayılmasını önlemek için ihtiyaç duyulan pratik talimatlar çıkarması konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu talimatlar, ‘kişinin hekimle görüşmesi, hijyen, evde izolasyon, çalışma ve eğitim kurumlarına gitme ve genel yaşayış tarzıyla ...’ ilgili olabilir. Kanunun 17. maddesine göre, yerel sağlık görevlisi bu talimatları en uygun hale getirecek şekilde değiştirebilir. İç hukuktaki süreç boyunca, başvuruçunun cinsel temas gibi davranışları ve yerel sağlık görevlisinin talimatlarına uygun hareket edip etmediği ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Dahası, yerel sağlık görevlisinin 1 Eylül 1994 tarihli talimatlarında psikiyatrik tedavi veya aşırı alkol tedavisi yer almadığı halde, bu konular başvuruçunun bakımından geniş bir şekilde araştırılmıştır. Bu incelemeler, yerel İdare Mahkemesinin 16 Şubat 1995 tarihli kararında ve zorunlu muhafazanın uzatılmasına dair daha sonraki kararlarında, 1988 tarihli Kanunun 38. maddesindeki şartların bulunduğu sonucuna varmasına yol açmıştır. Bu mahkemenin 23 Nisan 1999 tarihinde verdiği ve Üst İdare Mahkemesi tarafından 18 Haziran 1999’da onaylanan kararında da aynı sonuca varılmıştır. Dolayısıyla ulusal mahkemeler, başvuruçunun virüsün yayılmasının önlenmesi konusunda gerekli görülen tedbirlere gönüllü olarak uymadığı; başvuruçunun salıverilmesi halinde yerel sağlık görevlisi tarafından çıkarılmış olan talimatlara uygun davranmayacağından ve bu talimatlara uymamanın hastalığın yayılma riski doğuracağından şüphelenmek için haklı sebepler bulunduğu kanaatine varmışlardır.

39. Bu şartlarda Mahkeme, başvuruçunun tutulmasının İsveç hukukunda bir temeli bulunduğu kanaatine varmıştır.

40. Şimdi Mahkeme, başvuruçunun özgürlükten yoksun bırakılmasının, Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi anlamında ‘bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için bunu taşıyanların hukuka uygun olarak tutulması’ oluşturup oluşturmadığını incelemelidir.

41. Mahkeme, ‘bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için’ bir kimsenin tutulması konusunda şimdiye kadar çok az karar vermiştir. Dolayısıyla Mahkeme öncelikle, böyle bir tutmanın orantılılık ilkesine ve keyfilikten arınmışlık şartına uygun olup olmadığını değerlendirirken hangi kriterleri uygulayacağını belirlemelidir.

42. Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi bakımından kıyaslanacak olursa, şu üç asgari koşul yerine getirilmedikçe bir kimse ‘akıl zayıflığı’ nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: ilk olarak, bu kimsenin akli dengesizliği güvenilir bir şekilde gösterilmiş olmalıdır; ikincisi, akıl bozukluğu zorunlu muhafazayı gerektirecek türde ve derecede olmalıdır; ve üçüncüsü, kişinin muhafazasının devamı akıl bozukluğun devamına bağlıdır (*Winterwerp*, §17-18; *Johnson*, §60; ve *Varbanov*, §45). Ayrıca, bir olayda dayanılan özgürlükten yoksun bırakma sebebi ile tutma yeri ve şartları arasında bir ilişki bulunmalıdır. Kural olarak, akıl hastası bir kimsenin ancak bir hastanede, klinikte veya diğer uygun bir kurumda ‘tutulması’ halinde Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi bakımından ‘hukuki’ olur (*Ashingdane*, §44). Yine Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi bakımından kıyaslanacak olursa, ancak daha hafif tedbirlerin düşünüldüğü ama bireyi veya ilgili kişinin tutulmasını gerektirebilecek olan bu tedbirin kamu yararının korunması bakımından yetersiz bulunduğu gösterilmedikçe, bir birey, *Witold Litwa* kararında (§78) belirtildiği gibi Sözleşme bakımından özerk bir anlama sahip olan ‘alkolik’lik nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmaz. Bu demektir ki, bir özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir, ama aynı zamanda olayın şartları içinde gerekli olması ve orantılılık ilkesine uygun bulunması gereklidir ((*Witold Litwa*, §78; ve *Hilda Hafsteinsdottir*, §51).

43. Ayrıca Sözleşme’nin 5(1)(e) bendi, çeşitli kategorilerdeki bireylerden, yani bulaşıcı hastalık yayanlardan, akıl hastalığı bulunanlardan, alkoliklerden, uyuşturucu bağımlılarından ve serserilerden söz etmektedir. Tüm bu kişiler arasında, ya tıbbi tedavi sağlanması için ya da sosyal politika gereği veya hem tıbbi ve hem de sosyal sebeplerle özgürlükten yoksun bırakılabilmeleri gibi bir bağ bulunmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme’nin, 5(1)(e) bendinde geçen kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmalarına izin vermesinin başlıca nedeni, sadece toplumun güvenliğine karşı tehlike oluşturmaları değil ama aynı zamanda kendi menfaatlerinin de tutulmalarını gerektirmesi olduğu sonucuna varılabilir (*Guzzardi*, §98/son; ve *Witold Litwa*, §60).

44. Yukarıdaki ilkeleri dikkate alan Mahkeme’ye göre, ‘bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek için’ bir kimsenin tutulması’nın ‘hukukiliğini’ değerlendirirken kullanılacak temel kriterler, bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı veya güvenliği için tehlikeli olup olmadığı ile daha hafif tedbirler kamu yararının korunması bakımından yetersiz görülerek hastalığın yayılmasının önlenmesi için bulaşıcı hastalık taşıyan kişinin tutulmasının başvuru son çare olup olmadığıdır. Bu kriterler karşılanmadığı anda, özgürlükten yoksun bırakma şane erer.

45. Mevcut olaya dönüldüğünde, birinci kriterin bulunduğu, yani HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği açısından tehlikeli olduğu tartışmasızdır.

46. Dolayısıyla şimdi, başvuru tutulmasının, daha hafif tedbirler kamu yararının korunması bakımından yetersiz görüldüğü için bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek üzere başvuru son çare olup olmadığı incelenmelidir.

47. Yerel İdare Mahkemesi 16 Şubat 1995 tarihinde, başvuru tutulmasının 1988 tarihli Kanunun 38. maddesi gereğince üç ay süreyle zorunlu muhafaza altında tutulmasına karar vermiştir. Daha sonra, yerel İdare Mahkemesi 12 Aralık 2001 tarihinde sağlık görevlisinin başvuru tutulmasının uzatılmasına dair talebini reddetmesine kadar, her altı ayda bir başvuru tutulmasının özgürlükten yoksun bırakılmasının devamına karar vermiştir. Buna göre başvuru tutulmasının özgürlükten yoksun bırakılması kararı yaklaşık yedi yıl yürürlükte

kalmıştır. Başvurucu defalarca kaçtığı için, kendisinin fiilen özgürlükten yoksun bırakılması 16 Mart 1995'ten 25 Nisan 1995'e, 11 Haziran 1995'ten 25 Eylül 1995'e, 28 Mayıs 1996'dan 6 Kasım 1996'ya, 16 Kasım 1996'dan 26 Şubat 1997'ye, 26 Şubat 1999'dan 12 Haziran 1999'a kadar, toplam yaklaşık bir buçuk yıl sürmüştür.

48. Hükümet, başvurusunun HIV bulaştırmamasını sağlamak için Eylül 1994 ile Şubat 1995 tarihleri arasında gönüllülüğe dayanan bir kaç tedbirin sonuçsuz kaldığını savunmuştur. Hükümet ayrıca, başvurusunun genç erkekleri tercih etmesi, genç bir adama HIV virüsü bulaştırmış olması, defalarca ortadan kaybolması ve hastane görevlileriyle işbirliği yapmaması gibi, çeşitli hekimler ve psikiyatrlar tarafından başvurusunun kişiliğine ve davranışlarına ilişkin yapılan tespitleri kaydetmiştir. Hükümet başvurusunun iradesine aykırı olarak hastaneye yatırılmasının, bulaşıcı hastalığı yaymasını önleme şeklindeki tedbirin amacıyla orantılı olduğunu belirtmiştir.

49. Mahkeme, 16 Şubat 1995 ile 12 Aralık 2001 tarihleri arasında başvuru için daha hafif olan fakat kamu yararını korumak için yetersiz bulunan bir tedbir örneğinin Hükümet tarafından gösterilemediğini kaydeder.

50. Başvurusunun danışman hekimi yeniden ziyaret etmesini ve yerel sağlık görevlisinin tespit ettiği randevulara gitmesini belirten, yerel sağlık görevlisinin 1 Eylül 1994 tarihli talimatlarına uymadığı tartışmasızdır. Başvurucu Eylül 1994'te üç kez ve Kasım 1994'te bir kez yerel sağlık görevlisinin randevularına gittiği ve iki kez evinde ziyaret edildiği halde, başvuru davet edildiği halde Ekim ve Kasım 1994 tarihlerinde beş kez randevuya gitmemiştir.

51. Sağlık görevlisi tarafından 1 Eylül 1994'te çıkarılan bir başka talimata göre başvurucuya fiziksel muayene, ameliyat, aşı veya kan testi yapılacak olursa veya her hangi bir sebeple kanaması olacak olursa, başvuru sağlık görevlisine HIV virüsü taşıdığını söylemelidir; dışıya de HIV virüsü taşıdığını söylemelidir. Yerel sağlık görevlisi Nisan 1999'da yerel İdare Mahkemesi önünde, başvurusunun Eylül 1995 ile Mayıs 1996 arasındaki kaçtığı dönemde üç kez sağlık görevlisine virüslü olduğunu bildirmediğini, ancak kaçak olduğu son iki yılda iki kez sağlık muayenesi olduğunu ve her ikisinde de HIV virüslü olduğunu söylediğini belirtmiştir.

52. Yine sağlık görevlisi tarafından çıkarılan 1 Eylül 1994 tarihli bir başka talimatta, başvurusunun kendini kaybedecek kadar alkol almaktan ve başkalarını HIV virüsü bulaştırma riskine sokmaktan kaçınmasını gerektirmektedir. Ancak başvurusunun tamamen alkol almaktan kaçınması veya alkol bağımlılığına karşı tedavi görmesi talimatı bulunmamaktadır. Ulusal mahkemeler de, başvurusunun özgürlükten yoksun bırakılmasını Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında 'alkolik'liğe ve bu bentten türeyen şartlara dayanandırmamışlardır.

53. Dahası, yerel sağlık görevlisi Şubat 1995'te yerel İdare Mahkemesi önünde, kendi görüşüne göre başvurusunun davranışlarını değiştirmek için bir psikiyatra başvurmasının gerekli olduğunu söylemesine rağmen, yerel sağlık görevlisinin 1 Eylül 1994 tarihli talimatları arasında psikiyatrik tedavi yer almamaktadır. Ulusal mahkemeler, Sözleşme'nin 5(1)(e) bendi anlamında 'akıl zayıflığı' nedenine ve bu bentten türeyen şartlara dayanarak başvurusunun özgürlükten yoksun bırakılmasını haklı göstermiş değildirlir.

54. 1 Eylül 1994 tarihli talimatlar başvurusunun partnerine HIV virüslü olduğunu bildirmediği cinsel ilişkide bulunmasını yasaklamıştır. Ayrıca başvuru kondom kullanmamıştır. Mahkeme bu bağlamda, başvurusunun 16 Şubat 1995'ten 12 Aralık 2001 tarihine kadar olan dönemin büyük bir kısmını dışarıda geçirdiği halde, başvurusunun bu zaman zarfında her hangi bir kimseye HIV virüsü bulaştırdığı veya partnerine kendisinin HIV virüslü olduğunu söylemeden cinsel ilişkiye girdiği veya kondom kullanmadığı veya cin-

sel ilişkiye girdiği konusunda bir delil veya belirti yoktur. Başvurucunun 1990 yılında ilk kez cinsel ilişkide bulunduğu 19 yaşındaki bir genç erkeğe bulaştırdığı doğrudur. Bu olay, başvurucunun kendi hastalığını fark ettiği 1994 yılında ortaya çıkmıştır. Ancak başvurucunun, diğer bir çok Sözleşmeciler Devletinde olduğu gibi İsveç'te de suç sayılacak şekilde, kasten veya ağır bir ihmali sonucu olarak genç adama HIV virüsü bulaştırdığına dair bir belirti yoktur.

55. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun zorunlu muhafazasının HIV virüsünün yayılmasını önlemek için son çare olmadığını, çünkü kamu yararını korumak için daha hafif bir tedbirin düşünülmemiş ve kamu yararını korumak bakımından yetersizliğinin tespit edilmemiş olduğu sonucuna varmaktadır. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun zorunlu muhafaza kararını yedi yıldan fazla uzatan ve bunun sonucu olarak başvurucuyu toplam yaklaşık bir buçuk yıl gayri iradi olarak hastanede tutan yetkililerin, HIV virüsünün yayılmasının önleme gereği ile başvurucunun özgürlük hakkı arasında adil bir denge kurmadıkları kanaatindedir.

56. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 12,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 2,083 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLER MAHKEME

1. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlaline;
2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

İZİNSİZ GİRİŞİ ÖNLEME, SINIRDIŞI ETME VEYA GERİ VERME AMACIYLA TUTMA

25.06.1996 19776/92 AMUUR - FRANSA

◆ *tutmanın hukukiliği - sığınmacıyı keyfi tutmaya karşı korumadan tutma* (Somali vatandaşı başvurucunun, sahte pasaportla Suriye üzerinden geldiği Fransa'dan geri gönderilmesine kadar 20 gün transit bölgede hukuki güvencelerden yoksun olarak tutulması) ■ *kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma - ülkeye girişi önlemek amacıyla tutma*

DAVANIN ESASI

Somali vatandaşı olan dört başvurucu Mahad, Lahima, Abdelkader ve Mohammed Amuur, Devlet Başkanı Mohamed Siyad Barre rejimi döneminde Somali'de üyeleri iktidarda yer alan Darob Mahran kabilesi üyesidirler. Başvurucuların babası bir askerdir. Başkan Siyad Barre rejiminin Ocak 1991'de Birleşik Somali Kongresi ('USC') tarafından yıkılmasından sonra, Hawiya kabilesi üyelerinin ülke yönetimine geldikleri anlaşılmaktadır.

Başvurucular Mogadişu'dan ayrılmışlar ve Kismayu'ya sığınmışlardır. Başvurucular, anne ve babalarının USC militanları tarafından öldürüldüklerini söylemişlerdir. USC kuvvetleri Kismayu'ya girince, başvurucular Kenya'ya, oradan da Suriye'ye gitmişlerdir. Başvurucular Suriye'de iki ay kaldıktan sonra, Suriye Havayolları'na ait bir uçakla 9 Mart 1992'de Paris-Orly Havaalanı'na inmişler ve sığınma talebinde bulunmuşlardır.

Ancak polis, başvurucuların pasaportlarının sahte olması nedeniyle ülkeye girişlerine izin vermemiştir. Başvurucular, bir kısmı İçişleri Bakanlığı'na ayrılmış olan ve Orly Havaalanı için bekleme bölgesine dönüştürülmüş Arcade Otelinde tutulmuşlardır. Başvurucuların dediğine göre polisler, başvurucuları her sabah erken saatte havaalanının çıkışına getirmişler ve akşamları Arcade Oteline geri götürmüşlerdir.

İçişleri Bakanlığı, 12 Mart'ta, başvurucuların sığınma hakkı gereğince ülkeye girme başvurularını 27 Mayıs 1982 tarihli Kararname'nin 12. maddesine göre incelemiştir. İnsani bir örgüt olan CIMADE'nin olaya müdahale etmesi üzerine, başvuruculara 24 Mart'ta hukuki yardım verilmiş ve bir avukatla görüşme imkânı sağlanmıştır. Başvurucular, 25 Mart'ta Mültecilerin ve Vatansızların Koruması için Paris Bürosu'ndan ('OFPRA') 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi gereğince kendilerine mülteci statüsü verilmesini istemişlerdir. Ancak OFPRA, başvurucuların geçici oturma izinleri bulunmaması nedeniyle yetkisizlik kararı vermiştir.

Başvurucular, Arcade Otelinde tutulmalarının açıkça hukuka aykırı olduğunu iddia ederek, salıverilme talebiyle Creteil mahkemesi yargıcına başvurmuşlardır. Başvurucuların ülkeye giriş izni talepleri İçişleri Bakanlığı tarafından reddedildikten sonra, Hükümete göre Suriye'nin kendilerini geri alacağını bildirmesi üzerine, 29 Mart saat 13:30'da Suriye'ye geri gönderilmişlerdir. 31 Mart'ta Creteil mahkemesi yargıcı, başvurucuların tutulmalarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve salıverilmelerine karar vermiştir. Bu mahkemeye göre, İçişleri Bakanlığı'nın, başvurucuları uluslararası alan sayılamayacak bir yerde tutması mevzuatta da öngörülmemiştir. Başvurucuların keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakıldıkları kabul edilmelidir. Bu karara karşı Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurulmamıştır.

Başvurucular, 27 Mart 1992'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, Sözleşme'nin 5. maddesi ve diğer bazı maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruculara göre, Paris-Orly Havaalanı'nın transit bölgesinde 'tutulma'ları, Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi anlamında bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmuştur.

A. Bir özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı

[38–49]: Başvuruculara göre tutulma koşulları, 'özgürlükten yoksun bırakılmaları'nın değerlendirilmesi sırasında tutulma süresinin uzunluğunu ağırlaştırmıştır. Başvuruculara göre, kendileri sığınmacı olduklarından, yasadışı göçmenlere göre daha özel bir koruma görmeliydiler. Sığınmacıların sığınma talepleri açıkça temelsiz olmadıkça, tutulmamaları gerekir.

Hükümete göre, başvurucuların transit bölgede kalışları, 'tutma'ya benzememektedir. Hükümet başvurucuların, İşkenceye Karşı Komite raporunda 'fiziksel koşulları' itibarıyla tatmin edici bulunan Arcade Otelinin bir bölümüne yerleştirilmişlerdir. Başvurucuların otelin diğer müşterilerinden ayrı bir yerde kalmalarının sebebi, Fransa'ya girişleri reddedildiği halde, hukuka aykırı bir şekilde yerleşmelerini önlemektir. Dolayısıyla kendilerinin yarattıkları bir durumdan şikâyet etme hakları yoktur. Kaldı ki başvuruculara havaalanının 'Fransa'ya giriş tarafı' kapalıdır; ama diledikleri zaman Suriye'ye dönebilirler.

Komisyon ise, başvurucuların uluslararası alanda kalmalarının uzunluğu dikkate alındığında, bunun kelimenin olağan anlamında bir 'tutma' olduğunu kabul etmekle birlikte, olayda 5. maddenin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır. Komisyona göre, bir ted-

birin ‘özgürlükten yoksun bırakma’ olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan fiziksel kısıtlama derecesi, bu olayda bulunmamaktadır.

Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, bir kimsenin Sözleşme’nin 5. maddesi anlamında ‘özgürlükten yoksun bırakılmış’ olup olmadığını belirlemek için kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut durumu olup, bu belirlemede söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır. Kişiyi özgürlükten yoksun bırakma ile özgürlük üzerinde kısıtlama, sadece bir derece veya yoğunluk meselesi olup, nitelik veya esas meselesi değildir.

Yabancıları uluslararası alandan çıkarmama (holding), aslında özgürlük üzerinde bir kısıtlamadır; fakat bu kısıtlama, yabancıları geri verme süreci devam ederken tutma merkezlerindeki koşullara benzememektedir. Bu tür bir kısıtlama, ilgili kişiler için uygun güvencelerin bulunması halinde, devletin uluslararası yükümlülüklerine ve özellikle 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüyle ilgili Cenevre Sözleşmesi’ne ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne uygun olarak, sadece yasadışı göçün önlenmesini sağlamak için kabul edilebilir. Göçmen kısıtlamalarını dolanmak için giderek artan girişimleri engellemeye çalışan devlet, sığınmacıları Sözleşmeler tarafından sağlanan korumalardan yoksun bırakmamalıdır. Böyle bir durdurma, aşırı uzun sürmemelidir; aksi takdirde yabancıların geldikleri ülkeye dönmeleri için pratik detayların organizasyonu veya sığınma talep etmişlerse ülkeye giriş izni başvurularının incelenmesi sırasında kaçınılmaz olan salt bir özgürlük kısıtlaması, bir özgürlükten yoksun bırakma haline dönüşür.

Bir durdurma kararı zorunlu olarak idari makamlar veya polis yetkilileri tarafından ve- rilmekle birlikte, bunun uzaması, kişi özgürlüklerinin geleneksel koruyucuları olan mahkemeler tarafından süratle denetim yapılmasını gerektirir. Her şeyden öte, bu tür bir kısıtlama, bir sığınmacıyı, mülteci statüsünün belirlenmesi usulüne başvurma hakkından yoksun bırakmamalıdır.

Mahkeme, İçişleri Bakanlığı’nın başvurucuların sığınmacı olarak ülkeye girmelerine izin vermemesi üzerine, kendilerinin Paris-Orly Havaalanı’nın transit bölgesinde 20 gün süreyle durdurulduklarını kaydetmiştir. Mülteci olduklarını iddia eden başvurucular, zamanın büyük bir bölümünde kendi imkânlarıyla baş başa bırakılmışlardır. Başvurucular, sürekli olarak polis tarafından izlenmişlerdir; başvurucular, kendilerinin uluslararası bir alanda bulunduğunu haber alan bir insani kuruluşun 24 Mart’ta bir avukatla temasa geçmelerini sağlamasına kadar, siyasi mülteci statüsü başvurusuyla ilgili formaliteleri tamamlamak için hukuki veya sosyal yardım alamamışlardır. Dahası, 26 Mart’a kadar, kısıtlanmalarının ne uzunluğu ve ne de gerekliliği bir mahkeme tarafından incelenmemiştir. Başvurucuların avukatı, o gün Creteil mahkemesine bir başvuru yapmış; bu mahkeme de, hızlı usulle 31 Mart günü verdiği kararda, başvurucuların kısıtlanmalarını ‘keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma’ olarak nitelendirmiştir.

Hükümet ve Komisyon, olayda bir özgürlükten yoksun bırakma bulunmadığı sonucuna varırken, başvurucuların bu tedbirin uygulanmasından kendilerini kurtarabilecekleri ve Suriye yetkilileri tarafından Fransız Hükümeti’ne verilen güvenceler ışığında, Suriye’ye dönme sürecini başlatabilecekleri gerçeğine ağırlık vermişlerdir.

Mahkeme ise, bir sığınmacının iltica etmek istediği bir ülkeyi gönüllü olarak terk edebilme imkânının bulunmasının, kişi özgürlüğü üzerindeki kısıtlamayı ortadan kaldırmadığı kanaatinde; kendi ülkesi dâhil, bir ülkeden ayrılma hakkı, daha çok Sözleşme’nin 4. Protokolü ile güvence altına alınmıştır. Başvurucuları Suriye’ye geri göndermek, seyahatin pratik sorunları dışında, sadece Fransız ve Suriye makamları arasındaki görüşmelerden sonra mümkün hale gelebilmiştir. Suriye, Mültecilerin Statüsüyle ilgili Cenevre Sözleşmesi’yle bağlı olmadığı için, Suriye’nin verdiği güvenceler diplomatik ilişkilere bağımlı olmuştur.

Mahkeme, başvuruçuların Paris-Orly Havaalanı'ndaki transit bölgede durdurulmalarının, katlanılan kısıtlamalar göz önünde tutulduğunda, pratikte bir özgürlükten yoksun bırakmayla eşdeğer olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5(1). fıkrası olayda uygulanabilir niteliktedir.

B. Tespit edilen özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluğu

“50. (...) Bir tutmanın ‘hukuken öngörülmüş’ olup olmama meselesini de içeren ‘hukukilik’ söz konusu olduğunda, Sözleşme esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunmakta ve ulusal hukukun maddi ve usul kurullarına uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir; fakat Sözleşme ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfilige karşı koruma amacını da taşımasını gerektirmektedir (*Kemmache (no. 3), §42*).

Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, bir özgürlükten yoksun bırakmanın ‘hukukun öngördüğü usule uygun’ olarak gerçekleştirilmesini öngörmekle, bir gözaltına alma veya tutmanın öncelikle iç hukukta yasal bir temeli bulunmasını gerektirmektedir. Ancak bu kelimeler, sadece iç hukuka göndermede bulunmamaktadır; Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki ‘hukuka uygun olarak’ veya ‘hukuk tarafından öngörülmüş’ ifadelerinde olduğu gibi, Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin bir kavram olan hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayı gerektiren hukukun kalitesi ile de ilgili bulunmaktadır.

Mahkeme, bir özgürlükten yoksun bırakmanın iç hukuka uygunluk prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığını belirleyebilmek için, sadece incelenmekte olan konuda yürürlükteki yasanın değil, ilgili kişiye uygulanabilir olan diğer hukuk kurallarının kalitesini de değerlendirmek durumundadır. Buradaki anlamıyla kalite, özellikle yabancı sığınmacılar bakımından özgürlükten yoksun bırakmaya imkân veren ulusal hukukun, kendilerini keyfiligin bütün risklerinden uzak tutmak için, yeterince ulaşılabilir ve açık olmasını gerektirir. Bu özellikler, devletin mültecilik politikalarının, temel hakların korunmasıyla bağdaştırılması gibi durumlarda, havaalanındaki sığınmacılar bakımından büyük bir öneme sahiptir.

51. Başvuruçular, o tarihte yürürlükteki mevzuatta ve uluslararası hukukta, tutulmalarının hukuki bir temeli bulunmadığını iddia etmişlerdir. Başvuruçular kendilerini, bir avukata ulaşamadıkları ve o tarihte tam olarak ne yapmaları gerektiği hakkında bilgiye sahip olmadıkları yasal bir boşluk içinde görmüşlerdir. Başvuruçular, bu iddialarını desteklemek için, hızlandırılmış usule göre karar veren Creteil mahkemesinin karar gerekçesine dayanmışlardır.

52. Mahkeme, başvuruçuların, Fransa'da 2 Kasım 1945 tarihli Kararname'ye göre bulunmalarına rağmen, Paris-Orly Havaalanı'nın uluslararası kısmında tutulmuş olmalarının, kendilerini Fransız hukukuna tabi kıldığını kaydetmiştir.

Adı uluslararası alan olmasına rağmen, bu alan ülke dışılık (extraterritorial) statüsüne sahip değildir. Anayasa Konseyi 25 Şubat 1992 tarihinde verdiği kararda, yasama organının yabancıların bu alanda tutulmalarını düzenleyen kurallar koymasına karşı çıkmamıştır. 6 Temmuz 1992 tarihli Yasa ... , başka şeylerin yanında, örneğin adliye mahkemelerinin dört günden fazla tutmaya müdahale etmelerine, tutulanların çevirmen ve bir doktorun yardımından yararlanmalarına ve bir avukatla temas kurabilmelerine imkân sağlamıştır. 15 Aralık 1992 tarihli Yönetmelik ..., bu Kanuna göre yapılan başvurulara uygulanacak olan usul kurallarını düzenlemektedir. 2 Mayıs 1995 tarihli Yönetmelik ..., Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği temsilcisinin ve insani yardım kuruluşlarının bu alana her zaman girmelerine imkân vermektedir.

Ancak mevcut davadan sonra yürürlüğe giren bu kurallar, o tarihte başvuruculara uygulanabilir nitelikte değildir.

53. Mahkeme, başvurucuların 9 Mart 1992'den 29 Mart 1992'ye kadar, başvuruları henüz incelenmemiş olan birer sığınmacı durumunda olduklarını vurgulamaktadır. Bu bağlamda, ne 27 Mayıs 1982 tarihli Yönetmelik ve ne de o sırada yabancıların transit alanda tutulmalarıyla ilgili tek metin olup yayımlanmış olan 26 Haziran 1990 tarihli Genelge, Mahkeme'nin içtihatları anlamında yeterince 'kaliteli' bir 'hukuk' oluşturmuştur; oysa iç hukukta Sözleşme tarafından korunmuş olan haklara kamu makamları tarafından keyfi müdahalelere karşı yeterli yasal koruma bulunmalıydı (*Malone, §67*). Her halükarda 27 Mayıs 1982 tarihli Yönetmelik, yabancıların uluslararası alanda tutulmalarıyla ilgili değildir. Yukarıda belirtilen Genelge ise, niteliği gereği, hudutlardan girmelerine izin verilmeyen yabancılarla ilgili olarak, İçişleri Bakanlığı'nın Valiliklere ve Emniyet Müdürlüklerine talimatlarını içermektedir. Bu Genelge, sınırlarda ve havaalanlarında mülteci kontrolü için rehberlik sağlamayı amaçlamıştır. Dahası, bu Genelgenin, yabancıların uluslararası alanda tutulmalarına ve buradaki haklarına ayrılan kısa paragrafında, 6 Temmuz 1992 tarihli Kanunla getirilen güvencelerin hiçbirine yer verilmemiştir. Söz konusu dönemde bu metinlerden hiçbiri, adliye mahkemelerine, yabancıların tutulma koşullarını denetleme ve gerektiği takdirde idari makamların tutma süresine bir sınır getirme yetkisi vermemiştir. Bu metinler, başvuru gibi gerekli adımları atması gereken sığınmacılara ne hukuki, insani ve sosyal yardım vermeyi ve ne de bu tür yardımlar için başvurma usullerini ve süre sınırlarını göstermiştir.

54. Bu olayda uygulandığı şekliyle o tarihte yürürlükte bulunan Fransız hukuk kuralları, başvurucuların özgürlük hakkını yeterince güvence altına almamıştır. Buna göre Sözleşme'nin 5(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme ihlal tespitinin manevi zararı karşılığında, ücretler ve masraflar için 57,000 FF'den adli yardım olarak alınan 9,758 FF düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇERLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
 2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının uygulanabilir olduğuna ve ihlaline;
 3. Mahkeme'nin kararının manevi zararlar için yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna, ...
- KARAR VERMİŞTİR.**

22.09.2009 30471/08 ABDOLKHANI ve KARIMNIA - TÜRKİYE

◆ *tutmanın hukukiliği - sığınmacıyı keyfi tutmaya karşı korumadan tutma* (İran vatandaşı eski Halkın Mücahitleri Örgütü üyeleri olan başvurucuların Türkiye'ye yasadışı yollardan giriş yaptıkları için aldıkları cezanın ertelenmesinden sonra Muş Emniyet Müdürlüğünde ve daha sonra nakledildikleri Kırklareli Yabancılar Misafirhanesinde tutulmaları) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma - ülkeye girişi önlemek amacıyla tutma

DAVANIN ESASI

Başvuruculardan Mohsen Abdolkhani 1973, Hamid Karimnia 1978 doğumlu olup, her ikisi de İran vatandaşıdır.

Daha önce İran'da rejim muhalifi Halkın Mücahitleri Örgütü üyesi olan başvurucular 2005-2006 yıllarında örgütten ayrılmışlar, geldikleri Irak'ta Birleşmiş Milletler Mülteciler

Yüksek Komiserliği tarafından kendilerine mülteci statüsü tanınmış, Irak'ta kaldıkları Geçici Mülakat ve Koruma Merkezi'nin kapatılması üzerine 2008'de Kuzey Irak'a gönderilmişlerdir.

Başvurucular yasadışı yollardan Türkiye'ye girdikleri için 17 Haziran 2008'de Irak'a sınırışı edilmişlerdir. Başvurucular hemen tekrar Türkiye'ye girmişler, bu kez 21 Haziran 2008'de Muş Gökyazı jandarma karakolunda görevli jandarmalar tarafından sahte pasaportla yakalanmışlardır. Başvurucular aynı gün jandarmaya verdikleri ifadede İran'a geri gönderilmeleri halinde idam edileceklerini, Kanada'ya gitmek istediklerini söylemişlerdir. Muş Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutulan başvuruçular, Muş savcısının hazırladığı iddianame üzerine 23 Haziran 2008'de Muş Sulh Ceza Mahkemesinin önüne çıkarılmışlar, hayati tehlike altında oldukları gerekçesiyle İran'dan ayrılarak ailelerinin bulunduğu Kanada'ya gitmek üzere bir kaçakçı yardımıyla yasadışı yollardan Türkiye'ye girdiklerini itiraf etmişlerdir.

Sulh Ceza Mahkemesi başvuruçuları yasadışı yollardan ülkeye girmekten suçlu bulmuş ve cezaların infazını 5 yıl için tecil etmiştir. Ancak başvuruçular salıverilmemiş, yeniden Hasköy Emniyet Müdürlüğü'ne götürülmüşler ve burada tutulmuşlardır.

Başvurucular 28 Haziran 2008'de bu kez İran'a sınırışı edilmek istenmişler, ancak İranlı görevliler karşısında Arapça konuşarak Farsça anlamıyormuş gibi yapıp, sınırışı edilmekten kurtulmuşlardır.

Başvurucular 30 Haziran 2008'de, BMMYK isteği üzerine kendileriyle görüşmek isteyen İnsan Hakları Derneği Muş Şube başkanı ile görüştürülmüşlerdir.

Aynı gün İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvuruçuların sınırışı edilmemeleri için İctüzüğün 39. maddesine göre geçici tedbir kararı vermiştir.

Başvurucular 30 Haziran ile 1-2 Temmuz 2008 tarihlerinde polise yeniden verdikleri ifadede eski HMÖ üyeleri olduklarını söylemişlerdir.

Başvurucular 26 Eylül 2008 tarihine kadar Muş Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutulmuşlar, bu tarihte Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezine gönderilmişler ve burada kalmaya başlamışlardır. Başvurucular 18 Ekim 2008'de Kırklareli Valiliğine dilekçe vererek sığınma talebinde bulunmuşlar, ancak dilekçelerine cevap verilmemiştir.

İkinci başvuruçular 16 Ocak 2009 tarihinde iki avukata vekâletname vermiş, avukatlar İçişleri Bakanlığına başvurarak, bu başvuruçunun tutulmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. İkinci başvuruçular dilekçesine henüz bir cevap alamamıştır.

İsveç Hükümeti 25 Mart 2009'da BMMYK'nın talebi üzerine kendilerinin İsveç'e yerleştirilmeleri başvurusunu incelemeye başlamıştır.

Başvurucular 30 Haziran 2008'de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine yaptıkları başvuruda Sözleşme'nin 3, 5 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

IV. Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

[120–124]: Başvurucular Sözleşme'nin 5(1)(f) bendine dayanarak, hukuka aykırı olarak tutulu bulduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular ayrıca, Sözleşme'nin 5(2). fıkrası gereğince, 23 Haziran 2008 tarihinden sonraki tutulmalarının nedeni hakkında bilgilendirilmediklerini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular son olarak, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına dayanarak, tutulmalarının hukuka uygunluğuna ilişkin olarak itirazda bulunma imkânına sahip olmadıklarını iddia etmişlerdir.

Hükümet bu iddialara karşı çıkmıştır. Hükümet, Türkiye'ye yasadışı giriş yaparken, ülkede yasadışı olarak bulunurken veya ülkeden yasadışı bir şekilde çıkmaya teşebbüs ederken yakalandıktan sonra sığınma talebinde bulunan kişilerin tutuklanmadığını, fakat yabancı kabul ve barınma merkezlerinde barındırıldıklarını belirtmiştir. Hükümete göre 'tutuklama', bir mahkeme kararı gereğince özgürlüğün kısıtlanmasıdır; başvurucular ise Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'nde sadece barındırılmışlardır; başvurucular tutuklu veya gözaltında tutulan kişiler değildirler; söz konusu merkeze yerleştirilmiş olmalarının nedeni, başvurucuların sınırdışı işlemlerinin tamamlanmasına kadar, kendilerini gözetim altında tutma gereğidir. Hükümet söz konusu uygulamanın, 5682 sayılı Pasaport Kanununun 4. maddesine ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanununun 23. maddesine dayandığını ve diğer ülkelerin uygulamalarından farklı olmadığını savunmuştur. Hükümet, başvurucuların tutulma nedenlerinin kendilerine bildirilmediği ve Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'ndeki tutulmalarının hukuka aykırılığı konusunda itirazda bulunabilecekleri bir hukuk yolu bulunmadığı iddialarına ilişkin bir savunma yapmamıştır.

Başvurucular, 23 Haziran - 26 Eylül 2008 tarihleri arasında Hasköy Emniyet Müdürlüğünde ve 26 Eylül 2008 tarihinden bu yana Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'nde tutulmalarının yasal dayanağı bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, tutulmalarının bir sınırdışı etme kararına dayanmadığını ve uzun süren tutulmalarına ilişkin bir gerekçe gösterilmediğini belirtmişlerdir. Başvurucular, BM Keyfi Tutma Çalışma Grubu'nun Türkiye'ye ilişkin raporuna atıfta bulunarak, 5683 sayılı Yasanın 23. maddesinin sınırdışı edilmesi muhtemel kişilerin tutulabilmeleri için yeterli hukuksal dayanak oluşturmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, 23 Haziran 2008 tarihinde Muş Sulh Ceza Mahkemesinin kararından sonra Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutulmalarının devam ettiğini, ancak tutulmalarının devamının gerekçeleri hakkında bilgilendirilmediklerini belirtmişlerdir. Başvurucular son olarak Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bakımından, tutulmalarının hukuka uygunluğunun süratle yargısal denetime tabi tutulmasını sağlayacak etkili bir hukuk yoluna sahip olmadıklarını ifade etmişlerdir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Özgürlükten yoksun bırakmanın varlığı

125. Mahkeme Hükümetin, başvurucuların Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlüklerinden yoksun bırakılmadıklarını savduğunu kaydeder. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının özgürlük hakkını kişinin fiziksel özgürlüğü olarak düşündüğünü ve hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun bırakılmamasını amaçladığını hatırlatır. Bir kimsenin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında 'özgürlükten yoksun bırakılmış' olup olmadığını belirlemek için kalkış noktası, kişinin içinde bulunduğu somut durumu olup, bu belirlemede söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır (*Amuur*, §42).

126. Mevcut olayda başvurucular, jandarmalar tarafından 21 Haziran 2008'de gözaltına alınmışlar ve Türkiye'ye yasadışı giriş yaptıkları suçlamasıyla 23 Haziran 2008'e kadar tutulmuşlardır. Başvurucular 23 Haziran 2008'de isnat edilen suçtan mahkûm edilmişler, fakat hapis cezaları ertelenmiştir. Daha sonra aynı gün Hasköy Emniyet Müdürlüğüne götürülmüşler ve 26 Eylül 2008'e kadar burada tutulmuşlardır. Başvurucular bu tarihte Kırklareli Emniyet Müdürlüğüne bağlı Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezine nakledilmişlerdir. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucuların 23 Haziran 2008'den itibaren polis tarafından tutulduklarını gözlemlemektedir.

127. Mahkeme ayrıca, başvurucuların Hasköy Emniyet Müdürlüğünden veya Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezinden ayrılma serbestliklerinin bulunmadığını gözlem-

lemektedir. Dahası başvuruçular, yetkililere ancak noterden bir vekâletname sunmaları halinde bir avukatla görüşebilmektedirler. Ayrıca BMMYK'den yetkililerin başvuruçularla görüşebilmeleri, İçişleri Bakanlığının iznine bağlıdır. Bu unsurlar ışığında Mahkeme, aslında bir ceza muhakemesi bağlamında tutuklamanın tanımı olan Hükümetin sunduğu 'tutma' tanımını kabul edemez. Mahkeme'ye göre, ulusal hukukta farklı bir nitelendirme yapılmasına rağmen, başvuruçuların yukarıda sözü edilen kurumlara yerleştirilmeleri, idari makamlar tarafından kendilerine getirilen kısıtlamalar göz önünde tutulduğunda bir 'özgürlükten yoksun bırakma' oluşturmuştur. Dolayısıyla Mahkeme, başvuruçuların özgürlükten yoksun bırakıldıkları sonucuna varmaktadır.”

2. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasına uygunluk

“128. Mahkeme Sözleşme'nin 5. maddesinin, bireyin özgürlük hakkına devlet tarafından yapılacak keyfi müdahaleye karşı bireyi koruyan temel bir insan hakkını içermektedir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının (a)-(f) bentleri, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılmalarına izin verilen sebeplerin tüketici bir listesini içermekte olup, bu sebeplerden birine girmeyen bir özgürlükten yoksun bırakma hukuka uygun olmaz. Bu fıkranın (f) bendinde yer alan istisnalardan biri, göçmen kontrolü bağlamında devlete yabancıları özgürlüğünü kontrol etme izni vermektedir (*A. ve Diğerleri – Birleşik Krallık [BD]*, §162, 163; ve *Saadi [BD]*, §43).

129. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendi tutmanın, örneğin bir kimsenin suç işlemesini veya kaçmasını önlemek gibi gerekli görülen hallerde yapılmasını gerektirmemektedir. Sözleşme'nin 5(1)(f) bendinin ikinci kısmına göre bir özgürlükten yoksun bırakma, sınır dışı etme veya geri verme işlemleri yürüdüğü sürece yerindedir. Ancak bu işlemler gerekli özenle yürütülmeyecek olursa, tutmanın Sözleşme'nin 5(1)(f) bendine uygunluğu sona erer (*A. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §164).

130. Ayrıca bir özgürlükten yoksun bırakma, 'hukuki' olmak zorundadır. Bir tutmanın 'hukukun öngördüğü usule' uygun olup olmama meselesini de içeren 'hukukilik' meselesi söz konusu olduğunda, Sözleşme esas itibarıyla ulusal hukuka göndermede bulunmakta ve ulusal hukukun maddi ve usul kurullarına uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir. Sözleşme ayrıca, bir özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacını da taşımasını gerektirmektedir. Sözleşme'nin 5(1). fıkrası, bir özgürlükten yoksun bırakmanın 'hukukun öngördüğü usule uygun' olarak gerçekleştirilmesini öngörmekle, bir gözaltına alma veya tutmanın öncelikle iç hukukta yasal bir temeli bulunmasını gerektirmektedir. Ancak bu kelimeler, sadece iç hukuka göndermede bulunmamaktadır; Sözleşme'nin bütün maddelerine içkin bir kavram olan hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayı gerektiren, hukukun kalitesi ile de ilgili bulunmaktadır (*Amuur*; §50).

131. Mevcut olayda başvuruçular, sınır dışı etmek amacıyla tutulmuş olmadıklarını ve her halükarda tutulmalarının iç hukukta yasal bir temeli bulunmadığını iddia etmişlerdir. Hükümet ise başvuruçuların Türk hukuku anlamında tutuklanmadıklarını, fakat sınır dışı etme işlemleri devam ederken, 5682 sayılı Yasanın 4. maddesi ile 5683 sayılı Yasanın 23. maddesi gereğince barındırıldıklarını söylemiştir.

132. Mahkeme ilk olarak, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi uygulanmadan önce, başvuruçuların 23-30 Haziran 2008 tarihleri arasında Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutulmalarının, sınır dışı etme amacıyla özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebileceğini, çünkü Muş Sulh Ceza Mahkemesinin 23 Haziran 2008 tarihli kararında başvuruçuların sınır dışı edileceklerinin bildirildiğini kaydeder.

133. Mahkeme, davalı Hükümet tarafından yukarıda sözü edilen yasa maddelerinin, geçerli bir seyahat belgesi bulunmayan veya sınır dışı edilemeyen yabancıların, İçişleri Bakanlığı tarafından gösterilen yerde ikamete mecbur tutulmalarını öngördüğünü gözlemlemektedir. Bu maddeler, sınır dışı etme işlemleri bağlamında bir özgürlükten yoksun bırakmadan söz etmemektedirler. Bu maddeler belirli bir gurutaki yabancıların ikametleriyle ilgili olup, tutulmalarıyla ilgili değildir. Bu maddeler, sınır dışı etme amacıyla tutmaya karar verme ve uzatma koşulları veya böyle bir tutmanın süresi konusunda herhangi bir hüküm getirmemektedirler. Bu nedenle Mahkeme, başvuruçuların 23-30 Haziran 2008 tarihleri arasında tutulmalarının, yeterli bir yasal temeli bulunmadığını tespit eder.

134. Aynı şey, başvuruçuların 30 Haziran 2008'den sonra tutulmaları içinde de geçerlidir. Hükümet, başvuruçuların bu güne kadar tutulmalarının iç hukukta kesin olarak tanımlanmış yasal bir temeli bulunduğuna dair bir savunmada bulunmamış veya bir belge sunmamıştır. Dahası, Mahkeme'nin 30 Haziran 2008'de İçtüzüğün 39. maddesindeki tedbiri uygulamasının ardından, Hükümet Sözleşme'nin 34. maddesindeki yükümlülüğünü ihlal etmeksizin başvuruçuları sınır dışı edemeyecek duruma girmiştir (*Gebremedhin [Gaberamadhién]*, §73, 74). Dolayısıyla, başvuruçular hakkında yürütülecek sınır dışı etme işlemleri, muhtemelen başvuruçuların bu amaçla özgürlükten yoksun bırakılmalarının sürmesi sonucunu doğuracak şekilde, durdurulmuş olmaktadır. Mahkeme İçtüzüğünün 39. maddesi, başvuruçuların gönderileceği ülkelerin yetkililerinin başvuruçuları oradan İran veya Irak'a göndermeyeceklerinin belirlenmesi şartıyla farklı bir ülkeye gönderilmelerini engellemediği doğrudur; ancak Hükümet bu yönde bir savunma yapmamıştır.

135. Özet olarak, sınır dışı etme amacıyla tutmaya karar verme ve tutmayı sürdürme usulünü ve böyle bir tutmanın süresini gösteren açık yasal hükümler bulunmadığından, başvuruçuların tabi tutuldukları özgürlükten yoksun bırakma, keyfiliğe karşı yeterli güvencelerle çerçevelenmiş sayılamaz (*Nasrulloev*, §77; ve *Chahal*, §118; ve *Saadi*, §74). Ulusal sistem başvuruçuları keyfi tutmaya karşı koruyamamıştır; sonuç olarak başvuruçuların tutulmaları, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında 'hukuki' sayılamaz. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

3. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına uygunluk

“136. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının, gözaltına alınan bir kimsenin niçin özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesi gerektiği şeklinde temel bir koruyucuyu içerdiğini hatırlatır. Bu hüküm, Sözleşme'nin 5. maddesiyle sağlanan koruma düzeninin bütünlüyci bir parçasıdır. Sözleşme'nin 5(2). fıkrası gereğince, gözaltına alınan bir kimseye gözaltına alınmasının maddi ve hukuki sebepleri, gerekli gördüğü takdirde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre gözaltına alınmasının hukukiliğine itiraz etmek üzere bir mahkemeye başvuruçuların için, teknik olmayan ve kolaylıkla anlaşılabilir bir dille basitçe anlatılmalıdır. Kendisine verilen bilginin içerik ve sürat bakımından yeterli olup olmadığı, her bir olayın özel şartlarına göre değerlendirilir. Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, gözaltına alınma suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılanlar ile tutma suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılanlar arasında bir ayırım yapmadığından, mevcut olayda başvuruçuların Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının yararlandırılmamaları için bir sebep görmemektedir (*Shamayev ve Diğerleri*, §413, 414).

137. Mahkeme, başvuruçuların 21 Haziran 2008'de gözaltına alındıklarını ve daha sonra poliste tutulduklarını gözlemlemektedir. Aynı gün, başvuruçular gözaltına alınma nedeni hakkında bilgilendirildiklerini gösteren bir belge imzalamışlardır. Başvuruçular 23 Haziran 2008'de ülkeye yasadışı girişten mahkûm edilmişlerdir. Ama Hasköy Emniyet Müdürlüğünden salıverilmemişlerdir. Dolayısıyla başvuruçular, 23 Haziran 2008'den itibaren bir suç isnadı nedeniyle değil, ama göçmen kontrolleri bağlamında tutulmuşlardır.

Bu nedenle Mahkeme, bu tarihten itibaren tutulmaları hakkında Sözleşme'nin 5(2). fıkrası gereğince bilgilendirilmiş olup olmadıklarını değerlendirmek durumundadır.

138. Mahkeme, Hükümetten açıkça başvuruçuların tutulmaları hakkında bilgilendirilmiş olup olmadıkları konusunda savunma yapmalarının ve savunmalarını desteleyecek belgeleri sunmalarının istenmiş olduğunu kaydeder. Ancak Hükümet bunu yapmamıştır. Hükümetten bir cevap gelmemesi ve dosyada başvuruçuların tutulmalarının sebebi hakkında bilgilendirildiklerini gösteren bir belge bulunmaması, Mahkeme'yi, ulusal makamların 23 Haziran 2008'den itibaren tutulmalarının sebebinin başvuruçuları bildirilmediği sonucuna götürmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(2). fıkrası ihlal edilmiştir.”

4. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına uygunluk

139. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının amacının, gözaltına alınan veya tutulan kimselere, tabi tutuldukları tedbirin hukukiliğinin yargısal denetim hakkını güvence altına aldığını hatırlatır (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §76). Bir kimseye tutulması sırasında, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle yargısal denetim yaptırabileceği bir hukuk yolu bulunmalıdır. Bu denetim, gerekirse salıvermeye yol açabilecek nitelikte olmalıdır. Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği denetimin varlığı, sadece teoride değil ama pratikte de yeterince belirgin olmalıdır; olmaması halinde, bu fıkranın gerektirdiği ulaşılabilirlik ve etkililikten yoksun kalır (*Stoichkov*, §66/son; *Vachev*, §71; ve *Chahal*, §172).

140. Mahkeme, başvuruçuların elinde, tutulmalarının hukukiliğinin bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlayabilecekleri bir usulün bulunduğunu göstermek üzere Hükümet tarafından mevcut olayla ilgili bir savunma yapılmamış olduğunu gözlemlemektedir.

141. Mahkeme daha önce, başvuruçuların 23 Haziran 2008 tarihinden itibaren özgürlükten yoksun bırakılmalarının sebepleri hakkında bilgilendirilmediklerini ve Hasköy Emniyet Müdürlüğünde tutuldukları sırada hukuki yardım almadıklarını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum kendiliğinden, başvuruçuların tutulmalarına karşı başvurularının etkili bir temelden yoksun kaldığı anlamına gelir (*Shamayev ve Diğerleri*, §432). Dolayısıyla Mahkeme, ikinci başvuruçunun ulusal makamlardan salıverilme talebi, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının gerektirdiği güvencelere sahip bir hukuk yolu sağlamaz.

142. Buna göre Mahkeme, Türk hukuk sisteminin başvuruçulara, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası anlamında, tutulmalarının yargısal denetimini yaptırabilecekleri bir yol sağlamadığı sonucuna varmaktadır (*S.D. – Yunanistan*, §76). Bu nedenle Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir.”

V. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi zarar kanıtlanmadığından maddi tazimat talebini reddine, manevi tazminat olarak 20,000 Euro, adli yardım olarak alınan 850 Euro'nun düşüleceği 3,500 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
2. Başvuruçuların İran'a veya Irak'a sınırışı edilmeleri halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edileceğine;
3. Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığına;
4. Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlaline;
5. Sözleşme'nin 5(1), (2), (3) ve (4). fıkralarının ihlaline
6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

ADİL YARGILANMA HAKKI

Madde 6 – Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır. Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarını korumanın gerektirmesi halinde ve adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir.

2. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır.

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgari şu haklara sahiptir:

- a) kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme;
- b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma;
- c) kendisini bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânı yoksa ve adaletin yararı gerektiriyorsa ücretsiz hukuki yardım alma;
- d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekme ve sorguya çekme; lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama;
- e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenden ücretsiz yararlanma.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmektedir. Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan bir haklar ve ilkeler bütünüdür. Bu madde, hem bir dizi hakkı içermesi ve hem de çok fazla davada ileri sürülmesi ve uygulanması nedeniyle, Sözleşme'nin en önemli maddelerinden biridir. Bu madde, Sözleşme'nin başlangıcında yer alan 'hukukun üstünlüğü' ilkesi ışığında yorumlanır. 7. Protokolün 2. maddesindeki cezai konularda üst başvuru/temyiz hakkı, aynı Protokolün 4. maddesindeki iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı, adil yargılanma hakkını bütünleyen haklardır.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin önceki ve sonraki bazı maddelerinde yer alan ve bireyin kendiliğinden ve doğallıkla kullandığı haklardan farklı olarak, uyuşmazlıkların barışçıl yoldan çözülmesi için oluşturulan adalet mekanizması önünde kullanılabilir hakları içermektedir. Bir başka söyleyişle bu madde, Sözleşmeciler Devletlerin usul hukuklarının uygulanmasından doğan şikâyetlere karşı başvurucunun dayanabileceği en önemli maddedir. Bu maddenin dar yorumlanması, demokratik toplumda hukukun üstün-

lüğü ilkesinin öneminden ötürü maddenin amacı ve ruhuna uygun kabul edilmemektedir (*Delcourt, §25*).

Mahkeme, bu maddeyle ilgili şikâyetleri incelerken temyiz mahkemesi gibi hareket etmekten kaçınır; iç hukuktaki bir yargılama sırasında Sözleşme'nin 6. maddesindeki hakların ihlal edilip edilmediğini yargılamanın bütününe dikkate alarak inceler; yoksa ulusal yargı yerlerinin bir davada ulusal hukuka aykırı karar verip vermediğini değil. Bu çerçevede, bir yargı kararının nasıl verildiği 6. maddenin konusudur; bu kararın sonucu değil (*Boner, §43*). Devletlerin yargılamanın bütün aşamalarında 6. maddenin kişilere tanıdığı güvencelerin hayata geçmesini gözetmeleri gereklidir (*Monnell, §25*). Sözleşme'nin 6. maddesi, Sözleşmeci Devletlere istinaf mahkemeleri ya da temyiz mahkemeleri kurma yükümlülüğü yüklemesiz. Ancak, bir ülkenin yargı sisteminde bu yargı mercileri varsa, 6. madde bu merciler önündeki yargılamaya da uygulanır (*Delcourt, §25*). Elbette, 6. madde bakımından yapılan bir incelemede bu merciler önündeki yargılamanın özellikleri dikkate alınır (*Maxwell, §34*).

Ceza hukuku alanında 6. madde, medeni hukuktan doğan uyuşmazlıklar alanına göre daha ayrıntılı kurallar koymuştur (*König, §96*). Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının cezai alandaki nihai amacı, kişinin "kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda" karar verecek olan, "hukuken kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından" yargılanmasının sağlanmasıdır. Ancak bu hüküm, 6. maddenin yargılama öncesi aşamayla ilgilenmediği anlamına gelmez (*Imbrioscia, §36*). Mahkeme, henüz kovuşturma başlamadan meydana gelmiş usulsüzlükleri de dikkate alır. Mahkeme, bir yargılamanın adil olup olmadığını değerlendirirken, bu usulsüzlüklerin yargılamanın ileri aşamalarında giderilip giderilmediği konusunu da inceler (*Miailhe no. 2, §43*).

Sözleşme'nin 6. maddesi her türlü uyuşmazlığa uygulanmaz; bu maddedeki haklardan yararlanabilmek için, bir uyuşmazlığın birinci fıkranın aradığı niteliklere sahip olması gerekir. O halde önce maddenin uygulanabilirliği sorunu incelenmelidir. Eğer bir olayda Sözleşme'nin 6. maddesindeki haklar uygulanabilir nitelikte ise, daha sonra bu maddedeki hakların ihlal edilmiş olup olmadığı incelenir.

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında sözü edilen haklar, hem cezai ve hem de cezai olmayan (medeni ve idari) uyuşmazlıkların konu olduğu davalarda ileri sürülebilen ortak hakları içermektedir. Birinci fıkrada açıkça yazılı 'hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı' davayı görmekte olan yargı yerinin niteliklerine işaret etmekte; 'makul bir sürede yargılanma hakkı' davanın kısa sürede görülmesini hedeflemekte; 'aleni yargılanma hakkı' ve 'aleni karar hakkı' yargılamanın görünürlüğünü sağlayarak adalet mekanizmasına kamunun güvenini pekiştirmekte; 'adil muhakeme hakkı' davanın adil bir sonuç vermesini güvence altına almayı amaçlayan usulleri içermektedir. Gözlemlenebileceği gibi bu haklar açılmış ve görülmekte olan bir dava sırasında kullanılacak haklar olup, 6(1). fıkrasının içinde bizzat dava açma hakkından söz etmemektedir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, başvuruca bir muhakemeyi başlatma hakkı tanımakta mıdır? Aşağıda anlatılacağı üzere Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, bir yönüyle dava açma hakkı olan 'mahkeme hakkı'ni içerdiğini kabul etmiştir.

Sözleşme'nin 6(2) ve (3). fıkraları ise, sadece cezai uyuşmazlıklarda kullanılabilen hakları düzenlemektedir. Ancak Mahkeme'ye göre 2 ve 3. fıkralardaki haklar, ceza davalarında kullanılacak hakların sadece bazı özel örnekleridir. Mahkeme Sözleşme'nin

6(2) ve (3). fıkralarına ilişkin şikâyetleri genellikle 6(1). fıkrasındaki ‘adil muhakeme hakkı’ ile birlikte incelemeyi tercih etmektedir.

Hangi yargılama usullerine uygulanır?

Belirli bir olayda Sözleşme’nin 6. maddesindeki haklardan yararlanabilmek için, bu maddenin o olayda uygulanabilir olması gerekir. Sözleşme’nin 6. maddesi ancak, konusu ‘kişisel hak veya yükümlülükler’ veya ‘bir suç isnadı’ olan bir ‘uyuşmazlığın karara bağlanması’ halinde uygulanabilir. Mahkeme’ye göre bu kavramlar Sözleşme’nin özerk kavramlarıdır. Mahkeme, bir uyuşmazlığın bu kavramlara giren bir uyuşmazlık olup olmadığını serbestçe değerlendirir; böylece devletin aslında kişisel hak veya yükümlülükler veya suç isnadıyla ilgili olan bir uyuşmazlığı bu alanların dışına taşıyan bir düzenleme yaparak 6. maddedeki hakların uygulanamaz haline getirilmesini engeller. Dolayısıyla bir uyuşmazlığın iç hukuktaki nitelendirmesi dikkate alınması gereken bir faktördür, ancak Sözleşme bakımından belirleyici değildir.

Kişisel hak ve yükümlülükler

Sözleşme’nin 6. maddesi bir kimsenin ‘kişisel hak ve yükümlülükleri’nin karara bağlanmasıyla ilgili bir yargılama usulünde uygulanır. Bu kavramlar Sözleşme’den türeyen “özerk kavramlar”dır ve sadece davalı devletin iç hukukuna bakılarak yorumlanamaz. Sözleşme’nin 6(1). fıkrası, tarafların statüsü, uyuşmazlığın nasıl karara bağlanacağını düzenleyen mevzuatın niteliği ve konuyla yetkili makamın niteliği ne olursa olsun, uygulanır (*Georgiadis – Yunanistan*, §34).

Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının kişisel meselelerde uygulanabilirliği, ilk olarak bir uyuşmazlığın bulunmasını gerektirir. İkinci olarak uyuşmazlık, en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek “haklar ve yükümlülükler” ile ilgili olmalıdır. Nihayet 6. madde, Sözleşmeciler Devletlerin hukuk sistemlerine belirli bir içerik yüklemekle birlikte, uyuşmazlık konusu “haklar ve yükümlülükler” Sözleşme’deki anlamıyla “medeni”; başka bir ifadeyle “kişisel” olmalıdır.

“Uyuşmazlık” kelimesi biçimsel değil maddi anlamıyla ele alınmalıdır (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*, §40). Görünüşün ve kullanılan dilin ardına geçilmeli ve her bir olaydaki koşullara göre durumun gerçeklerine yoğunlaşılmalıdır (*Gorou (no. 2)*, §27 ve 29; *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*, §40). Sözleşme’nin 6. maddesi, karşılıklı tarafları bulunmayan ve haklar üzerinde bir uyuşmazlığın söz konusu olmadığı hallerle ilgili ihtilafsız ve tek taraflı usullere uygulanmaz (*Alaverdyan – Ermenistan (k.k.)*, §33).

Yargılamanın sonucu, söz konusu hakkı doğrudan belirleyici olmalıdır. Bir başka deyişle zayıf bir bağlantı veya uzak sonuçlar, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği için yeterli değildir. Mahkeme örneğin, nükleer bir güç istasyonunun işletme lisansının uzatılmasının hukukiliğine karşı açılan bir davanın Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının kapsamına girmediğine, çünkü yaşamın, maddi bütünlüğün ve mülkiyetin korunması hakları ile uzatma kararı arasında “çok zayıf ve uzak” bir bağlantı bulunduğuna, başvuruclarının sadece belirli olan değil fakat her şeyden öte yakın olan bir tehlikeye kişisel olarak maruz bırakıldıklarını gösteremediklerine karar vermiştir (*Balmer-Schafroth ve Diğerleri*, §40; *Athanassoglou ve Diğerleri*, §46-55). Bir fabrikadan gürültü kirliliğiyle ilgili bir dava için (*Zapletal (k.k.)*) veya maden atığının çevreye potansiyel etkisi konusunda (*Ivan Atanasov*, §90-95) kararlarına bakılabilir.

Öte yandan, başvuruclarının köyünü sular altında bırakacak bir baraj yapımıyla ilgili bir dava (*Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri*, §46) ve başvuruclarının köylerinin hemen yakınında siyanür kullanılarak işletilecek bir altın madenine ruhsat verilmesiyle ilgili bir dava (*Taşkın ve Diğerleri*, §133), Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının kapsamında görülmüştür.

Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkın iç hukukta dayanağı bulunmalıdır. Mahkeme Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını yorumlamak suretiyle, ilgili devletin iç hukukunda bulunmayan maddi bir kişisel hak yaratamaz (*Fayed*, §65).

Ayrıca, başvuruçuların iç hukukta tanınmış haklarla ilgili savunulabilir bir iddiaya sahip olmaları gerekir. Mahkeme, örgütlerin üyelerine belirli haklar ve menfaatler tanınmasını (*Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri*, §45) veya çevreyle ilgili konularda bilgi “edinme” ve kararlara katılma hakkı gibi tüzel kişi olarak kendilerine belirli haklar tanınmasını istemeleri halinde (*Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif Stop Melox et Mox (k.k.)*) veya örgütün açtığı davanın *actio popularis* olarak görülmediği hallerde, örgütlerin Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının korumasından yararlanabileceklerini kabul etmiştir.

Ulusal mevzuat bir işe veya mesleğe kabul koşullarını düzenlemiş ise, bu koşulları yerine getiren bir aday, bu işe veya mesleğe kabul edilme hakkına sahiptir (*De Moor*, §43). Örneğin bir başvuruçunun, doktor olarak kayıt edilmek için kanuni şartları yerine getirdiğine dair savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanır (*Chevol*, §55). Her halükarda, kişisel bir hak ile ilgili davanın hukuka uygunluğuna başvuruçunun kullanmış olduğu dava yoluyla itiraz edilebiliyorsa, sonuçta başvuruçunun kanuni şartları yerine getirmediği tespit edilse bile, “kişisel hak” ile ilgili bir “uyuşmazlık” bulunduğu sonucuna varmak gerekir (*Kök*, §37).

Bir hakkın kişisel bir hak olarak görülüp görülmeyeceği, ilgili devletin iç hukukunda o hakkın hukuken nitelendirilme biçimine göre değil, ama hakkın maddi içeriğine ve yarattığı sonuçlara bakılarak tayin edilir. Mahkeme denetim yetkisini kullanırken, Sözleşme'nin konusu ve amacı ile Sözleşmeciler Devletlerin ulusal hukuk sistemlerini de göz önünde tutmak zorundadır (*König*, §89).

Mahkeme, iç hukukta “kamu hukuku”na giren ama sonucu itibarıyla özel nitelikteki hakları ve yükümlülükleri belirleyen davaları, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası kapsamında görmektedir. Bu tür davalar, araziye satış izni (*Ringeisen*, §94), özel klinik işletme (*König*, §94-95), inşaat ruhsatı (*Sporrong ve Lönnroth*, §79), dinsel bir binaya sahip olma ve kullanma (*Sambăta Bihor Greco-Catholic Parish*, §65), idarenin bir mesleği icra şartlarıyla bağlantılı izni (*Benthem*, §36) veya alkollü içecekler satış ruhsatı (*Tre Traktörer Aktiebolag*, §43), veya iş hastalığı veya kazası için tazminat ödenmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık (*Chaudet*, §30) ile ilgili olabilir. Diğer yandan Sözleşme'nin 6. maddesi bir mesleği yapma hakkının tehlikede bulunduğu hallerde mesleki kuruluş önündeki disiplin davalarına (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*), devletin ihmali nedeniyle kusurlu olduğu iddialarına, başvuruçunun haklarına zarar veren idari kararın iptali davasına (*De Geouffre de la Pradelle*), başvuruçuların kendilerine ait sularda balık avlamalarının yasaklanmasıyla ilgili idari davalara (*Alatulkkila ve Diğerleri*, §49) ve kamu ihalesine teklif verirken dinsel inanç veya siyasal düşünce gibi sebeplerle ayrımcılığa uğramama hakkı gibi kişisel bir hakkın tehlikeye girmesiyle ilgili davalarda (*Tinnelly & Sons Ltd ve Diğerleri ve McElduff ve Diğerleri*, §61) uygulanır.

Ceza mahkemeleri tarafından görülen bir uyuşmazlığın niteliğinin medeni hakka ilişkin olması mümkündür. Bu nedenle, örneğin şikâyetçinin ya da mağdurun medeni haklarını da aradığı bir ceza yargılamasına 6. maddenin medeni hukukla ilgili bölümü uygulanabilir (*Tomasi*, §121). Ayrıca Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, ceza davasına müdahil olan ya da katılan tarafın şikâyeti için de uygulanır (*Perez*, §70-71). Ancak Sözleşme, üçüncü kişilerin bir suç nedeniyle kovuşturulmalarını veya cezalandırılmalarını isteme şeklinde bir hak vermemektedir. Böyle bir hakkın Sözleşme kapsamına girebilmesi için, mağdurun iç hukukta bir giderim elde etme veya “iyi itibar” hakkı gibi bir kişisel hakkın

korunması için olsa bile, bir hukuk davası açma hakkından ayrılmaz bir hak söz konusu olmalıdır (*Perez, §70; Gorou (no. 2), §24*).

Mahkeme Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, özel kuruluşlar tarafından çalışanların işten çıkarılmalarına ilişkin davalar (Buchholz), sosyal sigortadan doğan haklarla ilgili davalar (Feldbrugge), prim ödenmeyen türden sosyal yardımla ilgili davalar (Salesi) ve ayrıca zorunlu katkı payı ödeme hakkında davalar (Schouten ve Meldrum) gibi, sosyal konularda da uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu davalarda özel hukuk unsurlarının kamu hukuku unsurlarına baskın olduğunu görüşündedir.

Özel kişilere ait haklar ve yükümlülükler, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında kişisel haklar ve yükümlülüklerdir. Bu nedenle, aile hukukunu, borçlar hukukunu, miras hukukunu, eşya hukukunu, ticaret hukukunu, sigorta hukukunu ilgilendiren davalar, Sözleşme'nin 6. maddesine girer. İdare hukukunun uygulandığı özel kişiler ile devlet arasındaki ilişkiler bakımından durum biraz karışıktır. Devletin özel hukuk tüzel kişisi olarak hareket ettiği olaylarla ilgili davaların 6. madde kapsamına girdiği ama devletin egemenlik sıfatıyla hareket ettiği olaylarla ilgili davaların girmediği ileri sürülmüştür. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin, kişisel hak ve yükümlülükler bakımından belirleyici olan yargılamaları kapsadığını, devletin işlemini dayandırdığı yasanın idare hukukuna girip girmemesinin ve bu konuda karar veren otoritenin bir mahkeme veya idari kuruluş olmasının bir önemi bulunmadığını belirtmiştir (*Ringeisen (esas hk), §94*). Bu nedenle eğer bir dava, birey ile kamu makamı arasındaki bir uyumsuzluğu ilgilendiriyorsa, kamu makamının özel kişi sıfatıyla veya egemen sıfatıyla hareket etmesi belirleyici değildir. Buna göre bir uyumsuzluğun kişisel bir hakkı ilgilendirip ilgilendirmedigine karar verirken, sadece uyumsuzluk konusu hakkın niteliği önem taşır (*König (esas hk), §90*).

Devletin bir işleminin söz konusu olduğu davalarda belirleyici olan unsur, devletin işlemleriyle müdahale ettiği hak veya yükümlülüğün mali ya da malvarlığına ilişkin olup olmadığı veya müdahalenin başvuru bakımından mali sonuçlar doğurup doğurmadığıdır. Eğer söz konusu hak veya yükümlülük bu nitelikte ise veya müdahale başvuru bakımından mali ya da malvarlığına ilişkin sonuçlar doğurmuşsa, kural olarak Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanır.

Mülkiyet hakkının malvarlığına ilişkin bir hak olduğu açıktır. Bu nedenle, devletin örneğin kamulaştırma, imar planı gibi mülkiyet hakkına müdahalesiyle ilgili davada Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanacağı kuşkusuzdur. Ticari faaliyette bulunma ve serbest bir mesleği icra etme de mali bir hakla ilgilidir. Bu nedenle, ticari izin veya ruhsatların iptali veya verilmemesi şeklindeki müdahalelerle ilgili uyumsuzluklara, devletin bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik haksız fiillerine ya da sosyal sigortalar alanındaki uyumsuzluklara da 6. madde uygulanır.

Malvarlığına ilişkin hakların dışında kişisel haklar alanında, örneğin devletin aile yaşamına müdahalesinin söz konusu olduğu uyumsuzluklara da 6. maddenin uygulanabilir olduğu açıktır. Yine yaşama hakkına, fiziksel bütünlüğe, kişi özgürlüğüne, özel yaşama, ifade ve toplanma özgürlüğüne ve örgütlenme özgürlüğüne müdahaleler de, 6. maddenin uygulanabileceği kişisel hak uyumsuzluklarını oluştururlar.

İdare ile kamu görevlileri arasındaki uyumsuzluklara 6. maddenin uygulanabilir olup olmadığı konusu önemli ölçüde açıklığa kavuşmuştur. İlke olarak, kamu görevlileriyle ilgili uyumsuzluklar, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamına girer. Mahkeme, 2007 yılında verdiği *Vilho Eskelinen ve Diğerleri – Finlandiya* kararıyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının devlet ve görevlileri arasındaki ihtilaflara uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki içtihadını gözden geçirmiştir (*Vilho Eskelinen ve Diğerleri, §62*). Bu kararda Mahkeme, taraf devletin memur statüsü taşıyan bir başvurucuya Sözleşme'nin 6.

maddesinin uygulanamaması için, birlikte ele alınması gereken iki koşulun varlığından bahsetmiştir. Bir yandan başvurucu memur, iç hukuk uyarınca açık bir şekilde mahkemeye erişme hakkından mahrum edilmiş olmalı; öte yandan Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan haktan mahrumiyet devletin menfaati ile ilgili sebeplere dayanmalıdır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin bir memura uygulanmasının kısıtlanabilmesi için, taraf devletin ihtilafın konusunun devlet otoritesinin kullanımı ile ilgili olduğunu ispatlaması ya da ilgili ile devlet arasında 'özel bir güven ya da sadakat' ilişkisinin varlığını ortaya koyması gerekmektedir.

O halde, kamu görevlilerini ilgilendiren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olduğu şeklinde bir karine vardır. Davalı devlet, eğer bu maddenin uygulanamaz olduğunu ileri sürüyor ise, ilk olarak başvurunun iç hukukta mahkemeye başvurma hakkına sahip olmadığını ve ikinci olarak kamu görevlisini Sözleşme'nin 6. maddesindeki haklardan yoksun bırakmakta haklılık bulunduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Eğer başvuru ulusal hukukta mahkemeye başvurma hakkına sahip ise, başvuru halen görevli bir asker kişi olsa ve davası askeri mahkemeler tarafından görülse bile, 6. madde uygulanır (*Pridatchenko ve Diğerleri*, §47). İkinci kriter ile ilgili olarak yoksun bırakma, "devletin menfaatine objektif sebeplere" dayanılarak haklı kılınmış olmalıdır; bu da devleti, söz konusu uyuşmazlığın konusunun devlet gücünün kullanılmasıyla veya kamu görevlisi ile devlet arasındaki özel bağın sorgulanmasıyla ilgili olduğunu göstermeye zorlamaktadır. Böylece, söz konusu devlet ile belirli kamu görevlileri arasındaki ilişkinin özel niteliğine dayanılarak maaşlar, tazminatlar veya benzeri hak edişler gibi olağan iş uyuşmazlıklarına 6. madde güvencelerinin uygulanmamasının makul bir gerekçesi kalmamıştır.

Osman Sukut – Türkiye davası, başvurunun disipline aykırı tutumu nedeniyle ordudan ihraç edilmesi ile ilgilidir. İhraç işlemi, başvurunun hal ve hareketlerinin askeri yetkililer tarafından orduda kalacak bir subayın olması gereken hal ve hareketlerine aykırı olduğu, tavır ve tutumlarının askeri disipline ve laiklik ilkesine ters düştüğünün tespitine dayandırılmıştır. Mahkeme, taraf devletle ilgili arasındaki 'özel bir güven ya da sadakat' ilişkisinin ihtilafın merkezinde yer aldığı kanaatindedir. Ayrıca o dönemde bu işleme karşı yargı denetimi kapalıdır. Bu nedenlerle, başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların dışında bırakılması, hukuki bir temele dayanmaktadır (*Osman Sukut [k.k.]*, no. 59773/00). Mahkeme bu olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin bu davada uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.

Diğer taraftan Mahkeme, *Vilho Eskelinen* kararında ortaya çıkan kriterler ışığında, bir elçilik çalışanı tarafından açılan haksız işten çıkarma davasında (Polonya büyükelçiliğinde bir sekreter ve santral görevlisi, *Cudak*, §44-47), bir üst düzey emniyet görevlisiyle ilgili davada (*Šikić*, §18-20) veya askeri mahkeme önünde subayla ilgili bir davada (*Vasilchenko*, §34-36) ve parlamentoda danışmalık kadrosuna girme hakkıyla ilgili bir davada (*Savino ve Diğerleri*), bir yargıca karşı disiplin davasında (*Olujić*), kendisinin naklini emreden başkanlık kararnameyle veya savcı tarafından yapılan bir başvuruda (*Zalli [k.k.]*) ve gümrük görevlisinin mesleki kariyeriyle ilgili bir davada (kurum içinde yükselmeye ilgili bir dava *Fiume*, §33-36) Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.

Genel mahkemeler önündeki "kişisel" hak konusundaki bir uyuşmazlığın sonucu üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olması halinde, Anayasal uyuşmazlıklar da 6. maddenin kapsamına girebilir (*Ruiz*). Ancak, istisnai bir işlem olarak bir bireye vatandaşlık tanıyan bir başkanlık kararnamesiyle veya Başkanın anayasal yeminine aykırı davranıp davranmadığının belirlenmesiyle ilgili uyuşmazlıkların bulunduğu bir davaya 6. madde uygulanmaz; çünkü bu tür davalar kişisel hak ve yükümlülüklerle ilgili değildir (*Paksas*,

§65-66). Anayasa Mahkemesi tarafından alınan bir geçici tedbir kararına 6(1). fıkrasının uygulanması konusunda (*Kübler, §47-48*) kararına bakılabilir.

Son olarak 6. madde tam olarak malvarlığına ilişkin olmayan diğer konularda da uygulanabilir: Yaşama, sağlık veya sağlıklı çevre haklarıyla ilgili uyuşmazlıkların doğduğu çevre sorunları (*Taşkın ve Diğerleri*); çocuk bakımı (*McMichael*); çocukların okul işleri (*Ellès ve Diğerleri, §21-23*); babalığın belirlenmesine sahip olma hakkı (*Alaverdyan (k.k.), §33*); özgürlük hakkı (*Laidin (no. 2)*); tutuklu ve hükümlülerin örneğin yüksek güvenli birime (*Enea, §97-107*) veya yüksek güvenli hücreye (*Stegarescu ve Bahrin*) yerleştirilmeleri sonucu kısıtlamalara tabi tutulmaları veya cezaevine aile ziyaretinin kısıtlanması sonucunu doğuran disiplin soruşturmaları (*Gülmez, §30*) nedeniyle tutulma düzenleri konusundaki uyuşmazlıklar; iyi itibar hakkı (*Helmers, §27*); idari belgelere ulaşma hakkı (*Loiseau (k.k.)*), veya itibar hakkını, mülkiyetin korunması hakkını ve iş bulma imkânını ve böylece geçimi sağlamayı etkileyen polis dosyasındaki kayda karşı başvurma (*Pocius, §38-46*); bir örgüte üye olma hakkı (*Sakellardopoulos [k.k.]*) ve yine örgütlenme özgürlüğü iç hukukta kamu hukuku alanına girse bile bir örgütün kişisel haklarını ilgilendiren tescil edilmesiyle ilgili davalar (*APEH Üldözötteinek Szövetsége ve Diğerleri, §34-35*); ve yüksek öğretim öğrenciliğini devam ettirme hakkı (*Emine Araç, §18-25*), ilköğretim bağlamında evleviyetle uygulanan öğrencilik hakkı (*Orşuş ve Diğerleri, §104*). Bu genişletme, Mahkeme'ye 6. maddenin kişisel hak ve yükümlülük başlığına sadece malvarlığına ilişkin hakları değil ama aynı zamanda kişisel nitelikteki bireysel hakları kapsayacak şekilde yaklaşma imkânı vermektedir.

Öte yandan vergi ödeme yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda, bu yükümlülüğün malvarlığına ilişkin unsurlar içermekle birlikte, vergi ödeyen ile vergi makamı arasındaki ilişkinin kamusal niteliği ağır bastığından, 6. madde uygulanmaz. Vergi sorunları, kamusal niteliğe sahip bir ilişki olarak, kamusal yetkinin sert çekirdeğinde yer alır (*Ferrazzini, §29*). Yine, gümrük resim ve harçlarla ilgili davalar da dışarıda tutulmaktadır (*Emesa Sugar N.V. [k.k.]*). Buna karşılık, vergi cezası söz konusu olduğunda 6. madde yeniden uygulama alanı bulur.

Siyasal haklar ve yükümlülükler konusunda 6. madde uygulanmaz, çünkü örneğin meclis seçimlerine aday olma hakkı, oy verme hakkı kişisel bir hak değil, siyasi bir haktır.

Aynı şekilde göçmenlik alanında, siyasi sığınma tanıma veya sınır dışı etme ile ilgili davalar bağlamında, yabancıların ülkeye girişlerine, oturmalarına ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin davalarda da Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanmaz. Sınır dışı etme kararının iptali kararı için yapılan başvuru konusunda (*Maaouia, §38*), geri vermeyle ilgili dava için (*Peñaafiel Salgado [k.k.]*), özel ve aile yaşamı ve iş bulma imkânı üzerinde ciddi olumsuz sonuçlar yaratma ihtimaline rağmen sığınma talebi reddedilen bir sığınmacının açtığı tazminat davası için (*Panjeheighalehei [k.k.]*) kararlarına bakılabilir. Bir yabancı'nın Schengen Bilgi Sistemine kaydedilmesi de uygulanmaz alanda kalır (*Dalea [k.k.]*). Vatandaşlık hakkı ve bir pasaporta sahip olma hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından kişisel haklar değildir (*Smirnov [k.k.]*). Ancak bir yabancı'nın çalışma izni için başvurma hakkı, hem işveren ve hem de iç hukuka göre taraf ehliyeti olmasa bile işçi bakımından 6. madde kapsamına girebilir, yeter ki hakkın özünü etkilemeyen bir usul engeli söz konusu olsun (*Jurisc ve Collegium Mehrerau, §54-62*).

Nihayet, seçimlerde aday olma ve milletvekilliğini devam ettirme (seçim uyuşmazlığı, *Pierre-Bloch, §50*), parlamento eski üyesi olarak emekli maaşı alma hakkı (*Papon [k.k.]*) veya bir siyasi partinin siyasi faaliyetlerini sürdürme hakkı (parti kapatma ile ilgili dava, *Refah Partisi ve Diğerleri (k.k.)*) gibi siyasi haklar, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası

anlamında kişisel haklar olarak görülmez. Yine, parlamento seçimlerini gözlemleyen bir hükümet dışı örgütün kendisiyle ilgili olmayan bilgileri içeren belgelere erişim talebinin reddedildiği bir dava, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamı dışında kalır (*Geraguyn Khorhurd Akumb [k.k.]*).

İhtiyati tedbir verilmesiyle ilgili davalarda olduğu gibi hazırlık davaları, kural olarak kişisel hakların ve yükümlülüklerin “karara bağlanması”yla ilgili görülmemiş ve dolayısıyla 6. maddenin koruma kapsamına alınmamıştır (*Verlagsgruppe News GmbH [k.k.]*; ve *Libert [k.k.]*). Ancak Mahkeme yakın tarihli bir kararında, önceki içtihadından ayrılmış ve yeni bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme *Micallef* kararında, ihtiyati tedbirlere 6. maddenin uygulanabilir olup olmamasının, belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olduğunu ortaya koymuştur. İlk olarak hem ana davaya ve hem de tedbir davasına konu olan hak, Sözleşme anlamında “kişisel” olmalıdır. İkinci olarak, ihtiyati tedbirin niteliği, konusu ve amacı ile birlikte söz konusu hak üzerindeki etkisi incelenmelidir. Bir ihtiyati tedbirin söz konusu kişisel hak veya yükümlülüğün karara bağlanması üzerinde etkili olduğunun kabul edilmesi halinde, bu tedbir ne kadar süreyle yürürlükte kalmış olursa olsun, Sözleşme'nin 6. maddesi ihtiyati tedbire uygulanabilir.

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, “kişisel hak ve yükümlülüklerin ... karara bağlanması”yla ilgili bir davanın bütün aşamalarına uygulanır, esas hakkında verilen hükümden sonraki aşamaları dışarıda bırakmaz. Bu nedenle, bir mahkeme tarafından verilen kararın icrası, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından “yargılama”nın bütünüyle bir parçası olarak görülmelidir (*Hornsby, §40*; nafaka borçlarının artırılmasıyla ilgili bir hükmün icrasıyla ilgili olarak *Romańczyk, §53*).

Buna karşılık, kesin bir hükümlerle sona ermiş bir hukuk davasında yeniden yargılama için yapılan başvurularla ilgili davalara 6. madde uygulanmaz (*Sablon, §86*).

Suç isnadı

Sözleşme'nin 6. maddesi ikinci olarak cezai alanda bir kişiye yöneltilen suçlamanın karara bağlanmasında uygulanır. “Suç isnadı” kavramı, üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde kullanılan sınıflandırmalardan ayrı, “özerk” bir anlama sahiptir (*Adolf, §30*). Ceza yargılamasına sadece sanığın mahkûmiyeti için; başka bir anlatımla, “kişisel kinleri” nedeniyle katılan şikâyetçi ya da mağdur, kural olarak, 6. maddede sanığa tanınan haklardan yararlanamaz (*Perez, §70*).

“Suç isnadı” ya da kişiye suç yöneltme, başka bir anlatımla kişinin zanlı kabul edilmesi, “bir kimseye bir suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi” olarak tanımlanabilir (*Deweer, §42*). Mahkeme, gözetiminde bulunup tanık olarak ifade vermeden önce yemin etmesi gereken bir kimsenin aslında “suç isnadı”na maruz kaldığını ve susma hakkı bulunduğunu belirtmiştir (*Brusco, §46-50*).

Sözleşme'nin 6. maddesi, başvuru aleyhindeki ‘isnat’la uygulamaya girer ve bu isnadın kesin olarak belirlenmesine kadar uygulanmaya devam eder. Ceza davasının düşmesi halinde 6. madde artık uygulanmaz. Yine bir kimsenin bir isnat nedeniyle kesin kararlar mahkûm edilmesi halinde artık isnat kalmadığından, 6. madde uygulanabilir olmaktan çıkar.

“Suç” kavramının özerkliği konusunda Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerdeki “cezasızlaştırma”ya yönelik hareketlere karşı değildir. Ancak cezasızlaştırmanın ardından “disiplin suçu” olarak nitelendirilen suçlar, Sözleşme'nin “suç” şeklindeki özerk kavramının içine girebilirler. Devletlere suçları cezai alan dışına çıkarma konusunda takdir yetkisi bırakılması, Sözleşme'nin konusu ve amacıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir (*Öztürk, §49*).

Sözleşme'nin 6. maddesinin üç fıkrasında kullanılan “suç isnadı” ve “hakkında bir suç isnadı bulunan” terimleri aynı durumları ifade etmektedirler. Bu nedenle, Sözleşme'nin 6. maddesinin cezai başlığı altında uygulanabilirliği, her üç fıkra bakımından aynıdır.

Ceza kavramı konusunda ise, Sözleşmenin 7. maddesi açıklık getirmiştir: “7. madde- nin 1. fıkrasının ikinci cümlesine göre, bir cezanın varlığı bir suçu takip eden mahkûmiyet neticesinde verilen bir ceza olup olmadığının tayinine bağlıdır” (*Welch*, §28). Mevcut bir yargılamanın ceza hukukuna giren bir suç isnadıyla mı, yoksa idare hukukuna (disiplin hukuku) giren bir disiplin suçuyla mı ilgili olduğunu tespit etmek önemlidir. Mahkeme'ye göre bütün Sözleşmecî Devletler değişik biçim ve derecelerde, disiplin yargılaması ile ceza yargılaması arasında bir ayırım yapmaktadırlar. Disiplin yargılaması, ceza yargılaması ile karşılaştırıldığında, bundan etkilenecek kişiye verilecek ceza bakımından avantajlar sağlar; disiplin cezaları genellikle daha hafif cezalardır; kişinin adli siciline işlenmez ve çok sınırlı etkileri vardır; öte yandan ceza yargılaması, daha fazla güvence sağlar (*Engel ve Diğerleri*, §80).

Bir isnadın Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında bir ‘suç isnadı’ olup olmadığını tespit için üç ölçüt kullanılır: i) suçun iç hukuktaki yeri; ii) suçun gerçek niteliği ve iii) suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı (*Engel ve Diğerleri*, §82). Eğer iç hukuk bir suç cezaı olarak sınıflandırmış ise, bu sınıflandırma belirleyicidir. Aksi durumda Mahkeme, ulusal sınıflandırmanın ardına bakacak ve söz konusu usulün esasa ilişkin gerçeğini inceleyecektir. Suçun niteliği değerlendirilirken (*Jussila*, §38) şu faktörler dikkate alınabilir: Söz konusu hukuk kuralı sadece belirli bir guruba mı yöneliktir, yoksa geneli bağlayıcı bir karakterde midir (*Bendenoun*, §47); davanın kanunen infaz yetkileri bulunan bir kamu organı tarafından açılıp açılmadığı (*Benham*, §56); hukuk kuralının caydırma veya cezalandırma amacı bulunup bulunmadığı (*Öztürk*, §53); cezanın verilmesinin bir suçluluk tespitine dayanıp dayanmadığı (*Benham*, §56); söz konusu eylemin Avrupa Konseyine Üye diğer devletlerde nasıl sınıflandırılmış olduğu (*Öztürk*, §53). Cezanın ağırlığı ise, ilgili yasanın öngördüğü verilebilecek cezanın üst sınırına bakılarak belirlenir (*Campbell ve Fell*, §72).

İç hukukta bir suç, ceza hukuku kapsamında nitelendirilmiş ve bu suçun yargılamasında ceza yargılama hukuku uygulanmış ise, bu dava kendiliğinden Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına girer. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerinin uygulanabilirliği sonucunu doğuran bir iç hukuk düzenlemesinin bulunması halinde, Mahkeme'nin kural olarak ayrıca bir uygulanabilirlik denetimi yapmasına gerek yoktur. Ancak bir Sözleşmecî Devlet iç hukukunda bir suç ceza hukuku kapsamında değil ama idare hukuku veya disiplin hukuku kapsamında değerlendirmiş ve böylece bireyi ceza yargılama hukukunun sağladığı güvencelerden yoksun bırakmış ise, diğer ölçüt kullanılarak suçun gerçek niteliği ve böylece uygulanması gereken muhakeme alanı belirlenir.

Sözleşme, kendi koruduğu hak ve özgürlüklerin kullanılması biçiminde olmayan bir fiili, devletlerin cezai bir fiil olarak düzenlemelerine imkân tanımıştır. Cezai anlamda suç fiili herkesin işleyebileceği bir fiil iken, disiplin suçu genellikle belirli bir grubun işleyebileceği bir fiildir ve disiplin hukuku genellikle bir kurumun iç işleyişiyle ilgilidir. Ama disiplin hukukunun uygulandığı bir fiil için öngörülen ceza nihayetinde kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir ceza ise, kural olarak üçüncü ölçüt, başka bir anlatımla yaptırımın niteliği ölçütü uygulama alanı bulur. Mahkeme'ye göre, hukukun üstünlüğüne bağlı toplumlarda, niteliği, süresi, infaz tarzı bakımından önemli bir zarar doğurmayanlar dışında caydırıcı bir amaçla verilen bütün özgürlükten yoksun bırakma yaptırımları ‘cezai’ alana girer (*Engel ve Diğerleri*, §81-82).

Mesleki disiplin işlemleri konusundaki mesele henüz çözülmemiştir, çünkü Mahkeme bu tür işlemlerin kişisel başlığın kapsamına gireceği sonucuna vararak, suç başlığı baki-

mından bir karar vermeyi gerekli görmemiştir (*Albert ve Le Compte*, §30). Bir memurun zorunlu olarak emekliye sevk edilmesiyle sonuçlanan bir disiplin davasında Mahkeme, ulusal makamların verecekleri kararları salt idari alanda tutabildikleri ölçüde, bu tür davaların 6. madde anlamında “suç” ile ilgili olmadıklarını belirtmiştir (*Moulet (k.k.)*).

Sözleşme’nin 6. maddesi isnadın niteliği ve cezanın ağırlığına bağlı olarak cezaevindeki disiplin suçlarına da uygulanabilir. Kırk gün ek hapis cezasını gerektiren koşullu salıverme görevlisini öldürmekle tehdit etme isnadı ve yedi gün hapis cezasını gerektiren bir ceza infaz koruma memuruna saldırma isnadı için *Ezeh ve Connors* kararına; buna karşılık hapis cezasını uzatmayan yedi günlük hücre cezası ve üç ay süreyle cezaevindeki hareketlerine kısıtlama getiren disiplin davalarına 6. maddenin uygulanabilir olmadığı konusunda *Štitić* kararına bakılabilir.

Ancak cezaevinde cezanın infazı rejimi ile ilgili davalar, 6. maddenin suç başlığı altına girmez. Bu nedenle, örneğin bir hükümlünün cezaevinde yüksek güvenlikli bir gözetim birimine yerleştirilmesi bir suç isnadı değildir. Böyle bir tedbire ve bu tedbirle birlikte uygulanan kısıtlamalara itiraz için mahkemeye başvurma konusu, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının “kişisel haklar” başlığı altında incelenmelidir (*Enea*, §98).

Sözleşme’nin 6. maddesi, en basitinden en karmaşığına, bütün ceza yargılamalarına uygulanır (*Teixeira de Castro*, §36). Bir ceza yargılamasının basit olması ya da konusunun önemsizliği, o yargılamanın cezai niteliğini ortadan kaldırmaz (*Öztürk*, §54). Ancak yargılama sırasında mahkemelerin uygunsuz davranışlar için verdiği para cezaları, disiplin alanına daha yakın olduğu için, 6. maddenin kapsamına girmez. Ancak eğer kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı bir ceza verilirse, 6. madde uygulanır (*Kyprianou*, §61).

İlke olarak, Sözleşme’nin 6. ve 7. maddeleri cezanın infazına ilişkin bir tedbir söz konusu olduğunda uygulanmaz. Bu çerçevede, eğer bir tedbirin amacı ve niteliği, cezanın indirilmesi veya şartlı tahliye rejiminin değişikliği ile ilgili ise, bu tedbir “ceza” kavramı kapsamında değerlendirilemez. Ancak bu kavramlar arasındaki ayrımın çok açık olmadığını da belirtmek gereklidir (*Kafkaris*, §142).

Para cezası veya puan cezası ya da ehliyetin alınması gibi sürücüyü kısıtlama cezası verilebilen trafik suçları (*Lutz*, §182), komşuluk hukukuna aykırılık kabahati (*Lauko*); sosyal güvenlik mevzuatına aykırı suçlar (az bir para cezası olsa da işçiyi sigortaya bildirmeme, *Hüseyn Turan*, §18-21) gibi idari suçlar da Sözleşme’nin 6. maddesinin kapsamına girebilir. Buna karşılık Mahkeme, sürücü ehliyetinin elden hemen alınması gibi önleyici tedbirlere 6. maddenin uygulanabilir olmadığını kanaatindedir (*Escoubet*).

Diğer yandan, Sözleşme’nin 6. maddesi şu unsurların bulunması halinde vergi para cezalarına da uygulanabilir: (1) vergi para cezalarını düzenleyen kanun, vergi mükellefleri olan bütün vatandaşları kapsamalı; (2) vergi para cezası bir zarara karşılık maddi tazminat amacı değil, fakat esas itibarıyla yeniden suç işlemeyi caydırıcı bir ceza amacı taşımalı; (3) ceza hem caydırıcı ve hem de cezalandırıcı genel bir kurala göre verilmiş olmalı; ve (4) vergi para cezası önemli olmalıdır (*Bendenoun*). Vergi para cezasının oranı düşük olsa da suçun cezai niteliği 6. maddeyi uygulanabilir kılmak için yeterlidir (vergi borcunun %10 *Jussila*, §38).

Fakat Sözleşme’nin 6. maddesi, “salt” vergi matrahı davasına veya yeniden suç işlemesini caydırmaktan çok esas itibarıyla vergi makamlarına verilen zararın tazmin edilmesi amacını taşıyan geç ödeme faiziyle ilgili davalara uygulanmaz (*Mieg de Boofzheim*, (k.k.)).

Seçimlerde adaylıktan çıkarma ve seçimlerde fazla harcamada bulunma nedeniyle fazla miktar kadar bir miktarı Hazineye ödeme gibi seçim yaptırımları, Sözleşme'nin 6. maddesinin cezai başlığı kapsamına girmez (*Pierre-Bloch*, §53-60).

Anayasanın ağır ihlali nedeniyle bir ülke başkanına karşı bir görevden alma davasına 6. maddenin uygulanabilir olmadığına karar verilmiştir (*Paksas*, §66-67).

Ceza davası bağlamında açılmış olsa bile, yabancıların sınırdışı edilmeleriyle ilgili davalar 6. maddenin cezai başlığına girmez (*Maaouia*, §39).

Suçun ve düzensizliğin önlenmesi için alınan önleyici tedbirler, Sözleşme'nin 6. madde güvencelerinin kapsamına girmez (polis özel gözetimi, *Raimondo*, §43; veya okulda kızlara sarkıntılık yapan bir gence polis uyarısı, *R. (k.k.)*).

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, kural olarak adli yardım başvurularıyla ilgili davalarda uygulanmaz (*Gutfreund*, §36-37).

Kendilerine karşı bir ceza davası tehdidi bulunmayan üçüncü kişilerin mülkiyet haklarını olumsuz etkileyen elkoyma tedbirleri, kural olarak “bir suç isnadının karara bağlanması” anlamına gelmez (uçağa el koyulması *Air Canada*, §54; altın sikkelere el koyulması *AGOSI*, §65-66). Ancak, etnik düşmanlığı tahrik eden bir yayının müsadere ve idari bir uyarı, caydırıcı ve cezalandırıcı amaçları ve cezanın ağırlığı göz önünde tutulduğunda, cezai alana girer (*Balsytė-Lideikienė*, §61).

Yargılama öncesi aşama (araştırma, soruşturma) konusunda Mahkeme, ceza muhakemesini bir bütün olarak düşünmektedir. Dolayısıyla, makul süre veya savunma hakkı gibi 6. maddenin bazı gerekleri, başlangıçta bunlara uyulmaması yargılamanın adilliğine önemli ölçüde zarar verecek ise, muhakemenin bu aşamasında da söz konusu olabilir (*Imbrioscia*, §36). Ancak bu güvencelerin hazırlık soruşturması aşamasında uygulanma tarzı, muhakemenin özelliklerine ve olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır (*John Murray*, §62).

Soruşturma yargıçları “suç isnadı”nı karara bağlamamakla birlikte, yaptıkları işlemler, yargılama aşaması dâhil, muhakemenin daha sonraki aşamasının yürütülmesi ve adilliği üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası soruşturma yargıcı tarafından yürütülen soruşturmaya uygulanabilir, ancak 6(1). fıkrasında öngörülen bazı usul koruyucuları uygulanmayabilir (*Vera Fernández*, §108-114).

Yasama dokunulmazlığı nedeniyle ceza davasının durdurulması konusuna gelince, Sözleşme'nin 6. maddesinde ceza davasından belirli bir sonuç elde etme veya suç isnadında bulunulmasının ardından resmen bir mahkûmiyet veya beraat elde etme gibi bir hak bulunmamakla birlikte, bir dava açıldıktan sonra artık bu kimsenin davasının bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı bulunduğu tartışmasızdır. Buna göre, bir parlamenterin görev süresinin sonuna kadar durdurulan ceza davasında kendisini savunmak için yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını sağlayamaması, 6(1). fıkrasının kapsamına girer (*Kart*, §67-70).

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, “suç isnadı”nın karara bağlanması için ceza verme süreci dâhil, bütün bir yargılama boyunca uygulanır (örneğin, ulusal mahkemelerin müsadere edilecek miktarı takdir etmek için yürüttükleri müsadere davası için *Phillips*, §39). İnşaat ruhsatı alınmadan inşa edilen bir evin yıktırılmasıyla sonuçlanan bir davaya Sözleşme'nin 6. maddesinin cezai kısmı uygulanabilir, çünkü yıktırma bir “ceza” olarak görülebilir (*Hamer*, §60; 7. madde bağlamında, kıyı şeridinde yasadışı inşaat yapma nedeniyle araziye el koyulması (*Sud Fondi Srl ve Diğerleri* (k.k.)). Ancak bu madde ilk cezayı, daha lehte olan yeni Ceza Kanunu hükümlerine uygun hale getirmek için açılan davada uygulanmaz (*Nurmagomedov*, §50).

Af için başvuru davası (*Montcornet de Caumont (k.k.)*), koşullu salıverilme davası (*Aldrian [k.k.]*), Hükümlülerin Nakli Sözleşmesine göre nakil davası (*Szabó (k.k.)*) veya yabancı bir mahkeme tarafından müsadere kararının yerine getirilmesi için tenfiz (exequator) davası (*Saccoccia [k.k.]*) gibi cezaların infazı ile ilgili davalar, 6. maddenin cezai başlığının altına girmez.

Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceler, ilgili ceza davasının ileri bir aşaması olmaları ve sonuçlarının mahkûm edilen kişi bakımından belirleyici olması halinde, kural olarak temyiz başvurularına (*Meftah ve Diğerleri, §40*) ve anayasa davalarına (*Gast ve Popp, §65-66; Caldas Ramirez de Arrellano (k.k.)*) da uygulanır.

Son olarak 6 madde, yeniden yargılama için yapılan başvurulara uygulanmaz, çünkü cezası kesinleştikten sonra dosyasının yeniden açılması için başvuran bir kimse, bu madde anlamında "hakkında suç isnadı bulunan" bir kimse değildir (*Fischer (k.k.)*). Sadece dosyanın yeniden açılması talebinin kabulünden sonraki yeni dava, bir suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili görülebilir (*Löffler, §18-19*). Yine 6. madde, Mahkeme'nin bir ihlal tespitinin ardından ceza davasının yeniden açılması için yapılan bir talebe de uygulanmaz (*Öcalan (k.k.)*). Ancak, kesin kararın kaldırılmasıyla sonuçlanan bir karar düzeltme davası, 6. maddenin cezai başlığına girer (*Vanyan, §58*).

Mahkeme hakkı

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, açılmış olan bir davanın nerede (hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde), hangi sürede (makul bir sürede), ne şekilde (aleni bir şekilde), hangi usulle (adil yargılanma usulüyle) görülmesini güvence altına almaktadır. Bu fıkra açılmış olan bir davanın görülmesiyle ilgili güvenceleri göstermekte, ancak açıkça bir dava açma hakkından söz etmemektedir.

Ne var ki, Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, bir mahkeme önünde daha önce başlamış olan bir dava ile sınırlı olarak anlaşılıysaydı, bir Sözleşmeci Devlet bu metne aykırı düşmeksizin, belirli türdeki kişisel davaları karara bağlamada mahkemelerinin yetkilerini kaldırabilir veya mahkemelerden alıp Hükümete bağlı organlara verebilirdi. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının görülmekte olan bir dava için taraflara tanıdığı usul güvencelerini ayrıntılı olarak tanımlarken, bu tür güvencelerden yararlanmayı mümkün kılan mahkemeye başvurmayı koruması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa, yargılamanın adil, aleni ve süratli olmasının hiç bir anlamı da kalmayacaktır (*Goldner, §35*). Mahkeme hem Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına ilişkin bu yorumuna ve hem de Sözleşme'nin başlangıcında ifadesini bulan 'hukukun üstünlüğü' ilkesine dayanarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, herkesin kişisel hakları ve yükümlülükleriyle ilgili her türlü iddiasını bir mahkeme veya bir yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına aldığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Mahkeme'ye göre, mahkemeye başvurma hakkı da aslında daha genel bir hakkın, yani 'mahkeme hakkı'nın/'yargı hakkı'nın (right to a court) bir yönünü oluşturur (*Goldner, §36*).

Böylece Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında incelenmesi gereken ilk hak, bu fıkrada açıkça ifade edilmeyen ancak Mahkeme'nin bu fıkrada zımnen yer aldığını söylediği mahkeme hakkı/yargı hakkıdır. Mahkeme hakkından birkaç hak ve ilke türetilmiştir.

Mahkemeye erişme hakkı

Herkes kişisel hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması için bir mahkemeye erişme ya da dava açma hakkına sahiptir. Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta üst başvuruda veya temyizde bulunma (kanun yollarına başvurma) imkânı tanınmış ise, üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir.

Mahkemeye erişme hakkı mutlak bir hak değildir, sınırlamalara tabidir; bu sınırlamalara zımnen izin vardır; çünkü mahkemeye erişme hakkı ‘niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirir. Bu düzenlemeler bireylerin ihtiyaçlarına ve toplumun kaynaklarına göre zaman ve mekân içinde değişebilir. Sözleşme’nin gereklerine uygunluk hakkında nihai kararı vermek Mahkeme’nin elinde olmakla birlikte, ulusal makamların değerlendirmelerinin yerine bu alanda en iyi uygulama olabilecek başka bir değerlendirme koymak, Mahkeme’nin görevi değildir (*Ashingade*, §57). Bununla birlikte, uygulanacak olan sınırlamaların, bireylerin başvurularını bu hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamaması veya azaltmaması gerekir (*Golder*, §38). Ayrıca bir sınırlama, meşru bir amaç izlemeli ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır; aksi takdirde sınırlama Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmaz (*Ashingade*, §57). İç hukukta mahkemeye erişme hakkına getirilen sınırlamalar, bu hakkın özünü zedelememelidir; ayrıca bu sınırlamalar yeterince açık olmalı ve gerekli güvenceleri içermelidir (*De Geouffre de la Pradelle*, §33-35).

Mahkemeye erişme hakkı, cezai olaylarda ve cezai özellikler taşıyan olaylarda da uygulanabilir. Bu bağlamda mahkemeye erişme hakkı, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin, bu isnat hakkında Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki nitelikleri taşıyan bir ‘mahkeme’ tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır.

Öte yandan mahkemeye erişme hakkı, bir suçtan mağdur olan bireye şahsen ceza davası açma veya üçüncü bir kişinin bir suç nedeniyle yargılanmasını veya cezalandırılmasını isteme hakkı vermez (*Helmers*, §29; *Rampogna ve Murgia – İtalya [k.k.]*, no. 40753/98; *Perez [BDJ]*, §70; *Dinchev*, §39). Ancak eğer konu Sözleşme’nin 2 ve 3. maddelerini, başka bir ifadeyle yaşama hakkı veya işkence yasağı ile ilgili ise, mağdurların etkili soruşturma hakları olduğunu hatırlatmak gereklidir.

Mahkeme’ye göre mahkemeye başvuru hakkına getirilen hukuki bir engelleme gibi, fiili engelleme de Sözleşme’ye aykırı olabilir (*Golder*, §26; *Farcaș – Romanya [k.k.]*, 32596/04, §47). Nitekim sınırlamalar özellikle, bir başvurunun kabul edilmesine yani usule ilişkindir. Elbette devlet, mahkemeye erişme hakkını düzenlerken, başvuru süreleri, harç veya benzeri formaliteler öngörebilir. Fakat bu usul hükümleri, mahkemeye erişme hakkına müdahale oluşturur. O halde bu müdahaleler makul olmalı, meşru bir amaç izlemeli ve hakkın özünü ortadan kaldıracak mahiyette olmamalıdır. Örneğin dava açabilmek için aşırı miktarlarda yargı harcının istenmesi ya da adli yardım talebinin makul olmayan nedenlerle reddedilmesi, mahkemeye erişme hakkının ihlali niteliğinde görülebilir.

Yargı yolunun bulunmaması

Bireyin kişisel bir hakkına müdahale eden bir idari işleme karşı yargı yolu bulunmaması, esasta mahkemeye erişme hakkının hiç tanınmaması anlamına gelmektedir. *Boden – İsveç* davasında, başvurucuya ait taşınmazın kamulaştırılması için Belediyenin talep ettiği kamulaştırma izni kararını veren İsveç Hükümetinin işlemine karşı yargı yolu açık değildir. Başvurucu, kamu yararı bulunmadığı gerekçesiyle kamulaştırmaya izin kararının iptali için dava açamamıştır. Mahkeme, olayda başvurucunun kişisel bir hakkı olan mülkiyet hakkına müdahale edildiğini tespit ettikten sonra, Hükümetin kamulaştırma izni konusundaki kararına karşı ne adliye mahkemelerine, ne idare mahkemelerine ve ne de Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından ‘yargı yeri’ sayılabilecek bir organa başvurma yolunun açık olmadığını belirtmiş ve Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Boden*, §35).

Mahkeme, idarenin bireyin kişisel haklarına müdahalelerine karşı yargı yolunun bulunmamasıyla ilgili bir dizi davada aynı sonuca ulaşmıştır. Bu davalardan bazıları şunlardır: Şehirlerarası taşımacılık ruhsatının iptali kararına karşı yargı yolu bulunmaması (*Pudas – İsveç*); uyuşturucu kullanma suçundan mahkûm edilen annenin yeni doğan bebeği ile görüştürülmesine izin vermeyen ve böylece özel ve aile yaşamına müdahale eden idari kararlar karşı yargı yolu bulunmaması (*Eriksson – İsveç*); restoran işletmecisi olan başvuruçunun alkollü içki satış ruhsatını iptal işlemine karşı yargı yolu bulunmaması (*Tre Traktörer Aktiebolag – İsveç*). Özetle bireyin kişisel haklarına müdahaleye karşı yargı yolunun kategorik olarak kapatılması, mahkemeye erişme hakkını ihlal edebilir.

İdari işlemlere karşı mahkemeye erişme hakkı, sadece teoride değil, pratikte de yerleşmiş olmalıdır; aksi takdirde yargı yolu gerekli erişilebilirlik ve etkililik unsurlarını kaybeder (*Moldovan (no. 2), §118*).

Buijen – Hollanda davasında, Hollanda vatandaşı olan başvuruçusu Almanya’da uyuşturucu suçundan 8 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Adalet Bakanlığı başvuruçunun cezasının kalan kısmının Hollanda’da infazı için Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşmenin 10. maddesine göre Hollanda’ya nakledilmesine karar vermiştir. Başvuruçusu cezanın Hollanda’da daha hafif bir cezaya dönüştürülmesine imkân sağlayan aynı Sözleşme’nin 11. maddesine göre işlem yapılmaması işleminin iptali için açtığı dava, esasa girilmeden reddedilmiştir. Mahkeme’ye göre Hükümet başvuruçunun ilk derece mahkemelerine başvurabileceğini iddia etmiş, ancak açıkça hangi hukuk yolunu kullanabileceğini ve hangi mahkemeye başvurabileceğini söylememiş ve başvuruçunun olayındaki gibi bir olayda ilk derece mahkemelerinin davanın kabul edilmesine karar verdiklerine dair bir örnek karar gösterememiştir. Mahkeme’ye göre olayın özel şartları içinde, talep edildiği şekilde naklin yapılmasının reddi kararına karşı etkili bir dava açma imkânı bulunduğu gösterilememiş, dolayısıyla mahkemeye erişme hakkı ihlal edilmiştir (*Buijen, §61-63*).

Dava ehliyeti tanıma

İç hukukta gerçek kişilerin dava açma haklarına dava ehliyeti yönünden çeşitli sınırlamalar getirilebilir. Örneğin gerçek kişinin ayırt etme gücüne sahip olmama, küçük yaşta olma veya kısıtlı bulunma gibi nedenlerle dava açma hakkına sınırlamalar getirilmesi meşru bir amaç taşıyabilir, ancak bu konudaki sınırlamalar hakkın özünü zedelememelidir. Yine bazı kuruluşların dava ehliyetinin kabul edilmemesi, mahkemeye erişme hakkı yönünden sorun doğurabilir. Ayrıca bir davanın sonucundan kişisel hakları etkilenebilecek olan kişi ve kuruluşlara davanın ihbar edilmemesi, o kişi veya kuruluşun davada taraf olmasını engelleyen bir müdahale oluşturur.

Winterwerp – Hollanda davasında, akıl hastalığı nedeniyle zorunlu olarak akıl hastanesine yatırılmış olan başvuruçusu, otomatik olarak mallarını idare hakkından yoksun bırakılmıştır. Hollanda iç hukukuna göre akıl hastanesine yatırılan ergin bir kimse, mallarını idare hakkını kaybeder; bunun sonucu olarak hastaneye yattıktan sonra yaptığı sözleşmeler hükümsüz olur; malları ve banka hesapları üzerinde tasarruf edemez. Hasta, ancak resmen taburcu edildikten sonra mallarını idare hakkını yeniden kazanır, hastaneden izinli çıktığı dönemde bu hakkı kullanamaz. Bir kimsenin hastaneye yatırılmasını isteyebilen kişinin ve savcının talebi üzerine mahkeme, hastanın mallarının idaresi için geçici bir idareci atayabilir; buna ek olarak mahkeme, ilgili kişi kısıtlama altında olsun veya olmasın, Medeni Kanun uyarınca, onun namına hareket edebilecek bir vasi tayin edebilir. Mahkeme ilk olarak, bir kimsenin mallarını idare etmesinin bireyin özel nitelikte bir hakkını kullanması olduğunu ve Sözleşme’nin 6(1). fıkrası anlamından ‘kişisel hak ve yükümlülükleri’ni etkilediğini ve kişiyi mallarını idare hakkını kullanmaktan yoksun bırakmanın bu tür hakları ve yükümlülükleri hakkında ‘karar vermek’ anlamına geldi-

ğini saptamıştır. Ayrıca, Mahkeme olayda başvurucunun akıl hastanesine yatırılmakla mallarını idare yeteneğini kaybettiğini, bir kimsenin akıl hastalığı nedeniyle mallarını idare yeteneğini kaybettirilmesi haklı görülebilir olsa da, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki güvencelere uyulması gerektiğini, akıl hastalığının bazen mahkemeye erişme hakkının kullanılmasına kısıtlama getirilmesini meşru kılmakla birlikte, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki hakkın bütünüyle kaldırılmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve bu gerekçeyle olayda mahkemeye erişme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Winterwerp*, §73-75). Mahkeme, bir başka olayda, mühendis olan başvurucunun ücret alacağı için işverene doğrudan ve bağımsız olarak dava açma hakkının yasayla kaldırılmış olmasını ve mühendisler namına ancak mühendisler odasının dava açma ehliyeti bulunmasını, mahkemeye erişme hakkına aykırı görmüştür (*Philis*, §35).

Bir vakıf veya dernek benzeri bir kuruluşun tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması da bu hakka yapılmış bir müdahale olarak değerlendirilir. *Canea Katolik Kilisesi – Yunanistan* davasında Yunanistan'da bir Katolik kilisesi olan başvurucu, kilisenin çevre duvarını yıkan komşusuna karşı hukuk davası açmış, ancak bu kilisenin tüzel kişiliği ve dolayısıyla dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Mahkeme, başvurucunun uzun yıllardır, Yunanistan devleti ve idari makamlar veya mahkemeler tarafından hukuki kişiliğinin sorgulanmadan, kendi namına taşınır ve taşınmaz iktisap edip başkalarına nakledebildiğini, sözleşmeler yapıp noterde işlemlerde bulunduğunu ve bunların geçerli kabul edildiğini tespit etmiştir. Başvurucunun bir gün gelip kişisel haklarını savunmak için mahkemeye erişme hakkından yoksun bırakılabileceğini öngörmesi için bir sebep bulunmadığından, başvurucunun Medeni Kanuna göre tüzel kişilik kazanabilmesi için bazı formaliteleri yerine getirmiş olması gerektiğine dair Hükümetin savunmasını kabul etmemiştir. Mahkeme, yıllar içinde yerleşik içtihatlar ve idari pratik çerçevesinde Katolik kilisesinin çeşitli davalarda temsil edilebileceğine dair hukuki belirginlik bulunduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle mahkeme, başvurucunun hukuk davası açamayacağına dair temyiz mahkemesi kararının, başvurucuyu mülkiyet hakkı konusunda dava açma hakkından yoksun bıraktığı ve böyle bir kısıtlamanın başvurucu kilisenin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelediği sonucuna varmıştır (*Canea Katolik Kilisesi*, §39-42). Bir başka olayda, merkezi Fransa'da bulunmayan iki dernek, kendilerinin 11 Eylül olaylarında teröre maddi destek sağladıklarını iddia eden bir yazının Fransa'da yayımlanması üzerine şikâyetle bulunmuşlar ve katılan olmak istediklerini bildirmişler, ancak Fransa'da ikametgâh adreslerini valiliğe bildirmemiş oldukları için davaya katılan olarak kabul edilmemişlerdir. Mahkeme'ye göre başvurucuların mahkemeye erişme hakkı ihlal edilmiştir (*Ligue du Monde Islamique ve Organisation Islamique Mondiale du Secours Islamique*, §55-58).

Bir davada hakları etkilenebilecek kişi veya kuruluşa davanın ihbarı, o kişi veya kuruluşun davaya katılmasını ve böylece usul haklarını kullanabilmesini sağlar. İdari işlemin iptaliyle ilgili davada, o işlemde yararlanmakta olan kişi veya kuruluşa davanın ihbar edilmemiş olması, mahkemeye erişme hakkını ihlal edebilir.

Menemen Minibüsçüler Odası – Türkiye davasında, İzmir Valiliği 1997 yılında, Menemen Minibüsçüler Odası olan başvurucuya, yönetmelik uyarınca, 14 kişilik minibüsler tarafından özel taşımacılık yapabilmesine imkân tanımıştır. Valilik Ocak 2002'de bir genelgeyle yeni bir yönetmelik yapıncaya kadar bazı kategorideki araçlara da taşımacılık yapabilmeleri için izin vermiş ve bu karar başvurucunun faaliyetlerini etkilemiştir. Menemen Yolcu Otobüsleri Motorlu Taşıtlar Kooperatifi (kooperatif), başvurucunun araçlarına verilen iznin hukuka uygun olmadığı iddiasıyla İzmir İdare Mahkemesinde iptal davası açmış, idare mahkemesi bu davayı başvurucuya ihbar etmeden, Mayıs 2003'te Valiliğin kararını iptal etmiştir. İdare mahkemesinin kararı kaymakamlık tarafından baş-

verucuya tebliğ edilmiş; Valilik bu kararı temyiz etmiş, Danıştay Valiliğin yanında başvuru davaya katılan olma talebini kabul etmiş ama kararı onamıştır. Valiliğin başvuru yeni izin belgesi vermesi üzerine kooperatifin bu belgenin de iptali için açtığı dava yine başvurucuya ihbar edilmemiş ve mahkeme bu kararı da iptal etmiş; Valilik Mart 2005'te başvurucuya taşma faaliyetlerine son vermesini istemiş; Valilik idare mahkemesinin kararına itiraz etmediğinden karar kesinleşmiştir. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesindeki davanın ihbarıyla ilgili usul yükümlülüklerini yerine getirmediğinden, başvuru kişisel haklarını doğrudan ilgilendiren bir davada dinlenmesi önlenmiş ve böylece başvuru mahkemeye erişme hakkı ihlal edilmiştir (*Menemen Minibüsçüler Odası*, §26-28).

Yargıdan bağışık tutma

Belirli kişi ve kuruluşlara tanınan yargı bağışıklığı, bu kişi ve kuruluşlara karşı kişisel haklarıyla ilgili dava açmak isteyenlerin mahkemeye erişme haklarına bir müdahale oluşturur. Sözleşmeciler Devletler bağışıklık tanıdıkları kişi ve kuruluşları dar bir biçimde tanımlamalıdır. Mahkeme'ye göre, bir devletin hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın bütün bir kişisel talepler dizgesini mahkemelerin görev alanından çıkarması veya geniş gruplara veya kişi kategorilerine medeni konularda bağışıklık tanınması, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğüyle veya 'Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki kişisel hak talepleri yargılama için bir yargıç önüne getirilebilmelidir', şeklindeki temel ilkeyle bağdaşmaz (*Fayed*, §47). İkinci olarak bağışıklığın kişi veya kuruluşların işlevleriyle ilgili olduğu hatırlanmalıdır. Dolayısıyla bağışıklık kapsamına girdiği savunulan eylemler, bağışıklığın tanıdığı işleyle doğrudan ilgili olmalıdır (*Cordova (no. 1)*, §62). Üçüncü olarak, bağışıklığın hizmet ettiği kamu yararı ile mahkemeye erişme hakkının sınırlandırılmamasındaki yarar arasında adil bir denge kurulmalıdır. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin bağışıklık kuralını yarışan kamu yararlarının varlığını araştırmadan otomatik bir şekilde uygulamaları, bu kuruluşlara eylemleri ve ihmalleri için önceden açık bir bağışıklık verilmesine hizmet eder ve başvuru bazı olaylarda bu kuruluşlara karşı iddialarının esastan karara bağlanması hakkına haksız bir kısıtlama getirmek olur (*Osman*, §151).

Yabancı devletin yargı bağışıklığı, mahkemeye erişme hakkına bir müdahale oluşturur. Ancak egemenlikten doğan bağışıklık bir uluslararası hukuk kavramı olup, eşitlerden biri diğeri üzerinde otoriteye sahip değildir (par in parem non habet imperium) ilkesinden çıkmıştır. Bu ilke nedeniyle bir devlet bir başka devletin yargı yetkisine tabi tutulamaz. Mahkeme'ye göre bir devlete hukuk davasında egemenlikten doğan bağışıklık tanımak, karşılıklı nezaket ve iyi ilişkilerin geliştirilmesi gibi meşru bir amaç taşır (*Fogarty*, §34). Bir olayda İrlanda vatandaşı olup ABD'nin Londra Büyükelçiliğinde çalışan bayan başvuru tacize uğradığı şikâyetiyle Cinsiyet Ayrımcılığı Yasasına dayanarak ABD aleyhine İngiliz mahkemesinde açtığı tazminat davasında ABD yargı bağışıklığı savunması yapmamış ve iş mahkemesi başvuru tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Daha sonra başvuru ABD Elçiliğinde başka bir iş için yaptığı başvuru reddedilmiş ve başvuru yine Cinsiyet Ayrımcılığı Yasasına dayanarak iş mahkemesinde açtığı davada bu kez ABD yargı bağışıklığı savunması yapmış ve dava devletin yargı bağışıklığı bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşmeciler Devletlerin uluslararası kamu hukukunun tanıdığı devlet bağışıklığı kurallarına uygun olarak tedbirler almaları, kural olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki mahkemeye erişme hakkına orantısız bir sınırlama sayılmaz. Uluslararası hukukta ve karşılaştırmalı hukukta devletin yargı bağışıklığının işle ilgili konularda sınırlandırılması dair bir eğilim vardır; ancak Birleşik Krallık'ın elçiliklerde ve diplomatik misyonlarda çalışanların istihdamıyla ilgili davalarda devletin yargı bağışıklığının uygulanıp uygulanmadığı konusunda görüşler ayrıştırmaktadır. Mahkeme'ye göre, Birleşik Krallık'ın bu yargı bağışıklığını tek başına

sürdürdüğü söylenemez. Ayrıca başvuruçunun açmak istediği dava elçilikte mevcut bir çalışanın sözleşmeden doğan haklarıyla ilgili olmayıp, işe almada ayrımcılık iddiasıyla ilgilidir; elçiliklerde ve misyonlarda işe alma doğası gereği yabancı devletin diplomatik ve örgütsel politikaları bakımından gizli ve hassas konulardır. Uluslararası hukukta yabancı misyonların işe alma konularında devletin bağımsızlığı kuralı gevşemiş değildir; bu koşullarda Birleşik Krallık ABD'ye yargı bağımsızlığı tanıyarak bireyin mahkemeye erişmesini sınırlarken takdir alanını aşmış değildir (*Fogarty*, §36-39).

Ancak bir başka olayda Mahkeme, durumun yukarıdaki davanın şartlarından farklı olduğunu kaydederek, ihlal kararı vermiştir. Bu olayda Litvanya'nın Polonya büyükelçiliğinde sekreter ve santral memuru olarak çalışan bayan başvuruçunun bir elçilik personeli tarafından cinsel tacize uğradığından şikâyetçi olmuş, hastalık izni almış, süresi bittiğinde elçilik kapısından içeri sokulmamış ve daha sonra işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmiştir. Başvuruçunun Litvanya mahkemesinde Polonya'ya karşı açtığı tazminat davasında Polonya Hükümeti yargı bağımsızlığı savunmasında bulunmuş ve bu savunma kabul edilmiştir. Mahkeme bu olayda, 2004 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Devletlerin Yargı Bağımsızlığı ve Mülkleri Sözleşmesi'nin iş sözleşmeleriyle ilgili 11. maddesini göz önünde tutmuştur. Bu madde iş sözleşmesiyle ilgili davalarda devletlerin yargı bağımsızlığı savunması yapamayacağını belirtmiş ancak 2. fıkrada bunun istisnalarını göstermiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşmeciler Devletlerin uluslararası kamu hukuku kuralları gereğince devlete yargı bağımsızlığı tanınması kural olarak mahkemeye erişme hakkına orantısız bir müdahale olarak görülemez; mevcut olayda başvuruçunun durumu söz konusu istisnalara girmemektedir. Ayrıca *Fogarty* davasında başvuruçunun yabancı elçilikte işe alınmayan bir kişi iken, mevcut olaydaki başvuruçunun işten çıkarılan bir kişidir; cinsel tacizle ilgili bir olayın Polonya'nın güvenlik menfaatlerini zayıflatacağı da söylenemez. Bu nedenlerle Litvanya mahkemelerinin başvuruçunun şikâyetlerini Polonya'nın yargı bağımsızlığı nedeniyle dinlememeleri, başvuruçunun mahkemeye erişme hakkını ihlal etmiştir (*Cudak*, §60-75).

İşkenceden sorumlu olduğu iddiasıyla yabancı bir devlete karşı başka bir devlette tazminat davası açılmasının önlenmesi mahkemeye erişme hakkının ihlal eder mi?

Mahkeme, *Al-Adsani – Birleşik Krallık* davasında Kuveyt'te kendisine devlet görevlileri tarafından işkence yapılan başvuruçunun İngiltere'de Kuveyt'e karşı açtığı tazminat davasının Kuveyt'in yargı bağımsızlığı nedeniyle reddedilmesinin, mahkemeye erişme hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, işkence yasağının önemini giderek daha fazla tanıdığını kaydetmekle birlikte, devletlerin ülkelerinin dışında işlendiği iddia edilen işkence nedeniyle doğan zararlar için tazminat konusunda devletlerin yargı bağımsızlığı bulunmadığına dair bir yaklaşımın henüz kabul edilmediğini tespit etmiş ve Birleşik Krallık Hükümetinin Kuveyt'e yargı bağımsızlığı tanımış olmasının başvuruçunun mahkemeye erişme hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*Al-Adsani*, §61-67).

Parlamenterin yargı bağımsızlığı da mahkemeye erişme hakkına getirilen bir sınırlamadır. Yasama sorumsuzluğu, bir parlamento üyesinin parlamentoda oy ve sözlerinden ötürü sorumlu tutulmamasını sağlar. Mahkeme'ye göre, parlamentodaki görüşmeler sırasında bir üyenin beyanları nedeniyle hakaretten sorumlu tutulmaması anlamında parlamentoların mutlak yargı bağımsızlığı, parlamento üyesinin parlamentoda serbestçe konuşabilmesi ve yasama organı ile yargı organı arasında kuvvet ayrılığının sürdürülmesi şeklindeki meşru amaçlara sahiptir. Bu bağımsızlık, parlamentoların ifadelerinin hem hukuk davalarına ve hem de ceza davalarına konu olmalarını engeller. Ancak bağımsızlık genişledikçe, Mahkeme'ye göre, bağımsız tutmanın Sözleşme'ye uygun olabilmesi için daha zorlayıcı nedenler bulunmalıdır. Bağımsızlığın meşru amaçla orantılılığı incelenirken bu istisnanın mutlaklığı belirleyici değildir. Diğer yandan ifade özgürlüğü herkes için önemli olmak-

la birlikte, halkın temsilcisi olan seçilmiş bir kimse için daha fazla önemlidir. Bu kişi seçmenlerini temsil eder, seçmenlerinin kaygılarına dikkat çeker ve menfaatlerini savunur. Bir demokraside parlamento veya buna benzer organlar siyasal tartışma için esaslı yerlerdir; dolayısıyla parlamentoda ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahaleyi haklı göstermek için çok önemli sebepler gösterilmelidir (*A. – Birleşik Krallık, §77-79*). Bu ilkeler çerçevesinde Mahkeme, parlamentoda konut sorunuyla ilgili yapılan tartışmalar sırasında bir milletvekilinin kendi seçim bölgesinde yaşayan siyah ve iki çocuklu genç anne olan başvurucunun adını ve adresini de zikrederek ‘cehennem komşusu’ şeklinde söz etmesi üzerine başvurucu kadının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açamamasını, mahkemeye erişme hakkının ihlali olarak görmemiştir.

Mahkeme, *Cordova – İtalya* davasında bir parlamento üyesinin seçim konuşmaları sırasında bir savcı hakkında daha çok özel bir münakaşayla ilgili görülen konuşmaları nedeniyle yasama sorumsuzluğundan yararlandırılmasını, mahkemeye erişme hakkına orantılı bir müdahale olarak görmemiştir. Mahkeme’ye göre parlamenterin bu beyanları ile ‘parlamenter faaliyet arasında bir ilişki yoktur’ (*Cordova (no.2), §64-66*). Mahkeme, bir başka olayda bakan ve milletvekiliyle yapılan röportajda sendika başkanına yönelik eleştiri ve suçlamalar nedeniyle açılmak istenen tazminat davasının yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilmiş olmasını, parlamenterin meclis dışında sarf ettiği sözlerin parlamenter faaliyetle ilgili ilişkili görmemiş ve mahkemeye erişme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Cgil ve Cofferati, §71-80*).

Bir parlamenterin, hakkındaki bir ceza soruşturması nedeniyle tutulmasını, sorguya çekilmesini, tutuklanmasını ve yargılanmasını engelleyen yasama dokunulmazlığı da parlamento görevi süresince yargı bağımsızlığı sağlar. *Kart – Türkiye* davasında parlamento üyesi bir avukat olan başvurucu, seçim öncesi bir avukata ve bir kamu görevlisine hakaret ettiği gerekçesiyle hakkında açılan ceza soruşturmalarının tamamlanması için dokunulmazlığının meclis tarafından kaldırılmasını istemiş, ancak meclis dokunulmazlığın kaldırılması talebinin başvurucunun milletvekilliği sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine karar vermiştir. Mahkeme Büyük Dairesi’ne göre yasama sorumsuzluğu bağlamında parlamento üyesinin suçlandığı fiilin parlamento görevleriyle bağlantısı önemlidir, ancak yasama dokunulmazlığı bağlamında aynı yaklaşım gösterilemez. Birçok anayasal sistemde yasama dokunulmazlığı niteliği gereği, parlamento üyesini parlamento görevleriyle ilişkili olmayan eylemleriyle ilgili davalara karşı korur. Yasama dokunulmazlığını oluşturan muafiyetlerin amacı, parlamento üyesinden önce ulusal parlamentonun bütünlüğünü korumaktır. Bu nedenle, parlamentonun bütünlüğünün korunmasını sağlayan tedbirler azaldıkça, bunu haklı kılan daha zorlayıcı sebepler gösterilmelidir. Mahkeme’ye göre, yasama dokunulmazlığı kişisel bir ayrıcalık değil fakat parlamenterin statüsüne bağlı bir ayrıcalık olup, feragat edilemez. Mahkeme, Türkiye’deki yasama dokunulmazlığının diğer bazı Sözleşmeciler Devletlerdeki yasama dokunulmazlığından daha geniş olduğunu not etmiştir. Ancak Mahkeme bu korumanın kapsamını kendiliğinden aşırı olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, Türkiye’deki yasama dokunulmazlığının sadece cezai konularda uygulanmasını, parlamento üyelerinin hukuk davalarına karşı korunmamasını dikkate almıştır. Ayrıca bu dokunulmazlık parlamento üyesinin görev süresiyle ve ayrıca istisnalarla sınırlıdır (*Kart, §94-99*). Büyük Daire mevcut olayın şartları içinde, başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasının, mahkemeye erişme hakkını izlenen meşru amaçla orantısız bir ölçüde zedelediği sonucuna varmıştır. Büyük Daire bir parlamenterin yasama dokunulmazlığı ile statüsü arasındaki bağlantının mevcut sorunun en temel yönü olduğunu, başvurucuya karşı ceza davasının milletvekili seçilmeden önce başladığını, seçilmesinin söz konusu dava üzerinde sonuç doğuracağını bir hukukçu olarak bilmiyor olamayacağını da göz önüne almıştır. Mahkeme başvurucunun önce birinci dönem ve sonra ikinci dönemde seçilmekle sahip olduğu özel statüsünün

aleyhindeki ceza davasının sonuçlanmasını erteleyeceğinin farkında olduğunu, bu statüden feragat edemeyeceğini veya talebi üzerine statüsünün kaldırılmasını sağlayamayacağını bildiğini kaydetmiştir.

Yargı mensuplarının yargı bağımsızlığı da mahkemeye erişme hakkına bir müdahale oluşturur. *Ernst ve Diğerleri – Belçika* davasında, kamu görevlileri aleyhinde önemli cezai soruşturmalar yürüten savcılık tarafından sızdırılan soruşturma ile ilgili gizli bilgileri yayımlayan gazeteci başvurucuların evlerinde ve işyerlerinde yargıç tarafından arama ve el koyma kararları verilmiştir. Sekiz yerde yapılan aramalar sırasında birçok belgeye, diskete ve başvurucuların bilgisayarlarının hard disklerine el koyulmuş, ancak gazeteciler hakkında dava açılmamıştır. Bunun üzerine, başvurucular arama ve el koyma kararı veren yargıçı da kapsayacak şekilde sorumlular hakkında suç şikâyetinde bulunmuşlar ve yapılacak soruşturmaya ve açılacak davaya katılan olmak istediklerini belirtmişlerdir. Ancak ulusal mahkemeler, suçlanan kişinin yargı bağımsızlığından yararlanan bir yargıç olduğu gerekçesiyle başvurucuların yargıç aleyhindeki soruşturmaya katılma taleplerini kabul edilemez bulmuşlardır. Başvurucuların devlete karşı açtıkları tazminat davası ise devam etmektedir. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki güvencelerin bireylere üçüncü kişiler aleyhine ceza davası açma hakkı vermediğini, ama olayda başvurucuların kişisel hak ve yükümlülükleri açısından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, yargıçlara tanınan yargı bağımsızlığı, yargılamanın iyi işlenmesini sağlamak ve yargıçlara yönelik haksız ve incitici kovuşturmaları önlemek gibi meşru bir amaca sahiptir; ancak mahkemeye erişme hakkına yönelik bu kısıtlama ölçülü olmalıdır. Bir devletin yargıçlara yargı bağımsızlığı tanıması durumunda temel hakların korunması bundan zarar görebilir. Mahkeme bu davada Belçika hukukunda başvurucuların devlete karşı tazminat davası açma şeklinde kişisel haklarını savunabilecekleri başka hukuk yolları olmasını ve başvurucuların şikâyetleri üzerine verilen kabuledilemezlik kararının, kendilerini tazminat davasından mahrum bırakma sonucunu doğurmamasını dikkate almıştır. Mevcut olayda Mahkeme, yargıçı tanınan yargı bağımsızlığının özelliklerini göz önünde tutarak, mahkemeye erişme hakkına getirilen sınırlandırmanın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında ölçüsüz olmadığı sonucuna varmıştır (*Ernst ve Diğerleri*, §47-57).

İç hukukta bir dava sebebinin bulunmamasını, başvuru belirli bir zarar kategorisi için dava açamayacağı için yargı bağımsızlığıyla aynı sonucu doğurduğu şeklinde yorumlamak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını uygulamaya sokmak için yeterli değildir (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık*, §98). Ancak bazen iç hukukun bir yadderi hakkı yok mu saydığı, yoksa yargı bağımsızlığı gibi bir usul engeli mi getirdiğini belirleyebilmek kolay değildir.

Osman – Birleşik Krallık davasında bir öğrencisine ruhsal yönden bağımlılık duyan bir öğretmenin silahlı saldırısı sonucu öğrencisi yaralanmış ve babası ölmüştür. Başvurucuların olayda polisin ihmali nedeniyle yaşama hakkının korumadığı iddiasıyla polise karşı açılan tazminat davasında Üst Mahkeme, iç hukukta oluşan istisna kuralını uygulayarak davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucuların iddialarının hiçbir şekilde tam olarak yargılama konusu olmadığını ve dolayısıyla iddialarının dayanağı maddi olaylar ve esası hakkında karar verilmediğini kaydetmiştir. Diğer yandan, polisleri ihmal davalarına karşı korumak için iç hukukta istisna kuralı getirilmiş olduğunu, bu kuralın amacının polis hizmetlerinin etkili bir şekilde sürdürülmesine ve böylece suçun ve düzensizliğin önlenmesine yönelik olduğunu ve bu amacın meşru görülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, mevcut olayda Üst Mahkeme bu kuralın polise sağlam bir savunma sağladığı ve suçla mücadele ve soruşturmada ihmalleri ve eylemleri nedeniyle açılan hukuk davalarında polisin yararlandığı bağımsızlığı gevşetmenin mümkün olmadığı düşüncesiyle hareket etmiştir. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin bu kuralı yarışan kamu yararlarının varlığını araştırmadan bu şekilde uygulamaları, sadece polise suçla

mücadele ve soruşturma sırasındaki eylemleri ve ihmalleri için önceden açık bir bağışıklık tanınmasına hizmet eder ve başvuruçuların bazı olaylarda polise karşı iddialarının esastan karara bağlanmasına hakkına haksız bir kısıtlama getirmek olur. Mahkeme'ye göre bir ulusal mahkeme, kuralın uygulanmasını aksi yöne çeken kamu yararı düşüncelerinin varlığını göz önünde bulundurabilmelidir. Böyle yapılmaması halinde, kusurun veya uğranılan zararın dereceleri arasında bir ayırım yapılmamış olacak veya belirli bir olaydaki adalet düşüncesi dikkate alınmamış olacaktır. Mevcut olayda Mahkeme, söz konusu kuralın ulusal mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle polise otomatik bir bağışıklık vermediğine dair Hükümetin savunmasıyla ikna olmamıştır. Mahkeme böylece başvuruçuların mahkemeye erişme haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Osman, §148-152*).

Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında ise, çocukluk yıllarını korkunç bir ev ortamında geçiren dört küçük kardeşle ilgilidir. Bu çocuklar anne babaları tarafından çok ağır bir ihmale uğramışlar, ailenin durumunun farkında olan Sosyal Hizmetler Müdürlüğü aileye biraz yardım etmiş ancak koruma altına almamış, annenin Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne çocukları almamaları halinde çocukları döveceğini söylemesi üzerine çocuklar koruma altına alınmışlardır. Çocukların vasisi tarafından Sosyal Hizmetler Müdürlüğünün ihmali nedeniyle idareye karşı açtığı tazminat davası, ihmalde bulunma veya yasal ödevi yerine getirmeme nedeniyle idareye karşı dava açılmayacağı gerekçeyle başvuruçuların talebini reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemeler önündeki gerekçeler, öncelikle idarenin başvuruçuları koruma ödevi bulunup bulunmadığı gibi hukuki meseleler üzerinde yoğunlaşmıştır. Temyiz Mahkemesi, kamu hizmetine ilişkin yarışan düşünceleri tartıktan sonra, kusur sorumluluğunu yeni bir alanı içerecek şekilde genişletmemeye karar vermiş ve böylece haksız fiil hukukundaki sorumluluk derecesini sınırlanmıştır. Mahkeme'ye göre Temyiz Mahkemesinin bu kararı, maddi konular kanıtlanmadan davayı sona erdirmiştir; ancak hukuken iddianın bir temeli yoksa, sonuçta başvuruçular için çözüm getirmeyecek olan kanıtları dinleme süreci, pahalı ve zaman alıcı bir süreç olacaktır. Mahkeme'ye göre, sürdürülebilir dava sebeplerinin bulunup bulunmadığı hakkında karar verilen davanın düşürülmesi usulünü, kendiliğinden mahkemeye erişme ilkesine aykırı görmek için bir neden yoktur. Böyle bir davada davacı, genellikle davasını destekleyen gerekçeleri mahkemeye sunma imkânı bulur ve mahkeme de bu meseleler hakkında çekişmeli bir yargılama sonucunda karar verir. Mahkeme, söz konusu kararın, maddi veya pratik sonuçları itibarıyla kapsayıcı ve açık çek niteliğinde bir bağışıklığı ortaya çıkardığına de ikna olmamış ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §94-98*). Ancak Mahkeme, başvuruçuların gördükleri zarar nedeniyle tazminat alamamalarının iç hukuktaki boşluktan kaynaklandığını ve bunun da Sözleşme bakımından sorun doğurduğunu kabul etmiş ve ama bu meselenin Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla değil, 13. maddesiyle ilgili olduğunu belirtmiş ve 13. madde altında yaptığı incelemede 13. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Dava açma süreleri

Bütün ülkelerin hukuk sistemleri, hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla bir dava açılması için süreler öngörür. Mahkeme, bu sürelerin konmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmez. Dava açma konusunda getirilen süreler, hukuk güvenliği ve mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan ve eksik olan kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet eder (*Stubbings ve Diğerleri, §51*). Ancak bu kuralların uygulanması bazen, mahkemeye erişme hakkına bir müdahale oluşturabilir. Sözleşmeciler Devletler, mahkemeye erişme hakkını nasıl sınırlayacakları konusunda karar verirken belirli bir takdir alanından yararlanırlar. Ancak süre sınırı, izlenen meşru amaçla orantısız olmamalı ve hakkın özünü zedeleme-

melidir. Buna göre dava süresinin başlangıcı belirgin olmalı ve dava süresi çok kısa olmamalıdır.

De Geouffre de la Pradelle – Fransa davasında, diğer yedi kişi ile birlikte başvurunun arazisinin de içinde bulunduğu bir yer doğal sit alanı ilan edilmiş ve 12 Temmuz 1983'te resmi gazetede yayınlanmış, ayrıca bu karar 2 ay bir gün sonra, 13 Eylülde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu dava açma süresinin tebliğ tarihinden başladığını düşünerek 27 Ekimde iptal davası açmış, ancak iki aylık dava süresinin 12 Temmuzda başladığını kabul eden yüksek mahkeme, davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme bu olayda dava süresinin başlamasına ilişkin sistemi yeterince somut ve açık görmemiş ve mahkemeye erişme hakkının ihlaline karar vermiştir (*De Geouffre de La Pradelle*, §35).

Davran – Türkiye davasında ise, konu yine tebligatla ilgilidir. Başvurucunun gıyabında yerel mahkeme 31 Mayıs 2001'de 4 yıl hapis cezasına karar vermiştir. Bu arada başvurucu 18 Eylül 2001'de bir başka yerde bir başka suçtan tutuklanmış ve cezaevine koyulmuştur. Öte yandan 31 Mayıs 2001 tarihli karar, Tebligat Kanununun 28. maddesi gereğince, 26 Aralık 2001'de Resmi Gazetede yayımlanmış ve temyiz edilmediğinden 11 Ocak 2002'de kesinleşmiştir. Başvurucu, 16 Nisan 2002'de cezaevinde kendisine müddetnamenin tebliğ edilmesi üzerine kararı öğrenmiş ve 18 Nisan 2002'de kararı temyiz etmiş, ancak temyiz süresi dışında yapıldığı gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Mahkeme bu davada 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, Tebligat Kanununun 19. maddesindeki tutuklu ve hükümlülere tebliğin bulunmadıkları cezaevi müdür veya memuru tarafından yapılacağına dair hüküm, Yargıtay'a etkili bir şekilde başvurabilmek ve savuma hakkını kullanabilmek bakımından özel hükümdür. Yetkililer 18 Eylül 2001 tarihinde cezaevinde bulunan başvurucuya tebliğ yapabilecek durumda oldukları halde yukarıdaki düzenlemeye uygun bir tebligat yapmadıkları için, mahkemeye erişme hakkı ihlal edilmiştir (*Davran*, §40-47).

Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında hukuk davalarında süre veya sürelerin hesaplanması konusunda bir birlik yoktur. Birçok devlette süreler, dava sebebinin gerçekleştiği tarihte, diğer bazı hukuk sistemlerinde dava konusu olayların davacı tarafından öğrenildiği veya öğrenilmiş olması gerektiği tarihte başlamaktadır.

Stubbings ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında konu, küçük yaşta aile içi cinsel saldırıya maruz kalan başvuruçuların ileri yaşlarda dava açmaları ile ilgilidir. Başvuruçular ileri yaşlarda ortaya çıkan psikolojik sorunlarının nedeninin geçmişte yaşadıkları cinsel saldırılar olduğunu anlayarak faillere karşı tazminat davaları açmışlar, ancak Temyiz Mahkemesi bu tür davalarda dava süresini 18 yaş artı 6 yıl ile sınırlayan kuralın uygulanacağını, başvuruçuların ise daha geç yaşta olduklarını kaydederek davaları süre yönünden reddetmiştir. Mahkeme bu davada ihlal sonucuna varmamıştır. Mahkeme'ye göre, son yıllarda çocuk istismarının sebebiyet verdiği sorunların boyutu ve mağdurlar üzerindeki psikolojik sonuçları hakkında farkındalığın giderek arttığı doğrudur. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde uygulanan dava süreleriyle ilgili kuralların, yakın zamanda bu grup şikâyetçiler için özel hüküm koyulmak üzere değiştirilmesi mümkündür; ancak mevcut olayda başvuruçuların mahkemeye erişme hakkının özü zedelenmemiş, davalı devlet takdir alanını aşmamıştır (*Stubbings ve Diğerleri*, §56-57).

Fakat süreye ilişkin kuralların aşırı sert bir tarzda uygulanması birçok sorun çıkartmaktadır. *Stagno – Belçika* davasının konusu, kendileri küçükken kaybettikleri babalarının hayat sigortasının annelerine ödenmesi ve çocukların dava hakkıyla ilgilidir. Olayda babaları ölen başvuruçulara hayat sigortası payı, velayet altında oldukları için annelerine ödenmiştir. Annenin çocuklar adına açılan banka hesaplarını bir yıl içinde boşaltması üzerine, başvuruçular ergin olduklarında annelerine ve sigorta şirketine karşı dava aç-

mışlardır. Başvurucular yargılama sırasında, tazminatın üçte birini ödemesi koşuluyla anneleriyle anlaşmışlar, ancak sigorta şirketine karşı açtıkları dava üç yıllık dava süresi dolduğu için reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre küçük olan başvurucuların haklarını ergen yaşa gelmeden korumaları mümkün değildi. Bu durumda, üç yıllık hak düşürücü sürenin olaydan itibaren başlatılması esasta başvurucuların dava açma imkânlarının uygulamada hiçe indirgenmesi anlamına gelmektedir. Mahkeme, sigorta şirketlerine karşı üç yıllık dava süresinin mutlak olmasının mahkemeye erişme hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Stagno*, §32-33).

Süreye ilişkin usul kuralları, özellikle sürenin çok kısa olması halinde, katı bir şekilde uygulanmamalıdır. *Perez de Rada Cavanilles – İspanya* davasında, başvurunun başka bir yerde bulunan yerel hukuk mahkemesinin kararına karşı üç günlük yasal süresi içinde yaptığı başvuru postayla gönderilmiş, dilekçe sürenin dolmasından iki gün sonra mahkemeye ulaşmış, mahkeme başvurunun üç günlük süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle üst başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme'ye göre olayda üst başvuru süresinin kısalığı ve gerekçe gösterilmesi gerektiği göz önünde tutulduğunda, başvurunun ihmalkâr davrandığı söylenemez. Ayrıca Mahkeme, başvurunun birinci gün dilekçeyi hazırlayıp göndermiş olsaydı bile üç gün içinde ulaşmasının güvencesi olmadığını ve tebligat kanununun mahkeme evrakının postayla yapılabileceğini öngördüğünü dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre, mevcut olayda ulusal mahkemeler bir usul kuralını çok katı bir şekilde uyguladıkları için, mahkemeye erişme hakkı ihlal edilmiştir (*Perez de Rada Cavanilles*, §46-50).

Adli yardım sistemi

Adli yardım konusu, hukuk ve idari davalarda Sözleşme'nin 6(1). fıkrasından doğan mahkemeye erişme hakkı açısından incelenirken, ceza davalarında ücretsiz hukuki yardım anlamında, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi bakımından incelenmektedir.

Kişisel hak ve yükümlülükler konusunda uyuşmazlığı bulunan bir kimsenin harç veya avukatlık ücreti gibi yargılama giderlerini karşılayamaması nedeniyle dava açamaması, mahkemeye erişme hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturur. Mahkeme'nin içtihatlarına göre adaletin yararı için mahkemeye erişme hakkına mali sınırlamalar getirilebilir. Dolayısıyla dava açma veya temyiz başvurusunda bulunma, harca tabi tutulabilir. Mahkeme, hukuk/idare mahkemelerinden karara bağlamaları istenen taleplerle ilgili olarak harç ödenmesi şartının, mahkemeye erişme hakkı üzerinde kendiliğinden Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmayan bir sınırlama olarak görülemeyeceğine karar vermiştir (*Kreuz*, §53; ve *Mehmet ve Suna Yiğit*, §33). Ancak mali sınırlamaların istisnasız bir şekilde uygulanması, mahkemeye erişme hakkına orantısız bir müdahale oluşturabilir ve dolayısıyla bu hakkın özünü zedeleyebilir.

Mahkemeye erişme hakkı devlete, örneğin adli yardım vermek suretiyle yargılama giderlerinden bireyi muaf tutma şeklinde bir pozitif yükümlülük yükler mi? Mahkeme'ye göre, hukuki bir engel gibi mali bir engel de Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilir; ayrıca Sözleşme'deki yükümlülükleri yerine getirmek bazen devletin pozitif tedbirler almasını gerektirebilir. Bu tür durumlarda devlet hareketsiz kalmamalı ve kişilerin mahkemeye erişmesini sağlayan tedbirler almalıdır. Bu bakımdan Mahkeme içtihadında, bir hakka müdahale bakımından devletin 'eylemi' ile 'ihmali' arasında bir ayırım göze çarpmaz ve devletlerden gerekirse mahkemeye erişme hakkını etkili bir biçimde hayata geçmesi için tedbir alması beklenir. Bu ilkenin temelinde Mahkeme'nin hakların gerçekten korunmasını güvence altına alma felsefesi yatar. Hakların kişiye soyut olarak tanınması yeterli görülmez; hakların uygulamada da işleyen bir sistem çerçevesinde korunması gereklidir. Sözleşme asıl olarak kişisel ve siyasal hakları düzenlemekle birlikte, bunların bir çoğunun sosyal ve ekonomik sonuçları da vardır. Bu nedenle Sözleşme'nin bir yorumunun

sosyal ve ekonomik haklar alanında genişletme yapması, böyle bir yoruma karşı belirleyici bir etmen olarak kabul edilmemelidir (*Airey (Esas hk)*, §25, 26).

Yargılama giderlerinin mahkemeye erişme hakkının özünü zedelememesi için bireye adli yardım verilmesi gerekebilir. Ayrıca adli yardımın verilmesi kişinin mali durumu ve davadaki başarı ihtimali gibi bazı şartlara tabi tutulabilir (*Steel ve Morris*, §60-62; ve *Wieczorek*, §37). Mahkeme, *Kreuz – Polonya* davasında, adil bir yargılama için adli yardım verilmesinin gerekip gerekmediği konusunun her olayın içinde bulunduğu şartlara göre değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede, başvurunun ödeme kabiliyeti, harcın miktarı ve kısıtlamanın koyulduğu aşama (*Kreuz*, §60) gibi unsurların yanında, başvuru için davanın önemi, davada uygulanacak hukuk ve usulün karmaşıklığı ve başvurunun kendisini etkili bir şekilde temsil etmesinin mümkün olup olmadığı (*Kaba*, §20) gibi unsurlar da dikkate alınır.

Adli yardım konusu, Mahkeme tarafından sadece harcın dava açmak isteyen kişiye orantısız bir külfet yükleyip yüklediği açısından değil, ama aynı zamanda ulusal mahkemelerin adli yardım talebini reddederken izlediği usul bakımından da incelenmiştir. *Mehmet ve Suna Yiğit – Türkiye* davasında Mahkeme, hiçbir geliri ve malvarlığı olmayan başvurucuların, kızlarının ameliyatındaki kusur nedeniyle idareye karşı açmak istedikleri tazminat davasında asgari ücretin dört katı kadar harç ödemekten muaf tutulma taleplerinin, sadece başvurucular avukatla temsil edildikleri için reddedilmesinin yersiz olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucuların tazminat davasını izlemesi için avukat tuttukları doğrudur. Ancak bu, başvurucuların mahkeme harçlarını ödeme imkânına sahip oldukları anlamına gelmez. Dahası başvurucuların avukatı ulusal mahkemelere, davayı izlemek için başvuruculardan her hangi bir ücret almadığını, fakat başvurucuların davanın sonunda alacakları tazminatın belirli bir oranını kendisine ödemeleri konusunda anlaşmalarını söylemiştir. O halde, Mahkeme'ye göre hiç bir gelirleri olmayan başvuruculardan, o sırada aylık asgari ücretin dört katı bir miktarı bulan mahkeme harçlarını ödemelerinin istenmesi, mahkemeye erişme hakkına orantılı bir kısıtlama olarak kabul edilemez (*Mehmet ve Suna Yiğit*, §36-37).

Kaba – Türkiye davasında, Deniz Kuvvetlerinde subay olan ve kanserden ölen kişinin eşi ve çocukları olan başvurucular, gelirleri olmadığı halde idareye karşı açmak istedikleri tazminat davasında ödemeleri gereken 5,000 Euro kadar harçtan muaf tutulmak istemişlerdir. Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi davanın esasına girmeden davayı temelsiz bularak adli yardım talebini reddetmiştir. Mahkeme ilk önce, Türk idare hukukunda dava açarken yapılan talebin daha sonra değiştirilemediğini ve ulusal mahkemelerin taleple bağlı olduklarını tespit ederek, dava harcının düşük olması için başlangıçta daha düşük bir tazminat talep edilebileceğine dair iddianın savunulamayacağını kaydetmiştir. Mahkeme ikinci olarak, Türkiye'deki adli yardım sisteminin bireyleri keyfilikten korumak için esaslı bir güvence sunmadığını ve bu nedenle geçmişte (*Bakan*, §74-78; *Mehmet ve Suna Yiğit*, §31-39; ve *Eyüp Kaya*, §22-26) Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine karar verdiğini, mevcut olayda durumun farklı olmadığını belirtmiş; bu bağlamda adli yardımla ilgili kararların başvurucular dinlenmeden ve dosya üzerinden verildiğini ve bağlayıcı olduğunu tespit etmiş; böylece başvurucuların adli yardım taleplerinin reddedilmesinin başvurucuları bir yargı yerine başvurma imkânından yoksun bıraktığı sonucuna varmıştır (*Kaba*, §22-25).

Karar hakkı ve kararın icrası hakkı

Bir mahkemeye dava açabilmek yeterli değildir; davanın önüne getirildiği mahkemenin davadaki maddi ve hukuki sorunları bütün yönleriyle inceleyebilmesi gerekir. O halde, mahkeme hakkından türetilen ikinci hak, bu sorunları inceleyebilecek 'tam yetkili'

bir mahkemede yargılanma hakkıdır. Mahkeme'ye göre, bir uyuşmazlığın bir yargı yerinde görülmüş olduğunu söyleyebilmek için, bu yargı yerinin önüne getirilen uyuşmazlıkla ilgili bütün maddi ve hukuki sorunları inceleme yetkisine sahip bir yargı yeri olması gerekir. Bir davanın farklı aşamalarına farklı mahkemelerin uyuşmazlığın farklı yönlerine bakabilmeleri mümkündür; önemli olan açılmış olan bir davada, uyuşmazlığın içindeki sorunların mahkemeler tarafından ele alınmış ve karara bağlanmış olmasıdır. Örneğin, taraflardan birinin kabul etmediği ve kanıtlanmasını istediği maddi olayın araştırılmayıp, gerçeği taraflardan birinin veya devlet yetkililerinin dediği şekilde kabul etmek, uyuşmazlığı çözmek anlamına gelmez.

Bir mahkemenin önüne getirilen maddi ve hukuki sorunları inceleyebilmesi de yeterli değildir; bu yargı yerinin bir karar verebilmesi gerekir. Bu nedenle mahkeme hakkından türetilen üçüncü hak, uyuşmazlığın bir mahkeme tarafından karara bağlanması hakkı, yani karar hakkıdır. Mahkeme hakkını kullanan tarafın amacı, davanın sonunda bir karar elde etmektir. Karar elde edilemiyorsa, dava açmanın bir anlamı kalmaz. Görülmekte olan bir davaya, taraflardan birinin aleyhine olarak davayı ortadan kaldıran ve karar verilmesini engelleyen sonradan çıkarılmış yasalar, bu hakkın kullanılmasına müdahale oluşturabilir.

Bir davada karar elde edilmiş olması da her zaman yeterli değildir, kararı icra edilmeyen bir mahkemeye başvurmuş olmanın bir anlamı yoktur. O halde, mahkeme hakkında türetilen dördüncü hak, kararın icrası hakkıdır. Mahkeme hakkının kullanılmasının sonunda elde edilen kararın icra edilmesi gerekir. Mahkeme'ye göre, bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından 'yargılama'nın bütünleyici bir parçası olarak görülmelidir; bir Sözleşmeci Devletin hukuk sisteminin, nihai ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın taraflarından birinin aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkân vermesi halinde, mahkeme hakkının içi boşalacaktır. Bir mahkemenin verdiği kararın icrasını engelleyen, örneğin idarenin hükümden doğan borcunu ödememesi, idari işlemin iptaline veya yürütmenin durdurulmasına dair verilen kararın gereğini yerine getirmemesi, icra takip talebini örneğin personel veya polis yetersizliği nedeniyle yerine getirmemesi, davayı kazanan tarafa icraya koymak için istediği kararı yargı harcını ödeyemediği için vermemesi gibi çok değişik hallerde bu hakkın kullanılmasına müdahale söz konusu olabilir. Bu durumlarda kararın icrası gerçekleşmediği için, Mahkeme 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Ayrıca kesinleşmiş bir kararın, daha sonra yeniden ele alınmak suretiyle iptal edilmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırı düşebilir. Bu nedenle, mahkeme hakkından türetilen diğer bir hakkın hukuki kesinlik ilkesi olduğu söylenebilir.

Bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında yer alan ikinci hak, 'hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkı'dır. Bu hakkın birinci unsuru, 'yargı yeri' kavramıdır. Sözleşme, klasik adli teşkilat içindeki mahkemelerin dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde 'yargı yeri' (tribunal) kelimesini kullanmaktadır. Mahkeme'ye göre, bir organa kelimenin maddi anlamında 'yargı yeri' özelliği kazandıran şey, onun yargısal fonksiyonudur. Bir yargı yeri, yetki ve görevine giren meseleler hakkında, öngörülüş bir usule göre yürüttüğü yargılamadan sonra, hukuk kurallarına dayanarak bağlayıcı karar veren bir merciidir. Ancak bu yargı yeri, 'hukuken kurulmuş' olmalı ve özellikle yürütmeye karşı 'bağımsız ve tarafsız' olmalıdır.

Mahkeme'ye göre, bağımsız bir mahkeme tarafından davanın görülmesi hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsurudur ve demokratik bir toplumda çok önemli bir yer tutar (*De Cubber*, §30). Bir yargı yerinin 'bağımsız' olup olmadığını belirlemek için, diğer

sebeplerin yanında, bu yargı yeri üyelerinin nasıl atandığına ve çalışma sürelerine, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığına ve bu organın bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakılır (*Demicoli, §39; Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §55*).

Mahkeme, ceza yargılamasında mahkemenin dışarıya tarafsız olduğu görünümü vermesi konusunun önemini birçok kararında vurgulamıştır. Mahkeme, *Farhi – Fransa* davasında, bazı jüri üyelerinin, duruşmaya ara verildiği bir sırada savcı ile temasa geçmeleri, onların tarafsızlığına gölge düşürdüğü için 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, sanığın bir mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında algısı belirleyici olmamakla birlikte önemlidir; belirleyici olan, sanığın algısının nesnel olarak haklı görülüp görülmemesidir (*Findlay, §73; Incal, §71*).

Tarafsızlık, bir konuda önyargı sahibi olmamak ya da taraf olmamak şeklinde anlaşılır ve 6. madde bakımından iki açıdan değerlendirilir. İlk olarak, bir yargıç öznel olarak iç dünyasında dava ile ilgili kişisel önyargılardan arınmış olmalıdır. İkinci olarak, bir yargı yeri nesnel olarak da tarafsız olmalıdır. Nesnel tarafsızlık, mahkemelere meşru sayılabilecek her türlü şüpheden kendini uzak tutacak yeterli güvenceler sunulmasıdır. Bağımsızlık ve nesnel tarafsızlık kavramları birbirleriyle çok yakından ilgili olup, Mahkeme bunları birlikte inceler (*Piersack, §30*). Buna karşılık her yargıcın, aksi kanıtlanana kadar, bir davada öznel anlamda tarafsız davranacağı varsayılır (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §58*). Bu değerlendirmede sadece öznel bir değerlendirme yapmakla yetinilmez; verilen görüntü de önemlidir (*Delcourt, §31*).

Bağımsızlık ve nesnel anlamda tarafsızlık, mahkemenin üyelerinin tek tek tarafsızlıkları dışında bir konudur. Demokratik bir toplumda bütün mahkemeler tarafsız oldukları yönünde kişilere güven verebilmelidir (*Hauschildt, §48*). Bir yargıcın, esas hakkında yargılama başlamadan davadaki bir sanık hakkında bir kanaate varmış olması, mutlaka o yargıcın tarafsız davranmayacağı anlamına gelmez. Ancak aksi de mümkündür. *Karakoç ve Diğerleri – Türkiye* davasında, esas yargılamayı yürüten heyetin başkanı ve bir üyesi sanıkların tutuklanmaları sırasında dosyayı incelemiş ve uzun gerekçelere dayalı bir tutuklama kararı vermişti. Mahkeme, bu davada sanıkların mahkemenin tarafsız davranmayacağı yönündeki değerlendirmelerinin nesnel olarak somut verilere dayandığını belirtmiştir (*Karakoç ve Diğerleri, §60*). Sanıkların, henüz kanıtlar mahkemenin önünde tartışılmadan, yargıçların kendilerinin tutukluluk hakkında görüşlerini ortaya koyarken aynı zamanda davanın esası hakkında kanaatlerini de açığa vurmuş oldukları iddiaları yerinde görülmüştür (*Karakoç ve Diğerleri, §59*). Bu karardan yargıçların esas yargılamaya öncesinde kabul ettikleri her kararın, 6. maddenin ihlali anlamına geldiği sonucu çıkarılmamalıdır. Mahkeme, bu kararların niteliğine bakarak bir değerlendirme yapmaktadır. *Sainte-Marie – Fransa* davasında, tahliye talebini yargıçlar, dosyadaki kanıtların çok kısa bir değerlendirmesini yaparak ve özellikle de sanığın ifadelerine dayanarak ve kaçma şüphesini dikkate alarak reddetmişlerdir. Bu yargıçların esas hakkındaki yargılamaya katılmaları, mahkemenin nesnel tarafsızlığına gölge düşürür olarak değerlendirilmemiştir (*Sainte-Marie, §33*).

Mahkeme heyetinden bir yargıcın bir tanığı kişisel olarak tanınması, mutlaka bu yargıcın tarafsız davranamayacağı anlamına gelmez. Her durumda davanın koşulları ve söz konusu ilişkinin mahiyeti dikkate alınmalıdır (*Pullar, §38*).

Remli – Fransa davasında konu, mahkeme salonu dışında “ırkçı olduğunu” belirten bir jüri üyesinin durumu ile ilgilidir. Mağrip kökenli olan sanık, bu durumu mahkemeye sunmuş ve bu jüri üyesinin tarafsız olamayacağını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme ise, bu iddianın doğruluğunu araştırmayı, sözlerin duruşma salonu dışında söylendiği iddia edil-

diği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, bu davada 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Eğer tarafsızlık yönündeki iddia açıkça dayanaktan yoksun değilse, mahkemeler bu konuyu araştırmakla yükümlüdürler.

Makul sürede yargılanma hakkı

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında yer alan üçüncü hak, 'makul sürede yargılanma hakkı'dır. Yargılanan kişiler haklı olarak, kısa bir süre içinde yargılamanın sonuçlanması beklentisi içindedirler. Bir olayda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini karara bağlayabilmek için, önce yargılamanın "süresi", sonra bu sürenin "makul" olup olmadığı belirlenir.

Ceza davalarında "süre", bir kişiye suç isnat edilir edilmez başlar. Kişiye isnadın yöneltmesi, davanın mahkeme önüne gelmesinden önceki bir tarih de olabilir (*Deweer*, §42). Başka bir ifadeyle, kişi ceza hukuku bakımından zanlı kabul edildiği andan itibaren süre başlar (*Neumeister*, §81). Bu, ilke olarak kişiye isnadın resmen bildirildiği zamandır. Kişinin gözaltına alınması, hakkında iddianame düzenlenmesi veya başka bir tarzda suç isnadının yöneltmesiyle ceza yargılamasında süre başlar (*Metzger*, §31). Ceza davalarında süre, temyiz incelemesi dâhil, bütün yargılamanın sona ermesi ile tamamlanır (*König*, §98).

Sürenin belirlenmesi

Hukuk ve idari davalarda "süre", ilke olarak davanın "mahkeme"ye getirildiği anda başlar, ancak bazı durumlarda bu süre daha önce de başlayabilir. Mahkeme, *König – Almanya* davasında sürenin idari yargıda dava açılmadan önce başladığını belirtmiştir. Mahkeme bu olayda, idareye söz konusu işlem aleyhine başvuru yapılması esnasında geçen süreyi de dikkate almıştır (*König*, §98). Söz konusu süre, uyumsuzluk sona erince biter.

Yargılama esas olarak en üst mahkemenin nihai kararı vermesi ile sona erer. Yargılama süresi dikkate alınırken, hukuk usulü ve idari yargıda karar düzeltme yolunda geçen süre de dikkate alınabilir. İlke olarak, bir maddi hatanın düzeltilmesi konusu adil yargılanma konusu değildir (*Wiot*, §22). Ancak Türkiye'de hukuk usulü ve idari yargıda karar düzeltme yolu uygulamada sadece bir maddi hata düzeltme yolu değildir. Bu nedenle Mahkeme, bu sürenin de makul sürenin belirlenmesinde dikkate alınacağını belirtmiştir (*Rodoplu*, §27). Ceza yargılamasında, eskiden mevcut karar düzeltme yolu ya da yeni itiraz yolu, etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmediği için, makul süre açısından değerlendirme sırasında dikkate alınmaz.

Makullük değerlendirmesi

Mahkeme içtihatlarına göre, yargılama süresinin makul olup olmadığı konusu dört ölçüte bakılarak değerlendirilir. İlk olarak, davada ortaya çıkan maddi ve hukuki "sorunların karmaşıklığı"na bakılır. Bir davanın karmaşık olup olmadığı değerlendirilirken davanın bütün boyutları dikkate alınır. Karmaşıklık, hem dava konusu olaya, hem de hukuki değerlendirmeye ilişkin sorunlar yönünden olabilir: Maddi kanıtların durumu (*Triggiani*, §17), sanık sayısı (*Angelucci*, §15), birden çok davanın birleştirilmesi (*Diana*, §17) gibi.

İkinci olarak ise, "başvurucuların tutumları" değerlendirilir. Esas olarak başvurucuların tutumu bir yargılama süresinin değerlendirilmesi bakımından belirleyici değildir. Davaya taraf olan kişileri ya da sanıkların kendi tezlerini kanıtlamak ya da savunmalarını yapmak amacıyla kendilerine tanınan usulî haklardan sonuna kadar yararlanmaları doğaldır. Bir sanığın yargılama organları ile davanın hızlanması için aktif bir işbirliğine girmesi zorunlu tutulamaz (*Eckle*, §82). Ancak kişinin yargılama sürecinde tutumu nesnel

bir veridir ve yargılamanın süresi değerlendirilirken dikkate alınır; sanıktan kendisiyle ilgili usulî hakları belirli bir özenle kullanması beklenir (*Union Alimentaria Sanders S.A.*, §35). Örnek olarak, ceza yargılamasında kaçak sanığın kaçak olduğu sürece geçen süreye dayanarak yargılamanın uzun sürdüğünü ileri sürmesi doğru değildir; meğer ki, bu durumu açıklayarak makul bir gerekçesi olsun (*Töre*, §39). Bu nedenle Mahkeme, bir yargılamanın süresini değerlendirirken sanığın kaçak olduğu süreyi dikkate almadan karar verir. Fakat bir kişi şu ya da bu şekilde yargılamanın uzamasına neden olsa da, eğer bir yargı yeri önünde o dava gereksiz olarak çok uzun süre beklemişse, makul süre kuralı ihlal edilmiştir (*Beaumontin*, §33).

Makul süreyi değerlendirirken Mahkeme'nin en çok önem verdiği konu "yetkili makamların tutumu"dur. Bu üçüncü değerlendirme ölçütüdür. Sadece devlete atfedilebilen gecikmeler 'makul süre' şartına uyulmadığı tespitini haklı kılar. Devlet, bütün idari ve adli makamların yaptığı gecikmelerden sorumludur. Mahkeme, ulusal mahkemelerden yargılama sırasında rolü olan herkesin gereksiz gecikmeleri önlemek için önlem almasını beklemektedir. Bu çerçevede bilirkişi raporlarının gelmesi, tanıkların dinlenmesi gibi konularda mahkemelerin yargılamayı hızlandırmak için önlem alması beklenir. Yargılama sırasında temyiz makamının birçok kez kararı bozması nedeniyle her defasında süre başlamaz. Süre en baştan sona kadar incelenir ve özellikle usulî nedenlerle temyiz bozmaları yetkili makamların tutumu kapsamında değerlendirilir.

Dördüncü değerlendirme ölçütü ise, "başvurucu bakımından dava konusunun önemi"dir. Yargılanan kişi eğer tutuklu ise, yargılamanın süresi konusu sanık için daha büyük bir önem kazanır (*Kalashnikov*, §132). Tutuklu kişinin yargılaması uzarsa, tutukluluk tedbiri bir cezaya dönüşmeye başlar. Yargılama süresi makul olmaktan çıkmışsa, artık tutukluluk da 5. maddenin 3. fıkrasındaki amaçlarla bağdaştırılmaz. Bu nedenle, tutuklu kişinin yargılanma süresinde "özel bir özen" göstermek gereklidir (*Jablonski*, §102). Ayrıca küçüklerle (*Hokkanen*, §72), çalışanlarla (*Obermeier*, §72), bedensel zararlarla (*Silva Pontes*, §39) ilgili davalarda makul süreyi sağlamak için yargı organları daha özenli olmalıdır. Mahkeme, *X. – Fransa* kararında, davanın konusunu dikkate alarak, iki yıl süren bir yargılamayı uzun bulmuştur. Başvurucuya kan nakli sırasında HIV virüsü bulaştırılmıştır. İdareye karşı açtığı tazminat davasının hızlandırılması için mahkemeler hiçbir önlem almamışlardır.

Kararın icrası bazen uyuşmazlığın esası ile ilgili olabilir. Bu durumda kararın icra süreci de adil yargılanma süresinin bir parçası olarak değerlendirilir. Mahkeme, *Silva Pontes – Portekiz* davasında "icra" davasının tek amacının belirli bir meblağı ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamak olmadığını dikkate almıştır. Bu usulde hem icra hem de borcun önemli unsurları belirlenmektedir. Bu nedenle Mahkeme, başvuru-cunun tazminat isteme hakkı konusundaki uyuşmazlığın ancak icra davasıyla ilgili nihai karar sonrasında çözülmüş kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. Bu davada icra süreci de makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınmıştır (*Silva Pontes*, §38).

Diğer yandan bir kararın icrası çok gecikmiş ise ya da hiç gerçekleşmemiş ise, bu kendi başına mahkemeye erişme ve makul süre haklarına aykırı olarak değerlendirilebilir. *Tunç – Türkiye* davasında idare, 1994 yılında kesinleşmiş olmasına karşın, mahkeme kararına dayalı kamulaştırma tutarını 1999 yılına kadar ödemiş değildir. Mahkeme, bu davada şikâyeti sadece mülkiyet hakkı açısından değil, aynı zamanda 6. madde ışığında değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, eğer kesin hüküm niteliği kazanmış bir yargı kararı icra edilemez ise, mahkemeye erişme hakkı kâğıt üzerinde kalan soyut bir hakka dönüşür. Bu çerçevede bir kararın icrası, 6. madde anlamında "dava"nın ayrılmaz bir parçasıdır (*Hornsby*, §40). Eğer ulusal makamlar bir yargı kararını icra etmekten kaçınırlarsa, bu

onların 6. madde açısından sorumlu tutulmalarına neden olur. *Tunç* davasında Mahkeme, uzun süre yargı kararını icra etmeyen davalı devletin 6. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*Tunç*, §29).

Eğer bir ülkede makul süre sorunu varsa, makul süreye saygıyı sağlamak için devletlerin adli sistemlerini iyileştirmeleri beklenir. Bu konuda ilk akla gelen önlem, davalar arasında konularına göre bir öncelik uygulamasının yapılmasıdır (*Zimmermann ve Steiner*, §29). Fakat bu önlemin de yetmemesi durumunda, devletlerin daha radikal önlemlere yönelmesi beklenmektedir. Mahkeme sistematik olarak dava süresi konusunda aleyhine ihlal kararı verilen devletlerden yargı mekanizmasını hızlandıran yapısal çözümler beklediğini birçok kararında belirtmiştir.

Adil muhakeme hakkı

Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan diğer önemli hak, adil muhakeme/hakkaniyete uygun yargılanma (fair hearing) hakkıdır. Adil muhakeme hakkı, adil bir karar elde etme hakkı anlamına gelmez. Bu nedenle, Mahkeme'nin adil muhakeme hakkının ihlal edildiğini tespit ettiği davalarda ulusal mahkemeler tarafından verilmiş kararın yanlış olduğu anlamına gelmez. Başka bir anlatımla, Mahkeme'nin adil muhakeme hakkına aykırılık saptadığı bir yargılama daha sonra iç hukukta yeniden görülebilir. Bu yeniden görülme sonrasında ulusal mahkemelerin ilk yargılamada vardıkları sonuca varmaları mümkündür (*Barbera, Messegue ve Jabardo* (50. md), §16).

Mahkeme, adil muhakeme kavramını usulle ilgili birçok hak ve ilke türetecek şekilde geniş yorumlamaktadır. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında açıkça yazılı diğer hakların ihlali açısından incelenemeyecek olan usulle ilgili bütün ihlal iddialarını, adil muhakeme kavramından türettiği hak ve ilkelerin ihlali açısından inceleyebilmektedir. Adil muhakeme hakkının içerdiği bazı hak ve ilkeler, ceza davalarında olduğu gibi hukuk ve idari davalarda uygulanır. Ceza davası söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 6(2) ve (3). fıkralarında yer alan özel sanık hakları, genel nitelikteki adil muhakeme hakkıyla birlikte yorumlanır (*Artico*, §32).

Adil muhakeme hakkı Mahkeme'ye, ulusal mahkeme önünde yapılan yargılama sonucunda verilen kararları kesinlikle bir temyiz mercii gibi inceleme yetkisi vermez. Mahkeme, ulusal mahkemeler karşısında bir temyiz mercii gibi hareket etmemekte ve bu davalarla ilgili yeniden bir yargılama da yapmamaktadır. Bu çerçevede Mahkeme'nin ulusal mahkeme kararlarını iptal etme, değiştirme veya düzelterek onama konusunda herhangi bir yetkisi yoktur.

Adil muhakeme hakkı iki ana başlık altında incelenebilir. Birincisi muhakemenin yürütülüşüyle ilgili olarak 'silahların eşitliği ilkesi' ve bu ilkeyi tamamlayan 'çekişmeli yargılama ilkesi'dir. İkincisi muhakemenin araçlarıyla ilgili olarak 'kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi' konusudur.

Silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama

Adil muhakeme içinde yer alan usul güvencelerinin en önemlilerinden biri, silahlarda eşitlik ilkesidir. Bu ilke, ceza davalarında olduğu gibi, kural olarak kişisel haklarla ilgili davalarda da uygulanır (*Dombo Beheer*, §33). Mahkeme silahlarda eşitlik ilkesini şöyle tanımlamıştır: Geniş anlamda adil yargılanma hakkının bir ögesi olan silahlarda eşitlik ilkesi, taraflardan her birine, diğer taraf karşısında açıkça zayıf bir duruma düşürülmediği koşullar altında, davasını savunabilmesi için makul bir fırsat verilmesi anlamına gelir (*Kress [BD]*, 72). Bu ilke taraflar arasında adil bir denge kurulmasını amaçlamaktadır.

Silahlarda eşitlik ilkesi, usule ilişkin belirli bir hakkı, örneğin mahkeme tarafından dinlenme gibi bir hakkı güvence altına almaz; ama taraflardan biri mahkeme tarafından dinleniyorsa diğer tarafın da dinlenmesini, böylece taraflar arasında eşitlik sağlanmasını güvence altına alır. Bu ilke, bir olayda taraflardan birine tanınan avantajın diğer tarafa zarar vermiş olmasının kanıtlanmasını gerektirmez; fiilen olumsuz bir sonuç doğduğuna dair bir kanıt bulunmasa dahi, Mahkeme bir yargılamanın Sözleşme açısından adil olmadığına ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verebilir (*Zagorodnikov, §30*).

Silahların eşitliği ilkesi, kural olarak bir davanın taraflarının sunulan kanıt ve bütün görüşler hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirme hakkını da içinde barındırır (*Lobo, §31 ve Vermeulen, §33*). Burada asıl önemli olan şey, tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, tarafların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır (*Nideröst-Huber, §29*). Silahlarda eşitlik ilkesi usulle ilgili bütün haklar ve işlemler bakımından uygulanabilir.

Adil muhakeme hakkının içinde yer alan ve silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı diğer bir hak ise, çekişmeli yargılanma hakkıdır. Çekişmeli yargılama ilkesinin anlamı, bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla ulusal yargının bağımsız bir mensubu tarafından bile olsa gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşlerle ilgili bilgiye sahip olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme hakkının tanınmasıdır (*J.J. – Hollanda, §43*). Nitekim birçok davada Mahkeme, şekli de olsa savcılarının mahkemelere sundukları görüşlerin diğer tarafa tebliğ edilmemesini adil muhakeme hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (*Göç – Türkiye, Meral – Türkiye*).

Mahkeme'ye göre, iç hukuktaki duruşmada hazır bulunma hakkını kullanıp kullanmama kararı verecek olan davanın bir tarafına duruşmaya katılma imkânı verecek şekilde duruşmanın bildirilmemesi, silahlarda eşitlik ve çekişmeli yargılama ilkelerini özünden yoksun bırakır (*Yakovlev, §19*).

Mantovanelli – Fransa davasında başvuru uzman hekim raporunun hazırlanmasına katılmalarına veya bu belgeyle ve çok sayıda ameliyat geçirdikten sonra ölen kızlarına ilişkin kanıtlarla ilgili görüş bildirmelerine fırsat tanınmamış olmasından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, bu davada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken, başvuru çiftin raporu teslim aldıktan sonra raporun içeriğine ve rapordaki bulgulara ilişkin olarak idare mahkemesine görüşlerini sunma imkânı tanınmış olmasını yeterli görmemiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme, bilirkişiye yanıtlaması için iletilen sorunun, mahkemenin incelediği dava konusu ile aynı olmasını ve bu raporun hazırlanması sırasında tanıkların dinlenmesi gibi birçok usulî işlemin yapılmasını dikkate almıştır. Başka bir anlatımla, bilirkişiler sadece teknik bir konuda değil, ama aynı zamanda doğrudan davanın esasını ilgilendiren bir konuda rapor sunacaklardır. Bu nedenle Mahkeme, her ne kadar hukuki olarak bilirkişinin sunduğu bulgular idare mahkemesi açısından bağlayıcı olmasa bile, söz konusu mahkeme tarafından esaslar değerlendirilirken bilirkişi raporunun belirleyici bir etkisinin olması ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bilirkişi raporunun hazırlanma sürecine başvuru taraflarının katılmamasını adil yargılanma hakkına aykırı olarak değerlendirmiştir.

Kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi

Sözleşme'de, sunulan kanıtların kabul edilebilir olup olmadığına karar verme usulünü gösteren ve hangi kanıtların kabul edilebilir olduğunu hangilerinin kabul edilemez olduğunu belirleyen bir kural yoktur (*Schenk, §45-46; Teixeira de Castro, §34; ve Heglas, §84*). Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre kanıtların kabulü ve değerlendirilmesi ön-

celikle ulusal mahkemelerin görevidir (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §50; *Rachdad*, §23). Bu nedenle, açıkça keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün, örneğin iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtların kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Mahkeme'nin işi değildir. Mahkeme'nin cevap vermesi gereken soru, kanıtların elde edilme yolu dâhil, yargılanmanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu 'hukuka aykırılığın' ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğinin incelenmesini de içerir (*Khan*, §34; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, §76; *Allan*, §42; *Jalloh [BD]*, §95; ve *Desde*, §125).

Mahkeme'ye göre, bir yargılanmanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvurucuya kanıtların gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, kanıtların kalitesi ile birlikte, kanıtların elde edildiği koşullar ve bu koşulların kanıtların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir kanıtın başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adil yargılanma hakkı bakımından sorun doğmaz; bir kanıt çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici kanıta olan ihtiyaç azalır (*Khan*, §35 ve 37; *Allan*, §43; ve *Jalloh*, §96). Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu kanıtın davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem atfeder (*Gafgen*, §164).

Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama veya haberleşmeye saygı hakkına aykırı olarak elde edilen kanıtların dava dosyasına konması ve değerlendirmeye alınması, her zaman 6. maddenin tek başına ihlal edildiği anlamına gelmez. *Schenk – İsviçre* davasında, yargının talimatı olmadan bir telefon dinlemesi gerçekleştirilmiş ve soruşturma organları bu dinleme kayıtlarını dava dosyasına koymuştu. Mahkeme bu davada adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, bu kanıtın dosyaya konmasından sonra başvurunun buna itiraz edebilmesini ve karşı görüşlerini sunabilmesini dikkate almıştır. Ancak Mahkeme'ye göre en önemli husus, bu dinleme kayıtlarının mahkûmiyet için tek kanıt olmamasıdır (*Schenk*, §48).

Mahkeme'ye göre, iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyalin yargılamada kanıt olarak kullanılması, başvurucuya gerekli usulî güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek nitelikli ve kaynaklı olmaması halinde, genellikle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının belirlediği adil yargılanma standartlarına aykırılık oluşturmaz (*Chalkley – Birleşik Krallık [k.k.]*, no. 63831/00). Yine Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmek suretiyle elde edilen bilginin kanıt olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği meselesi, başvurucunun savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu kanıtın kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak çözülebilir (*Khan*, §35-40; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, §77-79; ve *Bykov [BD]*, §94-98).

Khan – Birleşik Krallık davasında konu, üçüncü bir kişinin evine yerleştirilen dinleme cihazından elde edilen kanıtların durumudur. Mahkeme bu davada, söz konusu dinleme tedbirinin yasal dayanağı olmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu telefon dinlemelerinin İçişleri Bakanının bir talimatı ile gerçekleşmesini 8. maddenin güvencelerine uygun görmemiştir. Acaba bu dinleme sırasında elde edilen başvurunun ifadelerinin ona karşı açılan ceza davasında aleyhine kullanılması adil yargılanma hakkını ihlal eder mi? Mahkeme, bu soruyu yanıtarken iki ögeyi dikkate almıştır. İlk olarak bu telefon dinlemenin her ne kadar yasal temeli olmasa da, bu

soruşturma işlemi iç hukuk bakımından yasadışı değildir. İkinci olarak, bu ifadeler zorla veya yanıltma ile alınmamıştır. Kişi, telefon konuşması sırasında kendiliğinden bu ifadeleri kullanmıştır (*Khan*, §36). Diğer yandan bu telefon dinleme kayıtları başvuru hukukunun mahkûmiyetinin temelini oluşturmuştur. Ancak Mahkeme bu durumu adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemiştir. Yerel mahkemeler her aşamada bu konuyu değerlendirmişlerdir. Ayrıca yargılama sürecinde başvuru hukukunun bu kanıtı erişimi ve savunma sunabilme imkânı yeterince tanınmıştır (*Khan*, §37 ve 38).

Sonuç olarak, Sözleşme'ye göre dinleme ve teknik araçlarla materyallerin elde edilmesi özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkını ihlal edebilir ama bu materyalin bir ceza davasında kanıt olarak kabulü ve mahkûmiyetin bu kanıtı dayandırılması, kişinin savunma hakları ihlal edilmiş olmadıkça, adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Mahkeme'ye göre, denetleme veya izleme sonucu hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olan materyalin kanıt olarak kullanılamayacağına dair mutlak bir yasak yoktur. Bu materyalle ilgili olarak sanığın savunma hakkına saygı gösterilmiş, yani savunma tarafına bu materyalin kanıt olarak kullanılmasına karşı diyeceği sorulmuş ve materyalin gerçekliği test edilip kalitesi ve önemi ortaya çıkarılmış ise, adil yargılanma hakkı bakımından bir sorun doğmaz görünmektedir. Özetle, kişinin özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bir materyalin bu kişi aleyhindeki bir ceza yargılamasında kanıt olarak kullanılmış ve mahkûmiyetin buna dayandırılmış olması, adil yargılanma hakkını ihlal etmeyebilir.

Buna karşılık, Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkence veya insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamele yasağına aykırı olarak elde edilen ikrarların veya maddi kanıtların soruşturma veya kovuşturma dosyasına girmesi adil yargılanma bakımından ciddi bir sorun oluşturur. Eğer kişinin ikrarı işkence ile ya da başka tarzda bir kötü muameleyle elde edilmiş ve bu ikrarlar kanıt olarak kabul edilmiş ise, bütün yargılama adil yargılanma ilkesine aykırı hale gelir (*Gafgen*, §166; *Harutyunyan*, §63, 64 ve 66; *Levinta*, §101 ve 104-105). Böyle bir durumda bu ikrarların mahkûmiyete temel alınıp alınmamasının hiçbir önemi yoktur (*Gafgen*, §166). Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı davranışa maruz kalan sanığın söz konusu kanıtı mahkemeler önünde reddedebilmesinin ya da tartışabilmesinin belirleyici bir önemi yoktur. Çünkü bu ilkenin temelinde, kişinin kendi kendini suçlayıcı ifade vermeme ya da suçlanmasına katkıda bulunmama hakkı yatar. Kişinin iradesi dışında, baskı veya zorlama ile kanıt elde etme, bu hak ile açıkça çelişmektedir ve kişi kendi aleyhine kanıt sunmaya zorlanmaktadır (*Shannon*, §32).

Harutyunyan – Ermenistan kararına konu olan olayda, sanığa ikrar elde etmek için işkence yapılmıştı. Ayrıca tanıklara da sanığı suçlayan ifadeler vermeleri için işkence yapılmıştı. İşkence ile elde edilen ikrar ve ifadeler soruşturmacı önünde tekrar edilmiş, ama daha sonra mahkeme önünde reddedilmişti. Diğer yandan işkence yapanlar yargılanarak mahkûm edilmişti. Mahkeme, bu davada 3. maddeye aykırı olarak elde edilen kanıtların kullanılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, aynı sonuca *Levinta – Moldova* kararında da varmıştır. *Levinta* kararında Mahkeme, gözaltında ikrar elde etmek amacıyla başvuruculara yoğun işkence yapıldığını ve iç hukuktaki şikâyetleri üzerine sorumlular hakkında düzgün bir soruşturma yapılmadığını ve bir dava açılmadığını tespit etmiş, ulusal mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararında başvuru hukukunun kendilerini suçlayan ifadelerine ne ölçüde dayanıldığını incelemeyi gerekli görmeksizin, Sözleşme'nin 6(1). fıkranın ihlaline karar vermiştir (*Levinta*, §101-106).

Mahkeme, *Hulki Güneş – Türkiye* kararında, başvuru hukukunun gözaltında gördüğü muamelelerin Sözleşme'nin işkence ve insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna vardığını kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre Türk mevzuatı, soruşturma sırasında elde edilen ve fakat mahkemede reddedilen ikrarlara sanığın mahkûmiyeti açı-

sından belirleyici sonuçlar bağlamaz görünmektedir. Mahkeme, ceza hukukunda kanıtların kabul edilebilirliği sorununu soyut olarak incelemenin Mahkeme'nin işi olmadığını belirtmiştir. Ancak bu davada DGM'nin olayın esasına girmeden önce insanlık dışı bir yöntemle elde edilen bir kanıtın dosyaya kabul edilmesi konusunu bir ön sorun olarak karara bağlamamış olmasını üzüntüyle karşıladığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bu konuda yapılacak bir ön inceleme ulusal mahkemelere, kanıt toplamada kullanılan hukuka aykırı bir yöntemi reddetme fırsatı verecektir (*Hulki Güneş, §91*). Mahkeme, bu unsuru da göz önünde tutarak ama başka bir yönden adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. Bu davada başvurusunun bu yönde bir şikâyeti bulunmadığı için kötü muameleyle elde edilen ikrarın kanıt olarak kullanılmasının adil yargılanma hakkı üzerindeki etkisi ayrıntılı bir şekilde ele alınmamıştır.

Örs ve Diğerleri – Türkiye davasında, başvuruçuların gözaltındaki ifadeleri işkence yoluyla alınmıştır. İlgili güvenlik güçleri aleyhine işkence suçlamasının dava konusu olduğu yargılama ise, zamanasını nedeniyle sona ermiştir. Buna karşılık, başvuruçuların sanık olarak yargılandıkları ceza davası tamamlanmış ve başvuruçular, gözaltında alınan ifadelerine de dayanarak suçlu bulunmuşlardır. Başvuruçuların Mahkeme'ye sundukları başvuruda sadece adil yargılanma şikâyeti yer almaktadır. Mahkeme bu davada ulusal yargı yerinin yargılama yöntemini eleştirmiş ve güvenlik kuvvetleri aleyhine açılan davanın önemini altını çizmiştir (*Örs ve Diğerleri, §59*). Bu davada mahkeme, bu kanıtların kullanılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Mahkeme, gözaltındaki muamelenin işkence düzeyine ulaşmadığı bazı olaylarda da aynı sonuca varmıştır. Mahkeme *Söylemez – Türkiye* kararında, başvuruçulardan birinin gözaltında işkence değil ama insanlık dışı muameleyle tabi tutulduğunu tespit ettikten sonra, insanlık dışı muameleyle elde edilen ikrarın başvuruçuyu aleyhindeki ceza davasında kanıt olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkardığı sonucuna varmıştır (*Söylemez, §122-125*). Mahkeme'ye göre iç hukuk, mahkemede tekrarlanmış olmadıkça gözaltında alınan ikrarlara kanıt niteliği vermez görünmesine rağmen, bu davaya konu olan olayda Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi, gözaltında insanlık dışı muameleyle elde edilen ikrarı kullanarak mahkûmiyet hükmü vermeden önce, bu ikrarın kabul edilebilirliği konusunda kendisi bir karar vermemiştir. Bu mahkûmiyet kararından bir ay kadar sonra başvuruçuya işkence yapma suçundan İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanan polisler beraat etmişlerdir (*aynı yönde, Hacı Özen kararı ve Göçmen kararı*).

Mahkeme'ye göre, bir kimsenin fiziksel şiddet ve şiddet tehdidi gibi kötü muamelelere tabi tutulduğuna dair güçlü kanıtlar varsa, bu kimsenin kendisine kötü muamelede bulunan kişiden başka bir makam önünde ikrarda bulunmuş olması veya zorlama altında vermiş olduğu ikrarını daha sonraki ifadelerinde teyit etmiş olması, bu ikrarın veya sonraki ifadelerin kötü muamelenin ve daha sonra yaşayacaklarına dair duyduğu korkunun etkisiyle verilmediği anlamına gelmez (*Harutyunyan, §65*). Kısaca işkence veya kötü muamele altında verilmiş olan ikrarlar, savcı veya hâkim önünde tekrarlanmış olsa bile, kanıt olarak kullanılamazlar.

Diğer yandan, 3. maddeye aykırı olmakla birlikte, işkence ya da insanlıkdışı olarak nitelendirilemeyen bir muamele sonucu elde edilen maddi kanıt konusunda Mahkeme, bu kanıtın dosyaya girmesinin adil yargılanma hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığı konusunu kısmen açık bırakmıştır (*Jalloh, §106*).

Jalloh – Almanya davasında, başvuruçuyu yakalanma sırasında elinde bulundurduğu küçük bir uyuşturucu paketini yutmuştur. Bunun üzerine başvuruçuyu hastaneye götürülmüş ve kendisine bu paketi çıkartabilmesi için gerekli ilaçlar zorla verilmiştir. Bunun sonucunda içinde kokain bulunan paketi dışı yoluyla çıkartmış ve bu paket ileride yapı-

lan yargılama sırasında aleyhteki temel kanıt olmuştur. Mahkeme ilk olarak bu tedbirin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Daha sonra konuyu, başvuru- rucunun talebine bağlı olarak, kanıtların değerlendirilmesi ve adil yargılanma ilkeleri açısından 6. madde çerçevesinde incelemiştir. İncelemesinde Mahkeme, ilk olarak söz konusu zorla ilaç verme işleminin iç hukuka uygun ama Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, "bir ceza yargılamasında 3. maddeye aykırı olarak elde edilen kanıtların kullanılması bu yargılamanın adilliğine ilişkin ciddi bir sorun ortaya çıkartır" (*Jalloh, §105*). Bu davada Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak işkence sonucu elde edilmiş bir ikrarın kanıt olarak dosyaya girdiği bir mahkûmiyet kararı söz konusu olduğunda, iç hukukta etkili bir soruşturma yapılmamış veya işkence yapanlar mahkûm edilmemiş olsa bile, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olarak değerlendirilebilir.

Diğer haklar ve ilkeler

Adil muhakeme hakkı, kişilerin ancak yargılamaya etkili katılabilmeleri halinde ko- runabilir. Bu çerçevede 'yargılamaya etkili katılma hakkı', adil muhakeme hakkını bü- tünlemektedir. Bu hakkın kullanımı, cezai ve cezai olmayan davalar bakımından farklıdır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6. maddesi bir bütün olarak yorumlandığında, madde- nin sanığa ceza davasına etkili bir biçimde katılma hakkı tanıdığı tartışma konusu değil- dir. Bu hak, sadece (örneğin sanığı yokluğunda yargılanmaya karşı koruyan) duruşma- da bulunma hakkını değil, aynı zamanda genel olarak duruşmada olan biteni duyabilme ya da dinleyebilme ve izleme haklarını da içermektedir. Bu haklar, çekişmeli yargılama kavramında üstü örtülü olarak yer aldığı gibi, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendindeki 'kendini bizzat savunma', (d) bendindeki 'tanıkları sorguya çekme veya sorguya çektirme', (e) bendindeki 'mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa bir çevirmenden ücretsiz yararlanma' güvencelerinden de türetilir. Esas olarak Sözleşme'nin 6. mad- desini, bir kişinin davasını bir mahkeme önünde etkili olarak savunma şeklindeki genel bir hakkı güvence altına almaktadır. Ayrıca Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, devletlere, davanın taraflarına bu hakkı güvence altına alan araçları seçme imkânı vermektedir.

Kişiler yargılamanın sonunda gerekçeli bir karar elde edebilmelidirler. Gerekçeli ka- rar hakkı da adil muhakeme hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilebilir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası mahkemeleri verdikleri kararlar için gerekçe göstermekle yükümlü tutmakla birlikte, bu yükümlülük, her iddiaya ayrıntılı bir yanıt vermenin gerekli olduğu şekilde anlaşılabilir; muhakeme sırasında ileri sürülen temel argümanların karşılanması yeterlidir (*Van de Hurk, §61*). Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası yargı yerlerinin ver- dikleri kararlarda yeterli gerekçe göstermelerini gerektirir. Gerekçe gösterme görevinin kapsamı, kararın niteliğine göre değişir ve bu görevin kapsamı olayın içinde bulunduğu şartların ışığında belirlenir (*Balabi, §27*).

Aleni yargılanma ve karar hakkı

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında yer alan bir diğer hak, 'aleni yargılanma hakkı'dır. Mahkeme, aleni yargılanma hakkından sadece yapılan duruşmaların açık olmasını değil, ama aynı zamanda duruşma yapılmasını içerecek şekilde, duruşmalı yargılanma hakkını da anlamaktadır. Mahkeme'nin içtihatlarında açıkça ortaya çıktığı üzere, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki 'aleni yargılanma', ilk ve tek dereceli bir mahkeme önünde görülen bir davada duruşma yapılmasını gerektirebilir. Özellikle bir mahkemenin maddi konuları ele alıp karar verecek olması halinde, duruşma yapması gerekir.

Duruşma ya da davanın esasının kamuya açık olarak sunulması 6. maddenin önemli ilkelerinden birisidir. Açıklık, yargı önünde bulunan kişileri kamunun denetiminden uzak

gizli bir yargılama endişesinden korumakta ve böylece kişilerin mahkemelere duyduğu güveni pekiştirmektedir (*Guisset*, §72). Bu bağlamda yargılamada şeffaflık, 6. maddenin koruduğu temel değere, adil yargılanma hakkının hayata geçmesine hizmet etmektedir (*Szücs*, §42).

Ancak elbette kimi istisnai durumlarda mahkemeler özellikle kişilerin özel hayatını korumak veya adil yargılanma hakkını güvence altına almak için bu aleniyeti kısıtlayıcı tedbirler alabilirler. Nitekim 6. maddeye göre, ‘... duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, ... adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumda ... ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümden çıkarılabilir’. Bu çerçevede örneğin bazen tanıkların güvenliğini veya mahremiyetini korumak veya adaletin gereği olarak bilgi ve fikirlerin serbestçe sunulmasını teşvik etmek amacıyla, yargılamanın aleniyetini sınırlamak gerekli olabilir.

Guisset – Fransa davasında Mahkeme, Bütçe ve Finans Disiplini Mahkemesi önünde duruşma yapılmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken Mahkeme, başvurucunun açıkça bir duruşma yapılmasını talep etmiş olmasını ve davalı Hükümetin neden duruşma yapılmadığı konusunda kabul edilebilir bir açıklama yapamamasını dikkate almıştır (*Guisset*, §72).

Buna karşılık *Hubka – Çek Cumhuriyeti* davasında Mahkeme, ulusal yargılamanın hiçbir aşamasında duruşma yapılmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bu davada idari yargı önünde görülen bir yargılama söz konusudur ve taraflar duruşma yapılmamasına itiraz etmemişlerdir. Daha sonra dava Anayasa Mahkemesi tarafından duruşmasız olarak incelenmiştir. Mahkeme’ye göre, Anayasa Mahkemesi’nin incelemesinin sadece anayasa yargısı yönüyle sınırlı olması duruşma yapılmamasını haklı gösterebilir (*Hubka*, §25).

Aleni yargılanma hakkını ‘aleni karar hakkı’ tamamlar. Kararın aleniyeti, kamunun karara ulaşabilmesini gerektirir. İlk derece mahkemesi tarafından kararın sadece hüküm fıkraları duruşmada okunmuş, gerekçeli karar da taraflara tebliğ edilmiş olabilir; ama üst mahkemenin kararı da kamunun erişimine açık değilse, aleniyet sorunu doğabilir.

Masum sayılma hakkı

Sözleşme’nin 6(2). fıkrasına göre, “hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır”. Bu madde masumiyet karinesini güvence altına almaktadır. Mahkeme kararlarına göre, sanığın suçlu olduğu hukuken henüz ispatlanmamışsa ve savunma hakkını kullanmadan verilen bir yargısal karar kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir görüş yansıtıyorsa, masumiyet karinesi ihlal edilmiş olur. Bu hakkın, hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin, bir mahkeme kararında olduğu gibi kamu makamlarının beyanlarında veya basında suçlu olduğunu ima veya ilan eden beyanlarına da uygulandığı hatırlanmalıdır. Ayrıca, suçluluğa dair çürütülmesi mümkün olmayan maddi ve hukuki karineler de masumiyet sorunu doğurabilir.

Sözleşme’nin 6. maddesinin 2. fıkrası “hakkında suç isnadı bulunan” herkese uygulanır. Mahkeme’ye göre, 6. maddenin 3. fıkrasında kullanılan “suç isnadı” (İngilizce’de “criminal charge”, Fransızca’da “accusation en matière pénale”) ve “hakkında bir suç isnadı bulunan” (İngilizce’de “charged with criminal offence”, Fransızca’da “accusé d’une infraction”) terimleri bütünüyle aynı durumları ifade eder (*Lutz*, §52).

Sözleşme’nin 6(2). fıkrası bir suç isnadı durumunda yargılamanın bütünü açısından geçerlidir. Bu madde yargılamanın sonucu ne olursa olsun, sadece suçlamanın esastan incelenmesini değil, ceza davasının bütününe düzenlemektedir. Mahkeme’ye göre, masu-

miyet karinesi sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil, başka kamu makamları tarafından da çığnenebilir.

Minelli – İsviçre davasında başvuru bir gazetecidir. Gazetede yayınlanan bir yazısında hakaret olduğu iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuş ve ceza davası açılmıştır. İsviçre hükümeti bu davada, hakaret suçunun şikâyeteye bağlı bir suç olduğunu ve onurun korunmasının esas olarak bir medeni hak olduğunu ileri sürerek, başvuru masumiyet karinesinden yararlanamayacağını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu savunmayı yerinde görmemiş ve Sözleşme'nin 6(2). maddesinin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, bir bireyin "medeni" hakkının ihlali de bazen ceza hukuku anlamında bir suç niteliğini taşır. Bir "suç isnadı" bulunup bulunmadığının saptanabilmesi için, diğer hususların yanı sıra, sanığın yürürlükteki iç hukuk kuralları karşısındaki durumunu 6. maddenin amacı ışığında incelemek gerekir. Mahkeme, bu davada İsviçre Federal Ceza Yasası tarafından tanımlanmış cezalandırılabilir suçlar arasında hakaretin de olduğuna dikkat çekmiştir (*Minelli, §28*). İç hukuktaki davada başvuru aleyhine açılan ceza yargılaması yasal zamanaşımı süresinin dolmasıyla durmuştur. Yerel mahkeme, eğer zamanaşımı olmasaydı, başvuru muhtemelen mahkûm edileceğine dayanarak, mağdur tarafından talep edilen tazminatın ve hazırlık aşamasındaki giderlerin başvuru tarafından ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme, yerel mahkeme tarafından verilen kararın masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Masumiyet karinesi aynı zamanda, ölmüş kişilerin vergi suçlarına ilişkin verilen cezai yaptırımların mirasçılara uygulanmasını da yasaklamaktadır. Ceza hukukunun temel kuralı olan masumiyet karinesi cezai sorumluluğun geride kalan kişiye yükletilmesini de engeller.

Allenet de Ribemont – Fransa davasında başvuru, polis tarafından gözaltına alınmıştı. Kişi, polis tarafından gözaltına alındığı anda, "hakkında suç isnadı bulunan" bir kişi haline gelmekte ve bu çerçevede masumiyet karinesinden yararlanmaktadır. Gözaltına alındıktan iki gün sonra Fransız polisinin üst düzeydeki bazı görevlileri bir basın toplantısı düzenlemiş ve gözaltındaki kişiyi bir cinayetin azmettiricilerinden biri, dolayısıyla da o cinayetin suç ortağı olarak kamuoyuna sunmuşlardır. Mahkeme'ye göre, basın toplantısında kullanılan ifadeler başvuru suçlu olduğuna dair açıklamalardır. Bunlar, öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunmuştur; ayrıca, yetkili yargı merciinin gerçekleri değerlendirmesi konusunda bir önyargı yaratmıştır. Bu gerekçelerle 6(2). madde ihlal edilmiştir.

Y.B. ve Diğerleri – Türkiye davasında illegal bir örgüte üye oldukları gerekçesiyle başvuru yakalanmışlardır. Yakalanmalarının hemen ardından Emniyet Müdürlüğü bir basın açıklaması yapmış ve yakalanan zanlıların fotoğraflarının basın tarafından alınmasına izin vermiştir. Dağıtılan basın açıklamasında ise, isnat edilen suçlar sayılmış ve bu zanlıların söz konusu suçları işlediğinin "saptandığı" belirtilmiştir. Bu basın açıklamasının ardından birçok gazete başvuru fotoğraflarını yayımlayarak, "suçlular yakalandı" başlıklı haberler yapmışlardır. Mahkeme, bu davada masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, ilk olarak her hangi bir devlet temsilcisinin bir zanlı veya sanığın suçluluğunun esası hakkındaki yargılama neticelenmeden o kişi veya kişilerin suçlu olduğunu açıklamalarının masumiyet karinesine zarar verdiğini hatırlatmıştır (*Y.B. ve Diğerleri, §43*). İkinci olarak Mahkeme, devlet temsilcilerinin yaptığı açıklamalarda seçtikleri ifadelerin önemini altını çizmiş ve bu çerçevede yapılan basın açıklamalarının masumiyet karinesi ışığında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir (*Y.B. ve Diğerleri, §45*). Somut olayda Mahkeme, zanlıların isimleri basına verilmiş olsa da, basın açıklamasında kullanılan ifadeleri ve fotoğraflarının alınmasına izin verilmiş olmasını dikkate alarak, masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Çelik (Bozkurt) – Türkiye davasında ise başvuru Hizbullah suç örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle yargılanmış, ancak yargılaması 4616 Sayılı kanun gereğince askıya alınmıştır. Aynı dönemde öğretmen olan başvuru mesleğinden atılmıştır. Bu işlemin iptali için idari yargı önünde açılan davada idare mahkemeleri talebi reddetmişler ve bu ret kararını gerekçelendirirken başvuru söz konusu suç işlediğinin saptandığı anlamına gelecek bir ifade kullanmışlardır. Mahkeme bu davada, idari yargıda ceza yargılamasına konu olan ve esas hakkında bir kararla sonuçlanmamış bir durumda, sanki kişinin suçluluğu sabit olmuş gibi bir ifade kullanılmış olmasını masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirmiştir (*Çelik (Bozkurt)*, §34).

Mahkeme'ye göre, her hukuk sisteminde maddi veya hukuki karineler yer alır; Sözleşme'nin bu tür karineleri kural olarak yasaklamadığı açıktır. Ancak Sözleşme'nin 6(2). fıkrası, ceza hukukunda öngörülen maddi veya hukuki karinelere kayıtsız kalmaz. Bu fıkra, devletlerin maddi veya hukuki karineleri, tehlikede olan şeyin önemini ve savunma haklarını korumayı dikkate alarak, makul sınırlar içinde tutmalarını gerektirir (*Salabiaku*, §28).

Sözleşme'nin 6(2). fıkrası aynı zamanda şüpheden sanık yararlanır ilkesini de içerir. İspat yükünün, iddia makamından sanığa geçirilmesi masumiyet karinesini ihlal edebilir.

Telfner – Avusturya kararında Mahkeme, ispat yükünü gece bir kazaya karışan aracın sahibi konumundaki davalıya geçiren ulusal mahkemelerin bu yöntemini, masumiyet karinesine aykırı olarak değerlendirmiştir. Olayda gece bir kaza olmuştur; yargılamanın konusu bu kazaya yol açan aracın şoförünün saptanması ve cezalandırılmasıdır. Araç sahibi olan başvuru ifade vermeyi reddetmiştir. Başvuru sadece polis raporunda aracın asıl sürücüsünün kendisi olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kaza gecesi evinde olmadığı da saptanmıştır. Yerel mahkemeler başvuru aracın sürekli kullanıcısı olmasına ve kaza gecesi evde olmadığına ilişkin yerel karakolda tutulan rapora dayanarak, ispat külfetini sanığa geçirmişler ve masum olduğunu kanıtlayamayan sanığın suçluluğuna karar vermişlerdir. Mahkeme ise, kazanın mağduru olan kişinin sürücüyü teşhis edemediğini, hatta kadın mı erkek mi olduğunu dahi söyleyemediğini, ayrıca başvuru kız kardeşinin de zaman zaman söz konusu arabayı kullandığının saptandığını dikkate almıştır. Kararında Mahkeme, ispat yükünün iddia makamında olduğunu ve şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Oysa bu davada ulusal mahkeme, yargılama sırasında ispat yükü iddia makamından savunmaya geçirmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum masumiyet karinesine aykırıdır.

Sözleşme'nin 6(2). fıkrası, sadece suçlamanın esastan incelenmesinde değil, ceza yargılamasının bütünü açısından geçerlidir; bu madde çerçevesinde masumiyet karinesi yalnızca "isnat edilen" belirli bir suç ile ilgili olarak geçerlidir. Sanık o suçla ilgili olarak usulüne uygun biçimde suçlu bulunduktan sonra, bu fıkra, yargılama boyunca sanığın karakteri veya davranışı konusunda ileri sürülmüş olan iddialar için geçerli değildir. Başka bir anlatımla, sanık suçlu bulunduğu 6(2). fıkra yargılama boyunca ileri sürülmüş bütün iddialar açısından artık işlemeze hale gelir (*Philips*, §35).

Sekanina – Avusturya davasında başvuru kesinleşmiş bir kararla beraat etmişti. Bunun üzerine başvuru tazminat yoluna başvurmuştur. Bu talebi reddeden Avusturya mahkemeleri kararlarında, kesin bir beraat söz konusu olduğu halde, sanığın suçluluk durumunun bir değerlendirmesine girişmişlerdi. Mahkeme'ye göre bu davada Sözleşme'nin 6(2). fıkrası ihlal edilmiştir.

Asgari sanık hakları

Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrası asgari sanık haklarını düzenlemektedir. Bu fıkranın altındaki beş bentte gösterilen haklar, 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının

özel yönlerini oluştururlar (*Vacher*, §22) ve sadece ceza davalarında, gerekirse 6(1). fıkrası ile birlikte uygulanırlar. Ayrıca bu fıkraların, sadece kovuşturma aşamasına değil, ama kolluktaki ve savcılıktaki soruşturma aşamasında da uygulandığı, yani sadece sanıkların değil, ama henüz şüpheli olanların da yararlandığı hakları içerdiği belirtilmelidir. Sözleşme'nin 6(3)(a), (b), (c) ve (e) bendelerindeki haklar, şüpheli/sanığın etkili savunma yapabilmesini sağlayan haklardır.

İsnat edilen suçun öğrenme

Madde 6(3)(a), cezayı gerektiren bir suç isnadı altında bulunan kişinin, derhal, anladığı bir dilde ve aleyhine bulunulan isnadın mahiyet ve sebebi hakkında detaylı olarak bilgilendirilmesini öngörmektedir. Kişiye resmen suç isnadının yapıldığı belge, iddianamedir. İddianamenin, sanığın savunmasını hazırlayabilmesine imkân vermek için isnat edilen suç fiillerinin yerini ve zamanını göstermesi, bu fiillerin hukuki nitelendirmesini yaparak ceza kanununda bunların karşılığı olan suç ve cezaları göstermesi gerekir. Ayrıca, bu bilgilendirme, sanığın anlayabileceği bir dilde yapılmamalıdır. Mahkeme'ye göre, sanığın, aleyhindeki isnatları anlayabilecek kadar iddianamedeki dili bildiği kanıtlanıyorsa, özet de olsa çeviri için gerekli adımlar atılmalıdır.

Salvador Torres – İspanya davasında başvuru mahkûm olduğu suçlama hakkında yeterince bilgilendirilmediği iddiasında bulunmuştur. Davanın konusu, suçun dayandığı eylemler iddianamede sayılmış olmasına karşın, bu suçla ilgili hukuki nitelendirmenin yeterince yapılmamış olduğu iddia edilmiştir. Başvurucu, iddianamede belirtilmemiş ağırlaştırıcı bir nedenle ağır bir cezaya mahkûm edilmiştir. Mahkeme ise, suç tipinin baştan itibaren değişmediğini, ağırlaştırıcı nedenin suç isnadının esas unsurlarından birisi olduğunu ve sürecin başından bu yana başvuru tarafından bilindiğini dikkate alarak, 6(3)(a) bendine aykırılık bulmamıştır.

İsnat edilen suçun kişiye anladığı dilden bildirilmesi, özellikle kendilerini yargılayan Sözleşmeciler Devletinin dilini bilmeyen yabancılar için büyük önem taşımaktadır. Yargılandığı mahkemenin dilini bilmeyen bir sanık, kendisine suç isnadı hakkında anladığı bir dilde yazılı tercüme de sağlanmamışsa, dezavantajlı bir duruma düşebilir. Mahkeme *Kamasinski – Avusturya* davasında, dava dosyasının tamamı olmasa da, esaslı dava belgelerinin tercüme edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, gerekli olan tercümenin kapsamını her sanığa “kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme” hakkını sağlayarak açıklığa kavuşturmalıdır. Her ne kadar bu hüküm ilgili bilginin yabancı bir sanığa yazılı olarak verilmesinin veya yazılı olarak tercümesinin gerekli olup olmadığını belirtmese de, “suçlamaların” sanığa bildirilmesi konusuna özel olarak dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. İddianame ceza yargılamasında hayati bir rol oynar; sanık kendisi hakkındaki suçlamaların maddi ve hukuki temeli konusunda ancak iddianamenin kendisine verildiği andan itibaren resmî olarak ve yazılı biçimde haberdar edilmiş olur (*Kamasinski*, §79). Mahkemenin dilini anlamayan bir sanık, şayet kendisine iddianamenin anlayabileceği bir dilde yazılı tercümesi sağlanmazsa dezavantajlı bir durumda kalacaktır.

İsnat edilen suçun iddianamede açık bir şekilde gösterilmemesi, bilgilendirilme hakkını ihlal eder. Mahkeme, *Mattochia – İtalya* kararında, engelli çocukları taşıyan bir servis sürücüsü olan ve çocuklardan birine tecavüz iddiasıyla yargılanıp mahkûm edilen başvuru- rucunun, isnat edilen suçun maddi olayları hakkında yeterince bilgilendirilmediği sonucuna varmıştır. İddianamede “başvurucunun ‘zihinsel engelli R’yi Kasım 1985’te Roma’da cinsel ilişkiye zorlamak suretiyle Ceza Kanunu’nun 519. maddesindeki suç işlediği’ iddia edilmiş ve yargılama sonunda 3 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tecavüz davalarının, toplum için büyük kaygı uyandıran önemli ve

hassas meseleler doğurduğunun ve çok genç veya zihinsel engelli kişilerle ilgili davaların genellikle iddia makamları ve mahkemeler için yargılama sırasında ciddi delillendirme güçlükleri çıkardığının farkında olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, mevcut olayda sanığın istisnai ağırlıkla güçlüklerle karşı karşıya bırakıldığı, iddianamede yer alan bilgilerin suçun zamanı ve yeri konusundaki ayrıntılar bakımından muğlaklıklar içerdiğini ve bu bilginin yargılama sırasında sürekli çeliştiğini ve değiştirildiğini, başvurucuya örneğin suç yerinde olmadığını kanıtlamak (*alibi*) için tanık dinletmek gibi kendisini daha pratik ve etkili bir tarzda savunabileceği gerekli fırsatlar ve kolaylıklar tanınmadığını kaydetmiş ve sonuçta Sözleşme'nin 6(3)(a) ve (b) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hükümden önce isnat edilen suçun dayanağı olan maddi olaylar hakkında sanığın bilgilendirilmemesi, Sözleşme'nin 6(3)(a) bendini ihlal eder. Mahkeme'nin *Kyprianou – Kibris* kararına konu olan olayda, bir avukat olan başvurucu, öldürme suçundan yargılanan sanığın müdafii olarak bir tanığı duruşmada çapraz sorgularken, mahkeme başkanı başvurucunun yaptığı sorguya müdahale etmiş ve ayrıntıya girmemesini istemiştir. Bunun üzerine başvurucu çapraz sorguyu durdurmuş ve müdafilik görevini bırakması için izin istemiş, mahkeme göreve devam etmesini isteyince, başvurucu mahkeme üyelerinin sorgu sırasında birbirleriyle konuştuklarını ve birbirlerine 'aşk mektupları' gönderdiklerini ve bu durumun çapraz sorguya devam etmesini engellediğini söylemiştir. Bunun üzerine mahkeme hemen başvurucudan söylediği sözler için savunma yapmasını istemiş, başvurucu kendisini yargılayabileceklerini söylemiş, bunun üzerine mahkeme 10 dakika ara vermiş ve salona döndüğünde başvurucuya mahkemeye saygısızlık suçundan 5 gün hapis cezası vermiş, ceza infaz edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, olayda dava mahkemesi başvurucuyu suçun niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirmeden suçlu bulmuştur; başvurucu, isnadın dayanağı olan maddi olayları kendisine hapis cezası verildiği sırada öğrenmiştir. Mahkeme'ye göre, olayda Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi ihlal edilmiştir (*Kyprianou*, §66).

İsnat edilen suçun yeniden nitelendirilmesi konusu da bu bend açısından değerlendirilebilir. *Sadak ve Diğerleri – Türkiye* davası, bu tür bir davaya örnektir. Başvurucular başlangıçta bölücülük ve devletin bütünlüğüne karşı çıkmakla suçlanmışlardı. Ne var ki, karar günü Devlet Güvenlik Mahkemesi kendilerinden farklı bir suç olan yasadışı bir silahlı örgüte üyelik konusunda hemen savunmalarını yapmalarını istemişti. Devlet Güvenlik Mahkemesi, bunun ardından, başvurucuların yeni suçlama konusunda savunmalarını hazırlamak için talep ettikleri ek süreyi de reddetmişti. Mahkeme, bu davada Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, 6. maddenin 3(a) bendi, sanığa yalnızca suçlamanın nedeni konusunda, yani işlemiş olduğu iddia edilen ve suçlamanın temeli olan fiiller konusunda değil, ama aynı zamanda bu fiillerin hukuki olarak nasıl nitelendiği konusunda da ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkı verir. Bu maddenin kapsamı daha genel bir hak olan adil yargılanma hakkının ışığında değerlendirilmelidir. Mahkeme'ye göre, cezai konularda sanığa kendisine isnat edilen suçlar ve bununla ilgili olarak mahkemenin bu konuda benimseyebileceği hukuki nitelendirme konusunda tam ve ayrıntılı bilgi verilmesi, yargılamanın adil olmasını güvence altına almak bakımından temel bir önkoşuldur (*Pélissier ve Sassi*, §52).

Savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma

Sözleşme'nin 6(3)(b) bendi, sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için 'yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı'nı güvence altına almaktadır. Bu fıkra, sanığın iddianemeyi veya esas hakkındaki iddiayı veya suçun niteliğinin değişebileceğini öğrendikten sonra, kendisine (ve müdafisine) savunma yapabilmesi için 'yeterli süre' verilmesini gerektirir. Bu süre, olayın içinde bulunduğu şartlara, özellikle konunun önemine, okunacak metnin hacmine, müdafisinin zamanına bağlı olarak değişir. Bu fıkradaki 'yeterli kolay-

lık' ifadesi, özellikle tutuklu bulunan sanığın savunmanın hazırlanması için müdafî ile kolaylıkla ve dinlenmeden görüşebilmesi, ayrıca sanığın mahkûmiyet ve verilebilecek ceza konusunda yetkililer tarafından toplanmış ve toplanabilecek bütün materyalleri edinmiş olması anlamına gelir.

Sanığın, savunmasını etkili olarak hazırlayabilmesi için tutuklama esnasında müdafîsi ile haberleşme imkânının bulunması gereklidir. Mahkeme burada, bu hakka herhangi bir sınırlama bulunup bulunmadığını dikkatlice inceler. *Krocher Moller – İsviçre* davasında, terör suçu işlediği iddiasıyla yargılanan ve tutukluluk süresince avukatıyla görüşme talebinde bulunan başvurusunun haklarına bazı sınırlamalar getirilmiş; bu sınırlamalar güvenlik sebebi ile gerekçelendirilmiştir. Mahkeme olayda Sözleşme'nin 6(3)(b) bendine aykırılık görmemiştir.

Avukat ile görüşme hakkı her zaman mektup ile haberleşme hakkını da içermektedir. Herhangi bir hükümlünün avukatı ile haberleşmesine getirilecek sınırlamalar da 8. maddede hükümünü gündeme getirecektir. *Domenichini –İtalya* davasında cezaevi otoritelerince sanığın avukatına yazdığı mektubun kontrol edilmiş olması, 6(3)(b) bendine aykırılık oluşturmuştur.

Sanığın savunmasını hazırlaması konusunda dava dosyasına erişiminin sağlanması büyük önem taşımaktadır. Öte yandan mahkeme, devletin, sanığın avukatının dosyaya erişimini sınırlandırabileceğine hükmetmiştir.

Sanık, mahkûmiyet kararı veya hüküm hakkında temyiz hakkına sahip ise, bu yöndeki başvurusunu hazırlayacak yeterli kolaylığa sahip kılınmalıdır. *Hadjianastassiou – Yunanistan* davasında ilgili makamların, karar metni ile başvuru için öngörülen süre hakkında sürenin bitiminden önce başvurucuya gerekli bilgiyi sağlamamış olmaları 6(3)(b) bendine aykırılık teşkil etmiştir.

Sözleşme'nin 6(3)(b) bendi, ayrıca sanığa savunmasını hazırlamak için yeterli zamanın sağlanmasını öngörmektedir. 'Yeterli zaman'dan anlaşılması gereken hususlar, davanın özelliklerine göre değişiklik göstermektedir. *Kremzow – Avusturya* davasında Mahkeme, sanığın, duruşmadan 3 hafta önce avukatının görüşünü aldığı ve böylece zamanında savunmasını hazırlama imkânına sahip olduğuna karar vermiştir.

Bizzat, müdafî vasıtasıyla veya adli yardımla savunma

Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi, sanığın savunmasını 'bizzat', 'kendi seçtiği müdafî vasıtasıyla' ve bazı koşullarda 'ücretsiz hukuki yardım alarak' yapabilmesini öngörmektedir. Bu bentteki haklardan, suçlanan kişinin yargılamanın her aşamasında, şüphelinin ise soruşturma aşamasında yararlanabileceği hatırlatılmalıdır. Soruşturmanın başlangıç aşamasında, gözaltında bulunan kişiyi müdafî ile görüşürmeden alınan ifadenin ve ifade sonucu elde edilen kanıtların aleyhinde kullanılması, yargılamanın 6. maddeye uygunluğunu etkileyebilir. Ayrıca, örneğin başka bir yerdeki cezaevinde tutulu bulunan bir sanığın istinabe yoluyla ifadesinin alınması halinde, bizzat savunma hakkı bakımından sorun doğabilir. Ayrıca sanığa ücretsiz müdafî tayin etmenin yeterli olmadığı, etkili bir şekilde hukuki yardım verilmesinin sağlanması gerektiği belirtilmelidir.

Etkili bir yasal temsil, adil bir yargılamanın en temel unsurlarından biridir. Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi altında, sanık, kendisini savunma veya yokluğunda kendisini temsil etmek üzere bir avukatın yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Bu bend gereğince adli yardım sağlanmasını isteme hakkı mutlak bir hak değildir. Sanığın, hukuki hizmet için ödeme yapabilecek yeterli güce sahip olmaması gerektiği gibi, hakkaniyet ve menfaatler dengesi de adli yardım sağlanmasını gerekli kılmalıdır.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, bu fıkradaki adil kavramı, bazı koşullarda hazırlık soruşturmasının başlarında sanığın bir müdafiden yararlandırılmasını (*Öcalan [BD], §131; Magee, §41; John Murray, §63; ve Imbrioscia, §36*), ayrıca kendisine susma ve kendini suçlamama hakkının tanınmasını (*Saunders, §68*) gerektirebilir.

Gafgen – Almanya kararında, susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen kanıtın kullanılması bağlamında Mahkeme, bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası standartlar olduğunu hatırlatmıştır. Bunların varlık nedeni, başka şeylerin yanında, sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Özellikle kendini suçlamama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleri vasıtasıyla elde edilmiş kanıtlara başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsayar (*Gafgen, §168; Kolu, §51*).

Kendini suçlayıcı ifade vermeme hakkının kullanılabilmesini sağlayan en önemli güvence, müdafiden yararlanma hakkıdır. Mahkeme Büyük Dairesi *Salduz – Türkiye* kararında gözaltında müdafiden yararlanma hakkını açıkça tanımış ve bu haktan yararlandırılmadan alınan kendini suçlayıcı ifadenin mahkûmiyet için kullanılmasının anlamını açıklamıştır. Bu kararında Mahkeme, soruşturma aşamasında elde edilen kanıtlar yargılamada ele alınacak suç isnadının çerçevesini belirleyeceğinden, soruşturma aşamasının ceza davasının hazırlanmasındaki önemini vurgulamıştır. Müdafî ile erken aşamada görüşme, Mahkeme'nin bir yargılama usulünün kendini suçlamaya karşı muafiyetin özünü ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelerken özellikle dikkat edeceği usulî güvencelerin bir parçasıdır (*Jalloh, §101*). Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, İşkenceyi Önleme Komitesinin (CPT) tavsiye kararlarında tekrar ve tekrar, tutulan bir kimsenin hukuki yardım almasının kötü muameleye karşı temel bir güvence olduğunun söylendiğini kaydetmiştir. Bu hakkın kullanılmasıyla ilgili bir istisnanın açıkça çerçevesi çizilmeli ve süreyle kısıtlanmalıdır. Bu ilkeler, özellikle ağır suçlamaların söz konusu olduğu olaylarda gerekir, çünkü demokratik bir toplum, ağır cezalarla karşılaştığı zaman adil yargılanma hakkına mümkün olan en yüksek ölçüde saygı gösterilmesini sağlamalıdır (*Salduz, §54*).

Salduz davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası gereğince adil yargılanmanın yeterince 'pratik ve etkili' olması için, müdafî ile görüşme hakkının, her olayın özel şartları içinde, bu hakkın kısıtlanmasını zorlayan koşulların varlığı gösterilmedikçe, kural olarak polis şüpheliyi ilk sorgusuyla birlikte tanınması gerektiği sonucuna varmıştır. Zorlayıcı sebepler bir müdafî ile görüşme talebinin reddini istisnai olarak haklı kılsa bile, haklılık sebebi ne olursa olsun, bu tür bir kısıtlama Sözleşme'nin 6. maddesindeki sanık haklarına haddinden fazla zarar vermemelidir (*Magee, §44*). Mahkeme'ye göre, bir müdafinin yardımı alınmadan polis sorgusu sırasında verilen kendini suçlayıcı ifadelerin mahkûmiyet için kullanılması halinde, kural olarak sanık hakları telafi edilemez bir şekilde zarar görmüş olur (*Salduz, §55*).

Salduz davasındaki sorun, bazı suçlardan gözaltına alınanların gözaltında müdafiden yararlanma hakkından yasa gereği kategorik olarak yararlandırılmamış olmalarıdır. Ancak müdafiden yararlanma hakkı tanındığı halde bu hakkı kullanmaktan feragat edenlerin verdikleri ifadeler kanıt olarak kullanılabilir mi?

Mahkeme, *Yoldaş – Türkiye* davasında, 18 Aralık 2003'te gözaltına alınıp 6 gün tutulan ve kollukta, savcı önünde ve daha sonra hâkim önünde verdiği ifade tutanaklarına göre müdafiden yararlanmak istemediğini belirtilen başvurucu, daha sonra yargılanıp ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Bu mahkûmiyette ifade ve sorgu tutanak-

larına kanıt olarak dayanılmıştır. Mahkeme gözaltındaki ifade tutanağında müdafî istemediğine dair beyanını ve bu beyanın altında imza bulunmasını, tartışma götürmeyecek bir şekilde yapılmış bir feragat olarak görmüştür (*Yoldaş, §51-54*). Ancak üçe karşı dört oyla verilen bu karar, muhalif üyelerce yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.

Yoldaş kararı *Salduz* kararını sarsmıştır, ama Mahkeme aşağıda anlatılan *Şaman – Türkiye* kararında, müdafiden yararlanma hakkından feragati içeren ve gözaltında polis tarafından düzenlenen tutanakların gerçeği yansıtmayabileceğini, dolayısıyla feragatin tartışmalı olabileceğini gözlemlenmiştir. Mahkeme *Şaman* kararında, gözaltında polis kendisine sorduğu soruları anlayacak düzeyde Türkçe bilmeyen, okuma yazması olmayan ve müdafî ile görüştürülmeyen ama gözaltı tutanağında müdafî istemediği belirtilen ve ifade tutanağına göre kendini suçlayıcı olayları detaylı olarak anlattığı görülen başvuruyla ilgili gözaltında tutulan tutanaklarının gerçeği yansıttığına ikna olmuştur. Mahkeme, bu ifadelerin kanıt olarak kabul edilip başvuruçunun mahkûm edilmesini, savunma ve çevirmenden yararlanma haklarıyla birlikte adil muhakeme hakkına aykırı bulmuştur.

Şüphelinin bir müdafîin yardımını almadan kollukta verdiği kendini suçlayıcı ifadeyi daha sonra savcı ve sorgu yargıcı önünde tekrar etmiş olması halinde bu ifade mahkûmiyet için kanıt olarak kullanılabilir mi? Mahkeme bir davada bu soruya olumsuz yanıt vermiş ve savunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Hüseyin Habip Taşkın, §21-23*).

Müdafî ile görüştürülmeden veya müdafî ile görüşme hakkından feragat ettiğini belirtmeden şüphelinin gözaltında şifahi olarak ifadesi alınabilir mi? Mahkeme, *Kolu – Türkiye* kararına konu olan olayda, gözaltında ‘şifahi ifade’ olgusuyla karşılaşmıştır. Şüphelinin müdafiden yararlanmadığı gözaltının hemen başlangıcında sözlü olarak ifadesi alınıp ve hatta arama veya yer gösterme gibi bazı soruşturma işlemleri yapıldıktan sonra ifadesinin tutanağına geçirilmesi ve bu tutanağın daha sonra duruşmada okunup mahkûmiyete esas kanıt olarak kabul edilmesi, adil yargılanma hakkının ihlal eder mi? *Kolu* davasına konu olan olay, gözaltında müdafiden yararlanma hakkının kabul edildiği 1992 yılından sonra, 1995 yılında meydana gelen, bir evden yağma suçuyla ilgilidir. Mahkeme olayda, gece saat yirmi üç sularında yakalanan başvuruçunun ifade tutanağının sabah veya öğle üzeri yazıldığına anlaşıldığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca başvuruçunun söz konusu ifadeyi imzalamadan önce en az iki kez şifahi ifadesinin alınmış olması gerektiğini, çünkü sonradan düzenlenen ifade tutanaklarının önceden alınan şifahi ifadelerle atf yaptığını ve başvuruçunun şifahi ifadelerinde suçu ikrar ettiğini söylediğini tespit etmiştir. Mahkeme’ye göre önceki sorgulamaların yapıldığı koşullar bilinmemekle birlikte, başvuruçunun kendini suçlayan beyanlarda bulunduğu açık olup, bu beyanları bir müdafîin huzurunda verdiği veya bir müdafiden yararlanma hakkı bulunduğu hatırlatıldıktan sonra bu beyanlarda bulunduğunu gösteren bir kanıt yoktur. Bu durum, söz konusu ifade tutanağında başvuruçunun bir müdafî yardımından feragat ettiğine dair sözlere güveni engellemektedir. Mahkeme’ye göre sorgulamanın yapıldığı bu koşullar, şüphelinin susmasını kırmaya yönelik psikolojik bir baskı da oluşturabilir; kaldı ki başvuruçunun muhtemelen susma hakkından hiç yararlandırılmamıştır. Mahkeme’ye göre mevcut olayda başvuruçunun müdafî yardımından yoksun bırakılması, Sözleşme’nin 6. maddesinin ilgili kişiye tanıdığı sanık haklarını olumsuz etkilemiş ve özellikle de başvuruçunun suçluluğuna işaret eden ifadeleri, daha sonra iddianamenin kilit unsurlarını oluşturmuştur. Mahkeme’ye göre mevcut olayda savunma tarafı, 6 Nisan 1995 tarihli duruşmada okunan tartışma konusu ifadelerin gerçekliğine yargılama boyunca itiraz etmiş, ancak başarılı olamamıştır. Nihayet, ilk bakışta Türk mevzuatı böylesine tartışmalı kanıtlardan yargılamanın daha sonraki aşamasında sanık aleyhine sonuca varılmasına izin vermez görünmesine rağmen, ceza mahkemesinin söz konusu ifadeleri başvuruçunun aleyhine kanıt olarak kabul etmesi,

iddia tarafının görüşünü güçlendirmiştir. Mahkeme'ye göre başvuruçunun sorgulamalar sırasında hukuki yardımdan yoksun bırakılması savunma haklarını ihlal etmiş ve daha sonra bu ihlal giderilememiştir. Mahkeme'ye göre mevzuattaki usulî güvenceler, mevcut olayda kişinin kendini suçlayıcı ifade vermeme hakkını ihlal suretiyle elde edilen ikrarların kullanılmasını önleyebilecek veya şikâyetçilerin ifadelerine karşı koymayı sağlayacak bir rol oynamamıştır (*Kolu, §51-62*).

Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi, adli yardımın etkili olması gerektiği ve devletin, hem devlet tarafından atanan müdafinin hem de sanık tarafından yetkilendirilen müdafinin sanığı yeterli ölçüde temsil edememesi durumunda sorumlu tutulacağını öngörmektedir. Bu maddenin güvence altına aldığı etkili adli yardım hakkı, sanığın polis tarafından alıkonulduğu süre boyunca kendisine bir avukata ulaşma imkânının sağlanmaması halinde ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca tutuklanan başvuruçusu, cezaevi görevlilerinin duyamayacakları bir şekilde avukatları ile görüşme imkânına sahip olmalıdır.

Tanık dinletme ve tanık sorgulama

Sözleşme'nin 6(3)(d) bendindeki haklardan birincisi, 'aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme'dir. Sözleşme'deki 'tanık' kavramının iç hukuklardaki tanık kavramından özerk bir şekilde yorumlandığı ve daha geniş bir anlama sahip olduğu belirtilmelidir (*Bönisch, §31-32*). Mahkeme'ye göre, ifadeleri ister duruşmada okunsun ister okunmasın, ifadeleri mahkemenin önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi bakımından tanık olarak görülmelidir (*Kostovski, §40*).

Mahkeme'ye göre, kural olarak bütün kanıtların tartışılabilmesi için, aleni bir duruşmada sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kural istinasız olmamakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış ise, sanık hakları Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Bu bağlamda örneğin, duruşmada tanıklıktan çekinen kişinin soruşturma aşamasında verdiği ifadeye, anonim (gizli) tanık ifadesine, yargılama sırasında bulunamayan tanığın soruşturma aşamasında verdiği ifadeye, mağdurun sadece polise verdiği ifadeye, gizli soruşturmacı tanığın raporuna, sanıkla yüzleştirilmeyen tanığın soruşturma aşamasında verdiği ifadeye, ajan provokatörün duruşmadaki ifadesine, sadece savcının aldığı tanık ifadesine, istinabe yoluyla dinlenen tanık ifadesine, sanığın gıyabında dinlenen tanığın ifadesine, suç mağdurunun hekimle görüşmesinin video kaydına, suç ortaklarının daha sonra reddettikleri gözaltındaki ifadelerine dayanılarak sanık aleyhinde mahkûmiyet kurulması, tanık sorgulama hakkı bakımından sorun doğurur.

Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ayrıca, sanığın 'lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama' hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak, sanığın 'tanık dinletme hakkı' nı da içerir. Mahkeme'ye göre, genel bir kural olarak, önlerindeki kanıtları ve sanıkların göstermek istedikleri kanıtın olayla ilgisini değerlendirmek, ulusal mahkemelere düşen bir iştir. Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi tanıkların çağırmanın uygun olup olmadığını değerlendirmeyi de kural olarak ulusal mahkemelere bırakmıştır. Bu bent, 'sanığın lehine olan bütün tanıkların çağırılmasını ve dinlenmesini gerektirmez; bu bendin esas amacı, 'aynı koşullar altında' sözcüklerinin de işaret ettiği gibi, olayda tam bir 'silahlarda eşitlik'tir. Dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinlemediğinden şikâyet etmesi yeterli olmayıp, ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemelidir. Buna rağmen, tanık dinletme talebinin gereksiz olarak reddedilmesi, bu bent bakımından bir sorun doğurabilir.

Genel bir kural olarak sanığa, aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına, ya tanık ifadesinin alındığı sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz imkânı tanınmalıdır (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §51; *Lüdi*, §49). Mahkeme, soruşturma veya kovuşturma aşamasında sanığın sorgulama imkânı bulamadığı tanığın ifadesine tek veya belirleyici kanıt olarak dayanıp mahkûmiyet kurulması halinde, sanık haklarının kısıtlanmış olacağını belirtmiştir (*Delta*, §37; *Saidi*, §43-44; *A.M. – İtalya*, §25; ve *P.S. – Almanya*, §22-24). Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6. maddesi, yargılamanın her hangi bir aşamasında sanık veya müdafî tarafından sorgulanamamış olan iddia tanığının ifadelerine dayanılarak mahkûmiyet hükmü verilmesini, ancak iki koşulun birlikte bulunması halinde mümkün kılmaktadır. İlk koşul, tanığın bulunamaması nedeniyle yüzleştirmenin yapılamamış olması halinde, yetkili makamların yüzleştirme yapabilmek için aktif olarak çaba sarf etmiş olduklarının kanıtlanması gerekliliğidir. İkinci koşul ise, söz konusu tanık ifadesinin mahkûmiyetin dayanacağı tek kanıt olmamasıdır (*Rachdad*, §24).

Tanık ifadeleri başvurunun yokluğunda ve hazırlık soruşturması sırasında alınmış ise, tanık duruşma aşamasında dinlenmelidir. Başvurucu ve müdafîsi bu ifade tutanaklarını görme ve bu ifadelerin kanıt olarak kullanılmasına karşı çıkma imkânına sahip olmuş olabilirler. Ancak Mahkeme'ye göre böyle bir imkân, başvurunun tanıkları sorgulayabileceği ve sorgulatabileceği şekilde huzura gelmelerinin ve doğrudan dinlenmelerinin yerini alamaz (*Menteş*, §32; *Hulki Güneş*, §95; *Sadak ve Diğerleri*, §63-68). Tanığı sorgulama imkânı, başvuru sadece çok ağır bir ceza aldığı için değil, fakat ayrıca kanıtların olay açısından ağırlığı ciddi biçimde sorunlu olduğu için de hayati bir önemdedir (*Osmanağaoğlu*, §50).

Mahkeme, duruşmada tanıklıktan çekinen kişinin, sanığın hazır bulunmadığı ve dolayısıyla sorgulayamadığı soruşturma aşamasında verdiği ifadelerin duruşmada okunup mahkûmiyet için kanıt olarak değerlendirilmesini adil muhakeme hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre tanık ifadelerinin duruşmada okunması kendiliğinden Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına ve 6(3)(d) bendine aykırı görülemez. Fakat bu ifadelerin kanıt olarak kullanılması Sözleşme'nin 6. maddesinin korumayı amaçladığı sanık haklarına uygun olmalıdır. Özellikle 'hakkında suç isnadı' bulunan ve Sözleşme'nin 6(3)(d) bendine göre aleyhindeki tanıkları 'sorgulama veya sorgulatma' hakkına sahip olan bir kimse, duruşmada ifadeleri okunan kişilere yargılamanın önceki aşamalarında hiç soru sorma imkânı bulamamış ise, sanık hakları yeterince korunamamıştır (*Unterpertinger*, §29-33). Mahkeme'nin *Asch – Avusturya* kararına konu olan olayda, başvuru birlikte yaşadığı kişi tarafından dövüldükten sonra şikâyetle bulunup ifade veren ve yaraları tespit eden iki raporu bulunan kadın daha sonra şikâyetten vazgeçmek istemiş ve yeniden birleştiği partneri aleyhine duruşmada tanıklık yapmaktan çekinmiş, ancak ulusal mahkemeler başvuru partnerin poliste verdiği ifadesine, polis kadının şikâyeti sırasında kadından dinlediklerine ilişkin tanıklığına ve raporlara dayanarak başvuru mahkûm etmişlerdir. Başvurunun şikâyetçi tanığı duruşmada sorgulayamamış olması nedeniyle adil yargılanma hakkı şikâyeti Mahkeme tarafından reddedilmiştir (*Asch*, §28-30).

Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, Mahkeme'ye göre bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (*Rachdad*, §24).

Mahkeme, ölmüş tanığın veya suç ortağının önceki ifadesinin duruşmada okunarak kanıt olarak kullanılmasını, olayın özel şartları içinde adil yargılanma hakkına aykırı görmeyebilir. Mahkeme, suç ortağının suçlayıcı ifadelerde bulunduktan 20 ay kadar sonra sanıklarla yüzleştirilmeden cezaevinde intihar etmesi nedeniyle duruşmada sorgulanamamasına rağmen, suç ortağının bu ifadeleri kullanılarak sanıkların mahkûm edilmelerini

adil yargılanma hakkına aykırı görmemiştir. Mahkeme'ye göre ayrıca iddia tanıklarının ifadeleri hâkim tarafından ayrıntılı bir analize tabi tutulmuştur. Suç ortaklarının birbirlerini suçlayıcı ifadeler vermiş oldukları görülmüş, sanıkların ölen suç ortağının suçu işlemesi için suç malzemesi almasına ve taşınmasına yardım ettiklerini tespit etmiş ve sanıklar suç işlendiği anda başka yerde olduklarını kanıtlamamışlardır (*Farrantelli ve Santangelo*, §52). Dolayısıyla, ölmüş suç ortağının eski ifadesinin kanıt olarak değerlendirilmesi ancak ayrıntılı bir analizle mümkündür.

Mahkeme'ye göre, bir sanığa, aleyhindeki tanık ifade verirken veya muhakemenin sonraki bir aşamasında tanığa itiraz etmesi ve soru sorması için yeterli ve düzgün bir fırsat verilip verilmediği incelenmelidir. Nitekim bulunduğu yer saptanamayan tanığın önceki ifadelerinin duruşmada okunması ve mahkûmiyet için dikkate alınması, bazı koşullarda, adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Mahkeme *Isgro – Italya* davasında, İtalya'da adam kaçırmaya ve öldürme suçlarından yargılanan ve 30 yıl kadar hapis cezasına mahkûm edilen başvuruçunun mahkûmiyetinin dayanağı olan tanık ifadelerini ele almıştır. Mahkeme'ye göre olayda ilk olarak tanık D., kimliği bilinen bir tanıktır; yetkililer bu tanığı duruşmaya çağırarak için defalarca aramışlar, arama konusunda ihmal göstermemişlerdir; dolayısıyla tanık D. duruşmada hazır bulundurulması mümkün olamamış bir tanıktır. Diğer yandan soruşturma aşamasında soruşturma yargıçısı tanık D.'yi, başvuruçunu ve suç ortaklarıyla ilgili olarak defalarca sorgulamıştır. Soruşturma yargıçısı ayrıca tanık D.'nin önceki ifadelerini başvuruçunu ve bir suç ortağının ifadeleriyle karşılaştırabilmek için iki kez yüzleştirme yaptırmıştır. Önceki bir tarihte yüzleştirme sırasında başvuruçunu tanık D.'ye doğrudan sorular sorabilme ve önceki ifadelerini tartışabilme imkânı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, bu yüzleştirme soruşturma yargıçısına, tanığın güvenilirliği konusunda şüpheleri giderebilecek her türlü bilgiyi sağlamıştır. Ceza mahkemesi ve ceza üst mahkemesi tanık D.'yi dinlememiş olmakla birlikte, tarafsızlığı itiraz konusu olmayan yargıçının verdiği ifadeler yanında, başvuruçunun karısının ifadesine ve diğer birçok tanık ifadesine ve başvuruçunun soruşturma ve yargılama aşamasında verdiği bilgilere dayanmıştır. Mahkeme'ye göre başvuruçunu Sözleşme'nin 6(3)(d) bendindeki tanık sorgulama hakkından yeterli ölçüde yararlanmış. Başvuruçunu müdafii tanık D.'nin kimliğini bilerek savunma yapmış ve böylece hem tanığın güvenilirliğine ve hem de iddiaların gerçekliğine itiraz edebilmiştir. Mahkeme'ye göre olayda sanık haklarına getirilen kısıtlama başvuruçunu adil yargılama-dan yoksun bırakacak ölçüde değildir (*Isgro*, §35-37).

Bazı olaylarda tanığın kim olduğunun sanık tarafından öğrenilmesi, sanığın kendisi ve yakınları için tehlike doğurabilir. Böyle bir durumda tanık, adının sanık tarafından öğrenilmesini, tabi ki duruşmaya da çıkıp ifade vermeyi istemeyecektir. Tanığın kimliğinin gizlenmesi bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak kimliği gizli tanığın (gizli tanık/anonim tanık) ifadesinin duruşmada okunması, adil muhakeme hakkı bakımından bir sorun doğurabilir. Soruşturma veya yargılama sırasında, sanığın kim olduğunu öğrenemediği tanığın ifadesine dayanılarak mahkûm edilmesi adil muhakeme hakkını ihlal eder mi?

Mahkeme'ye göre, mahkûmiyet kararına varırken gizli tanıkların ifadelerinin kullanılmış olması, her koşulda Sözleşme ile bağdaşmaz değildir (*Doorson*, §69). Sözleşme'nin 6. maddesinin, genel olarak tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmediği doğrudur. Ancak bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri tehlikeye girebilir. Ayrıca tanıkların ve mağdurların bu tür menfaatleri, Sözleşme'nin maddi hükümleri tarafından korunmaktadır. Bu durum Sözleşmeciler Devletlerin bu menfaatleri haksız yere zayıflatılmayacak şekilde ceza yargılamasını düzenlemeleri gerektiğini ortaya koyar. O halde, adil yargılama ilkesi, gerekirse sanıkların menfaatlerinin tanıkların veya ifade vermeye çağrılan mağdurların menfaatleriyle denge-

lenmesini gerektirir (*Doorson, §70*). Ancak Mahkeme'ye göre iddia tanıklarının isimlerinin gizliliği sürdürülecek olursa, sanık normal şartlarda ceza davasında karşılaşmayacağı güçlüklerle karşılaşacaktır. Bu nedenle Mahkeme, böyle durumlarda Sözleşme'nin 6(3) (d) bendi ile birlikte ele alınan 6(1). fıkrasının, sanığın karşılaşacağı engellerin yargısal makamlar tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesini gerektirdiğini kabul etmiştir (*Doorson, §72*). Yine Mahkeme'ye göre bir mahkûmiyetin tek başına veya belirleyici ölçüde gizli tanık ifadelerine dayandırılmaması gerekir (*Doorson, §76*).

Mahkeme'nin önüne gizli tanık ifadelerine dayanan mahkûmiyetle ilgili birçok başvuru gelmiş ve Mahkeme bu konuda içtihadının ana çizgilerini belirlemiştir. Mahkeme'ye göre, eğer savunma tarafı sorgulamak istediği kişinin kimliğinden habersiz ise, bu kimsenin önyargılı, düşmanca davranan veya güvenilmez hususiyetlere sahip biri olduğunu gösterebilme imkânından yoksun kalabilir. Bu tür bir tanıklık veya sanığı suçlayan başka beyanlar, kasten uydurulmuş veya sadece hatalı beyanlar olabilir; savunma tarafı, ifade verenin güvenilirliğini test edebilmesine veya söyleyeceklerinin inanılabilirliği üzerine kuşku çekebilmesine imkân verecek bilgiye sahip değilse, bu durumu aydınlatabilmesi oldukça zordur. Mahkeme'ye göre ayrıca, gizli tanığın duruşmada hazır bulunmaması, yargılamayı yapan ceza mahkemesinin bu kimsenin sorgu sırasında davranış ve tavırlarını gözlemlene ve böylece bu kişinin güvenilirliği hakkında kendi izlenimini oluşturmasını önler. Tanıklık yapacak olanların misillemeye uğramaktan korkmak için haklı sebepleri bulunabilir. Diğer yandan örgütlü suçla mücadelenin önemi hafife alınamaz. Organize suçlardaki artış gerekli tedbirlerin yürürlüğe koyulmasını gerektirmektedir. Ancak adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birisidir ve bu bağlamda, bu hakka saygı demokratik toplumun değerlerinin korunması bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Mahkeme'ye göre Sözleşme ceza yargılamasının soruşturma aşamasında kimlikleri gizli muhbir gibi kaynaklara dayanılmasını engellemektedir. Ancak kimlikleri gizlenmiş kişilerin ifadelerinin daha sonra mahkûmiyet için yeterli kanıt olarak kullanılması ayrı bir konudur ve bu durum, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan güvencelerle bağdaşmaz bir şekilde savunma haklarına kısıtlamalar getirmektedir (*Kostovski, §42-44*).

Gizli tanıkların devletin gücü mensupları olmaları halinde, bu tanıkların gizliliğinin korunması lehindeki gerekçeler ile sanığın menfaatlerinin dengelenmesi karşısında özel sorunlar doğurur. Bu tanıkların ve hatta ailelerinin menfaatleri Sözleşme bakımından korunmayı gerektirmekle birlikte, bu kişilerin konumlarının mağdur veya olayla ilgisi olmayan bir tanıktan bir ölçüde farklı olduğu kabul edilmelidir. Bu tanıkların devletin idari makamlarına karşı genel bir bağlılık ödevi bulunmakta olup genellikle savcılıkla bağları vardır. Sadece bu nedenle, bu tanıkların gizli tanık olarak kullanılmasına ancak çok istisnai hallerde başvurulmalıdır. Ayrıca, bu tanıkların ve özellikle gözaltına alan kolluğun görevleri, açık bir duruşmada ifade vermeyi de gerektirebilir (*Van Mechelen ve Diğerleri, §56*).

Van Mechelen ve Diğerleri – Hollanda kararına konu olan yargılamada, gizli tanıklar polislerdir. Soruşturma başladıktan sonra bu tanıklar soruşturma yargıcı ile birlikte ayrı bir odada toplanmışlar, sanıklar ve müdafileri bu odaya alınmamışlardır. Bütün iletişim ses bağlantısıyla yapılmıştır. Bu nedenle sanıklar polis tanıkların kimliklerini bilmedikleri gibi, doğrudan sorgulama sırasında bu tanıkların hal ve hareketlerini gözlemlenmeleri ve dolayısıyla güvenilirliklerini test etmeleri de engellenmiştir. Mahkeme'ye göre sanığın aleyhindeki bir tanığın kendisinin huzurunda dinlenmesi hakkına böylesi aşırı sınırlamalar konulmasının niçin gerekli olduğu veya niçin daha dar kapsamlı tedbirlerin düşünülmediği Mahkeme'ye tatmin edici bir şekilde açıklanmamıştır. Mahkeme, temyiz mahkemesinin polislere veya ailelerine karşı misilleme tehdidini değerlendirmek için ye-

terli çaba gösterdiğine de ikna olmamıştır. Mahkeme, temyiz mahkemesinin kararında başvuruçuların tehditlerde bulunma veya başkalarını buna azmettirme durumunda olup olmadıkları meselesini araştırmadığını belirtmiştir. Tanıkların gizli tutulması kararı, sadece işlenen suçun ağırlığına dayandırılmıştır; gizli tanık polislerin bir soruşturma yargıcı tarafından sorgulandıkları ve soruşturma yargıcının bu polislerin kimliklerini tespit ettiği ve çok ayrıntılı olan raporunda bu kişilerin güvenilirlikleri ve inanılabilirlikleri ile isimlerini gizleme gerekçeleri hakkında görüşlerini dile getirdiği doğrudur. Ne var ki Mahkeme'ye göre bu tedbirler, sanıkların tanıkları kendilerinin huzurunda sorgulama ve tanıkların davranış ve hareketleri ile güvenilirlikleri hakkında kendi yargılarını oluşturmalarının önemini ortadan kaldırmamıştır. Ayrıca sanıkların karşılaştıkları engellerin yukarıdaki usullerle dengelendiği de ortaya konamamıştır. Mahkeme ayrıca temyiz mahkemesinin başvuruçuları suçun failleri olarak mahkûm ederken dayandığı tek kanıtın gizli tanık ifadeleri olduğunun altını çizmiştir. Bu durumda Mahkeme, başvuruçuların mahkûmiyeti 'belirleyici ölçüde' gizli tanık ifadelerine dayandırılmış olduğunu dikkate alarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §60-63).

Kural olarak bu haklar sanığa, aleyhindeki bir tanık ya ifade verirken veya muhakemenin daha sonraki bir aşamasında, tanığa itiraz etmesi ve soru sorması için yeterli ve düzgün bir fırsat verilmesini gerektirir (*Isgro*, §34; *Luca*, §40-43). Bunun tabii sonucu olarak, bir mahkûmiyetin sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimsenin beyanlarına dayanması halinde, sanık hakları Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Sadak ve Diğerleri*, §65).

Mahkeme'nin *Hulki Güneş – Türkiye* kararına konu olan olayda başvuruçuyu, jandarmalarla çatışmaya girdiği iddiasıyla yakalanmış ve gözaltında kötü muamele görmüştür. Başvuruçuyu aleyhine açılan ceza davasında tanık olan üç jandarmanın ifadesi yol güvenliğinin az olduğu gerekçesiyle istinabe yoluyla buldukları yerlerdeki mahkemeler tarafından alınmıştır. Tanık jandarmalar sanığı biri yandan ve biri önden çekilmiş fotoğraflarından teşhis etmişler ve ceza mahkemesi jandarmaların verdikleri ifadelerle dayanarak başvuruçuyu ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Mahkeme'ye göre başvuruçuyu tanıkları sorgulama hakkından feragat etmemiştir. Tanıklar esas hakkında karar veren mahkeme önüne çıkmadıkları için yargıçlar bu tanıkların davranış ve hareketlerini gözlemlenme ve kendi izlenimlerini oluşturma imkânı bulamamışlardır. Mahkeme, başvuruçuyu istinabe yoluyla alınan tanık ifadelerine itiraz etme imkânı verilmesini önemsemiştir; ancak bu itiraz imkânını, tanıkların mahkemeye çıkmalarının ve doğrudan sorgulanmalarının yerine geçecek yeterli bir tedbir olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme'ye göre başvuruçuyu bu tanıkları soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulayamadığı halde, söz konusu ifadeler başvuruçunun mahkûmiyetinin temelini oluşturmuştur. O halde, yol güvenliği ve uzaklık gibi gerekçelerle tanıkları sanık tarafından sorgulanacağı esas hakkında karar verecek mahkemesinin huzuruna çağırılmamak ve bunun yerine tanığın bulunduğu yerde verdiği ifadeyi kanıt olarak kullanarak mahkûm etmek, adil yargılanma hakkını ihlal edebilir.

Sözleşme, sanığa tanık çağırma veya yerel mahkemeyi belirli bir sanığı dinleme konusunda zorlama hususunda sınırsız bir hak sağlamamaktadır. Tanıkların davet edilmesi ve dinlenmesi konusunda uygulanacak usul, sanığın savunmasında uygulanacak usuller ile aynı nitelikte olmalıdır ve muamelelerin eşitliği esastır. Öte yandan sanık, belirli bir tanığın dinlenmemiş olmasının yargılamaya halel getirdiğini iddia edebilir.

Çevirmenden ücretsiz yararlanma

Sözleşme'nin 6(3)(e) bendi, mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşa-

mayan sanığa ‘çevirmenden ücretsiz yararlanma hakkı’nı sağlamaktadır. Sözleşme bu bendin uygulanması için sanığın yabancı olması şartını aramamıştır. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 6(3)(e) bendinde korunan hak, mahkemenin dilini konuşamayan veya anlamayan herkese, yapılan masrafların daha sonra kendisinden istenmeyecek şekilde, bir çevirmenin ücretsiz yardımından yararlanma imkânı verir.

Ücretsiz bir tercümanın yardımından yararlanma hakkı ancak kişinin mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı durumlarda gündeme gelmekte olup kişinin ödeme yapabilecek durumda bulunup bulunmaması ile ilintili değildir.

Bu tür kolaylıkları sağlama gereği, davanın ötesinde, sanığın davayı tamamıyla anlayabilmesi ve davada etkili biçimde yer alabilmesi için ilgili tüm beyan ve belgelerin tercüme edilmesini öngörmektedir. Ancak, her iki dili de anlayabilen ve konuşabilen bir müdafinin tayini bu gereğin yerine getirilmesinde yeterli kabul edilebilir.

Brozicek – İtalya davasında bir Alman vatandaşı, İtalya sınırları içinde çeşitli suçlar nedeniyle kovuşturmaya tabi tutulmuştur. İtalyan makamları, İtalyanca bildiğini inkâr eden kişinin bu dili yeterli düzeyde bildiğinden bahisle kendisine İtalyanca bildirimde bulunma konusunda ısrarcı davranmışlar; başvurucunun aslında İtalyanca’yı yeterli düzeyde bilmediğinin anlaşılması durumunda kendisine bir çevirmen sağlayabileceğini bildirmişlerdir. Aynı şekilde, bir tercümanın yardımından yararlanma hakkı olağan olarak iletişim kuramayan fakat işaret dili ile iletişim kurabilen sağır kişileri de kapsamaktadır.

ÖNEMLİ KARARLAR

MADDENİN UYGULANABİLİRLİĞİ

17.01.1970 2689/65 DELCOURT - BELÇİKA

◆ *temyiz mahkemesinde ceza yargılaması* (adil yargılanma hakkının ceza davasında temyiz mahkemesi önündeki yargılamada uygulanmayacağı itirazı) ■ adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - karara bağlama kavramı

DAVANIN ESASI

Başvurucu ilk derece ceza mahkemesi tarafından çeşitli suçlardan 1 yıl hapis ve 2,000 Frank para cezasına mahkûm edilmiştir. Üst Mahkeme önünde yeniden yapılan yargılama sonunda başvurunun hapis cezası 5 yıla çıkarılmış, 10 yıl da kamu hizmetinde çalışma cezası vermiştir. Başvurucu bu kararları temyiz etmiştir.

Temyiz Mahkemesi, temyiz başvurusuyla ilgili aleni bir duruşma yapmıştır. Bu duruşmaya başvuru gelmiş, ancak avukatı katılmamıştır. Duruşmada Temyiz Mahkemesi rapor-törünün hazırladığı rapor okunmuş ve ardından Temyiz Mahkemesi Başsavcılığında bir savcının mütalaası dinlenmiştir. Savcı başvurunun temyiz taleplerinin reddedilmesini istemiştir. Aynı gün Temyiz Mahkemesi heyeti kapalı bir müzakere toplantısı yapmış ve başvurunun temyiz talebini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi savcısı oy hakkı bulunmaksızın, Temyiz Mahkemesinin bu kapalı müzakeresine katılmış ve kendi görüşlerini sunmuştur.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, Temyiz Mahkemesinden bir savcının Temyiz Mahkemesinin kapalı müzakeresine katılarak mütalaa vermesinin savunma hakkını ve özellikle 'silahlarda eşitlik ilkesi'ni ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği

[21-26]: Hükümet, Belçika Temyiz Mahkemesinin Belçika Anayasası gereğince davanın esasına girmediğini, temyiz talebiyle önüne gelen bir davada kişisel hak ve yükümlülükler veya suç isnadı hakkında bir karar vermediğini (determination), bu nedenle temyiz yargılaması bakımından Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olmadığını iddia etmiştir. Komisyon ise olayda 6. maddenin uygulanabilir olduğunu söylemiştir.

Mahkeme'ye göre, Temyiz Mahkemesinin bir davanın esasına girememesi, bu mahkemenin bir suç isnadının 'karara bağlanması'na karışmadığı anlamına gelmez. Temyiz Mahkemesinin görevi, dava mahkemesinin kararını onamak veya bozmakla sınırlı olmakla birlikte, verdiği karar kişinin statüsünü 'mahkûm' veya 'beraat etmiş' kişi olarak değiştirebilmekte veya sanık hakkındaki isnada konu olan suçların kovuşturulmasını sona erdirebilmektedir. Ceza yargılaması bütünsel bir yapı olup, icrai bir kararla sona erer; Temyiz Mahkemesi önündeki yargılama bu sürecin özel bir aşamasını oluşturduğundan Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının dışında kaldığını düşünmek zordur.

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, Sözleşmeci Devletleri Üst derece mahkemeleri veya Temyiz Mahkemesi kurmaya zorlamamaktadır; ancak bu tür mahkemeler kurmuş olan devletler, bu mahkemeler önünde yargılanan kişilere 6. maddedeki hakları sağlamak zorundadırlar. Sözleşmedeki anlamıyla demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı öylesine önce-

likli bir role sahiptir ki, 6(1). fıkranın dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmez. Bu nedenlerle Mahkeme, temyiz yargılamasında da 6. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmış, ancak uygulanma tarzının her davanın özel koşullarına bağlı olduğunu belirtmiştir.

08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA

◆ *askeri disiplin yargılaması* (askeri disiplin cezalarının askeri mahkeme tarafından incelenmesinin suç isnadını karara bağlamak olup olmadığı) ■ adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - suç isnadı kavramı

DAVANIN ESASI

Başvurucular, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvuruda buldukları sırada Hollanda ordusunda farklı rütbelerde mecburi askerlik görevlerini yapan kişilerdir. Başvuruculara ayrı olaylarda askeri disipline aykırı davrandıkları gerekçesiyle üstleri tarafından çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Bazı başvurucular aldıkları cezalara karşı disiplin subayına itirazda bulunmuşlardır. Disiplin subayı da başvurucuların Sözleşme'nin 5, 6 ve 10. maddelerine dayanarak yaptıkları itirazı reddetmiştir.

Başvurucular Sözleşme'nin aynı maddelerini ileri sürerek, cezaları Yüksek Askeri Mahkemede temyiz etmişlerdir. Başvurucuların cezalarının infazı durdurulmuş, ancak gözetiminde tutulmaları devam etmiştir. Askeri Mahkeme, 27 Ekim 1971'de başvurucuların mahkemenin esas hakkındaki kararını kabul edeceklerine, uyumlu davranacaklarına ve askeri disiplini bozmaya yönelik yazılımların hazırlanmasına ve dağıtımına karışmayacaklarına dair taahhütte bulunmaları üzerine, kendilerinin salıverilmelerine karar vermiştir. Bu başvurucular da bu mahkeme önünde avukatın hukuki yardımından yararlanmışlardır.

Askeri Mahkeme 17 Kasım 1971'de verdiği kararda, başvuru Dona'nın cezasını onanmış, Schul'un cezasını da dört aydan üç aya indirmiştir. Askeri Mahkeme daha sonra başvurucuların Sözleşme'nin 5, 6 ve 10. maddelerine dair iddialarını ele almıştır. Disiplin odasında hapsedilme, bu mahkemeye göre 'özgürlükten yoksun bırakma' oluşturmaz; veya Sözleşme'nin 5(1)(b) bendindeki 'hukuken öngörülmuş bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için' alınan bir tedbir olabilir.

Başvurucuların Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yaptıkları itirazlarda mahkeme tarafından reddedilmiştir: Bu mahkemeye göre, Alarm dergisini yayınlanması ile ilgili olarak yapılan disiplin soruşturması, ifade özgürlüğü gibi bir 'kişisel hak'ka müdahale veya bir 'suç isnadı'nın karara bağlanması sayılmaz. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının bu olayda uygulanabilirliği yoktur. Dona ve Schul, Askeri Mahkemenin cezaları onamasından bir kaç gün sonra, cezaları çektirilmek üzere Nieuwersluis'teki Disiplin birimine gönderilmişlerdir. Birinci ayda binadan çıkmalarına izin verilmemiş, geceleri ise bir hücrede kilitli tutulmuşlardır.

Başvurucular İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, Sözleşme'nin başka bazı maddelerinin yanında 6. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Tek başına 6. maddenin ihlali iddiası

1. 6. maddenin uygulanabilirliği

[78–79]: Başvurucular, Sözleşme'nin 6. maddesindeki bazı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet ve Komisyon ise başvurucularla ilgili uyumsuzluğun bir 'suç

isnadı' veya 'kişisel hak ve yükümlülüklerin' karara bağlanması olmadığını belirterek olayda 6. maddenin uygulanabilir olmadığını savunmuşlardır. Mahkeme'ye göre, bu olayda 6. maddenin uygulanabilir olup olmadığını tespit etmek için, önce iç hukuktaki yargılamanın 6. maddeye göre 'bir suç isnadı' ile ilgili olup olmadığını araştırılmalıdır. Hollanda hukukuna göre disiplin yargılaması olsa da, bu yargılamanın amacı, verilen cezalar vasıtasıyla isnat edilen suçları bastırmaktır; bu da ceza hukukunun genel gayesine benzer bir hedefdir.

(a) Bir 'suç isnadı'nın varlığı

[80–85]: Mahkeme'ye göre bütün Sözleşmecî Devletler değişik biçim ve derecelerde, disiplin yargılaması ile ceza yargılaması arasında bir ayrım yapmaktadırlar. Disiplin yargılaması, ceza yargılaması ile karşılaştırıldığında, bundan etkilenen kişiye verilecek ceza bakımından avantajlar sağlar; disiplin cezaları genellikle daha hafif cezalardır; kişinin adli siciline işlenmez ve çok sınırlı etkileri vardır. Öte yandan ceza yargılaması ise, daha fazla güvence sağlar.

Mahkeme daha sonra disiplin yargılamalarına 6. maddenin uygulanabilirliği sorununu ele almıştır. Bir fiilin disiplin yargılamasına veya ceza yargılamasına girmesi bakımından ulusal düzeyde kabul edilen çözüm, Sözleşme bakımından belirleyici midir? Sözleşmecî Devletlerin bir fiil veya ihmali disiplin davası içinde nitelendirmeleri, 6. maddenin uygulanmasını ortadan kaldırmı? Bu problem, bir fiil veya ihmalin iç hukukta hem disiplin yargılaması hem de ceza yargılaması içinde karma bir biçimde ele alınması halinde de ortaya çıkabilir. Bu problem, ayrıca ceza yargılaması ile disiplin yargılaması arasında tercih imkânının tanındığı hallerde de söz konusu olabilir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6. maddesinde geçen 'isnat' terimi, iç hukuklardan özerk bir varlığa sahiptir. Mahkeme, *Neumeister* kararında 'isnat' teriminin 'Sözleşme'deki anlamıyla' anlaşılması gerektiğini belirtmiştir (*Neumeister*, §18; *Wemhoff*, §39; *Ringeisen*, §110).

'Suç' teriminin 'özerkliği' sorusuna tamamen aynı yanıtın verilmesi gerekmez. Mahkeme'ye göre Sözleşme, kamu yararının koruyucuları olarak devletlerin görevlerini yerine getirirken ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında ayrım yapmalarına, belirli şartlara tabi olarak, izin vermektedir. Sözleşme, kendi koruduğu hak ve özgürlüklerin kullanılmasını biçiminde olmayan bir fiili devletlerin cezai bir fiil olarak düzenlemelerine imkân tanımıştır. Bu durum, özellikle Sözleşme'nin 7. maddesinde açıktır. Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerinin uygulanabilirliği sonucunu doğuran bir iç hukuk düzenlemesinin bulunması halinde, Mahkeme'nin kural olarak ayrıca bir uygulanabilirlik denetimi yapmasına gerek yoktur. Ancak Sözleşmecî Devletlere, bir fiili cezai yerine disiplin fiili olarak sınıflandırma veya 'karma' nitelikte fiil işleyen bir kimseyi cezai alanda kovuşturma yerine disiplin alanında kovuşturma yetkisi tanınacak olursa, Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerinin temel hükümlerinin uygulanması Sözleşmecî Devletlerin egemen iradelerine tabi kılınmış olacaktır. Böylesi geniş bir serbestlik, Sözleşme'nin amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. O halde, bir fiile iç hukukta disiplin suçu niteliği verilmesinin cezai alana gereksiz yere tecavüz etmediğine Mahkeme'nin ikna olması gerekir. Mahkeme, askeri alanda bir isnadın devlet tarafından idari (disipliner) nitelikte sayılmasına rağmen, aslında 'cezai' nitelikte olduğunun nasıl tespit edeceği sorusuna yanıt aramıştır.

Mahkeme'ye göre bu bağlamda ilkin, isnat konusu olan fiilin davalı devletin iç hukukunda ceza hukuku alanında mı, disiplin hukuku alanında mı, yoksa her ikisinde de mi düzenlendiği tespit edilmelidir. Bu bir başlangıç noktasıdır. Bu suretle elde edilen verilerin sadece biçimsel ve göreceli bir değeri vardır; bu veriler çeşitli Sözleşmecî Devletlerin mevzuatlarından çıkan ortak paydanın ışığında incelenmelidir.

İkinci olarak, fiilin gerçek niteliği, büyük bir öneme sahiptir. Bir asker, silahlı kuvvetlerin işleyişi ile ilgili bir kurala aykırı davrandığı iddiası ile karşılaştığı zaman, devlet kendi-

sine ceza hukuku yerine disiplin hukukunu uygulayabilir. Ancak Mahkeme'nin denetimi burada durmaz.

Mahkeme, ceza alma riski taşıyan kimsenin alabileceği cezanın ağırlık derecesini dikkate almayacak olursa, Mahkeme'nin denetimi sadece görüntüde kalacaktır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin benimsendiği toplumlarda, verilen cezadan kaynaklanan özgürlükten yoksun bırakma halleri, 'cezai' alana girer; ancak niteliği, süresi, infaz tarzı bakımından zarar verici (detrimental) olmayan özgürlükten yoksun bırakma halleri bunun dışındadır. Karşılaşılabilir olan yaptırımın ağırlığı, Sözleşmeciler Devletlerin gelenekleri ve Sözleşme'nin kişinin fiziksel özgürlüğüne saygıya verdiği önem, bunun böyle olmasını gerektirmektedir.

Mahkeme, olayda başvurucuların Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında 'suç isnadı' ile karşılaşmış olmalarını bu ölçülere dayanarak belirlemiştir. Bu olayla ilgili sayılabilecek 'isnat', komutanın, disiplin subayı tarafından onaylanan veya değiştirilen kararlarıdır. Karşılaşılabilir olan yaptırımın ağırlığını bu kararlar belirler; çünkü Yüksek Askeri Mahkemenin daha ağır bir cezaya karar verme yetkisi yoktur. Başvurucuların bazılarının işlediği iddia edilen fiiller Hollanda mevzuatına göre disiplin hukukuna girerken, bir kısım fiiller ceza yargılamasına da girebilmektedir.

Bütün fiiller, askeri makamlara göre, Hollanda silahlı kuvvetlerinin işleyişini düzenleyen kurallara aykırı bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, disiplin hukukunu uygulama yönündeki tercih doğrudur. Ancak Yüksek Askeri Mahkemenin verebileceği azami ceza, van der Wiel için dört günlük hafif göz hapsi, Engel'in üçüncü cezası için iki günlük ağır göz hapsi, de Wit, Dona ve Schul için üç veya dört ay süreyle disiplin odasında hapis cezasıdır. Başvuruculardan van der Wiel'in, özgürlükten yoksun bırakma oluşturmayacak kadar hafif bir cezasıdır.

Özgürlükten yoksun bırakma sayılabilecek olan Engel'in karşılaşabileceği ceza, 'ceza hukuku' alanına giremeyecek kadar kısadır. Engel bir hak ihlali tehlikesi ile karşı karşıya değildir. Zaten, Engel'in 20-22 Mart tarihlerinde göz hapsinde tutulması da, Yüksek Askeri Mahkeme tarafından 7 Nisanda verilen kararlar, cezadan düşülmüştür. Öte yandan de Wit, Dona ve Schul hakkındaki isnatlar 'cezai' alana girmektedir; çünkü bu isnatlar, özgürlükten yoksun bırakmayı kapsayan ağır cezaların verilmesini amaçlamaktadır. Yüksek Askeri Mahkeme başvuru de Wit'in cezasını, özgürlükten yoksun bırakma sayılmayan 12 günlük sıkı göz hapsi cezasına dönüştürmüştür. Ancak temyiz sonucunda verilen karar, ilk aşamada karşılaşılan yaptırımın ağırlığını hafifletmez. Sözleşme, yetkili makamları de Wit, Dona ve Schul'u daha az avantajlı olan Askeri Mahkeme önünde Askeri Ceza Kanununa göre kovuşturmaya zorlamamaktadır. Sözleşme, yetkili makamların bu başvuruculara Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvenceleri sağlamakla yükümlendirmektedir.

(b) 'Kişisel haklar' üzerinde bir 'karar verme'nin varlığı

[86–87]: Başvurucuların üçü, kendileri haklarındaki yargılamaları kişisel hakların karara bağlanmasıyla ilgili görmüşlerdir. Engel, 'toplanma ve örgütlenme hakkı'nı (md. 11), Dona ve Schul 'ifade özgürlüğünü' kişisel haklar olarak nitelemişlerdir.

Sözleşme'nin 6. maddesi, 'kişisel hakların karara bağlanması' konusunda, 'suç isnadının karara bağlanması' konusunda olduğundan daha az titizdir; çünkü maddenin birinci fıkrası her iki duruma uygulanırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece suç isnatlarına uygulanmaktadır. Dona ve Schul 'suç isnadı' ile karşılaştıkları için, 6. madde bütünüyle kendilerine uygulanacaktır. 'Kişisel haklar' bakımından maddenin kendilerine uygulanabilir olup olmadığı sorunu çözmek, hiç bir pratik sonuç yaratmayacağından, Mahkeme bu sorunu ele almayı gereksiz görmektedir. Bir suç isnadı ile karşılaşmayan Engel hakkında yapılan yargılama, 17 Mart günü evinde bulunmaması ve daha sonra kendisine verilen cezaya

uymaması nedeniyle, askeri disiplin suçu ile ilgilidir. Bu olayda bu şartlar altında, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin 'kişisel hak' olup olmadığı konusunda karar vermek gereksizdir. Kısacası, Engel ve van der Wiel'in şikâyetlerini değil, ama de Wit, Dona ve Schul'a yapılan muameleyi 6. maddeye göre değerlendirmek Mahkeme'nin görevidir. Bu nedenlerle Mahkeme, bazı başvurucular bakımından olayda Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

2. Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk

[89-89]: Başvurucular de Wit, Dona ve Schul'u yargılayan Yüksek Askeri Mahkeme 'hukuken kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri'dir. Bu mahkeme önünde adil muhakeme (fair hearing) yapılmadığına dair hiç bir belirti yoktur. Öte yandan suç isnadı ile nihai karar arasında 'makul bir süre' geçtiği görülmektedir; yargılama Dona ve Schul bakımından altı hafta, de Wit bakımından iki ay sürmüştür. Ayrıca kararlar 'aleni' olarak verilmiştir.

Mahkeme'ye göre, buna karşılık duruşmalar, Yüksek Askeri Mahkemenin disiplin yargılamaları konusunda yerleşik uygulaması çerçevesinde, tarafların huzuruyla fakat kamuya kapalı olarak yapılmıştır. Aslında başvurucular aleni yargılanma haklarının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmamışlardır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası çok genel bir şekilde, yargılamaların aleni yapılmasını öngörmektedir. Bu fıkra aleni yargılamanın istisnaları gösterilmektedir. Ancak Hükümet, kapalı yapılan yargılamanın bu istisnalardan birine girdiği şeklinde bir beyanda bulunmamıştır; dava dosyasından 'basının ve duruşmayı izleyenlerin' duruşmaya sokulmalarını gerektiren şartlar bulunduğu tespit edilememiştir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, aleni yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

[90-90]: Başvuruculara göre Yüksek Askeri Mahkeme, haklarında daha önce bir kovuşturma yapılmamış olmasına rağmen, başvurucular Dona ve Schul'un dağıtımını sadece tedbir olarak yasaklanmış bir derginin, Alarm dergisinin, yayınlanmasına katılmış olmalarını, yargılama sırasında dikkate almıştır. Başvuruculara göre, Askeri Mahkeme böylece Sözleşme'nin 6(2). fıkrasındaki masumiyet karinesini ihlal etmiştir.

Mahkeme'ye göre masumiyet karinesi hükmü, gerçekte başvurucuların tanımladığı şekilde bir alana sahip değildir. İfade tarzından da anlaşılacağı gibi bu hüküm, sadece suçun kanıtlanmasıyla ilgilidir; cezalandırmanın türü ve derecesi ile ilgili değildir. Bu hüküm, ulusal yargıcin, önüne gelen davada, suçunu sabit gördüğü sanıkların cezasını belirlerken sanıkların kişilikleri ile ilgili faktörleri dikkate almasını engellemektedir.

Mahkeme'ye göre, Yüksek Askeri Mahkeme önündeki davada Dona ve Schul'un Alarm dergisinin 8. sayısıyla ilgili işledikleri iddia edilen fiillerden ötürü suçlu oldukları hukuka uygun bir şekilde kanıtlanmıştır. Askeri Mahkeme başvurucuların kişilikleri ve önceki sicilleri ışığında sadece ceza tayin etmek amacıyla, başvurucuların da gerçekliğini inkâr etmedikleri benzer olayları dikkate almıştır. Askeri Mahkeme başvurucuların daha önceki hareketleri için ceza vermiş değildir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

[91-91]: Başvurucular, Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki çeşitli haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre, başvurucuların savunmalarını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlali iddiaları çok muğlaktır. Bu nedenlerle Mahkeme olayda savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Başvurucular ayrıca, kendini bizzat savunma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre ise, başvurucular yargılamanın çeşitli aşamalarında 'kendilerini bizzat savunma' imkânına sahip olmuşlardır. Başvurucu de Wit'e disiplin subayı önünde, diğer başvuruculara ise Yüksek Askeri Mahkeme önünde hukuki yardım sağlanmıştır.

Bu hukuki yardım kendilerinin tercihi ile, sivil hayatta avukatlık yapan bir asker tahsis edilmesi suretinde olmuştur. Bu yardımın sadece hukuki noktalarla sınırlı olması, bu olayın şartlarına bakıldığında, adaletin gerçekleştirilmesi amacı ile bağdaştırılabilir. Çünkü başvurucular, haklarındaki isnatların çok basit olan vakıaları üzerinde kendileri açıklama yapabilecek durumdadırlar. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinde korunan hakka bir müdahale yoktur. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, bizzat savunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

[91-91]: Başvurucular, yargılama sırasında tanık dinletme hakkı ile silahlarda eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre, olayda Sözleşme'nin 6(3) (d) bendine de aykırılık yoktur; çünkü bu bent, sanıkların lehine olan bütün tanıkların duruşmaya getirilmelerini ve sorgulanmalarını gerektirmez. Esas itibarıyla bu bent 'aynı şartlarda' ifadesinin de işaret ettiği gibi, tam olarak 'silahlarda eşitliği' amaçlamaktadır. Bu bent bu şartla, yetkili ulusal makamlara 6. maddenin bütününe egemen olan adil yargılama kavramına uygun düşmesi halinde, gösterilmek istenen delilin konuyla ilgisi bulunup bulunmadığı hakkında karar verme yetkisi tanımaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, tanık dinletme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Öte yandan, Mahkeme'ye göre, 1903 sayılı Yasanın 65. maddesi ile 20 Temmuz 1814 tarihli Muvakkat Kararnamenin 56. maddesi iddia makamı ile savunma makamını aynı düzeye koymaktadır. Her iki tarafın tanıkları, disiplin subayının ve Yüksek Askeri Mahkemenin gerekli görmesi halinde davet edilebilirler. Bu mevzuatın bu olayda uygulanması ile ilgili olarak Mahkeme, başvurucular aleyhine Yüksek Askeri Mahkemede her hangi bir tanığın dinlenmediğine, başvurucuların ise bu mahkemeden kendileri lehine bir tanığın dinlenmesini talep etmediklerine dikkat çekmiştir. Başvurucu de Wit'in ise gösterdiği üç tanıktan sadece birinin disiplin subayı tarafından dinlenmesi ise, Mahkeme için, tek başına 6(3)(d) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmaya yeterli değildir. Bu nedenlerle Mahkeme olayda silahlarda eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

...

8. İkiye karşı on bir oyla, 'suç isnadı' terimi bakımından Engel'e 6. maddenin uygulanabilir olmadığına;
9. Oybirliğiyle, yine 'kişisel haklar ve yükümlülükler' kelimeleri bakımından bu başvurucuya 6. maddenin uygulanabilir olmadığına;
10. Oybirliğiyle, van der Wiel'in durumuna her iki terim bakımından 6. maddenin uygulanabilir olmadığına;
11. İkiye karşı on bir oyla, Yüksek Askeri Mahkeme önündeki yargılamaların kapalı yapılması nedeniyle Wit, Dona ve Schul bakımından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
12. Oybirliğiyle, Dona ve Schul bakımından Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
13. Oybirliğiyle, Wit, Dona ve Schul bakımından Sözleşme'nin 6(3)(b) bendinin ihlal edilmediğine;
14. Dörde karşı dokuz oyla, bu üç başvurucu bakımından Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediğine;
15. Dörde karşı dokuz oyla, Wit bakımından Sözleşme'nin 6(3)(d) bendinin ihlal edilmediğine;
16. Bire karşı on iki oyla, Dona ve Schul bakımından 6(3)(d) bendinin ihlal edilmediğine;

...

KARAR VERMİŞTİR.

28.06.1984 7819/77 CAMPBELL VE FELL - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *cezaevinde disiplin yargılaması* (cezaevinde çıkan olaylarda direnme ve yaralama suçlarını işledikleri gerekçesiyle cezaevi disiplin kurulu tarafından başvurularda ceza infaz indirim karar verilmesi ve böylece bekledikleri tahliye tarihlerinin gecikmesi) ♦ adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - suç isnadı kavramı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru John Joseph Campbell 1944, ikinci başvuru Father Patrick Fell 1940 doğumlu Birleşik Krallık vatandaşlarıdır.

16 Eylül 1976'da, başvuru sahiplerinin hükümlü buldukları Albany Cezaevinde bazı olaylar meydana gelmiştir. Campbell ve Fell ile dört mahpus, başka mahpuslara yönelik muameleleri protesto etmek amacıyla cezaevinin bir koridorunda oturmuşlar ve kalkmayı reddetmişlerdir. Bu kişiler bir mücadeleden sonra yerlerinden kaldırılmışlar ve bu sırada bazı cezaevi görevlileri ile iki başvuru yarananmışlardır. Daha ağır yaralanan Campbell, tedavi için Parkhurst Cezaevi hastanesine nakledilmiş ve 30 Eylül 1976'da Albany Cezaevine geri dönmüştür. Sözü edilen olaya karışan altı mahpus, 1964 tarihli Cezaevi Tüzüğündeki bazı disiplin suçlarını işlemekle suçlanmışlardır; başvuru Campbell'e direnme veya direnmeye tahrik ile cezaevi personeline ağır müessir fiilde bulunmak suçlarıyla suçlandığı bildirilmiştir. Birinci isnat, kendisinin başka mahpuslarla birlikte olaya katılmasıyla ilgilidir; ikinci isnat ise, olay sırasında bir görevliye süpürge sapıyla vurduğu iddiasına dayanmaktadır.

Campbell cezaevi müdürü ve daha sonra cezaevi disiplin kurulu tarafından yapılan iki duruşmaya katılmamış, savunmasını yaptığı ve suçlamaları reddettiği varsayılmış ve iki suçtan toplam 570 gün infaz indirim kaybına (forfeiture of remission of sentence) uğramıştır. Campbell cezaevindeyken on beş disiplin suçundan yargılanmış ve sonuç olarak, 6 Ekim 1976 tarihli Kurul kararıyla kaybettiği 570 gün içinde olmak üzere, toplam olarak 957 gün infaz indirim kaybına uğramıştır.

İç hukuk: 1952 tarihli Cezaevleri Yasasının 25(1). fıkrası şöyledir: 'Bu Yasanın 47. maddesine göre çıkarılacak Tüzük, yine Tüzükte öngörülen süreyle hapis cezası çekmiş olan bir kimseye, kendisinin çalışkanlığı ve iyi hali göz önünde tutularak Tüzükte düzenlenecek şartlarda, cezasının infaz süresinin bir kısmının indirilmesine dair hükümler koyabilir; böylesine bir infaz indirimi gereğince cezaevinden tahliye edilen bir kimsenin cezası sona ermiş olur.'

Bu madde gereğince çıkarılmış Tüzüğün 5. maddesine göre, ömür boyu hapis cezası dışında, aldığı bir hapis cezasını çekmekte olan bir hükümlü, ceza süresinin üçte birine kadar 'infaz indiriminden yararlanabilir'. Böylece bu hüküm, bir disiplin yaptırımıyla infaz indirim kaybının azami süresini de yansıtmaktadır. Cezaevleri Yasasına ve Tüzüğe göre infaz indirimi takdirli bir tedbir olup, yetkililer tarafından mahpusları ıslaha teşvik eden sürecin bir parçası olarak görülmektedir. Uygulamada, cezasını çekmeye başlayan her hükümlüye, azami ceza indirim süresine dayanılarak hesaplanmış bir tahliye tarihi verilir; ve bir disiplin yargılaması sonucu infaz indirimini kaybetmedikçe, bu tarihte salıverilecektir. Çok ağır suçlardan başka suçlar için de hükmedilebilen infaz indirim kaybı, verilmiş olan ilk hapis cezasını arttırmaz; bu hapis cezası, tutulmanın hukuki temelini sağlamayı sürdürür. Tüzüğe göre disiplin suçu oluşturan bir davranış, aynı zamanda ceza hukukuna göre de bir suç oluşturabilir. Öte yandan direnme ve direnmeye tahrik suçları, suç için işbirliği yapmak gibi bir suçun maddi unsuruna sahip değilse, genel ceza hukukuna göre suç sayılmaz.

Disiplin Kurulu, İngiltere ve Galler'deki her cezaevi için İçişleri Bakanlığı tarafından kurulan bir organdır. Kurul üyelerinin en az ikisi sulh hakimi olmak zorundadır; diğerlerinin hukukçu olması gerekmez; İçişleri Bakanlığı tarafından üç yıl veya daha az bir süre için atanabilirler. Tüzüğü'nün 56. maddesine göre, Disiplin Kurulu tarafından verilen bir disiplin cezası İçişleri Bakanı tarafından kaldırılabilir veya hafifletilebilir; veya Bakanın talimatı doğrultusunda bunu Kurul kendisi yapar.

Başvurucular 4 Mart 1977 ile 31 Mart 1977'de yaptıkları başvurularda, başka bazı şikâyetlerinin yanında, Disiplin Kurulu tarafından, esas itibarıyla 'cezai' isnatlardan Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine uyan bir yargılama yapılmadan mahkûm edildiklerini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Campbell olayında Disiplin Kurulunun yaptığı yargılama

Başvurucu Campbell, 'kişisel haklar ve yükümlülükler ile bir suç isnadının karara bağlanmasında...' bazı güvenceler sağlayan Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerine uyan bir yargılama yapılmadan, aslında 'suç' isnadı sayılabilecek disiplin isnatları nedeniyle, Disiplin Kurulu tarafından mahkûm edildiğini iddia etmiştir.

A. 6. maddenin uygulanabilirliği

1. Bir 'suç isnadı'nın varlığı

"67. Komisyon, Campbell olayındaki Disiplin Kurulu yargılamasının, 'suç isnadı'nın karara bağlanması olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Hükümet başlıca savunma olarak bu görüşe karşı çıkmıştır.

68. Mahkeme, bu davadaki taraflarca zikredilen *Engel ve Diğerleri* davasında aynı meseleyle karşılaşmıştır. Mahkeme o davaya ilişkin 8 Haziran 1976 tarihli kararında (parag. 80-82), Sözleşme'nin 6. maddesinde anlaşıldığı şekilde 'suç isnadı' kavramının 'özerkliği'ne dikkat çektikten sonra, 21 Şubat 1984 tarihli *Öztürk* kararında (parag. 48-50) teyit ettiği şu prensipleri koymuştur: '(a) Sözleşme, kamu menfaatinin koruyucuları olarak devletlerin görevlerini yerine getirirken iç hukuklarında suç kategorileri arasında ayırım yapmalarına ve aralarına bir çizgi çekmelerine karşı değildir; fakat bu suretle yapılan sınıflandırma Sözleşme bakımından belirleyici değildir. (b) Sözleşmeciler Devletler bir suçu cezai olmak yerine 'idari' olarak sınıflandırma yetkilerini Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerinin temel hükümlerinin işleyişini devre dışı bırakmak için kullanacak olurlarsa, Sözleşme'nin bu hükümlerinin uygulanması devletlerin egemen iradelerine tabi kılınmış olacaktır. Bu suretle devletlere tanınan serbestlik genişleyecek ve Sözleşme'nin amacına uygun olmayan sonuçların ortaya çıkma ihtimali doğacaktır.

69. Mahkeme, *Engel ve Diğerleri* kararında 'cezai' ile 'idari' arasındaki çizgiyi çekerken, dikkatini olayın ilgili olduğu askerlik alanına hasretmişti. Mahkeme tabi ki cezaevi konusunda da, güvenlik kaygıları ve kamu düzeninin korunması, mahpusların kuraldışı hareketlerini mümkün olduğu kadar kısa sürede ele alma, olağan mahkemelerin kullanamayacakları iyi düzenlenmiş yaptırımların varlığı ve cezaevi yöneticilerinin kendi kurumlarında disiplin için sorumluluğun sürdürülmesi konusundaki talepleri gibi, uygulamaya ilişkin pratik sebeplerin bulunduğu farkındadır. Ne var ki, Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarından bir olan adil muhakeme güvencesi, Sözleşme'deki anlamıyla demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir (*Golder*, §36). *Golder* kararının da gösterdiği gibi adalet, cezaevinin kapısında duramaz; duruma göre mahpusları Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı korumadan yoksun bırakma imkânı yoktur. Buradan çıkan sonuca göre, *Engel ve Diğerleri* kararında getirilen prensipler, ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, cezaevi kurumları için de geçerlidir; yukarıda söylenen sebepler, burada da Sözleşme'nin

6. maddesinin amacına ve gayesine uygun olarak ‘cezai’ olan ile ‘idari’ olan arasında bir çizgi çekilmesi gereğini ortadan kaldırmaz. O halde, Campbell aleyhindeki yargılamanın Sözleşme bakımından ‘cezai’ olana girmiş görülüp görülemeyeceği belirlenmelidir. Bunun için Mahkeme, bağlamın farklılığına gerekli özeni göstererek, o kararda belirtilen kriterleri uygulama yetkisinin bulunduğunu düşünmektedir.

70. Belirlenmesi gereken birinci mesele, tartışma konusu fiilleri tanımlayan metnin iç hukuk sistemine göre ceza hukukuna veya disiplin (idare) hukukuna veya her ikisine de girip girmediğidir (*Engel ve Diğerleri*, §82). İngiliz hukukunda, Campbell’e isnat edilen fiillerin disiplin hukukuna girdiği açıktır. Tüzüğün 47. maddesi, mahpusun yaptığı bu tür bir eylemin ‘disiplin suçu’ olduğunu belirtmekte ve cezaevi disiplin rejimine göre nasıl ele alınacağını gösteren kurallarla devam etmektedir. Bunların ‘cezai bir eylem ve mesele’ olmadığını söyleyen Üst Mahkemenin iç hukuktaki St. Germain davasında verdiği karar, iç hukukta Disiplin Kurulu yargılamalarının ceza hukuku dışında kaldığını teyit etmektedir. Bu kararda Yargıç Shaw, bu tür bir yargılamanın esas itibarıyla bir iç disiplin yargılaması olduğunu, kuraldışı bir davranışı kamu hukukuyla ve kamu yararıyla ilişkili olarak ele alma anlamına gelmediğini ve cezaevi hudutları içinde düzenin sürdürülmesi gibi sınırlı bir hedefe yönelip gerçekleştirmeye çalıştığını açıklamıştır. Mahkeme İçişleri Bakanlığının, diğerlerinin yanında işte bu sarıh niyetle, 1952 tarihli Cezaevi Kanununun 47(1). fıkrası tarafından kural koymakla yetkilendirildiğini not etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, iç hukuktaki McConkey ve Tarrant davalarında, Disiplin Kurulu yargılaması ile ceza yargılaması arasında bazı paralellikler kurulduğunu da not etmektedir.

71. Her halükarda, ulusal hukukun bu konuda ne söylediği sadece görelî bir ağırlığa sahiptir; fiilin esas niteliği, önemi daha büyük olan bir faktördür (*Engel ve Diğerleri*, §82). Bu noktada, mahpusların kuraldışı davranışlarının çeşitli biçimlerde olabileceği aklıda tutulmalıdır; bazı fiiller bir iç disiplin meselesi olmaktan başka bir şey değilken, diğer bazılarına aynı gözle bakılamaz. İlk olarak, bazı olaylar diğerlerinden daha ağırdır; fiilleri derecelendiren Tüzük, Campbell tarafından işlenen fiilleri ‘özellikle ağır’ fiiller içinde göstermektedir. İkinci olarak, bazı eylemlerin cezaevinde işlenmiş olmaları, onların hukuka aykırı oldukları gerçeğini değiştirmez. Tüzüğe göre suç oluşturan bazı eylemler, ceza hukukuna göre de suç oluşturabilir. O halde, bir cezaevi görevlisine karşı ağır bir biçimde şiddet kullanma, ‘müessir fiil’ suçuna karşılık gelebilir; direnme ve direnmeyle tahrik, genel ceza hukukunda suç değilken, buradaki önemli olaylar suç için işbirliği suçu olarak görülebilir. En azından teorik olarak, bu tür davranışların hem ceza ve hem de disiplin yargılamasına tabi olmalarını engelleyen bir şey bulunmadığı hatırlanmalıdır. Mahkeme’ye göre bu faktörler, kendi başlarına başvurunun suçlandığı fiillerin Sözleşme bakımından ‘cezai’ olarak görülmesine yol açmak için yeterli olmasalar da, bu fiillere saf bir disiplin meselesiyle tamamiyle örtüşmeyen bir renk vermektedir.

72. O halde, yukarıda geçen *Engel ve Diğerleri* kararı ile *Öztürk* kararında söylenen son kritere dönülerek, Campbell’in risk altına girdiği cezanın ağırlığının derecesi ve niteliğine bakılmalıdır. Kendisine verilebilecek azami cezalar arasında şunlar yer almaktadır: Disiplin Kurulunun karar verdiği tarihte infaz indiriminin tümüyle kaybı ki bu süre üç yıldan biraz az bir süredir; bazı ayrıcalıkların süresiz olarak kaybı; her bir suç için birlikte çalışmaktan mahrumiyet; kazançlar üzerine stopaj konulması ve azami 56 gün süreyle hücreye kapatılma. Gerçekten de başvurucuya 570 gün infaz indirim kaybı verilmiş ve 91 gün süreyle belirtilen diğer cezalara tabi tutulmuştur. İnfaz indiriminin ve indirim kaybının niteliği, hem St. Germain davasında ve hem de Sözleşme organları önünde çokça tartışılmıştır. İngiliz hukukuna göre infaz indirimi, takdiri bir işlemdir. İngiliz mahkemeleri tarafından bir haktan çok teknik bir ayrıcalık olarak görülmüştür. Fakat St. Germain davasında Üst Mahkeme’ye göre, ‘infaz indirimi bir ayrıcalık verilmesi şeklinde olabilir ise de, infaz indiriminin kaybı, aslında buna tabi tutulan kişinin haklarını etkileyen

bir ceza veya mahrumiyettir.' Mahkeme ise, ayrıcalık ile hak arasındaki ayrımın şu anki amaç bakımından pek yardımcı olmayacağını düşünmektedir. Bundan daha da önemlisi, infaz indirimi uygulaması hükümlüde hapis cezasının normalde (indirimsiz hali ile) sona ereceği tarihten önce özgürlüğüne kavuşacağına dair haklı bir beklenti yaratır ki bir hükümlü disiplin yargılamasıyla infaz indirimini kaybetmedikçe bu infaz indirimi vasıtasıyla hesaplanmış tahliye gününde serbest kalır. O halde infaz indirim kaybı, hapis halinin bu beklentiye karşılık gelen süreden daha fazla sürmesine sebep olur. Yukarıdaki düşünce, St. Germain davasında Yargıç Waller'ın aşağıdaki ifadesiyle teyit edilmektedir:

'...bir hükümlü cezasını alıp da cezaevine geldiği zaman, kendisine tam infaz indirim kredisi açılır ve en erken hangi tarihte tahliye olacağı söylenir. Bu ister bir hak isterse bir ayrıcalık olsun, bir hükümlü infaz indirim kaybı kararı almadıkça, o tarihte salıverileceğini bekler. Yargıç Reid 'haklardan veya ayrıcalıklardan' mahrumiyeti eşit derecede önemli görmüş olup, ben de kendisine katılmaktayım. İndirimin bir hak mı yoksa bir ayrıcalık mı olduğu, benim görüşüme göre önemsizdir. Gerekli olan tek şey, 720 gün kayba uğrayan [X]'in durumunu incelemektir. Bunun bir sonucu olarak [X], en erken tahliye tarihinden sonra yaklaşık iki yıl daha yatacaktır. Kaybettiği şey, gerçekten çok önemli bir ayrıcalıktır.' ([1979] 1 All England Law Reports, pp. 723j-724b).'

Mahkeme, yukarıda geçen *Engel ve Diğerleri* kararında (parag. 82), bir ceza (punishment) olarak verilebilen özgürlükten yoksun bırakmanın, genel olarak 'cezai' alana giren bir yaptırım (penalty) olduğunu söylemiştir. Mevcut olayda, Kurul kararından sonra bile, ilk hapis cezası hapisliğin hukuki temeli olarak kalmış ve buna hiçbir şey eklenmemiştir. Ne var ki Mahkeme'ye göre, Campbell'a kanunen verilebilecek infaz indirim kaybı ve hâlihazırda kendisi için hükmedilmiş indirim kaybı, tutulma süresi bakımından o denli ağır sonuçlar doğurmuştur ki bu yaptırımların Sözleşme açısından 'cezai' nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Bir hapisliği, olabileceğinden çok daha uzun bir süre devam ettiren bir yaptırım, teknik olarak özgürlükten yoksun bırakma oluşturmaya bile, özgürlükten yoksun bırakmaya çok yaklaşmış olmaktadır. Sözleşme'nin amacı ve gayesi, bu ağırlıkta bir tedbirin 6. maddedeki güvencelerle birlikte verilmesini gerektirir. Başvurucuya daha sonra yeniden önemli sayıda indirim günü verilmiş olması, varılan bu sonucu değiştirmez.

73. O halde, Campbell'in suçlandığı fiillerin 'özellikle ağır' karaktere sahip olması ve alabileceği ve bu olayda aldığı cezanın niteliği ve ağırlığı dikkate alındığında, Mahkeme, Campbell'in olayında Disiplin Kurulu yargılamasına, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre kendisine, infaz indirim kaybından başka, uygulanmış olan ve uygulanmış olabilecek bulunan yaptırımları incelemek gerekli değildir."

19.04.2007 63235/00 VILHO ESKELINEN ve Diğerleri -FİNLANDIYA

- ◆ *kamu görevlisi ile devlet arasında iş uyuşmazlığı* (polislerin devlete karşı ek tazminat konusunda açtıkları davanın uzun sürmesi ve Yüksek İdare Mahkemesi tarafından duruşma yapılmaması) ■ *adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - kişisel hak kavramı*

DAVANIN ESASI

Finlandiya vatandaşı olan 8 başvuru Finlandiya'nın Sonkajarvi Emniyet Müdürlüğünde çalışan polis memurları ve yardımcı hizmetler sınıfında çalışan kişilerdir.

1986 yılında yapılan bir toplu sözleşmeyle uzak bölgede görev yapmaları nedeniyle kendilerine özel tazminat ödenmesi öngörülmüştür. 1988 yılında yapılan toplu sözleşmeyle bu özel tazminat kaldırılmış, ücretlerinin azalmasını telafi etmek için bireysel ücret zammı verilmiştir. Ancak başvuruçular 1 Kasım 1990'da buldukları yerden daha uzak bir polis

merkezinde görevlendirilmişler ve bu bireysel tazminatlarını kaybetmişlerdir. Ancak başvurucular Kuopio Emniyet Müdürünün kendilerine tazminat ödeneceğine dair söz verdiğini ileri sürmüşlerdir. O tarihte ücret zamları konusunda yetkili olan Maliye Bakanı 3 Temmuz 1991’de başvuruculara aylık 500-700 Fin Markı tutarında ek tazminat verilmesi talebini reddetmiştir. 1 Ekim 1992’de yerel emniyet güçleri bakımından ücret zamlarına ilişkin karar verme yetkisi Bölge İdare Kurullarına devredilmiştir. Başvurucuların Bölge İdare Kuruluna kayıplarının tazmin edilmesi için yaptıkları başvuru 19 Mart 1997’de reddedilmiştir. Başvurucular 15 Nisan 1997’de Bölge İdare Kurulunun kararına karşı Bölge İdare Mahkemesine açtıkları dava, maaşları etkileyen ücret artışlarının düzeltilmesi Bölge İdare Mahkemesinin yetkisi dışında kaldığı gerekçesiyle 8 Haziran 1998’de reddedilmiştir. Başvurucuların bu kararı temyizi üzerine Yüksek İdare Mahkemesi 27 Nisan 2000 tarihinde verdiği kararla başvuruculara Emniyet Müdürü tarafından verilen taahhütlerin hiçbir hukuki sonucu bulunmadığı gerekçesiyle temyizi reddetmiştir.

Başvurucular, memur olarak çalışma koşullarına ilişkin yargılamanın çok uzun sürmesi ve davanın herhangi bir aşamasında bir duruşmanın yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına dayanarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Tarafların görüşleri

Başvurucular, polis memuru sıfatlarından dolayı bazılarının 6. maddenin uygulanabilir olmadığına ilişkin Hükümetin savunmasına karşı çıkmışlardır. Başvurucular hizmet ve ücretlerinin kamu hukukunun verdiği gücü kullanmakla ilişkili olmadığını vurgulamışlardır. Başvuruculara göre bu hak özel hukuk karakteri taşımaktadır. Ücretlerinin miktarı işveren ile işçi arasında yapılan toplu sözleşme tarafından düzenlenmiş sözleşmesel bir meseledir. Başvurucular, görev yerlerinin değişmesine karar verilmesinden ötürü şikâyetçi olmadıklarını vurgulamışlardır. Bu dava kamu gücünün kullanımı, işe alma, terfi ya da işe son vermeyle de ilgili değildir. Ayrıca uyuşmazlık emekli aylıklarıyla da bağlantılıdır.

Hükümet ise yardımcı hizmetliler sınıfında olanlar dışında, başvurucuların görevlerinin kamu hukukuna verilen gücün kullanımına doğrudan katılım olduğu ve bu görevlerin devletin genel menfaatlerini korumak üzere oluşturuldukları gerekçesiyle olayda Sözleşme’nin 6. maddenin uygulanabilir olmadığını savunmuş ve bu bağlamda *Pellegrin – Fransa* kararına (parag. 66) dayanmıştır. Hükümet ayrıca, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 6. maddesini polis teşkilatında görev yapan bir avukat bakımından uygulanamaz bulunduğu *Veresova - Slovakya* ([k.k.], no. 70497/01) kararında gösterdiği gerekçelere gönderme yapmıştır. O kararda Mahkeme, ‘emniyetin görev ve sorumluluklarının niteliği göz önüne alınarak, başvurucunun çalışmasının kamu gücünün kullanımına ve devletin genel menfaatlerini korumayı amaçlayan görevlere doğrudan bir katılım olarak görülebileceği’ne hükmetmiştir. Hükümet ayrıca, söz konusu maaş zammına ilişkin yasadan doğan bir hak bulunmadığı gerekçesiyle de Sözleşme’nin uygulanabilirliğine itiraz etmiştir. Hükümet, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir bulması halinde, bu fıkranın ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.

B. Mahkeme’nin görüşü

1. 6. maddenin uygulanabilirliği

(a) Bir hakkın varlığı

“40. İlk olarak Mahkeme, mevcut davada bir ‘hak’ bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Mahkeme’nin içtihatlarında belirtilen ilkeler uyarınca (*Pudas*, §31), iç hukukta tanınmış olduğu -en azından savunulabilir gerekçelerle- iddia edilen bir ‘hak’ üzerindeki uyuşmaz-

lık, gerçek ve ciddi bir uyuşmazlık olmalıdır; bu uyuşmazlık bir hakkın fiilen varlığıyla ilgili olmayabilir, fakat hakkın kapsamına ve kullanılma biçimine ilişkin de olabilir; ve nihayet yargılamanın sonucu söz konusu hak bakımından doğrudan belirleyici olmalıdır.

41. Mahkeme, Bölge Emniyet Müdürlüğünün başvuruculara tazminat taahhüt etmiş olmasının tartışılmadığını kaydeder. Ayrıca dava dosyası başvurucularinkinden tümüyle farklı olmayan durumlarda kişilere özgü ücret zamlarının verilmiş olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki ulusal mahkemeler başvurucuların iddialarını temelsiz olma nedeniyle reddetmemişlerdir. Başvurucuların iddialarının reddedildiği doğru olmakla beraber, idare mahkemeleri başvuruyu esastan incelemiş sayılırlar ve bu suretle onların hakları üzerindeki uyuşmazlığı karara bağlamışlardır. Mahkeme başvurucuların bu olaylar silsilesi içerisinde bir haklarının bulunduğu savunulabilir gerekçelerle iddia edebilecekleri kanaatindedir. (*Neves e Silva kararı, s. 14, §37*).

(b) Hakkın kişisel niteliği

42. İkinci olarak Mahkeme, Hükümetin yukarıda geçen *Pellegrin* kararına dayanarak polis memurları gibi kamu görevlilerinin hizmet koşullarına ilişkin meselelerin madde kapsamına girmemesi sebebi ile Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olmadığına ilişkin savını incelemiştir. Mevcut dava, memur olan ilk beş başvurucunun ve sonuncu başvuru Bay Hannu Matti Lappalainen'in bir ücret zammı almaya haklarının bulunup bulunmadığının karara bağlandığı bir yargılama ile ilgilidir. Bu sorunu karara bağlamak üzere Mahkeme *Pellegrin* kararının ardağını ve varlık nedenini (ratio'sunu) ve daha sonraki olaylarda nasıl uygulandığını hatırlatmalıdır. 1. İctihadın özeti:

43. *Pellegrin* kararından önce Mahkeme, devlet memurlarının işe alınma, terfi etme ve hizmetinin sona ermesine ilişkin uyuşmazlıkların genel bir kural olarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamı dışında kaldığına hükmetmiştir. Bu kapsam dışında bırakmaya ilişkin genel kuralın sınırları bazı diğer kararlar ile çizilmiş ve açıklığa kavuşturulmuştur. Örneğin *Francesco Lombardo* (parag. 17) ve *Massa – İtalya* (parag. 26) kararlarında Mahkeme başvurucuların şikâyetlerinin memurların 'işe alınmaları' veya 'terfi etmeleri' ile ilgili olmadıklarını ama sadece dolaylı olarak hizmetin sona erdirilmesiyle ilgili olduklarını, çünkü hizmetin sona ermesinden sonra doğan sıf maddi hakları içerdiğini kabul etmiştir. Bu koşullar altında Mahkeme İtalyan Devletinin söz konusu emekli aylıklarını ödeme yükümlülüğünü yerine getirirken 'takdir yetkisi' kullanmıyor olması ve özel hukuka tabi bir iş sözleşmesinin tarafı olan bir işverenle benzerliği karşısında başvurucuların iddialarının Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında 'kişisel' nitelikte olduğuna karar vermiştir.

44. Öte yandan, *Neigel - Fransa* (parag. 44) davasında başvurucunun itiraz ettiği karar memuriyet kadrosuna yeniden alınma talebinin reddine ilişkin bir karar olup Mahkeme bu kararın başvurucunun 'işe alınması', 'terfi etmesi' ve 'hizmetinin sona ermesiyle ilgili bir karar olduğunu belirtmiştir. Ancak başvurucunun yeniden işe alınmış olsaydı alacak olduğu maaşların ödenmesine ilişkin talebi de, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını uygulanabilir kılmamıştır; çünkü idare mahkemeleri tarafından böyle bir tazminata hükmedilmesi, 'yeniden işe almamanın hukuka aykırı olduğuna dair doğrudan bir ön tespite dayanacaktır'. Bu nedenle Mahkeme, uyuşmazlığın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında 'kişisel' bir hakka ilişkin olmadığına karar vermiştir.

45. Diğer kararlara göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, söz konusu talebin, ücretin ödenmesi gibi 'tamamen ekonomik' bir hakka (*De Santa, §18; Lapalorcia, §21; ve Abenavoli, §16*) ya da 'esas itibarıyla ekonomik' bir hakka (*Nicodemo, §18*) ilişkin olduğu durumlarda uygulanmış ve 'ilgili makamların takdir yetkisi' tartışma konusu yapılmamıştır (*Benkessiouer, §29-30; Couez, §25; Le Calvez, §58; ve Cazenave de la Roche, §43*).

46. Mahkeme *Pellegrin* kararına konu olan olayı incelemeye başladığında yukarıdaki içtihadının, kamu sektöründe çalışanların hizmet koşullarına ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yükümlülüklerinin kapsamı hususunda bir dereceye kadar belirsizlik bulunduğunu düşünmüştür. Mahkeme, 'kamu görevi' (civil service) terimine özerk bir yorum getirmek suretiyle bu belirsizliğe son vermek istemiştir. Mahkeme bu yorumun Sözleşme'ye taraf devletlerde çalışmaya ilişkin ulusal sistem ne olursa olsun ve ayrıca idari makam ile kamu görevlisi arasındaki ilişki ne olursa olsun, aynı veya eşdeğer görevleri yapan kamu görevlilerine eşit davranılmasına imkân vereceğini düşünmüştür.

47. Bu amaçla Mahkeme, çalışanın görev ve sorumluluklarının niteliğine dayanan işlevsel bir kriter getirmiştir. Genel yarara ilişkin veya kamu hukukunca verilen gücün kullanımına katılmayı içeren görevlerde bulunanlar devletin egemen gücünün bir kısmını ellerinde tutmaktadır. Bu nedenle, devletin bu memurlardan özel bir güven ve sadakat bağıyla bağlanmalarını istemekte meşru menfaati vardır. Öte yandan 'kamu yönetimi' unsuru içermeyen diğer kadrolar bakımından böyle bir menfaat bulunmamaktadır (*Pellegrin*, §65). Bu sebeple Mahkeme, sadece görev tanımları kamu hizmeti faaliyeti olarak belirlenmiş kamu görevlilerince çıkarılan uyuşmazlıkların –bu kamu görevlilerinin devletin ya da diğer kamu kurumlarının genel yararını korurken kamu gücünü elinde bulunduran sıfatıyla hareket ettikleri durumlarda– Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamı dışında bırakıldığına hükmetmiştir. Bu tür faaliyetlerin açık bir örneği, silahlı kuvvetler ve polis faaliyetleridir (*Pellegrin*, §66). Mahkeme, idari makamlar ile kamu hukukunca verilen gücün kullanımına katılmayı içeren memuriyetleri işgal eden görevliler arasındaki her hangi bir uyuşmazlığa Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanmasının gerekmediği sonucuna varmıştır (*aynı karar*, §67).

48. Mahkeme, *Pellegrin* kararındaki üslubunun kategorik olduğunu gözlemlemektedir; memuriyetin söz konusu kategoriye ait olması halinde uyuşmazlıkların niteliklerine bakılmaksızın bütün uyuşmazlıklar Sözleşme'nin 6. maddesinin dışında tutulmuştur. Bir tek istisnaya izin verilmiştir: emekli maaşlarına ilişkin bütün uyuşmazlıklar Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamı içerisinde kalmıştır; çünkü emeklilikle birlikte, çalışanlar ile ilgili makamlar arasındaki bağ kopmaktadır; bundan sonra çalışanlar kendilerini bütünüyle özel hukuka tabi olarak çalışanlarla benzer bir durum içerisinde bulmaktadırlar. Bu durumda onları devlete bağlayan özel güven ve sadakat ilişkisi kesilmekte ve çalışan artık devletin egemen gücünün bir kısmını elinde tutamaz hale gelmektedir (*aynı karar*, §67).

49. Mahkeme'nin işlevsel bir kriteri uygularken, Sözleşme'nin konusuna ve amacına uygun olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının sağladığı güvencelere ilişkin istisnaların dar yorumlanması gerektiğini vurguladığını kaydetmek gerekir (*aynı karar*, §64-67). Bu durum, kamu görevlilerinin kendilerine sağlanan pratik ve etkili korumadan yoksun bırakılabilirlikleri durumları sınırlandıracaktır (*Frydlander [BD]*, §40). 2. İchtihadın geliştirilmesine ihtiyaç olup olmadığı:

50. Bu konudaki içtihadın gelişme zincirinin önemli halkalarından biri olan *Pellegrin* kararı, başvurusunun memuriyetinin yetki ve görevleri dikkate alınarak kamu hukukunca verilen gücün kullanımına doğrudan yahut dolaylı katılımını ve devletin veya diğer kamusal makamların genel menfaatlerini korumak üzere tasarlanmış görevleri gerektirip gerektirmediğini her bir olayda ayrı ayrı tespit etmeye elverişli bir kavram temin etmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle başvurusunun, bu memuriyet kategorilerinden birinin içinde gerçekten de kamu gücünün kullanımına giren nitelikte, yani başvurusunun pozisyonunun devlet hiyerarşisi içerisinde yeterince önemli ya da bir devlet gücünün elde tutulduğundan bahsedilebilecek düzeyde olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

51. Bununla beraber mevcut dava, işlevsel kriterin bizzat kendisinin anormal neticelere yol açabileceğini göstermiştir. Söz konusu dönemde başvurusular İçişleri Bakanlığında

çalışmaktadır. Bunlardan beşi, yukarıda tanımlanan kamu hizmetinin özel faaliyet türlerinden olan polis memuru olarak çalışmaktadır. Bu faaliyet türü, kamu hukukunca verilen gücün kullanımına doğrudan katılımı ve devletin genel menfaatlerini korumak üzere düşünülmüş işleri yapmayı gerektirmektedir. Yardımcı hizmetler sınıfından olan başvurucununki ise, herhangi bir karar verme yetkisinin veya kamu gücünün doğrudan ya da dolaylı diğer bir kullanımının söz konusu olmadığı tamamen idari bir görevdir. Dolayısıyla onun görevi, kamu sektöründe ya da özel sektörde çalışan herhangi büro çalışanın görevinden farklı değildir. Yukarıda değinildiği gibi *Pellegrin*, polisi açıkça kamu gücünün kullanımına ait olan faaliyetlerin tam bir örneği olarak göstermiş ve bu suretle bütün bir kategoriye Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamı dışında bırakmıştır. *Pellegrin* kararındaki yaklaşımın tam anlamıyla uygulanması halinde, mevcut davada yardımcı hizmetler sınıfından olan başvurucular Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan haklardan yararlanacak oldukları halde, polis memuru olan diğer başvurucuların yararlanamayacakları açıkça ortaya çıkmıştır. Uyuşmazlığın bütün başvurucular bakımından aynı olduğu gerçeği ise dikkate alınmayacaktır.

52. Üstelik *Pellegrin* davasından beri karara bağlanmış davalar üzerinde yapılan bir inceleme, başvurucuların görevlerinin niteliğini ve statüsünü tayin etmenin kolay bir iş olmadığını göstermektedir; kaldı ki başvurucunun çalıştığı kamu hizmeti kategorisi, onun gerçek rolü üzerinden her zaman açıkça ayırt edilememektedir. Bazı davalarda bireyin görevlerinin nitelikleri dikkate alınmaksızın Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğini kaldırmak için yeterli olan belirli bir kamu hizmeti sektörüne dâhil olma ölçüsü kolayca anlaşılmasaydı. Örneğin *Kepka – Polonya* kabuledilebilirlik kararında (no. 31439/96 ve 35123/97) Mahkeme, başvurucunun yangın söndürme işine uygun olmamasına rağmen, kariyeri süresince ulusal itfaiye hizmetinde öğretmen olarak çalıştığını; araştırma yapma ve hassas bilgilere erişimi kapsayan bu görevlerin devletin egemen gücünü kullandığı sivil savunmanın alanına girdiğini ve başvurucunun en azından dolaylı olarak devletin genel menfaatlerini korumak üzere tasarlanmış görevlerin yerine getirilmesine katıldığı kabul etmek gerektiği kanaatine varmıştır (bk. aksi yönde, *Frydlender*, §39). Bu durumda 6. madde uygulanamazdı. Bir diğer örnek, başvurucunun Rus donanmasının faal bir memuru, üçüncü derece bir kaptan olduğu ve dolayısıyla 'devletin egemen gücünün bir kısmını elinde tutma' kapasitesine sahip olduğu *Kanayev – Rusya* kararında (27 Temmuz 2006 tarihli 43726/02 numaralı karar, parag. 18), uyuşmazlık konusunun seyahat masraflarına ilişkin lehteki bir mahkeme kararının icra edilmemesi olmasına rağmen, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Yukarıda geçen *Veresova – Slovakya* kararında polis teşkilatında görev yapan bir avukat bakımından emniyet hizmetinin bir bütün olan görev ve yetkilerinin niteliğine dayanarak ve başvurucunun emniyet teşkilatı içerisindeki bireysel rolünü açık bir biçimde dikkate almaksızın bu teşkilatta görev yaptığını bakarak, bu avukat Sözleşme'nin 6(1) fıkrasının dışında bırakılmıştır.

53. Üstelik kelime anlamıyla alındığında 'işlevsel yaklaşım'ın, başvurucunun pozisyonunun bir devlet görevlisi olarak diğer herhangi bir davacıdan farklı olmadığı uyuşmazlıkları ya da bir diğer ifadeyle işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın özellikle 'özel bir güven ve sadakat bağı' ile işaretlenmediği durumları da Sözleşme'nin 6. maddesinin dışında bırakmayı gerektirmesi bilhassa dikkat çekicidir.

54. Bununla beraber Büyük Daire'nin, Daire gibi (13 Ocak 2004 tarihli kabuledilebilirlik kararı) fakat farklı nedenlere dayanarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu sonucuna ulaştığı *Martinie - Fransa* ([k.k.], no. 58675/00, §30) kararında, uyuşmazlığın niteliğinin değil, ama başvurucunun pozisyonun belirleyici (desicive) olduğu kabul edilmiştir. Daire, başvurucunun yükümlülüklerinin Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında 'kişisel' oldukları sonucuna varırken, esas itibarıyla başvurucu ile devlet arasındaki uyuş-

mazlığın niteliğini, yani yetkisiz olarak yapılan ödemeleri geri ödeme yükümlülüğünü göz önüne almış, Büyük Daire ise başvuruçunun kamu gücünün kullanımına hiçbir katılımı olmaksızın bir okulda muhasebeci olarak çalışmış bir memur olduğunu dikkate almıştır.

55. Mahkeme, işlevsel kriterin uygulamada kullanıldığı şekliyle, bir devlet memurunun taraf olduğu davaya Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilir olup olmadığının analiz edilmesini basitleştirmedeği ya da bu alana amaçlandığı gibi daha büyük bir kesinlik de getirmedeği sonucuna varabilir (*Perez - Fransa [BD]*, §55).

56. Bu ardalın karşısında ve bu nedenlerden ötürü Mahkeme, *Pellegrin* davasında benimsenen işlevsel kriterin daha ileriye götürülmesi gerektiği kanısındadır. Mahkeme'nin güçlü nedenler bulunmadan daha önceki davalarda verilen emsallerden ayrılması hukuki belirginliğin (legal certainty), önceden öngörülebilirliğin ve hukuk önünde eşitliğin yararına olmakla birlikte, Mahkeme'nin dinamik ve evrimci (evolutive) bir yaklaşımı sürdürmemesi bizzat Mahkeme'nin kendisinin, reformların veya gelişimin önünde bir engel haline gelmesi riskini içermektedir. (*Mamatkulov ve Askarov – Türkiye [BD]*, §121).

57. *Pellegrin* kararı, Mahkeme'nin daha evvelki içtihadının ardalını ile birlikte değerlendirilmeli ve Sözleşme'nin 6. maddesinin kamu hizmetine uygulanabilir olmadığına ilişkin önceki ilkedden, kısmi kabuledilebilirliğe doğru atılan bir adım olarak anlaşılmalıdır. *Pellegrin* kararı, bazı devlet memurlarının görevleri gereği, işverenlerine özel bir güven ve sadakat bağı ile bağlı oldukları temel öncülünü yansıtmıştır. Bununla birlikte şimdiye değin karara bağlanmış olan davalarda, pek çok Sözleşmeci Devlette devlet memurlarına özel sektör çalışanlarına benzer bir şekilde ücret ve ödenekler ve hatta işten çıkarılma ya da işe alınmaya ilişkin şikâyetleri için mahkemeye başvurma imkânının verildiği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede ulusal sistem, devletin hayati önemdeki çıkarları ile bireyin korunma hakkı arasında bir çatışma görmez. Gerçekten de Sözleşme veya Protokoller kamu hizmetinde çalışmaya ilişkin bir hakkı güvence altına almamakla birlikte, bu durum devlet memurlarının başka bakımlardan Sözleşme'nin kapsamı dışında kaldıkları anlamına gelmemektedir (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali*, §60; ve *Glaserapp*, §49).

58. Dahası Sözleşme'nin 1 ve 14. maddeleri, Sözleşmeci Devletlerin 'egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes'in, 'herhangi bir sebeple ayrımcılık yapmadan', Bölüm I'deki hak ve özgürlüklerden yararlandırmasını öngörür (*Engel ve Diğerleri*, §54). Genel bir kural olarak Sözleşme'deki güvenceler, devlet memurlarını da kapsamına alır (*Schmidt ve Dahlström*, §33; *Engel ve Diğerleri*, §54; *Glaserapp*, §49; ve *Ahmed ve Diğerleri*, §56).

59. Bu nedenle *Pellegrin* kararında savunulan işlevsel kriterin dar yorumunu benimseyerek herhangi bir başvuruçuyu kategorisini Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının koruması dışında bırakmak için ikna edici nedenlerin bulunması gerekir. Polis memuru ve idari yardımcı muadili olan başvuruçuların, ödeneklere ilişkin şikâyetlerini ulusal hukuka göre bir yargı yerinde inceletirme haklarının var olduğu mevcut davada, Sözleşme'nin adil olmayan ya da makul sürede görülmeyen davalara karşı getirdiği korumanın kaldırılmasını gerektirebilecek, devletin etkili bir biçimde faaliyette bulunmasına veya bir diğer kamusal zaruretin bulunduğuna ilişkin herhangi bir gerekçe ileri sürülmemiştir.

60. Mahkeme, genelde yararlı bir rehberlik yapan Avrupa [Birliği] hukukuna (*Christine Goodwin [BD]*, §43-45, 92 ve 100; *Posti ve Rahko*, §54 ve *Meftah ve Diğerleri [BD]*, §45) bakarak, *Pellegrin* kararının, dolaşım özgürlüğü istisnasıyla bağlantılı olarak Avrupa Komisyonu ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nca listelenen faaliyet ve memuriyet kategorilerinden destek aradığını kaydeder (parag. 66). Bununla beraber Mahkeme, bir kadın polisin ayrımcılık yasağına ilişkin yönetmeliğe dayanarak açtığı *Marguerite Johnston - Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* davasında (Dava 222/84,

[1986] ECR 1651, parag. 18), Lüksemburg Mahkemesi'nin verdiği dönüm noktası sayılabilecek kararında, yargısal denetim lehine daha geniş bir yaklaşım uyguladığını gözlemlemektedir. Lüksemburg Mahkemesi kararını şöyle gerekçelendirmiştir: 'Konsey'in 76/207 sayılı direktifinin 6. maddesinde öngörülen yargısal denetim şartı, üye devletlerde müşterek olan anayasal geleneklerin altında yatan genel bir ilkeyi yansıtır. Ayrıca bu ilke, 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ve 13. maddelerinde de yer almaktadır. Avrupa Parlamentosu'nun, Konsey'in ve Komisyon'un 5 Nisan 1977 tarihli ortak deklarasyonlarında ... ve mahkemenin kendi kararlarında kabul edildiği üzere, Sözleşme'nin dayandığı ilkeler Topluluk hukukunda dikkate alınmalıdır.' Topluluk hukuku ile bağlantılı olan alanlardaki bu ve diğer içtihatlar, AB hukukunda yargısal denetimin uygulanabilirlik kapsamının geniş olduğunu işaret etmektedir. Eğer bir birey topluluk hukukunca güvenceye bağlanmış yasal bir hakkına dayanabilirse, onun bir kamu gücünü elinde tutan olarak sahip olduğu statü, yargısal denetimi uygulanabilir olmaktan çıkarmaz. Üstelik Lüksemburg Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. ve 13. maddelerinin yanında (*Marguerite Johnston davası ve Panayotova ve Diğerleri - Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, Case C-327/02, [2004], ECR I-00000, §27*), Temel Haklar Şartı'na da atıf yaparak, etkili yargı denetiminin kapsamının genişliğini vurgulanmıştır.

61. Mahkeme, bazı kategorilerdeki personel söz konusu olduğunda, mahkemeye başvurunun kontrol altına alınmasında devletlerin menfaatlerinin bulunduğunu kabul etmektedir. Ne var ki, birey menfaatlerinin geri durması gereken devlet egemenliğinin doğasındaki takdir yetkisinin kullanılmasıyla ilgili kamu görevi alanlarını açıkça belirlemek Mahkeme'ye değil, öncelikle Sözleşmeciler Devletlere ve özellikle yetkili ulusal yasama organına düşer. Mahkeme, tamamlayıcılık (subsidiarity) ilkesi çerçevesinde, denetleyici rolünü oynar (*Z. ve Diğerleri [BD], §103*). Eğer bir ulusal sistem mahkemeye başvurmayı engelliyorsa, Mahkeme, uyuşmazlığın gerçekten de Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerin istisnasının uygulanmasını haklı kılıp kılmadığını araştırır; kılmıyorsa, mesele yoktur, 6. madde uygulanır. Ancak bu durum, iddiaların Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kişisel hak ve suç isnadı alanlarının dışında kaldığının görüldüğü diğer olaylardan (*vergi tahakkuku için Ferrazzini [BD] kararı; sığınma, vatandaşlık ve bir ülkede ikamet etme meseleleri için Maaouia [BD] kararı; milletvekilleri bakımından seçim uyuşmazlıklarına ilişkin kararlar için yukarıda geçen Pierre-Bloch kararı*) farklıdır. O halde bu kararın gerekçesi, devlet memurlarının durumuyla sınırlıdır.

62. Özetlemek gerekirse, davalı devletin başvuruçuyu Mahkeme önünde Sözleşme'nin 6. maddesindeki koruma kapsamının dışında bırakmak isterken onun devlet memurluğuna dayanabilmesi için, iki koşulun bulunması gerekir. İlk olarak devlet, ulusal hukukta söz konusu memuriyet ya da personel kategorisini mahkemeye başvurmanın açıkça dışında tutmuş olmalıdır. İkinci olarak kapsam dışında bırakma, devletin menfaati için objektif sebeplerle haklı gösterilebilmelidir. Başvurucunun sadece kamu hukukunca verilmiş bir gücün kullanımına katılan bir sektörde ya da bölümde görev yapması, kendiliğinden belirleyici değildir. Kapsam dışında tutmanın haklı gösterilebilmesi için devletin, söz konusu memurun kamu gücünün kullanımına katıldığını ya da *Pellegrin* kararında Mahkeme'nin kullandığı ifadelerle 'özel bir güven ve sadakat bağı'nın bulunduğunu göstermesi yeterli değildir. Devletin ayrıca, olaydaki uyuşmazlığın konusunun devlet gücünün kullanımıyla ilgili olduğunu ya da özel bağa ilişkin şüphe doğurduğunu göstermesi gerekir. Dolayısıyla prensip olarak maaşlar, ödenekler ya da benzeri haklarla ilgili olağan iş uyuşmazlıklarını, belirli bir devlet memuru ile söz konusu devlet arasındaki ilişkinin özel niteliğine dayanarak Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamı dışında tutmak için herhangi bir sebep bulunamaz. Aslında, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanacağına dair bir karine vardır. İlk olarak memur başvuruçunun ulusal hukuka göre mahkemeye başvurma hakkının bulun-

madığını ve ikinci olarak da memurunu Sözleşme'nin 6. maddesindeki hakların kapsamı dışında tutmakta haklı olduğunu göstermek, davalı hükümete düşecektir.

63. Mevcut davada başvuruçuların tümünün, ulusal hukuka göre mahkemeye başvurma hakkına sahip oldukları tartışmasızdır. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası olayda uygulanır.

64. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin vardığı sonucun, bu maddenin getirdiği çeşitli güvencelerin devlet memurlarına ilişkin uyuşmazlıklarda nasıl uygulanacağı meselesine dokunmadığını kaydeder (*ulusal mahkemelerin yapmaları gereken denetimin kapsamı için Zumtobel, §32*). Mevcut davada Mahkeme'nin bu güvencelerden yalnızca ikisini, yani yargılama süresinin uzunluğu ve duruşma yapılmasına dair güvenceleri ele alması gerekir.”

DAVA AÇILMASINI ENGELLEME

21.02.1975 4451/70 GOLDER - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *izin verilmediğinden dava açamama* (cezaevi yönetiminden avukatla görüşme izni alamayan hükümlünün kendisine iftira eden infaz koruma memuruna karşı hukuk dava açamaması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuruçusu Sidney Elmer Golder, 1923 doğumlu bir Birleşik Krallık vatandaşıdır. 1965 yılında silahlı gasp suçundan 15 yıl hapis cezasına mahkûm edilen başvuruçusu, Wight Adası'ndaki Parkhurst Cezaevinde hükümlüdür.

24 Ekim 1969 akşamı, Golder'ın da bulunduğu cezaevinin dinlenme bölümünde ciddi bir karışıklık meydana gelmiştir. Karışıklığın bastırılması sırasında yaralanan cezaevi görevlilerinden Bay Laird 25 Ekim günü kendisine saldıranları teşhis ederken, kendisine vuranlar arasında başvuruçusu Golder'ın da bulunduğunu söylemiştir. Başvuruçusu 26 Ekim günü, karışıklığa katıldıklarından kuşulanılan mahkûmlarla birlikte alınarak ayrı bir yerde tutulmaya başlanmıştır. 28 ve 30 Ekim tarihlerinde ifadesi alınan başvuruçuya bir cezaevi görevlisinin yaralanması olayına karışıp karışmadığı konusunda rapor yazılacağı bildirilmiştir. Cezaevi görevlisi Bay Laird 5 Kasım'da verdiği bir başka ifadede, başvuruçusunun kendisine saldırdığından emin olmadığını söylemiştir. Yine bir başka görevli 7 Kasım'da verdiği ifadede, ayaklanma olduğu gece karışıklığa katılmayan diğer mahkûmlarla birlikte T.V. salonunda geçirdiğini, başvuruçusu Golder'ın kendisiyle birlikte bu salonda bulunduğunu ve ayaklanmada yer almadığını söylemiştir. Başvuruçusu Golder aynı gün kendi koğuşuna geri götürülmüştür. Bu olayla ilgili kayıtlar Golder'ın cezaevi dosyasına işlenmiştir. Golder hakkında bir ceza davası açılmamış ve cezaevi dosyasına 'dava açılmamıştır' diye not düşülmüştür.

Golder, 20 Mart 1970 tarihinde İçişleri Bakanlığına yazdığı dilekçede başka bir cezaevine naklini talep etmiş ve şunları söylemiştir: 'Cezaevi görevlisi Laird'in beni, geçtiğimiz 24 Ekim günü meydana gelen olaylara katılmakla suçlayan yanlış bir ifadesinin cezaevi dosyama işlendiğini öğrendim. Bu yanlış ifadenin, şartla tahliye kurulunun şartla tahliyemi tavsiye etmesine engel olacağından kuşulanıyorum. İfadesinde bana iftira ettiği için Laird hakkında hukuk davası açmak maksadıyla bir avukata danışmak üzere izin talep ediyorum. ... Yargıç tarafından dosyamın bağımsız olarak incelenmesine izin verilmesini talep ediyorum. Bu ifadenin dosyamda yer almadığına dair yargıcın vereceği güvenciyi kabul ediyorum. İki hafta süreyle ayrı bir hücrede kalmama neden olan hakkımdaki ifti-

ranın bana başka bir zarar vermediğini öğrenirsem, iftara nedeniyle benden özür dilenmesinden sonra dava açmama gerek kalmadığını kabul edeceğim.’

İçişleri Bakanlığı tarafından 6 Nisan 1970 tarihinde verilen cevapta şöyle denilmiştir: ‘İçişleri Bakanlığı ... başka bir cezaevine nakledilme talebinizi karşılama imkânı bulamamış, dilekçenizde sözü edilen konular hakkında dava açılması için de bir neden görmemiştir.’ Başvurucu 12 Temmuz 1972 tarihinde cezaevinden şartla salıverilmiştir.

İngiltere iç hukukunda 1952 tarihli Cezaevleri Yasasına dayanılarak yapılan 1964 tarihli Cezaevi Tüzüğüne göre bir mahkûm, Devlet Bakanının müsaadesi olmadıkça, hukuki veya başka bir işle ilgili olarak bir kimseyle veya akraba ve arkadaşı dışında başka bir kimseyle iletişim kurmak hakkına sahip değildir. Yine Tüzüğe göre, hukuki veya cezai bir davada taraf olan bir mahkûmun avukatına bu davayla ilgili olarak mahkûmla görüşebilmesi için makul kolaylıklar sağlanır; görüşme bir memur tarafından izlenir, ancak dinlenemez. Ayrıca, bir mahkûmun avukatı, başka bir hukuki işle ilgili olarak bu mahkûmla Devlet Bakanının müsaadesiyle ve bir memurun gözetimi ve dinlemesi altında görüşebilir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yaptığı başvuruda, bir avukata danışması için İçişleri Bakanlığının izin vermemesi ile ilgili olarak şikâyetle bulunmuş ve Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ile 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Komisyon raporunda Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Hükümet ise Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının mahkemeye başvurma hakkı vermediğini, sadece açılacak bir davada, adil ve fıkradaki diğer koşullara uygun bir yargılanma hakkı verdiğini savunmuştur. Hükümet alternatif olarak, Mahkeme’nin 6. maddenin mahkemeye başvurma hakkını da kapsadığı sonucuna varması halinde, mahkemeye başvurma hakkının hapis tutulan kişiler bakımından sınırsız olmadığını, başvurusunun mahkemeye başvurusuna cezaevi düzeni ve disiplini için makul bir sınır getirilmesinin mümkün olduğunu ve başvurusunun bir avukata danışmasına Birleşik Krallık Hükümetinin izin vermemesinin kabul edilebilir sınırlar içinde olduğunu belirterek, olayda Sözleşme’nin 6. maddesine aykırılık bulunmadığını ileri sürmüştür.

A. Mahkeme’ye başvurma hakkı

Mahkeme, başvurusunun ‘iftira nedeniyle dava açma’ düşüncesinin gerçekleşmediğini, oysa başvurusunun dava açmada normal bir usul ve cezaevinde bulunması nedeniyle gerekli olduğu için bir avukata danışmak istediğini, İçişleri Bakanlığının başvurusunun avukatla ilişki kurmasına izin vermemekle, aslında açılması düşünülen dava için hareket geçilmesini engellendiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, İçişleri Bakanlığı başvurusunun mahkemede dava açma hakkını resmen inkâr etmeksizin dava açmasını önlediğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre hukuki engelleme (legal impediment) gibi, fiili engelleme (hindrance in fact) Sözleşme’ye aykırı olabilir. Bu nedenle Mahkeme, yapılan engellemenin Sözleşme tarafından korunan bir hakkı, özellikle de Golder’ın dayandığı 6. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemiştir.

“27. Mahkeme, daha önce tartışılmayan bir noktanın üzerinde durmuştur: haklı veya hak-sız olsun, Golder’ın İngiliz mahkemeleri önünde ileri sürmek istediği ‘hak’, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası anlamında ‘kişisel hak’tır.

28. Yinelenecek olursa, 6(1). fıkrası, mahkemeye ve yargı yerlerine başvurma hakkını açık bir ifadeyle belirtmemektedir. Bu fıkra, birbirinden farklı hakları beyan etmektedir;

ancak bu haklar aynı temel düşünceden çıkmakta ve birlikte ele alındığında, kelimenin dar anlamında açıkça tanımlanmayan tek bir hakkı oluşturmaktadırlar. Mahkemeye başvurma hakkının, bu hakkın bir unsuru veya bir yönü olup olmadığını yorum yoluyla tespit etmek, Mahkeme'nin görevidir.

29. Mahkeme'ye yapılan sunuşlar, ilk olarak Sözleşme'nin, özellikle de Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının yorumlanmasını gerektirmektedir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyon'un yaptığı gibi, konuyu Antlaşmalar Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesinin 31 ve 33. maddelerinin yol göstericiliğinde ele alacaktır. Bu Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir; 4. maddesinde de Sözleşme'nin geriye yürürlü olarak uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ancak bu Sözleşme'nin 31-33. maddeleri özü itibarıyla, Mahkeme'nin de zaman zaman başvurmuş olduğu uluslararası hukukun genellikle kabul edilen ilkelerini beyan etmektedir. Bu nedenle, Avrupa Sözleşmesi'nin yorumu için, gerektiğinde teşkilatın (Avrupa Konseyi'nin) kabul etmiş olduğu ilgili kurallar çerçevesinde, bu maddeler göz önünde bulundurulmalıdır.

30. Viyana Sözleşmesinin 31. maddesindeki 'genel kural'ın gösterdiği biçimiyle bir anlaşmanın yorumlanması süreci tek ve birleşik bir işlemdir; bu kural, bu maddenin dört fıkrasında birer birer gösterilen ve kaynaştırılmış bulunan çeşitli unsurları aynı düzeye getirmektedir.

31. Bu bağlamda ele alınan Avrupa Sözleşmesi'nin 6(1). fıkrasının ifadesi, söz konusu hakkın bu Maddede beyan edilen güvencelerin içinde yer aldığını düşünmeye neden olmaktadır.

32. İlk cümlelerin Fransızca metninde daha açık belirtiler bulunmaktadır. Kişisel uyumsuzluklar alanında bir kimsenin açtığı veya kendisine karşı açılan bir davanın, hem adil ve aleni olarak makul bir sürede görülme gibi belirli niteliklere sahip olması ve hem de esasen her hangi bir makam tarafından değil ve fakat 6(1). fıkrası anlamında bir 'mahkeme' veya bir 'yargı yeri' tarafından görülen bir dava olması gerekir (*Ringelsen kararı*, §95). ... Aynı biçimde 'uyumsuzluk', genellikle davadan önce ve ondan bağımsız olarak vardır. Hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri deyişi de, işleyişten çok örgütlenmeyi, usulden çok kurumları akla getirmektedir.

Öte yandan İngilizce metin, 'hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri'nden söz etmektedir. Bununla beraber, Hükümetin kendi iddiasını desteklemek için dayandığı 'kişisel haklarının ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında' ifadesinin, sadece görülmekte olan bir davaya işaret etmesi gerekmez. Komisyon'un da gözlemediği gibi bu ifade, 'kişisel hakları ve yükümlülükleri karara bağlayacak olan' ifadesiyle anlamdaş sayılabilir (*Komisyon raporu*, §52). O halde bu ifade, kişisel haklar ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlukların bir mahkeme veya 'yargı yeri' tarafından karara bağlanması hakkına da işaret etmektedir.

Hükümet, "adil ve aleni yargılanma" ve "makul bir sürede" ifadelerinin, yine 1. fıkranın ikinci cümlesindeki ("karar", "yargılama") sözcüklerinin ve 6(3). fıkrasının, mahkemede görülmekte olan bir davayı açıkça varsaydığını ileri sürmüştür.

Adil, aleni ve süratli bir yargılama usulüne dair hak, var olan bir davada mutlaka uygulanır; ancak burada, bir dava açma hakkının kesin olarak hariç bırakıldığı sonucuna varmak gerekmez; ... cezai konularda 'makul süre', '... hakkındaki bir suçlamanın karara bağlanmasında' yetkili dava mahkemesinin veya yargı yerinin duruşma tarihinden önce de işlemeye başlayabilir (*Wemhoff*, §64; *Neumeister (Esas hk)*, gerekçe bölümü §18; *Ringelsen (Esas hk)*, §110). Kişisel hak uyumsuzluklarında, belirli koşullarda, davacının davayı başlatan dilekçeyi mahkemeye sunmasından önce de makul sürenin işlemeye başlaması mümkündür.

33. Hükümet ayrıca, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, 5(4). fıkrasıyla ve 13. maddeyle ilişki kurulmasının gerekli olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, 13. maddenin mahkemeye başvurma hakkını açıkça tanıdığını, 6(1). fıkrasında bunu karşılayan bir hükmün bulunmamasının dikkate değer olduğunu belirtmiştir. Hükümet ayrıca, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının böyle bir başvurma hakkı verdiği biçimde yorumlanması halinde, 5(4). fıkrasının ve 13. maddenin gereksiz kalacağını ileri sürmüştür. ... Sözleşme'nin 13. maddesi, 6(1). fıkrası ve 5(4). fıkrası anlamında bir 'yargı yeri' ya da 'mahkeme' olması gerekmeyen bir 'ulusal makam' önünde hukuki bir yoldan söz etmektedir. Ayrıca hukuki yol, Sözleşme'de korunan bir hakkın ihlaline temas etmektedir; oysa 6(1). fıkrası kişisel hakların varlığına veya alanına, 5(4). fıkrası da gözaltına alma ve tutmanın hukukiliğine ilişkin iddiaları kapsamaktadır. Dahası, her üç hüküm aynı alanda işlememektedir. İki kavram arasında kısmen örtüşme olsa bile, 'kişisel haklar ve yükümlülükler' kavramı, 'bu Sözleşme'de beyan edilen hak ve özgürlükler' kavramı kadar geniş değildir. 'Özgürlük hakkı'nın (md 5) 'kişisel' niteliği, her halde tartışmaya açıktır (*Neumeister*, §23; *Matznetter*, §13; *De Wilde Ooms ve Versyp*, §86). Bunun dışında, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasında aranan koşullar, bazı bakımlardan, özellikle de 'zaman' unsuru bakımından 6(1). fıkrasında aranan koşullardan daha sıkı görünmektedir.

34. Viyana Sözleşmesi'nin 31(2). fıkrasında belirtildiği gibi bir antlaşmanın Başlangıcı, metnin bütünlüycü parçasını oluşturur. Ayrıca Başlangıç, yorumlanacak olan belgenin 'amacını' ve 'maksadını' tespit etmek için genellikle çok yararlıdır. Avrupa Sözleşmesi'nin Başlangıcının bu dava bakımından en önemli pasajı, imzacı Hükümetlerin, 'siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak mirasa ve benzer düşünceye sahip olan Avrupa ülkelerinin Hükümetleri sıfatıyla, (10 Aralık 1948 tarihli) Evrensel Bildiri'de ifade edilen bazı hakları birlikte yerine getirmek için girişimde bulunmayı kararlaştır'dıklarını açıkladıkları pasajdır. ... İmzacı Hükümetlerin 'Evrensel Bildiride ifade edilen bazı Hakları birlikte yerine getirmek için girişimde bulunmayı' kararlaştırmalarının bir nedeni, hukukun üstünlüğüne olan derin inançlarıdır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının hükümlerini kendi bağlamlarında ve Sözleşme'nin maksadının ve amacının ışığında yorumlarken yaygın olarak ilan edilmiş bu düşünceleri akılda tutmak, Viyana Sözleşmesi'nin 31(1). fıkrasındaki iyi niyet ilkesine uygun görünmektedir. Sözleşmeye taraf olan Devletlerin, Sözleşme'nin (eski) 66. maddesine göre üye olduğu bir örgütlenme olan Avrupa Konseyi'nin Statüsü, hukukun üstünlüğüne iki yerde göndermede bulunmaktadır: ilki, imzacı devletlerin bu ilkeye bağlılıklarını teyit ettikleri Başlangıç; ikincisi, 'Avrupa Konseyi' Üyeleri hukukun üstünlüğü ilkesini kabul eder...' diyen 3. maddesi. Kişisel hak uyuşmazlıklarında mahkemeye başvurma ihtimalinin bulunmadığı yerde, hukukun üstünlüğünü düşünmek zordur.

35. Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) bendi, ' taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilir uluslararası hukukun bütün ilgili kuralları'nın bağlamlarıyla birlikte göz önünde bulundurulmaları gerektiğine işaret etmektedir. Bu kurallar arasında hukukun genel ilkeleri ve özellikle 'uygar ülkelerce tanınmış hukukun genel ilkeleri' de yer almaktadır (Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38(1). fıkrasının (c) bendi). Avrupa Konseyi Danışma Meclisi Hukuk Komitesi, daha 1950'de 'Komisyon ve Mahkeme'nin bu tür ilkeleri uygulaması gerektiğini' önceden görmüş ve Sözleşme'ye bu konuda özel bir hüküm eklemenin 'gereksiz' olacağını düşünmüştür. Kişisel uyuşmazlığın yargıç önüne getirilmesi ilkesi, hukukun genellikle 'tanınmış' temel ilkelerindedir; aynı kural, adaletten mahrumiyeti yasaklayan uluslararası hukukun ilkeleri için de geçerlidir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, bu ilkeler ışığında okunmalıdır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, bir mahkeme önünde daha önce başlamış olan bir dava ile sınırlı olarak anlaşılıysaydı, bir Sözleşmecî Devlet bu metne aykırı düşmeksizin, belirli türdeki kişisel davaları karara bağlamada mahkemelerinin yetkilerini kaldırabilir veya mahkemelerden alıp Hükümete bağlı organlara verebilirdi. Keyfi

iktidar tehlikesinden kurtarılamayacak bu tür yetkilerin, yukarıda belirtilen ilkelere aykırı nitelikte, Mahkeme'nin gözden uzak tutamayacağı ciddi sonuçları olurdu (*Lawless*, §44; *Delcourt*, §25). Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının görülmekte olan bir dava için taraflara tanıdığı usul güvencelerini ayrıntılı olarak tanımlarken, bu tür güvencelerden yararlanmayı mümkün kılan mahkemeye başvurmayı korumaması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa yargılananın adil, aleni ve süratli olmasının hiç bir anlamı kalmayacaktır.

36. Yukarıdaki görüşler birlikte ele alındığında, mahkemeye başvurma hakkının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında ifade edilen hakkın kurucu bir unsurunu oluşturduğu sonucuna varılabilir. Bu, Sözleşmeci Devletlere yeni bir yükümlülük yükleyen aşırı bir yorum değildir. Bu yorum, kendi bağlamında hukuk yaratan bir anlaşma olan bu Sözleşme'nin maksadı ve amacı göz önünde tutularak yorumlanan 6(1). fıkrasının birinci cümlesine (*Wemhoff*, §52) ve hukukun genel ilkelerine dayanmaktadır. Mahkeme, Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesinde gösterilen 'ek yorum araçları'na dayanmaksızın, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, herkesin kişisel hakları ve yükümlülükleriyle ilgili her türlü iddiasını bir mahkeme veya bir yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına aldığı sonucuna ulaşmaktadır. Böylece 6. madde, mahkemeye başvurma hakkının, yani kişisel konularda mahkemeye dava açma hakkının sadece bir yönünü oluşturduğu 'mahkeme hakkı'ni içermektedir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında mahkemenin organizasyonu ve kompozisyonu ile davanın yürütülmesi bakımından getirilen güvenceler, işte bu hakka eklenmiştir. Kısaca hepsi birlikte, adil yargılanma hakkını oluşturmaktadır. Mahkeme'nin bu davada, 6(1). fıkrasının uyumsuzluğun esası üzerinde bir kararı gerektirip gerektirmediğini tespiti ihtiyacı yoktur.

B. 'Örtülü sınırlamalar' hakkında

37. Yukarıda 26. paragrafta belirtilen mahkemeye başvurma hakkını engelleme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan bir hakkı etkilediğinden, geriye, söz konusu maddedeki hakkın kullanılmasına veya kullanılması imkânına bazı meşru sınırlamalar getirilmek suretiyle bu engellenmenin haklı görülüp görülemeyeceğini tespit etmek kalmaktadır.

38. Mahkeme, Komisyon ve Hükümetin alternatif sunuşlarındaki görüşleri dikkate alarak, mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığını kabul etmektedir. Bu hak Sözleşme'nin, kelimenin dar anlamında tanımlamaksızın beyan ettiği (md. 13, 14, 17 ve 25) bir hak olduğundan, her hangi bir hakkın gerçek kapsamını sınırlayan hudutlardan başka, örtülü olarak izin verilen sınırlamalara da tabidir. 20 Mart 1952 tarihli Protokolün 'hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz' düzenlemesi ile sınırlı bulunan 2. maddesinin birinci cümlesi de benzer bir sorun doğurmuştur. Mahkeme, Belçika'daki eğitimde kullanılan dil hakkındaki yasaların belirli yönleri ve bu davanın esası hakkında verdiği 23 Temmuz 1968 tarihli kararda şöyle demiştir: 'Eğitim hakkı ... özel niteliği nedeniyle, devlet tarafından toplumun ve bireylerin ihtiyaçları ve kaynakları bakımından zamana ve yere göre değişen düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Söylemeye bile gerek yok ki bu tür düzenlemeler hiç bir zaman eğitim hakkının özünü zedeleyemez ve Sözleşme'de kabul edilen diğer haklara aykırı olamaz' (*Belçika'da Eğitim Dili Davası*, §5). Bu düşünceler Sözleşme'de düzenlenen eğitim hakkı için geçerliyse, Sözleşme'de açıkça belirtilmeyen bir hak için daha çok geçerlidir.

39. Hükümet ve Komisyon, mahkemelere başvurma konusunda, örneğin küçükler ve akıl hastası kişilerle ilgili olarak devletlerin mevzuatlarında bulunan çeşitli düzenlemelerden, özellikle de sınırlamalardan örnekler göstermişlerdir. Golder'ın şikâyetçi olduğu yasak, pek az rastlanan ve çok değişik türden bir yasak olduğu halde, bu tür sınırlamaların bir örneğini oluşturmaktadır. Mahkeme'nin görevi, hükümlülerin durumu bakımından kabul edi-

lebilir sınırlamaların ne genel bir teorisini kurmak ve ne de 1964 tarihli Cezaevi Tüzüğü'nün 33(2), 34(8) ve 37(2). fıkralarının Sözleşme'ye uygunluğu hakkında soyut olarak karar vermektir. Bir kişinin verdiği dilekçe nedeniyle el atılan olayda Mahkeme'den sadece, söz konusu Tüzüğü'nün bu olaya uygulanmasının Golder'ın zararına olarak Sözleşme'yi ihlal edip etmediği noktasında karar vermesi istenmektedir (*De Becker*, §35).

40. Bu bağlamda Mahkeme kendi yetkisini, aşağıdaki noktalara hasretmektedir. Golder, iftira nedeniyle Laird'ı dava etmek amacıyla bir avukata danışmak üzere İçişleri Bakanlığından izin almak için dilekçe göndererek, bu cezaevi görevlisi tarafından 25 Ekim 1969'da kendisine karşı yapılan ve hakkında kötü sonuçlar doğuran, dahası 20 Mart 1970 tarihinde bile bazı sonuçlarını sürdüren suçlamadan kurtulmak istemektedir. Açılması düşünülen dava ayrıca başvurunun cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olaya temas edecektir. Nihayet bu dava, İçişleri Bakanlığı'nın otoritesine tabi olan ve görevi sırasında suçlamada bulunan bir cezaevi görevlisine karşı yöneltilecektir. Bu koşullarda Golder haklı olarak, dava açmak amacıyla bir avukata danışmak istemiştir. Açılması düşünülen davanın sonucuna ilişkin ihtimalleri değerlendirmek, İçişleri Bakanlığının görevi değildir; ileri sürülebilecek her hangi bir iddia hakkında karar vermek bağımsız ve tarafsız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı Golder'ın talep ettiği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye başvurabilme hakkına saygı göstermemiştir.”

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

“**43.** İçişleri Bakanlığının Golder'ın 20 Mart 1970 tarihli dilekçesini reddetmesinin ilk ve doğrudan sonucu, bir avukatla ilişki kurmak için olağan bir yol olan haberleşmesini engellemek olmuştur. Olayda, Golder'ın avukata veya bir hukuk danışmanına yazdığı, 8(1). fıkrası anlamında haberleşme sayılabilecek mektup veya bir mesajın durdurulması veya sansür edilmesi bulunmamaktadır; ancak buradan Hükümetin vardığı gibi, bu olayda 8. maddenin uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak yanlış olacaktır. Bir kimsenin haberleşme girişimini engellemek, ‘haberleşmesi için saygı görme hakkı’ nı kullanmasına çok dolaylı bir müdahale biçimi oluşturur. Müdahalenin denetimi 8. madde kapsamına tartışmasız girerken, müdahalenin kendisinin 8. madde kapsamı dışında kalması düşünülemez. Eğer Golder İçişleri Bakanlığından izin istemeden veya Bakanlığın kararına rağmen bir avukata yazmış olsaydı, mektupları gönderilmeyecekti; o zaman Golder 8. maddeye dayanabilecekti. 1964 tarihli Cezaevi Tüzüğü'nün hükümlerine uygun davranmakla, Golder'ın 8. madde korumasından yararlanma hakkını kaybedebileceği düşünülecek olursa, paradoksal ve hakkaniyete uygun olmayan bir sonuca varılacaktır. Buna göre Mahkeme, başvurunun dilekçesinin reddedilmesinin 8. maddeyi ihlal edip etmediğinin belirlenmesi hakkında karar vermesi gerektiğini tespit etmiştir.

44. Hükümetin sunuşuna göre haberleşmeye saygı hakkı, 8(2). fıkrasının kapsadığı müdahalelerden ayrı olarak, 5(1)(a) bendindeki örtülü sınırlamalara da tabidir. Yetkili bir mahkemenin verdiği hapis cezası, Sözleşme'nin 8. maddesi dâhil, birçok maddenin kullanılmasını kaçınılmaz olarak etkileyen sonuçlara sahiptir. Komisyon'un da vurguladığı gibi bu iddia, Mahkeme'nin ‘Serserilik’ (Vagrancy) davasında (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §93) konuyu 8. madde ile ilgili ele alış tarzına uygun değildir. Ayrıca ve özellikle bu sunuş 8. maddenin açık ifadesiyle çelişmektedir. Bu Maddenin 2. fıkrasında (‘...dışında... hiç bir müdahale yapılamaz’) biçimindeki yasaklayıcı ifade örtülü sınırlamaya yer bırakmamaktadır. Bu bakımdan, 8. maddede açıklıkla tanımlanan haberleşmeye saygı hakkının hukuki statüsü, mahkeme hakkının (*bk. yukarıda §38*) hukuki statüsü ile tam bir karşıtlık oluşturmaktadır.

45. Hükümet alternatif olarak, şikâyet konusu müdahalenin 8(2). fıkrasında öngörülen koşulları yerine getirdiğini ileri sürmüştür. Müdahalenin ‘hukuka uygun olarak’, yani 1964

tarihli Cezaevi Tüzüğü'nün 33(2) ve 34(8). fıkralarına göre yapılmış olduğu tartışmasızdır. Mahkeme ayrıca, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkını kullanmasına yapılan müdahalenin 'gerekliliği'nin, hapisliğin olağan ve makul koşullarının dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Örneğin, 'suçun veya düzensizliğin önlenmesi' bir hükümlüye serbest bir kişiden daha geniş müdahale önlemleri uygulanmasını haklı kılabılır. ... Hükümet, Golder'ın şikâyet ettiği müdahalenin 'gerekli' olduğunu göstermek için, düzensizliğin veya suçun önlenmesini ve belirli bir ölçüde kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlere bırakılan takdir yetkisini dikkate aldığı halde, 'demokratik bir toplum' çerçevesinde nasıl olup da İçişleri Bakanlığı tarafından Golder'ın Laird'i iftira nedeniyle dava etmek amacıyla bir avukatla haberleşmesinin önlenmesi gerektiğini anlayamamaktadır. Mahkeme Golder'ın, cezaevi görevlisinin görevini yerine getirdiği sırada ve cezaevinde meydana gelen olayla ilgili olarak kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini yeniden vurgulamaktadır. Bu koşullar çerçevesinde Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyebilecektir. Açılması düşünülen davanın sonuçlarını -bugün artık Mahkeme'nin olan- değerlendirme görevi, İçişleri Bakanlığının işi değildir; başvuru hukuk hakları üzerinde tavsiyelerde bulunmak bir avukatın ve önüne getirilmiş bir davada karar vermek ise bir mahkemenin görevidir. Başvurucunun bir avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme'nin başka bir maddesinde, yani 6. maddesinde var olan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının 'demokratik bir toplumda gerekli' olduğu kanıtlanamamıştır."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üç karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;
3. Oybirliğiyle, yukarıdaki tespitlerin 50. madde bakımından adil bir karşılık için yeterli olduğuna,

KARAR VERMİŞTİR.

09.10.1979 6289/73 AIREY - İRLANDA

◆ *adli yardım verilmediğinden dava açamama* (mali gücü olmadığı halde adli yardım alamayan başvuru hukuk hakkına karşı ayrılık kararı almak amacıyla hukuk davası açamaması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı - uygulanabilirlik - kişisel hak kavramı - devletin pozitif yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Başvuru hukuk Bayan Johanna Airey, 1932 doğumlu bir İrlanda vatandaşıdır. Başvuru hukuk küçük yaşlardan itibaren tezgâhtar olarak çalışmış, 1953'te evlendikten sonra dört tane çocuğu olmuştur.

Komisyon'a başvuru yaptığı tarihte işsizlik sigortasından aldığı maaş ile geçinmekte olan başvuru hukuk, 1978'den itibaren yeniden çalışmaya başlamıştır. Başvuru hukuk, 1974'ten itibaren kocasından haftalık 20 Sterlin nafaka almaya başlamış, bu nafaka 1977'de 27 Sterline, 1978'de ise 32 Sterline çıkarılmıştır. Başvuru hukukun kamyon şoförü olan eşi işsiz kalmış ve nafaka borcunu ödememeye başlamıştır. Başvuru hukuk eşinin alkolik olduğunu iddia etmiş ve 1972'den önce kocası tarafından şiddete maruz kaldığını ve bu nedenle 1972'de kocasına karşı açtığı davada kocasının müessir fiil nedeniyle para cezasına mahkûm olduğunu belirtmiştir. Başvuru hukukun eşi 1972 Haziran ayında evden ayrılmış ve geri dönmemiştir. Ancak başvuru hukuk eşinin geri döneceğinden korkmaktadır. Başvuru hukuk

1972'den önce eşiyile bir ayrılık anlaşması yapmak istemiş fakat eşi buna yanaşmamıştır. Başvurucu, eşinin kendisine ve çocuklarına fiziksel ve ruhsal şiddet kullandığı gerekçeyle Haziran 1972'den itibaren yargısal yolla ayrılık kararı almak istemiş, bu nedenle birçok avukata danışmıştır. Ancak bu konuda adli yardım verilmemesi ve mahkeme masraflarını karşılama gücü bulunmaması nedeniyle kendisini temsil edecek avukat bulamamıştır.

Konuyla ilgili iç hukuk: İrlanda'da belirli koşullar altında, evliliğin hükümsüz (null and void) olduğuna dair Yüksek Mahkemeden bir karar elde etmek mümkün olsa da mahkemenin bir boşanma kararı verebilmesi mümkün değildir. İrlanda Anayasasının 41(3)(2). bendi şöyle demektedir: 'Evliliğin sona erdirilmesini sağlayan bir yasa çıkarılamaz'. Ne var ki eşler kendi aralarında yaptıkları hukuken bağlayıcı bir ayrılık anlaşmasıyla veya mahkemeden alacakları bir ayrılık kararıyla birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulabilirler. Böyle bir kararın evliliğin hukuki varlığı üzerinde bir etkisi olmaz. Böyle bir karar zina, şiddet veya doğal olmayan uygulama hallerinden biri kanıtlandığı takdirde verilebilir. Bu karar için taraflar ve tanıklar dinlenir. 1965 tarihli Miras Yasasına göre aleyhine yargısal ayrılık kararı verilen eş, diğer eşin malvarlığı üzerinde mirasçılık haklarını kaybeder. Yargısal ayrılığa sadece Yüksek Mahkeme tarafından karar verilebilir. Eşler böyle bir davayı kendileri açabilirler. Ancak edinilen bilgiye göre 1972 ile 1978 tarihleri arasında bu konuda açılan 255 davanın tamamında davacılar bir avukat tarafından temsil edilmişlerdir. Yine edinilen bilgiye göre, ihtilafsız davalarda masraf 500-700 Sterlin, ihtilafli davalarda 800-1200 Sterlin arasında olmakla beraber kesin masraf miktarı tanık sayısına ve sorunun karmaşıklığına göre değişmektedir. Genel kural, davayı bayan eşin kazanması halinde, bayanın yaptığı makul ve usule uygun masrafların koca tarafından ödenmesine karar verilmesidir. O tarihlerde İrlanda'da yargısal ayrılık kararı için adli yardım verilmemektedir; aslında hiç bir hukuk davasında adli yardım verilmemektedir. 1974'te kurulan ve 1977'nin Aralık ayında Hükümete raporunu veren Hukuk Davalarında Adli Yardım ve Hukuki Danışmanlık Hakkında Komite bu alanda önemli miktarları bulacak olan bir adli yardım tarifesi sunmuştur. 1979'da Hükümetin Mahkeme'ye verdiği bilgiye göre Hükümet, aile hukuku sorunlarıyla ilgili olarak adli yardım verilmesine başlanmasını kural olarak kabul etmiş ve 1979 yılı bitmeden gerekli tedbirlerin alınabileceğini ümit ettiğini bildirmiştir.

Başvurucu 14 Haziran 1973'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, diğer şikâyetlerinin yanı sıra, mahkeme masraflarının yüksekliği nedeniyle yargısal ayrılık kararı alamadığı için mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyon 9 Mart 1978 tarihli raporunda, başvurunun yargısal ayrılık kararı alabilmek için mahkemeye başvurma hakkını etkili bir biçimde kullanması sağlanmadığından, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Tek başına Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının 'kişisel haklar ve yükümlülükler için mahkemeye başvurma hakkını' içerdiği sonucuna varılan *Golder* kararına atıfta bulunmuştur. Başvurucu dava masraflarının dava açmayı engelleyici miktarda olması nedeniyle Yüksek Mahkemede dava açamadığını, bu nedenle 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır.

[21-28]: Mahkeme önce, ayrılık davasının sonucunun başvurunun 'kişisel hak ve yükümlülükleri' üzerinde belirleyici olacağını belirterek, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının olayda uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, herkese kişisel hak ve yükümlülükleri için mahkemeye başvurma hakkı vermektedir (*Golder*, §36). Mahkeme bu hakkın olayda ihlal edilip edilmediğini incelerken önce başvurucunun ayrılık kararıyla hiç bir şey elde etmeyeceğine dair Hükümetin iddiasını ele almıştır. Mahkeme'ye göre ayrılık kararı, İrlanda hukukunda tanınmış olan ve gerekli şartları taşıyan herkesin kullanabileceği bir hukuk davasıdır. Hangi hukuk yoluna başvuracağı kişinin kendisini ilgilendirir. Bir başvurucunun durumuna daha az uygun bir hukuk yolunu seçmesi nedeniyle başvurusunda başarısız olmasının bir önemi yoktur.

Hükümet, başvurucunun bir avukat yardımı almadan da Yüksek Mahkemeye başvurabileceğini, bu nedenle mahkemeye başvurma hakkının ihlal edilmediğini savunmuştur. Mahkeme, Hükümetin sözünü ettiği bu imkânı, ele alınan sorunu çözücü nitelikte görmemiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik ve görüntüde değil, pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almaktadır (*Belçika'da Eğitim Dili Davası*, §31; *Golder*, §35; *Luedicke, Belkacem ve Koç*, §42; *Marckx*, §31). Bu yaklaşım, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öncelikli bir yere sahip olduğu göz önünde tutulduğunda, mahkemeye başvurma hakkı bakımından özellikle geçerlidir (*Delcourt*, §25). Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun Yüksek Mahkemeye bir avukat yardımı olmaksızın yapacağı başvurunun, davasını gereği gibi ve tatmin edici bir şekilde savunma anlamında etkili olup olamayacağı sorunu üzerinde durmuştur.

Bu konuda Hükümet ve Komisyon karşıt görüşler ileri sürmüşlerdir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun bir avukatla temsil edilmediği halde eşinin avukatla temsil edilmesi başvurucağı dezavantajlı bir duruma sokacaktır. Yine Mahkeme'ye göre bu nitelikteki bir uyuşmazlıkta, davalarını bizzat savunan kişilere yargıçlar yardım etse bile başvurucunun kendi davasını etkili bir biçimde savunabileceğini düşünmek gerçekçi değildir.

İrlanda'da bir yargısal ayrılık kararını izlediği usul göreceli olarak daha basit olan Bölge Mahkemesinden almak mümkün değildir. Bu karar ancak ve ancak Yüksek Mahkemeden alınabilir. İrlanda'da aile hukuku konusunda uzman bir hukukçuya göre Yüksek Mahkeme az başvurulmuş bir mahkemedir; bunun nedeni ise sadece bu mahkeme önündeki temsil ücretlerinin yüksekliği değildir. Ayrılık davalarında olduğu gibi izlenen usulün karmaşıklığı da çok önemli bir sebeptir. Bu tür bir uyuşmazlık, karmaşık hukuki noktaları içermesinin yanı sıra zina, doğal olmayan uygulamalar veya bu davada olduğu gibi şiddetin kanıtlanmasını gerektirmektedir; ayrıca maddi olayların ortaya konabilmesi için bilirkişi raporu alınması, tanık bulunması, dinlenilmesi ve sorgulanması gerekecektir. Dahası aile uyuşmazlıkları çoğunlukla mahkemede avukat mesleğinin gerektirdiği objektiflikle hiçte bağdaşmayan duygusalılıklara sahne olur. Bu nedenlerle Mahkeme, Bayan Airey'in konumundaki bir davacının davasını etkili bir şekilde savunamayacağını düşünmüştür. 1972 ile 1978 yılları arasında yargısal ayrılık kararı için açılan 255 davanın tümünde davacıların avukatla temsil edilmiş olmaları da Mahkeme'nin bu görüşünü teyit etmiştir. Böylece Mahkeme, Yüksek Mahkeme önüne kişinin bizzat kendisinin çıkma imkânının olmasının başvurucağı etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkı sağlamadığını ve bu imkânın Sözleşme'nin (eski) 26. maddesinin aradığı etkili bir iç hukuk yolu olmadığını tespit etmiştir.

Hükümet, bu davanın *Golder* davasından farklı olduğunu, *Golder* davasındaki başvurucunun mahkemeye başvurma hakkının Bakanlık kararı gibi bir engelle karşılaştığını oysa bu davada devletten kaynaklanan bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması konusundaki şikâyetin kamu makamlarının bir tasarrufundan değil, başvurucağı Airey'in kişisel koşullarından kaynaklandığını, bu durum nedeniyle devletin Sözleşme'ye göre sorumlu görülemeyeceğini ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre, hukuki engel gibi maddi engel de Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilir (*Golder*, §26). Ayrıca Sözleşme'deki yükümlülükleri yerine getirmek bazen devletin pozitif tedbirler almasını gerektirebilir; bu tür durumlarda devlet pasif kalamaz; devletin 'tasarrufu' ile 'ihmalî' arasında bir ayırım yapılamaz (*Marckx*, §31; *De Wilde, Ooms ve Versyp*, §22). Mahkemeye başvurma hakkını etkili bir biçimde koruma yükümlülüğü bu tür bir yükümlüktür.

Hükümete göre bütün hukuk davalarında adli yardım verilmesi mümkün değildir; aslında hukuki yardım Sözleşme'nin sadece 6(3)(c) bendinde açıkça düzenlenmiş olup, birinci fıkrada bu tür bir adli yardım düzenlenmemiştir. Zaten İrlanda ceza davalarında adli yardım öngören Sözleşme'nin 6(3)(c) bendine çekince koymuştur ve bu çekince evleviyetle hukuk davalarına da uygulanır. Hükümete göre Sözleşme, bir Sözleşmeci Devlette sosyal ve ekonomik değişmeyi gerçekleştirmek için yorumlanamaz. Mahkeme'ye göre sosyal ve ekonomik hakların daha fazla gerçekleştirilmesi büyük ölçüde o devletin durumuna bağlıdır. Öte yandan ise Sözleşme'nin koşullarına göre yorumlanmalıdır (*Marckx*, §41). Sözleşme, düzenlediği haklar alanında bireyi gerçekten ve pratik olarak korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme asıl olarak kişisel ve siyasal hakları düzenler ancak bu hakların birçoğunun sosyal ve ekonomik sonuçları da vardır. Bu noktada Mahkeme, Sözleşme'nin bir yorumunun sosyal ve ekonomik haklar ile ilgili de sonuçlar doğurmasının bu yorumun otomatik olarak reddedilmesini gerektirmeyeceği görüşündedir. Zira Sözleşme tarafından korunan hakları ekonomik ve sosyal haklardan kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Mahkeme, Hükümetin bir genelleme yaparak bütün hukuk davalarında adli yardım verilmesi gerekeceği gibi bir sonuca varmasını hatalı bulmuştur. Belirli durumlarda bir mahkemenin, hatta bazen Yüksek Mahkemenin önüne bir avukatın yardımını almadan bizzat çıkabilme imkânı, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gereklerini yerine getirir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası 'kişisel hak ve yükümlülüklerin' karara bağlanmasında uyumsuzluğun taraflarına etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkı tanırken bu hedefin gerçekleştirilmesinde uygun araçların seçilmesini devletlere bırakmaktadır. Adli yardım bu araçlardan biridir; ancak usulün basitleştirilmesi gibi daha başka yollar da vardır. Her halükarda hangi tedbirlerin alınması gerektiğini devlete göstermek ya da dikte ettirmek Mahkeme'nin görevi değildir. O halde Mahkeme'ye göre yukarıda varılan sonuç, 'kişisel haklar' ile ilgili her uyumsuzlukta devletin ücretsiz adli yardım vermesi gerektiği anlamına gelmez. Ceza davaları bakımından adli yardım verilmesine dair hükme benzer bir hükmün hukuki uyumsuzlukları bakımından bulunmamasına rağmen, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası devletleri hukuk davalarında avukat sağlamaya zorlayabilir. Özellikle bazı devletler tarafından hukuki temsilin zorunlu kılındığı çeşitli dava türlerinde veya usulün karmaşık olduğu yargılamalarda, mahkemeye başvurma hakkının etkili bir şekilde kullanımı için hukuki yardımın kaçınılmaz olduğu durumlarda adli yardım verilmesi gerekebilir. İrlanda Hükümetinin Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi bakımından koyduğu çekince, 6(1). fıkrası bakımından etkili değildir; bu nedenle bu davada da etkili değildir.

Başvurucu yargısal ayrılık davasında kendi adına hareket edecek bir avukat bulamamıştır. Komisyon'a göre, avukatların başvuruca hukuki yardım vermemelerinin nedeni başvuruca'nın masrafları ve ücretleri karşılayamayacak olmasıdır. Hükümet bu konuda itiraz etmiştir. Ancak Mahkeme, Komisyon'un yaklaşımını ikna edici bulmuştur. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuruca'nın yargısal ayrılık kararı almak için Yüksek Mahkemeye dava açmak üzere etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkını kullanmadığı ve olayda mahkemeye başvurma hakkının ihlali edildiği sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlali iddiası

[29-30]: Başvurucu, yargısal ayrılık kararı almak için hukuk yoluna başvurmanın mali gücü bulunan kişiler bakımından mali gücü olmayanlara göre çok daha kolay olduğunu

ve bu nedenle kendisinin, ‘mülkiyet’e dayanan bir ayrımcılığın mağduru olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; bu madde Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakları tamamlayıcı bir unsurdur. Eğer Mahkeme ihlal edildiği ileri sürülen normatif haklardan birinin tek başına ihlal edilmediği sonucuna varırsa 14. maddeyle birlikte ele alarak inceleme yapar. Öte yandan Mahkeme’nin normatif haklardan birinin ihlal edildiği sonucuna varması halinde, kural olarak 14. maddeyle birlikte inceleme yapmasına gerek yoktur. Ancak açıkça eşitsiz olan bir muamele olayın temel yönlerinden birini oluşturuyor ise, Mahkeme normatif hakkın tek başına ihlal edildiğine karar verse bile, 14. maddeyle birlikte ele alınarak inceleme yapılabilir. Fakat bu olayda böyle bir durum yoktur.

V. Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından

[31-33]: Başvurucu, İrlanda’nın aile hukuku sorunlarıyla ilgili olarak yargısal yollara başvurma imkânı sağlamamış olması nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme’ye göre olayda başvurunun şikâyeti devletin bir tasarrufuna değil, tasarrufta bulunmamasına karşıdır. Sözleşme’nin 8. maddesi amacı asıl olarak kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de bu madde sadece devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, aile yaşamına saygı hakkının etkili bir biçimde korunması olumlu yükümlülükleri de içerebilir. Mahkeme’ye göre, etkili özel ve aile yaşamına saygı hakkı, İrlanda’nın, gerektiği takdirde herkesin başvurabileceği koruma araçlarına ulaşmasını sağlamasını gerektirir. Ancak başvuru, Yüksek Mahkemeye başvurabilecek durumda olmadığından, bu yol başvuru için etkili bir biçimde ulaşılabilir değildir. Başvurucu, eşinden fiilen ayrılığının hukuken tanınmasını sağlamak için başvuramamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, olayda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

V. Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından

[34-35]: Başvurucu ulusal makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma imkânından yoksun olduğunu, bu nedenle 13. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme’ye göre, bu olayda Sözleşme’nin 13. maddesi ile 6(1). fıkrasındaki haklar örtüşmektedir. Sözleşme’nin 13. maddesinin şartları 6(1). fıkrasının şartlarına göre daha hafiftir; bu olayda 13. maddedeki şartların tümü, 6(1). fıkranın şartları içinde yer almaktadır (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, §95). Bu nedenle Mahkeme olayda, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı bakımından incelemenin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

I. Hükümetin ilk itirazlarıyla ilgili olarak:...

II. Davanın esasıyla ilgili olarak:

4. İkiye karşı dört oyla, tek başına ele alınan Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
5. Üç karşı beş oyla, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak ayrıca 14. madde bakımından inceleme yapmanın gerekli olmadığına;
6. Üç karşı dört oyla, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlaline;
7. Üç karşı dört oyla, olayı bir kez de Sözleşme’nin 13. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
8. Oybirliğiyle, Sözleşme’nin 50. maddesinin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına; ...

KARAR VERMİŞTİR.

13.07.1995 18139/91 TOLSTOYMILOSLAVSKY - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *teminat yatırılmadığından temyiz reddi* (hakaret davasında tazminat ödemeye mahkûm edilen davacının üst başvuruda bulunabilmesi için üst başvuruyu kaybedecek olması halinde davacı tarafın avukatlık masraflarını karşılamak üzere 124,900 Sterlin teminat yatırması kararı verilmesi ve başvurucunun bu teminatı iki hafta içinde yatıramaması nedeniyle üst başvurunun reddedilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - temyiz hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Count Nikolai Tolstoy Miloslavsky bir Britanya vatandaşı olup Birleşik Krallık'ta yaşayan bir tarihidir.

Başvurucu Mart 1987'de, 'Savaş Suçları ve Winchester Koleji Müdürü' adıyla bir kitapçık çıkarmıştır. Bu kitapçık Bay Nigel Watts tarafından okul öğrencilerine, öğrencilerin anne babalarına, okul çalışanlarına, okulun eski mensuplarına, Parlamento üyelerine ve basına dağıtılmıştır. Bu kitapçıkta halen Winchester Koleji Müdürü olan Lord Aldington'un İkinci Dünya Savaşı sonunda Avusturya'yı işgal eden Britanya Ordusunun yüksek rütbeli subayı olarak, 70,000'den fazla Yugoslav savaş esiri ve mülteciyi, Müttefik Başkomutanlığının izni olmaksızın ve zalim bir akıbetle karşılaşacaklarını bildiği halde Sovyet yetkililerine teslim ettiğini iddia etmiştir. Kitapçıkta ayrıca, Lord Aldington'un bu olay nedeniyle kitaplarda ve gazete yazılarında defalarca savaş suçlusu olmakla suçlandığı yer almıştır.

Lord Aldington hakaret nedeniyle tazminat davası açmıştır. Dava ilk önce kitapçığı dağıtan Bay Watts'a karşı açılmış, ancak daha sonra başvurucu kendi talebiyle davaya katılmıştır. Jüri önünde yapılan yargılama sonunda yargıç, hakaretin kanıtlanmış olması halinde uğranmış olabilecek zararlar için 10 sayfa soru sormuştur. Jüri 30 Kasım 1989'da hükmünü vermiştir. Jüri davacı Lord Aldington'u haklı bulmuş ve kendisine 1,5 milyon Sterlin tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Dava Mahkemesi ayrıca, davalıların kitapçık-taki hakaret ifadelerini tekrarlamaktan yasaklanmalarına dair davacı Lord Aldington'un talebini de kabul etmiştir.

Başvurucu bu karara karşı yaptığı üst başvuruda, dava mahkemesi yargıcının Lord Aldington lehine taraflı davrandığını ve jüriyi yanlış yönlendirdiğini ve ayrıca hükmedilen tazminatın aşırı olduğunu ve makul olmadığını iddia etmiştir. Bunun üzerine davacı Lord Aldington Üst Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğünden, davalı başvurucunun yaptığı üst başvurunun olumsuz sonuçlanması halinde, kendisinin üst yargılama sırasında katlanmış olacağı ücretler ve masrafları alabilmesi için teminat yatırmasına karar vermesini istemiştir. Bu arada davacı Lord Aldington Şubat 1990'da yayımladığı açık bir mektupla, 300,000 Sterlin ödenmesi karşılığında sulh yapmaya hazır olduğunu açıklamış, ancak başvurucu bu teklife yanaşmamıştır.

Yazı İşleri Müdürü teminat yatırılması talebini 18 Mayıs 1990'da reddetmiştir. Davacı Lord Aldington, Yazı İşleri Müdürünün kararına karşı Üst Mahkemeye başvurmuştur. Üst Mahkeme altı gün boyunca meseleyi inceledikten sonra 19 Temmuz 1990'da, başvurucunun üst başvurusunun başarı şansının pek az olduğuna ve 14 gün içinde 124,900 Sterlin teminat yatırmasına karar vermiştir. Başvurucu bu parayı bulmak için daha uzun bir süre istemiş, ancak talebi reddedilmiştir. Başvurucu gerekli teminatı süresi içinde yatıramamış ve üst başvurusu da bu sebeple 3 Ağustos 1990'da reddedilmiştir.

Başvurucu 18 Aralık 1990'da İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, ifade özgürlüğünün yanında, mahkemeye başvurma hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

[33–55]: Başvurucu hükmedilen tazminat miktarının ‘hukuken öngörülmüş’ olmadığını, ayrıca Lord Alginton’un ‘şeref ve hakları’ni koruma şeklinde meşru bir amaca sahip olmadığını ve demokratik bir toplumda gerekli bulunmadığını ileri sürmüştür. Hükümet bu görüşe itiraz etmiş, Komisyon ise hükmedilen miktarın orantısız olduğu konusundaki başvurunun görüşüne katılmıştır. Mahkeme ise özetle, hükmedilen tazminat miktarının ‘hukuken öngörülmüş’ olduğu, fakat bu miktarın o tarihte yürürlükteki milli hukuktaki durumla bağlantısı dikkate alındığında izlenen meşru amaçla makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı için ‘demokratik toplumda gerekli’ bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır. Bu gerekçeyle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Başvurucu ayrıca, kendisinin üst mahkemeye başvurusunun görülmesinin bir şartı olarak Lord Aldington’un üst yargılama masraflarının teminatı için 124,900 Sterlin yatırmasına karar verilmiş olması nedeniyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet ve Komisyon bu görüşe katılmamışlardır.

A. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği

“58. Bu sorun Mahkeme önünde tartışılmamış olmasına rağmen, Mahkeme yine de Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının mevcut olayda uygulanabilir olup olmadığını belirlemelidir. Mahkeme tarafından daha önce Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından ele alınmış olan hakaret davaları, hep bir mahkemeye dava açarak itibarlarını korumak istemiş olan başvuruocularla ilgilidir. Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarına göre Sözleşme’nin 6(1). fıkrası, ‘kişisel hak’ olan iyi itibar sahibi olma hakkının söz konusu olduğu bu tür davalarda uygulanır (*Helmets*, §27). Sözleşme’nin 6. maddesi, bu tür davada davalı olan kişi için de uygulanır; çünkü bu davanın sonucu, davacı karşısında kendisinin ‘kişisel yükümlülükleri’ bakımından doğrudan belirleyici olacaktır. Buna göre mevcut olayda Sözleşme’nin 6(1). fıkrası uygulanır.”

B. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygunluk

“59. Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye başvurma hakkının, devlet tarafından yapılan düzenlemelerle sınırlanabileceğini hatırlatır. Bu noktada devlet, belirli bir takdir alanına sahiptir. Ancak Mahkeme, ilk olarak getirilen bir sınırlama bireyin mahkemeye başvurma hakkını, bu hakkın özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlamadığına veya zayıflatmadığına ikna olmalıdır. İkinci olarak bu kısıtlama meşru bir amaç izlemeli ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır (*Fayed*, §65). Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarından çıkan sonuca göre Sözleşme’nin 6(1). fıkrası, bir üst başvuru/temyiz (appeal) hakkını güvence altına almamaktadır. Bununla birlikte, bir üst başvuru sistemi kuran bir Sözleşmecî Devlet, kendi egemenlik alanındaki kişilerin, Sözleşme’nin 6. maddesindeki temel güvencelerden yararlanmalarını sağlamak zorundadır (*Delcourt*, §25). Ancak bu tür mahkemeler önündeki davalarda Sözleşme’nin 6. maddesinin uygulanma tarzı, söz konusu davanın özelliklerine bağlıdır; iç hukuk düzenindeki yargılamanın bütünlüğü ve bu yargılama sırasında üst mahkemelerin rolü dikkate alınmalıdır (*Monnell ve Morris*, §56; ve *Helmets*, §31). Mahkeme’nin görevi, hakaret davalarında Üst Mahkemeye başvurunun düzenlenmesi için en uygun uygulama tarzına karar verilirken kendini yetkili Britanya makamlarının yerine koymak veya ilgili mahkemeyi şu değil de bu kararı

almaya sevk eden olayları değerlendirmek değildir. Mahkeme'nin rolü, o makamların takdir yetkilerini kullanarak aldıkları kararların Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemektir (*Fayed, §81; ve Edwards, §34*).

60. Başvurucu, sadece 14 gün içinde 124,900 Sterlin teminat yatırma şartının kendisinin Üst Mahkemeye başvurma hakkına tamamen bir engel oluşturduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre orantısız olan bu şart, mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelemiştir. İlk olarak Üst Mahkeme parayı ödemesi için kendisine 14 günden fazla süre vermemiş ve böylece parayı bulup üst başvuruyu sürdürebilmesi için gerçekçi bir fırsat tanımamıştır. Ayrıca Üst Mahkeme, kendisinin temyiz üst başvuru hakkının etkili bir şekilde engellenmesi için karar verilmesini isteyen Lord Aldington'tan bu üst başvurunun önemsiz olduğunu veya başarı şansı bulunmadığını göstermesini istemek yerine, başvurunun kendisine başvuru aleyhine verilmiş karara karşı temyiz başvurusu için gerçek ve esaslı sebepler gösterme yükümlülüğü yüklemiştir. Ayrıca Üst Mahkeme, Lord Aldington'un daha az bir miktar üzerinden sulh teklifini dikkate almamış olmalıydı. Dahası, Üst Mahkeme şu faktörleri de dikkate almamıştır: 1) İfade özgürlüğü gibi temel bir hakkı savunan başvurucu gibi davalılara bile hakaret davalarında adli yardım verilmemektedir; 2) Lord Aldington'un Dava Mahkemesi önündeki masrafları büyük ölçüde, Sun Alliance Sigorta Şirketi tarafından karşılandığı için, korunma ihtiyacı kalmamıştır. Son olarak, davanın ilk derece mahkemesinde görülmüş olması, Üst Mahkemeye etkili bir şekilde başvurma meselesi bakımından önemli değildir. Teminatın gerekli olup olmadığına karar vermeden önce tarafların görüşlerini almış olması da önemli değildir; çünkü şikâyet konusu orantısızlığı açıkça gösterecek olan şey, Üst Mahkemenin kararıdır.

61. Mahkeme, masraflar için teminat kararının açıkça meşru bir amaç taşıdığını, yani başvurunun üst başvurunun olumsuz sonuçlanması halinde Lord Aldington'u geri alınması mümkün olmayan bir hukuki masrafla karşılaşmaktan korumayı amaçladığı kanaatinde. Dahası, başvurunun üst başvurusunun başarı şansı bulunup bulunmadığına da bakılması gerektiğinden, Hükümetin de savunduğu gibi, bu şartın adaletin adil bir şekilde dağıtılması için getirildiği söylenebilir.

62. Hükümet ve Komisyon gibi Mahkeme de, masraflar için teminat kararının mahkemeye başvuru hakkının özünü zedelediği ve Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından orantısız olduğu şeklindeki başvurunun görüşüne katılmamaktadır.

63. İlk olarak bu dava, Dava Mahkemesi önünde 40 gün kadar sürmüş, yargılama sırasında Lord Aldington 6 gün boyunca ifade vermiş ve çapraz sorguya alınmış; başvurucu 5 gün boyunca ifade vermiş ve birkaç tanık dinlenmiştir. Başvurucunun bu yargılama sırasında mahkemeye başvurma hakkını tam olarak kullandığı konusunda bir tereddüt yoktur. Başvurucunun başlangıçta muhakemenin adil olmadığından şikâyet ettiği doğrudur. Ancak bu şikâyet temelsiz olduğu için Komisyon tarafından kabuledilemez bulunmuştur. Mahkeme, başvurunun Üst Mahkemeye başvurusu konusunda getirilen kısıtlamaların Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşır olup olmadığını değerlendirirken, yukarıdaki tespitlere büyük ağırlık atfetmektedir.

64. Tabi ki istenen miktar, yani 124,900 Sterlin çok büyük bir miktar olup, bu parayı sağlamak için verilen zaman, yani 14 günlük süre ise kısadır. Ancak Lord Aldington'un Üst Mahkeme önündeki masrafları hesaplandığında bu miktarın makul olmadığını veya başvurucuya daha fazla zaman verilmiş olsaydı parayı bulacağını gösteren her hangi bir şey yoktur.

65. Üst Mahkemenin konuyla ilgili pratiğine göre parasızlık, üst başvuru yargılamasında masraflar için teminata hükmetme sebebidir. Üst Mahkeme, bu konudaki bir başvuru-

yu kabul etmeme konusunda takdir yetkisini kullanırken, özellikle üst başvurunun esaslı olup olmadığını da göz önünde tutarak, böyle bir tedbirin davalının adalet hakkının inkârı olup olmayacağını düşünecektir. Üst Mahkeme davalının makul bir başarı şansı bulunması halinde, masraflar için teminat kararı vermekten çekinecektir. Başvurucu ile Lord Aldington arasında masraflar konusundaki uyuşmazlık, üst başvurunun esaslı olup olmasıyla ilgilidir. Üst Mahkeme Yazı İşleri Müdürü tereddüt içinde, başvurunun masraflar için teminat yatırmasına gerek olmaksızın üst başvuruyu sürdürmesine izin verilmesi için, üst başvurunun yeterince kuvvetli olduğuna karar vermiştir. Bu karar, daha sonra Üst Mahkeme tarafından kaldırılmıştır; çünkü başvuru üst başvurusunun hem kusur ve hem de zararlar yönünden gerçek ve esaslı bir temeli bulunduğunu gösterememiştir. Üst Mahkeme zararlar konusunda, başka şeylerin yanında, başvurunun kusur meselesiyle olduğu kadar zararlar konusuyla ilgilenmediğini ve Lord Aldington'un 300,000 Sterlinlik teklifini kabul etmediğini gözlemlemiştir. Dolayısıyla zararlar konusundaki bir üst başvuru, akademik bir çalışma olmaktan öteye gidemeyecektir. Mahkeme, Üst Mahkemenin masraflar konusundaki kararının keyfi görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.

66. Dahası, masraflar için teminat meselesi ilk önce Üst Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından incelenmiş ve daha sonra 6 gün boyunca Üst Mahkeme tarafından incelenmiştir. Dolayısıyla Üst Mahkemenin kararı, ilgili faktörlerin tam ve derin bir biçimde değerlendirilmesine dayanmıştır (*Monnell ve Morriss*, §69).

67. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, başvurunun Üst Mahkemeye yaptığı üst başvuruyu sürdürmesi için şartlar koyan ulusal makamların, kendilerine tanınan takdir alanlarını aşmadıklarını tespit etmektedir. Bu şartların başvurunun mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelediği veya bunların Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından orantısız olduğu söylenemez. Buna göre bu fıkra ihlal edilmemiştir.”

III. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme ücretler ve masraflar için 40,000 İsviçre Frangı ile 70,000 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLER MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, hükmedilen tazminatın Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında “hukuken öngörülebilen” olduğuna;
2. Oybirliğiyle, o tarihte ulusal hukuktaki durumla bağlantılı olarak tazminatın miktarı dikkate alındığında “demokratik toplumda gerekli” olmadığına ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oybirliğiyle, tedbir kararının tek başına veya tazminat ile birlikte, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediğine;
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının Üst Mahkeme önündeki yargılama sırasında uygulanabilir olduğuna;
5. Bire karşı sekiz oyla, Üst Mahkemenin teminat miktarı nedeniyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla güvence altına alınan mahkeme başvurma hakkının ihlal edilmediğine;
6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

22.10.1996 22083/93 STUBBINGS ve Diğerleri -BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *süre yönünden davanın reddi* (küçük yaşta aile içi cinsel saldırıya maruz kalmış olduklarını geç yaşta fark eden başvuru sahiplerinin failere karşı tazminat davası açma süresinin erginlik tarihinden itibaren 6 yıl geçmesiyle dolması nedeniyle davanın reddedilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Bayan Leslie Stubbings 29 Ocak 1957 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır. Başvurucu iki yaşındayken Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından Bay ve Bayan Webb'in koruması altına verilmiş, üç yaşındayken bu aile tarafından evlat edinilmiştir. Ailenin biri 1952 doğumlu bir erkek (Stephen Webb) olmak üzere iki çocuğu daha vardır. Başvurucu Stubbings Aralık 1959 ile Aralık 1971 tarihleri arasında Bay Webb tarafından cinsel yönden istismar edildiğini ve ahlak dışı eylemlerde bulunmaya yönlendirildiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre bunlar tam cinsel ilişki olmamakla birlikte ağır nitelikte eylemlerdir. Başvurucu ayrıca 12 ve 17 yaşlarında Stephen Webb tarafından iki kez cinsel ilişkiye girmeye zorlandığını iddia etmiştir. Başvurucu 1976 yılından itibaren ağır psikolojik sorunlar yaşamış, üç kez hastaneye yatmıştır. Başvurucuya çeşitli kereler şizofren, duygusal bozukluk, paranoya, depresyon ve agorafobi teşhisi konulmuş ve başvuru bir kez de intihara teşebbüs etmiştir.

Başvurucu çocuk ve aile psikiyatrinin tedavisi sonucu ilk kez Eylül 1984'te, ruh hastalıkları ile çocukluğunda yaşadığı istismar arasında bir bağlantı olabileceğini anlamıştır.

Başvurucu 18 Ağustos 1987'de, kendisini evlatlık almış olan anne baba ve erkek kardeşi aleyhine bu cinsel saldırılar nedeniyle tazminat davası açmıştır. Davalılar 1980 tarihli Yasada öngörülen zamanaşımı itirazında bulunmuşlardır. Bu yasa 'ihmal, taciz ve ödeve aykırı davranma' eylemlerine karşı olaydan veya olayın öğrenilmesinden itibaren üç yıllık bir dava açma süresi getirmektedir. Dava Mahkemesi (ve daha sonra Üst Mahkeme) başvuru sahibinin iddiasının 'ödeve aykırı davranma' hükmüne dayandığını kabul etmişlerdir. Dava Mahkemesi 'öğrenme tarihi' ile dava tarihi arasında üç yıldan fazla bir süre geçmiş olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yapılan başvuru üzerine Üst Mahkeme, başvuru sahibinin Bay Webb ve Stephen tarafından istismar edilmiş olduğunu her zaman hatırlamakla birlikte psikolojik sorunları ile uğramış olduğu istismar arasında bir bağlantı olduğunu ilk kez Eylül 1984'te anladığını ve bu tarihin 'öğrenme tarihi' olduğunu kabul etmiştir. Davalıların bu kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi 'öğrenme tarihi' nin Eylül 1984 gibi geç bir tarih olabileceği konusunda tereddütlerini bulunduğunu, çünkü tecavüz edilen bir kadının önemli bir zarara uğradığını bilemeyebileceği iddiasını kabul etmenin zor olduğunu belirtmiştir. Ardından ise söz konusu 1980 tarihli Yasadaki ödeve aykırı davranma deyiminin tecavüz ve diğer cinsel saldırı gibi kasten yaralama fiillerini içermediğini, başvuru sahibinin karşılaştığı bu tür fiillerin aynı yasanın 2. maddesinde öngörülen altı yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kaydetmiştir. Yasaya göre bu süre, davacının 18'inci yaş gününden başlamakta olup, bu süre kuralı uygulanmak zorundadır. Böylece başvuru sahibinin davası zamanaşımından reddedilmiştir.

İkinci başvuru Bayan J.L. 1962 doğumludur. Başvurucu babasının 1968 ile Eylül 1979 tarihleri arasında, kendisinin pornografik fotoğraflarını çekmek ve kendisine ağır cinsel saldırılarda bulunmak suretiyle istismar ettiğini iddia etmiştir. Başvurucu 1981 ile 1991 yılları arasında depresyon nöbetleri geçirmiş ve ilişki kurmakta güçlük çekmiştir. 1990 yılından itibaren çocukluğunda uğradığı istismarlar nedeniyle kâbuslar görmeye başlamıştır. Başvurucu Ekim 1990'da doktorundan yardım istemiş, doktor da kendisini psikoloğa yönlendirmiştir.

Bu kez başvuru uğradığı istismar ile ruhsal sorunları arasında ilişki olabileceğini kavramıştır. Bu olay durumunu daha da kötüleştirmiş ve Aralık 1990'da intihara teşebbüs etmiştir.

Başvuru Ocak 1991'de babasına karşı tazminat davası açmak için avukata başvurmuştur. Mart 1991'de adli yardım verilmiştir. Dava açması için Mayıs 1991'de düzenlenen sağlık raporunda, başvuru başkalarına güvensizlik, sürekli inişli çıkışlı ruhsal durum, uykusuzluk, tedirginlik şeklinde kendini gösteren ağır psikolojik zarara uğramış olduğu, geri kalan yaşamında zarar görmüş olarak kalacağı ve ruh hastalığının giderek artma riski bulunduğu belirtilmiştir. Başvuru bu istismar iddiasını polise ihbar etmiş, polis başvuru ve babanın ifadesini almıştır. Ancak polis Eylül 1991'de suçlamada bulunmama kararı vermiştir. Bu karar öğrenen başvuru bir kez daha intihara teşebbüs etmiştir. Yukarıda sözü edilen Temyiz Mahkemesinin *Stubbings* davasında verdiği karar üzerine avukatı başvurucuya babasına karşı açacağı tazminat davasının başarı şansı bulunmadığını, çünkü 18 yaşından itibaren 6 yıllık dava süresinin 1986'da zamanaşımına girdiğini bildirmiştir.

Üçüncü başvuru J. P. 1958 doğumludur. Başvuru 5 ile 7 yaşları arasında devlet ilköğretim okuluna gönderilmiş, fakat başvuru 1966 yılında depresyona girmesi, durgunlaşması ve gece kâbuslar görmesi üzerine bu okuldan alınmıştır. Başvuru Okul Müdür Yardımcısının başvuru dersten alıp 2 yaşındaki kızına baktırdığı anlaşılmıştır. Daha sonraki zamanlarda başvuru başkalarıyla ilişki kurmakta güçlük çekmiş, kendini 'farklı' ve yalnız hissetmeye başlamıştır. Babasının 1985 yılında ölümünden sonra psikiyatrik yardım almıştır. Başvuru Şubat 1989'da gördüğü terapi sırasında okul müdürünün kendisine cinsel istismarda da bulunduğunu ve daha sonra aynı kişinin kendisine tecavüz etmiş olduğunu da hatırlamıştır. Ekim 1991'de avukatına bu kişiye karşı tazminat davası açması talimatını vermiş ve dava açılmıştır. Ancak Temyiz Mahkemesinin *Stubbings* davasındaki kararından sonra, davası Ocak 1982'de zamanaşımına girdiği için düşürülmüştür.

Dördüncü başvuru Bayan D.S. 1962 doğumludur. Başvuru 1968 ile 1977 yılları arasında babası tarafından defalarca tecavüz dâhil çeşitli cinsel saldırılara uğradığını iddia etmiştir. Başvuru bu istismarın sonucu olarak umutsuzluk, depresyon, korku ve suçluluk duyguları yaşadığını ve ilişki kurmakta güçlük çektiğini ileri sürmüştür. Başvuru babası 15 Mart 1991'de başvurucuya cinsel saldırı nedeniyle suçlu olduğunu kabul etmiş ve bir yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş ve denetimli serbestlik altına alınmıştır. Başvuru bu cezanın yetersiz olduğunu düşünmüş ve 14 Ağustos 1992'de babasına karşı tazminat davası açmıştır. Bir psikolog tarafından verilen rapora göre başvuru bu adımı daha önce atamazdı, çünkü ayakta kalabilmek için istismarla ilgili anılarını büyük ölçüde örtmüştür. Başvuru açtığı dava Temyiz Mahkemesinin *Stubbings* davasında verdiği karar gereğince, 18 yaşından sonra 6 yıl geçmiş olmakla zamanaşımını nedeniyle düşmüştür.

Başvurular 14 Haziran 1993'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, mahkemeye başvurma hakkının ve özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Tek başına alınan Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurular ergin olduktan sonra 6 yıllık dava zamanaşımı süresinin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelediğini ileri sürmüşlerdir. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır. Hükümete göre ergenlikten itibaren 6 yıllık zamanaşımı süresi hukuki belirginlik (legal certainty) ve kesinlik gibi meşru amaçlar gütmekte ve eski iddiaların mahkeme önüne gelmesini önlemektedir.

“50. Mahkeme Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ‘mahkeme hakkı’na yer verdiğini, bu hakkın bir yönünü mahkemeye başvurma hakkı, yani kişisel konularda bir mahkemeye dava açma hakkının oluşturduğunu hatırlatır. Ancak bu hak mutlak olmayıp sınırlamalara tabi tutulabilir. Mahkemeye başvurma hakkı niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirmesi sebebi ile zımnen sınırlamaya izin verilmiştir. Bu noktada Sözleşmeciler Devletler belirli bir takdir alanından yararlanırlar; ancak Sözleşme’nin gereklerine uygunluk konusunda nihai karar vermek Mahkeme’nin işidir. Mahkeme sınırlamaların bireyin mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelemeyecek ölçüde kısıtladığına veya azalttığına ikna olmalıdır. Dahası bir sınırlama, meşru bir amaç izlemiyorsa ve kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmaz (*Ashingdane*, §57 ve *Bellet*, §31).

51. Vücut bütünlüğüne verilen zararlarla ilgili tazminat davalarında zamanaşımı bulunması Sözleşmeciler Devletlerin hukuk sistemlerinin ortak bir özelliğidir. Zamanaşımı, hukuki belirlenlik (certainty) ve kesinlik (finality) sağlanması, potansiyel davalıları karşı çıkılması çok zor olabilecek çok eski tarihli iddialara karşı koruması ve mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan ve eksik olan delillere dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek gibi önemli amaçlara hizmet etmektedir.

52. Mevcut olayda İngiliz hukukundaki zamanaşımı süresi, başvuru sahiplerinin 18’inci doğum gününden itibaren 6 yıl içinde hukuk davası açabilmelerine imkân vermektedir. Ayrıca yeterli delil bulunması halinde her zaman bir ceza kovuşturması açılabilir ve bu kovuşturma olumlu sonuçlanacak olursa tazminata da hükmedilebilir. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin mahkemeye başvurma hakkının özü zedelenmemiştir.

53. Söz konusu zamanaşımı süresi haddinden fazla kısa değildir; aslında kişisel yaralanma iddialarıyla ilgili bazı uluslararası sözleşmelerde koyulan sürelerden daha uzundur. Ayrıca olayda uygulanan kuralların gerçekleştirmek istenen meşru amaçla orantılı olduğu ortaya çıkmıştır. Zira başvuru sahipleri söz konusu sürenin dolmasından kısa bir süre önce dava açmış olsalardı, mahkemelerden yaklaşık 20 yıl kadar önce meydana gelmiş olaylar hakkında yargılama yapmalarının istenecek olduğu kanaatine varılmıştır.

54. Başvuru sahipleriyle ilgili olaylardaki dava süresi ergenlikten başlamış olup bu süreden feragat edilemez ve süre uzatılamaz. Mahkeme’nin önündeki materyallerden anlaşıldığına göre, Avrupa Konseyi’ne üye Devletler arasında hukuk davalarında süre veya sürelerin hesaplanması konusunda bir birlik yoktur. Birçok devlette süreler dava sebebinin gerçekleştiği tarihten itibaren, diğer bazı hukuk sistemlerinde ise dava konusu olayların davacı tarafından öğrenildiği veya öğrenilmiş olması gerektiği tarihten itibaren hesaplanmaktadır. İngiltere ve Galler’de kusura dayanan hukuk davalarında ikinci prensip uygulanmaktadır. Ancak halen bu prensibin Avrupa Devletlerinde bu tür davalarda yaygın olarak kabul edilmiş olduğu söylenemez.

55. Sözleşmeciler Devletler, mahkemeye başvurma hakkını nasıl sınırlayacakları konusunda karar verirken belirli bir takdir alanından yararlanırlar. Birleşik Krallık yasama organının bu sorunlar üzerinde yeterince zaman ayırdığı ve çalıştığı açıktır. 1936’dan beri altı resmi organ konunun çeşitli yönlerini çalışmış ve dava sürelerini değiştirme ve reform yapma konusunda dört yasa çıkarılmıştır. Başvuru sahiplerinin şikâyet ettiği kasten kişisel yaralanma olaylarında altı yıllık dava süresinin uygulanacağına dair Temyiz Mahkemesi kararı keyfi surette verilmiş değildir. Temyiz Mahkemesi bu kararında 1980 tarihli Yasanın dayanağı olan Tucker Komitesinin bu Yasayı yorumlamasını dikkate almıştır.

56. Son yıllarda çocuk istismarının sebebiyet verdiği sorunların boyutu ve mağdurlar üzerindeki psikolojik sonuçları hakkında farkındalık giderek artmıştır. Avrupa Konseyi’ne

üye devletlerde uygulanan dava süreleriyle ilgili kuralların yakın zamanda bu grup şikâyetçiler için özel hüküm koyulmak üzere değiştirilmesi mümkündür. Ancak başvurucuların mahkemeye başvurma hakkının özü zedelememesi ve söz konusu kısıtlamaların meşru bir amaç taşıması ve orantılı olması sebebi ile bu konuda en uygun politikanın ne olacağı hususunda devlet makamlarının görüşünün yerine kendi görüşünü koyması Mahkeme'ye düşmez.

57. Bu nedenle zamanaşımı kurallarının hizmet ettiği amacın meşruluğunu ve mahkemeye başvurma hakkı düzenlenirken devletlere bırakılan takdir alanını dikkate alan Mahkeme, tek başına Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. İkiye karşı yedi oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının başvuruculardan her hangi bir açısından ihlal edilmediğine;
2. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası veya 8. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

19.06.2001 28249/95 KREUZ - POLONYA

- ◆ *adli yardım vermediğinden dava açamama* (idareye karşı tazminat davasında yüksek nispi dava harcından muaf tutulma için adli yardım talebinin reddedilmesi nedeniyle dava açamama) ■ *adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Henryk Kreuz 1955 doğumlu olup Polonya ve Avusturya çifte vatandaşıdır. Başvurucunun araba yıkama yağlama tesisi kurmak için Plock Belediyesinden istediği izin reddedilmiştir. Başvurucunun açtığı iptal davasında nihayet Yüksek İdare Mahkemesi ret işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.

Başvurucu, ruhsat vermeme konusundaki idari işleminin kendisini ve potansiyel iş ortaklarını zarara uğrattığı gerekçesiyle belediye aleyhine tazminat davası açmıştır. Polonya hukukuna göre hukuk veya idare mahkemelerinde dava açan bir davacı, davanın duruma göre, talep edilen miktarın yüzde 6-8'i gibi bir miktarı dava harcı olarak yatırmak zorundadır. Ancak idari kuruluşlar bu harçtan muafır. Başvurucu Kreuz, işsiz olduğunu ve bütün tasarruflarını Polonya'da yatırım hazırlıkları için harcadığını belirterek dava harcından muaf tutulmayı talep etmiştir. Başvurucunun bu talebi reddedilmiş, ancak harç miktarı sonuç olarak 100 milyon Ziloti'ye indirilmiştir. Bu harç miktarı, Polonya'da ortalama yıllık net ücrete eşittir. Başvurucu mahkeme harcını ödeyemediği için Plock Bölge Mahkemesi davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Başvurucu mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuş ve Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

B. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygunluk

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Mahkeme'nin içtihatlarından çıkan ilkeler

[52-57]: Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının herkese, kişisel hak ve yükümlülükle-

riyle ilgili iddialarını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkı tanıdığını hatırlatmıştır. Dolayısıyla bu fıkra, ‘mahkeme hakkı’ nı (right to a court) içermektedir; mahkemeye başvurma hakkı, yani hukuki konularda bir mahkemeye dava açma hakkı, bu mahkeme hakkının sadece bir yönünü oluşturur ve aslında böylece 6(1). fıkradaki diğer güvencelerden yararlanmayı mümkün kılar. Dava açılmadıkça, yargılamanın adil, aleni ve hızlı olmasının bir değeri de olmaz. Hukuki konularda mahkemelere başvurma imkânı olmadıkça hukukun üstünlüğünü kavramak da mümkün değildir.

Öte yandan ‘mahkeme hakkı’ mutlak değildir. Mahkemeye başvurma hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenlenmeyi gerektirdiği için zımnen sınırlamalara tabidir. Uyuşmazlığın taraflarına ‘kişisel hak ve yükümlülükleri’ nin karara bağlanması için mahkemelere etkili başvuru hakkını tanıyan Sözleşme’nin 6(1). fıkrası, devletlere bu iş için kullanılacak vasıtaları serbestçe seçme yetkisi tanıır. Sözleşmeci Devletler belirli bir takdir alanı kullanırlar, fakat Sözleşme’nin gereklerine uyulup uyulmadığı hakkında nihai kararı vermek görevi Mahkeme’ye aittir. Mahkeme daha önceki bazı davalarda, özellikle üst başvurunun kabul edilebilirlik koşullarıyla ilgili sınırlamaların getirildiği veya başvurunun üst başvurusu bağlamında diğer tarafın katlanacağı masraflar için adaletin yararı gereği teminat yatırmasının öngörüldüğü davalarda, mali türden yükümlülükler dâhil, bireyin ‘mahkeme’ye veya ‘yargı yeri’ne başvurma hakkına çeşitli kısıtlamalar koyulabileceğine hükmetmiştir (*Brualla Gomez de la Torre - İspanya ve Tolstoy-Miloslavsky - Birleşik Krallık kararları*). Mahkeme ayrıca dava açacak olanların davalarını başlatılabilmek için ön izin almaları gereken davalar olabileceğini de kabul etmiştir (*Ashingdane - Birleşik Krallık*). Ancak tüm bu davalarda, Mahkeme’nin uygulanan sınırlamaların başvuruca tanınan başvurma hakkının özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamadığına veya zayıflatmadığına ikna olması gerekmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, bir mahkemeye veya yargı yerine başvurma hakkına koyulan kısıtlamalar meşru bir amaç izlemedikçe ve kullanılan vasıtalar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadıkça, bu sınırlamaların Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca yukarıdaki standartlara uygunluğu değerlendirirken, kendi görevinin adalete ulaşmayı düzenleyen en uygun vasitanın ne olduğuna karar verecek olan yetkili ulusal makamların yerine geçmek olmadığı gibi, bu mahkemelerin şu kararı değil de bu kararı vermelerine yol açan olayları değerlendirmek de olmadığını hatırlatmıştır. Mahkeme’nin rolü, ulusal makamların takdir yetkileri içinde verdikleri kararların Sözleşme’ye uygunluğunu ve bu kararların sonuçlarının Sözleşme’yle bağdaşır olup olmadığını denetlemektir. Bu bağlamda son olarak Mahkeme, Sözleşme’nin hakları teorik veya kâğıt üzerinde değil, fakat pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almak istediği ilkesine dayanarak denetim yaptığını hatırlatmıştır. Bu durum, adil yargılanma hakkının demokratik toplumdaki önemi göz önünde tutulduğunda, mahkemeye başvurma hakkı bakımından özellikle geçerlidir.

(b) Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

[58-67]: Mevcut olayda Mahkeme, önce hukuk ve idari davalarda Polonya hukukunun getirdiği mahkeme harcı ödeme şartının kendiliğinden Sözleşme’nin 6(1). fıkrasını ihlal edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme yukarıdaki prensipleri göz önünde tutarak adaletin gereği gibi yerine getirilmesindeki menfaatin bireyin mahkemeye başvurma hakkına mali sınırlamalar konulmasını meşru kılabileceği olasılığını reddetmediğini hatırlatmıştır. Ayrıca Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına göre devletin mahkemeye başvurma hakkını etkili bir şekilde güvence altına alma yükümlülüğünü yerine getirmesi, devletin sadece müdahalede bulunmamasını değil, çeşitli biçimlerde pozitif bir tutum almasını da gerektirdiği anlamına gelir. Ama bu fıkradan hukuki uyuşmazlıklar için devletten sınırsız bir biçimde adli yardım alma hakkı veya harçsız olarak hukuk davası açma hakkı çıkarsanamaz. Buna göre, karara bağlanması istenen taleplerle ilgili olarak hukuk mahkemelerine

harç ödenmesi mahkemeye başvurma hakkı üzerinde kendiliğinden (kategorik olarak) Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla bağdaşmayan bir kısıtlama olarak görülemez. Bununla birlikte, başvuruçunun ödeme kabiliyeti gibi, belirli bir davanın özel şartları ışığında takdir edilen harcın miktarı ve kısıtlamanın koyulduğu dava aşaması, bir kimsenin mahkemeye başvurma ve 'bir yargı yeri tarafından yargılanma' hakkından yararlanıp yararlanmadığına karar verilirken bakılması gereken faktörlerdir.

Mahkeme, daha sonra mevcut olayda başvuruçudan istenen harcın, başvuruçunun mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyen bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Mahkeme nihai olarak başvuruçudan harç olarak istenen miktarın Polonya'da ortalama yıllık ücrete karşılık geldiğini ve bu miktarın sıradan bir davacı için hiç kuşkusuz önemli bir miktar olduğunu tespit etmiştir. Başvuruçucu bir işadamı olduğundan, ulusal mahkemeler mahkeme harcını tespit ederken kendisinin uyumsuzlukları da göze almış olması ve mahkeme masrafları için yeterince kaynak ayırmış bulunması gerektiği varsayımına dayanmışlardır. Buna göre başvuruçucu kendi tasarruflarıyla yaşamakta olup yaptığı yatırımlar kendisinin mahkeme harcını ödeme kabiliyeti bulunduğunu kanıtlamaktadır. Ancak Mahkeme, özellikle mahkemeye başvurma hakkının 'etkili' bir şekilde korunmasının önemi karşısında, yukarıda gerekçeyi ikna edici görmemiştir. Öncelikle başvuruçunun açmak istediği dava pek de iş faaliyetiyle ilgili sayılmaz; zira başvuruçunun davası, Yüksek İdare Mahkemesinin de tespit ettiği gibi davalı idarenin hukuka aykırı davranmış olmasına ve bu ihlalden doğduğu iddia edilen zararlara ilişkindir. Mahkeme ayrıca ulusal mahkemelerin, başvuruçunun mali durumunu gösteren kanıtlara değil, varsayımları kazanç kapasitesine dayandırdıklarını gözlemlemektedir. Ulusal mahkemeler, başvuruçunun geçimiyle ilgili beyanında söylediği durumla çelişen bir delil toplamadan ve dikkate almadan, başvuruçunun mahkeme harcını ödeyemeyeceği iddiasını reddetmişlerdir. Ayrıca ulusal mahkemeler, başvuruçunun mali durumuyla ilgili olarak önlendeki delillerle desteklenmeyen belirli varsayımlar kurmuşlardır. Dahası Polonya hukuku, mahkeme harcını ödemekten muafiyetin koyulmasını gerektiren sebepler ortadan kalkınca, bu muafiyetin mahkemeler tarafından kaldırılabilmesini öngörmektedir. Yani mevcut olayda, başvuruçunun harçsız dava açmasına izin verildikten sonra ileride başvuruçunun maddi durumunun düzelmesi halinde harcın tahsil edilebilmesi olanağı vardır. Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler, devletin mahkeme harcı almaktaki menfaati ile başvuruçunun mahkemeler vasıtasıyla hakkını korumaktaki menfaati arasında adil bir denge kuramamışlardır. Başvuruçudan istenen mahkeme harcı aşırıdır. Davasının bir mahkeme tarafından görülmesini engellemiştir. Bu da mahkemeye başvurma hakkının özünü zedelemiştir.

II. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, manevi tazminat olarak 30,000 Ziloti, ücretler ve masraflar için 12,422 Zilotiden adli yardım olarak alınan 976 Euro düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

12.06.2007 50939/99 BAKAN - TÜRKİYE

- ◆ *adli yardım vermeme nedeniyle dava açamama* (idareye karşı tazminat davasında mali gücü bulunmayan başvuruçunun nispi dava harcından muaf tutulma için adli yardım talebinin davanın başarı şansı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi) ■ *adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucular Asya Bakan, Abdullah Bakan, Engin Bakan ve Ruşen Bakan Türk vatandaşı olup Diyarbakır'da yaşamaktadırlar.

1995 yılında birinci başvurunun eşi, diğerlerinin babası olan Mehmet Şerif Bakan, güvenlik güçleri tarafından açılan ateş sonucunda seken bir mermiyle ölmüştür. Olayın ardından yapılan soruşturma sırasında Mehmet Şerif Bakan'ı öldüren merminin kaçak bir PKK üyesini yakalamaya çalışan bir jandarma tarafından ateşlendiği anlaşılmıştır. Nisan 2000'de Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, söz konusu jandarmayı adam öldürmekten suçlu bulmuş ve iki yıl hapis cezası ile para cezasına mahkûm etmiştir. Hapis cezası para cezasına çevrilmiş ve bu cezanın infazı da ertelenmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, maktulün uyarı için havaya atılan bir kaç el ateş edildikten sonra seken bir kurşunla vurulduğuna hükmetmiştir. Ekim 2001'de Yargıtay'ın bu kararı bozması üzerine Ağır Ceza Mahkemesi jandarmanın beraatine karar vermiştir.

Öte yandan başvuru Asya Bakan, eşinin ölümünden dolayı kendisi ve çocukları adına, 17 Mayıs 1996'da, Diyarbakır Asliye Hukuk Mahkemesinde bir tazminat davası açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi, 6 Nisan 1996'da, başvurunun herhangi bir taşınmaz ve gelire sahip olmaması nedeniyle adli yardım verilmesine karar vermiştir. Ancak Asliye Hukuk Mahkemesi ayrıca davanın idare mahkemesinde açılması gerektiği düşüncesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Başvurucular hemen Diyarbakır İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmışlar ve maddi ve manevi tazminat olarak 4,410,000,000 TL (15,943 Euro) talep etmişler, ayrıca mahkeme harcı ödememek için adli yardım talebinde bulunmuşlardır.

İdare Mahkemesi 20 Mayıs 1998'de, davanın bu aşamasında, kendisine sunulan kanıtlar dikkate alındığında davanın temelden yoksun olmasını gerekçe göstererek adli yardım talebini reddetmiştir. Ayrıca aynı mahkemeye göre, başvuru, avukat tarafından temsil edildikleri sürece, yargılama masraflarını ödeyemeyeceğini iddia edemezler. İdare Mahkemesi ikinci nokta bakımından Danıştay içtihadına atıf yapmış ve ayrıca adli mahkemelerce verilmiş adli yardım kararı ile bağlı olmadığını belirtmiştir. İdare Mahkemesi 13 Temmuz 1998'de, başvurucudan 30 gün içerisinde 50,463,900 TL (yaklaşık 170 Euro) tutarındaki mahkeme harcı yatırmasını istemiştir. İdare Mahkemesi 28 Eylül 1998'de, başvurunun söz konusu harcı yatırması için ikinci kez 30 günlük süre daha vermiştir. Başvurucunun avukatı 26 Ekim 1998'de İdare Mahkemesinden, adliye mahkemesinin adli yardımla ilgili kararını benimsemesini talep etmiş ve İdare Mahkemesinin daha önce adli yardım talebini reddederken kullandığı gerekçeleri eleştirmiştir. 25 Kasım 1998'de İdare Mahkemesi, mahkeme harcını ödenmediği için davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Daha sonra Danıştay da başvurunun bu konudaki başvurusunu reddetmiştir.

Başvuru İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurarak, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

III. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

[64-79]: Başvuruculara göre, İdare Mahkemesinin kendilerine adli yardım verilmesini reddetmesi, mahkemeye başvurma haklarını ve bu surette yakınlarının ölümünden dolayı maruz kaldıkları zararın giderilmesini engellemiştir.

Mahkeme, mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığını, zımni olarak kabul edilebilecek sınırlandırmalara tabi tutulabileceğini; 6(1). fıkrasının şikâyetçilere mahkemeye

etkili başvuru hakkını verdiğini, ancak bu amaçla kullanılacak araçları seçme yetkisinin devlete ait olduğunu; konu hakkında devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen, son tahlilde Sözleşme gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinin kendisine ait olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu hakka getirilecek sınırlandırmanın hakkın özünü zedelememesi gerektiğini, sınırlamanın herşey bir amaca yönelik olarak ve ölçülü bir biçimde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu sınırlandırmanın mali nitelikte olabileceğini ve adaletin gereği gibi işlemesi için bu konuda mali sınırlandırmalar getirilebileceğini vurgulamıştır.

Mahkeme'ye göre, hukuk mahkemelerinde talep miktarına bağlı harcı ödeme yükümlülüğü, esas itibarıyla Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında öngörülen mahkemeye başvurma hakkına aykırı değildir. Bununla birlikte, takdir edilen harç tutarının başvurucağı mahkemeye başvurma hakkından yoksun bırakıp bırakmadığı belirlenirken, başvurucağın ödeme gücü ve söz konusu sınırlamanın gerçekleştiği aşama gibi, somut olayın öznel koşulları dikkate alınmalıdır. Başvurucağın istenen 50,463,900 TL dava harcı, ilk bakışta yüksek bir miktar olmasa da, olayların meydana geldiği tarihte iki asgari ücrete eşit olup, yakınlarının ölümünden sonra hiçbir geliri olmayan başvurucağın için kayda değer bir miktar oluşturur. Mahkeme, üç yıl önce başvurucağın Asliye Mahkemesinin başvurucağın yoksulluğundan dolayı adli yardım kararı verdiğini, o zamandan beri başvurucağın durumunun iyileştiğine dair hiçbir belgenin dosyada bulunmadığını, İdare Mahkemesine 26 Ekim 1998'de yazılan yazı uyarınca başvurucağın hiçbir gelirleri olmadığını belirtildiğini, başvurucağın hiçbir gelire sahip olmadıklarından mahkeme harçlarının onlar için aşırı bir yük oluşturduğunu kaydetmiştir.

Mahkeme, İdare Mahkemesi tarafından bu noktada ileri sürülen gerekçeleri uygun bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, İdare Mahkemesinin yapmış olduğu değerlendirmede ilgililerin gerçek mali durumları dikkate alınmamıştır. İdare Mahkemesinin davanın makul temelden yoksun olduğuna dair birinci noktaya ilgili gerekçesine ilişkin olarak ise Mahkeme, İdare Mahkemesinin adli yardım kalemi altında devlet gelirlerini, taleplerinin makul bir başarı şansı olan kişilere tahsis etmek yönünde bir kaygı duymasını haklı bulmuştur. Bununla birlikte Mahkeme, daha önce *Aerts* davasında, adli yardım bürosunun, iddianın haklı görünmediği gerekçesiyle adli yardım talebini reddetmesinin başvurucağın mahkemeye başvurma hakkının özünü dokunduğunun altını çizdikten sonra 6. maddenin 1. fıkrasının ihlaline hükmettiğini; bu kararın ardından, Belçika yasama organının adli yardım yasasını, sadece 'açıkça temelden yoksun olan talepleri' reddedecek şekilde değiştirdiğini hatırlatmıştır. Mevcut olayda ise İdare Mahkemesi, tıpkı *Aerts* kararında olduğu gibi hiçbir fark gözetmeksizin, başvurucağın iddiasının temeli hakkında karar verdiğini, oysa İdare Mahkemesinin adli yardım talebi açısından, başvurucağın tazminat talebinin temeli hakkında karar verme durumunda olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme, Türk mevzuatındaki adli yardım sisteminin, tarafları keyfilikten korumak için gerekli tüm usul güvencelerini getirmeye sonucuna varmıştır. Mahkeme bu karara varırken, bu iş hakkında karar verecek olan organın yargı makamları, özellikle de esas hakkında karar verecek olan yargı makamları, olmasına rağmen Türk hukukunun, bu talebin esası hakkında mahkemenin kararına karşı başvurma imkânı öngörmediğini belirtmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 469. maddesine göre, adli yardıma ilişkin kararlar kesindir ve bunlara karşı itiraz edilemez. Türk hukukunda adli yardım talebi, sadece tarafların sunduğu yazılı belgeler üzerinden ve bir defa incelenmekte, taraflar dinlenmemekte ve bu nedenle itirazlarını ortaya koyma imkânları da bulunmaktadır. Adli yardım talebinin reddedilmesinin başvurucağın iddialarının bir mahkeme tarafından dinlenmesi imkânından tamamen yoksun bıraktığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bütün bunları, özellikle de mahkemeye başvuru hakkına getirilen sınırlamanın yargılamanın başlangıç aşamasında meydana gelmesini de dikkate alan Mahkeme, devletin mahkemeye başvuru

hakkını Sözleşmenin 6(1). fıkrasının gereklerine uygun biçimde düzenleme konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği ve bu konuda sahip olduğu takdir alanını aştığı sonucuna varmıştır. Bu nedenlerle, Hükümetin itirazının reddine karar vermiş ve 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline
4. Sözleşme'nin 13. maddesi ve Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığına
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ OLMAYAN YARGI YERİNDE YARGILAMA

01.10.1982 8692/79 PIRSACK - BELÇİKA (Esas hk)

◆ *savcılık yaptığı olayda yargılama yapan yargıç* (başvurucunun adam öldürme suçundan yapılan soruşturmasında kişilere karşı suçları soruşturan savcılık bölümünde savcı yardımcısı olarak gözetim görevi bulunmakla birlikte daha sonra aynı olayda mahkeme başkanı olarak görev yapması) ■ *adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Piersack 1948 doğumlu bir Belçika vatandaşı olup, silah tüccarıdır.

İki Fransız, 22-23 Nisan 1976 gecesi başvurucunun da içinde bulunduğu bir arabada silahla öldürülmüşlerdir. Arabada Kavadis adında bir kişi ile Portekiz vatandaşı biri daha vardır. Başvurucu, aleyhinde adam öldürme suçundan yapılan soruşturma ve yargılama sonunda, 10 Kasım 1978'de 18 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Soruşturma aşamasında 9 Temmuz 1976'da, soruşturma yargıcı Preuveneers başvurucu hakkında yakalama emri (tutuklama müzekkeresi) çıkarmıştır. Fransa'da bulunan başvurucu yakalanarak 13 Ocak 1977'de Belçika'ya geri verilmiştir. Bu durum aynı gün, Başsavcı Yardımcısı Pierre Van de Walle imzalı bir yazıyla olayı soruşturan savcılardan Bayan del Carril'e bildirilmiştir. Bu savcı da 17 Ocak tarihli bir üst yazıyla durumu soruşturma yargıcı Preuveneers'e bildirmiştir.

4 Şubat 1977'de, soruşturma yargıcı Brüksel savcılığına bir yazı göndererek, Portekizliyi geri verme niyeti olmayan Portekiz makamlarına olay hakkında bilgi verip vermeyeceklerini sormuştur. Soruşturma yargıcı bu yazıda el yazısıyla 'P. Van de Walle'nin dikkatine' şeklinde, parantez içinde bir not koymuştur. Bu yazı 9 Şubat 1977'de savcı Bayan del Carril tarafından yanıtlanmıştır. Brüksel Üst Mahkemesi savcılığı 20 Haziran 1977'de, Portekizliyle ilgili talimatın ıcrasıyla ilgili bir yazıyı savcılığa göndermiştir. Başsavcı Yardımcısı Van de Walle, bir paraf imzayla, bu yazıyı olayı soruşturmayı devralan savcı De Nauw'a iletmiştir. Bu savcı da bu notu, 22 Haziranda soruşturma yargıcına iletmiştir.

Savcılık, 27 Haziranda iddianameyi tamamlamıştır. Kasımda olayla ilgili soruşturma büyük ölçüde tamamlanmış, sadece bazı usul işlemleri kalmıştır. Başsavcı Yardımcısı Van de Walle 18 Kasım 1977'de Brüksel Üst Mahkemesi yargıçlığına atanmış, 13 Aralık 1977'de yemin ederek görevine başlamıştır. Van de Walle'nin başkanlık ettiği Ağır Ceza Mahkemesinde görülen başvuru aleyhindeki davada 6-10 Kasım 1978 tarihleri arasında duruşma yapılmıştır.

Başvurucu bütün duruşma boyunca masum olduğunu savunmuştur. Jüri beşe karşı yedi oyla asli failin suçu olduğu sonucuna varmış, kapalı müzakerede mahkeme başkanı ve iki üye, çoğunluk görüşüne katıldıklarını açıklamışlardır. Ağır Ceza Mahkemesi 10 Kasım 1978'de başvuru için kişiyi öldürmekten mahkûm etmiş, diğer suçlardan beraat ettirmiş, hafifletici nedenleri göz önünde tutarak 18 yıl ağır hapis cezası vermiştir. Mahkeme ayrıca yabancı ülke vatandaşı olması nedeniyle Portekizli sanığın iadesinin sağlanamadığını belirtmiştir.

Başvurucu bu kararı temyiz etmiştir. Başvurucunun altı temyiz sebebinden altıncısı, bu başvurunun konusunu oluşturmaktadır. Başvurucu, Yargı Kanununun (Judicial Code) 127. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu maddeye göre, 'dava mahkemesinde görülen bir davaya başkanlık eden yargıcın aynı olayda savcı olarak görev yapmış olması halinde, muhakeme geçersiz sayılır...'. Başvurucu, mahkeme başkanı P. Van de Walle'nin savcı olarak bu soruşturma yer aldığını söylemiştir. Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı Temyiz Mahkemesine sunduğu mütalaasında bu temyiz talebinin kabul edilerek kararın bozulmasını istemiştir.

Temyiz Mahkemesi Başsavcısı konuyla ilgili Belçika mevzuatını ve yargı kararlarını 1955'ten önceki dönem, 1955 - 1968 dönemi ve 1968'den sonraki dönem olmak üzere üç bölümde incelemiştir. Birinci dönemde konuyla ilgili yazılı bir kural olmadığı halde, Temyiz Mahkemesi verdiği sekiz kararda, bir ceza davasında daha önce savcılık yapmış olanların, daha sonra aynı olayda yargıç olarak görev yapamayacaklarını belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi bu yasağı, güçler ayrılığında çıkan genel ve mutlak ilkeye dayanmıştır. İkinci dönemde Temyiz Mahkemesi konuyla ilgili bir karar vermemiştir ama bu dönemde iki önemli gelişme olmuştur: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Belçika iç hukuk sistemine içselleştirilmiş ve ikinci olarak davaların mahkemelerce tarafsız bir biçimde görülmesini gerektiren genel hukuk ilkesiyle ilgili olarak iç hukukta gelişmeler olmuştur. Başsavcı, Sözleşme'nin iç hukuktaki yerini inceledikten sonra, Temyiz Mahkemesinin 1 Eylül 1970 tarihli kararından şu cümleyi alıntı yapmıştır: 'tarafsızlığı haklı şüpheler doğuran bir yargıç kararda yer almaktan çekinmelidir'. Savcıya göre Yargı Kanununun yürürlüğe girdiği üçüncü dönemde bu Yasanın 127 ve 292. maddelerini yorumlayan Temyiz Mahkemesi kararlarında, birinci dönemde verilen içtihatları izlenmiştir. Savcı, bu yeni dönemde verilen kararlardan beş tane örnek göstermiş ve sonuç olarak başvuru konuyla ilgili talebini Temyiz Mahkemesinin kendiliğinden dikkate alacağı Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına ya da mahkemelerin bir davayı tarafsız olarak görmelerini gerektiren hukukun genel ilkelerine aykırı bulmasını istemiştir.

Temyiz Mahkemesi 21 Şubat 1979 tarihinde verdiği kararla, temyiz taleplerini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi altıncı temyiz talebi hakkında ilk önce, Van de Walle'nin 4 Şubat 1977 tarihli üst yazıyı almasının, kendisinin Yargı Kanununun 127. maddesi anlamında 'olayda savcı olarak hareket ettiğini' göstermediğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesine göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6(1). fıkrası ile hukukun genel ilkelerinin tanıdığı tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı, bir yargıcın tarafsızlığından kuşkulanan için haklı sebepler bulunması halinde karara katılmaktan çekinmeye zorlamaktadır; ancak olayda kendisine söz konusu üst yazı gönderildikten sonra, savcı Van de Walle'nin her hangi bir soruşturma işleminde bulunduğu veya olaya müdahale

ettiğine dair bir kanıt yoktur; yazıyı yanıtlayan başsavcı yardımcısı Van de Walle değil, ama aynı bölümdeki başka bir savcıdır.

İç hukuk: 1967 tarihli Yargı Kanununun 292. maddesi, yasada aksi belirtilmedikçe, değişik adli yetkilerin birlikte icrasını yasaklamaktadır. Bu madde, bir olayda daha önce başka bir adli görev yerine getirmiş olan bir yargıcın, aynı olayda verdiği kararın geçersiz olduğunu hükme bağlamıştır. Yasanın 127. maddesine göre ‘dava mahkemesi önündeki bir davaya daha önce savcı olarak görev yapmış veya soruşturma tedbirleri almış bir yargıç tarafından başkanlık edilmesi halinde, muhakeme geçersiz sayılır’. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

Başvurucu 15 Mart 1979’da İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

I. Bağımsız yargı yeri

“27. Başvurucuya göre, 10 Kasım 1978 tarihinde kendisini mahkûm eden mahkeme ‘bağımsız bir yargı yeri’ değildir. Mahkeme’ye göre her hangi bir destekleyici delil gösterilmeden sunulan bu iddia, incelenmeyi gerektirmemektedir. Anayasanın 99-100. maddelerine ve yasaya göre, Belçika Ağır Ceza Mahkemelerini oluşturan yargıçlar, kendilerini dışarıdan gelen baskılara karşı koruyan güvencelerden yararlanmaktadır; aynı şey jüri üyelerinin atanmalarını düzenleyen bazı katı kurallar için de söz konusudur.”

2. Tarafsız yargı yeri

“28. Bu olayda Brabant Ağır Ceza Mahkemesine başkanlık eden yargıç Van de Walle, daha önce Brüksel savcılığında savcı başyardımcısı olarak görev yapmıştır; Üst Mahkemeye atanıncaya kadar Brüksel savcılığında kişilere karşı cürümleri ve kabahatleri soruşturan B bölümünün, yani başvuru Bay Piersack’ın olayının havale edildiği bölümün başkanlığını yapmıştır.

29. Bu durum karşısında başvuru, davanın ‘tarafsız bir yargı yeri’ tarafından görülmediğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre, ‘bir kimse bir olayla bir buçuk yıl savcı olarak ilgilenmiş ise, önyargısız olamaz’. Hükümete göre, söz konusu dönemde cürümleri soruşturan savcı başyardımcısı Van de Walle değil, savcının kendisidir. Hükümete göre, savcı yardımcılarını Bayan del Carril ve Bay De Nauw, bu tür olaylardan savcı Van de Walle yoluyla değil, doğrudan bilgilendirmişlerdir; Van de Walle’nin soruşturmanın yürütülmesiyle bağlantısız idari bir görevi olup, başka şeylerle birlikte, 13 Ocak ve 20 Haziran 1977 tarihli yazılarda olduğu gibi, çok sayıda yazıya paraf imza atmıştır. Soruşturma yargıcı Prueveneers’in 4 Şubat 1977 tarihli üst yazısında yer aldığı söylenen ‘P. Van de Walle’nin dikkatine’ şeklindeki notun sebebi sadece, Bayan del Carril’in sık sık hastalık iznine ayrıldığına bilinmesidir. Hükümete göre ayrıca, Van de Walle’nin bu yazıyı aldığına dair her hangi bir kanıt da yoktur, her halükarda Prueveneers’in yazısını yanıtlayan Van de Walle değil, fakat Bayan del Carril’dir.

30. Mahkeme’ye göre tarafsızlık, normal olarak önyargının ve tarafsızlığın (bias) bulunmamasını ifade eder; Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına göre tarafsızlığın bulunup bulunmadığı çeşitli yollarla test edilebilir. Bu bağlamda, belirli bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif test ile bir yargıç hakkında bu konuda haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif test arasında bir ayrım yapılabilir. (a) Birinci test konusunda Mahkeme, başvuru Van de Walle’nin kişisel tarafsızlığından övgüyle bahsettiğini

kaydeder. Olayda bu bakımdan kuşku duyulması için hiçbir sebep yoktur; aslında aksi kanıtlanmadıkça, kişisel tarafsızlığın bulunduğu varsayılır (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*, §58). Ancak sadece subjektif test ile yetinmek mümkün değildir. Bu konuda görünüşün bile belirli bir önemi vardır (*Delcourt*, §31). Belçika Temyiz Mahkemesinin 21 Şubat 1979 tarihli kararında gözlemediği gibi, tarafsızlığından kaygılanmak için haklı sebebin bulunduğu bir yargıç, davadan çekinmelidir. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin halka vermek zorunda oldukları güven duygusudur. (b) Bir yargıcın, kendisi hiç ilgilenmediği halde sırf daha önce savcı olarak görev yaptığı savcılıkta incelenen her olayda mahkeme heyetinde yer alamayacağını savunmak, bir diğer uç görüşü savunmak demek olacaktır. Savcılık teşkilatının birlik ve bölünmezliğini katı ve biçimciliğe dayanan bir anlayışla kavrayan böylesine radikal bir çözüm, savcılık ile mahkeme heyeti arasında aşılmaz bir duvar örer. Bu durum, bu görevlerin birinden diğerine geçişin sık sık meydana geldiği birçok Sözleşme Devletin adalet sisteminde bir karmaşaya yol açar. Her şeyden öte, bir yargıcın bir zamanlar savcılıkta bulunması, kendisinin tarafsızlığından kaygılanmak için yeterli bir sebep olamaz. Mahkeme bu noktada Hükümetin görüşüne katılmaktadır. (c) Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını kendiliğinden dikkate alan Belçika Temyiz Mahkemesi, bu olayda, bir yargıcın daha önce 'savcılık mensubu olduğu sırada olaya müdahalede' bulunup bulunmadığı şeklinde, görevin icrasına dayanan bir kriteri benimsemiştir. Bay Piersack'ın temyiz talebini reddeden Temyiz Mahkemesine göre, Van de Walle'nin Brüksel savcılığında savcı başyardımcısı olarak, olayla ilgili kişisel bilgi sahibi olma veya araştırma veya soruşturma sürecinde belirli bir adım atma dışında, her hangi bir biçimde bir müdahalede bulunduğu dair bir delil yoktur. (d) Bu kriter, yukarıdaki şekilde açıklığa kavuşturulsa bile, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının şartlarını tam olarak karşılamamaktadır. Mahkemelerin halka güven duygusu verebilmeleri için, iç örgütlenmeleri de dikkate alınmalıdır. Bir kimsenin, savcılık görevi sırasında belirli bir olayla ilgilenebileceği türden bir makamda görev yaptıktan sonra, aynı olayda yargıç olarak görev yapması halinde, halkın kendisinin yeterli tarafsızlık güvencelerine sahip olmadığından kaygı duyma hakkı vardır.

31. İşte bu olayda meydana gelen de budur. Van de Walle Kasım 1978'de, Brüksel Üst Mahkemesi başvuru davaya sevk etmeden önce, Brabant Ağır Ceza Mahkemesine başkan olmuştur. Bu sıfatla duruşmalar ve müzakereler sırasında geniş bir yetkiye sahip olmuş, dahası örneğin Yargı Kanununun 268. maddesinin verdiği takdir yetkisini ve ayrıca jüri tarafından basit çoğunlukla sanığın suçluluğuna karar vermesinden sonra, diğer yargıçlarla birlikte sanığın suçluluğuna karar verme yetkisini kullanmıştır. Van de Walle, Kasım 1977 tarihine kadar Brüksel savcılığında, başvuru Piersack'a karşı soruşturma açmakla yetkili B bölümünün başkanıdır. Başvuru, dosyada görevli Bayan del Carril ve sonra De Nauw'un hiyerarşik üstü olarak, onların mahkemeye yazdıkları her hangi bir yazıyı gözden geçirip düzeltme, olayda benimsenecek yaklaşımı tartışma ve hukuki noktalardan kendilerine tavsiyede bulunma hakkına sahiptir. Bunun yanında, Komisyon ve Mahkeme tarafından elde edilen bilgiler, Van de Walle'nin bu muhakemede belir bir biçimde yer aldığını teyide yöneliktir. Başvuru Piersack'ın o sırada tüm bu olup bitenlerin farkında olmamasının pek bir önemi yoktur. Van de Walle'nin, örneğin 4 Şubat 1977 tarihli üst yazıyı kendisinin alıp almadığını ve bu olayı bayan del Carril'le veya Bay De Nauw ile tartışıp tartışmadığını belirlemek amacıyla daha ayrıntılı bir araştırma yaparak, kendisinin oynadığı rolün boyutunu kesin olarak değerlendirmek üzere çaba göstermek de gerekli değildir. Suç isnadının esası üzerinde karar vermiş bir 'yargı yeri'nin tarafsızlığının kuşkuya açık olabileceğini tespit etmek yeterlidir.

32. Bu konuda Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır."

II. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme sorunun karara hazır olmadığı gerekçesiyle bu konudaki kararın saklı tutulmasına gerektiğini belirtmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline
2. Sözleşme'nin 50. maddesinin karara hazır olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

10.02.1983 7299/75 ALBERT ve LE COMPTE - BELÇİKA

- ◆ *mesleki disiplin kurulu* (Tabip Odası tarafından verilen meslekten men cezalarının İtiraz Kurulu ve Temyiz Mahkemesi tarafından onaylandığı yargılamada Kurul üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmadıkları şikâyeti) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yeri tarafından yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvuru Alfred Albert 1908 doğumlu Belçika vatandaşı bir hekimdir.

Tabip Odası, Haziran 1974'te, başvurunun kesin bir surette kanaat getirmesine sağlayacak tarzda hastaları yeterince muayene etmeden ve elinde hastalarla ilgili herhangi bir tıbbi belge olmadan sağlık raporları verdiği, bu durumun tıp mesleğinin gerektirdiği dürüstlükle, mesleğin itibar ve haysiyetiyle bağdaşmadığı konusundaki şikâyetler hakkında, başvurunun savunmasını aldıktan sonra, 2 yıl süreyle başvurucuya meslekten men cezası vermiştir.

Başvuru bu karara karşı İtiraz Kuruluna itirazda bulunmuştur. Tabip Odası İl hukuk danışmanı da cezanın ağırlaştırılması için başvurmuştur. İtiraz Kurulu Kasım 1974'te kararı onamıştır. Başvuru bu karara karşı, savunma haklarının ve Anayasanın 97. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Temyiz Mahkemesine yaptığı başvuru, 12 Haziran 1975 tarihinde reddedilmiştir.

İkinci başvuru Herman Le Compte, 1929 doğumlu Belçika vatandaşı bir hekimdir. Tabip Odası tarafından başvuru hakkında Şubat 1974'te, dergilere verdiği üç mülakatta ve Tabip Odasına gönderdiği bir mektupta 'usulsüz açıklamalarda bulunmak' ve 'Tabip Odasına karşı saygısızlıkta bulunmak' fiillerinden soruşturma açıldığı bildirilmiştir. Başvuru, Tabip Odası Disiplin Kurulu bütün üyelerini 1970 tarihli Kararnamenin 40 ve 41. maddelerine göre reddetmiştir. Tabip Odası 27 Mart tarihinde verdiği kararlarla başvurunun itirazını reddetmiş ve iki yıl süreyle meslekten men cezası vermiştir.

Başvuru bu karara karşı İtiraz Kuruluna başvurmuştur. Başvuru, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına aykırı olarak Oda tarafından aleni surette yargılanmadığını, ayrıca ceza veren kurulu oluşturan üyelerin yarısının hekimlerden oluşması nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri olmadığını ileri sürmüştür. İtiraz Kurulu 28 Ekimde bu itirazı reddetmiştir. Başvuru bu karara karşı 4 Kasım'da itirazda bulunmuş, aynı Kurul 16 Aralık'taki duruşmaya davet etmiş, ancak başvuru 6 Aralık tarihli dilekçesiyle, İtiraz Kurulunu bütünüyle reddetmiştir. İtiraz Kurulu 6 Ocak 1975 tarihli kararlarla başvurunun itirazını reddetmiş ve iki yıl meslekten men cezasını, Tabipler Odasından kaydının silinmesi şeklinde değiştirmiştir. Başvurunun Temyiz Mahkemesine yaptığı başvuru, 7 Kasım 1975'te reddedilmiştir. Başvurunun Odadan kaydının silinmesi 26 Aralık tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1967 tarihli kararnameye göre kaydın silinmesi, mesleği icra edememe sonucunu doğurmuştur.

Başvurular İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinin yanında 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilirliği

[25-29]: Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası sadece 'kişisel hak ve yükümlülükler ile bir suç isnadı'nın karar bağlanmasında uygulanır. Bu kategorilerden birinin içinde yer almayan ve böylece Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kapsamı dışında kalan birçok durum vardır.

Disiplin yargılaması kural olarak, 'kişisel hak ve yükümlülükler' üzerinde bir uyuşmazlığa yol açmaz; ancak bazı koşullarda durum tersine olabilir. Yine disiplin yargılaması 'cezai' olarak nitelendirilebilecek bir yargılama da değildir; ancak belirli bazı olaylarda bu kurala da uymayabilir (*Engel ve Diğerleri*, §80-85). Başvurucular kendileriyle ilgili disiplin yargılamasının 'kişisel hak ve yükümlülükler' üzerinde bir 'uyuşmazlık' doğurduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme'ye göre olayda gerçek bir 'uyuşmazlık' vardır: Tabip Odası başvurucuların kendilerine yaptırım uygulanmasını gerektiren mesleki suiistimallerde bulduklarını iddia etmiş, onlarda bu iddiaları reddetmişlerdir. Ayrıca 'uyuşmazlık', 'kişisel hak ve yükümlülükler' ile ilgili olmalı, yani 'yargılamanın sonucu' böyle bir hak bakımından belirleyici olmalıdır. Mahkeme, 'uyuşmazlık' ile bir hak arasında doğrudan ilişki noktasında ince bir bağlantının veya uzak sonuçların Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yeterli olmadığını hatırlatmıştır. Bir hak, 'uyuşmazlığın' konusu veya konularından biri olmalıdır. Tabipler Odasının kararları, başvurucuları geçici bir süre doktorluk yapma hakkında yoksun bırakmıştır. Mesleği icra hakkı İtiraz Kurulu önünde doğrudan bir sorun olmuştur. Mahkeme'ye göre, başvurucular gibi bireysel olarak çalışan doktorların, müşterileri veya hastalarıyla şahsi ilişkileri vasıtasıyla mesleği icra etmeyi sürdürme haklarını kullandıklarını not etmek gerekir; Belçika'da bu tür ilişkiler genellikle sözleşme niteliğine sahip olup, her halükarda bireyler arasında şahsi temele dayalı olarak doğrudan kurulmaktadır. Buna göre başvurucuların durumunda olduğu gibi mesleği icra etmeyi sürdürme hakkı, kamu yararına yapılan bir meslek olarak tıp mesleğinin özgün bir niteliğe sahip olmasına ve mensuplarına özel bazı ödevler yüklemesine rağmen, şahsi (private) ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında kişisel (civil, medeni) bir hak oluşturmaktadır.

Başvurucular hakkında kararların verildiği 'uyuşmazlığın' konusu bir 'kişisel hak'la ilgili olduğundan, başvurucular davalarının Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki şartları taşıyan bir 'yargı yerinde' (tribunal) görülmesini isteme hakkına sahiptirler. Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin birçoğunda, disiplin suçlarını yargılama görevi, meslek kuruluşlarının yargısal yetkili organlarına (jurisdictional organs) bırakılmıştır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğu hallerde bile bu tür yetkilerin tanınması, kendiliğinden Sözleşme'yi ihlal etmez. Ne var ki böylesi durumlarda, Sözleşme şu iki sistemden en az birinin uygulanmasını gerektirir: ya yargısal yetkili organların kendileri Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gereklerine uyum sağlarlar; ya da bu şekilde uyum sağlayamıyorsa, daha sonra tam yetkili ve 6(1). fıkrasının güvencelerini sağlayan bir yargısal bir organın denetimine tabi olurlar. Başvurucularla ilgili olaylar Tabipler Odası İl Kurulu, İtiraz Kurulu ve Temyiz Mahkemesi olmak üzere üç organ tarafından ele alınmıştır.

B. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygunluk

[32-32]: Mahkeme'ye göre Temyiz Mahkemesinin tarafsızlığıyla ilgili bir sorun bulunmamaktadır. İtiraz Kurulu bakımından, kural olarak aksi kanıtlanmadıkça bir yargı yerinin üyelerinin tarafsız oldukları kabul edilmelidir. Başvuruculardan biri Kurul üyelerini reddetmiştir; ancak bunu öylesine muğlak bir şekilde yapmıştır ki, bu reddin hukuki bir

temeli yoktur. Tarafsızlık, objektiflik ve organizasyon açısından değerlendirildiğinde ise (*Piersack*, §30), olayda bunu bir sorun haline getirmeye yol açan her hangi bir şey yoktur. Özellikle İtiraz Kurulunda yer alan hekimlerin Tabip Odaları tarafından seçilmelerine rağmen, atanma tarzları, bu kişilerin tarafgir olduklarını düşünmek için hiçbir sebep oluşturmamaktadır (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere*, §26). Bu kişiler Tabip Odasının temsilcileri olarak değil, Kraliyetin atadığı hukuk üyeleri gibi, şahsi sıfatlarıyla hareket ederler. Bu gerekçeyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Dr. Le Compte bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Dörde karşı on altı oyla, her iki başvurunun yargılanmasına Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğuna;
3. Dörde karşı on altı oyla, başvuru davalarının İtiraz Kurulu tarafından aleni olarak görülmediği ve bu kurulun hükmünü aleni olarak verdiği gerekçesiyle 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. Başvuruların diğer şikâyetleri bakımından 6(1). fıkrasının ve Dr. Le Compte bakımından Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edilmediğine;
5. Sözleşme'nin 50. maddesinin karara hazır olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

24.05.1989 10486/83 HAUSCHILDT - DANİMARKA

◆ *soruşturma tedbirine karar verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (suç işlediğine dair özel olarak teyit edilmiş bir kuşkunun varlığı halinde tutukluluğu öngören usul hükmü nedeniyle tutuklama ve tutukluluğun devamına karar vermiş olan yargıcının daha sonra dava mahkemesine başkanlık etmesi ve başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuru Bay Mogens Hauschidt 1941 doğumlu bir Danimarka vatandaşı olup halen İsviçre'de oturmaktadır.

Başvuru 1974 yılında, İskandinavya Menkul Alım Satım PLC (SCE) adlı bir şirket kurmuştur. SCE, İskandinavya'nın en büyük külçe altın satıcısı haline gelmiştir. Başvuru, şirketin genel müdürü olarak görevlendirilmiştir. Danimarka Merkez Bankası, Hazine Genel Müdürlüğü ve Ticaret Bakanlığı SCE ve yurtdışındaki bağlantılı şirketlerdeki para giriş ve çıkışından kaygı duymaya başlamışlardır.

Hazine Genel Müdürlüğü 30 Ocak 1980'de polise, başvurunun ve SCE'nin faaliyetlerinin vergi yasalarına ve Ceza Kanununa aykırı görüldüğünü bildiren bir şikâyetle bulunmuştur. Polis, mahkemeden yakalama emri aldıktan sonra, 31 Ocak 1980'de başvuru gözümlü almış, şirket merkezindeki bütün belgelere el koymuş ve işyerini kapatmıştır. Başvuru ertesi gün, Kopenhag Mahkemesi önüne çıkarılmış ve dolandırıcılık (fraud) ve vergi kaçakçılığı (tax evasion) suçlarıyla suçlanmıştır. Bu mahkeme başvurunun yetmiş iki saat daha gözümlü tutulmasının uygun olduğuna karar vermiştir. Bu karara itiraz edilmemiştir.

Kopenhag Mahkemesi 2 Şubat 1980'de, iddia ve savunma taraflarını dinledikten sonra, suçlamaların temelsiz olmadığına, başvurunun Muhakeme Kanununun 762(1) ve (3). fıkralarına ve 770(3). fıkrasına göre tutuklanmasına ve tek başına tutulmasına karar

vermiştir. Yargıca göre başvuru serbest bırakılacak olması halinde kaçacağı veya soruşturmayı engelleyeceğine kanaat getirmek için sebepler vardır. Üst Mahkeme 5 Şubat 1980’de, tutukluluğun devamına dair karar hakkında üst başvuru nedeniyle inceleme yaparken, bunlara ilaveten, Yasanın 762(2). fıkrasına da dayanmıştır; çünkü bu mahkemeye göre, bu sırada polis tarafından yürütülen soruşturma, zarar gören kişilerin muhtemel kayıplarının yaklaşık 19,5 milyon Danimarka Kronunu bulduğunu göstermektedir.

Yasanın 762(2). fıkrasına göre, “bir şüpheli ayrıca, kanuna göre altı yıl veya daha uzun bir süre hapis cezasıyla sonuçlanabilecek kamu davasına konu bir suç işlediğine dair hakkında ‘özel olarak teyit edilmiş bir şüphe’ (particularly confirmed suspicion) varsa ve olayın ağırlığıyla ilgili olarak edinilen bilgiye göre, kamu düzeni bakımından şüphelinin serbest bırakılmaması gerektiğine kanaat getirilmişse, tutuklanabilir.” Yargıç Larsen, 24 Eylül’den itibaren ilaveten bu fıkradaki sebebe dayanarak tutukluluğun devamına karar vermiştir. Yasanın 767. maddesi gereğince en fazla dört hafta arayla, düzenli olarak başvuru tutukluluğunun devamı mahkemeye denetlenmiştir.

Daha sonra başvuru yargılayacak olan dava mahkemesinin başkanlığı yapacak olan Kopenhag Mahkemesi yargıç Larsen, 10 Nisan 1980’de başvuru tutukluluğunun devamına karar verirken, Yasanın 762(1). fıkrasının ikinci bendindeki yeni suçlar işleme tehlikesine de dayanmıştır. Bu karara yol açan sebep, başvuru tutukluyla eşiyile gizlice haberleşmesi ve ondan bazı banka hesaplarından para çekmesini ve bazı şahsi eşyalarıyla birlikte götürmesini istemesidir. Daha sonra 30 Nisan’da aynı yargıç, başvuru eşinin de tutuklanmasına ve başvuru tarafından yazılan bir mektubun gönderilmemesine karar vermiştir. Başvuru Hauschildt, 27 Nisan 1981’de Kopenhag Mahkemesi önünde yargılanmaya başlayınca kadar, tutukluluğun devamına ilişkin kararlarla tutuklu tutulmuş, bu kararlardan bir kaçını daha yargıç Claus Larsen vermiştir. Başvuru, ayrıca 27 Ağustos 1980’e kadar tek başına tutulmuştur.

4 Şubat 1981’de Bay Hauschildt’e 86 sayfa bulan iddianame tebliğ edilmiştir. Meslekten yargıç Larsen ve iki meslekten olmayan yargıçtan oluşan Kopenhag Mahkemesindeki yargılama 27 Nisan 1981’de başlamıştır. Bu mahkeme özellikle, Yasanın 762(1) ve (2). fıkralarına dayanarak, yirmi üç kez başvuru tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Başvuru dediğine göre, duruşma başlamadan önce mahkeme başkanından şikâyetçi olmuştur; fakat bu konuda yazılı bir talepte bulunmamıştır. Yargılama sırasında avukatları başvuruya, Yasanın 60(2). fıkrasının yargılama başlamadan önce verdiği kararlar nedeniyle yargıcin reddedilmesini engellediğini söylemişlerdir.

Kopenhag Mahkemesindeki duruşmada yapılan 130 oturum sırasında, başvuru dışında 150 kadar tanık dinlenmiş ve çok sayıda belge okunmuştur. Ayrıca bilirkişilerin, özellikle maliyecilerin görüşleri dinlenmiştir. Bu mahkeme ayrıca, başvuru tutukluluğu ve tek başına tutulması, istinabe yazılarının gönderilmesi ve diğer usul konularıyla ilgili çok sayıda ara karar vermiştir. Yargıç Larsen’in başkanlığındaki Kopenhag Mahkemesi, 1 Kasım 1982’de başvuru isnat edilen suçlardan suçlu bulunmuş ve 7 yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Başvuru bu karara karşı üst başvuruda bulunmuştur. Üç meslekten yargıç ve üç de meslekten olmayan yargıçtan oluşan Üst Mahkemenin yargı yetkisi hem hukuki ve hem de maddi noktaları kapsamakta ve yeni baştan yargılama (trial de novo) yapabilmektedir. Üst yargılama duruşması 15 Ağustos 1983’te başlamıştır. Üst yargılama duruşması başlamadan önce başvuru, mahkeme başkanına heyetteki yargıçlardan birini, haberleşmesine ve mallarına el konulmasıyla ilgili Kopenhag Mahkemesinin kararına katıldığı gerekçesiyle reddettiğini belirtmiştir. Ancak avukatı, Yasanın 60(2). fıkrası nedeniyle bu noktayı savunmak istememiş, Bay Hauschildt de ret talebini geri almıştır. Üst Mahkeme 2 Mart 1984’te, başvuru altı olayda suçlu bulunmuş ve 5 yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Öte yandan bu mahkeme başvuru tutukluluğunun 31 Ocak 1980 tarihinden

bu yana tutuklu bulunduğunu dikkate alarak aynı gün salıverilmesine karar vermiştir. Başvurucunun daha sonra Temyiz Mahkemesine başvurmak için izin talebi, 4 Mayıs 1984'te Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

“43. Bay Hauschildt, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında ‘tarafsız bir yargı yeri’ tarafından yargılanmadığını iddia etmiştir. Başvurucu, Danimarka’da soruşturma sürecinde yargıca gözetim rolünün verildiği mevcut sisteme prensip olarak karşı çıkmamakla birlikte, aynı yargıçtan tamamen önyargısız bir şekilde yargılama yapmasının beklenmesini eleştirmiştir. Başvurucu, böyle bir durumda bir yargıcın kişisel tarafgirlikle (bias) hareket edeceğini iddia etmemiş; fakat soruşturma aşamasında kendisinden vermesi istenen kararların niteliğinin, delillerin kuvvetini ve sanığın karakterini kanunen takdir etmesini gerektirdiğini ve bu suretle kaçınılmaz olarak delilleri ve daha sonraki yargılamada ortaya çıkacak meseleleri nasıl takdir edeceğini belli edeceğini savunmuştur. Başvurucuya göre bir sanık, kendisi hakkında hüküm verecek bir mahkemenin tarafsızlığına dair makul bir güven içinde yargılanma hakkına sahiptir. Başvurucuya göre makul bir gözlemci, böylesi bir gözetim fonksiyonu yerine getirmiş olan bir dava yargıcının, sanıkta kuşku ve kaygı yaratmaktan başka bir şey yapmayacağını kabul eder. Aynı gerekçe, kural olarak üst yargılama sırasında tutukluluk veya diğer usul konuları hakkında kararlar vermiş olan üst mahkeme yargıçları bakımından da geçerlidir. Bay Hauschildt kendisiyle ilgili davada, her şeyden önce, Kopenhag Mahkemesi Başkanı Larsen’in, özellikle soruşturma döneminde, tutuklulukla ve diğer usul konularında birçok karar verdiğine işaret etmiştir. Başvurucu, özellikle, Yasanın 762(2). fıkrasının uygulanışından söz etmiştir. Başvurucu, Üst Mahkeme yargıçları bakımından da, üst yargılama sırasındaki çifte rolleri ve ayrıca bazıları için ilk derece yargılaması sırasındaki müdahaleleri nedeniyle, aynı itirazlarda bulunmuştur.

44. Hükümet ve Komisyon çoğunluğuna göre, bir dava yargıcının veya üst mahkeme yargıcının daha önce sanığın tutuklanmasına karar vermiş olması veya sanıkla ilgili çeşitli usul tedbirleri almış olması, yargıcın tarafsızlığını etkileyen sebepler olarak görülemez. Mevcut olayda da Kopenhag Mahkemesinin veya Üst Mahkemenin tarafsızlığından kuşkuya düşürecek başka bir sebep bulunmamaktadır. Öte yandan Komisyon azınlığı, olayın şartları göz önünde tutulduğunda, Bay Hauschildt’in yargıç Larsen’in Kopenhag Mahkemesi heyetinde başkanı olarak yer almasından haklı olarak kuşku duyabileceği görüşündedir.

45. Mahkeme'nin görevi, konuyla ilgili hukuku ve uygulamayı soyut olarak denetlemek değil, fakat bunların Bay Hauschildt’e uygulanma tarzının ve etkilerinin Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını ihlal edip etmediğini karara bağlamaktır.

46. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından tarafsızlığın olup olmadığı, bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif testle ve bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif testle saptanmalıdır (*De Cubber*, §24).

47. Subjektif testle ilgili olarak, başvuru Komisyon veya Mahkeme önünde, söz konusu yargıçların kişisel tarafgirlikle hareket ettiklerini iddia etmemiştir. Her halükarda, aksine kanıt bulunmadıkça, bir yargıcın kişisel tarafsızlığının bulunduğu varsayılmalıdır; mevcut olayda da böyle bir kanıt yoktur. O halde geriye, objektif testin uygulanması kalmaktadır.

48. Objektif test bakımından ise, yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak, kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmiştir. Bu noktada görünüşün bile belirli bir önemi vardır. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin bir ceza davası söz konusu olduğunda halka ve her şeyden önce sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. Bu nedenle, hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir yargıç, davadan çekinmelidir (*De Cubber*, §26). Belirli bir davada, bir yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın bakış açısı önemli olmakla birlikte, belirleyici değildir (*Piersack*, §31). Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir.

49. Mevcut davada, tarafsızlık bulunmadığına dair kaygı, dava mahkemesine başkanlık yapan Kopenhag Mahkemesi yargıcının ve Üst Mahkemenin kararına katılmış olan Yüksek Mahkeme yargıçlarının, olayı daha önceki bir aşamada ele almış olmalarına ve soruşturma döneminde başvuru hakkında çeşitli kararlar vermiş olmalarına dayandırılmıştır. Bu tür durumlar, sanığın yargıcın tarafsızlığından kuşku duymasına sebep olabilir; bu kuşuklar anlaşılabilir niteliktedir; fakat yine de bunlar objektif açıdan haklı görülme zorunda değildir. Haklı görülüp görülmeyecekleri, her olayın kendi şartlarına bağlıdır.

50. Yasanın 742. ve 743. maddelerinden de anlaşılacağı gibi, Danimarka'da hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma, münhasıran polis ve savcılığın yetkisindedir. Soruşturma aşamasıyla ilgili olan ve kullanılması nedeniyle sanıkta tarafsızlığın bulunmadığı kaygısını uyandıran yargıcın yetkileri, davayı yargılamaya hazırlamakla veya sanığın yargılanmasının gerekip gerekmediğine karar vermekle görevli olmayan, bağımsız bir yargıcın yetkileridir (md. 746, 760, 762 ve 770). Aslında bu, başvuru tutukluluğunun devamı ve tek başına tutulmasıyla ilgili olan kararlar dâhil, başvuru tarafından söz edilen kararlar bakımından doğrudur. Bu kararların hepsi, polisin talebi üzerine verilmiş olup, bu taleplere ancak, başvuru tarafından avukatının yardımıyla itiraz edilebilirdi. Bu konulardaki duruşmalar, kural olarak açıktır. Aslında bu olayda, davanın karara bağlanmasından önce yargıçların yerine getirdikleri görevlerin niteliği, *Piersack* ve *De Cubber* davaları ile *Ben Yaacoub* (Ben Yaacoub, §9) davasına konu olan görevlerin niteliğinden farklıdır. Dahası, yargıcın bu tür soruşturma tedbirlerine karar verirken cevaplaması gereken sorular ile nihai hükmü verirken cevaplaması gereken sorular aynı değildir. Yargıç, tutuklama hakkında karar verirken veya bir soruşturma tedbiri kararı verirken, polisin duyduğu şüphe sebeplerinin ilk bakışta bulunup bulunmadığını belirleyebilmek için, mevcut verileri kısaca değerlendirir; yargılamanın sonunda bir hüküm verirken ise, mahkemeye sunulmuş ve mahkeme önünde tartışılmış delillerin, sanığın suçlu olduğuna karar vermek için yeterli olup olmadığını değerlendirmek zorundadır. Şüphenin tespiti ile suçluluğun tespiti, aynı şeyler olarak görülemez (*Lutz*, §62). O halde Mahkeme'ye göre, bir dava yargıcının veya Üst Mahkeme yargıcının, Danimarka'da olduğu gibi bir sistemde, tutuklamayla ilgili kararlar dâhil, bir olayda soruşturma tedbiri kararları da vermiş olması, kendiliğinden o yargıcın tarafsızlığı konusundaki kaygıları haklı kılmaz.

51. Bununla birlikte, belirli bir olayın özel şartları, farklı bir sonuca varılmasını gerektirebilir. Mevcut olayda Mahkeme, Bay Hauschildt'in tutukluluğunun devamı kararlarından dokuz tanesinde, Yargıç Larsen'in ayrıca Yasanın 762(2). fıkrasına dayanmış olmasına büyük önem atfetmektedir. Aynı şekilde, üst yargılamada kararın verilmesine katılacak olan yargıçlar, daha üst yargılama duruşmasının açılmasından önce başvuru tutukluluğunun devamına karar verirken, birkaç kez bu özel fıkraya dayanmışlardır.

52. Yasanın 762(2). fıkrasının uygulanması, yargıcın, başka şeylerin yanında, sanığın kendisine isnat edilen suçu veya suçları işlediğine dair 'özel olarak teyit edilmiş şüphe' bulunduğu kanaat getirmesini gerektirmektedir. Fıkradaki bu ifadenin, suçluluk mese-

lesi üzerinde ‘çok yüksek bir açıklık’ bulunduğu yargıcın ikna olması anlamına geldiği şeklinde açıklanmıştır. Böylece, yargıcın bu maddeyi uygularken çözmesi gereken mesele ile yargılamada hüküm verirken çözeceği mesele arasındaki fark daralmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, bu olayın şartları içinde, söz konusu yargı yerlerinin tarafsızlığının kuşkuya açık olduğu ve başvurunun bu konudaki kaygılarının objektif açıdan haklı görülebileceği görüşündedir.

53. Böylece Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı on dört oyla, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine;
2. Beş karşı on iki oyla, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Danimarka’nın başvuruca 20 bin Sterlin ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

22.06.1989 11179/84 LANGBORGER - İSVEÇ

◆ *meslekten olmayan yargıçlı mahkeme* (Konut ve Kira Mahkemesinde meslekten iki yargıcın yanında meslekten olmayan iki yardımcının bulunması ve bu kişilerin kendilerini aday gösteren kuruluşların menfaatleri ile başvurunun menfaatlerinin çelişmesi), ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvuruca 1922 doğumlu bir İsveç vatandaşıdır. Başvurucunun kiraladığı bir daire için yaptığı kira sözleşmesinde ‘müzakere hükmü’ne yer verilmiştir. Bu hükme göre Mülk Sahipleri Birliği ile Kiracılar Birliği arasında, kira ve diğer konularda yapılan müzakere de varılan anlaşmaya uyulacağı belirtilmiştir. Başvurucunun daha sonra sözleşmeden bu hükmün kaldırılması için yaptığı başvuru önce Kira Denetim Kurulu ve sonra da Konut ve Kira Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Konut ve Kira Mahkemesi, iki meslekten hukukçu yargıç yanında, iki tane de Mal Sahipleri Dernekleri ile Kiracılar Dernekleri tarafından aday gösterildikten sonra Milli Adalet Komisyonu tarafından yenilenebilir 3 yıllık bir süre için atanmış hukuk mesleğinden olmayan iki yardımcı yargıç görev yapmaktadır. Başvuruca meslekten olmayan yargıçları reddetmiş, ancak bu ret talebi duruşma yapılmaksızın reddedilmiştir.

Başvuruca İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından aleni olarak yargılanma hakkının, derneğe ödediği aidat nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Bağımsız ve tarafsız yargı yeri

Başvuruca, sabit kira ve müzakere hükmü konusundaki iddialarının bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından dinlenmediğini ileri sürmüştür. Başvurucaya göre, başvurunun gerçek hasımları Mal Sahipleri Derneği ve Kiracılar Derneğidir; çünkü başvuruca, bu derneklerin varoluşlarının dayanağı ve menfaatlerine olan müzakere hükmünün kira sözleşmesinden çıkarılmasını istemiştir. Başvurucaya göre, meslekten olmayan yargıçlar

geldikleri derneklerin menfaatlerini sürdürmek isteyeceklerinden, başvuruçunun iddiasını bağımsızlık ve tarafsızlık içinde değerlendiremezler.

“32. Bir organın ‘bağımsız’ olup olmadığını ortaya koyabilmek için, başka şeylerin yanında, üyelerinin atanma usulüne ve görev sürelerine, dış baskılara karşı güvencelerin varlığına ve bu organın bağımsızlık görüntüsü verip vermediğine bakılmalıdır (*Campbell ve Fell, §78*). Tarafsızlıkla ilgili olarak, belirli bir yargıcın belirli bir davada kişisel kanaatlerinin ortaya çıkarılmasına çalışan subjektif test ile yargıcın bu konuda haklı şüpheleri bertaraf edecek yeterli güvenceler taşıyıp taşımadığını belirlemeyi amaçlayan objektif test arasında bir ayırım yapılmalıdır (*De Cubber, §24*). Mevcut olayda tarafsızlık sorununu bağımsızlık sorunundan ayırmak güç görünmektedir.

33. Konut ve Kira Mahkemesinde açılan dava esas itibarıyla, kira sözleşmesindeki müzakere hükmünün çıkarılıp çıkarılmayacağı ile ilgili olup, bu hükmün nasıl uygulandığı ile ilgili değildir.

34. Konut ve Kira Mahkemesinde meslekten yargıçlarla birlikte görev yapan meslekten olmayan yardımcı yargıçlar, uzmanlıkları gereği, mal sahipleri ile kiracılar arasındaki uyumsuzlukların ve bu tür uyumsuzluklarda doğabilecek özel sorunların yargılamasına katılmak için çok nitelikli görünmektedirler. Ancak bu durum, bir davada kendilerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının şüpheye açık olması ihtimalini ortadan kaldırmamaktadır.

35. Mevcut davada, aksine kanıt bulunmadığından, meslekten olmayan yardımcı yargıçların kişisel tarafsızlıklarından şüphe duymak için bir sebep yoktur. Ancak bu kişilerin bağımsızlık görüntüsü verip vermedikleri ve objektif tarafsızlıkları konusunda Mahkeme, bu kişilerin, müzakere hükmünün devamında menfaatleri olan iki dernek tarafından aday gösterilen ve derneklerle yakın ilişkileri bulunan kişiler olduklarını kaydeder. Başvuruçucu kira sözleşmesinden bu hükmün kaldırılmasını istediğinden, kendisinin menfaatleri ile meslekten olmayan yardımcıların ortak menfaatlerinin çeliştiğinden ve dolayısıyla Konut ve Kira Mahkemesinin diğer davalardaki oluşumunda mevcut menfaatler dengesinin kendisinin iddiası hakkında karar vermeye sıra gelince bozulacağından haklı olarak kaygı duyabilir. Konut ve Kira Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu bulunmayan iki meslekten yargıcı içermesi, bu konuda bir farklılık yaratmamaktadır.

36. Buna göre Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı on yedi oyla, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;

...

KARAR VERMİŞTİR.

24.08.1993 13924/88 NORTIER - HOLLANDA

♦ *soruşturma tedbirine karar verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (tecavüz suçunu ikrar eden sanığın tutuklanmasına ve psikiyatrik rapor alınmasına karar veren yargıcın daha sonra yargılama yapması) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

İşlediği tecavüz suçu nedeniyle islaheden çıktıktan on gün kadar sonra yeniden tecavüze teşebbüs suçundan gözaltına alınan 15 yaşındaki başvuruçucu, polise verdiği ifadede suçunu ikrar etmiştir.

Başvurucu iki gün sonra, soruşturma yargıcı olarak görev yapan Çocuk Mahkemesi yargıcının önüne çıkarılmıştır. Başvurucunun yanında avukatı ve iki sosyal hizmet uzmanı bulunmuştur. Başvurucu yargıç önünde de suçunu ikrar etmiştir. Savcının talebi üzerine başvuru tutuklanmıştır. Savcı, başvuru için psikiyatrik rapor hazırlanmasını istemiştir. Başvurucu ve avukatı buna itiraz etmemiştir. Yine savcının talebiyle başvurunun tutukluluğu üç kez uzatılmıştır. Başvurucu psikiyatrik müşahede altına alınmıştır. Hazırlanan psikiyatrik raporda, suçun kanıtlanması halinde başvurunun tedavisi için bir psikiyatri kurumuna gönderilmesi istenmiştir.

Avukat polisteki ifadenin zorlama altında alınmış olabileceğini düşünerek, başvurunun ifadesini alan polislerin dinlenmesini istemiştir. Soruşturma yargıcı da polisleri dinlemesi için bir başka yargıcı görevlendirmiştir. İlk soruşturma sırasında sadece bu polislerin dinlenmesi ve psikiyatrik müşahede işlemleri yapılmıştır. Savunma tarafı polislerin ayrıca duruşmada da dinlenmelerini istememiştir.

Başvurucuyu ilk soruşturma sırasında tutuklayan yargıç, duruşma yargıcı olarak görev almıştır. Başvurucunun avukatı, tutuklama kararını veren bu yargıcın davada tarafsız olamayacağı gerekçesiyle yargıcı reddetmiştir. Reddi hâkim talebi önce yargıcın kendisi, sonra da Üst Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Üst Mahkemenin ret kararında, Strasburg Mahkemesinin *De Cubber* kararı dikkate alınmış ve o davada Belçika'daki soruşturma yargıcı ile bu davadaki Çocuk Mahkemesi yargıcı arasında bağımsızlık bakımından fark olduğu, ayrıca *De Cubber* kararında ilk soruşturmada yer alan bir yargıcın son soruşturmaya katılması halinde her koşulda Sözleşme'ye aykırılık doğacak gibi sonuç çıkmadığı belirtilmiştir.

Başvurucu, avukatının ve sosyal hizmet uzmanlarının bulunduğu duruşmaya çıkarılmış, önceki ifadelerini teyit etmiş ve suçu kabul etmiştir. Toplanan delillere göre başvuru suçlu görülmüş ve genç suçluların psikiyatrik tedavi gördükleri bir hastaneye kapatılmıştır. Karar aleyhine Üst Mahkemeye başvurulmamıştır.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanmadığını ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında "tarafsız bir yargı yeri" tarafından yargılanmadığını iddia etmiştir. Başvurucu hem soruşturma ve hem de kovuşturma sırasında kendisiyle ilgili olayın tek ve aynı yargıç tarafından görüldüğünü ve ilgili kararların bu yargıç tarafından verildiğini belirtmiştir. Başvurucu, yargıcın kişisel olarak tarafsızlığından kuşku duymadığını, ancak bu yargıcın aynı zamanda soruşturma yargıcı olarak da görev yaptığını ve dört kez tutukluluğunun devamına karar verdiğini vurgulamıştır. Hükümet başvurunun korkularının objektif olarak haklı görülemeyeceğini savunmuştur.

"33. Mahkeme, belirleyici olan şeyin, ne kadar anlaşılabilir olsa da, şüphelinin subjektif kaygılarının değil, fakat olayın özel şartları içinde, kendisinin korkularının objektif olarak haklı görülüp görülmemesi olduğunu hatırlatır (*Fey, §30, Padovani, §27*).

Sırf Çocuk Mahkemesi yargıcı Meulenbroek'in tutuklamayla ilgili kararlar dâhil, soruşturma aşamasında bazı kararlar vermiş olması, kendisinin tarafsızlığından duyulacak korkuları haklı kılmaz; önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir.

34. Çocuk Mahkemesi yargıcı Meulenbroek, başvuru tutukluluğuyla ilgili kararlardan ayrı olarak, başvurunun psikiyatrik muayenesi için savcının başvurusunu kabul etmenin dışında, soruşturma aşamasında başka bir karar vermemiştir.

35. Yargıcın başvurusunun tutukluluğu konusundaki kararları bakımından, ancak Hauschildt davasındaki koşullardaki gibi özel bazı koşulların bulunması halinde yargıcın tarafsızlığın-
dan duyulan korkular haklı gösterilebilir (*Hauschildt*, §51; ve *Sainte-Marie*, §32).

Mevcut olayda böyle bir durum yoktur. Başvurucunun iddialarının tersine, yargıç Meulenbroek'in bu kararları verirken yanıtlaması gereken sorular, nihai hükmünü verirken belirleyici olan sorularla aynı değildir. Başvurucu aleyhinde "kuvvetli belirtiler" bulunduğunu tespit ederken yargıcın görevi, iddia makamının başvuru aleyhinde suçlamada bulunmak için ilk bakışta sebeplerin bulunduğunu belirlemektir (bk. yukarıda parag. 27). Ayrıca suçlama başvuru tarafından kabul edilmiş ve o aşamada başka delillerle desteklenmiştir.

36. On beş yaşındaki bir çocuğu ilgilendiren bir davada yargıcın tek başına yer aldığına ilişkin başvurusunun ileri sürdüğü iddialar konusunda Mahkeme, sanığa yargılamanın her aşamasında yardım eden bir avukat tarafından kendisinin menfaatlerinin gözetildiğine işaret eder (bk. yukarıda parag. 22). Ayrıca, bir üst başvuru halinde, üç yargıçlı bir Üst Mahkeme tarafından tamamen yeniden yargılamanın yapılabilirdi.

37. Bu koşullarda, yargıç Meulenbroek'in tarafsızlığından başvurusunun korku duyması objektif olarak haklı görülemez. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

22.04.1994 15651/89 SARAIVA DE CARVALHO - PORTEKİZ

♦ *iddianamenin kabulü kararı verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (devlet organlarını yıkararak iktidara ele geçirmekle suçlanan başvuru hakkındaki iddianamenin kabulüne karar veren yargıcın mahkeme heyetinde yer alması) ■ *adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucu olay tarihinde Portekiz ordusunda yüzbaşı rütbesinde bir subaydır.

Başvurucu, birçok bombalı suikastı, silahlı saldırıları ve cinayetleri üstlenen "25 Nisan Halk Cephesi" adlı terör örgütünün kurucuları ve önderleri arasında yer aldığından kuş-
kulanıldığı için 10 Haziran 1984'te gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır. Soruşturma yargı-
cı 30 Aralıkta soruşturmayı bitirmiş ve dosyayı savcılığa göndermiştir. Savcı 7 Ocak 1985
tarihli iddianamesinde, başvuru ve diğer birçok sanığın devlet organlarını yıkararak güç
yoluyla iktidarı ele geçirmeyi planladıklarını iddia etmiştir.

O tarihte yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer hükümlere göre dosya
savcının iddianamesiyle birlikte, davanın açılmasına gerek bulunup bulunmadığına dair
'despacho de pronuncia' (iddianamenin kabulü) kararı vermesi için görevli yargıca gön-
derilmiştir. Yargıç Salgado, ilk soruşturma sırasında hukuka aykırılık olmadığı ve davanın
esastan görülmesi için bir engel bulunmadığı gerekçesiyle iddianamenin kabulüne
karar vermiştir. Yargıç, başka dört sanık hakkında yargılama yapabilmek için yeterli delil
bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirken, başvuru ve diğer
72 kişi hakkındaki iddianameyi kabul etmiş ve tutukluluğun devamına karar vermiştir.

7 Ekim 1985 tarihinde başlayan duruşmanın üç yargıçtan oluşan mahkeme heyetinin
başkanlığını iddianamenin kabulüne karar veren yargıç Salgado yapmıştır. Başvurucu 8

Ekim tarihli duruşmada, bir yargıcın söz konusu ‘despacho de pronuncia’ kararı vermesinin ve aynı olayda dava mahkemesi yargıcı olarak görev yapmasının Anayasanın 32(5). fıkrasına ve Sözleşme’nin 6. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüş ve Üst Mahkemeye başvuruda bulunmuştur. Başvurucu bu itirazına gerekçe olarak söz konusu kararı veren bir yargıcın daha sonra vereceği esas hakkındaki kararı etkileyecek biçimde sanığın suçluluğu hakkında önceden bir görüş oluşturduğunu ileri sürmüştür. Başvurucunun bu konudaki itirazları Üst Mahkeme ve Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Başvurucu konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne getirmiştir. Anayasa Mahkemesi 15 Şubat 1989 tarihli kararında, savcının görevi olan iddianame (indictment) hazırlamak ile yargıcın verdiği ‘despacho de pronuncia’ kararını birbirinden ayırmak gerektiğini, itiraz konusu kararın sadece yüzeysel delillerin bulunduğu bir yargılamadan kaçınmak için suçluluk ihtimalinin varlığını teyit etmek amacıyla düşünülmüş olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre bu karar, iddianamenin tutarlılığı ve geçerliliği hakkında bir karar olup davanın esasının ele alınması bakımından yargıçta bir önyargı oluşturmamıştır; bu karar sonuç olarak bir filtre ve güvencedir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, itiraz konusu kararı verdiği için yargıcın tarafgir kabul edilemeyeceğini, eğer iddianamenin ötesine geçerek yeni isnatlarda bulunmuş olsaydı durumun farklı olacağını belirterek bu konudaki başvuruyu reddetmiştir.

Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna başvurarak bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkını ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

[33-40]: Mahkeme’ye göre bir yargı yerinin Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından ‘bağımsız’ sayılıp sayılmayacağına karar verilebilmesi için, diğer sebeplerin yanında, üyelerinin atanma biçimi ve görev süreleriyle, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerinin varlığı ve mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmak gerekir.

Bu madde anlamında ‘tarafsızlık’ şartı için ise, uygulanabilecek iki test bulunmaktadır: Birincisi belirli bir davada yargıcın kişisel kanaatini tespit etmek (sübjektif test), ikincisi yargıcın tarafsızlığı konusunda haklı bir kuşkuyla bertaraf edecek güvencelere sahip olup olmadığını tespit etmek (objektif test). Objektif test bakımından, tarafsızlığı kuşkuyla düşüren durumlar bulunması gerekir. Bu noktada görünüşün dahi önemi bulunmaktadır. Bir olayda belirli bir yargıcın tarafsızlıktan yoksun bulunup bulunmadığı konusunda karar verirken sanığın yaklaşımı önemli olmakla birlikte belirleyici değildir; sanığın duyduğu kaygının objektif olarak haklı olup olmadığı belirleyicidir.

Yargılama öncesinde bir yargıcın kararlar vermiş olması tarafsızlık konusundaki kaygıları kendiliğinden haklı göstermeye yetmez. Duruşma öncesinde verilen kararların kapsamı ve niteliği önemlidir.

Olayda davaya sevk (committal for trial) kararıyla aynı olmayan ‘despacho de pronuncia’ kararını veren yargıç, soruşturma veya kovuşturma sırasında her hangi bir tedbire karar vermiş değildir. Yargıcın olay hakkında bilgi sahibi olması, yargılama aşamasında tarafsız davranmasını engellemez. Bu yargıcın muhakemenin ilk aşamasındaki görevi, suçluluk hakkında teyit edilmiş kuvvetli bir kuşkunun bulunup bulunmadığını belirlemek (*Hauschildt*, §52) olmayıp, ilk bakışta bireyin yargılanma sürecine girmesini haklı gösterecek delillerin bulunup bulunmadığına kanaat getirmektir. Yine bu yargıcın var olan delillere göre bir ön değerlendirme yapmış olması da suçluluğu tespit anlamına gelmez. Suçluluğu tespit, sunulan delillerin 263 duruşma oturumunda sözlü olarak test edildikten sonra mahkeme tarafından yapılmıştır.

Sanığın tutukluluğunun devamına karar vermesi ise, yargıcın tarafsızlığı konusundaki kuşkuları ancak istisnai durumlarda haklı gösterebilir. Oysa olaydaki yargıç, esas hakkındaki görüşü üzerinde belirleyici bir etki yapabilecek yeni bir değerlendirmede bulunmaksızın, sadece sanığın salıverilmesi lehinde bir etmenin bulunup bulunmadığını yüzeysel bir biçimde incelemeyi içeren bir karar vermiş olup, yargıcın tarafsızlığı konusundaki kaygılar haklı görülemez. Olayda bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmalıdır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline

KARAR VERMİŞTİR.

07.08.1996 19874/92 FERRANTELLI ve SANTANGELO - İTALYA

◆ *suç ortağından sonra ayrı davada sanığı mahkûm eden yargıç* (suç ortağını mahkûm eden kararda başvuruçuların suçluluğuna değinen ifadelerle yer veren kararı veren mahkemeye başkanlık yapan yargıcın daha sonra başvuruçunun yargılandığı davada da mahkemeye başkanlık ve raportörlük yapması), *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - kötü muamele altında ikrara dayanan mahkûmiyet* (başvuruçuların gözaltında kötü muamele altında ikrarda bulduklarının iddia etmeleri üzerine yapılan ek soruşturmada ikrar elde etmek için kötü muamele yapılmamış olduğundan kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiş olması), *duruşmada sorgulanamayan tanık - ölü suç ortağının önceki ifadesine dayanan mahkûmiyet* (suç ortağının suçlayıcı ifadelerde bulduktan 20 ay kadar sonra sanıklarla yüzleştirilmeden intihar etmesi nedeniyle sorgulanamaması ve sanıkların bu ifadelere dayanılarak mahkûm edilmeleri) ■ *adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabul edilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvuruçulardan Vincenzo Ferrantelli 1958, Gaetano Santangelo 1959 doğumlu İtalyan vatandaşları olup, halen Brezilya'da yaşamaktadırlar.

Başvuruçular İtalya'daki Caltanissetta Üst Ceza Mahkemesinin 6 Nisan 1991 tarihli kararıyla ağır hapis cezalarına mahkûm edilmişler, bu karar 8 Ocak 1992 tarihinde Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır.

26 Ocak 1976'da Alcamo Marina'daki polis merkezine yapılan baskında iki polis öldürülmüş ve bazı giysiler, silahlar ve mühimmat çalınmıştır. 11-12 Şubat 1976 gecesi Alcamo polisi, sahte plakalı bir aracı kullanan Bay G.V.'yi gözaltına almıştır. Polis, G.V.'nin aracında yasadışı olarak silah taşıdığını tespit etmiştir. Polis yaptığı ilk incelemede silahlardan birinin söz konusu cinayetlerin işlenmesinde kullanılmış olduğunu, diğerlerinin de polis merkezinden çalınmış silahlar olduğunu tespit etmiştir.

G.V. polis merkezine götürülmüş, müdafilik yapması için bir avukat ismi vermiş, ancak avukat hemen gelememiştir. G.V. avukatın bulunmadığı bir sırada gayri resmi olarak sorgulanmıştır. G.V. bu sorgu sırasında devrimci bir gruba üye olduğunu söylemiştir. G.V. hemen ardından babasını görmek istediğini belirtmiştir. G.V. babasının da bulunduğu bir ortamda polis merkezine baskınla ilgili açıklamalarda bulunmuş, bu baskının iki polise karşı değil fakat İtalyan Devletine karşı olduğunu söylemiştir. G.V.'nin babası dışarıdayken sorgu yapan polislerle, başvuruçular ile G.M. ve G.G. adlı iki kişinin suça karıştıklarını söylemiştir. G.V. adlarını verdiği bu dört kişinin kendisinin arkadaşları olduğunu ve hatta Bay Ferrantelli'nin kendisinin yeğeni olduğunu söylemiştir. G.V. ayrıca saldırıda çalışan eşyaların nerede olduğuna dair polise bilgi vermiştir. G.V.'nin müdafisi 13 Şubat

sabahı 03:00 sularında polis merkezine geldikten sonra G.V. cinayetleri kendinin işlediğini ikrar etmiş fakat diğer kişilerin olaya karıştıklarına ilişkin önceki beyanını geri almıştır. Kısa bir süre sonra G.V. bu kişilerin her birinin hangi rolleri oynadığına dair ilk beyanlarını yazılı olarak teyit etmiştir.

Başvurucular ve diğer şüpheliler 13 Şubat 1976 sabahı 04:00 - 05:00 sularında evlerinden göz altına alınmışlardır. Bu kişiler Alcamo polis merkezine götürülmüşler ve burada sorgulanmışlardır. Bu kişiler ilkin yalnız olarak sorgulanmışlar, saat 10:00'dan sonra kendilerine atanan avukatlar da hazır bulunmuşlardır. Hepsi saldırıya katıldıklarını kabul etmiş, ancak olayları birbirlerinden ve G.V.'nin ifadelerinden farklı bir şekilde anlatmışlardır. Başvurucular Trapani cezaevine götürüldüklerinde cezaevi kabul kayıt defterine bu kişilerin şok içinde oldukları ve yüzlerinde bereler ve sıyrıklar bulunduğu kaydedilmiştir. Bay Ferrantelli kayıt memurlarına düştüğünü ve kendini yaraladığını söylemiştir.

13 Şubat öğleden sonra Trapani savcısı bütün şüphelileri sorgulamıştır. G.V. iki kişiyi de kendisinin öldürdüğünü ikrar etmiş, fakat yine başvurucuların olaya karıştığına ilişkin ifadelerini geri almış ve bunu baskı altında söylediğini belirtmiştir. Ferrantelli ve Santangelo da ikrarlarını geri almışlardır. Ferrantelli de aynı şekilde sorgulama yapan polisler tarafından kendisine baskı yapıldığını ve kendilerinden kötü muamele gördüğünü söylemiştir. Santangelo ise polislerin kendisini suç ikrar etmesi için ikna ettiklerini, çünkü G.V.'nin ağır suçlamaları karşısında ikrar etmeyecek olursa ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilebileceğini söylediklerini belirtmiştir. Daha ileri bir aşamada Santangelo da kötü muameleye tabi tutulduğunu söylemiştir.

Tıbbi muayene raporları başvurucuların vücutlarında hafif yaralar bulunduğunu göstermektedir. G.V. bir süre soruşturma yapanlar ve ailesiyle görüşmeyi kestikten sonra, Temmuz 1977'de soruşturma yargıcı tarafından yeniden sorgulanmak için mektup yazmıştır. Müdafisinin de hazır bulunduğu bir sırada yargıca ifade veren G.V. yazılı olarak açıklamalarda bulunmak istediğini söylemiştir. G.V. 26 Ekim 1977'de cezaevi revirinin penceresinden ağzına bir mendil tıkmış olarak asılı bir biçimde bulunmuştur. G.V. tek kollu olduğu halde yetkililer kendisinin intihar etmiş olduğu sonucuna varmışlardır. Başvurucular ve diğer iki kişi, G.V.'yi ölümünden önce sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamamışlardır.

23 Ocak 1978'de başvurucular ve diğer kişi davaya sevk edilmişlerdir (aleyhlerine hazırlanan iddianame mahkemeye sunulmuştur). Azami soruşturma süresi dolduğundan, başvurucular 19 Mayıs 1979'da salıverilmişlerdir.

Trapani Ağır Ceza Mahkemesi 18 Mayıs 1978'de davaya sevk kararını kaldırmış (iddianameyi reddetmiş) ve başvurucuların baskı gördüklerine dair iddialarının doğru olup olmadığını ortaya çıkarılması, kötü muamele yaptıkları iddia edilen kişilerin belirlenmesi ve polise verilen ifadelerin iradeye dayalı ve güvenilir olup olmadığını doğrulanması için araştırma yapılmasını istemiştir. Savcı bu karara karşı itiraz etmiş ve itiraz Ocak 1979'da reddedilmiştir. Kötü muamele iddialarıyla ilgili soruşturma, iddia edilen kötü muamele olayların kanıtlanamadığı gerekçesiyle soruşturma yargıcının kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararıyla sonuçlanmıştır. Soruşturma yargıcı, sağlık raporlarında belirtilen yaraların, sanıkların polis merkezinden nakli sırasında meydana gelen mücadele sırasında aldıkları darbeler sonucu oluşmuş olabileceğini ve aslında polislerin de benzer yaralar aldıklarını belirtmiştir. Soruşturma yargıcına göre cezaevine getirildikleri sırada sanıkların şok durumunda olmaları, uykusuzluğa ve uzun süreli sorgulara bağlanabilir. Soruşturma yargıcı, sanıkların kötü muamele gördükleri yere ilişkin tariflerini daha önce buraya gelmiş olabileceklerine, adlarını verdikleri iki polisin ise Alcamo gibi küçük bir ilçede tanınmış olmalarına bağlamıştır. Bu kötü muamele soruşturmasının ardından 11 Mart 1980'de başvurucular ve diğer iki sanık aleyhine dava açılmıştır.

Birinci yargılama: Trapani Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılama 25 Ekim 1980'de başlamış ve 10 Şubat 1981'de sona ermiştir. Bu mahkeme başvurucular ile G.G.'yi şüpheden yararlandırarak beraat ettirmiş, G.M.'yi ise ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu karara karşı savcılık ve şartsız beraat talep eden başvurucular tarafından üst başvuruda bulunulması üzerine, Palermo Üst Ağır Ceza Mahkemesi yeniden yargılama yapmış, 23 Haziran 1982'de, esas itibarıyla polise verdikleri ifadelere dayanarak, başvurucuları ve G.G.'yi iki kişinin öldürülmesinden suçlu bulmuştur.

Başvurucular ile G.M. ve G.G.'nin temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi 22 Aralık 1984 tarihinde verdiği kararlar, Üst Mahkemenin 23 Haziran 1982 tarihli kararını bozmuş ve G.M. ve G.G. yönünden Palermo Üst Ağır Ceza Mahkemesinde ve başvurucular yönünden ise Palermo Çocuk Üst Mahkemesinde yargılama yapılmak üzere dosyayı geri göndermiştir. Temyiz Mahkemesine göre ayrıca, temyiz edenler tarafından anlatılan baskılar, kendilerinin iddia ettiği kadar ağır olmasa bile itiraz konusu ikrarlar adli bir görevlinin huzurunda verilmemiştir; Trapani yargıçları, sadece şekli nitelikteki işlemler dışında, hazırlık soruşturmasına müdahale etmemişlerdir. Dolayısıyla polisler 46 saat boyunca tamamen serbest bir şekilde diledikleri gibi soruşturma yapabilmişlerdir.

İkinci yargılama: Palermo Çocuk Üst Mahkemesi 7 Mart 1986 tarihinde verdiği kararlar, başvurucuları şüpheden yararlandırarak beraat ettirmiştir. Temyiz Mahkemesi 12 Ekim 1987'de bu kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesine göre Üst Mahkeme 22 Aralık 1984 tarihli kararda tespit edilen olayların sabit olduğunu kabul ederek karar vermiştir; oysa maddi olaylar hakkında yeni bir soruşturma yapılmalıdır. Temyiz Mahkemesi dosyayı yeniden yargılama yapması için Caltanissetta Üst Mahkemesine göndermiştir. Temyiz Mahkemesi aynı zamanda, G.G.'yi ömür boyu hapis cezasına mahkûm eden Palermo Üst Ağır Ceza Mahkemesinin 26 Kasım 1985 tarihli kararını da bozmuştur. Bu dosya da Caltanissetta Ağır Ceza Üst Mahkemesine gönderilmiştir. Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesi 31 Mayıs 1988'de, Trapani Ağır Ceza Mahkemesinin 10 Şubat 1981 tarihli kararını başvurucular yönünden kaldırarak dosyayı Palermo Savcılığına gönderilmiştir. Başkanlığını yargıç S.P.'nin yaptığı Caltanissetta Ağır Ceza Mahkemesi 2 Haziran 1988'de verdiği kararda, G.G.'yi genel hafifletici nedenlerden yararlandırmıştır. Bu mahkeme, olayların Palermo Üst Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kesin olarak belirlendiğini belirtmiş, iki kişinin öldürülmesi olayındaki 'suç ortakları'ndan ve 'cinayetlerin fiilen işlenmesinde G.G.'nin Santangelo ile birlikte sorumlu olduğunu söyleyen G.V.'nin açık ifadesi'nden söz etmiştir. Öte yandan 6 Ekim 1989'da Palermo Çocuk Üst Mahkemesi başvurucuları şüpheden yararlandırarak beraat ettirmiştir. Temyiz Mahkemesi 2 Ekim 1990 tarihinde, 10 Şubat 1981 tarihli kararın geçerli olduğunu belirterek, yeniden yargılaması için dosyayı Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesine göndermiştir.

Üçüncü yargılama: G.G.'nin yargılandığı Caltanissetta Üst Ağır Ceza Mahkemesine başkanlık yapmış olan yargıç S.P.'nin başkanlığını yaptığı Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesi 6 Nisan 1991 tarihinde verdiği kararlar, Santangelo'yu 22 yıl beş ay, Ferrantelli'yi 14 yıl 10 ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu mahkeme karar gerekçesinde, hazırlıktaki sorgular sırasında avukatların sürekli olarak hazır bulduklarını, bu durumun ikrarların güvenilirliğini zayıflatacak baskıda bulunma ihtimalini ortadan kaldırdığını, başvurucuların müdafilerinden birinin Ferrantelli'yi radyatöre zincirlenmiş olarak gördüğünü söylediğini, ancak yine aynı müdafiyeye göre bu kişinin sorgudan önce çözüldüğünü belirtmiştir. Bu mahkeme, aynı suçtan sanık olan bir kimsenin ifadelerine ancak bu ifadelerin başka delillerle doğrulanması halinde dayanılabileceğini öngören yeni Ceza Muhakemesi Kanununun 192(3). fıkrasına zikrederek, verdiği kararı şu noktalara dayandırmıştır: a) sanıkların bütün ifadelerinde birbirlerine suç atmış olmaları; b) böyle bir saldırının beş kişiyle yapılabilecek olması; c) başka maddi delillerle de doğrulanan G.V.'nin sorumluluğuyla ilgili ifadelerinin inandırıcı olması; d) bu ifadelerin serbest iradeyle verildiğini

ortaya koyan deliller bulunması; e) sanıkların arkadaş olmaları; f) polis merkezinin kapısının oksijen kaynağı ile kesilmesi için oksijen tüplerinin satın alınması ve taşınması için başvuruların G.V.'ye yardım etmiş olmaları; g) 12 Şubat 1976 akşamı G.V.'nin babasının başvurularla birlikte Santangelo'nun evinin yakınlarında kendilerini izleyen polisler tarafından görülmeleri ve Santangelo kaygılı görünürken Ferrantelli onu yatıştırmaya çalışması; h) Santangelo'nun evinde bulunan ve artık üretilmeyen markadan bir kutu kibritin, G.V. tarafından kiralanmış olan garajda bulunan ve oksijen tüpünü yakmak için kullanılan kibritlerle aynı türden olması ve bu kibritlerin G.V. tarafından Ocak 1976'da bir sigara bayiden çalınmış olması; i) son olarak 'sanıkların suç işlendiği anda başka yerde bulduklarına dair ikna edici delil' (alibi) bulunmaması.

Başvurucular ve savcılık bu kararı temyiz etmişlerdir. Temyiz Mahkemesi 8 Ocak 1992 tarihinde verdiği kararla, Üst Mahkemenin G.V.'nin başvurularına suç atfeden ifadelerini, kendilerinin ikrarlarını ve birbirini doğrulayan delilleri değerlendirme biçimini doğru bularak kararı onamıştır. Başvurucuların Cumhurbaşkanı'nın özel affından yararlanmak için yaptıkları başvuru 18 Ocak 1992'de reddedilmiştir.

Başvurucular 2 Şubat 1992'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, i) davalarının makul bir sürede görülmediğinden; ii) aleyhlerindeki ceza davasının ve mahkûmiyetin polis tarafından baskı altında alınan ifadelerine ve kendisini sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadıkları G.V.'nin ifadelerine dayanmış olmasından; iii) kendilerini 1991 yılında mahkûm eden Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesi Başkanının aynı suçun failleri olan başka bir kişiyle ilgili yargılama sırasında 1988 yılında kendilerinin suçlu olduğu kanaatini açıklamış olmasından şikâyetçi olmuşlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Makul süre

Yargılama için dikkate alınacak dönem başvurucuların yakalandığı 13 Şubat 1976 tarihinde başlamış, Temyiz Mahkemesinin 28 Şubat 1992 tarihli kararıyla sona ermiştir. Yargılama 16 yıl iki hafta sürmüştür. Mahkeme olayda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

B. Adil muhakeme

Başvurucular, soruşturma yapanların fiziksel ve psikolojik baskıları sonucu elde edilen ikrarlara dayanılarak mahkûm edildikleri ve ölümünden önce G.V.'yi sorgulama imkânı bulamamış oldukları gerekçesiyle Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ile birlikte 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

1. Baskı altında elde edildiği iddia edilen ikrarlar

[45–46]: Başvurucular sorgulama yapan polislerin maddi ve manevi baskıları altında verdikleri ikrarlara dayanılarak mahkûm edildiklerini iddia etmişlerdir. Hükümet sorgulama yapan polislerin sorgu sırasında baskı uyguladıkları iddiasını reddetmiştir. Hükümet polislerin kötü muamelede buldukları iddiasıyla ilgili açılan soruşturmanın kovuşturmayaya yer olmadığına kararıyla sonuçlandığını belirtmiştir. Hükümete göre ayrıca yargısal makamlar başvurucuları mahkûm ederken sadece kendilerinin ikrarlarına değil fakat ayrıca diğer üç sanığın ifadelerine ve bir diğer delile dayanmışlardır. Komisyon ise başvurucuların poliste kötü muamele gördüklerine dair kuşku bulunmadığını, Hükümetin başvurucuların yaralarına ilişkin aklın alabileceği türden açıklama getiremediğini belirtmiştir.

“47. Mahkeme ilk olarak, *Tomasi ve Ribitsch* davalarından farklı olarak mevcut olayda başvuruçuların Sözleşme’nin işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesine dayanmayı istemediklerini kaydeder.

48. Mahkeme delillerin kabuledilebilirliğinin öncelikle ulusal hukukun düzenlediği bir konu olduğunu ve önlerindeki delilleri değerlendirmenin de kural olarak ulusal mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Mahkeme’nin görevi, delillerin toplanma usulü dâhil, davanın bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemektir (*Barbera, Messegue ve Jabardo*, §68; *Delta*, §35; ve *Isgro*, §31).

49. Mevcut olayda başvuruçuları davaya sevk eden 23 Ocak 1978 tarihli kararı iptal eden (iddianameyi reddeden) 18 Mayıs 1978 tarihli Trapani Ağır Ceza Mahkemesi kararında, söz konusu kötü muamele iddialarının gerçekliğinin araştırılması ve faillerinin belirlenmesi için ek soruşturma işlemleri yapılması istenmiştir. Ancak soruşturma yargıcı, sağlık raporlarında belirtilen yaraların sanıkların polis merkezinden Trapani cezaevine nakilleri sırasında meydana gelen mücadelede aldıkları darbeler sonucu oluşmuş olabileceğini belirterek, kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Gerçekten de polisler de benzer yaralar almışlardır. Bu bakımından mevcut dava, *Tomasi ve Ribitsch* davalarından farklıdır.

50. Mahkeme, başvuruçuların sorgulanmaları sırasında polislerin tutumu konusundaki şüphelerin devam edebileceğini gözlemlemektedir. Hükümet Komisyon önünde yaptığı savunmada, polislerin husumet duygularından söz etmiştir. Ancak Mahkeme’nin elindeki deliller, soruşturma yargıcının yaptığı tespitlerden ayrılmasını gerektirecek yeterli bir dayanak sağlamamaktadır. Buna göre Mahkeme, ek soruşturmada varılan sonuçları kaydetmekle yetinir.”

2. G.V.’yi sorgulayamama veya sorgulatamama

“51. Mahkeme, Sözleşme’nin 6(3)(d) bendindeki güvencelerin, 6(1). fıkradaki adil yargılanma hakkının özel yönleri olduğunu hatırlatır. Dolayısıyla bu durum, ikinci şikâyetin 6(1). fıkra bakımından incelenmesi sırasında dikkate alınmalıdır. Ayrıca kural olarak bütün delillerin tartışılabilmesi için, açık duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları gerekir. Ancak yargılama öncesinde alınan ifadelerin kullanılması, sanık haklarına saygı gösterilmiş olmak koşuluyla, kendiliğinden Sözleşme’nin 6(3)(d) bendi ve (1). fıkrasıyla bağdaşmaz değildir. Sanık hakları kural olarak sanığa, aleyhindeki bir tanık ya ifade verirken ya da muhakemenin daha sonraki bir aşamasında itiraz etme ve tanığı sorgulama için yeterli ve elverişli bir imkân verilmesini gerektirir (*Isgro*, §34).

52. Mevcut olayda yargısal makamlar, G.V.’nin trajik ölümünden önceki 20 ay içinde bütün sanıklarla yüzleştirme yaptırmış olmaları tercih edilir olduğu halde yaptırmamış olmaları nedeniyle bu durumdan sorumlu tutulamazlar. Dahası Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesi 6 Nisan 1991 tarihli kararında, iddia tanıklarının ifadelerini ayrıntılı bir analize tabi tutmuştur. Bu ifadelerin sanıkların birbirlerini suçlayıcı beyanlarda bulunmuş olmaları, başvuruçuların G.V.’nin polis merkezine saldırıda kullanılan gaz tüplerini satın almasına ve taşımaya yardımcı olmuş olmaları ve sanıkların suç işlendiği anda başka yerde bulduklarına dair ikna edici delil bulunmamış olması gibi, diğer delillerle doğrulandığını tespit etmiştir.”

3. Sonuç

“53. Bu düşünceler ışığında Mahkeme, başvuruçunun adil bir şekilde yargılandığını ve Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ve 6(3)(d) bendinin ihlal edilmediği görüşüne varmıştır.”

C. Tarafsız yargı yeri

[54–55]: Başvuruçulara göre 1991 yılında kendilerini mahkûm eden Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesi, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası anlamında bağımsız ve tarafsız yargı yeri

olarak görülemez; çünkü bu mahkemenin başkanı yargıç S.P., G.G.’nin yargılandığı Caltanissetta Üst Ağır Ceza Mahkemesine başkanlık yaptığı sırada, kendileriyle ilgili olayı incelemek zorunda kalmıştır. Hükümet ise iki yargılamanın aynı kişilerle ilgili olmadığını ve her halükarda yargıç S.P.’nin, başvurucuların olayını ‘çok istisnai bir şekilde’ ele alan Üst Mahkemenin beş yargıcından sadece biri olduğunu savunmuştur.

“56. Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından tarafsızlığın olup olmadığı, bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif testle ve bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif testle saptanması gerektiğini hatırlatır (*Hauschildt, §46; ve Thomann, §30*).

57. İlk test bakımından, başvurucular söz konusu yargıcın kişisel olarak tarafsızlığını sorgulamamışlardır.

58. İkinci test bakımından ise yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak, kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada görünüşün bile belirli bir önemi vardır. Tehlikede olan şey, demokratik bir toplumda mahkemelerin bir ceza davası söz konusu olduğunda halka ve her şeyden önce sanığa vermek zorunda oldukları güven duygusudur. Bu demektir ki, belirli bir olayda belirli bir yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı sebepler bulunup bulunmadığına karar verirken sanığın yaklaşımı önemlidir ama belirleyici değildir. Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir (*Hauschildt, §48; ve Fey, §30*).

59. Mevcut olayda Komisyon gibi Mahkeme de, tarafsızlık bulunmadığı kaygısının iki durumdan çıktığını kaydeder. İlk olarak yargıç S.P.’nin başkanlık ettiği Caltanissetta Üst Ağır Ceza Mahkemesinin 2 Haziran 1988 kararında, başvuruculara ve onların polis merkezine yapılan saldırıda oynadıkları rollere bazı göndermeler yapılmıştır. Özellikle, iki kişinin öldürülmesi olayındaki ‘suç ortakları’ndan ve ‘cinayetlerin fiilen işlenmesinde G.G.’nin Santangelo ile birlikte sorumlu olduğunu söyleyen G.V.’nin açık ifadesi’nden söz edilmiş ve Ferrantelli’nin polis merkezinin aranmasına ve polislere ait eşyaların taşınmasına yardım ettiği belirtilmiştir. İkinci olarak, başvurucuları mahkûm eden Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesinin 6 Nisan 1991 tarihli kararında, Üst Ağır Ceza Mahkemesinin G.G. ile ilgili kararından çeşitli alıntılara atıfta bulunulmuştur. Çocuk Mahkemesine başkanlık eden yine yargıç S.P.’dir ve aslında aynı zamanda raportör yargıçtır.

60. Bu koşullar, başvurucuların Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesinin tarafsız olmadığından duydukları kaygının objektif olarak haklı görülmesi için yeterlidir. Buna göre bu noktada Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme’nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, başvurucuların tazminat ile ücretler ve masraflar konusundaki talepleri süresi içinde yapılmadığından ve adli yardım olarak alınan miktar yeterli olduğundan bu konudaki talepleri reddetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, davanın uzunluğu konusunda Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Oybirliğiyle, adil muhakeme hakkı konusunda Sözleşme’nin 6(3)(d) bendi ile 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. Bire karşı sekiz oyla, Caltanissetta Çocuk Üst Mahkemesinin tarafsızlıktan yoksun olması nedeniyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. Oybirliğiyle, başvuruların adil karşılık taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

25.02.1997 22107/93 FINDLAY - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *askeri mahkeme* (toplayıcı subayın askeri mahkeme üyelerini ve savcısını ataması ve suç isnadına son şeklini vermesi, yargılama devam ederken mahkemeyi kapatabilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Alexander Findlay, 1961 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır. Başvurucu 1980 yılında Britanya Ordusuna katılmıştır.

Bay Findlay 1982 yılında Falkland savaşına katılmış, Tumbledown Dağındaki çarpışmalarda birçok arkadaşının ölümüne ve yaralanmalarına tanık olmuş ve bir havan topunun patlaması sonucu kendisi de bileğinden yaralanmıştır. Başvurucu, yaşadığı bu olayların sonucu olarak geçmişe dönüşler, kâbuslar, endişeler, uykusuzluk ve ani kızgınlıklar şeklinde kendini gösteren post-travmatik stres bozukluğuna (“PTSB”) yakalanmıştır. Bu hastalık 29 Temmuz 1990’dan sonraki olaylara kadar teşhis edilmemiştir.

Başvurucu, 1987’de Kuzey İrlanda’da bir eğitim sırasında tırmandığı halatın kopması üzerine yere düşmüş ve sırtından ağır bir yara almıştır. Bu yaralanma aşırı derecede acı verici olmuş, görevlerini yerine getirmesini etkilemiş ve bu durum da yine tıbbi rapora göre stres, suçluluk ve bunalım duyguları yaşamasına yol açmıştır. Başvurucu 1990 yılında çavuş rütbesini aldıktan sonra, mensubu olduğu birliğiyle birlikte Kuzey İrlanda’ya gönderilmiştir.

29 Temmuz 1990 günü başvurucu çokça içtikten sonra, kendi bölüğünden arkadaşlarını tabanca ile korkutmuş ve kendisini ve bazı meslektaşlarını öldürme tehdidinde bulunmuştur. Hiç kimseyi hedef almadan iki el ateş etmiş, televizyon setini vurmuş ve sonunda teslim olmuştur. Başvurucu daha sonra gözaltına alınmıştır. 31 Temmuz 1990 tarihli sağlık raporuna göre başvurucu olaydaki hareketlerinin sorumluluğunu taşıdığı sonucuna varmıştır. Ancak sırtından yaralanması ve Kuzey İrlanda’ya yollanması nedeniyle çektiği stres, bir de o gün çok içki içmesiyle birleşince, ‘hemen hemen kaçınılmaz’ olan bu olaya yol açmıştır. Doktor başvurucuya ‘uygun en düşük cezanın verilmesini’ tavsiye etmiştir.

Bu raporun ardından, 29 Temmuz’da meydana gelen olaylar nedeniyle Findlay’i birkaç suçla suçlama kararı alınmıştır. Başvurucunun yargılanmaya uygun durumda olup olmadığını belirlemek için, askeriyenin talebi üzerine sivil psikiyatr tarafından iki kez daha muayene edilmiştir. Bu hekim Ocak 1991 tarihli raporunda, Findlay’in kendini savunabilecek durumda olduğunu ve olay sırasında ne yaptığının bilincinde bulunduğunu teyit etmiştir. Aynı doktor Mart 1991 tarihli ikinci raporunda, başvurucunun sırtındaki sorunların sebep olduğu strese, Falkland savaşındaki deneyimleri nedeniyle, 29 Temmuz 1990 tarihindeki yaptığı şekilde tepki verdiğini belirtmiştir. Doktor, başvurucunun PTSD’den etkilendiğini açıkça belirtmemiş, ancak bu hastalığı olanların ileri aşamalarında benzer hareketlerinin görüldüğünü teyit etmiştir. Doktor, başvurucunun anılan gün tükettiği alkolün de bu durumun nedeni değil, sonucu olduğunu belirtmiştir.

Askeri Mahkemenin oluşumu: Başvurucunun askeri mahkemede yargılanması için ‘toplayıcı subay’ (convening officer) harekete geçmiştir. Toplayıcı subay, 29 Temmuz 1990’daki olaydan kaynaklanan sekiz suçtan yargılanması için Findlay’i tutuklamış ve genel askeri mahkeme tarafından yargılanmasına karar vermiştir. Toplayıcı subay, 31 Ekim 1991 tarihli kararla genel askeri mahkemeyi toplamış ve bu yargılama sırasında görev yapacak savcuyu, savcı yardımcısını, Findlay’in müdafisine ek olarak kendisini temsil etmek üzere yardımcı müdafilik yapacak olan askeri personeli belirlemiştir. Askeri mahkeme, bir başkan ve dört üye olmak üzere beş subaydan oluşmuştur. Başkan ve üyeler, toplayıcı subay veya kendi birliklerinin komutanları tarafından görevlendirilmişler-

dir. Askeri mahkemenin tüm üyeleri rütbe olarak toplayıcı subayın astıdırlar ve Londra Bölgesindeki birimlerde hizmet etmektedirler. Hiçbirinin hukuk eğitimi yoktur. Askeri mahkemenin askeri hukuk müşaviri (judge advocate) ise Baş Askeri Hukuk Müşaviri tarafından atanmıştır.

Yargulama: Bay Findlay 11 Kasım 1991’de, Londra’daki Regents Park Kışlası genel askeri mahkemenin önüne çıkarılmıştır. Bir avukat tarafından temsil edilmiştir. Başvurucu, üç kez basit müessir fiil (sivil suç), iki kez askeri düzen ve disipline muhalefet (askeri suç) ve iki kez ölümlü tehdit (sivil suç) suçlarını işlediğini kabul etmiştir. Başvurucunun avukatı başvurucuyu muayene eden hekimlerin tanık olarak dinlenmelerini istemiştir. Birinci hekim duruşmaya gelmemiş, ikinci hekim başvurucuda PTSS bulunduğu, davranışlarının temel nedeninin PTSS olduğu, kendisinin bu hareketlerinden dolayı sorumlu tutulamayacağı ve tedaviye ihtiyacı olduğu konusundaki görüşünü mahkeme önünde tekrarlamıştır. Dr. Reid çapraz sorgu sırasında, savaşla ilişkili PTSS’yi ilk kez bu olayda ele aldığını söylemiştir. İddia makamı, askeri eğitilmiş psikiyatrist olan Dr. McKinnon ve Blunden’in raporlarını çürütecek veya destekleyecek bir tıbbi delil istememiştir. Findlay’in avukatı, askeri mahkemenin cezayı indirmesi için yaptığı savunmada, olay sırasında müvekkilinin PTSS hastalığının etkisinde bulunduğu ve bir daha böyle bir suç işlemesinin pek mümkün olmadığı dikkate alınarak, görev süresini tamamlaması için birkaç ay daha kendisine izin verilmesini, ordudan emeklilik hakkını tam olarak kazanarak ayrılmasının sağlanmasını ve siciline asgari cezanın işlenmesini talep etmiştir. Askeri mahkeme deliller ile iddia ve savunmaları dinledikten sonra, ceza hakkında karar vermek üzere askeri hukuk müşaviriyle birlikte görüşmeye çekilmişlerdir. Heyet salona döndüğünde, başvurucuya iki yıl hapis cezasına verilmesine, muhafızlık rütbesinin alınmasına ve ordudan çıkarılmasına (bu ceza emeklilik hakkında indirimine gidilmesine neden olmuştur) hükmetmiştir. Ceza için bir gerekçe gösterilmemiştir.

Hükümün denetimi ve onaylanması: 1955 tarihli Silahlı Kuvvetler Yasasına göre askeri mahkemenin kararı ‘onaylayıcı subay’ (conforming officer) tarafından onaylanmadıkça, hüküm doğurmamaktadır. Genellikle uygulamada olduğu gibi Findlay’in davasında da, toplayıcı subay ile onaylayıcı subay, aynı kişidir. Findlay, cezasının hafifletilmesi için onaylayıcı subaya dilekçeyle başvurmuştur. Onaylayıcı subay, Baş Hukuk Müşavirliğinin görüşünü aldıktan sonra, 16 Aralık 1991’de başvurucuya hükümün onaylandığını bildirmiştir. Askeri mahkemede duruşmanın başlamasına kadar tutuklu olan başvurucu, 18 Kasım 1991’de askeri cezaevine gönderilmiş, 21 Aralık 1991’de sivil cezaevine nakledilmiştir. Başvurucunun Ordu Kuruluna ve daha sonra Savunma Konseyine yaptığı başvurular, Baş Hukuk Müşavirliğinin görüşü alındıktan sonra reddedilmiştir. Baş Hukuk Müşavirliğinin her üç denetim aşamasında verdiği tavsiye görüşleri veya cezayı onaylayan ve itirazları reddeden kararların gerekçeleri başvurucuya açıklanmamıştır. Başvurucu 10 Mart 1992 tarihinde Tümen Mahkemesine yaptığı başvuru, 14 Aralık 1992’de tarihinde, askeri mahkemenin tamamen 1955 tarihli Askerlik Yasasına uygun hareket ettiği ve askeri hukuk müşavirinin uygunsuz ve düşmanca davrandığına dair delil olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

İç hukuk: Başvurucunun askeri mahkemede yargılanmasında uygulanan hukuk ve usul, 1955 tarihli Askerlik Kanunu, 1972 tarihli Askerlik İçtüzüğü ve 1975 tarihli İdari Düzenlemelerde yer almıştır. Komisyon’un davayı incelemeye başlamasından sonra, 1955 tarihli Kanunun bazı maddeleri, 1 Nisan 1997’de yürürlüğe giren 1996 tarihli Silahlı Kuvvetler Kanunu ile değiştirilmiştir.

1996 Yasası yürürlüğe girmeden önce, bir toplayıcı subay askeri mahkemede yargılanacak her davada görevli kabul ediliyordu. Bu kişi, isnat edilecek suçun niteliği ve ayrıntıları ile gerekli askeri mahkemenin tipi hakkında karar veren ve askeri mahkemeyi toplamakla görevli kişidir. Toplayıcı subay, diğer hususların yanında, yargılama gününü,

yerini ve saatini, başkanın adını ve diğer üyelere ilişkin ayrıntıları belirten bir toplayıcı karar oluşturur. Baş Askeri Hukuk Müşavirliği tarafından bir askeri hukuk müşavirinin atanmasını sağlar; eğer bu atama yapılmazsa, kendisi bir müşavir atayabilir. Ayrıca savcını kendisi atayabilir veya komutanından savcını atamasını isteyebilir. Duruşma öncesi, toplayıcı subay delillerin bir özetini savcılığa ve askeri hukuk müşavirliğine gönderilmesini sağlamakla görevlidir ve kabul edilemez bölümleri işaret edebilir. İddia makamı tarafından davet edilen bütün tanıkların duruşmada hazır bulunmalarını sağlar. Suçlamalar geri alınacağı zaman, her davada gerekli olmamakla birlikte, normal şartlarda toplayıcı subayın rızası alınır ve yine kendisinin rızası olmadan, sanığın daha hafif bir suçtan yargılanmayı kabul etmesi iddia makamı tarafından kabul edilemez. Toplayıcı subay ayrıca, sanığın savunmasını hazırlamak için bütün imkânlarla sahip olmasını, gerekiyorsa temsil edilmesini, savunma tanıklarıyla temas kurmasını sağlamak zorundadır. Toplayıcı subay, savunma tarafından ‘makul bir şekilde talep edilen’ tüm tanıkların duruşmaya katılmalarını sağlamakla da görevlidir. Toplayıcı subay, adaletin gerektirmesi halinde, yargılama esnasında veya öncesinde askeri mahkemeyi dağıtabilir. Buna ek olarak, ‘askeri mahkemenin onaylama gerektiren muhakemesi’ hakkında yorum yapabilir. Toplayıcı subayın bu görüşleri, kural olarak dava tutanaklarında yer almaz ve normal olarak mahkeme üyelerine ayrı bir kayıt olarak bildirilir. Toplayıcı subay aynı zamanda onaylayıcı subay olarak da görev yapmaktadır.

Öte yandan Askeri Baş Hukuk Müşaviri söz konusu dönemde Şubat 1991’de, Kraliçe tarafından beş yıllık bir süre için atanmıştır. Kraliçeye karşı sorumludur ve görevinden Kraliçe tarafından yetersizlik ve kötü davranışlar nedeniyle alınabilir. Olayların geçtiği sırada, Askeri Baş Hukuk Müşaviri, askeri hukuk ve askeri mahkemelerdeki usul ve işleyiş hakkındaki tavsiyeler dâhil, Müşavirliğini ilgilendiren her konuda Savunma Bakanına danışmanlık eden bir konuma sahiptir. Ayrıca askeri bir mahkeme tarafından alınan karar sonrası onama ve inceleme makamlarına tavsiyede bulunma görevi de vardır. Askeri hukuk müşavirleri Baş Askeri Hukuk Müşavirliğine, Adalet Bakanı tarafından atanmaktadır. Olayın olduğu tarihte, her askeri mahkemeye, Askeri Baş Hukuk Müşavirliği veya toplayıcı subay tarafından bir askeri hukuk müşaviri atanmıştır. Bu kişi, duruşma sırasında ortaya çıkan tüm hukuki ve usulü konularda askeri mahkemeye tavsiyede bulunmakla görevlidir ve aksini gerektirecek önemli sebepler olmadığı takdirde, mahkeme bunları kabul etmek zorundadır. Buna ek olarak, mahkeme başkanı ile birlikte sanığın dava sırasında zarar görmemesini ve dezavantajlı duruma düşmemesini sağlamakla sorumludur. Örneğin, eğer sanık suçları kabul ederse, askeri hukuk müşaviri, davanın neyi içerdiğini tam olarak anlayıp anlamadığını ve suçlamanın tüm unsurlarını kabul edip etmediğini tespit etmek zorundadır. Duruşmanın sonunda, müşavir ilgili hukuki durumu ve delilleri özetlemektedir. Hukuk müşaviri askeri mahkemenin bir üyesi değildir ve mahkûmiyet veya hükümde oy hakkı yoktur. 1996 tarihli Kanunla getirilen değişiklikler öncesinde askeri mahkemenin hükmü, ‘onaylayıcı subay’ tarafından onaylanmadığı sürece yürürlüğe girmemekteydi. Onaylayıcı subay, onaylama öncesi Askeri Baş Hukuk Müşavirliğinin görüşüne başvurmakta, bu makam da duruşmada bulunandan farklı bir müşaviri bu görev için atamaktadır. Onaylayıcı subay onaylama işlemini erteleyebilir veya mahkûmiyetin tamamını veya bir kısmını değiştirebilir, erteleyebilir veya kaldırabilir. Ceza onaylandıktan sonra, savunma tarafı ‘denetim makamları’na başvurabilir. Bunlar Kraliçe, yetkisini Ordu Kuruluna devredebilen Savunma Konseyi veya onaylayıcı subayın üstü bir herhangi bir subaydır. Denetim makamları, Askeri Baş Hukuk Müşavirliğinin tavsiyesine başvurabilirler. Denetim makamlarının askeri mahkemenin hükmünü iptal etme yetkileri olduğu gibi, bu makamlar onaylayıcı subayın mahkûmiyeti değiştirme, kaldırma hafifletmeye ilişkin yetkilerine de sahiptir. Sivil yargıçlardan oluşan Askeri Üst Mahkeme, askeri mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyetleri inceleyebilir; ancak sanık suçlamayı kabul ettiği takdirde, bu üst başvuruya ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.

1996 tarihli Silahlı Kuvvetler Kanununa göre toplayıcı subayın görevi sona erecek ve onun görevleri üç ayrı organa paylaşılacaktır: 'yüksek makamlar', savcılık ve mahkeme idari görevlileri. Daha üst rütbeli olması gereken yüksek makam, sanığın bağlı bulunduğu komutanlık tarafından kendisine havale edilen bir olayın, kısa yoldan ele alınması mı, bir savcıya gönderilmesi mi, yoksa düşürülmesi mi gerektiği konusunda karar verecektir. Yüksek makam bir kez bu kararı verdikten sonra, bir daha bu olayla ilgilenmeyecektir. Savcılık, ordunun adli bir birimi olacaktır. Savcılık, yüksek makamın iddiayı kendilerine gönderme kararı üzerine soruşturma yapıp yapmama, hangi askeri mahkemede davanın açılacağı ve hangi isnatlarda bulunulacağı konusunda mutlak bir takdir yetkisine sahip olacaktır. Daha sonra savcılar soruşturmayı yürüteceklerdir. Mahkeme idari görevlileri, her Kuvvet Komutanlığına atanacaklar ve hem yüksek makamdaki hem de savcılıklardan bağımsız olacaklardır. Bu görevliler, askeri mahkemelerin faaliyette bulunacakları yer ve zaman konularında olduğu gibi bazı ayarlamalar yapmakla görevli olacaklardır; bunu yaparken askeri hukuk müşaviri ve gerekli tüm mahkeme görevlilerinin hazır bulunmalarını sağlama, tanıkların katılımını temin ve üyelerin seçim işlemlerinin yapılmasını sağlamakla görevli olacaklardır. Yüksek makamın emrindeki subaylar, askeri mahkeme üyesi olarak seçilmeyecektir. Gelecekte her askeri mahkeme, bir askeri hukuk müşavirini üye olarak bünyesinde bulunduracaktır. Askeri adli müşavirin hukuki konulardaki görüşleri mahkemeyi bağlayacaktır; mahkûmiyet kararı verilirken oy hakkı bulunmayacak, ama ceza verilirken oy hakkı bulunacaktır. Askeri mahkeme tarafından verilen kararlar, bundan böyle, görevi ortadan kaldırılan onaylayıcı subay tarafından onamaya veya denetime tabi olmayacaktır. Her Kuvvet Komutanlığında, her davayı bir tek kez incelemek üzere denetim makamı kurulacaktır. Denetim makamı kararları gerekçe göstereceklerdir. Bu usulün bir parçası olarak, yargılama sonrası denetim makamı tarafından askeri hukuk müşavirinden alınan tavsiye sanığa bildirilecektir. Sivillerden oluşan askeri üst mahkemeye, mahkûmiyet kararına karşı olduğu gibi, artık cezaya karşı da başvurulabilecektir.

Başvurucu Komisyon'a yaptığı 28 Mayıs 1993 tarihli başvurusunda, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına dayanan bazı şikâyetlerde bulunmuştur. Başvurucu, diğerlerinin yanında, askeri mahkemede adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden ve bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığından yakınmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Davanın kapsamı

[Başvurucu Findlay, askeri mahkemenin 'bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri' olmadığından, 'hukuken kurulmuş bir yargı yeri' olmadığından şikâyet etmiştir. Hükümet, yazılı ve sözlü sunumlarında Mahkeme'den, askeri mahkeme sisteminde 1996 tarihli Silahlı Kuvvetler Kanunu ile gerçekleşen değişiklikleri dikkate almasını talep etmiştir.

Mahkeme, bu yeni durumun Nisan 1997'ye kadar yürürlüğe girmediğini ve bu nedenle Findlay'ın askeri mahkemede yargılanmasında uygulanmadığını hatırlatır. Bir kanun hakkında soyut olarak (in abstracto) karar vermek Mahkeme'nin görevi değildir; bu nedenle Mahkeme, yeni kanunun hükümlerinin Sözleşme'ye uygunluğu hakkında bir düşünce açıklayamaz (*Silver ve Diğerleri*, §79). Bununla birlikte Mahkeme, Birleşik Krallık makamlarının Sözleşme taahhütlerine uymayı sağlayabilmek üzere askeri mahkeme sisteminde değişiklikler yaptığını memnuniyetle kaydeder.

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Uygulanabilirlik

Bu maddenin başvuruçunun suçluluğu hakkında karar veren askeri mahkemede yargılamaya uygulanabilirliği konusunda bir tartışma yoktur.

B. Uygunluk

[70–72]: Başvurucu, askeri mahkemedeki yargılamanın Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gereklerini taşımadığını ileri sürmüştür. Komisyon başvurucuya tarafsız ve bağımsız bir yargı yeri tarafından adil bir şekilde yargılanma hakkı verilmediğinden ihlal bulunduğu sonucuna ulaşmış, Hükümet bu sonuca karşı çıkmamıştır. Başvurucuya göre askeri mahkemenin Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde 'bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri' değildir; çünkü, diğer nedenlerin yanında, atanmış tüm subaylar, aynı zamanda iddia görevini de üstlenen toplayıcı subayın astıdır; askeri mahkemede denetim makamlarındaki subayların hukukçu olmamaları ve tecrübelerinin bulunmaması, bağımsız ve tarafsız bir şekilde karar vermelerini imkânsız kılmaktadır. Başvurucu ayrıca askeri hukuk müşavirinin askeri mahkeme heyetine, onaylayıcı subaya ve denetim makamlarına verdiği tavsiyelerin gizli olması nedeniyle davasının 6(1). fıkraya aykırı olarak aleni surette görülmediğini; usulün bu aşamalarında verilen kararların hiçbirisinin gerekçesinin açıklanmadığını; onaylayıcı subay ve denetim makamlarının mahkûmiyeti ve cezayı onaylama ve denetim işlemlerinin idari, özel ve açık bir usul kuralına dayanmaksızın yürütüldüğünü belirtmiştir. Son olarak, başvurucu, kendisini yargılayan askeri mahkemenin 'hukuken kurulmuş bir mahkeme' olmadığını, çünkü kanuni yapısının çok muğlak ve belirsiz olduğunu ileri sürmüştür. Örneğin mevzuat, toplayıcı subay, onaylayıcı subay ve denetim makamlarının nasıl atanacağı konusunda suskundur. Hükümet ise toplayıcı subayın geniş yetkileri ve askeri mahkeme üyeleriyle emir-komuta ilişkisi nedeniyle Komisyon'un Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali bulunduğu tespiti üzerine bir görüş ileri sürmemiştir. Hükümet Mahkeme'den 1996 tarihli Silahlı Kuvvetler Kanunu ile gerçekleştirilen ve Komisyon'un endişelerinden daha tatmin edici olan askeri yargı sistemindeki değişikliklere dikkat etmesini talep etmiştir.

“73. Mahkeme, bir yargı yerinin 'bağımsız' olup olmadığını belirlemek için, diğer sebeplerin yanında, bu yargı yeri üyelerinin nasıl atandığına ve çalışma sürelerine, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerin olup olmadığına ve bu organın bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakmak gerektiğini hatırlatır (*Bryan*, §37). 'Tarafsızlık' sorununun ise iki ayrı yönü vardır. Tarafsızlığın birinci yönü bir yargı yerinin sübjektif olarak kişisel önyargılardan arınmış olmasıdır. İkinci yönü ise bir yargı yerinin objektif olarak da tarafsız olmasıdır. Yani bu yargı yeri meşru sayılabilecek her türlü şüpheden kendini uzak tutacak yeterli güvenceler sunmalıdır. (*Pullar*, §30). Bağımsızlık ve objektif tarafsızlık kavramları birbirleriyle çok yakından ilgilidir ve Mahkeme bu davayla ilgili oldukları ölçüde bunları birlikte inceleyecektir.

74. Mahkeme toplayıcı subayın, o tarihte uygulanan kurallara göre görevi gereği, Findlay'in davasında duruşma öncesi dönemde önemli bir rol oynadığını gözlemlemektedir. Bu subay, hangi suçlamaların yapılması gerektiğine ve hangi tür askeri mahkemenin yargılama için uygun olacağına karar vermiştir. Askeri mahkemeyi toplamış ve mahkeme üyelerini, iddia ve savunma görevlilerini görevlendirmiştir. Toplayıcı subay, o tarihte yürürlükteki kurallara göre, daha sonra savcılığa ve askeri hukuk müşavirine olayların bir özetini gönderme görevine sahip olup, kabuledilemez bölümleri belirtme imkânına da sahiptir. Savcılığın dinlenmesini istediği tanıklar ile savunma tarafının dinlenmesini istediği 'makul olan' tanıkların duruşmada hazır bulunmalarını sağlamıştır. İddia makamının, sanığın daha hafif bir suçla yargılanma talebini kabul edebilmesi için, toplayıcı subayın rızasının alınması zorunlu olduğu gibi, bir suçlamayı geri almadan önce de genellikle bu rıza aranmaktadır. Bu nedenlerle Komisyon gibi Mahkeme de, toplayıcı subayın Findlay'e suç isnat edilmesinde merkezi bir konuma sahip olduğunu ve iddia makamıyla yakın ilişkide olduğunu düşünmektedir.

75. Bu durumda, askeri mahkeme üyelerinin toplayıcı subaya karşı bağımsız olup olmadıkları ve yargılamanın organizasyonunun tarafsızlık için uygun güvenceler getirip getirmediği sorunu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme bu açıdan da Komisyon'un endişelerini paylaşmaktadır. Askeri mahkemenin tüm üyelerinin toplayıcı subay tarafından atanması, üyelerin onun astı olmaları dikkate değer bir husustur. Başkan dâhil üyelerin çoğu, doğrudan veya sonuç olarak onun emindedir. Bunun da ötesinde, toplayıcı subayı, önceden gösterilmiş şartlar altında bile olsa, askeri mahkemeyi yargılama öncesi veya esnasında dağıtabilmektedir.

76. Bir mahkemenin bağımsızlığına ve tarafsızlığına güveni devam ettirebilmek için mahkemenin görünümü de önemli olabilir. Findlay'ın davasında karar veren askeri mahkemenin tüm üyeleri, toplayıcı subayın astı olduğu için ve kendilerini emir komuta zinciri altında hissettikleri için, Findlay'ın mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili şüpheleri objektif olarak haklı görülebilir (*Sramek*, §42).

77. Bunun yanında Mahkeme, toplayıcı subayın aynı zamanda 'onaylayıcı subay' olarak görev yapmasını da önemli bulmaktadır. Nitekim askeri mahkemenin kararı onun tarafından onaylanıncaya kadar yürürlüğe girmemekte, yine aynı kişi verilen cezayı uygun gördüğü başka bir cezayla değiştirebilmektedir. Bu durum, 'yargı yeri' kavramının doğasında bulunan ve Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği 'bağımsızlığın' bütünüleyici bir unsur sayılan, yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme gücüne sahip olma şeklindeki yerleşik ilkeye aykırıdır (*Van de Hurk*, §45).

78. Dahası Mahkeme, askeri yargı sistemindeki bu temel kusurların, mahkemenin üyesi olmayan ve tavsiyeleri açıklanmayan hukuk müşavirin bulunması veya mahkeme heyeti tarafından yemin edilmesi gibi güvencelerle de giderilmediği konusunda Komisyon'un görüşüne katılmaktadır.

79. Yukarıda 75 ve 77. paragraflarda sözü edilen kusurlar, denetim makamları tarafından da düzeltilmemiştir. Başvurucunun yargılanması hem ulusal hukukta ve hem de Sözleşme hukukunda 'cezaî' olarak sınıflandırılan önemli suçlamaları ilgilendirdiğinden, başvurucu Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının tüm şartlarını taşıyan bir ilk derece mahkemesi tarafından yargılanma hakkına sahiptir (*De Cubber*, §31-32).

80. Mahkeme, tüm bu gerekçelerle ve özellikle askeri mahkemenin organizasyonunda toplayıcı subayın oynadığı rol nedeniyle, Findlay'ın davasını gören mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şüphelerinde objektif olarak haklı olduğunu kabul etmektedir. Yukarıdaki durum karşısında, başvurucunun Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından ileri sürdüğü diğer şikâyetleri, yani 'hukuken kurulmuş bir yargı yeri' tarafından 'aleni olarak yargılanma'dığı şikâyetlerini incelemeyi gerekli görmemektedir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. Maddi zararlar için tazminat talebinin reddine;
3. İhlal tespitinin başvurucunun iddia ettiği manevi zararlar için yeterli bir adi karşılık oluşturduğuna;
4. ... ücretler ve masraflar için 23,956 Sterlin ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

UZUN SÜREDE YARGILAMA

08.06.2006 75529/01 SÜRMEĠİ - ALMANYA

♦ *hukuk davasının uzunluğu* (bisiklet kazasında yaralanan başvuruçunun sigorta şirketine karşı açtığı davanın 16 yıl yedi aydan fazla bir süre devam ediyor olması), *etkili hukuk yolu* (makul sürede yargılanma konusunda anayasa şikâyeti ve tazminat davası gibi mevcut hukuk yollarının etkili olmaması) ■ adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - son kararın yerine getirilmesi

DAVANIN ESASI

Başvuruçucu Mustafa Selim Sürmeli 1962 doğumlu bir Türk vatandaşı olup Almanya'da yaşamaktadır. Başvuruçucu 3 Mayıs 1982 günü bisikletle okula giderken bir kaza geçirmiş, sol kolu kırılmış ve çeşitli yerlerinden yaralanmıştır. Başvuruçucu bisiklet firmasının sigortacısı ile yaptığı görüşmeler sonunda, meydana gelmiş her türlü zarar için yaklaşık 12,500 Euro tazminat almıştır. Başvuruçunun okulunun bağlı bulunduğu Hanover Belediyesinin kaza sigortacısı da başvuruçuya 1983 yılının sonuna kadar geçici malullük aylığı ve ayrıca yaklaşık 51,000 Euro tazminat ödemiştir.

İstediği miktarı alamayan başvuruçucu daha sonra Hanover Belediyesinin kaza sigortacısına karşı Hanover Mahkemesinde dava açmıştır. Bu dava iki aşamadan oluşmuştur. Birinci aşamada Hanover Mahkemesi 18 Eylül 1989'da, başvuruçuya kaza nedeniyle meydana gelen zararlarının %80 oranında karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Başvuruçunun bu karara karşı yaptığı üst başvuru ve daha sonra temyiz talebi Aralık 1993'te reddedilmiştir. Hukuk davasının ikinci aşaması, başvuruçuya ödenecek tazminatın ve bağlanacak aylığın miktarıyla ilgilidir. Bu aşama Mart 1994'te başlamıştır. Hanover Mahkemesi yargılama sırasında çeşitli defalar bilirkişi heyetleri tayin etmiş ve taraflar yargılama dışında anlaşmaya varabilmek için görüşmeler yapmışlar, ancak görüşmeler olumsuz sonuçlanmıştır. Hanover Mahkemesi 31 Ekim 2005'te nihai kararını vermiştir. Başvuruçucu daha sonra Celle Üst Mahkemesine başvurmuştur. Bu mahkeme önündeki yargılama halen devam etmektedir. Öte yandan başvuruçucu 14 Mart 2001'de davanın uzun sürmesi konusunda anayasa şikâyetinde bulunmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi 16 Ağustos 2001'de, gerekçe göstermeden bu anayasa şikâyetini kabuledilemez bulmuştur. Başvuruçunun ikinci anayasa şikâyeti de 27 Haziran 2002'de yeterince kanıtlanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yine başvuruçucu Mayıs 2002'de, davanın uzun sürmesi nedeniyle Aşağı Saksonya Hükümeti aleyhine tazminat davası açmak istemiş, bunun için Hanover Mahkemesine adli yardım talebinde bulunmuştur. Başvuruçunun bu talebi bu mahkeme tarafından reddedilmiş, itirazı da sonuç vermemiştir.

Başvuruçucu 24 Kasım 1999'da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, Hanover Mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğundan ve bu şikâyeti nedeniyle Alman hukukunda etkili bir hukuk yolu bulunmamasından şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ**II. Sözleşme'nin 13.maddesinin ihlali iddiası**

Başvuruçunun bu konudaki şikâyeti ve Hükümetin savunmaları karşısında Mahkeme, önce etkili hukuk yoluna başvurma hakkıyla ilgili genel ilkeleri açıklamış ve ardından Alman hukukunda makul sürede yargılanma hakkı konusunda var olduğu ileri sürülen dört hukuk yolunun etkililiğini ayrı ayrı incelemiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

“97. Sözleşme’nin, ‘Sözleşmecî Devletler, bu Sözleşme’nin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar’ diyen 1. maddesine gereğince, Sözleşme’de güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerin yerine getirilmesi ve uygulanması görevi öncelikle ulusal makamlarıdır. Dolayısıyla Mahkeme’ye şikâyet mekanizması, insan haklarının koruyan ulusal sistemlere göre ikincil (subsidiary - tamamlayıcı) bir mekanizmadır. Bu mekanizmanın ikincillik karakteri, Sözleşme’nin 13. maddesinde ve 35(1). fıkrasında ifade edilmektedir (*Scordion* (no. 1) [BD, §140; ve *Cocchiarella* [BD, §38]).

98. Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme’deki hak ve özgürlükler iç hukukta hangi biçimde korumakta olursa olsun, bu hakların icra edilmesi için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun varlığını güvence altına alır. Dolayısıyla Sözleşme’nin 13. maddesi, Sözleşme bakımından ‘savunulabilir bir şikâyetin’ esasını ele alabilecek ve uygun bir giderim sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun oluşturulmasını gerektirir. Sözleşme’nin 13. maddesi anlamından bir hukuk yolunun etkililiği, başvuru için olumlu sonuç doğuracağına belli olmasına dayanmaz. Ayrıca, tek bir hukuk yolu kendi başına Sözleşme’nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle karşılamıyorsa, iç hukukta oluşturulmuş olan hukuk yolları bir araya geldiklerinde bu şartları karşılayabilir. Dolayısıyla her bir olayda, başvuru için mevcut olan hukuk yollarının, ya iddia konusu bir ihlalin meydana gelmesini veya devam etmesini önleme ya da meydana gelmiş bir ihlal için yeterli bir giderim sağlama anlamında ‘etkili’ olup olmadığını belirlemek gerekir (*Kudla* [BD], §156-158).

99. Bir uyuşmazlığın tarafının yargılama süresinin uzunluğu hakkındaki şikâyetini ileri sürebileceği ulusal düzeyde mevcut hukuk yolları, iddia konusu bir ihlalin meydana gelmesini veya devam etmesini önlemesi ya da meydana gelmiş bir ihlal için yeterli bir giderim sağlaması halinde, Sözleşme’nin 13. maddesi anlamında ‘etkili’ sayılır. Dolayısıyla bir hukuk yolu, ya bir davaya bakan mahkemelerin vermelerini hızlandırmak veya meydana gelmiş gecikme için uyuşmazlığın tarafına yeterli bir giderim sağlamak için kullanılabilirse etkilidir (*Mifsud* [BD] [k.k.], §17).

100. Ne var ki Mahkeme’nin yakın bir tarihte de vurguladığı gibi bu alanda kaçınılmaz olarak mutlak en iyi çözüm, önlemedir. Eğer bir yargı sistemi, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki makul süre şartı bakımından kusurlu ise, yargılamanın aşırı uzamasını önlemek için yargılamayı hızlandırmaya yönelik bir hukuk yolu, en etkili çözümdür. Böyle bir hukuk yolu, sırf tazminat öngören bir hukuk yoluna göre inkâr edilemez bir avantaj sunar; çünkü böylesi bir hukuk yolu, ayrıca aynı davada daha sonraki ihlalleri de önler ve tazmin edici hukuk yolu gibi sırf geçmişe dönük olarak ihlali onarmakla kalmaz. Bazı devletler, biri yargılamayı hızlandırmayı ve diğer tazminat vermeyi amaçlayan iki tür hukuk yolunu birbirine bağlamakla, durumu mükemmel bir şekilde anlamışlardır (*Scordino*, §183 ve 186; ve *Cocchiarella*, §74 ve 77). 101. Bir iç hukuk sistemi devlete karşı dava açılması imkânı getirmiş ise, Mahkeme böyle bir davanın yargılamanın uzunluğu bakımından etkili, yeterli ve ulaşılabilir bir hukuk yolu olması gerektiğini ve bu hukuk yolunun yeterliliğinin aşırı gecikmeler ve tazminat düzeyi nedeniyle etkilenebileceğini belirtmiştir (*Paulion Tomas* [k.k.], no. 58698/00 ve *Doran*, §57)”.

2. Bu ilkelerin olayda uygulanması

“102. Mahkeme, olayda Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki makul süre şartına uygunluk bulunmadığını incelemeksizin, söz konusu yargılamanın 16 yıldan fazla sürdüğünü göz önünde tutarak, başvurunun Hanover Mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğuyla ilgili şikâyetinin ilk bakışta ‘savunulabilir’ bir şikâyet olduğu kanaatinde (Öneryıldız [BD], §151). Dahası bu şikâyet Daire tarafından kabuledilebilir bulunmuştur”.

(a) Anayasa şikâyeti

103. Mahkeme, daha önce Sözleşme organlarının Federal Anayasa Mahkemesinin hızlı yargılama şeklinde bir anayasal hakkın varlığını kabul eden içtihatlarını (*X. – Almanya, Komisyon [k.k.], no. 8499/79, (DR) 21, s. 176; Reisz - Almanya, no. 32013/96, DR 91-A, s. 53; König – Almanya, §61 ve 64*) göz önünde tutarak, Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinin yargılamanın uzunluğuyla ilgili şikâyetler konusunda etkili bir hukuk yolu olduğu görüşüne vardıklarını (*X. – Almanya; W – Almanya, no. 10785/84, DR 48, s. 102; Reisz kararı; ve Teuschler kararı ve Thieme kararı*) gözlemlemektedir.

104. Ancak Mahkeme, konusu sadece veya esas itibarıyla Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına aykırı olarak makul sürede yargılama yapılmadığı iddiası olan başvuruların sayısının artması karşısında, *Kudla* davasında (parag. 148-149) farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme bu yaklaşımla, adaletin dağıtılması sırasında bir iç hukuk yoluna sahip olmayan davanın tarafları bakımından aşırı gecikmelerin, ulusal hukuk sistemlerinde hukukun üstünlüğüne karşı önemli tehlike oluştuğuna dikkat çekmiş ve dolayısıyla makul süre şartına uymama nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali tespitinin yanında, bu tür şikâyetleri ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından bir incelemeye tabi tutmanın gerekli olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme daha sonra, birkaç Sözleşmecî Devlette yargılamanın uzunluğu konusundaki hukuk yollarının Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili olup olmadığını daha yakından incelemiştir (*Belinger [k.k.], no. 42320/98; Andrasik ve Diğerleri [k.k.], no. 57984/00; Slavicek [k.k.], no. 20862/02.; Fernandez-Molina Gonzalez ve Diğerleri [k.k.], no. 64359/01; Doran kararı; Hartman kararı, no. 53341/99; Paulino Tomas kararı.; Kormacheva kararı, no. 53084/99; Bako [k.k.], no. 60227/00; Charzynski [k.k.], no. 15212/03; ve Lukenda kararı, no. 23032/02*).

105. Mahkeme hızlı yargılanma hakkının Alman Temel Kanununda güvence altına alınmış olduğunu ve bu hakkın ihlal edilebileceği iddiasının Federal Anayasa Mahkemesi önüne getirilebileceğini gözlemlemektedir. Anayasa Mahkemesi bir davanın uzun sürdüğünü tespit ettiğinde, bu sürenin anayasaya aykırı olduğunu beyan etmekte ve ilgili mahkemeden davayı hızlandırmasını veya sonuçlandırmasını istemektedir. Federal Anayasa Mahkemesi tıpkı Çek Anayasa Mahkemesi gibi (*Hartman, §67-68*), fakat Avrupa'daki diğer bazı anayasa ve yüksek mahkemelerden farklı olarak (*Andrasik ve Diğerleri kararı, Slavicek kararı ve Fernandez-Molina Gonzalez ve Diğerleri kararı ile Kunz [k.k.], no. 623/02*), alt mahkemeler için bir karar verme süresi tayin etme ve söz konusu yargılamanın hızlandırılmasını emretme yetkisine sahip değildir; tazminata da hükmedememektedir. ...

106. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesinin görülmekte olan bir davanın hızlandırılmasını sağlamak için elindeki tek araç, davaların uzun sürmesinin Temel Yasaya aykırı olduğunu beyan etmek ve ilgili mahkemeden davayı ilerlemesi veya sonuçlandırılması için gerekli tedbirleri almasını istemektir. Mahkeme, söz konusu bir mahkemenin Federal Anayasa Mahkemesi emrine hemen uygun davranması halinde yargılamanın daha hızlı yürütülebileceğini kabul etmekle birlikte, Hükümetin Federal Anayasa Mahkemesi kararlarının gecikme bulunan davaların görülmesi üzerinde potansiyel veya fiili etkisine dair bir delil sunmadığını kaydetmektedir. Mahkeme halen kendi önündeki Almanya'ya karşı olup Anayasa Mahkemesinin böyle bir emir verdiği bir davada, şikâyet konusu yargılamanın Anayasa Mahkemesinde 16 ay sonra, Üst Mahkeme önünde ise 2 yıl 9 ay sonra sonuçlandığını gözlemlemektedir (*Grasser davası*). ...

107. Nihayet Mahkeme, Hükümet tarafından ileri sürülen kamuoyu baskısının, belirli bir davayı hızlandırabilecek bir faktör olduğuna ikna olmamıştır.

108. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, Hükümetin bir anayasa şikâyetinin

hukuk davalarında yargılamanın uzun sürmesine giderim sağlayan bir yol olduğunu gösteremediğini tespit etmektedir. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesi önünde avukatla temsil edilmemiş olan başvurunun yaptığı anayasa şikâyetinin kabuledilebilirlik kriterlerini yerine getirmemiş olduğu kabul edilse bile, başvurunun kendi davasının uzunluğu hakkında bir şikâyeti Anayasa Mahkemesi önüne getirmesi gerekli değildir.”

(b) Daha yüksek bir makama başvurma

“109. Mahkeme’ye göre Hükümet, Alman Hâkimler Kanununun 26(2). fıkrası gereğince daha yüksek bir makama başvurulmasının, dava mahkemesindeki bir davayı hızlandırabileceği sonucuna varmayı gerektirecek her hangi bir gerçek gösterememiştir. Mahkeme ayrıca, bu tür başvuruların Sözleşme’nin 13. maddesi anlamında etkili bir hukuk yolu olmadıklarını birkaç kez tespit ettiğini, çünkü bu başvuru yolunun genellikle davanın taraflarına, devleti denetim gücünü kullanmaya zorlama şeklinde kişisel bir hak vermediğini gözlemlemektedir (*Kuchar ve Stis, [k.k.], no. 37527/97; Horvat, §47; ve Lukenda, §61-63.*)”

(c) Hareketsizlik iddiasıyla özel şikâyet

“110. Mahkeme ayrıca, hareketsizlik iddiasıyla özel şikâyet yolunun iç hukukta yasal bir temeli olmadığını kaydetmektedir. ...

111. Eğer başvuru dava mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğu konusunda hareketsizlik iddiasıyla bir şikâyette bulunmuş olsaydı bu şikâyete bakacak olan Celle Üst Mahkemesinin, henüz böyle bir şikâyetin kabuledilebilirliği hakkında bir karar vermemiş olduğu taraflarca belirtilmektedir. Hareketsizlik iddiasıyla bir özel şikâyetin kabuledilebilirlik kriterleri ve böyle bir şikâyetin mevcut dava üzerindeki pratik sonuçları hakkındaki belirsizliği göz önünde tutan Mahkeme, Celle Üst Mahkemesinin bu hukuk yolu hakkında karar vermemiş olmasına bir önem atfedilemeyeceği kanaatinde. Mahkeme ayrıca Federal Anayasa Mahkemesinin, başvurunun Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 90(2). fıkrasının birinci cümlesi anlamında iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle anayasa şikâyetini kabuledilemez bulmadığını kaydeder.

112. Bu nedenle, hareketsizlik iddiasıyla özel şikâyet yolu, mevcut olayda etkili bir hukuk yolu olarak görülemez.”

(d) Tazminat davası

“113. Son olarak Mahkeme, tazminat davası şeklindeki hukuk yolu konusunda Hükümetin Münih Mahkemesi tarafından verilmiş sadece bir kararı zikrettiğini ve bu kararda da idare mahkemelerinde yargılama sırasındaki hareketsizliğin yargılama görevine aykırı olduğu sonucu varıldığını kaydeder. Ancak, üstelik ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş tek bir yargısal nihai karar teoride ve pratikte etkili bir hukuk yolunu bulunduğu Mahkeme’yi ikna etmek için yeterli değildir (*Rezette kararı, no. 73983/01, §27; Marien kararı; ve Gama da Costa Komisyon [k.k.], no. 12659/87, DR 65, s. 136*). Ayrıca başvurunun tazminat davası açmak için hukuk mahkemelerine yaptığı başvuru, başka şeylerin yanında, davada haksız gecikmeler bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Her halükarda, söz konusu mahkemeler, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle yargısal görevin ihlal edildiği sonucuna varmış olsalardı bile, bu konuda bir manevi tazminata hükmetmeyeceklerdi; oysa Mahkeme’nin daha önce de gözlemlediği gibi, hukuk davalarının uzunluğu ile ilgili davalarda başvuru, her şeyden öte manevi zarara uğramaktadırlar (*Hartman, §68; ve Lukenda, §59; ayrıca Scordion, §204; ve Cocchiarella, §95*). Münih Mahkemesinin kararı, işte bu kusurun bir örneğini göstermektedir; çünkü o davada başvuru hareketsizlik iddiasıyla, şikâyeti nedeniyle katlandığı yargılama giderlerinin sadece bir kısmının geri alabilmiştir.

114. Bu nedenle tazminat davası, başvurucuya yargılamanın uzunluğu nedeniyle yeterli bir giderim sağlayabilecek bir hukuk yolu değildir.”

(e) Sonuç

“**115.** Sonuç olarak Hükümet tarafından savunulan dört hukuk yolu da Sözleşme’nin 13. maddesi bağlamında etkili görülemez. Bu hukuk yollarının bir arada etkililiği konusunda Mahkeme, Hükümetin bunlardan iki veya daha fazlasının bir arada Sözleşme’nin 13. maddesindeki şartları yerine getirdiği göstermediği gibi iddia da etmemiştir. Dolayısıyla bu sorun üzerinde bir karar vermek gerekli değildir.

116. Buna göre başvurucu, Sözleşme’nin 13. maddesi anlamında Bölge Mahkemesi önündeki davayı hızlandırabilecek veya meydana gelmiş gecikmeye bir giderim sağlayabilecek etkili bir hukuk yoluna sahip olmamıştır. Bu nedenle Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı reddedilmelidir ve bu madde ihlal edilmiştir.

117. Mahkeme, Alman hukuk sisteminde hareketsizlik konusunda yeni bir hukuk yolunun getirilmesi ihtimaliyle ilgili olarak Sözleşme’nin 46. maddesiyle alakalı tespitlerine gönderme yapmaktadır.”

III. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu Hanover Mahkemesi önündeki davanın uzunluğundan şikâyetçi olmuştur. Mahkeme söz konusu davanın başvurucunun dava mahkemesine başvurduğu 18 Eylül 1989 tarihinde başladığını ve hala devam ettiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla dava 16 yıl yedi aydan fazla bir süredir devam etmektedir.

B. Mahkeme’nin değerlendirmesi

“**128.** Mahkeme yargılama süresinin makullüğünün olayın şartları içinde ve şu kriterlere dayanılarak değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatır: :Davanın karmaşıklığı, başvurucunun tutumu ve yetkili makamların tutumu ile uyumsuzlukta başvurucu için tehlikede olan şeyin önemi (*Frydlander [BD]*, §43).

129. Mahkeme, Alman Medeni Muhakeme Kanununda olduğu gibi, ‘usulle ilgili girişimde bulunmak tarafların görevidir’ ilkesini uygulayan hukuk sistemlerinde bile tarafların tutumunun, mahkemeleri Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde yargılamanın hızla yapılmasını sağlamaktan muaf tutmadığına dair yerleşik içtihatlarına gönderme yapar (*Guincho*, §32; *Capuano*, §25; *Union Alimentaria Sanders S.A.*, §35; *Duclos*, §55; *Pafitis ve Diğerleri*, §93; *H.T. – Almanya*, §35; *Berlin*, §58; ve *McMullen*, §38). Yargılama sırasında bilirkişiden katkı alınmasının gerekli olduğu zaman da aynı şey geçerlidir (*Scopelliti*, §23 ve 25; *Martins Moreira*, §60; ve *Herbolzheimer*, §45 ve 48). Son olarak Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının Sözleşmecî Devletlere kendi hukuk sistemlerini, mahkemelerin davaları makul bir sürede görmeleri yükümlülüğü dâhil, bu fıkradaki her bir şartı karşılayacak şekilde düzenleme görevi verdiğini hatırlatır (*Scordino*, §183; *Cocchiarella*, §74; *Duclos*, §55; *Muti*, §15; *Caillot*, §27; *Herbolzheimer*, §48; ve *Doran*, §47).”

Mahkeme’ye göre mevcut dava, özel olarak karmaşık bir dava değildir. Mahkeme, başvurucunun kendisine verilen sürenin uzatılması için defalarca talepte bulunmuş olmasına ve dava mahkemesi yargıcını birkaç kez reddetmiş olmasına ve Hükümet tarafından ileri sürülen başka argümanlara rağmen, dava süresinin makul süreyi aştığını düşünmüştür. Dolayısıyla Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme’nin 46 ve 41. maddeleri

A. Sözleşme’nin 46. maddesi

“136. Mahkeme'nin yukarıda vardığı sonuçlar, Alman hukuk sisteminin davanın taraflarına hukuk davasının uzunluğundan şikâyet etme konusunda etkili bir araç sağlamadığını ve dolayısıyla Sözleşme'ye uygun olmadığını göstermektedir.

137. Mahkeme tespit edilen bir ihlalin, Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince davalı devlete, sadece ilgililere 41. maddeye göre adil karşılık olarak belirli miktar ödeme değil, ama ayrıca Bakanlar Komitesinin gözetiminde, Mahkeme tarafından tespit edilmiş ihlali sona erdirmek ve sonuçlarını mümkün olduğu kadar gidermek için genel ve/veya gerekirse bireysel tedbirler alma yükümlülüğü yüklediğini hatırlatır (*Broniowski Büyük Daire kararı, no. 31443/96, §192*).

138. Mahkeme, hareketsizlik konusunda Alman mevzuatında yeni bir hukuk yolu getirilmesi için, 18 Eylül 2005 tarihinde yapılan parlamento seçimlerinden kısa bir süre önce parlamento sunulan tasarıyla ilgili gerekli notu almıştır. Hükümete göre, Mahkeme'nin *Kudla* kararından sonra oluşturulmasının gerekli olduğu hissedilen bu hukuk yolu, Federal Anayasa Mahkemesinin yargılamanın uzunluğu hakkındaki şikâyetler konusundaki iş yükünü hafifletecektir; şöyle ki, bu şikâyetler gelecekte önce davaya bakan mahkemeye yapılacak ve mahkeme yargılamayı hızlandırmak için bir tedbir almazsa, üst mahkemeye yapılacaktır. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin önleyici bir hukuk yolu tercih etmekle, Sözleşme'yle kurulan koruyucu sistemin ruhuna uygun bir yaklaşım benimsediği, çünkü yeni hukuk yolunun davanın uzunluğuyla ilgili sebebin kökü ile uğraşacağını ve davanın taraflarına sonradan dava açma imkânı veren tazmin edici yoldan daha koruyucu gibi görüldüğü kanaatindedir (*Scordina, §183 ve Cocchiarella, §74*).

139. Mahkeme bu girişimi takdirle karşılamakta, bundan vazgeçildiği sonucuna varmak için bir sebep görmemekte ve söz konusu tasarıda yer alan önerileri içeren bir yasanın süratle yasalaşmasını teşvik etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, bu kararın yerine getirilmesi için ulusal düzeyde başka genel tedbirler alınması gerektiğine işaret etmenin gerekli olmadığı kanaatindedir (*Sejdovic [BD], §121-124*).”

B. Sözleşme'nin 41. maddesi

Mahkeme manevi tazminat olarak 10,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 4,672.00 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
2. Bunun sonucunda Hükümetin ilk itirazının reddine;
3. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

DURUŞMASIZ YARGILAMA

23.02.1994 18928/91 FREDIN - İSVEÇ (No. 2)

♦ *idare mahkemesinde duruşma yapmama* (ruhsat iptaline karşı davada maddi ve hukuki sorunları inceleme yetkisine sahip ilk ve tek dereceli Yüksek İdare Mahkemesinde duruşma yapmama) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - duruşmalı yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Anders Fredin İsveç vatandaşı bir ziraat mühendisidir. Başvurucu ve eşi, üzerinde taş ocağı bulunan bir arazinin sahibidirler.

Başvurucu 14 Nisan 1983'ten 1 Aralık 1988'e kadar taş çıkarma ruhsatı almıştır. Taş çıkarma ruhsatı bu tarihte iptal edilmiş, ancak arazinin restorasyonu çalışmalarının daha sonraki bir tarihte yapılabileceğine karar verilmiştir. (Ruhsat iptali ve bu iptal kararına karşı yargı yolu bulunmamasıyla ilgili sorunlar hakkında Strasburg organlarına yapılan başvuru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 18 Şubat 1991 tarihli kararıyla sonuçlanmış, Mahkeme Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği, ancak Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır).

1 Aralık 1988'de ruhsat iptalinin ardından başvuru, Kurulun 9 Mart 1987 tarihli taş ocağının restorasyonu ile ilgili kararına uygun hareket edebilmek için özel bir taş çıkarma ruhsatı için İl İdare Kuruluna başvurmuştur. Başvurucunun talebi Kurulun 14 Mart 1989 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı itiraz da Çevre ve Enerji Bakanlığı tarafından reddedilmiştir.

Başvurucu, idarenin bu kararının iptali için, Bazı İdari Kararların Yargısal Denetimi Hakkında 1988 tarihli Yasaya dayanarak 21 Haziran 1989'da, ilk ve son derece mahkemesi olarak Yüksek İdare Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu, özel taş çıkarma ruhsatı verilmemesinin, restorasyon planının gereğinin yapılmasını engellediğini ve bunun ilgili yasalardaki objektiflik ve orantılılık prensibine aykırı olduğunu, idari makamların doğanın, kamu ve özel menfaatlerin korunması için gerekli olan şeylerin yapılmasına izin vermediklerini ileri sürmüştür. Başvurucu İl İdare Kurulunun ne tür işler yapılması meselesiyle ilgili olarak sadece, taş ocağını restorasyon süresinin dolduğunu söylemekle yetindiğini belirtmiştir.

Başvurucu ayrıca Yüksek İdare Mahkemesinden davada duruşma yapılmasını talep etmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi 13 Aralık 1990 tarihli kararla, başvuru duruşma yapılmasını talebini, İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesindeki sebeplerden hiç birinin bulunmadığı gerekçesiyle ikiye karşı üç oyla reddetmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi esasa ilişkin olarak, başvuru dilekçesine ve İl İdare Kurulunun cevaplarına dayanarak, idari kararın hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. 30 Ekim 1990 tarihli müzakere tutanağına göre, duruşma yapılmaması kararına muhalif kalan iki yargıç, Sözleşme standartlarına ve Strasburg içtihatlarına uygunluğun sağlanması için 1988 tarihli yasa değişikliği yapıldığını; ayrıca olayda aydınlığa kavuşmayan bazı esaslı noktalar bulunduğunu, çünkü başvuru ile İl İdare Kurulu arasında sözü edilen restorasyon planında daha fazla taş çıkarma mı yoksa sadece ocaktan çakılların temizlenmesinin mi öngörüldüğü konusunda uyuşmazlık bulunduğunu belirtmişlerdir.

İsveç hukukuna göre Yüksek İdare Mahkemesinin kararına karşı başvurma yolu yoktur. 1988 tarihli Yasa, bazı idari işlemlere karşı Yüksek İdare Mahkemesine başvurulabileceğini, bu mahkemenin idari işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını inceleyeceğini, incelemenin esas itibarıyla hukuki meselelerle ilgili olduğunu, ancak kanunun uygulanmasıyla ilgili olduğu ölçüde maddi meselelerin de incelenebileceğini öngörmektedir.

Başvurucu 9 Nisan 1991'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, adil ve aleni yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanmadığını ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 6. maddesi olayda uygulanabilir niteliktedir.

“19. Hükümet, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında öngörülen duruşmalı yargılanma hakkının kapsamıyla ilgili olarak, bu hakkı sınırsız olarak tanımanın, Sözleşmeciler Devletlerin mah-

kemeleri için büyük bir problem olan davaların uzun sürmesi problemini ağırlaştıracağını savunmuştur. Hükümete göre karar verilecek konunun sadece hukuki bir problem olması halinde duruşma (oral hearing) yapılmasına gerek yoktur; çünkü Komisyon'un muhalif üyelerinin de söylediği gibi, hukuki argümanlar sözlü değil ama yazılı olarak daha etkili bir şekilde sunulur. Hükümet, olayın içinde bulunduğu özel şartlar bakımından, Yüksek İdare Mahkemesinin rolünün sadece önündeki kararın hukukiliğini denetlemek ve kararı onaylamak veya iptal etmek olduğunu, bu mahkemenin görüşünün yerine kendi görüşünü koyamayacağını vurgulamıştır. Yüksek İdare Mahkemesi bir duruşma yapılması talebini reddetmiştir. Bu mahkeme heyetindeki yargıçların çoğunluğu bir karar verebilmek için maddi olayların daha fazla aydınlatılmasının gerekmediği, çünkü olayın sadece hukuki meseleler doğurduğu, duruşma yapılmasının Yüksek İdare Mahkemesinin incelemesine yardımcı olmayacağı sonucuna varmışlardır.

20. Başvurucu ve Komisyon ise, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil ve aleni yargılanma hakkının, kural olarak bir tarafın görüşlerini açık bir duruşmada söz olarak dile getirebilmesi anlamına geldiği kanaatindedirler. Başvurucuya göre Yüksek İdare Mahkemesi başvurunun davasını gören tek yargı yeri olduğundan, duruşma yapılmaması, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını ihlal etmiştir. Başvurucu ayrıca, duruşma yapılmaması nedeniyle Yüksek İdare Mahkemesinin davayı her yönden denetleme imkânı bulunmadığı sonucunu doğurduğunu vurgulamıştır.

21. Mahkeme'nin içtihatlarında açıkça ortaya çıktığı üzere, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki 'aleni yargılanma', ilk ve tek dereceli bir mahkeme önünde görülen bir davada duruşma (oral hearing) yapılmasını gerektirebilir (*Hakansson ve Stureson, §64*). Mevcut olayın içinde bulunduğu özel şartlarda Mahkeme, başvurucuya Yüksek İdare Mahkemesi önünde sözlü savunma yapma imkânı verilmemesinin, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını ihlal edip etmediği meselesi dışında bir meseleyi incelemeyi gerekli görmemektedir.

22. Bu noktada Mahkeme, Yüksek İdare Mahkemesinin tartışma konusu davada ilk ve tek yargısal organ olarak hareket ettiğini gözlemlemektedir. Hükümetin de kabul ettiği gibi Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisi hukuki konularla sınırlı olmayıp, maddi meseleleri de kapsamaktadır. Mevcut olayda, başvurunun Yüksek İdare Mahkemesine verdiği dilekçeden anlaşıldığına göre, başvurunun davası Bakanlığın 21 Haziran 1989 tarihli kararıyla ilgili hem hukuki ve hem de maddi sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Bu durum, muhalif üyelerin duruşma yapılarak önemli gördükleri bazı noktaların açıklığa kavuşturulmasının gerekli olduğunu ifade etmelerinde de anlaşılmaktadır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası böyle bir durumda duruşma yapılmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla Yüksek İdare Mahkemesinin başvurunun davasında duruşma yapmaması, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını ihlal etmiştir.”

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 15,000 Kron, ücretler ve masraflar için 120,502 Kron ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;

2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

KAPALI DURUŞMADA YARGILAMA

04.12.2008 28617/03 BELASHEV - RUSYA

◆ *kapalı duruşma* (dava dosyasında devlet sırları içeren belgeler bulunduğu ve mağdurlar ile tanıkların güvenliğinin tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle başvurucu ve suç ortaklarının davasının ilk derece mahkemesi önünde kapalı duruşmada görülerek hapis cezalarına mahkûm edilmeleri) ■ adil yargılanma hakkı - aleni yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Vladimir Ilyich Belashev, 1961 doğumlu bir Rus vatandaşıdır.

1 Nisan 1997’de, Rusya’nın son Çar’ı II. Nicholas’ın Moskova yakınlarındaki bir köyde bulunan heykeli havaya uçurulmuştur. Aynı gün basın tarafından bu eylemin sorumluluğunun ‘Askeri Devrim Konseyi’ (RMC) tarafından üstlenildiğini duyurulmuştur. 6 Temmuz 1997 günü gazetelerde RMC’nin, Bolşevik lider Lenin’in mumyalanmış cenazesinin gömülmesi planını protesto etmek için Rus Çar’ı Büyük Peter’in heykellerinin içine de patlayıcılar yerleştirildiği fakat masum insanlara zarar vermemek için patlatılmadığı yazılmıştır. Polis, Moskova’daki Kremlin Sarayının yanındaki Büyük Peter heykeliinde 7 tane patlayıcı bulmuştur. Federal Emniyet Müdürlüğü (FSB) Moskova Soruşturma Müdürlüğü bir cezai soruşturma başlatmıştır.

Başvurucuya göre 15 Temmuz 1997’de kendisi ve eşi FSB tarafından izlenmektedir. Başvurucu 22 Nisan 1998’de, çalıştığı İçişleri Bakanlığına bağlı örgütlü suçlarla mücadele biriminden silahlı FSB görevlileri tarafından gözaltına alınmış Moskova FSB bürosuna götürülmüş ve burada 1 Nisan ve 6 Temmuz 1997 tarihlerindeki bombalama olaylarıyla ilgili sorgulanmıştır. Başvurucuya susma hakkı hatırlatılmış, fakat başvurucu susmasının ‘ikrar’ sayılabileceğini düşünerek ifade vermiş ve bombalama olaylarıyla bir ilgisinin bulunmadığını söylemiştir.

Aynı gün başvurucu yasadışı olarak silah ve patlayıcı sağlama suçlarından tutuklanmış ve FSB’ye bağlı cezaevine götürülmüştür.

Başvurucunun işyerindeki odası ve oturduğu daire aranmış ve kişisel eşyaları ile parasına el koyulmuştur.

Başvurucu 29 Ekim 1998’de ayrıca, suç işlemek için örgüt kurma, görevi kötüye kullanma, yasadışı olarak silah bulundurma, sahte belge hazırlanmasına yardım etme ve şiddet yoluyla iktidarı ele geçirme suçlarından tutuklanmıştır. 2 Şubat 1999’da soruşturma tamamlanmış ve başvurucu ile avukatına dosyayı görme imkânı verilmiş, onlar da 22 Temmuz 1999’da dosya incelemeyi bitirmişlerdir.

3 Ağustos 1999’da yargılama için iddianame Moskova Mahkemesine sunulmuştur. Duruşma Eylül ve Ekim 1999’da dört kez ertelenmiş, 12 Ekimde mahkeme, başvurucunun suç ortağının ifadesi alınmamış olduğu gerekçesiyle dosyayı savcılığa geri göndermiştir.

6 Ocak 2000’de dosya FSB’ye ulaşmış, aynı gün başvurucu teminat karşılığında salıverilmiştir.

Yeni soruşturma 17 Mayıs 2001’de tamamlanmış, 31 Ağustos 2001’de iddianame mahkemeye sunulmuştur. Hükümete göre dosyada devlet sırrı olarak nitelendirilen bilgiler yer almıştır.

Moskova Mahkemesi 17 Eylül 2001’de, Ceza Muhakemesi Kanununun 18. maddesine dayanarak, gerekçe göstermeden duruşmanın kapalı yapılmasına karar vermiştir. 17 Aralık

2001'de Moskova Mahkemesine yeni başkan ve iki üye tayin edilmiştir. Başvurucuya göre kendisi mahkemeden Bay G.'nin kendisi lehine tanık olarak dinlenmesini istemiş, ancak bu talebi reddedilmiştir.

25 Aralık 2001'de başvuru ve avukatı duruşmanın açık yapılmasını istemişlerdir. Duruşma tutanaklarına göre savcı, basının davadaki olayları yanlış yorumladığı ve dosyada gizli bilgiler bulunduğu düşüncesiyle bu talebin reddini istemiştir. Moskova Mahkemesi başvurunun şu gerekçeyle reddetmiştir: '... mahkeme, talebi kabul etmek için bir sebep görmemektedir, çünkü duruşmanın kapalı yapılması kararı Ceza Muhakemesi Kanununun 18. maddesine aykırı değildir; davanın kapalı olarak görülmesi, isnatların özelliği göz önünde tutulacak olursa mağdurların, tanıkların ve davadaki diğer tarafların güvenliğini sağlayacaktır'.

Başvurunun suç ortaklarının ve avukatlarının hasta olmaları nedeniyle Mart 2002'nin sonuna kadar duruşma yapılmamıştır.

Moskova Mahkemesi 19 Nisan 2002'de başvurunun suçlu olduğuna ve 11 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Başvurucuya göre karar açık duruşmada açıklanmamıştır. Hükümet ise üç büyük televizyon kanalının başvurunun davasıyla ilgili haberlerine ilişkin videokasetlerini sunmuştur. Televizyon haberleri, kararın okunması sırasında mahkemedeki kalabalığı göstermektedir. Bazı muhabirlerin ve başvuru ve suç ortaklarını destekleyen bazı kişilerin karar açıklanırken mahkemede oldukları anlaşılmaktadır.

Başvuru ve avukatları, Moskova Mahkemesi tarafından incelenen deliller devlet sırrını içermediği halde yargılama kapalı yapıldığı gerekçesiyle, mahkûmiyet kararına karşı üst başvuruda bulunmuşlardır. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi 26 Şubat 2003'te duruşma yapılmasına karar vermiştir. Başvuru, bu mahkeme önündeki duruşmanın başlamasından sadece 20 dakika önce haber verildiğini ve duruşmadan önce avukatıyla görüşülmediğini iddia etmiştir. 18 Şubat 2003 tarihli bir belgeye göre ise başvurunun avukatı kendisini ziyaret etmiş ve 26 Şubatta duruşma yapılacağını söylemiştir. 18 Şubatta başvurunun avukatı Yüksek Mahkemeden duruşmanın ertelenmesini istemiştir. Yüksek Mahkeme 26 Şubatta video konferans yoluyla bir duruşma yapmıştır. Başvuru iki avukatla temsil edilmiştir. Duruşmanın başlangıcında mahkeme başkanı suç ortaklarından birinin mahkemeye gönderdiği bir mektubu okumuştur. Başvurunun suç ortağına göre başvuru kendisini ve ailesini tehdit etmiştir; avukatlardan biri hem kendisini ve hem de başvuru savunmaktadır; suç ortağına göre bu avukat başvuru temsil etmemelidir. Yüksek Mahkeme söz konusu avukatı davadaki görevinden almıştır.

Aynı gün Yüksek Mahkeme kararını vermiştir. Yüksek Mahkeme, sahte belge düzenleme suçunun zamanaşımına girdiğini belirtmiş, diğer suçlardan mahkûm etmiş ve cezasını altı ay indirmiştir. Yüksek Mahkeme başvurunun duruşmanın kapalı yapılmış olması şikâyeti ilgili olarak ise duruşmanın Ceza Muhakemesi Kanununun 18. maddesine uygun yapıldığını belirtmiştir.

Başvuru 17 Ağustos 2003 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda tutulma koşullarından ve makul sürede yargılanma hakkının ve aleni yargılanma hakkının ihlalden şikâyetçi olmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

IV. Kapalı duruşma nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuru, davasının açık olarak görülmediğinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre kapalı duruşma kararı veren Moskova Mahkemesi buna ilişkin bir gerekçe göstermemiş-

tir. Ayrıca Moskova Mahkemesi yargılamanın hiçbir aşamasında, Hükümetin iddia ettiği şekilde ‘milli güvenlik’ veya ‘devlet sırrı’ gibi bir gerekçe de göstermemiştir.

B. Mahkeme’nin değerlendirmesi

“79. Mahkeme, duruşmaların açık yapılmasının, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının temel prensiplerinden biri olduğunu hatırlatır. Yargılamanın aleniyeti, davanın taraflarını kamunun denetiminden uzak bir şekilde gizli adalet dağıtılmasına karşı korur; aynı zamanda mahkemelere olan güvenin sürdürülmesinin de vasıtalarından biridir. Duruşmalar ve genel olarak adalet dağıtımı, meşruiyetini açık yürütülmesinden alır. Aleniyet, adalet dağıtımını görülür kılmakla, demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki adil yargılama güvencesinin amacına katkıda bulunur (*Guatrin ve Diğerleri, §42; ve Pretto ve Diğerleri, §21*). Olağan ceza yargılamasının -ki bu yargılama tehlikeli kişilerle de ilgili olabilir- yargılamaya katılanların güvenlik sorunu bulunsa da hemen hemen her zaman açık olarak yapılması beklenir (*Campbell ve Fell, §87*).

80. Açık duruşma yapma şartı istisnalara tabidir. Bu durum, ‘... duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, ... adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerekli olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumda ... ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir’ hükmünü içeren Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının metninden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 6. maddesine göre, örneğin bazen tanıkların güvenliğini veya mahremiyetini korumak veya adaletin gereği olarak bilgi ve fikirlerin serbestçe sunulmasını teşvik etmek amacıyla, Sözleşme’nin 6. maddesi bakımından yargılamanın aleniyetini sınırlamak gerekli olabilir (*B. ve P. – Birleşik Krallık, §37*).

81. Mevcut olayda Mahkeme’nin görevi, halkın Moskova Mahkemesindeki duruşmadan çıkarılmasının haklı bir işlem olup olmadığını tespit etmektir. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut olayda Hükümetin Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki iki istisnanın uygulandığını söylediğini hatırlatır. Hükümet özellikle ulusal güvenliğin ve mağdurlar ile tanıkların menfaatlerinin, açık duruşma yapılmamasını haklı kıldığını savunmuştur.

82. Birinci sebeple ilgili olarak Mahkeme, Moskova Mahkemesinin 17 Eylül ve 25 Aralık 2001 tarihlerinde kapalı duruşma yapılması kararları verdiğini hatırlatır. Birinci kararda herhangi bir gerekçe yer almamış, ikinci kararda ise sadece mağdurların ve tanıkların güvenliğinin korunması gereğinden söz edilmiştir. Ayrıca Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, üst başvuru üzerine 26 Şubat 2003’te verdiği kararda, başvurucunun kapalı duruşma şikâyetini ele almakla birlikte, halkın duruşmaya katılmasına izin verilmemesini haklı göstermek için ulusal güvenlikten söz etmiş değildir. Dolayısıyla Mahkeme ulusal güvenliğin, halkın duruşmaya alınmaması kararına bir sebep oluşturduğuna ikna olmuştur.

83. Bununla birlikte, savcının 25 Aralık 2001 tarihli duruşmada dosyada gizli bilgi bulunduğu dair ileri sürdüğü iddiasının Moskova Mahkemesi tarafından kabul edildiği varsayılsa bile, Mahkeme, duruşmanın açıklığı ile ulusal güvenlik kaygılarını tartmaksızın bu tür bir bilginin otomatik olarak duruşmayı halka kapatmayı gerektirdiğine dair Hükümetin savunmasına katılmamaktadır. Mahkeme, bir devletin sırlarını saklamasının önemli olabileceğini, fakat adaleti en zorunlularından biri açıklık olan gerekli koruyucularla sarmının çok daha önemli olduğunu gözlemlemektedir. Mahkemeler halkı ceza davasının dışında tutmadan önce, açıklığın zorlayıcı yönetsel menfaatleri korumak için gerekli olduğuna dair olaya özgü tespitlerde bulunmak ve gizliliği bu menfaatleri korumanın gerekliliğiyle sınırlı tutmak zorundadırlar (*Hummatov, §149; ve Moser, §96-97*).

84. Mevcut olayda bu iki koşuldan herhangi birinin yerine getirilmiş olduğuna işaret eden bir delil yoktur. Mahkeme daha önce, Moskova Mahkemesinin kapalı duruşma yapılmasına karar verirken ayrıntılı gerekçe göstermediğini tespit etmiştir. Moskova Mahkemesi, eğer dosyada devlet sırları içeren belgeler varsa bunların hangi belgeler olduğunu veya bu belgelerin başvuru aleyhindeki suçlamaların niteliği ve özellikleriyle nasıl bir alakası olduğunu dahi belirtmemiştir. Mahkeme ayrıca, Moskova Mahkemesinin başvuru nun yargılamanın kapalı yapma kararının, devletin sırlarını saklamak suretiyle devletin menfaatlerini koruma uğruna halkın adalete olan güveni üzerinde olumsuz etkisini dengeleyecek herhangi bir tedbir de almadığını gözlemlemektedir. Moskova Mahkemesinin yargılamayı açık yapıp gizli belgelerin okunabileceği sadece bir veya ihtiyaç varsa birkaç oturum için mahkeme salonunu boşaltma imkânının bulunmadığına işaret eden bir delil bulunmamakta, Hükümet de aksini iddia etmemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, böyle bir durumda Moskova Mahkemesinin yargılamayı bütünüyle kapalı tutmayı tercih etmiş olmasını çarpıcı bulmaktadır.

85. Mahkeme şimdi, adaletin ve özellikle mağdurların ve tanıkların yararı için duruşmanın halka kapalı yapılması gereğine ilişkin Hükümetin ikinci savunmasını inceleyecektir. Mahkeme, duruşmayı halka kapalı yaparak mağdurların ve tanıkların güvenliğini koruma gereğinden Moskova Mahkemesi tarafından ilk kez 25 Aralık 2001 tarihli kararda söz edildiğini gözlemlemektedir. Moskova Mahkemesi tarafından duruşmanın kapalı olarak yapılmasına ilişkin gösterilen gerekçe, olarak 'isnatların özelliği göz önünde tutulacak olursa, mağdurların, tanıkların ve davadaki diğer tarafların güvenliğini sağlayacak olması'dır. Mahkeme bu gerekçenin üzüntü verecek kadar kısa olduğu kanaatinde dir. Moskova Mahkemesinin niçin bazı mağdurların ve tanıkların korunmasızlığından kaygı duyduğunu veya niçin tanıkların ve mağdurların ifade vermektan cayılabileceklerini düşündüğünü daha ayrıntılı bir şekilde açması tercih edilirdi. Mağdurların ve tanıkların güvenliğini sağlama kaygısının, yargılamanın açıklığını sağlamanın önemi karşısından niçin ağır bastığını açıklamak da önemliydi. Dahası, eğer dava mahkemesi gerçekten de belirli bir bilgiyi dikkate almış ise, bu bilginin taraflara ve özellikle başvurucuya iletilmesi ve böylece konu hakkında açık bir tartışma yapılabilirdi (*Volkov, §31*).

86. Mahkeme aynı zamanda, Moskova Mahkemesinin elinde başvuru nunun veya suç ortağının davanın diğer taraflarına karşı ciddi bir risk veya gerçek ve önemli bir tehlike oluşturduklarına veya davranışlarıyla adil yargılamayı engellendiklerine dair özel bir bilgi bulunduğuna da ikna olmamıştır. Mahkeme, Moskova Mahkemesinin bu kararı vermesine ne gibi bir bilgiyi yol açtığını konusunda Hükümet tarafından bir belge sunulmadığını kaydeder. Dahası, duruşma tutanaklarından da görülebileceği üzere, mağdurların ve tanıkların güvenliğini güvence altına alma ihtiyacı, başvuru nunun yargılamanın açık yapılması talebine karşı savcılığın itirazın bile geçmemiştir. Moskova Mahkemesinin sadece sanıkların aleyhindeki suçlamaların ağırlığı nedeniyle mağdurların ve tanıkların güvenliğine karşı bir tehlike bulunduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Bu noktada Mahkeme, isnat edilen suçların ağırlığının kendiliğinden yargılamanın kamuya açıklığı gibi temel bir prensibin kısıtlanmasını haklı göstermek için kullanılamayacağını kaydeder. Bu durum özellikle mevcut olaydaki gibi, toplanan delillerin başvuru nunun suç işlediğine dair makul kuşku doğurup doğurmadığının yargısal bir organ tarafından incelenmeksizin, maddi olayların hukuki nitelendirmesinin savcılık tarafından yapıldığı olaylarda geçerlidir. Mahkeme, sanıkların davanın diğer taraflarına karşı oluşturabilecekleri tehlikenin, sadece isnat edilen suçların ve karşılaşılan cezanın ağırlığına dayanılarak değerlendirilemeyeceğini gözlemlemektedir. Bu tehlike, halkın yargılamaya erişimini engellemeyi haklı kılacak bir tehlikenin varlığını teyit eden diğer faktörlere dayanılarak değerlendirilebilir. Mevcut olayda ulusal mahkemelerin kararlarında, niçin mağdurların ve tanıkların güvenliğinin belirleyici olduğunu düşündüklerine dair bir gerekçe yer almamıştır. Sonuç

olarak Mahkeme, halkın duruşmaya alınmamasının mevcut olayın şartları içinde haklı bir tutum olmadığı sonucuna varmaktadır.

87. Son olarak Mahkeme, Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi önündeki üst yargılama duruşmasının kamuya açık olmadığını ve Hükümetin de bunun tersini söylemediğini gözlemlemektedir. Buradan çıkan sonuca göre Yüksek Mahkeme önündeki yargılama, Moskova dava mahkemesi önündeki yargılamanın açık yapılmamasını telafi etmemiştir (*Diennet*, §34; ve *Ekbatani*, §32).

88. Mahkeme bu düşüncelerle, başvurunun davasında açık duruşma yapılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

VI. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 10,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 220 ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucunun 19 Nisan 2002'den 11 Nisan 2003 tarihe kadar tutulma koşullarıyla, ceza davasının uzun sürmesiyle ve aleni bir yargılama yapılmamasıyla ilgili şikâyetlerin kabuledilebilir olduğuna ve diğerlerinin kabuledilebilir olmadığına;
2. Başvurucunun tutulma koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline;
3. Uzun süren yargılama nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
4. Aleni duruşma yapılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

HUKUKA AYKIRI DELİLLE MAHKÛM ETME

12.07.1988 10862/84 SCHENK - İSVİÇRE

♦ *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - telefon dinlemeyle elde edilen kaydı kullanma* (kirahlık katil olarak tutulan kişinin öldüreceği kişiye ve adli makamlara durumu haber verdikten sonra yargıç kararı bulunmaksızın kendisini öldürmekle görevlendiren başvuruyla yaptığı telefon konuşmasını kasete kaydetmesi, polise teslim edilen ve yargılamada delil olarak kullanılan bu kayıtlarla birlikte diğer delillere de dayanılarak başvurunun adam öldürmeye teşebbüs suçundan on yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği

DAVANIN ESASI

Başvurucu Pierre Schenk 1912 doğumlu bir İsviçre vatandaşıdır. Başvurucu, 1927 doğumlu Bayan Josette P. ile 1947 yılında evlenmiş, 1972 yılında aralarında şiddetli geçimsizlik başlamış ve ertesi yıl ayrı yaşamaya başlamışlardır. Başvurucu 1974 yılında boşanma davası açmış, anlaşmaya varmaları üzerine nihayet 10 Aralık 1981'de boşanmışlardır.

Başvurucu 28 Şubat 1981'de, Fransa'da bir ajansa gitmiş ve Pierre Rochat hayali bir adla ve Lyons'tan gösterdiği bir adresle, şu ilanın yayımlanmasını sağlamıştır: 'Aranıyor. Eski bir Yabancı Lejyon üyesi veya bu göreve uygun benzer biri; telefon numarası, adres ve özgeçmiş ile RTZ 81, poste restante CH Basle 2 adresine başvurun.'

Başvurucu, bu ilana cevap verenler arasından Bay Pauty'i seçmiş ve kendisiyle birçok kez görüşmüş ve biri Mayıs 1981'de Haiti'de olmak üzere çeşitli işleri yerine getirmesi karşılığında kendisine ödemedede bulunmuştur.

Bay Pauty, 12 Haziranda İsviçre'ye gitmiş ve 18 Haziranda başvurusunun eşi Bayan Schenk'i telefonla aramıştır. Bay Pauty, ertesi gün Bayan Schenk'i ziyaret etmiş ve kendisini öldürmesi için kocası tarafından kiralandığını söylemiştir. Bay Schenk'i öldürme veya Bay Pauty'nin ücretini alabilmesi için Bay Schenk'i karısının öldüğüne inandırma ihtimallerini düşündükten sonra, 20 Haziran 1981'de Bay Pauty ve Bayan Schenk Vaud Kantonu soruşturma yargıcına gitmişlerdir.

Soruşturma: Soruşturma yargıcı 20 Haziran 1981'de, Bay Pauty'nin ifadesi almış ve ardından Vaud Emniyet Müdürlüğünden Polis Müfettişi Rochat ile Polis Müfettişi Messerli'ye, Pauty'i daha ayrıntılı sorgulamaları için talimat vermiştir; aynı gün sorgulama yapılmıştır. Yargıç, Bayan Schenk'in "sözlü" ifadesini almış, bir başka deyişle, ifadesini tutanağa geçirmemiştir. Vaud polisi ertesi gün, Pauty'in ikinci kez ifadesini almış ve ardından bir de Bayan Schenk'in ifadesi almıştır. Soruşturma yargıcı 22 Haziranda, Fransız makamlarına bir yazı göndererek, kimliği bilinmeyen kişi veya kişilerce bir adam öldürmeye teşebbüs olayının soruşturulmasında ilerleyebilmek için bazı araştırmaların yapılması gerektiğini ve bu araştırmaya katılması için Müfettiş Messerli'nin yetkili kılınmasını istemiştir. Yargıç ayrıca şöyle demiştir: '... Bay Pauty'nin Mart 1981'den Haziran 1981'e kadar Paris'te ne yaptığının öğrenilmesi ve kendisinin karakteri hakkında bilgi elde edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, Bay Schenk'le Grand Otel'de görüştüğünü iddia eden Bay Pauty'nin, Bay Schenk'i gerçekten görüp görmediği ve Haiti için uçak bileti almaya kiminle gittiğini tespit etmek gerekmektedir.'

23 Haziranda, Paris Adli Soruşturma Şubesinin Cinayet Masası, bu yazının gereğini yerine getirmek için resmen çalışmış ve ertesi gün Müfettiş Messerli'nin önünde, Bay Pauty'nin ifadesini almıştır. Bay Pauty, başka şeylerin yanında, şöyle demiştir: 'RTZ 81, yani Bay Pierre Schenk, eşi Bayan Josette Schenk'in öldürülmesinin ayrıntılarını öğrenmeden önce, kesinlikle benimle temasa geçecektir. Anlaştığımız 40,000 Doları bana göndermesini veya getirmesini bekliyorum. Buraya gelmemi istediniz; şimdi ben sizden, Bay Schenk benimle temasa geçtiğinde nasıl davranmam gerektiği konusunda bana talimat vermenizi bekliyorum.' Bay Pauty, annesinin Paris'in yakınlarındaki evinde kendisine telefon gelmesini beklerken teybi kurmuş ve teybi bir mikrofonla telefon ahizesinin kulaklığına bağlamıştır. 26 Haziran sabahı yaklaşık 9:30'da, Bay Schenk, İsviçre'deki bir telefon kulübesinden Bay Pauty'i aramıştır. Bay Pauty şu konuşmayı kaydetmiştir:

'RP (Richard Pauty): Tamam, iş... .

PS (Pierre Schenk): Ne yapmakta olduğunu merak ediyordum, ne oldu sana.

RP: Evet, hayır, bir iki küçük problem çıktı ve işi 23'üne kadar yapmadım, yapamadım.

PS: 23'ü mü?

RP: Evet, 23 Pazartesi, Paz..., Paz..., Sanırım 23'üydü.

PS: Nerede oldu bu?

RP: Tamam, İtalya'dan bazı arkadaşları almaya gittim, çünkü senin de söylediğin gibi, komşuları hep orada olduğu için becerememiştik. ... İki kez gittim ve iki kez gördüm, onun için hastaneye gitmek üzere çıkmasını bekledim ve onun arabasına çarpmayı tasarladım ve böylece durmak ve zarar hakkında konuşmak zorunda kalsın diye, ve sonra iş tamam, aynen böyle oldu, sonra ne oldu bilmiyorum, cesedi arabaya aldık ve ... arabayı Montreux yakınlarına götürdüm. Ceset bulundu mu bilmiyorum, çünkü gazetelerde görmedim.

PS: Şimdi ne yapacaksınız?

RP: Efendim?

PS: Şimdi ne olacak?

RP: Yani, şimdi Paris'teki işi yapacağım, değil mi?

PS: Ne?

RP: Paris'e gideceğim?

PS: Hayır, yani iş diyorum.

RP: Tamam, bana sorma. O .. nun ... iş bitmiştir, işte bu kadar.

PS: İş bitti demen garip, haberlerde çıkmadı, değil mi?

RP: Ben de henüz gazetelerde görmedim, söylediğim gibi oldu, cesedi sakladım, bırakıp gitmedim...

PS: Tamam, dinle, çok açık söyleyeyim, seni bir hafta içinde arayacağım.

RP: Bir hafta içinde? PS: Bir hafta içinde orada olacak mısın?

RP: Evet, Paris'te olacağım, evet.

PS: Evet, evet, ben... ben... seni arayacağım, tamam mı?

RP: Tamam.

PS: İyi, çünkü ben ... haber çıkmadı, hiçbir şey duymadım.'

Bay Pauty saat 10:00 sularında Cinayet Masasını telefonla aramış ve aynı gün gece yarısı treniyle Lozan'a dönmeyi planlayan Bay Messerli ile görüşmüştür. Bay Pauty, kaset kaydını müfettişe dinletmiş ve kaseti isteyip istemediğini sormuştur. Bay Messerli istediğini söylemiş ve yanında bulunan Fransız meslektaşlarına bu konuda bilgi vermiştir. Bay Pauty, yaklaşık bir saat sonra Cinayet Masası bürosuna gelmiş ve kaseti Bay Messerli'ye vermiştir. Önceki gün Vaud Kantonu soruşturma yargıcını telefonla aramış olan Bay Messerli, aynı akşam kaseti Lozan'a getirmiştir. Bay Messerli 30 Haziran'da, kocasının sesini tanıması için kaseti Bayan Schenk'e dinletmiştir.

Aynı gün yargıç, başvuru Bay Schenk hakkında yakalama emri çıkarmıştır. Bay Schenk ertesi gün, yani 1 Temmuzda gözaltına alınmıştır. Yargıç, polislere, Bay Pauty ile Bay Schenk arasında yüzleştirme yapmaları talimatı vermiştir; polisler, Bay Schenk'e kaseti dinletmişlerdir. Daha sonra yargıç, polis merkezine gitmiş ve burada başvuru Bay Schenk'in ifadesini aldıktan sonra kendisine suç isnat etmiştir; yargıç ayrıca, müvekkiliyle görüşmesine izin verilen başvuru Bay Schenk'in avukatıyla görüşmüştür. Polisler 2 Temmuzda, Bay Pauty ile Bay Schenk arasındaki yüzleştirmenin sonuçlarını yargıca bildirmişlerdir. Müfettişler, zarfın içinde kaseti dosyaya ekli olarak yargıca teslim etmişlerdir. Yargıç, başvuru Bay Schenk'in salıverilmesine karar vermiştir.

Yargıç 12 Temmuzda, kasetin çözülmüş metnini almış ve dosyaya eklemiştir. Polisler 6 Ağustos 1981'de, yargıca olay hakkında ayrıntılı bir rapor vermişlerdir. Dosya 14 Ağustosta başvuru Bay Schenk'in avukatına gönderilmiş, avukat aynı gün dosyayı iade etmiştir. Avukat 11 Eylülde, Bay Pauty hakkında tam bir soruşturma yapılmasını ve kasetin bir uzman tarafından incelenmesini istemiştir; avukata göre kaset çözüm metni, telefon konuşmasını tam ve güvenilir bir şekilde yansıtmamaktadır. Yargıç 23 Eylülde, kasetin bir teyp fabrikasının işletme yöneticisi olan SK'ya teslim edilmesi talimatını vermiştir; SK, meslektaşlarından biri olan J-CS ile birlikte kaset üzerinde bilirkişi incelemesinde bulunmuştur. SK'nın talebi üzerine, kayıt yapmak için kullanılmış olan ve Fransız polisi tarafından Bay Messerli'nin önünde, 1 Ekimde Hoilles'te el konulan ekipman da kendisine teslim

edilmiştir. SK, 29 Ekimde kaseti yargıca geri vermiş ve 12 Kasımda raporunu sunmuştur.

Soruşturma yargıca 3 Şubat 1982’de, başvuru hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Yargıç bu kararda: ‘... İlk bakışta birkaç olay, Bay Pauty’nin suçlamalarını desteklemektedir. ... Ancak kaset dikkatli bir şekilde dinlendiğinde, tarafların birbirini tamamen anlayıp anlamadıkları konusunda bazı kuşklar uyandırmaktadır. Özellikle Pierre Schenk, Richad Pauty’in neyi ima ettiğini pek de iyi anlamadığı izlenimi vermektedir. Richard Pauty’nin karakteri, geçmişi ve Josette Schenk’e yaptığı açıklamaların ışığında bakıldığında, kendisinin ifadelerine mutlak bir güven duyulamaz. ... Sonuç olarak Richard Pauty’nin suçlamaları ve toplanan deliller, Pierre Schenk aleyhinde dava açmak için yeterli görülmemektedir. ...’.

Savcı, soruşturma yargıcının bu kararına karşı 23 Şubatta itiraz etmiş, Bay Schenk de 8 Martta bir savunma dilekçesiyle cevap vermiştir. Başvurucuya göre bu bant kaydı hiçbir şekilde kendisinin suçlu olduğunu göstermemektedir. Başvurucuya göre Bay Pauty, kaydı yaptığı gün, sadece polisin bir ajan provokatörü olarak hareket etmiştir. Vaud Kanton Ceza Mahkemesi 21 Nisan 1982’de, başvuru aleyhindeki takipsizlik kararını kaldırarak adam öldürmeye azmettirme suçundan Bay Schenk’i Rolle Ceza Mahkemesinde dava-ya sevk etmiş, 10 Haziranda başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir. Fakat Bay Schenk, tutuklama kararına itiraz etmiş ve 22 Haziranda salıverilmiştir.

Rolle Ceza Mahkemesindeki yargılama: Rolle Ceza Mahkemesi önündeki ilk derece yargılaması 9-13 Ağustos 1982 tarihleri arasında yapılmıştır. Duruşmanın başında, başvuru kaset kaydının dosyadan çıkarılması için bir ara karar istemiştir. Aynı gün bu mahkeme, kayıt yapılmasına yetkili makam tarafından izin veya emir verilmediğini, Pierre Schenk’in konuşmalarını kendisinin bilgisi dışında kaydeden Pauty’in İsviçre Ceza Kanununun 179. maddesindeki suçu işlemiş olabileceğini, ancak bu durumun kaydın dosyadan çıkarılmasına karar verilmesi için yeterli bir sebep olmadığını, Ceza Kanununun 179. maddesinin, bu konuda bir şikâyette bulunulması halinde uygulanacağını, Pierre Schenk’in böyle bir şikâyette bulunmadığını, bu durumda artık Bay Pauty’nin herhangi bir şekilde cezalandırılmayacağını, ister Bay Pauty’nin kaydettiği telefon konuşması soruşturma yargıcının eline geçtiği için olsun isterse kaydın içeriği hakkında Bay Pauty’dan ifade almak için olsun, bu kaydın içeriği dosyaya girebileceğini, sanığın bu konudaki savunmasının kabul edilmesi halinde bu ceza davasında delillerin büyük bir bölümünün dosyadan çıkarılmasını gerektireceğini, bu nedenle usul hukukunun mahkemelere delilleri ve delillerin ağırlığını ve olay bakımından değerlerini takdir yetkisi verdiğini, bu olayda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi anlamında hukuka aykırı bir delil bulunmadığını belirterek başvurunun talebini reddetmiş ve kaydın dinlenebileceğine de karar vermiştir. Kayıt mahkeme salonunda, mahkeme üyelerinin, tarafların ve herkesin huzurunda, uzman bir şirket tarafından yerleştirilen iki hoparlörle teypten dinlenilmiştir. Aynı gün mahkeme, duruşmaya gelmeyen bir tanık dışında bütün tanıkları dinlemiştir. Tanıklardan üçü (Bay Pauty, Bay Schenk ve HR) mahkeme tarafından resen davet edilmişlerdir. Diğer üç tanık (RF, JM-Z ve GG) sanık tarafından davet edilmişlerdir. Müfettiş Messerli ifade vermemiştir; çünkü mahkeme veya savcı veya sanık, kendisinin dinlenmesini istememişlerdir.

Rolle Ceza Mahkemesi 13 Ağustos 1982 tarihinde kararını vermiştir. Bu mahkeme Bay Schenk’i, adam öldürmeye azmettirme suçuna teşebbüsten suçlu bulmuş ve kendisine kanundaki asgari ceza olan 10 yıl hapis cezası vermiştir. Bu mahkeme ayrıca Bay Schenk’in hemen tutuklanmasına karar vermiştir. Bu mahkeme Pierre Schenk’in Richard Pauty’e, Jossete Schenk’i öldürme işi verdiği sonucuna varırken, diğer delillerin yanında, 26 Haziran 1981 tarihli telefon görüşmesinin kaydına dayandırmıştır.

Karar gerekçesine göre Bay Pauty işi ancak ayın 23'ünde yapabildiğini söylediğinde, sanık olayın nerede meydana geldiğini iki kez sormuştur; eğer iş sadece bilgi toplamak olsaydı, bu saçma bir soru olurdu. Nefes almadan bir kerede söylenen ve cesedin arabaya alınarak Montreux yakınlarında bir yere götürüldüğünün ve gazetelerde yer almadığı için henüz bulunmamış olduğunun söylendiği uzun cümlenin sonunda, sanık, 'bütün bu saçmalıklar da ne?' veya 'neden bahsettiğini anlamıyorum' şeklinde bir cevap vermemiştir. Sanık, şimdi ne olacak, diye iki kez sormuştur; Bay Pauty, işin yapıldığını söylediğinde, sanık kendisine, eğer işi bilgi toplamak olsaydı mantıken 'o halde bana raporunu gönder' demesi gerekirken, bir kez değil ama iki kez, 'iş bitti demen garip, haberlerde çıkmadı, değil mi?' demiştir. Bay Pauty'nin de söz ettiği gibi olay, örneğin basında yer almak suretiyle alenileşmedikçe, sanık bunu bilemezdi; bizzat bu durum bile Bay Pauty'nin anlamına güven telkin etmektedir. Fakat mahkemenin önünde bundan başka deliller de vardır: sanık tarafından inanılmaz derecede özenle tedbirler alınmış olması; sanığın farkında olduğu ve fakat kanıtlayamadığı karısının kusuruna rağmen, kendisine yıllarca tazminat ödemek zorunda kalacak olması ve bunun sanıkta farklı bir değerlendirme yapmaya yol açması; yardımcı konulardaki anlaşmanın durumu teyit ediyor olması; bir kimsenin, eski Yabancı Lejyon üyesi olduğunu söyleyen ve eğitim, kültür ve ehliyet sahip olmayan bir adamı boşanma davasıyla ilgili şüpheli bir takım zararsız bilgileri toplaması için Haiti'ye ve sonra İsviçre'ye göndermek istemesinin pek mümkün olmaması; Bay Pauty'nin en azından Josette Schenk'in bir ev sahibi olup olmadığı bilgisiyile dönmesinin beklendiği Haiti'deki görevin yerine getirilmemesinden sonra Bay Pauty'i anlaşması bulunmadığı bir işi yaptırmak üzere İsviçre'ye göndermesi için bir sebep bulunmaması; sanığın anlatıkları kabul edilecek olsa bile pek önemsiz bilgiler edinilmesi için 10,000 İsviçre Fransı harcamış olması; son olarak, sanığın hiçbir zaman, kendisine haksız yere suçlamada bulunulduğu dair bir şikâyetle bulunmamış olması gibi.

Başvurucu, bu kararı temyiz etmiştir. Başvurucu özellikle kaydın, soruşturma başladıktan sonra ve iddia makamına delil sağlamak amacıyla hukuka aykırı olarak elde edildiğini; ayrıca, yargılamanın doğrudan delilleri arasında yer alan bu kaydın kullanılmasının Ceza Kanununa aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Vaud Kanton Mahkemesi Ceza Temyiz Dairesindeki yargılama: Vaud Kantonu Ceza Temyiz Dairesi, 15 Kasım 1982'de şu gerekçelerle temyizi reddetmiştir:

'Aleyhine başvuru kararı, dava mahkemesinin tartışma konusu kayda kısmen dayandığı açıkça belirtilmiştir. Dahası kaydın, ceza davasının sonucu üzerinde, belki de belirleyici veya en azından önemli bir etkiye sahip olduğundan kuşku yoktur. Tahkik prensibine bağlı olan ceza usulünde yargılamanın amacı, gerçekte ne olduğuna mümkün olduğu kadar yaklaşarak, dava konusu olayları tespit etmek ve sonra bu olaylara hukuku uygulamaktır. Durum bu olunca, hukuka aykırı olarak veya suçla elde edilmiş bütün delilleri, otomatik olarak dosyadan çıkarmak mümkün değildir. Ancak, gerçeği arayış, bazen bundan çok daha önemli ilkeleri göz ardı etme pahasına yürütülmemelidir. Çok az sayıda bulunan içtihatlara göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller, delil toplanmasını amaçlamayan veya toplanmasını önlemeye çalışmayan bazı usul kurallarına aykırılık halinde değil, fakat yalnızca bu tür delillerin mevcut hukuka göre elde edilemeyecek olması halinde kullanılamaz.

İçtihatlarda ortaya konan kriterler, akademik çevrelerce yetersiz bulunmuştur. Her hâlikarda delillerin kabuledilebilirliği söz konusu olduğunda, delilin bir suç vasıtasıyla elde edilmiş olması belirleyici değildir. Walder, genel olarak, elde edilme tarzı nedeniyle, kullanılması önlenilecek kadar çok delil türü bulunmadığını kaydetmektedir (s. 41). Walder, önemli bir hakkın ihlali ile sırf bir usul şartının ihlali arasında ve yargısal yoldan elde edilen delil ile yargı dışı yoldan elde edilen delil arasında bir ayrım yapmaktadır.

Walder'e göre, bazı deliller doğrudan kullanılamaz; fakat dolaylı olarak kullanılmalrı, yani bu delilin sonucunda elde edilen delillerin kullanılmalrı (s. 45) veya en azından hukuka aykırı olarak elde edildikleri göz ardı edilemeden kullanılmalrı mümkündür (s. 47). Walder, söz konusu hukuka aykırılığın, kanuna aykırı olarak elde edilen delilin kullanılmayacak kadar ağır olup olmadığına göre, her bir olayda ayrı ayrı incelenmesi gerektiği sonucuna varmaktadır; bu sadece, tehlikede olan menfaatler ve haklar tartışarak yapılabilir (s. 59). Böylece, bu yazarın görüşüne göre, ağır bir suçun işlenmesiyle ilgili olarak, örneğin telefon görüşmeleri hakkındaki yasa hükümlerinin ihlali suretiyle elde edilen bilginin kullanılması mümkündür (s. 51). Hauser'e göre (Kurzlehrbuch, s. 147), delilin kabul edilebilirliğini engelleyebilecek olan kuralları, korumayı amaçladıkları şeye göre değerlendirmek gerekir. Örneğin, zorla ikrar alınması gibi, gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla bağlantılı riskleri engellemeyi amaçlayan yasakların ihlali suretiyle elde edilen deliller kullanılamaz.

Genel olarak bakıldığında, soruşturma makamlarının zorlama (coercion) veya tehdit (treat) kullanmalarının veya yalan beyanlara veya yanıltıcı sorulara başvurmalarının yasak olduğu kabul edilmektedir. Yukarıda söylenenler, hukuka göre suçluluğu kanıtlanmadıkça bir sanığın mahkûm edilemeyeceğini öngören İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6(2). fıkrası ışığında incelendiğinde, farklı bir sonuca götürmemektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8(2). fıkrasına göre, özel yaşama veya haberleşmeye kamu makamları tarafından yapılan müdahaleye, bu müdahalenin sadece hukuka uygun olarak yapılması ve kamu güvenliği ve suçun veya düzensizliğin önlenmesi gibi menfaatler için demokratik bir toplumda gerekli olması halinde izin verilebilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 6 Eylül 1978 tarihli *Klass ve Diğerleri* kararında mektupların, postanın ve telekomünikasyonun istisnai şartlarda gizli olarak izlenmesine yetki veren kuralların mevcudiyetinin, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, izlemenin işleyeceği sistemin şartlarının belirlenmesinde, yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullandığını kabul etmiştir. Daha önceki bir davada, Bakanlar Komitesi 5 Mayıs 1971 tarihli kararında, özel bir konuşmanın taraflarının ikisi veya biri tarafından bilinmeyen bir teyp kaydının yapılmasının, kural olarak mahremiyete bir müdahale oluşturduğunu, fakat bu kaydın bir mahkeme tarafından delil olarak kullanılmasının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal etmediğini kabul etmiştir (Yearbook 1971, s. 902 vd). Komisyon da aynı görüşü ifade etmiştir (Yearbook 1969, s. 156 vd). İnsan Hakları Avrupa Komisyonu daha yakın bir tarihte, Almanya ile ilgili bir davada, telefon dinlemekle görevli makamların, kendilerine verilen talimatları genellikle tam olarak uygulamamalarının, ne kadar üzüntü verici olsa da, kendiliğinden Sözleşme'yi ve özellikle Sözleşme'nin 8(1). fıkrasını ihlal etmediği sonucuna varmıştır (13 Aralık 1979, Decisions and Reports, no. 18, s. 180). Ayrıca Komisyon'un, ilk olarak, kimliğinin gizli kalmasında meşru menfaati olan kişilerden ihtiyaç duyulan bilginin alınmaması halinde cezalandırılması gereken suçların iddia makamının önüne getirilmesi mümkün değil ise, polis memurlarının bu kişilerden gizli bilgi alabileceğini; ikinci olarak, beyanları mahkemedeki yargılama sırasında yeminle doğrulanmayan bir muhbirin beyanının statüsüne jürinin dikkatinin çekilmiş olması ve sanığın söz konusu olayların meydana gelmediğini reddeden tanıkları mahkemede dinletilmiş olması halinde, muhbirin beyanın dikkate alınabileceğini kabul etmiş olduğu kaydedilmelidir (4 Mayıs 1979, Decisions and Reports, no. 16, 207 vd). Yukarıda anlatılanlardan, İHAS'ı uygulamakla görevli organların, Federal Mahkemenin zikredilen kararlarında benimsemiş olan görüş-ten daha sert bir görüş benimsemedikleri sonucu çıkarılabilir.

Soruşturma makamlarını ilgilendiren ve burada belirtilen ve tartışılan kurallar, özel şahısların hukuka aykırı olarak delil elde etmelerine aynı şekilde uygulanamaz. Soruşturma makamları bakımından kabul edilemez nitelikte olan bazı yöntemler, özel şahıslar ba-

kımından da zorunlu olarak kabul edilemez değildir (Walder, op. cit. s. 42). Akademik yazarlar, örneğin bir tehdit veya şantaj mağdurunun, olaylara ilişkin başka bir şekilde delil elde etmenin güç olması halinde, failin beyanlarını gizlice kaydetmeye zorlanabileceğini kabul etmektedirler (Hauser, Kurzlehrbuch, s. 148; Walder, op. cit., s. 48). Şahsi soruşturma yapanın eylemi konusunda görüşler ayrılmaktadır. Hauser, olayları tahrif etmenin tehlikeleri daha büyük olduğu düşüncesiyle, şahsi soruşturma yapanlar ile resmi soruşturma yapanlar arasında ayırım yapmak için bir sebep bulunmadığını düşünmektedir. (Kurzlehrbuch, s. 148). Ulusal mahkemelerin daha önce verdikleri kararlarda bu sorunun cevabı açık bırakılmıştır.

İsviçre’de polisin, yargıçtan izin almaksızın bir telefon konuşmasını kaydetmesi hukuka aykırıdır. Ancak, ağır bir suç nedeniyle bir soruşturma başlatıldığı takdirde, Ceza Kanununun 179. maddesi gereğince böyle bir izin verilebilir. Tartışma konusu kayıt kendiliğinden İsviçre hukukuna veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin getirdiği kurallara göre yasaklanmış bir delil oluşturmaz. Şikâyet bulunmasa bile, Bay Pauty’nin sanık ile yaptığı telefon konuşmasını özel olarak kaydetmesinin bizzat bir suç oluşturduğu şeklindeki temyizde bulunanın görüşü kabul edilebilir. Öte yandan, ihlal edilen Ceza Kanununun 179. maddesi, bireyin mahremiyetini korumaktadır; bu madde, hata riskini ortadan kaldırmayı amaçlamamaktadır. Ayrıca, Walder’in tavsiye ettiği gibi, menfaatler dengesi ve tehlikede bulunan haklar göz önünde tutulacak olursa, bir kimsenin ağır bir suçunu meydana çıkarırken, izinli dinleme ile izinsiz kaydetme arasındaki farkın, mahremiyetin korunmasına kamunun menfaatinden daha büyük önem atfetmeyi haklı kılmak için yeterli olmadığı kabul edilmelidir.

Temyiz edenin kendini suçlayıcı beyanlarını almak için Bay Pauty tarafından kullanılan yöntem, hiç kuşkusuz iyi niyet kurallarına aykırıdır; çünkü burada, katilin görevini yerine getirdiğine dair gerçek dışı beyanda bulunmak suretiyle, Bay Pauty’nin karşısındaki kişiyi tuzağa düşürmesi söz konusudur. Yetkililerin bir kimseyi suç işlemeye teşvik etmeleri eleştiriye açık olmasına rağmen, bir faili suçunu ikrar etmesi için kandırıcı bir manevrada bulunmaları eleştirilemez (Clerc, ‘Les moeurs de la police et la morale’, in *Varia Juridica* 1982, özellikle, s. 149). Bu nedenle, bir beyan elde etmek için şiddet kullanılması ve hatta düzenbazlık yapılması hukuka aykırı olduğu halde, bir hilenin kullanılmasına izin verilebilir (Clerc, op. cit., s. 146). Örneğin rehinelere yaşamalarının tehlikede bulunduğu zamanlarda, yetkililerin bu tür uygulamalarda bulunmaları yaygındır. Bunun yanında, belirli bir yöntem, bir olayda meşru iken, bir diğer olayda ahlakdışı olabilir (op. cit., s. 151). Buradan çıkan sonuca göre, bu olayda kullanılan araçlar, suçla mücadele bakımından kabul edilebilir sınırlar içinde kalmıştır. Her halükarda, söz konusu hile, sadece tek bir konuda, yani tasarlanmış olan eylemin işlendiği konusunda yapılmıştır. Özetle, itiraz konusu delil, İsviçre hukukuna göre kabuledilebilir nitelikte olup, temyize başvuranın temel haklarını ihlal etmemektedir.

Kayıt Fransa’da yapılmış ve Fransız polisinin eline geçmiş olmasına rağmen, yabancı hukuka göre daha geniş hakların mevcut olup olmadığını incelemek gerekli değildir. Bütün bunların yanında, Fransız Ceza Kanunu da aynı şekilde, yetkili makamların izin vermediği telefon dinlemelerini ve konuşmaların kaydedilmesini cezalandırmakla birlikte, telefon dinlemesine ve konuşmaların kaydedilmesine imkân vermektedir. Dahası, Fransa’da suç işlemeye azmettirmeye teşebbüs bir suç olmamasına rağmen, İsviçre’nin ve Fransa’nın katıldığı 20 Nisan 1959 tarihli Cezai Konularda Karşılıklı Yardıma Dair Avrupa Sözleşmesi’ne göre, İsviçre’nin bu tür bir izlemeyi talep eden yazı çıkarması mümkündür. İsviçre’den farklı olarak Fransa, zorlayıcı bir tedbirin alınmasını gerektiren bir istinabe yazısının infazını, iddia konusu suçun hem talep edilen ülkede ve hem de talep eden ülkede cezalandırılabilir olmasını şarta bağlayacak şekilde çekince koymamıştır. Telefon dinleme, böyle bir tedbire eşdeğer olarak görülmektedir.

Temyiz eden ayrıca, izinli bir dinlemenin, kaydın gerçekliği ve bütünlüğü bakımından gerekli bütün koruyucuları sağlayacağını iddia etmektedir. İzinli bir kayıt, hiç kuşkusuz, özel kayıta yanlış yapma riski göz önünde tutulduğunda, daha ağırlıklı bir delil oluşturmaktadır. Ancak mevcut olayda, kayıt şartları bilinmekte olup, mahkemeye kaseti ve kaydediciyi inceleyen bir bilirkişi raporu sunulmuştur. Ayrıca mahkeme, kayıt ile kaydedilen kasetin polise teslimi arasında ne kadar zaman geçtiğini de bilmektedir. Bu nedenle mahkeme, delilin gerçekliğini göz önünde tutarak, delilin değerini değerlendirebilecek durumdadır. Hile veya bahane kullanılması da, bu şekilde elde edilen beyanlara atfedilen ağırlığı etkileyebilir. Ancak telefon konuşmasının tamamı yazıya çevrildiğinden, dava mahkemesi, bu şekilde bir yapılan bir yargılamanın ışığında, sanığın beyanlarına bağlanabilecek olan ağırlığı değerlendirebilecek durumdadır. İtiraz konusu delil, bu yönden de kabuledilebilir niteliktedir.⁷

Federal Mahkemedeki yargılama: Bay Schenk, Vaud Ceza Temyiz Dairesinin bu kararına karşı Federal Mahkemeye, kamu hukuku başvurusu ile hükümsüzlük beyanı başvurusunda bulunmuştur. Başvurucu esas itibarıyla, kaydın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir; başvurucuya göre Ceza Mahkemesi, bu kaydın kabuledilemez bir delil olduğuna karar vermeliydi; mahkeme böyle karar vermemekle, özellikle haberleşmenin gizliliğini güvence altına alan Anayasanın 36(4). fıkrasını, 27 Şubat 1980 tarihli Ceza Kanununun yürürlüğüyle ilgili Vaud Kanton Yasasının 11. maddesini ve Sözleşme'nin 6(2). fıkrası ile 8. maddesini ihlal etmiştir.

Federal Mahkemenin Ceza Temyiz Dairesi, kamu hukuku başvurusunu, aşağıdaki gerekçelerle 7 Eylül 1983 tarihli kararla reddetmiştir:

‘(a) Tartışma konusu kayıtlarla ilgili olarak, Ceza Kanununun 179. maddesindeki suçun unsurlarının mevcut olduğu kabul edilebilir. Ancak Bay Pauty bu kaydı, adam öldürmeye teşebbüs suçundan soruşturulduğu sırada, kendi beyanlarının doğru olduğunu kanıtlamak için yapmıştır. Ceza Kanununun 179. maddesi gereğince bir şikâyet yapılmış ise, bu konudaki yargılamanın bir cezayla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı belli değildir. Fakat bu sorun cevapsız bırakılabilir. Telefon dinlemeyle ilgili Ceza Kanunu hükümleri ve Ceza Kanununun yürürlüğü hakkındaki Vaud Yasası, hukuka uygun ve hukuka aykırı dinlemeyi tanımlamakta ve hukuka aykırı dinlemenin cezasını belirlemektedir. Bu hükümler, bir telefon dinlemenin, yargılama sırasında delil olarak geçerliliğinin belirlenmesi hakkında bir hüküm içermemektedir.

(b) İsviçre hukukunun, telefon dinlenmesi suretiyle şahsi haklara ve haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesine, sadece yetkili makamlar tarafından karar verilmesi ve bunun bir yargıç tarafından onaylanması halinde izin verdiği doğrudur. Buradan, izinsiz dinlemeyle elde edilen bir delilin, hiçbir koşulda hiçbir zaman delil olarak kullanılamayacağı sonucuna varmak, çok dogmatik bir görüşü benimsemek olacak ve çoğunlukla saçma sonuçlara yol açacaktır. Böyle bir durumda, bir yandan belirli bir kuşkunun teyit edilmesi veya temelsiz bulunmasıyla ilgili devletin menfaatinin, diğer yandan ilgili kişinin şahsi haklarının korunmasındaki menfaatinin dengelemek gerekir. Bu amaçla, konuyla ilgili her türlü olay dikkate alınmalıdır. Federal Almanya’da Anayasa Mahkemesi, aynı sonuca ulaşmıştır. Vergi kaçırma, sahtecilik ve belgeleri tahrif etme suçlarını işlediğinden kuşkulanan bir kimseyle ilgili bir davada mahkeme, özel olarak yapılan bir kayda, olay bakımından ağırlık bağlamamıştır. Ancak mahkeme, ilgili kişinin şahsi menfaatlerine karşı öncelik taşıyan toplumun çok önemli bir menfaatinin tehlikede bulunması halinde, durumun değişik olabileceğini kabul etmiştir. Böylece bu mahkeme, kişiye karşı suçlar, anayasal düzene ve demokratik özgürlüklere ağır saldırılar ve aynı düzende kanunen korunmuş menfaatlere karşı suçlar gibi, ağır suçlar söz konusu olduğunda, üçüncü bir kişi tarafından yapılan ve bir suçlunun belirlenmesine veya yanlış olarak hakkında suç isnadında bulunulmuş bir kimsenin aklanmasına yol açabilecek bir kaydın, zorunlu hal-

lerde, yetkili makamlar tarafından kullanılmasına imkân verilmesinin, anayasaya aykırı olmayacağı sonucuna varmıştır. Mevcut olayda, bir yandan öldürmeye azmettirme suçunu konusunda Bay Schenk aleyhindeki özel kuşkuları teyit etmekte veya temelsizliğini kanıtlamaktaki menfaat ile diğer yandan Bay Schenk'in Bay Pauty ile yaptığı konuşmanın gizliliğinin korunmasındaki menfaatini tartmak gerekir. Adam öldürmeyle ilgili bir suçta gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamusal menfaatin, Bay Schenk'in, mahremiyetiyle alakası olmayan ve fakat münhasıran Bay Pauty'e verdiği görevin tamamlanmasıyla ilgili bulunan bir telefon görüşmesinin gizliliğinin sürdürülmesindeki menfaatine ağır bastığı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır. Bir kimsenin mahremiyetinin korunmasının gerekliliği, bir ceza yargılamasında, çok ağır bir suçla ilgili sağlam kuşkular bulunduğu zaman, böyle bir kaydın delil olarak kabul edilmemesi sonucunu doğuramaz (Rogall, op. cit., 1979, s. 29 vd.). Dahası, İsviçre hukukunun, suça karıştığında kuşkululan bir kimsenin telefonunun dinlenmesine izin verdiği belirtilmelidir. Tabi ki böyle bir dinleme, bir yargıcın vereceği izne bağlıdır; fakat telefon görüşmesinin kaydı, devletin prensip olarak ve bireyin yüksek menfaatlerini korumak için kullanmaktan kaçınacağı türden bir delil değildir. Bu tür deliller, kamu düzeni bakımından mutlak bir şekilde yasaklanmış olan hakiki ilaç verme, zorlama veya işkence ile karşılaştırılmaz. Buna göre, İsviçre'de, Bay Schenk'in kaldığı hastanenin telefon kulübesinden çıkan hat üzerinden yapılan aynı kaydın, hukuki olmasını ve delil olarak kabul edilmesini önleyen yasal bir engel yoktur. Buradan çıkan sonuca göre, İsviçre hukukunda anayasaya aykırılığa varmayan kişisel hakların ihlali, bazı koşullar yerine getirildiğinde Ceza Kanununun 179(2). fıkrasına göre karar verilebildiği takdirde, hafif bir ihlal olarak nitelendirilebilir (ATF [İsviçre Federal Mahkeme Kararları] 96 I 440).

(c) Mevcut olayda, Bay Schenk'in bir kimsenin öldürülmesi kastıyla bir suç bir suçta katıldığından kuvvetli bir şüphe duyulduğundan; yargıç, Bay Schenk'in Bay Pauty ile 26 Haziran 1981 tarihinde yaptığı konuşmanın kaydedilmesine karar verme yetkisine sahip olduğundan; böyle bir kayıt yapan, planlı veya plansız, adam öldürme suçuna teşebbüsten soruşturma altında bulunan Bay Pauty olduğundan; ve söz konusu konuşma mahrem nitelikteki olaylarla ilgili olmadığından, Rolle Ceza Mahkemesi, teyp kaydının delil olarak kabul edilmemesi talebini reddetmeye ve İsviçre anayasasını ihlal etmeden bunu bir delil olarak değerlendirmeye yetkilidir. Bu mahkeme böyle karar vermekle, İHAS'ın 6 ve 8. maddelerini de ihlal etmemiştir.

Bay Schenk 6 Temmuz 1983'te, sağlık sebebiyle, ceza infazının durdurulmasını istemiştir. Federal Mahkeme bu başvuruyu 21 Şubat 1984 tarihinde reddetmiştir. Başvurucu Ağustos 1983'te, cezasını tamamlaması için Chamblon geriatri hastanesine nakledilmiştir. Başvurucuya 5 Aralık 1984'te, Vaud Kantonu Büyük Meclisi tarafından kısmi af tanınmıştır; böylece, özellikle kendisinin sağlık durumu dikkate alınarak, cezasının geri kalan bölümü kaldırılmıştır.

Başvurucu 8 Aralık 1984'te salıverilmiştir. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda adil yargılanma hakkının ve özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası

Bay Schenk ilk olarak, Bay Pauty ile yaptığı telefon konuşmasının kaydedilmesinin ve bir delil olarak kullanılmasının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre söz konusu kayıt, İsviçre polisinin teşvikiyle yapılmıştır. Kaydın yapıl-

masıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesine göre yapılan şikâyetin, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle Komisyon tarafından kabuledilemez bulunduğu doğrudur; fakat yargılamanın adilliğini inceleyebilmek için, yine de, özellikle buradaki gibi belirleyici şartların bulunduğu hallerde, olayları oldukları şekliyle ele almak gerekir. Mahkeme, Komisyon tarafından kabuledilemez bulunan şikâyetin, sadece Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili şikâyet olduğunu kaydeder. Mahkeme'nin bu şikâyeti inceleme yetkisi yoktur; fakat bu durum, bunu ilgili başka bir madde altında, mevcut olayda Sözleşme'nin 6(1). fıkrası altında incelemesini engellemez. Başvurucu, ağır bir suçun söz konusu olduğu olaylarda gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu menfaati ile telefon konuşmasının gizliliğinin korunmasındaki özel menfaat gibi, çatışan menfaatlerin tartılmasının gerekli olduğunu kabul etmiş; fakat bu işlemin, telefonun dinlenmesinden sonra değil, dinlenmesinden önce yapılması gerektiğini ve hiçbir zaman hukuka aykırı olarak yapılmaması gerektiğini savunmuştur.

Hükümet, yetkili makamların, bir mahkeme tarafından daha sonra kullanılacak olan bir delili elde etmek veya hazırlamak için hukuka aykırı vasıtalar kullandıkları olaylar ile daha sonra delili yetkili makamlara veren bir kimsenin hukuka aykırı eyleminin söz konusu olduğu olayları birbirinden ayırmak gerektiğini düşünmüştür. Hükümet, tehlikede olan menfaatlerin tartılması gerektiğini ve ayrıca kaydın tek delil olmadığını belirtmiştir. Hükümet mevcut olayda mahkemelerin verdikleri kararlara göndermede bulunmuştur. Hükümet, söz konusu kaydın hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğuna itiraz etmemiştir. Davayı gören İsviçre mahkemeleri de bunu böyle kabul etmişlerdir.

“45. Sözleşme'nin 19. maddesine göre Mahkeme'nin görevi, Sözleşmeci Devletler tarafından Sözleşme'yle üstlendikleri yükümlülükler uygun davranmalarını sağlamaktır. Ayrıca, Sözleşme tarafından korunan hakları ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, ulusal bir mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları ele almak Mahkeme'ni işi değildir.

46. Sözleşme'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği konusunda her hangi bir kurala yer vermemiştir; delillerin kabuledilebilirliği konusu, öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konudur. O halde Mahkeme, prensip olarak ve soyut bir biçimde, bu türden hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabuledilebilirliğini reddedemez. Mahkeme sadece, Bay Schenk'in yargılanmasının, bir bütün olarak adil olup olmadığı tespit etmek durumundadır.

47. Komisyon gibi Mahkeme de, her şeyden önce savunma tarafının haklarının, görmezlikten gelinmediğini kaydeder. Başvurucu, şikâyet konusu kaydın, yetkili yargıç tarafından emredilmediği için hukuka aykırı olduğunun farkındadır. Başvurucu, kaydın doğruluğuna itiraz etme ve kaydın başlangıçta mahkemede dinlenmesini kabul etmiş olduğu halde, daha sonra kullanılmasına karşı çıkma imkânına sahip olmuş ve bu imkânı kullanmıştır. Başvurucunun bu girişimlerinin başarısızlığı, durumu değiştirmez. Ayrıca Bay Schenk, adli soruşturmanın başında, Bay Pauty'nin sorgulanmasını istemiş ve sorgulanmasını sağlamıştır. Dahası, başvurunun avukatı Rolle Ceza Mahkemesindeki duruşmaya tanık olarak çağrılan Bay Pauty'yi sorgulayabilmiştir. Son olarak Bay Schenk, İsviçre makamlarının talebi üzerine Fransa tarafından infaz edilen istinabe yazısı gereğince yapılan soruşturmada sorumlu ve delil toplamakla yetkili olan müfettiş Messerli'yi, dinlenmesi için davet etmemiştir.

48. Mahkeme ayrıca, telefon görüşme kaydının, mahkûmiyetin dayandığı tek delil olmasına önem vermektedir. Rolle Ceza Mahkemesi, kaydın içeriği konusunda Bay Pauty'yi tanık olarak dinlemek yeterli olacağı için kasetin kabuledilemez bir delil olduğuna karar verilmesi talebini reddetmiştir. Rolle Ceza Mahkemesi ayrıca, Bayan Schenk gibi bizzat

bu mahkeme tarafından davet edilen veya sanığın talebi üzerine çağrılan tanıkları da dinlemiştir. Bu mahkeme, kararının birçok pasajında, kayıttan başka, Bay Schenk'in suçlu olduğu sonucuna varılması konusunda, kaydın dayandığı sebeplerin varlığını doğrulayan delillere de dayandığını özenle belirtmiştir. Bu bağlamda şu pasaj, özel bir önem taşımaktadır: 'Mahkeme bu görüşünü kısmen, 26 Haziran 1981 tarihli telefon görüşmesinin kaydına dayandırmıştır. ... Fakat mahkemenin önünde bundan başka deliller de vardır: sanık tarafından inanılmaz derecede özenle tedbirler alınmış olması; sanığın farkında olduğu ve fakat kanıtlamadığı karısının kusuruna rağmen, kendisine yıllarca tazminat ödemek zorunda kalacak olması ve bunun sanıkta farklı bir değerlendirme yapmaya yol açması; yardımcı konulardaki anlaşmanın, durumu teyit ediyor olması; bir kimsenin, eski Yabancı Lejyon üyesi olduğunu söyleyen ve eğitim, kültür ve ehliyet sahip olmayan bir adamı, boşanma davasıyla ilgili şüpheli bir takım zararsız bilgileri toplaması için Haiti'ye ve sonra İsviçre'ye göndermek istemesinin pek mümkün olmaması; [HR] görevi ile Bay Pauty'nin en azından Josette Schenk'in bir ev sahibi olup olmadığı bilgisiyle dönmesinin beklendiği Haiti'deki görevin yerine getirilmemesinden sonra, Pauty'i, anlaşması bulunmadığı bir iş için İsviçre'ye göndermesi için bir sebep bulunmaması; sanığın anlattıkları kabul edilecek olsa bile, pek önemsiz bilgiler edinilmesi için 10,000 İsviçre Fransı harcaması olması; ve son olarak, sanığın hiçbir zaman, kendisine haksız yere suçlamada bulunduğu dair bir şikâyette bulunmamış olması gibi.' Bu pasajdan da açıkça ortaya çıktığı üzere, Ceza Mahkemesi sonuca varmadan önce, kanıtlayıcı unsurların bileşimini dikkate almıştır.

49. Sonuç olarak, söz konusu kaydın delil olarak kullanılması, başvuruçuyu adil bir yargılamadan yoksun bırakmamış ve bu nedenle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına aykırı düşmemiştir."

B. Sözleşme'nin 6(2). fıkrası

"50. Bay Schenk ayrıca, hukuka aykırı olarak elde edilmiş kaydın kullanılması nedeniyle, kendisinin suçluluğunun 'hukuka göre' kanıtlanmadığını iddia etmiştir. Başvuruçuya göre, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasında güvence altına alınmış masumiyet karinesi ilkesi uygulanmamıştır. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır. Komisyon'a göre bu şikâyet, aslında adil yargılanma kavramına girmektedir. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasına dayanılması, yanlış bir yorumun sonucudur. Komisyon temsilcisi Mahkeme önündeki duruşmada ayrıca, mevcut olayda sanığın, suçluluğu hukuka göre kanıtlanıncaya kadar masum sayılmış olduğunu, çünkü İsviçre mahkemelerinin, bir 'ceza hükmüne' uymama dışında, yargılama-yı bir bütün olarak hukuka uygun olarak yapmış olduklarını belirtmiştir.

51. Mahkeme'ye göre, 9-13 Ağustos 1982 tarihli duruşma tutanakları ile 13 Ağustos 1982 tarihli kararın, Rolle Ceza Mahkemesinin Bay Schenk'i mahkûm etmeden önce, kendisine suçluymuş gibi muamele ettiği gösteren her hangi bir şey içermemektedir. Sadece kasetin dosyaya delil olarak koyulması, başvuruçunun iddiasını desteklemek için yeterli olamaz; bu nedenle, burada da Sözleşme'ye bir aykırılık yoktur."

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

"52. Bay Schenk son olarak, telefon konuşmalarının gizliliğini de içeren özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkının ihlali dolayısıyla mağdur olduğunu iddia etmiştir. Başvuruçusu Sözleşme'nin 8. maddesine dayanmıştır. Başvuruçusu, Komisyon'un sadece, tartışma konusu kaydın yapılmasıyla ilgili şikâyeti kabuledilemez bulunduğunu iddia etmiştir. Bunun sonucu olarak başvuruçusu Mahkeme'den, kasetin delil olarak kullanılmasını Sözleşme'nin 8. maddesine göre incelemesini ve bu maddeye aykırı olduğuna da karar vermesini istemiştir. Başvuruçusu şu faktörleri ileri sürmüştür: kasetin polise verilmesi ve polis tarafından kullanılması; kasetin soruşturma yargıcına teslim edilmesi ve yargıç tara-

findan dinlenmesi; dosyanın Başsavcılığa ve sonra da Ceza Mahkemesine gönderilmesi; dosyanın postayla avukatlara gönderilmesi; yazı işlerinde çalışanlar gibi, birçok kimsenin bunu görebilme imkânı; kasetin Rolle Ceza Mahkemesi dosyasına girmesi ve duruşmada dinlenilmesi. Hükümet, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanan şikâyetlerle ilgili tartışmayı kapanmış olarak kabul etmiş ve Komisyon raporuna dayanmıştır.

53. Mahkeme, Komisyon'un 6 Mart 1986 tarihli kararında, sadece 'tartışma konusu kaydın yapılmasıyla ilgili şikâyeti', iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle, kabuledilemez bulmuştur. Durum böyle olunca, Mahkeme'nin kaydın kullanılması sorununu incelemesini engelleyen bir şey yoktur. Ancak, mevcut olayda bu gerekli değildir; çünkü bu mesele, daha önce 6. madde bakımından, kasetin adli soruşturma ve yargılama sırasında kullanılması sorunu içinde ele alınmıştır."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dörde karşı on üç oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
3. İkiye karşı on beş oyla, olayın Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

12.05.2000 35394/97 KHAN - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - dinleme cihazıyla kaydedilen itirafları kullanma* (başvurucunun dinleme cihazı yerleştirilmiş olan arkadaşının evinde uyuşturucu suçuna karıştığı yönündeki konuşmalarının kayda alınması ve sadece bu delile dayanılarak mahkûm edilmesi), *eve yerleştirilen dinleme cihazıyla dinleme* (eve dinleme cihazı yerleştirmenin dayanağı bir mevzuat bulunmaması ve sadece Bakanlığın genelgesine dayanması), *etkili hukuk yolu* (ceza davasını gören ulusal mahkemelerin başvurusunun özel yaşamına müdahalenin 'hukuken öngörülmuş bir müdahale' olmadığı şeklindeki Sözleşme bakımından yaptığı şikâyeti ele alamaları ve Polis Şikâyetleri Kurulunun da bağımsız olmaması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - özel yaşama saygı hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay Sultan Khan, bir Birleşik Krallık vatandaşıdır.

Başvurucu 17 Eylül 1992'de Pakistan'dan uçakla Mahchester Havaalanına gelmiştir. Aynı uçakta yeğeni N. de vardır. Gümrük görevlileri her ikisini de durmuşlardır. N.'nin yanında piyasa değeri 100,000 Sterlin olan eroin bulunmuştur. Bay N.'nin ifadesi alınmış, gözaltında tutulmuş ve tutuklanmıştır. Başvurucu da ise uyuşturucu bulunmamıştır. Başvurucu verdiği ifadede suçu kabul etmemiştir. Başvurucu salıverilmiştir.

Başvurucu 26 Ocak 1993'te Sheffield'daki arkadaşı B.'yi ziyarete gitmiştir. Bay B.'nin eroin satma nedeniyle hakkında soruşturma açılmış durumdadır. Polis daha önce, yani 12 Ocak 1993'te, B.'nin uyuşturucu işine karıştığı konusunda geleneksel yöntemlerle kanıt toplamanın pek mümkün olmadığını düşünmüş ve B.'nin evine dinleme cihazı yerleştirmiştir. Başvurucunun B.'nin evine gelmesi beklenmiş veya öngörülmuş değildir. B. veya başvuru da polis tarafından eve dinleme cihazı yerleştirildiğinin farkında değildirler. Polis, bu dinleme cihazı vasıtasıyla, başvurusunun 17 Eylül 1992 günü yeğeni N. ile birlikte yurda uyuşturucu soktuklarını kabul eden bir konuşmasını kaydetmiştir. Başvurucu 11 Şubat 1993 günü gözaltına alınmış, fakat yine ifadesinde suçu kabul etmemiştir. Daha

sonra başvuru ve N. aleyhinde, Gümrük Kanununun ve Uyuşturucu Kanununun ilgili hükümlerindeki suçlu işledikleri gerekçesiyle dava açılmıştır.

Dava mahkemesi önündeki yargılama Aralık 1993'te başlamıştır. Başvuru 'suçlu olmadığımı' söylemiştir. Başvuru Sheffield'daki adrese gittiğini ve kaydedilen sesin kendi sesi olduğunu kabul etmiştir. İddia makamı da eve dinleme cihazı yerleştirmenin medeni hukuk anlamında kişilik haklarını tecavüz olduğunu, bir ölçüde mülkiyete zarar verdiğini kabul etmiştir. Bunun üzerine dava mahkemesi yargıcı, telefon görüşme kaydının delil olarak kabuledilebilirliği konusunda jürinin yokluğunda bir ön duruşma (voir dire) yapmıştır. İddia makamı, bu delilin olmaması halinde başvuru aleyhine dava da açılmayacağını kabul etmiştir. Dava mahkemesi yargıcı, bu delilin kabuledilebilir olduğuna karar vermiştir. İddianamenin yeniden düzenlenmesinin ardından, başvuru yurda eroin sokma yasağını bilerek ihlal etmekten suçlu olduğunu kabul etmiş ve 14 Mart 1994'te 3 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

Başvuru, söz konusu delilin aslında kabul edilmemiş olması gerektiği gerekçesiyle Üst Mahkemeye başvurmuştur. Üst Mahkeme 27 Mayıs 1994'te başvurunun mahkûmiyet hükmüyle ilgili üst başvurusu reddetmiş, ayrıca polisin malikinin veya oturan kişinin bilgisi dışında özel bir eve yerleştirdiği dinleme cihazıyla kaydedilen konuşma kayıtlarının, bir ceza davasında sanığa karşı delil oluşturabileceğine karar vermiştir.

Başvurunun mahkûmiyet kararına karşı Temyiz Mahkemesine yaptığı başvuru 2 Temmuz 1996 tarihinde reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi önünde birbirinden ayrı iki sorun bulunduğunu tespit etmiştir. Birincisi, konuşma kayıtlarının delil olarak kabuledilebilir olup olmadığıdır; ikincisi, eğer kabuledilebilir ise, dava mahkemesi yargıcının yine de bu delili common law veya 1984 tarihli Polis ve Suç Delilleri Yasasının 78. maddesinde kendisine verilen takdir yetkisi çerçevesinde delil olarak kullanmama kararı vermesi gerekip gerekmediğidir. Temyiz Mahkemesi birinci sorunla ilgili olarak, İngiliz hukukunda mahremiyet hakkı (right to privacy) bulunmadığını, böyle bir hak bulursa bile, common law'daki hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabuledilebilir olduğuna dair kuralın, kişinin mahremiyetine tecavüz eden dinleme cihazları kullanılmak suretiyle elde edilen deliller için de uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi ikinci mesele ile ilgili olarak, bir delilin Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş olmasının, 1984 tarihli Kanunun 78. maddesi çerçevesinde yargıcın bu delili kabul etme veya çıkarma konusundaki takdir yetkisiyle ilgili olduğunu fakat belirleyici olmadığını söylemiştir. Temyiz Mahkemesine göre yargıç bu takdir yetkisini, delilin kabul edilmesinin yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceğine göre kullanmak durumundadır; Sözleşme'nin 8. maddesindeki mahremiyet hakkına aykırı olarak elde edilen delilin ceza davasında kullanılması, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirecek demek değildir. Temyiz Mahkemesine göre mevcut olayda dava yargıcının, delilin elde edildiği koşullar Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık oluştursa bile, bu koşulların delilin kullanılmasını gerektirmeyeceğine karar vermesi yerindedir. Temyiz Mahkemesi ayrıca, dinleme cihazlarının polis tarafından kullanılmasını düzenleyen yasal bir sistem bulunmadığını, böyle bir yasal sistemin yokluğunda 1985 yılından bu yana polis ve bazı kuruluşlar tarafından dinleme cihazlarının kullanılmasının ve 1989 yılından beri bu cihazların Güvenlik Güçleri tarafından kullanılabilmesine dair bazı alt düzenlemeler yapılmasının şartıtcı olduğunu belirtmiştir.

Başvuru 11 Ağustos 1994'te cezaevinden tahliye edilmiş, 12 Mayıs 1995 tarihine kadar denetimli serbestlik altında kalmıştır.

İç hukuk: Polisin dinleme işlemleriyle ilgili olarak İçişleri Bakanlığının 1984 tarihli genelgesine (guidelines) göre, bu tür cihazların kullanılmasına ancak Emniyet Müdürleri veya yardımcıları emir verebilir; her bir olayda emri veren yetkili şu kriterlerin bulunup

bulunmadığına bakar: (a) soruşturmanın ağır bir suçla ilgili olması; (b) normal soruşturma yöntemlerinin denenmiş ve başarısız kalmış olması veya işin niteliği gereği denenmesi halinde başarısız kalacak olması; (c) cihazın kullanılmasının tutuklamaya ve mahkûmiyete veya terör eylemlerinin engellenmesine yol açacak olması; (d) cihazların kullanılmasının mümkün olması. Yetkili ayrıca, mahremiyete tecavüzün suçun ağırlığı ile orantılı olup olmadığına bakar. Polis ve Suç Delilleri Yasasının 78(1). fıkrası şöyledir: ‘Her hangi bir davada bir mahkeme, iddia makamının sunduğu bir delili, delilin elde edildiği koşullar dâhil olayın bütün şartları göz önünde tuttuğunda, delilin kabul edilmesinin muhakemenin adilliği üzerinde olumsuz etkide bulunabileceğini değerlendirmesi halinde, bu delili kabul etmeyebilir.’ 1997 tarihli bir Yasayla, polisin dinleme işlemleri düzenlenmiştir.

Başvurucu 1 Ocak 1997 tarihinden İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yaptığı başvuruda, özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlali iddiası

[22–28]: Gizli dinlemenin başvurusunun Sözleşme’nin 8. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğu konusunda bir kuşku yoktur. Olayların geçtiği tarihte iç hukukta gizli dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili yasal bir düzenleme yoktur. İçişleri Bakanlığının bu konudaki yönergesi, hukuken bağlayıcı olmadığı gibi, kamu tarafından ulaşılabilir de değildir. Dolayısıyla gizli dinlemeyi düzenleyen bir iç hukuk mevcut değildir. Bu gerekçeyle 8. madde ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlali iddiası

[29–33]: Başvurucu Sözleşme’nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen materyalin davada tek delil olarak kullanıldığını, bu durumun Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki ‘adil muhakeme’ şartıyla bağdaşmadığını ve bu nedenle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu Sözleşme’nin 6. maddesinin, 8. maddeye aykırı olarak elde edilen delilin otomatik olarak kullanılmasını gerektirdiğini ileri sürmemiş, fakat Sözleşme’deki bir hakkın ihlali suretiyle elde edilmiş olması halinde, ulusal mahkeme tarafından şu üç koşulun yerine getirilmiş olup olmadığına bakılması gerektiğini söylemiştir: i) yargılama sırasında başvurusunun delilin kabuledilebilirliğine itiraz edebileceği etkili bir usul bulunmalıdır; ii) dava mahkemesi ihlalin niteliğini dikkate almış olmalıdır; ve iii) mahkûmiyet sadece Sözleşme’deki bir hakkın ihlali suretiyle elde edilen delile dayanmamalıdır.

Başvurucu, olayda Temyiz Mahkemesinin Sözleşme’nin 8. maddesine aykırılığın delili kullanılmaya sebep oluşturmayacağını ima ettiği göz önünde tutulduğunda, 1984 tarihli Polis ve Suç Delilleri Yasasının 78. maddesindeki usulün delilin kullanılmamasına yol açmayacağını söylemiştir. Başvurucuya göre, Sözleşme’nin 8. maddesine aykırı bir delilin kullanılmasına karşı çıkabileceği etkili bir usulün bulunmaması, Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal eder. Başvurucu ayrıca, dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili yasal çerçevenin bulunmaması nedeniyle bu aykırılığın Sözleşme’deki temel bir hakkı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu son olarak, bir mahkûmiyetin sadece kanun adamlarının yasadışı eylemleri sonucu elde edilmiş bir delile dayandırılmasının hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, gerçekten de isnat edilen suçtan suçlu veya suçluluğunu kabul etmiş biri olsa bile, yine de adil muhakeme hakkının ihlalinden mağdur olduğunu iddia edebileceğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre mevcut olayda dava mahkemesi delili kabuledilebilir görmeyip kullanmamış olsaydı, muhakeme devam etmeyecekti.

Hükümet mevcut davanın *Schenk – İsviçre* davasına benzediğini ve başvuruçunun ön duruşmada dinleme kaydının kullanılmasına itiraz etme imkânı bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, dava mahkemesinin başvuruçunun argümanlarına rağmen telefon konuşma kayıtlarını kullanılabilir bulunduğunu ve böylece delil olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Hükümet *Schenk* davasından farklı olarak, bu olayda dinleme kayıtlarının başvuruçunun aleyhindeki tek delil olduğunu kabul etmiş, ancak bir kimsenin ağır bir suçta karıştığına dair güçlü bir delil bulunması halinde ve sanık delile itiraz etme imkânı bulmuş ise, bu delilin kabul edilmesinde bir kamu yararı bulunduğunu savunmuştur.

“34. Mahkeme, Sözleşme’nin 19. maddesine göre kendi görevinin, Sözleşmeciler Tarafından bu Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak olduğunu hatırlatır. Ayrıca, Sözleşme ile korunan hakları ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hataları ele almak Mahkeme’nin işi değildir. Sözleşme’nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği ile ilgili bir kurala yer vermemiştir; dolayısıyla delillerin kabuledilebilirliği konusu öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konudur (*Schenk*, §45-46; ve *Teixeira de Castro*, §34). Mahkeme’nin rolü, kural olarak, belirli türde bir delilin, örneğin hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delilin kabuledilebilir olup olmadığını veya başvuruçunun suçlu olup olmadığını karara bağlamak değildir. Burada cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dâhil, bir bütün olarak muhakemenin adil olup olmadığıdır. Bu, tabii ki söz konusu ‘hukuka aykırılığı’ ve Sözleşme’deki başka bir hakkın ihlaliyle ilgiliyse bu ihlalin niteliğini de incelemeyi de içerir.

35. Mahkeme, yukarıda geçen *Schenk* davasında başvuruçunun, başka şeylerin yanında, P. ile telefon görüşmesinin kaydedilmesinin İsviçre hukukuna aykırı olduğundan ve bu kaydın, aleyhindeki davada delil olarak kullanılmasının Sözleşme’nin 6(1). fıkrasını ihlal ettiğinden şikâyetçi olduğunu hatırlatır. Mahkeme o davada verdiği kararda, söz konusu kaydın İsviçre hukukuna aykırı olarak elde edildiği konusunda tartışma bulunmadığını ve bu durumu İsviçre mahkemeleri tarafından da kabul edildiğini kaydeder. Mahkeme, ‘prensip olarak ve soyut bir biçimde, bu türden hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabuledilebilirliğini reddedemeyeceğini’ (parag. 46), sadece başvuruçunun yargılanmasının bir bütün olarak adil olup olmadığı tespit etmek durumunda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, başvuruçuya ilk olarak kayıtların gerçekliğine itiraz etme imkânı verildiğini ve sonra P.’yi sorgulama ve kayıtların yapılabilmesini teşvikten sorumlu tutulan polis müfettişini davet etme fırsatı verildiğini kaydederek, sanık haklarının göz ardı edilmediğini kaydetmiştir. Mahkeme daha sonra ‘telefon görüşme kaydının mahkûmiyetin dayandığı tek delil olmamasına önem vermiştir’ (parag. 48).

36. Mahkeme ilk olarak, *Schenk* davasından farklı olarak mevcut davada dinleme cihazının yerleştirilmesinin ve başvuruçunun konuşmalarının kaydedilmesinin ulusal ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olmadığını kaydeder. Ayrıca Yargıç Nolan, İngiliz hukukunda mahremiyet ihlalinin genel olarak hukuka aykırı bir şey olmadığını gözlemlemiştir. Dahası, yine kaydedildiği gibi, polisin dinleme cihazını yerleştirirken İçişleri Bakanlığının Genelgesine uygun davrandığı söylenmiştir. Buna ek olarak Temyiz Mahkemesi, başvuruçunun B. ile konuşması sırasında iradi olarak itirafta bulunduğunu, herhangi bir hile yapılmadığını ve başvuruçunun bu tür itiraflarda bulunması için kendisinin teşvik edilmediğini tespit etmiştir. Mevcut olayda ‘hukuka aykırılık’ şikâyeti sadece, başvuruçunun özel yaşamına saygı hakkına müdahale için bir yasal dayanak bulunmamasıyla ve böylece bu müdahalenin Sözleşme’nin 8(2). fıkrası anlamında ‘hukukun öngördüğü’ bir müdahale olmamasıyla ilgilidir.

37. Mahkeme daha sonra, mevcut olayda itiraz konusu materyalin aslında başvuruçunun aleyhindeki tek delil olduğunu ve yargıcın hükmünü sadece bu delilin kabuledilebilir olduğu

düşüncesi üzerine inşa ettiğini kaydeder. Fakat tartışma konusu delilden başka bir delil bulunup bulunmadığı meselesi olayın içinde bulunduğu şartlara bağlıdır. Bant kaydının çok güçlü bir delil olarak kabul edildiği ve kaydın güvenilirliğine ilişkin bir riskin bulunmadığı mevcut olayda, destekleyici delillere duyulan ihtiyaç daha zayıftır. Mahkeme'nin *Schenk* kararında söz konusu bant kaydının başvuru aleyhindeki tek delil olmadığına önem verdiği doğrudur. Ancak Mahkeme bu noktada, *Schenk* davasındaki bant kaydının tek delil olmamakla birlikte, Vaud Kantonu Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi tarafından 'ceza davasının sonucu üzerinde belki de belirleyici veya en azından önemli bir etkiye sahip' görüldüğünü (parag. 28) kaydeder.

38. Mevcut davadaki asıl mesele, muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığıdır. Tartışma konusu bant kaydının delil olarak kabul edilmiş olduğunu vurgulayan Mahkeme, *Schenk* davasında olduğu gibi, başvurunun hem bu kaydın gerçekliğine ve hem de kullanılması karşı rahatlıkla itirazda bulunabildiğini kaydeder. Başvurucu ön duruşmada ve daha sonra Üst Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi önünde bant kaydının gerçekliğine itiraz etmemiş, fakat bu kaydın kullanılmasına itiraz etmiştir. Mahkeme, her düzeydeki ulusal mahkeme tarafından Polis ve Suç Delileri Kanununun 78. maddesine dayanılarak delilin kabul edilmesinin yargılamanın adilliği üzerindeki etkisinin değerlendirildiğini ve mahkemelerin başka şeylerin yanında, dinlemenin yasada temelinin yer almamasını tartıştıklarını kaydeder. Başvurucunun bu aşamalarda olumsuz sonuç edinmiş olması durumu değiştirmez (parag. 47).

39. Mahkeme, eğer ulusal mahkemeler tarafından bu delilin kabulünün esaslı bir adaletsizliğe yol açtığını düşünmüş olsalardı, Polis ve Suç Delileri Kanununun 78. maddesi gereğince delili kullanmamayı takdir edeceklerini belirtmektedir.

40. Bu koşullarda Mahkeme, gizli olarak kaydedilmiş materyalin başvurunun yargılanmasında kullanılmış olmasının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adillik şartıyla çelişmediği sonucuna varmaktadır.”

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

[41–43]: Başvurucu ayrıca, ulusal mahkemelerin delilin Sözleşme'ye aykırı olarak elde edilmiş olmasını dikkate almış oldukları gerekçesiyle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu iç hukuka göre Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılığın, bu şekilde elde edilen delil davada kullanılan tek delil olsa bile, Polis ve Suç Delilleri Kanununun 78. maddesinin bu delilin kullanılmamasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla 78. madde, Sözleşme'nin 13. maddesinin aradığı şekilde pratik ve etkili bir hukuk yolu değildir. Hükümetin Polis Şikâyetleri Kurulunun ikinci bir hukuk yolu oluşturduğu savunmasına karşılık, başvuru İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun *Govell* davasında Sözleşme'nin 13. maddesine aykırılık bulunduğunu belirterek, Mahkeme'nin de bu davada aynı sonuca varması gerektiğini ileri sürmüştür.

“**44.** Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin, Sözleşme'deki haklar ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, Sözleşme'deki hakların öz itibarıyla uygulanabilmeleri için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun varlığını güvence altına aldığı hatırlatır. Böylece bu madde, Sözleşme'nin iç hukuka içselleştirilmesini gerektirmeksizin, yetkili ulusal makâmın hem söz konusu Sözleşme şikâyetinin esasının ele alınmasını hem de bir giderim sağlanmasını gerektirmektedir (*Smith ve Grady*, §135). Mevcut olayda başvurunun Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiaları konusunda etkili bir hukuk yoluna sahip olmadığı iddiası şeklinde ele alınmalıdır. Mahkeme ilk olarak, ceza davasını gören mahkemelerin bir hukuk yolu sağlayamadıklarını, çünkü delili kabul etmenin ceza davasının adilliği üzerindeki etkisini inceleyebildikleri halde, başvurunun özel yaşamına müdahalenin ‘hukuken ön-

görülmüş bir müdahale' olmadığı şeklindeki Sözleşme bakımından yaptığı şikâyeti ele almadıklarını, tabi ki bu şikâyetle ilgili bir giderim de sağlayamadıklarını kaydeder.

45. Mahkeme, açık olan diğer hukuk yollarıyla ilgili olarak, yine Komisyon'un *Govell* davasında olduğu gibi, sadece ölüme veya ağır yaralamaya veya Bakanlığın belirlediği türdeki şikâyetlerin Polis Şikâyetleri Kuruluna gönderildiğini kaydeder. Diğer durumlarda Emniyet Müdürü, olay hakkında karar vermek için kendisinin yetkili olup olmadığına yine kendisi karar verecektir. Emniyet Müdürü, kendisinin yetkili olduğu sonucuna varacak olursa, standart usul gereği, soruşturma yapması için kendi kuvvetlerine mensubu bir kişiyi görevlendirecektir. Polis Şikâyetleri Kurulu bir şikâyetin Polis ve Suç Delilleri Kanununun 78. maddesine göre incelenmesi için Emniyet Müdürüne gönderilmesini isteyebilir, ancak Polis Şikâyetleri Kurulunun, Emniyet Müdürü tarafından kendisinin yetkili olup olmadığına karar verirken karar verme usulünü ne ölçüde denetlediği belirsizdir.

46. Mahkeme ayrıca, Polis Şikâyetleri Kurulu üyelerinin atanmaları, ücretlerinin tayini ve bazı hallerde üyelerin görevden alınmaları konusunda Bakanın önemli bir rol oynadığını kaydeder. Mahkeme özellikle, Kanunun 105(4). maddesi gereğince Polis Şikâyetleri Kurulunun, Bakanlığın disiplin cezası verilmesi veya verilmemesi ve ceza davası açılması konusunda yönlendirmesini dikkate almak durumunda olduğunu gözlemlemektedir.

47. Buna göre Mahkeme, şikâyetleri soruşturma sisteminin yetkinin kötüye kullanılmasına karşı yeterli bir koruma oluşturması için gerekli bağımsızlık standartlarını taşımadığı ve böylece Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından etkili bir hukuk yolu sağlamadığı sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmiştir."

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme ihlal hükümlerinin, başvurunun uğramış olabileceği manevi zararlar için yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna ve ücretler ve masraflar için 11,500 Euro ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlaline;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

01.06.2010 22978/05 GAFGEN - ALMANYA

◆ *gözümlüde işkençe tehdidi* (kız arkadaşının kardeşini ortadan kaldırıp fidye isteyen genç gözümlüde alıp çocuğun yerini öğrenmek amacıyla ağır işkençeyle tehdit etmek) *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - işkençe tehdidiyle alınan ikrar sonucu elde edilen maddi deli kullanma* (başvurucunun soruşturma sırasında ikrarları üzerine öldürdüğü çocuğun cesedinin ve başka bazı maddi delillerin bulunması ve daha sonra duruşmada verdiği ifade suçlu ikrar etmesi ancak önceki ikrarları delil olarak kullanılmadan mahkûm edilmesi) ■ işkençe ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - susma ve kendini suçlandırmama

DAVANIN ESASI

Başvurucu Magnus Gafgen 1975 doğumlu bir Alman vatandaşı olup halen Almanya'nın Schwalmstadt cezaevinde hükümlüdür.

J.'nin kaçırılması ve polis soruşturması: Frankfurt'ta tanınmış bir bankacı ailenin en küçük oğlu olan J., o tarihte hukuk öğrencisi olan başvuruçuyu, ablasının arkadaşı olarak tanımaktadır. Başvuruçu 27 Eylül 2002'de J.'yi ablasının ceketini unuttuğunu söyleyerek kandırması ve kendi evine götürmüştür. Daha sonra başvuruçu J.'yi boğarak öldürmüştür. Başvuruçu, J.'nin anne babasının evine fidye isteyen bir not bırakmış ve J.'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca, çocuğu kaçırılanların bir milyon Euro'yu aldıktan ve ülkeden ayrıldıktan sonra, ailenin çocuğu yeniden görebilecekleri yazılmıştır. Başvuruçu daha sonra J.'nin cesedini arabayla Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıktaki Birstein yakınlarında bulunan bir gölete götürmüş ve cesedini burada bırakmıştır. Başvuruçu 30 Eylül 2002 gecesi 01:00 sularında fidyeyi tramvay istasyonundan almıştır. Bu andan itibaren polis başvuruçuyu izlemiştir. Başvuruçu paranın bir kısmını bankaya yatırmış ve bir kısmını da evde gizlemiştir. Aynı gün öğleden sonra Frankfurt havaalanında polis tarafından yüzükoyun yere yapıştırılarak yakalanmıştır. Başvuruçu çarpma ve bereler nedeniyle havaalanındaki bir doktor tarafından muayene edildikten sonra Frankfurt Emniyet Müdürlüğüne götürülmüştür. Polis M. başvuruçuya çocuk kaçırma suçu işlediğinden şüphelenildiği için gözaltına alındığını söylemiş ve bir şüpheli olarak susma hakkı ve bir avukatla görüşme hakkı bulunduğunu hatırlatılmıştır. Daha sonra polis M., küçük J.'nin yerini tespit edebilmek amacıyla başvuruçuyu sorgulamıştır. Bu arada başvuruçunun dairesinde yapılan aramada, fideden elde edilen paranın yarısı ile suçun planlanmasına ilişkin bir not bulunmuştur. Başvuruçu çocuğun başka bir kişi tarafından kaçırıldığını ima etmiştir. Başvuruçunun talebi üzerine saat 23:30'da avukat Z. ile yarım saat görüşmesine izin verilmiştir. Daha sonra başvuruçu, F.R. ve M.R. adlı iki kişinin çocuğu kaçırdıklarını ve gölün kenarında bir kulübede sakladıklarını söylemiştir. 1 Ekim 2002 sabahı henüz polis M. göreve gelmeden önce, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı Bay Daschner (D), bir başka polis Ennigkeit'e (E), kaçırılan çocuğun yerini söylemesi için başvuruçuya ağır acı verecek bir muamele ile tehdit etme ve gerekiyorsa böyle bir muamelede bulunma talimatı vermiştir. Bunun üzerine polis E., başvuruçuya eğer çocuğun nerede olduğunu söylemezse, özel olarak eğitilmiş bir kişi tarafından kendisine iz bırakmadan dayanılmayacak kadar ağır acı verecek bir muamelede bulunulacağı söylemiş, bu özel eğitilmiş kişinin helikopterle gelmekte olduğu izlenimi vermek için helikopter sesi dinletilmiştir. Başvuruçunun anlatımına göre bu polis ayrıca kendisini dev gibi iki zenci ile aynı hücreye kapatmak ve kendisine cinsel saldırıda bulunmakla tehdit etmiştir. Hükümet başvuruçunun cinsel saldırıya tabi tutulacağı tehdidinde bulunulduğu ve sorgulama sırasında bir fiziksel saldırıda bulunulduğu iddialarını reddetmiştir. Tehdit edildiği muamelelere tabi tutulmaktan korkan başvuruçu, 10 dakika kadar sonra J.'nin cesedinin yerini söylemiştir. Daha sonra başvuruçu, polis M.'yi ve birkaç polisi J.'nin bulunduğu yere götürmüştür. Başvuruçu, polis E. ile birlikte gitmeyi reddetmiştir. Başvuruçu cesedin tam bulunduğu yeri göstermiş ve bu olay polis tarafından videoya kaydedilmiştir. Kriminal inceleme sonucu polis olay yerinde başvuruçunun arabasının lastik izlerini tespit etmiştir. Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra polis M.'nin yaptığı sorgu sırasında başvuruçu J.'yi kaçırdığını ve öldürdüğünü ikrar etmiştir. Başvuruçu daha sonra polise J.'nin okul kitaplarının, bir sırt çantasının ve şantaj mektubunu yazmak için kullandığı daktilonun bulunduğu konteynırın yerlerini göstermiştir. 2 Ekim 2002'de J.'nin cesedinde yapılan otopsi, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ortaya çıkarmıştır. Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra başvuruçunun annesi tarafından tutulmuş olup sabah geldiğinde görüştürülmeyen avukat En. ile görüşmesine bu kez izin verilmiştir. 1 Ekim 2002 tarihinde polis tarafından düzenlenen bir rapora göre Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D., o sabah J. eğer hayatta ise yiyeceği bulunmadığı ve havanın soğuk olması nedeniyle yaşamının tehlikede olduğuna inandığını; çocuğun yaşamını korumak için polis E.'ye iz bırakmayacak şekilde başvuruçuya ağır acı verileceği tehdidinde bulunulması talimatı verdiğini; bu muamelenin tıbbi gözetim altın-

da yapılacağını; bir başka polise başvuruca verilmek üzere ‘gerçeği söyletme serumu’ bulması için talimat verdiğini söylemiştir. Bu rapora göre, başvuruya yönelik tehdidin amacı kaçırma olayıyla ilgili ceza soruşturmasını derinleştirmek değil, sadece çocuğun yaşamını korumak olduğu belirtilmiştir; acı vermekle tehdit edilen başvuruca daha sonra J.’nin cesedinin bulunduğu yeri söylediğinden, başka bir işlem yapılmadığı ifade edilmiştir. 4 Ekim 2002 tarihinde polis hekimi tarafından verilen raporda, başvurucaun sol kürek kemiğinin altında 7x5 boyutlarında bir kan oturması, bereler ve sol kolunda ve dizinde kabuk bağlamış yaralar tespit edilmiştir. 7 Ekim 2002 tarihli raporda da, 2 Ekim 2002 tarihli muayeneye dayanılarak benzer yara berelerden söz edilmiş, bu yaraların birkaç gün önce meydana gelmiş olabileceğini belirtilmiş, ancak yaraların sebebinin kesin olarak belirlenemediği söylenmiştir. Başvuruca 4 Ekim 2002’de polise, 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde savcıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir. Başvurucaun 1 Ekim 2002’de kötü muamele tehdidi nedeniyle Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.’yi ve polis E.’yi savcılığa şikâyet etmesi üzerine Frankfurt savcısı bir bu kişiler hakkında bir cezai soruşturma başlatmıştır.

Başvuruca aleyhindeki ceza davası: Duruşmanın ilk günü olan 9 Nisan 2003 tarihinde, avukatla temsil edilmekte olan başvuruca, ikrarda bulunmadan önce polis E. tarafından ağır acı vermekle ve cinsel saldırıda bulunmakla tehdit edildiğini, bunun da Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine ve Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olduğunu belirterek, aleyhindeki davaya devam edilmemesi/iddianamenin iadesi (discontinuation of the proceedings) gerektiğini savunmuştur. Başvuruca alternatif olarak, 1 Ekim 2002 tarihindeki şiddet tehdidinin etkileri sürdüğü sırada soruşturma makamlarına verdiği ifadelere ceza davasında dayanılmayacağına dair bir karar verilmesini istemiştir. Başvuruca ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi ihlal edilmesi sebebi ile çocuğun cesedi gibi bulguların (items of evidence) ceza davasında kullanılmasının -bu deliller ikrar alındıktan sonra soruşturma makamları tarafından öğrenildiği için ‘zehirli ağacın meyvesi’ (fruits of poisonous tree) olduğu iddiası ile- yasak olduğunu belirtmiştir. Frankfurt Ceza Mahkemesi ilk olarak, 9 Nisan 2003’te başvurucaun ceza davasına devam edilmemesi talebini reddetmiştir. Ceza Mahkemesi cinsel saldırı tehdidi dışında, başvurucaya yönelik tehditlerin kanıtlandığını belirtmiş; başvurucaya acı verme tehdidinin Ceza Muhakemesi Kanununun 136a, ayrıca Anayasanın 1. ve 104(1). maddeleri ile Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Ancak Ceza Mahkemesi, başvurucaun anayasal haklarına aykırılık bulunmasına rağmen, bunun ceza davasının görülmesini engellemediğini söylemiştir. Ceza Mahkemesine göre, söz konusu sorgulama yönteminin kullanılması, kanunen yasaklanmış olmasına rağmen, ceza davasının görülmesini engelleyecek kadar savunma haklarını kısıtlamamıştır. Bir yandan başvurucaya isnat edilen suçların ağırlığı ve öte yandan soruşturma sırasında hukuka aykırı eylemin ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ceza davasına devam edilmesini engelleyecek kadar hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ceza Mahkemesi başvurucaun ikinci talebiyle ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3) fıkrasına göre, başvurucaun poliste, savcılıkta ve sorgu yargıcı önünde verdiği bütün ikrarlarının ve ifadelerinin ceza davasında delil olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü bunların yasaklanmış sorgu yöntemleriyle elde edildiklerini tespit etmiştir. Bu delil dışlama (exclusion of evidence) işlemi, sadece yasadışı tehditten hemen sonra verilen ifadeleri değil, ama ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin ihlalinin sonuçları devam ettiği sürece, o günden itibaren soruşturma makamlarına verilen bütün diğer ifadeleri de kapsar. Ceza Mahkemesine göre yasak yöntemlerin kullanılması suretiyle sebep olunan usulsüzlük, ancak başvurucaun daha sonra ifade vermesi sırasında, acıya tabi tutma tehdidinin bir sonucu olarak verdiği önceki ifadelerinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağı şeklinde uyarılmış olması halinde giderilebilirdi. Fakat başvurucaya sadece ifade vermeme hakkı bulunduğu söylenmiş, başvuruca

usulsüz elde edilen delillerin kabuledilebilir olmadığı konusunda bilgilendirilmemiştir. Dolayısıyla başvurunun sonraki ifadelerini vermeden önce bilgilendirilmesi, gerekli niteliklere sahip bir bilgilendirme olmamıştır. Bununla birlikte Ceza Mahkemesi, delil olarak kabul etmemeyi, yukarıdaki ifadelerle sınırlamıştır. Ceza Mahkemesi başvurunun, dosyada çıkarılması gereken ifadelerinin bir sonucu olarak soruşturma makamları tarafından öğrenilen çocuğun cesedi gibi bulguların kullanılmayacağına karar verilmesi talebini reddetmiştir. Ceza Mahkemesi şöyle demiştir: ‘Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine aykırılığın, ifadelerin bir sonucu olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılmamasını gerektirecek kadar geniş bir etkisi yoktur. Mahkememiz müellifler ve mahkemeler tarafından uzlaştırıcı görüşe katılmaktadır; buna göre olayın içinde bulunduğu özel şartlar için menfaatler dengelenmelidir; bunun için özellikle temel haklara ilişkin maddeler gibi, hukuk düzeninin açıkça ihlal edilip edilmediği ve soruşturma konusu suçun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Mevcut olayda sanığın temel haklarına müdahalenin ağırlığı ile bir çocuğun öldürülmesi şeklinde sanığa isnat edilen ve soruşturulması gereken suçun ağırlığı tartıldığında, fiziksel şiddet uygulama tehdidi ile alınan sanığın ifadesinin bir sonucu olarak elde edilen bulguların - özellikle çocuğun cesedinin bulunması ve daha sonra otopsiyi gibi- yargılamada kullanılmamasının orantısız olacağı görülmektedir. Yukarıda anlatılan duruşmanın ilk oturumunda başvurunun ön başvurularına ilişkin verilen kararlardan sonra yargılama devam etmiştir. Ertesi gün başvuru J.’yi öldürdüğünü kabul etmiş, fakat başlangıçta böyle bir şey yapmak istemediğini söylemiştir. Başvurucunun müdafisi, başvurunun ikrar etmekle, 1 Ekim 2002 tarihinde kullanılan sorgulama yöntemlerine rağmen, işlediği suçun sorumluluğunu üzerine almak istediğini söylemiştir. Dava ilerledikçe, başvurunun ilk ifadesinin bir sonucu olarak elde edilen ve dışlanması istediği bulgular duruşmada sunulmuştur. Başvuru 28 Temmuz 2003 tarihindeki son oturumda, çocuğu başlangıçtan itibaren öldürmek istediğini kabul etmiş; ikinci ikrarını, ‘derin suçluluğunu kabul etmesinin tek yolu’ ve ‘çocuğun öldürülmesinde mümkün olan en yüksek özür’ olarak tanımlamıştır. Ceza Mahkemesi 28 Temmuz 2003’te başvuru ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiştir. Ceza Mahkemesinin karar gerekçesinde, duruşmada başvurunun susma hakkı ve önceki ifadelerinin delil olarak kullanılmayacağı konusunda yeniden bilgilendirildiğini ve böylece gerekli niteliklere sahip bir bilgilendirme yapıldığını; bunun ardından başvurunun J.’yi kaçırp öldürdüğünü ikrar ettiğini; suçun planlanmasıyla ilgili olarak başvurunun duruşmada verdiği ifadelerin mahkemenin olayları tespitine tek temel olmasa bile esaslı bir temel oluşturduğunu; bu ifadelerin J.’nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu ve başvurunun dairesinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili bir not tarafından doğrulandığını; suçun işlenişle ilgili maddi olayların tespitinin münhasıran başvurunun yargılama sırasındaki ikrarına dayandığını; diğer bulguların başvurunun doğru söylediğini gösterdiğini; bu bulgular arasında, çocuğun ölüm sebebi hakkında otopsi raporu, çocuğun cesedinin bulunduğu göletin kenarında başvurunun arabasının bıraktığı lastik izleri ve fidyeden elde edilip çocuğun dairesinde bulunan ve banka hesabına yatırılan paraların yer aldığını belirtmiştir. Ceza Mahkemesi ayrıca, başvurunun Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinde yasaklanmış sorgulama yöntemleriyle sorgulanmış olduğunu tespit etmiştir. Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D. ile polis E.’nin bu tehditler nedeniyle bir suçtan suçlu olup olmadıkları veya hangi ölçüde suçlu oldukları, kendilerinin aleyhinde devam eden cezai soruşturmada belirlenir. Bu görevlilerin iddia konusu yasadışı eylemleri, başvurunun işlediği suç hafifletmemiştir. Yürütme organına mensup polislerin yanlış hareketleri, yargı organının maddi olayları hukuka göre değerlendirmesini engelleyemez.

Federal Adalet Mahkemesindeki yargılama: Başvuru mahkûmiyet kararının ertesi günü Federal Adalet Mahkemesine başvurarak, ceza davasına devam edilmemesi ve delillerin kabul edilmemesi taleplerinin Ceza Mahkemesi tarafından reddine dair 9 Nisan 2003 tarihli kararından şikâyetçi olmuştur. Federal Savcı verdiği mütalaada başvuru-

cunun temyizinin temelsiz olduğunu belirterek reddedilmesini istemiştir. Savcı, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmış olmasının ceza davasının görülmesini engellemediğini iddia etmiştir. Savcıya göre Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesi açıkça, sıralanan yasaklanmış yöntemlerle elde edilen bulguları, sadece delil olmaktan dışlamayı gerektirdiğini öngörmüştür. Kaldı ki Ceza Mahkemesi, başvurusunun önceki ifadelere delil olarak kabul edilmeyeceğine dair bilgilendirmede bulunduğundan sonra başvurusunun yargılama sırasında verdiği ikrarı kullandığından, böyle bir şikâyetin temeli yoktur. Federal Adalet Mahkemesi 21 Mayıs 2004 tarihli kararla, başka bir gerekçe göstermeden başvurusunun temyiz talebini temelsiz bulmuştur.

Federal Anayasa Mahkemesindeki yargılama: Başvurucu 23 Haziran 2004'te Federal Anayasa Mahkemesine şikâyetinde bulunmuştur. Başvurucu 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından sorgulanma biçimiyle ilgili olarak Anayasanın 1(1). fıkrasının ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu, çocuğun nerede olduğunu söylemeyecek olursa, işkence ve cinsel saldırıyla tehdit edildiğini söylemiştir. Başvurucuya göre bu muamele Sözleşme'nin 3. maddesindeki işkenceyi oluşturur ve Anayasanın 104(1). fıkrasını, ayrıca Anayasanın 1. maddesindeki insan onuru hakkını ihlal eder. Başvurucuya göre bu insan hakları ihlalleri öldürme suçuyla ilgili ceza davasının görülmesini ve yasak yöntemlerle ikrar edilmesi sonucu elde edilen delillerin kullanılmasını engellemelidir. Federal Anayasa Mahkemesi 14 Aralık 2004'te üç yargıçlı bir kurul olarak toplanmış ve başvurusunun anayasa şikâyetini kabuledilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre, dava dışında temel hakların ihlal edilmiş olması, ceza mahkemesi tarafından yargılama sırasında yapılan tespitlere dayanılarak verilen bir kararın anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmez. Yine Anayasa Mahkemesine göre, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması şeklindeki usul yönünden kusurun ceza mahkemele-ri tarafından telafi edildiği söylenebilir; çünkü bu şekilde alınan ifadelerin kullanılması mahkemeler tarafından yasaklanmıştır. Böyle bir yasak, söz konusu kişinin haklarının ihlalini telafi etmek için, Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasında öngörülmüştür. Bununla birlikte, ceza davasının görülmesini engelleyebilecek önemli usul aykırılıkları yasada gösterilmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararı 22 Aralık 2004'te başvurusunun avukatına tebliğ edilmiştir.

Polisler aleyhindeki ceza davası: Ceza Mahkemesi 20 Aralık 2004'te Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D. ile polis E. hakkında kararını vermiştir. Ceza Mahkemesi, 1 Ekim 2002'de D.'nin polis tutanağında gösterildiği tarzda başvurusuna muamele yapılması emri verdiğini; böylece D.'nin, J.'nin kaçırılması olayını soruşturan birimdeki kendisine bağlı amirlerin tavsiyelerine aykırı davrandığını; bu birim amirlerinin önce 30 Eylül 2002'de ve daha sonra 1 Ekim 2002 sabahı D.'nin bu emirlerine karşı çıktıklarını; D.'nin daha sonra polis E.'ye başvurusunun işkenceyle tehdit edilmesi ve gerekirse işkence yapılması konusunda talimat verdiğini; işkencenin helikopterle getirilecek özel eğitimli bir görevli tarafından tıbbi gözetim altında iz bırakmadan yapılmasının düşünüldüğünü; polis doktorunun D.'nin emirlerine uymayı kabul ettiğini; bu muamelelerin hayatı büyük risk altında olduğuna inanılan J.'nin nerede gizlendiğini tespit etmeyi amaçladığını; böylece E.'nin başvurusuna D.'nin emirleri doğrultusunda muamele yaptığını; on dakika kadar sonra başvurusunun J.'nin saklandığı yeri ikrar ettiğini kaydetmiştir. Ceza Mahkemesi sorgu yönteminin hukuka uygun olmadığını gözlemiş, bu yöntem Anayasanın 1. maddesindeki insan onurunu ihlal ettiği için, bu yöntemin kullanılmasının 'gerekliliği' savunmasını reddetmiştir. Ceza Mahkemesine göre insan onurunun korunması mutlak olup, hiçbir istisnaya veya menfaatlerin dengelenmesine izin vermez. Frankfurt Ceza Mahkemesi polis E.'yi görevi sırasında zor kullanmaktan mahkûm etmiş, günlüğü 60 Euro'dan 60 gün karşılığı para cezası vermiş ve bu cezayı ertelemiştir. Bu mahkeme Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'yi de görevi sırasında astı E.'yi zor kullanmaya teşvik

ettiği için mahkûm etmiş, günlüğü 90 Euro'dan 120 gün karşılığı para cezası vermiş ve cezayı ertelemiştir. Bu yargılama sırasında başvuru tanık olarak ifade vermiştir. Ceza Mahkemesi sanıkların cezasına karar verirken çeşitli hafifletici nedenleri dikkate almıştır. Ceza Mahkemesine göre sanıkların tek düşüncesi J.'nin yaşamını kurtarmak olup, sanıklar üstlerine ve kamuoyuna karşı sorumlulukları gereği ağır baskı altında kalmışlardır; sanıklar o sırada çok yorulmuş olup, çok gerilimli ve heyecanlı bir durumdadırlar; önceden adli sabıkaları yoktur; dahası Emniyet Müdür Yardımcısı D., polis soruşturma dosyasındaki tutanağa göre eylemlerini açıklamak ve kabul etmek suretiyle sorumluluğu üstlenmiştir; dava uzun bir süre devam etmiş ve yoğun bir medya ilgisiyle karşılaşmıştır; sanıklar mesleki kariyerlerinde zarar görmüşlerdir, çünkü polis D., Hessen İçişleri Bakanlığına nakledilmiş, E. ise suç soruşturma görevinden alınmıştır. Ceza Mahkemesi ayrıca ağırlaştırıcı faktörleri de dikkate almıştır; örneğin D., o sabah E.'ye emir vermeden önceki gece güç kullanılması talimatı verdiği için spontane hareket etmiş değildir; dahası sanıklar başvuruçunun öldürme suçundan mahkûmiyetini risk altına sokmuşlardır. Ceza Mahkemesi son olarak kamu düzeninin korunmasının para cezalarının infazını gerektirmediğini belirtmiştir. Sanıkların cezai mahkûmiyetleri vasıtasıyla, bir devlet görevlisinin bilgi edinmek için güç kullanılması emri vermesinin hukuka aykırı olduğu açıklanmıştır. Bu karar 20 Aralık 2004'te kesinleşmiştir. Daha sonra terfi ettirilen D., Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, İdare ve Lojistik Başkanlığına atanmıştır.

Başvuruçunun idareye karşı açtığı tazminat davası: Başvuruçunun tazminat alabilmek için Hesse Eyaletine karşı dava açmak üzere adli yardımdan yararlanmak için Frankfurt Mahkemesine başvurmuştur. Başvuruçunun, polis soruşturması sırasında uygulanan yöntemler nedeniyle travmaya uğradığını ve psikolojik tedavi ihtiyacı bulunduğunu iddia etmiştir. Frankfurt Emniyet Müdürlüğü davaya verdiği cevapta, 1 Ekim 2002 sabahı E.'nin başvuruçuyu sorgularken yaptığı muamelenin hukuken zorlama olarak nitelendirilemeyeceğini ve görevi kötüye kullanma oluşturmadığını savunmuştur. Frankfurt Mahkemesi başvuruçunun adli yardım talebini reddetmiştir. Başvuruçunun bu karara karşı Üst Mahkemeye başvurmuştur. Üst Mahkeme 28 Şubat 2007'de verdiği kararda, polisler D. ve E.'nin eylemlerinin dokunulmaz olan insan onuruna aykırı olduğu ve görevi kötüye kullanma oluşturduğu sonucuna varmıştır. Ancak Üst Mahkemeye göre başvuruçunun, işkence tehdidi ile ilgili manevi zarar arasındaki nedensellik bağımlı kanıtlayabilecek durumda değildir. Bu memurların yaptıkları tehdit, bir çocuğun öldürülmesinin yarattığı travma ile karşılaştırıldığında ihmal edilebilir düzeydedir. Kaldı ki başvuruçunun dediği gibi polis E. kendisini tartaklamış, başını duvara çarpmasına sebep olmuş veya bere oluşturacak şekilde bir kez göğsüne vurmuş olsa bile, böylesi fiziksel bir zarar tazminat ödemeyi gerektirmeyecek kadar küçüktür. Dahası, işkence tehdidi ile insan onurunun ihlali, kendisine tazminat ödenmesini gerektirmez. Çünkü başvuruçunun ifadelerinin delil olarak kabul edilmemesi ve polislerin mahkûm edilmeleri, başvuruçunun yeterince tatmin etmiştir. Bu karara karşı başvuruçunun anayasa şikâyetinde bulunması üzerine, Anayasa Mahkemesi 19 Ocak 2008 tarihli kararlar, anayasa şikâyetini kabul etmiş ve Üst Mahkeme'nin kararını bozarak dosyayı yeniden bu mahkemeye göndermiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme adli yardım talebini reddetmekle, mahkemeye başvurma konusunda eşitlik ilkesini ihlal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre Üst Mahkeme, başvuruçunun işkence tehdidini kanıtlayamayacağını söylemekle spekülasyonda bulunmuştur. Ayrıca başvuruçunun sorgu sırasında aldığını iddia ettiği fiziksel yaraların öneminin az olduğu söylemek kolay değildir. Dahası, başvuruçunun tatmin edilmiş olmasına rağmen insan onurunun ihlal edilmiş olması nedeniyle tazminat alma hakkı bulunup bulunmadığı zor bir hukuki sorun olup, bu konuda temyiz mahkemesinin emsal kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu mesele adli yardım davasıyla karara bağlanamaz. Dava, dosyanın kendisine gönderildiği Frankfurt Mahkemesinde halen devam etmektedir.

Konuyla ilgili iç hukuk, uluslararası kamu hukuk ve karşılaştırmalı hukuk ile uygulama: Mahkeme önce Alman Anayasasının 1(1). fıkrasındaki insan onurunun korunmasına, 104(1). fıkrasındaki gözaltında tutulan kişilerin haklarına; Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesindeki yasak sorgu yöntemlerine; Ceza Kanununun 211. maddesindeki öldürme suçuna ilişkin hükümlere yer vermiştir. Mahkeme daha sonra uluslararası kamu hukuku başlığı altında 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1., 15. ve 16. maddelerine yer vermiştir. Mahkeme daha sonra diğer devletlerin ve insan hakları izleme organlarının pratiklerine yer vermiştir. Mahkeme, işkence tehdidinin hukuki nitelendirilmesiyle ilgili olarak Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin 27 Kasım 2003 tarihli *Maritza Urrutia v. Guatemala* kararının 85, 92 ve 98. paragraflarından alıntı yapmış; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün 3 Temmuz 2001 tarihli raporunun 3 ve 8. paragraflarına yer vermiş; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 29 Mart 1983 tarihli *Estrella ve. Uruguay (no. 74/1980)* davasında kabul ettiği görüşten söz etmiştir. Mahkeme daha sonra işkence veya diğer kötü muameleler sonucu elde edilen delillerin kabulü ve delili dışlama kuralı (exclusionary rule) ile ilgili olarak inceleme yapmıştır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'ye taraf devletlerde dışlama kuralının kapsamıyla ilgili açık bir konsensus bulunmadığı görülmektedir. Mahkeme ayrıca BM İnsan Hakları Komitesinin Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 7. maddesiyle ilgili 30 Mayıs 1982 tarihli Genel Yorumundan (No. 7) ve bunun yerine geçen 10 Mart 1992 tarihli Genel Yorumundan (No. 20) alıntılar yapmış, BM İşkenceye Karşı Sözleşmenin uygulanmasını izleyen İşkenceye Karşı Komitenin 11 Mayıs 1998 tarihli Almanya hakkında Sonuçlandırıcı Gözlemlerindeki (doc.no. A/53/44) tavsiyeye (parag. 193) yer vermiştir. Mahkeme daha sonra diğer devletlerdeki mahkemelerin içtihatlarını incelemiştir. Mahkeme, devlet görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri sonucu öğrenilen maddi olaylardan çıkan bilginin sanık aleyhine kullanılması yasağının ('zehirli ağacın meyvesi' doktrininin) Amerika Birleşik Devletlerinin hukuk geleneğine yerleşmiş olduğunu gösteren kararlarına atıf yapmış ve Güney Amerika Temyiz Mahkemesinin 10 Nisan 2008 tarihli *Mthembu v. The State* kararından (parag. 33, 34, 36 ve 37) alıntı yapmıştır. Başvurucu 15 Haziran 2005'te İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurarak, 1 Ekim 2002 tarihinde gördüğü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle elde edilen bulguların ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, kendisini etkili bir şekilde savunma ve kendini suçlandırma hakları bakımından, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme Dairesi 10 Nisan 2007 tarihli kararla davayı kısmen kabuledilebilir bulmuş ve 30 Haziran 2008 tarihinde bire karşı altı oyla verdiği kararda, başvurusunun Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından mağdurluk statüsü kalmadığı ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Başvurusunun talebi üzerine dava Büyük Dairenin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

“75. Başvurucu 1 Ekim 2002 tarihinde polis sorgusu bağlamında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu halen Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdurluk statüsü bulunduğunu iddia etmiştir.

76. Hükümet ise bu görüşe karşı çıkmış ve başvurusunun artık Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini savunmuştur.

A. Başvurusunun mağdurluk statüsü

77. Sözleşme'nin 34. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: ...

78. Mahkeme, başvurunun sorgulanması sırasında ne tür bir muamele gördüğünü ortaya çıkarmadan ve bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından ağırlığını değerlendirmeden, başvurunun başlangıçta Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından sahip olduğu mağdurluk statüsünü daha sonra kaybedip kaybetmediği sorusuna yanıt veremeyeceğini belirtmiştir. Tüm bunlardan sonra yetkili makamların cevabı incelenebilir.

1. Tartışma konusu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığı

(a) Daire kararı

79. Daire, başvurunun Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'nin talimatı üzerine polis E. tarafından J.'nin nerede olduğunu söylemesi için ağır acı verecek şekilde fiziksel şiddet kullanma tehdidinde bulunduğunu kabul etmiştir. Daire, başvurunun sorgulama sırasında yapıldığını iddia ettiği diğer tehditlerin veya fiziksel yaralamaların, makul kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna varmıştır. Olayın içinde bulunduğu bütün koşulları göz önünde tutan Daire, bu şiddet tehdidini, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlıkdışı bir muamele olarak nitelendirmiştir.

(b) Tarafların görüşleri

(i) Başvurucu

80. Başvurucu, 1 Ekim 2002 tarihinde dedektif polis E. tarafından sorgulanırken, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan bir muameleye tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Dedektif polis E., eğer J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa, "hayatı boyunca hiç çekmediği dayanılmaz bir acı" vermekle tehdit etmiştir. Dedektif polis E. bu acının, bir helikopterle emniyete gelmekte olan ve özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından iz bırakmadan verileceğini söyleyerek tehdit etmiştir. Dedektif polis E., bu tehdidini güçlendirmek için bir helikopter pervanesinden çıktığı sanılan sesler dinletmiş ve işkence acısını grafiklerle ayrıntılı bir şekilde anlatmıştır. Başvurucu o sırada somut adımların atılmaya başladığını, çünkü daha sonra polis doktorunun da teyit ettiği gibi, işkence sırasında bilincini kaybetmesini veya işkencenin her hangi bir iz bırakmasını önlemek için işkence sırasında hazır bulunacağını söylediğini iddia etmiştir.

81. Başvurucu ayrıca, cinsel saldırıyla tehdit edildiğini, iki tane iri yarı "Zenci" ile aynı hücreye kapatılacağını ve bunların kendisine anal yoldan saldıracaklarının söylendiğini iddia etmiştir. Sorgulama sırasında kendisine fiziksel yaralar da verilmiştir. E. bir çok kez göğsünden kendisine vurmuş, çeşitli bereler oluşturmuş ve bir keresinde kendisini itmiş ve kafasının duvara çarpmasına sebep olmuştur. Başvurucu bu iddialarını destekleyen 4 ve 7 Ekim 2002 tarihlerinde polis doktorları tarafından verilmiş iki rapor sunmuştur (bk. yukarıda parag. 21). Başvurucu bu olaydan sonra iradesine aykırı olarak Birstein'e götürüldüğünü ve cesedi bıraktığı yere doğru ağaçlıklı alanda ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığını ve polisin emriyle cesedin yerini tam olarak gösterdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Birstein'den dönerken diğer delillerin de yerini göstermeye zorlanmıştır. Başvurucu, J.'nin öldüğünü öğrendikleri halde polis tarafından tehdit edildiğini ve dolayısıyla sırf cezai soruşturmayı ilerletmek amacıyla kendini suçlandırmaya zorlandığını iddia etmiştir.

82. Başvurucu Birleşmiş Milletler İşkenceye karşı Sözleşme'nin özellikle 1 ve 15. maddelerine (bk. yukarıda parag. 64) atıfta bulunarak, ikrar elde edilmek üzere tabi tutulduğu muamelenin işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir.

(ii) Hükümet

83. Hükümet, Daire önünde dediği gibi, başvurunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Ancak

Hükümet, başvuruçunun sadece J.'nin nerede olduğunu söylemeyecek olursa ağır acı verilmekle tehdit edildiğini vurgulamıştır. Hükümet başvuruçuya cinsel saldırıda bulunduğunu dair diğer tehditleri reddetmiştir. Hükümet, başvuruçunun yaralarının söz konusu sorgulama sırasında sebebiyet verildiği ve Birstein'de ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddialarını da reddetmiştir. Başvuruçunun cildindeki lezyonlar Frankfurt havaalanındaki yakalama sırasında oluşmuştur. Hükümet başvuruçunun şimdiye kadar E.'nin göğsüne sadece bir kez vurduğunu ve başının duvara sadece bir kez çarpıldığını iddia ettiğini vurgulamıştır. Ulusal mahkemeler başka tehditlerin ve yaraların kanıtlanmadığını tespit etmişlerdir.

84. Hükümet ayrıca polisler D. ve E.'nin, yaşamı büyük risk altında olduğunu düşündükleri J.'nin yaşamını korumak için söz konusu sorgu yöntemlerine başvurduklarına işaret etmiştir. Hükümete göre bu polisler o sırada J.'nin aslında ölmüş olduğunu bilmiyorlardı.

(iii) Davaya katılanlar

(α) J.'nin anne babası

85. J.'nin anne babası Hükümetin görüşlerini benimsemişlerdir. J.'nin anne babası, başvuruçunun köprücük kemiğinin altındaki yaralar dâhil çeşitli yaralarının 1 Ekim 2002 tarihindeki sorgu sırasında meydana geldiğinin, şimdi ilk kez burada iddia edildiğine işaret etmişlerdir. Ancak başvuruçucu daha önce bu yaraları 30 Eylül 2002 tarihinde yakalanma sırasında meydana geldiğini kabul etmiştir. Bu kabul, başka şeylerin yanında, başvuruçucu aleyhindeki cezai soruşturma ve yargılamayı ele alan, kendisinin 2005 yılında yayımladığı kitabında yer almaktadır (*Allein mit Gott – der Weg zurück* (“Alone with God – The Way Back”), s. 57-61). Başvuruçucu, 30 Eylül 2002 tarihinde yakalama sırasında kendisine verilen yaraları göstermek için, kitabın “Yakalanma” başlıklı bölümüne polis doktoru tarafından verilen 4 Ekim 2002 tarihli sağlık raporunun (bk. yukarıda parag. 21) bir kopyasını koymuştur. Şimdi kendisi aynı raporu, yaraların sorgu sırasında verildiği iddiasını desteklemek üzere kullanmaktadır. Dolayısıyla kendisinin yaraları 1 Ekim 2002 tarihli sorguyla ilgili değildir.

(β) Redress Trust

86. Red Trust adlı kuruluş, özellikle *Yunanistan davası (1969) 12 Yearbook 170, s. 461* ile *Akkoç – Türkiye davasında (no. 22947/93 ve 22948/93, §25 ve 116-17, ECHR 2000-X)* Sözleşme organlarının yaptıkları tespitlere dayanarak, belirli bir eylemin işkence oluşturabilmesi için, fiziksel yaralamaya sebebiyet verilmiş olmasının gerekmediğini vurgulamıştır. Zihinsel tahribatin kendisi de yaygın bir işkence biçimidir. Dahası Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı bir eylemle sırf tehdit etmenin bile, bu maddeyi ihlal edebileceğini teyit etmiştir (*katılan burada 25 Şubat 1982 tarihli Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık kararına, §26, Seri A no. 48 atıf yapmaktadır*). Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (bk. yukarıda parag. 66), BM İşkence Özel Raportörü (bk. yukarıda parag. 67) ve BM İnsan Hakları Komitesi (bk. yukarıda parag. 68) gibi değişik uluslararası organlar da, ağır fiziksel yaralama tehdidinin, olayın içinde bulunduğu şartlara ve ilgili kişi üzerinde yarattığı sonuca göre, işkence veya diğer bir kötü muamele biçimi oluşturabileceğini belirtmişlerdir. Her halükarda, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından işkence ve diğer kötü muameleler arasında ayırım yapmak gereksizdir; çünkü Sözleşme'nin 3. maddesi, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1, 15 ve 16. maddelerinden (bk. yukarıda parag. 64) farklı olarak, işkenceye benzer diğer yasak kötü muamele biçimlerine farklı hukuki sonuçlar bağlamamıştır. Redress Trust, diğerleri ile birlikte *Labita – İtalya davasına ([BD], no. 26772/95, §119, ECHR 2000 IV)* atıfta bulunarak, işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele yasağının mutlak olduğunu ve mağdurun tutumu veya olayın şartlarını dikkate alan her hangi bir sınırlama ve haklı gösterilebilecek bir hal bulunmadığını vurgulamıştır.

(c) Mahkeme'nin değerlendirmesi**(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti**

87. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içerdiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 3. maddesi, Sözleşme'nin diğer maddelerinden farklı olarak, herhangi bir istisna hükmüne ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü hallerde bile Sözleşme'nin 15(2). fıkrasına göre askıya alma hükmüne yer vermemektedir (bk. *Selmouni - Fransa [BD]*, no. 25803/94, §95, *ECHR 1999-V*; ve *yukarıda geçen Labita kararı*, §119). Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme'nin işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir (bk. *15 Kasım 1996 tarihli Chahal – Birleşik Krallık kararı*, §79, *Reports of Judgments and Decisions 1996-V*; ve *yukarıda geçen Labita kararı*, §119). Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından başvuruçunun işlediği iddia edilen suçun niteliğinin bir önemi yoktur (bk. *V. – Birleşik Krallık [BD]*, no. 24888/94, §69, *ECHR 1999-IX*; *Ramirez Sanchez – Fransa [BD]*, no. 59450/00, §116, *ECHR 2006-IX*; ve *Saadi - İtalya [BD]*, no. 37201/06, §127, *ECHR 2008 ...*).

88. Bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerekir. Bu ağırlık düzeyinin değerlendirilmesi, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlıdır (bk. *18 Ocak 1987 tarihli İrlanda – Birleşik Krallık kararı*, §162, *Seri A no. 25*; ve *Jalloh – Almanya [BD]*, no. 54810/00, §67, *ECHR 2006-IX*). Muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik (krş. *inter alia*, *18 Aralık 1996 tarihli Aksoy – Türkiye kararı*, §64, *Reports 1996-VI*; *Egmez - Kıbrıs*, no. 30873/96, §78, *ECHR 2000 XII*; ve *30 Eylül 2004 tarihli Krastanov – Bulgaristan kararı*, no. 50222/99, §53), ayrıca heyecanın ve duyguların yükseldiği bağlamda meydana gelip gelmediği (krş. *örneğin yukarıda geçen Selmouni*, §104; ve *Egmez*, §53), dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

89. Mahkeme, önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiilen yaralamaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olmuş bir muameleyi 'insanlıkdışı' muamele olarak nitelendirmiştir (bk. *yukarıda geçen Labita*, §120; ve *yukarıda geçen Ramirez Sanchez*, §118). Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen bir muameleyi 'aşağılayıcı' muamele olarak kabul etmiştir (bk. *inter alia*, *Keenan – Birleşik Krallık*, no. 27229/95, §110, *ECHR 2001-III*, ve *yukarıda geçen Jalloh*, §68).

90. Belirli bir kötü muamele biçiminin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar verirken, Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence kavramı ile insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında ayırım yapılmış olmasına dikkat edilmelidir. Daha önceki davalarda da kaydedildiği gibi, Sözleşme'nin böyle bir ayırım yapmaktaki amacının, çok ağır ve zalimane ıstıraplara sebep olan kasdi insanlıkdışı muamelelere özel bir damga vurmak olduğu görülmektedir (bk. *yukarıda geçen İrlanda – Birleşik Krallık*, §167; *yukarıda geçen Aksoy*, §63; ve *yukarıda geçen Selmouni*, §96). Muamelenin ağırlığının yanında, Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin işkenceyi bilgi elde etme, cezalandırma veya korkutma amacıyla ağır acı veya ıstırap veren ve kasden işlenen bir fiil olarak tanımlayan 1. maddesinde olduğu gibi, işkencede bir kasit unsuru bulunur (bk. *yukarıda geçen Akkoç*, §115).

91. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmanın da, yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla, bu maddeye girebileceğini hatırlatır. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından insanlıkdışı muamele oluşturabilir (*krş. yukarıda geçen Campbell ve Cosans, §26*).

92. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine dair kararını dayandıracağı delilleri değerlendirirken, 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtlama standardını benimsemektedir. Ancak bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımlardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelere de ulaşılabilir (*bk. yukarıda geçen Jalloh, §67; ve yukarıda geçen Ramirez Sanchez, §117*). Mahkeme, özellikle bir kimsenin sağlığı iyi durumdayken gözaltına alındığı halde salıverildiği zaman yaralanmış olduğunun görülmesi halinde, bu yaraların nasıl oluştuğuna dair aklın alabileceği şekilde açıklama yapmanın devlete düştüğüne, devletin bunu yapamamasının Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından açık bir mesele doğuracağına karar vermiştir (*krş. 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi – Fransa kararı, §110, Seri A no. 241-A; 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch – Avusturya kararı, §34, Seri A no. 336; yukarıda geçen Aksoy, §61; ve yukarıda geçen Selmouni, §87*).

93. Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından iddialarda bulunulduğu zaman, Mahkeme çok titiz bir inceleme yapmalıdır (*bk. 2 Kasım 2006 tarihli Matko – Slovenya kararı, no. 43393/98, §100; ve 24 Temmuz 2008 tarihli Vladimir Romanov kararı, no. 41461/92, §59*). Ancak iç hukukta bu konuda bir dava görülmüş ise, kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin işi olduğundan, Mahkeme'nin görevi, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir (*bk. Klaas – Almanya,*

22 Eylül 1993, §29, Seri A no. 269; ve Jasar - "Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti", no. 69908/01, §49, 15 Şubat 2007). Mahkeme ulusal mahkemelerin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, normal koşullarda kendisini ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin ulaştığı tespitlerden ayrılmaya götürecek sağlam unsurların bulunması gerekir.

(ii) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

(a) Mahkeme'nin maddi olayları değerlendirmesi

94. Mahkeme, başvurunun 1 Ekim 2002'de tabi tutulduğu muameleyi değerlendirirken, o sabah sorgunun yapıldığı sırada başvurunun J.'nin nerede olduğunu söylememesi halinde, Frankfurt Emniyet Müdür Yardımcısı D.'nin talimatları üzerine polis E. tarafından katlanılmaz acı vermekle tehdit edildiğinin taraflar arasında tartışmalı olmadığını kaydeder. Herhangi bir iz bırakmayacak olan bu muamele, bu amaç için özel olarak eğitilmiş bir polis tarafından yapılacak olup, kendisi helikopterle Emniyet Müdürlüğüne gelmek üzeredir. Bu muamele tıbbi gözetim altında yapılacaktır. Gerçekten de bunun, Frankfurt Bölge Mahkemesi tarafından başvuru aleyhindeki ceza davasında (*bk. yukarıda parag. 26*) ve polisler aleyhindeki ceza davasında (*bk. yukarıda parag. 47*) kanıtlandığı kabul edilmiştir. Polis soruşturma dosyasındaki D.'nin tuttuğu nota (*bk. yukarıda parag. 47*) ve D. aleyhindeki ceza davasında ulusal mahkemenin tespitlerine göre, D. bu tehdidi gerekirse 'gerçeği söyleten serum' yardımıyla gerçekleştirmeyi amaçlamış ve tehdidin gerçekleştirilmesinin yaklaştığı konusunda başvurucuya uyarıda bulunulmuştur.

95. Emniyet Müdür Yardımcısı D., son olarak başvuru emri işkence ile tehdit etme emri vermeden önce, kendisine bağlı birim amirlerine başvuru gerekirse güç kullanılması şeklinde birkaç kez emir verdiğinden, kendisinin emri spontane bir eylem olarak görülmez, bu eylemde açıkça kasıt unsuru vardır (*bk. yukarıda parag. 47*). Ayrıca başvurunun sorgu odasında tutulu bulunduğu sırada kelepçeli olduğu (*bk. yukarıda parag. 57*) ve dolayısıyla korunmasız ve kısıtlı bir durumda bulunduğu anlaşılmaktadır. Ulusal mahke-

melerin yaptıkları tespitleri ve önündeki materyalleri göz önünde tutan Mahkeme, J.'nin yaşamının kurtarılabilceğine inanan polislerin bu sorgulama yöntemine başvurduklarına ikna olmuştur.

96. Mahkeme, başvurunun sorgulama sırasında fiziksel saldırı ve yaralama ile cinsel saldırıyla tehdit edildiğini de iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümetin karşı çıktığı bu iddiaların makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmış olup olmadığını değerlendirirken, başvurunun sunduğu tıbbi belgeleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurunun sorgu sırasında saldırı iddialarının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir. Bu belgeler, aslında başvurunun göğsündeki bereleri tıbbi muayeneden önceki gün aldığı- ni göstermektedir.

97. Bununla birlikte Mahkeme, başvurunun yaralarının sebebine ilişkin Hükümetin açıklamaları yanında, J.'nin anne babasının bu noktadaki görüşlerini de kaydeder. Hükümet ile J.'nin anne babası, başvurunun 2005'te yayımlanan kitabındaki beyanlarına dayanarak, başvurunun cildindeki lezyonlar dâhil aldığı bütün yaraların, yakalama işlemi yapılırken yüzüstü yatırıldığı sırada meydana geldiğini iddia etmişlerdir (bk. yukarıda parag. 13 ve 14). Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurunun ek iddialarının kanıtlanmadığını belirttiklerini kaydeder. Başvurunun fiziksel yaralarını sorgu sırasında aldığı, en azından Mahkeme önünde iddia ettiği kadar, delilleri dinleyen ve değerlendiren ulusal mahkemeler önünde iddia etmediği anlaşılmaktadır (bk. yukarıda parag. 26). Dahası tıbbi belgeler, yaraların muhtemel sebebine ilişkin bir açıklama getirmemektedir (bk. yukarıda parag. 21).

98. Yukarıda anlatılanlar karşısında Mahkeme, başvurunun sorgu sırasında fiziksel saldırılara ve yaralara ilişkin şikâyetleri yanında cinsel istismar iddiasının, makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlanmadığı sonucuna varmaktadır.

99. Mahkeme ayrıca, başvurunun Birstein'de ayakkabısız olarak odunlar üzerinde yürütülmek ve doğrudan cesedin bulunduğu yeri göstermeye ve diğer bulguları açıklamaya zorlanmak suretiyle Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğini gözlemlemektedir. Hükümet bu iddialara da karşı çıkmıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin tespitlerine göre, başvurunun sorgudan sonra J.'nin cesedini sakladığı gölete polislerle birlikte gelmeyi kabul ettiğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 17). Başvurunun Birstein yolunda hazır bulunan polisler tarafından J.'nin cesedinin bulunduğu yeri tam olarak göstermesi için sözlü olarak tehdit edildiğine dair bir belirti yoktur. Ancak, başvurunun Birstein'deki delilleri göstermesinin, Emniyet Müdürlüğünde yapılan tehditlere bağlı olup olmadığı veya ne ölçüde bağlı olduğu meselesi, Sözleşme'nin 6. maddesi altında karara bağlanması gereken bir meseledir. Tıbbi belgelerde başvurunun ayak altlarında şişlikler ve su toplamaları bulunduğu belirtildiğinden, Mahkeme başvurunun ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı iddiasının bütünüyle temelsiz olmadığını tespit etmektedir (bk. yukarıda parag. 21). Ancak önlerindeki delilleri inceleyen ulusal mahkemeler, başvurunun ulusal mahkeme önündeki davanın başlangıcında dile getirmediği bu iddiaları kanıtlanmış görmemişlerdir (bk. yukarıda parag. 26). Doktorların muayeneleri bu yaraların sebebinin ortaya koymamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, başvurunun bu konudaki iddialarının makul kuşku kalmayacak şekilde kanıtlandığını kabul etmemektedir.

100. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurunun J.'nin yerini söylemesini sağlamak için 1 Ekim 2002 sabahı polis tarafından, yukarıda 94-95. paragraflarda anlatıldığı şekilde dayanılmaz bir acıya tabi tutulmakla tehdit edildiğinin kanıtlandığını kabul etmektedir.

(β) Muamelenin hukuksal niteliği

101. Mahkeme, E.'nin başvuruca yaptığı muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğinin Hükümet tarafından kabul edildiğini kaydeder. Ancak Mahkeme, başvurucaunun işkence gördüğüne dair ciddi iddialarını ve Hükümetin başvurucaunun mağdurluk statüsünü kaybettiğine dair savunmalarını göz önünde tutarak, bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek kadar asgari bir ağırlığa sahip olup olmadığına ve eğer sahip ise nasıl nitelendirileceğine dair kendi değerlendirmesini yapmasının gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu konuyla ilgili olarak kendi içtihatlarında gösterdiği faktörleri (bk. yukarıda parag. 89-91) dikkate alan Mahkeme, başvurucaunun tabi tutulduğu muamelenin süresini, başvuruca üzerinde fiziksel ve zihinsel etkilerini, kasten yapılıp yapılmadığını ve bu muamelenin amacını ve yapıldığı bağlamı sırasıyla inceleyecektir.

102. Mahkeme, söz konusu muamelenin süresiyle ilgili olarak, kötü muamele tehdidi altında yapılan sorgunun yaklaşık 10 dakika sürdüğünü kaydeder.

103. Bu muamelenin fiziksel ve zihinsel etkileri konusunda Mahkeme, daha önce J.'nin bulunduğu yeri söylemeyen başvurucaunun sakladığı çocuğun nerede olduğunu, tehdit altında ikrar ettiğini kaydeder. Bundan sonra başvuruca, soruşturma boyunca J.'nin ölümlü hakkında ayrıntılı bilgi vermeyi sürdürmüştür. Bu durumda Mahkeme, başvurucaunun sorgu sırasında uğradığı kasıtlı kötü muamele tehditlerinin gerçek ve yakın bir tehlike oluşturduğunu ve başvurucauda önemli ölçüde korku, elem ve ıstıraba sebep olmuş kabul edilebileceği kanaatinde-dir. Ne var ki başvuruca, bu muamelenin uzun süreli olumsuz psikolojik sonuçlar doğurduğunu gösteren tıbbi belgeler sunmuş değildir.

104. Mahkeme ayrıca, bu tehdidin spontane bir eylem olmadığına, fakat kasıt oluşturacak tarzda, hesaplanmış ve tasarlanmış bir eylem olduğunu gözlemlemektedir.

105. Mahkeme, bu tehdidin amacıyla ilgili olarak, J.'nin bulunduğu yer hakkında bilgi almak için başvurucaunun kasten böyle bir muameleye tabi tutulduğuna ikna olmuştur.

106. Mahkeme ayrıca, başvurucaunun kasıtlı ve yakın bir tehdide, kanun adamlarının gözetimi altındayken, anlaşılan kelepçeliyken ve tabii korunmasız bir durumdayken tabi tutulduğunu kaydeder. D. ve E.'nin devlet görevlileri olarak görevleri sırasında hareket ettikleri ve gerekirse tıbbi gözetim altında ve özel olarak eğitilmiş bir görevliyle tehdidi gerçekleştirmeyi düşündükleri açıktır. Dahası, D.'nin başvurucaunun tehdit edilmesine ilişkin emri, spontane bir karar değildir, çünkü D., daha önce de birkaç kez bu emri verdiği halde astlarının bu emirlerine uymamalarından giderek daha fazla rahatsızlık duyduktan sonra, E.'ye bu emri vermiştir. Bu tehdit, J.'nin hayatının önemli ölçüde tehlikede olduğuna inanan polislerin yoğun bir baskı altında oldukları, giderek tansiyonun ve gerilimin yükseldiği bir ortamda meydana gelmiştir.

107. Bu bağlamda Mahkeme, polislerin eylemlerindeki saikin çocuğun yaşamını kurtarmak olduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesi ile Mahkeme'nin yerleşik içtihatları göz önünde tutulduğunda, mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun, kötü muamele yasağının uygulanacağını vurgulamak gerekir (bk. yukarıda parag. 87). Bir kimsenin yaşamı risk altında olsa bile, işkence, insanlıkdışı veya aşığılayıcı muamele yapılamaz. Ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü halde bile, bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Muğlak olmayan terimlerle düzenlenmiş olan Sözleşme'nin 3. maddesi, en zor koşullarda bile, her insanın mutlak ve vazgeçilemez nitelikte işkenceye, insanlıkdışı veya aşığılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun, herhangi bir istisnaya veya haklılaştıracı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir.

108. Başvurucunun tabi tutulduğu muameleyi karakterize eden faktörleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucudan bilgi almak için kendisine yapılan gerçek ve yakın bir tehdidin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek asgari ağırlık düzeyine ulaştığına ikna olmuştur. Mahkeme'nin İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 1. maddesindeki tanıma atıfta bulunan kararlarına ve Redress Trust'ın atıfta bulunduğu uluslararası insan hakları izleme organlarının görüşlerine göre, işkence hem fiziksel ve hem de zihinsel ıstı- rabı kapsadığından, bir işkence tehdidi de işkence oluşturabilir. Özellikle fiziksel işkence korkusunun kendisi, zihinsel işkence oluşturabilir. Ancak belirli bir fiziksel işkencenin psikolojik işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele oluşturup oluşturmadığına dair nitelendirmenin, olayın içinde bulunduğu bütün koşullara ve özellikle uygulanan baskının ağırlığına ve verilen ıstırabın yoğunluğuna bağlı olduğu konusunda geniş bir uzlaşma bulunduğu anlaşılmakta ve Mahkeme de böyle düşünmektedir. İşkence tespit ettiği olaylar ile başvurucunun olayını karşılaştıran Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun tabi tutulduğu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış insanlıkdışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu, fakat işkence eşiğine ulaşmak için gerekli zalimlik düzeyine varmadığı kanaatindedir.

2. Başvurucunun mağdurluk statüsünü kaybetmiş olup olmadığı

(a) Daire kararı

109. Daire, başvurucunun artık Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalden ötürü mağdur olduğunu iddia edemeyeceğini kabul etmiştir. Daire, ulusal mahkemelerin hem başvuru aleyhindeki ceza davasında ve hem de polisler D. ve E. aleyhindeki ceza davasında, sorgulama sırasında E. tarafından başvurucuya yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini açıkça kabul ettiklerini tespit etmiştir. Ayrıca başvuru bu ihlal nedeniyle ulusal düzeyde yeterince tatmin edilmiştir. Kendisine yapılan muameleye karşı iki polis mahkûm edilip cezalandırılmışlar ve mesleki kariyerleri zarar görmüştür. Olayın içinde bulunduğu bu koşullarda, söz konusu mahkûmiyetlerin, tazminat dışında bir tarzla yeterli bir giderim sağladığı düşünülmelidir. Ayrıca soruşturmada yasak yöntemlerin kullanılması, başvurucunun duruşma öncesinde verdiği ifadelerin yargılamada delil olarak kabul edilmemesi şeklinde bir yaptırımla sonuçlanmıştır.

(b) Tarafların görüşleri

(i) Başvurucu

110. Başvurucu Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalden ötürü mağdurluk statüsünü kaybetmediğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre ulusal mahkemeler Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmemişlerdir. Ulusal mahkemeler 3. maddeye sadece başvurucunun şikâyetlerini ve başvurularını reddederken değinmişlerdir.

111. Başvurucu ayrıca, işkence yasağına aykırılığın yeterince giderilmediğini iddia etmiştir. D. ve E.'nin mahkûm edilmelerinden kişisel bir kazancı olmamıştır; kaldı ki bu polislere çok az bir para cezası verilmiş, üstelik cezaları ertelenmiş ve kendilerine disiplin cezası bile verilmemiştir. Üstelik D. mahkûmiyetten sonra terfi ettirilmiştir. Başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleden doğan zararlarının tazmini için idareye karşı açtığı dava, mahkemeler önünde hala devam etmekte olup henüz bir tazminat almamıştır. Başvurucu ayrıca, ancak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale (*status quo ante*) dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkûmiyetini ve verilebilecek azami cezanın verilmesini sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması giderim için yeterli değildir; çünkü bir kez maddi deliller kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir.

(ii) Hükümet

112. Hükümet Büyük Daire'den, başvuruçunun mağdurluk statüsü bulunmadığına dair Daire'nin tespitini onaylamasını istemiştir. Üç Alman mahkemesi, yani başvuruçuya karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi ile polislere karşı ceza davasında Bölge Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini açıkça kabul etmişlerdir. Bu mahkemeler insan onurunun dokunulmazlığını ve bir kimsenin yaşamı tehlikede olsa bile işkencenin yasak olduğunu vurgulamışlardır.

113. Hükümete göre başvuruçucu yeterli bir giderim elde etmiştir. İki polis ceza davasında mahkûm edilmişler ve ceza almışlardır. Hükümet bir polis için zorlamada bulunma nedeniyle yargılanmanın ve mahkûm edilmenin çok ciddi bir konu olduğunu vurgulamıştır. Dahası, her iki polis de görevlerinden uzaklaştırılmışlardır. Hükümet, başvuruçunun henüz tazminat almadığını kabul etmiştir; ancak başvuruçucu ulusal mahkemeler önündeki tazminat davasını Mahkeme'ye başvuru yaptıktan sonra açtığından, iç hukuktaki bu davanın devam ediyor olmasının, mağdurluk statüsünün kaybıyla ilgili olarak dikkate alınmayacağına iddia etmiştir. Kaldı ki Frankfurt Bölge Mahkemesi sadece 1 Ekim 2002 tarihindeki ikrarı değil, ama aynı zamanda başvuruçunun duruşma öncesinde polis, savcı ve bir yargıç önünde verdiği bütün sonraki ikrarlarını da dışlamıştır. Ancak başvuruçucu, önceki ikrarlarının delil olarak kullanılmayacağı konusunda bilgilendirildikten sonra, duruşmanın ikinci gününde ve henüz her hangi bir delil ortaya koyulmadan önce yeni ve tam bir ikrarda bulunmuştur.

(iii) Katılanlar (Redress Trust)

114. Davaya üçüncü taraf olarak katılan Redress Trust, uluslararası içtihatlarda işkence veya diğer yasak kötü muamele olaylarında yeterli bir telafi için, hepsinin bir arada bulunması gerekmesede, özellikle şunların arandığını söylemiştir. İlk olarak, kötü muameleden sorumlu olanların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek bir soruşturma yapılmalıdır (*katılanın diğerleriyle birlikte, atıf yaptığı Assenov ve Diğerleri – Bulgaristan kararı, 28 Ekim 1998, §102, Reports 1998 VIII*). İkinci olarak devletler, işkence ve diğer yasak kötü muameleleri işleyenleri etkili bir şekilde cezalandıracak ve ileride yeniden suç işlemelerini önleyecek nitelikte etkili bir ceza adalet sistemine sahip olmakla yükümlüdürler (*katılan karşılaştırma için atıf yaptığı Nikolova ve Velichkova – Bulgaristan kararı, no. 7888/03, 20 Aralık 2007, §63*). Üçüncü olarak, işkence ve diğer kötü muamele biçimlerinin yeterli bir şekilde giderimi için, özellikle maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini sağlayacak etkili medeni hukuk yollarının bulunması da gerekir. Mahkeme'nin kendisini de sürekli olarak, ağır ihlal olaylarında sadece bir karar vermiş olmanın yeterli bir adil karşılık oluşturmayacağını söylemiş ve manevi tazminata hükmetmiştir (*katılan atıf yaptığı örneğin Selçuk ve Asker – Türkiye kararı, 24 Nisan 1998, §117-118, Reports 1998-II*). Dördüncü olarak, işkencenin devam eden sonuçlarına yönelik olarak hakların telafisi için, gayri iradi biçimde verilmiş ikrarların dışlanması gerekir. Beşinci olarak, devlet yasak eylemin tekrarlanmamasını güvence altına alan tedbirler almalıdır.

(c) Mahkeme'nin değerlendirmesi**(i) Konuyla ilgili ilkelerin özeti**

115. Mahkeme, bir Sözleşme ihlaline karşılık giderim sağlamanın, ilk önce ulusal makamların görevi olduğunu hatırlatır. Başvuruçunun iddia edilen ihlalden ötürü mağdur olup olmadığı sorunu, Sözleşme organları önündeki yargılanmanın her aşamasında gündeme gelebilir (*bk. diğerleri arasında, Siliadin – Fransa, no. 73316/01, §61, ECHR 2005-VII; ve Scordino – İtalya (no. 1) [BD], no. 36813/97, §179, ECHR 2006 I*). Başvuruçucu lehine bir karar veya tedbir, kural olarak, ulusal makamlar açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme

ihlalini kabul etmedikçe ve ihlale karşılık bir giderim sağlamadıkça, Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından başvuruçunun 'mağdurluk' statüsünün kalkması için yeterli değildir (bk. diğerleri arasında, *Eckle – Almanya*, 15 Temmuz 1982, §66, *Seri A no. 51*; *Dalban – Romanya [BD]*, no. 28114/95, §44, *ECHR 1999-VI*; yukarıda geçen *Siliadin*, § 62; ve yukarıda geçen *Scordino* (no. 1), §180).

116. Mahkeme, Sözleşme'deki bir hakkın ihlalini telafi etmek için uygun ve yeterli giderimin genel olarak, özellikle Sözleşme ihlalinin niteliği göz önünde tutularak, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğu kanaatindedir (krş. yukarıda geçen *Scordino* (No. 1), §186). Mahkeme, devlet görevlilerinin kasten Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamelede bulunduğu olaylarda yeterli bir giderim için, iki tedbirin gerekli olduğunu sürekli olarak söylemiştir. İlk olarak, devlet yetkilileri, sorumluların belirlenmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapmış olmalıydılar (bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen *Krastanov*, §48; *Çamdereli – Türkiye*, no. 28433/02, 17 Temmuz 2008, §28-29; ve yukarıda geçen *Vladimir Romanov*, §79 ve 81). İkinci olarak, gerektiği taktirde başvuruçuya tazminat ödenmeli (bk. yukarıda geçen *Vladimir Romanov*, §79; *mutatis mutandis*, yukarıda geçen *Aksoy*, §98; ve (hem de 13. madde bağlamında) *Abdülsamet Yaman – Türkiye*, no. 32446/96, 2 Kasım 2004, §53) veya en azından başvuruçunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat isteyebilme ve alabilme imkânı bulunmalıdır (krş. *mutatis mutandis*, 2. maddeyle ilgili olarak yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §56; ve *Yeter – Türkiye*, no. 33750/03, 13 Ocak 2009, §58).

117. Tam ve etkili soruşturma konusunda Mahkeme, bir kimsenin, polis veya devletin başka bir görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde ağır bir kötü muameleye tabi tutulduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Sözleşme'nin 3. maddesinin, Sözleşme'nin 1. maddesindeki 'Sözleşme'de ... tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alır' şeklindeki devletin genel yükümlülüğüyle birlikte yorumlandığında, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiğini hatırlatır (bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen *Assenov ve Diğerleri*, §102; yukarıda geçen *Labita*, §131; yukarıda geçen *Çamdereli*, §36-37; ve yukarıda geçen *Vladimir Romanov*, §81). Bir soruşturmanın pratikte de etkili olabilmesi için, devletin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı uygulamaları cezalandıran hükümler koyması bir ön koşuldur (krş. *mutatis mutandis*, *M.C. – Bulgaristan*, no. 39272/98, §150, 153 ve 166, *ECHR 2003-XII*; yukarıda geçen *Nikolova ve Velichkova*, §57; ve yukarıda geçen *Çamdereli*, §38).

118. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin ulusal düzeyde giderimi için tazminat şartıyla ilgili olarak Mahkeme sürekli bir biçimde, tam ve etkili bir soruşturmanın yanında devletin gerekirse başvuruçuya tazminat ödenmesine hükmetmesini veya en azından başvuruçunun kötü muamele sonucu uğradığı zarar için tazminat istemesine ve elde etmesine imkân vermesini gerektirdiğini belirtmiştir (bk. atıflar için yukarıda parag. 116). Sözleşme'nin diğer maddeleri bakımından Mahkeme daha önce de, başvuruçunun mağdurluk statüsünün, Mahkeme önünde şikâyetçi olduğu maddi olaylar dikkate alınarak, ulusal düzeyde hükmedilen tazminat miktarına dayanabileceğini belirtme fırsatı bulunmuştur (bk. *Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili bir şikâyet bakımından örneğin*, *Normann – Danimarka [k.k.]*, no. 44704/98, 14 Haziran 2001; ve yukarıda geçen *Scordino* (no. 1), §202; *Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili bir şikâyet bakımından Jensen ve Rasmussen*, [k.k.], no. 52620/99, 20 Mart 2003). Bu tespitler, kıyasen (*mutatis mutandis*), Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili şikâyetlere de uygulanır.

119. Kasten kötü muamele olaylarında Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık, sadece mağdura tazminat ödenmesiyle telafi edilemez. Çünkü devlet görevlilerinin kasten kötü muamelede bulunmaları halinde yetkililer, sorumluların kovuşturılmalarını ve cezalandır-

malarını sağlamaksızın sadece tazminat ödemekle yetinecek olurlarsa, devlet görevlilerinin bazı hallerde kontrolü altında tuttukları kişilerin haklarını fiili bir cezasızlıkla istismar etmeleri mümkün olacak ve genel işkence ve insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağı, temel bir öneme sahip olmasına rağmen, pratikte etkisiz kalacaktır (bk. *bir çok karar arasından yukarıda geçen Krastanov, §60; yukarıda geçen Çamdereli, §29; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §78*).

(ii) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

120. Mahkeme ilk önce, ulusal makamların açıkça veya özü itibarıyla Sözleşme'ye aykırılığı kabul etmiş olup olmadıklarını incelemelidir. Mahkeme bu bağlamda, Frankfurt Bölge Mahkemesinin başvuru aleyhindeki ceza davasında 9 Nisan 2003 tarihinde verdiği kararda açıkça, başvurucudan ifade almak için kendisine acı verme tehdidinde bulunmanın sadece Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesine göre yasak sorgu yöntemlerini kullanma oluşturmadığını, ama bu tehdidin ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesini destekleyen Sözleşme'nin 3. maddesini de göz ardı ettiğini söylediğini kaydeder (bk. yukarıda parag. 26). Federal Anayasa Mahkemesi de, Bölge Mahkemesinin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle ilişkin tespitine gönderme yaparak, başvurucunun insan onurunun ve tutulan kişileri kötü muameleye tabi tutma yasağının (Anayasanın 1. maddesi ve 104(1). fıkrasının ikinci cümlesi) göz ardı edildiğini gözlemlemiştir (bk. yukarıda parag. 42). Buna ek olarak Frankfurt Bölge Mahkemesinin polisleri mahkûm eden 20 Aralık 2004 tarihli kararında, bu tür soruşturma yöntemlerinin gerekli bir eylem olarak haklı görülemeyeceğini, çünkü 'gerekliliğin', Anayasanın 1. maddesinde mutlak olarak korunan insan onurunun ihlali için bir savunma oluşturamayacağını, insan onurunun Sözleşme'nin 3. maddesinin de kalbinde yer aldığını belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 48). Bu durum karşısında, Daire'nin bu konudaki tespitlerine katılan Büyük Daire, bu mesele hakkında kendilerinden karar verilmesi istenen ulusal mahkemelerin açıkça ve hiç tartışmasız bir biçimde, başvurucunun sorgusunun Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğini kabul ettiklerine ikna olmuştur.

121. Mahkeme, ulusal makamların Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali nedeniyle başvurucuya uygun ve yeterli bir giderim sağlayıp sağlamadıklarını değerlendirirken, ilk olarak ulusal makamların sorumlular hakkında Mahkeme'nin içtihatlarına uygun bir şekilde tam ve etkili bir soruşturma yapıp yapmadıklarını belirlemelidir. Mahkeme daha önce bu konuda birkaç kriteri göz önünde tutmuştur. İlk olarak, yetkililerin sorumluları belirleme ve kovuşturmada kararlılıklarını değerlendirme açısından, etkili soruşturmada önemli faktörler, soruşturmanın sürati (*krş. diğeleri arasında, yukarıda geçen Selmouni, §78-79; yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §59; ve yukarıda geçen Vladimir Romanov, §85*) ile soruşturmanın gidişatıdır (*krş. Mikheyev - Rusya, no. 77617/01, 26 Ocak 2006, §109; ve Dedovskiy ve Diğerleri - Rusya, no. 7178/03, 15 Mayıs 2008, §89*). Ayrıca yapılan soruşturmalar ve soruşturmaları izleyen ceza davası, uygulanan yaptırımlar ve verilen disiplin cezalarıyla birlikte, çok önemli olduğu kabul edilmiştir. Yürürlükteki yargı sisteminin caydırıcı etkisi ve yargı sisteminden kötü muamele yasağı ihlallerinin önlenmesinde oynaması istenen rol, hayati bir öneme sahiptir (*krş. Ali ve Ayşe Duran - Türkiye, no. 42942/02, §62; yukarıda geçen, Çamdereli, §38; ve yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova, §60 vd.*).

122. Mahkeme, mevcut olayda polisler D. ve E. aleyhindeki ceza soruşturmalarının, başvurucunun 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanmasından üç dört ay kadar sonra açıldığını ve polislerin bu tarihten iki yıl kadar sonra nihai bir kararla mahkûm edildiklerini kaydeder. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin diğer faktörlerin yanında davanın uzun sürmesini de göz önünde tutarak sanıkların cezalarını azaltmış olduğunu kaydetmekle birlikte (bk. yukarıda parag. 50), bu soruşturmaların ve ceza davasının Sözleşme'deki standartları karşılayacak kadar, yeterince süratli olduğunu kabule hazırdr.

123. Mahkeme ayrıca, polislerin başvuruçuyu Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir şekilde sorgulamaları sırasındaki eylemleri nedeniyle, Alman Ceza Kanunu hükümleri gereğince, zorlama ve zorlamayı teşvik suçlarından suçlu bulduklarını gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme, polislerin bu suçlar nedeniyle sadece çok az ve tecil edilen cezalarla cezalandırıldıklarını kaydeder. Mahkeme bu bağlamda, bireysel suçluluğun derecesi hakkında karar vermenin (bk. *Öneryıldız – Türkiye [BD]*, no. 48939, §116; ve *Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan [BD]*, no. 43577/98 ve 43579/98, §147, *ECHR 2005-VII*) veya suçluya verilecek uygun cezayı belirlemenin kendisinin görevi olmadığını, bu konuların münhasıran ulusal mahkemelerin görev alanına girdiğini hatırlatır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesine göre ve Sözleşme'nin hakları teorik veya görünüşte değil ama pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığı ilkesi uyarınca, devletin kendi egemenlik alanında bulunanların haklarını koruma yükümlülüğüne yeterince uymasını sağlamak zorundadır (bk. *yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova*, §61). Bundan çıkan sonuca göre Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamelelerine karşılık uygun yaptırımları seçmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu kabul etmekle birlikte, gözetim fonksiyonunu sürdürmeli ve eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu olaylara müdahale etmelidir. Aksi takdirde devletin etkili bir soruşturma yapma görevi anlamını büyük ölçüde kaybedecektir (bk. *yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova*, §62; *krş. ayrıca yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran*, §66).

124. Mahkeme, Frankfurt Bölge Mahkemesinin D.'nin ve E.'nin cezalarını karara bağlarken çeşitli hafifletici sebepleri dikkate almış olmasını gözden kaçırmamaktadır (bk. *yukarıda* parag. 50). Mahkeme bu davanın, keyfi ve vahşice eylemlerde bulunan devlet görevlilerinin bu eylemleri gizlemeye çalıştığı ve Mahkeme'nin infaz edilebilir bir hapis cezası verilmesinin daha uygun olacağını düşündüğü diğer bazı davalarla (*krş. örneğin yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova*, §63; ve *yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran*, §67-72) karşılaştırılabilir olmadığını düşünmektedir. Bununla birlikte, birine günlüğü 60 Euro'dan 60 gün ve diğerine günlüğü 120 Euro'dan 90 gün karşılığı sembolik para cezaları verilmesi ve daha sonra bu cezaların ertelenmesi, davalı devletin cezalandırma pratiğine uygun olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali için yeterli bir karşılık olarak görülmez. Sözleşme'nin çekirdek haklarından birinin ihlaliyle açıkça orantısız olan böyle bir ceza, gelecekte zor durumlarda kötü muamele yasağının ihlallerini önlemek için gerekli caydırıcılığa sahip değildir.

125. Mahkeme, verilen disiplin cezalarıyla ilgili olarak, hem D. ve hem de E.'nin soruşturma ve yargılama sırasında, suçların soruşturulması ile doğrudan ilgili olmayan birimlere nakledildiklerini kaydeder. D. daha sonra, Emniyet Genel Müdürlüğü Teknoloji, Lojistik ve İdare Başkanlığına atanmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, devlet görevlilerinin kötü muamele ile suçlandıkları zaman, soruşturma veya yargılama sırasında görevlerinden alınmalarının ve mahkûm edilmeleri halinde meslekten çıkarılmalarının önemli olduğunu defalarca belirttiğini hatırlatır (bk. *örneğin yukarıda geçen Abdülsamet Yaman*, §55; *yukarıda geçen Nikolova ve Velichkova*, §63; ve *yukarıda geçen Ali ve Ayşe Duran*, §64). Mahkeme bu davadaki olayların, yukarıda belirtilen davalardaki olaylarla karşılaştırılabilir olmadığını kabul etmiş olsa da, yine de D.'nin daha sonra bir polis biriminin başına atanmış olmasının, yetkililerin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın ağırlığına yeterince karşılık verip vermedikleri konusunda ciddi kuşklar doğurduğunu tespit eder.

126. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin ulusal düzeyde tazminat ödenmesi suretiyle telafi edilmesi konusunda ise Mahkeme, başvuruçunun Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak uğradığı zararlara karşılık tazminat almak üzere başvurduğunu kaydeder. Ancak başvuruçunun tazminat davası için adli yardım başvurusunun üç yıldır halen devam ettiği, henüz bir duruşma yapılmadığı ve talebin esasıyla ilgili bir hüküm verilmediği anlaşılmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin ağırlığını

dikkate alarak, pratikte manevi zararlara karşılık Sözleşme'nin 41. maddesine gereğince tazminata hükmettiğini belirtir (bk. diğer kararlar arasında, yukarıda geçen Selçuk ve Asker, §117 ve 118).

127. Her halükarda Mahkeme, bir Sözleşme ihlali için uygun ve yeterli bir giderimin ancak, tazminat başvurusunun ulaşılabilir, yeterli ve etkili olması koşuluyla sağlanabileceği kanaatinde. Özellikle tazminat davasındaki aşırı gecikme, hukuk yolunu etkisiz kılacaktır (krş. Sözleşme'nin 6. maddesindeki 'makul süre' şartına uymama nedeniyle tazminat davası bakımından yukarıda geçen Scordino (No. 1), §195). Mahkeme, başvuru talebinin esası hakkında ulusal mahkemelerin üç yıldan fazla bir süredir karar vermemiş olmalarının, mevcut olayda tazminat davasının etkililiği konusunda ciddi kuşular doğurduğunu tespit eder.

128. Mahkeme ayrıca başvuru, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalinin, ancak bu maddenin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen bulguların yargılama sırasında dışlanmasıyla telafi edilebileceğini ileri sürdüğünü kaydeder. Mahkeme, kendi içtihatlarının mevcut halinde, bir davalı devletin görevlilerinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden kötü muamele olaylarında devletin ulusal düzeyde yeterli bir giderim sağlayabilmek için soruşturma ve tazminat şartlarına uymasının hem gerekli ama hem de yeterli olduğuna kanaat getirdiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 116-119). Ne var ki Mahkeme ayrıca, Sözleşme'deki bir hakkın ihlalini telafi için hangi giderim tedbirinin uygun ve yeterli olduğu meselesinin, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlı olduğunu tespit etmiştir (bk. yukarıda parag. 116). Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanmış bir soruşturma yönteminin kullanılmasının başvuru hakkındaki bir ceza davasında kendisinin aleyhine bir sonuç verdiği bir olayda, bu ihlale karşılık uygun ve yeterli giderimin, yukarıdaki şartların yanında, o yasak yöntemle soruşturmanın yargılama üzerinde devam eden etkilerine yönelik giderim tedbirlerinin alınmasını ve özellikle Sözleşme'nin 3. maddesiyle elde edilen delillerin dışlanmasını gerektirebileceği ihtimalini yok saymamıştır.

129. Ancak mevcut olayda Mahkeme'nin bu mesele hakkında karar vermesi gerekli değildir. Mahkeme'nin bu aşamada, soruşturma sırasında yasaklanmış yöntemle sorgulamanın başvuru hakkının yargılanmasında devam eden bir etkiye sahip olup olmadığını ve kendisi için dezavantajlar doğurup doğurmadığını incelemesi gerekmez. Yukarıda yaptığı tespitler ışığında Mahkeme, her halükarda ulusal makamlar tarafından alınan farklı tedbirlerin, kendisinin içtihatlarında ortaya koyulan giderim şartını tam olarak karşılamadığı kanaatinde. Bu nedenle davalı devlet, başvurucuya Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden muamele için yeterli bir giderim sağlamamıştır.

130. Buradan çıkan sonucu göre, başvuru hala Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında 3. maddenin ihlalinin ötürü mağdur olduğunu iddia edebilir.

B. Sözleşme'nin 3. maddesine uygunluk

131. Mahkeme, başvuru hakkının 1 Ekim 2002 tarihinde sorgulanırken, J.'nin yerini söylemesi için işkence ile tehdit edildiğini ve bu sorgulama yönteminin Sözleşme'nin 3. maddesiyle yasaklanan insanlık dışı muamele oluşturduğu şeklinde yukarıdaki tespitlerine (bk. §94-108) göndermede bulunur.

132. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği iddiası

133. Başvuru ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiye sadece kendisinin alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen delilin kabul edilmesinin ve kullanılma-

sının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: ...

A. Büyük Daire önündeki davanın kapsamı

134. Başvurucu Büyük Daire önünde ayrıca, 1 Ekim 2002 tarihinde aleyhindeki deliller toplanıncaya kadar bir müdafî ile görüşmesinin kasten engellendiğini söylemiştir. Mahkemenin içtihatlarına göre Büyük Daire önüne getirilen 'dava', Daire tarafından kabul edilebilir bulunmuş olan başvurudur (*bk. diğerleri arasında, K. ve T. – Finlandiya [BD], no. 36590/97, §141, ECHR 2001-VII; Göç – Türkiye [BD], no. 36590/97, §36, ECHR 2004 XI; Cumpăna ve Mazere [BD], no. 33348/96, §66, ECHR 2004 XI*). Daire 10 Nisan 2007 tarihli kararında, başvuru müdafî ile görüşmeyle ilgili şikâyeti bakımından Sözleşme'nin 35(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde iç hukuk yollarını tüketmediğini tespit ettiğinden, Büyük Daire'nin bu konuyu inceleme yetkisi yoktur.

B. Hükümetin ilk itirazı

135. Hükümet, başvuru Sözleşme'nin 6. maddesi altındaki diğer şikâyetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümete göre başvuru, aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesi ve yasak yöntemlerle soruşturma sonucu elde edilen bulguların delil olarak kullanılmaması konusundaki şikâyetlerini ulusal mahkemeler önünde gereği gibi dile getirmemiştir.

1. Daire kararı

136. Daire bu itirazı Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikâyetin esasıyla birleştirerek incelediğinden ayrıca karar vermeyi gerekli görmemiş ve 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*bk. Daire kararı, parag. 86*).

2. Tarafların görüşleri

(a) Hükümet

137. Hükümet, Daire önündeki yargılamada ileri sürdüğü gerekçeleri Büyük Daire önünde de ileri sürerek, başvuru iç hukuk yollarını tüketmediği itirazında bulunmuştur. Hükümet ilk olarak, başvuru aleyhindeki ceza yargılamasının adil olmadığı, çünkü kendisine karşı yapılan tehditler nedeniyle muhakemenin devam etmemesi gerektiği iddiası konusunda, Federal Anayasa Mahkemesinin başvuru anayasal şikâyetini yeterli kanıt bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulduğunu söylemiştir. Hükümete göre, Anayasa hukukunun niçin sadece polis yaptığı sorgulama sırasında verdiği ifadenin dışlanması gerektirmekle kalmayıp, aynı zamanda muhakemenin devam ettirilmemesini de gerektirdiğini açıklamak başvurucuya düşer.

138. İkinci olarak başvuru, belirli bulguların kabul edilebilir bulunmaması talebinin reddedilmesi konusundaki şikâyetleri bakımından da iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edildiği gibi başvuru, Federal Adalet Mahkemesi önündeki yargılamada usul kurallarının gerektirdiği şekilde, muhakemenin devam ettirilmemesi başvurusundan tamamen ayrı olarak Birstein'in de bulunan delilin kullanılmasıyla ilgili bir itirazda da bulunduğunu ayrıntılı bir şekilde ortaya koymamıştır. Federal Savcının başvuru yaptığı temyiz kapsamını değerlendirirken, başvuru Ceza Muhakemesi Kanununun 136a(3). fıkrasının ihlalini iddia etmediği şeklindeki 9 Mart 2004 tarihli beyanı, başvuru tarafından düzeltilmemiştir.

(b) Başvurucu

139. Başvurucu bu görüşe karşı çıkmış ve iç hukuk yollarını tükettiğini iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyiz başvurusunda, delillerin top-

lanma tarzı nedeniyle ceza muhakemesinin devam etmemesini amaçlayan çok geniş bir başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun bu geniş başvurusu, kendisinden alınan ikrarın bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin kabuledilebilirliğinin dar yorumlanmasını da içermektedir. Başvurucu temyiz dilekçesine, 9 Nisan 2003 tarihli ön başvurularının kopyalarını da eklemiştir. Başvurucunun temyiz başvurusu gerekçe gösterilmeden Federal Adalet Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

140. Başvurucu ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesine daha sonra yaptığı şikâyetle iddiasını bütünüyle kanıtladığını savunmuş, bu mahkemenin başlıca kararlarına atıflarla muhakemenin devam etmemesi ve söz konusu bulguların dışlanması taleplerinin reddedilmesinin nasıl olup da Anayasanın 1 ve 104. maddelerindeki haklarını ihlal ettiği konusunda ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

141. Hükümet daha önce Daire önünde başvurunun kabuledilebilirliğiyle ilgili cevap dilekçesinde aynı itirazlarda bulunduğu için (bk. Daire kararı, parag. 84), Büyük Daire de Mahkeme İçtüzüğü'nün 54 ve 55. maddelerine göre ilk itirazları inceleme yetkisine sahiptir (bk. *N.C. – İtalya [BD]*, no. 24952/94, §44, *ECHR 2002-X*; *Azinas - Kıbrıs [BD]*, no. 56679/00, §32 ve 37, *ECHR 2004 III*; ve *Sejdovic - İtalya [BD]*, no. 56581/00, §41, *ECHR 2006-II*).

142. Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin amacının Sözleşmeciler Devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlaller henüz Mahkeme önünde ileri sürülmeden önce, bu ihlalleri önleme ve düzeltme imkânı vermek olduğunu hatırlatır (bk. *diğerleri arasında, Civet – Fransa [BD]*, no. 29340/95, §41, *ECHR 1999 VI*). Sözleşme'nin 35(1). fıkrası belirli bir esneklikle ve aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde uygulanmalıdır; ama bu fıkra başvuruların, sadece yetkili ulusal mahkemelere yapılmasını ve verilmiş olan kararlara karşı başvuru için düzenlenmiş olan etkili hukuk yollarına başvurulmuş olmasını gerektirmez. Ama ayrıca, daha sonra Mahkeme önüne getirilmesi düşünülen şikâyetleri, iç hukukta belirlenen şekil şartlarına ve süre kurallarına uygun olarak, en azından özü itibarıyla bu mahkemeler önünde ileri sürülmüş olmasını gerektirir (bk. *diğer kararlar arasında, 19 Mart 1991 tarihli Cardot – Fransa kararı*, §34, *Seri A no. 200*; ve *13 Kasım 2003 tarihli Elçi ve Diğerleri – Türkiye kararı*, no. 23145/93 ve 25091/94, §604 ve 605).

143. Sonuç olarak, başvurunun yaptığı bir usul hatası nedeniyle üst başvurusunun kabul edilmemesi halinde, iç hukuk yolları tüketilmiş olmaz. Ancak, başvuru iç hukukta öngörülen şekil kurallarına uymamış olmasına rağmen yetkili makam yine de üst başvuruyu esaslan incelemiş ise, artık iç hukuk yollarının tüketilmediğine karar verilemez (krş. *diğerleri arasında Mitropolia Basarabiei Si Exarhatul Plaiurilor ve Diğerleri – Moldova (k.k.)*, no. 45701/99, 7 Haziran 2001; *Skalka – Polonya (k.k.)*, no. 43425/98, 3 Ekim 2002; *Jalloh – Almanya (k.k.)*, no. 54810/00, 26 Ekim 2004; ve yukarıda geçen *Vladimir Romanov*, §52).

144. Mahkeme, başvurunun kendisinden alınan ikrarların doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmiş olması nedeniyle aleyhindeki ceza davasının adil olmadığından şikâyet ettiğini gözlemlemektedir. Başvurucu bu meseleyi, özellikle Bölge Mahkemesine 9 Nisan 2003 tarihinde yaptığı ön başvurularında özel olarak dile getirmiş ve hukuka aykırı yöntemlerle ifade alındığı için soruşturma makamları tarafından öğrenilen bulguların ceza davasında kullanılmamasına dair bir beyanda bulunulmasını istemiştir (bk. yukarıda parag. 25). Mahkeme, başvurunun Federal Adalet Mahkemesine yaptığı temyizde, söz konusu başvuruya atıfta bulunduğunu ve mahkemenin verdiği kararın bir kopyasını sunduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 37). Federal Adalet Mahkemesi başvurunun temyizini gerekçe göstermeden temelsiz bularak red-

detmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, içtihatların gereklerine uygun olarak, başvuruçunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikâyetini özü itibarıyla Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmüş olduğu iktâ olmuştur. Ayrıca Mahkeme, Federal Savcının başvuruçunun temyizinin kapsamına dair muhtemelen farklı yorumunun Federal Adalet Mahkemesi tarafından benimsenmiş olup olmadığı konusunda bir spekülasyonda bulunamaz. Başvuruçunun, Federal Anayasa Mahkemesi önünde de, soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olmasının elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılmamasını gerektirdiğini iddia etmiş olduğundan (bk. yukarıda parag. 40), Mahkeme başvuruçunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikâyetini ulusal mahkemeler önündeki bütün bir yargılama boyunca ileri sürmüş olduğunu kabul eder.

145. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun bunlara ek olarak, Bölge Mahkemesi, Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi önünde, kendisi aleyhindeki ceza davasının devam etmemesi gerektiğini, çünkü soruşturmada anayasaya aykırı yöntemler kullanıldığını iddia ettiğini gözlemlemektedir (bk. yukarıda parag. 24, 37 ve 40). Başvuruçunun bu talebi, yukarıda belirtilen (bk. parag. 144) başvurusuyla birlikte, soruşturma aşamasında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delilin yargılama sırasında kullanılmasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Federal Anayasa Mahkemesi başvuruçunun şikâyetini yeterince kanıtlamadığı gerekçesiyle kabuledilemez bulmuştur. Ancak Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararında, polis soruşturma aşamasında başvuruçuya acı verme tehdidinin, Anayasada yer alan insan onurunu ve başvuruçuyu kötü muameleye tabi tutma yasasını ihlal ettiğinin kabul edildiğini kaydeder. Anayasa Mahkemesi ayrıca, soruşturma sırasında anayasaya aykırı yöntemler kullanılmış olması nedeniyle oluşan usul sakatlığının, tehdit altında verilen ifadelerin ceza mahkemeleri tarafından yargılamadan dışlanması suretiyle yeterince düzeltildiğini ve ayrıca ceza davasına devam edilmemesini gerektirdiğini söylemiştir (bk. yukarıda parag. 42-44). Mahkeme bu gözlemler sonucunda, başvuruçunun aleyhindeki ceza davasına devam edilmemesiyle ilgili anayasa şikâyetinin en azından kısmen özü itibarıyla Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği kanaatindedir. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı da kabul edilemez.

146. Mahkeme, başvuruçunun iddia ettiği ihlalleri düzeltme fırsatının ulusal mahkemelere verildiğini tespit eder ve Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi gerektiği sonucuna varır.

C. Sözleşme'nin 6. maddesine uygunluk

1. Daire kararı

147. Daire, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Daire, soruşturma sürecinde yasak yöntemlerle sorgulamanın devam eden etkisi nedeniyle, başvuruçunun yargılama öncesinde soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin Bölge Mahkemesi tarafından kullanılmadığını gözlemlemiştir. Ancak ulusal mahkeme, başvuruçudan alınan ifadelerin dolaylı bir sonucu olarak elde edilen bazı bulguları kullanmıştır. Daire, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı vasıtalarla alınan bir ikrarın meyvesi olarak elde edilen bulguların kullanılmasının, tıpkı ikrarın kendisinin kullanılmasında olduğu gibi, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkaracağına dair güçlü bir karine bulunduğu kanaatindedir. Ancak olayın özel şartları içinde başvuruçunun mahkûmiyeti için asıl temel, yargılama sırasında verdiği yeni ikrar olmuştur. Tartışma konusu maddi deliller (real evidence) dâhil olmak üzere diğer bulgular, sadece bir yan (accessory) delil niteliğinde olup, sırf ikrarın doğruluğunu kanıtlamak için kullanılmışlardır.

148. Daire, tartışma konusu bulguların kabulü karşısında, başvuruçunun duruşmada ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığına iktâ olmamıştır. Başvuruçunun avukat yardımı aldığı iç hukuktaki davada, pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmayı istemiştir.

Yargılama sırasında ikrarların farklılaşmış olması, savunma stratejisinin değiştiğini göstermektedir. Başvurucu ayrıca, yargılama sırasında tartışma konusu maddi delile itiraz etme imkânı bulmuştur. Daire, Bölge Mahkemesinin bu delili kabul etmeye karar verirken bütün menfaatleri tartma imkânı bulunduğunu kabul etmiştir.

149. Bu unsurlar karşısında Daire, tartışma konusu bulguların kullanılmasının, başvurunun yargılanmasını bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirmediği sonucuna varmıştır.

2. Tarafların görüşleri

(a) Başvurucu

150. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen maddi delillerin kabul edilmesinin, ceza davasını Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal eder hale getirdiğini ileri sürmüştür. Bu deliller bir kez kabul edilince, artık savunma hakkından bütünüyle yoksun bırakılmıştır. Başvurucu ayrıca, kendini suçlandırmama ilkesiyle sağlanan korumadan da yoksun kalmıştır. Başvurucu, Birstein'da ve Birstein'dan dönerken bulunan delillerin, kendisini bunların nerede olduklarını göstermeye zorlayan polisin emriyle elde edildiklerini iddia etmiştir. J.'nin cesedini gizlediği yere doğru ağaçlar arasında ayakba-bısız olarak yürümeye zorlanmıştır. Cesedi gizlediği yere doğru gidişi ve sonra cesedi bulması sırasında video kaydının yapılmış olması, Birstein'deki olayların çocuğu kurtarmakla ilgili değil, ama mahkûmiyetini sağlamayı amaçlayan bir delil bulmakla ilgili olduğunu göstermektedir.

151. Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin mahkûmiyet kararının verilmesinde sadece birer yan delil değil, ama belirleyici deliller olduklarını iddia etmiştir. Başka isnatlarda bulunulabileceği halde, nitelikli öldürme isnadında bulunabilmek ve bu suçtan mahkûm edebilmek için, ikrar sonucu el edilen kendini suçlandırıcı deliller mutlaka gerekliydi. O sırada polisi bu delile götüren başkaca temiz bir yolun bulunduğu varsayımı geçerli değildir. Polisin bunları başka bir yoldan bulup bulamayacağı, tamamen bir spekülasyondur.

152. Başvurucuya göre, ilk derece mahkemesi yargılamanın hemen başında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillerin dışlanması talebini reddettiği için, bu noktadan itibaren yargılamanın sonucu önemli ölçüde belirlenmiştir. Artık bundan sonra susma hakkına dayanma veya J.'nin kazaen öldüğünü iddia etme veya cezanın hafifletilmesi umuduyla ilk aşamada tam bir ikrarda bulunma gibi savunma stratejileri etkisiz hale gelmiştir. Başvurucu, duruşmanın ikinci gününde sadece kısmen ikrarda bulunmuş ve dışlanmasını istediği bulguların duruşmada sunulmasından sonra yargılamanın sonunda J.'yi kasten öldürdüğünü kabul etmiştir. Gerçekten de, iddia makamı ve savcı yardımcılarını cezanın hafifletilmesi ihtimaline karşı çıkarken, kendisinin zaten kanıtlanmış olan şeyleri ikrar ettiğine işaret etmişlerdir.

153. Ayrıca başvurucuya göre, sorgulama yöntemi ister işkence isterse insanlıkdışı muamele olsun, Sözleşme (başvurucu burada özellikle Mahkeme'nin yukarıda geçen Jalloh kararına atıf yapmaktadır) ve uluslararası kamu hukuku kuralları (ICCPR md. 14 ve BM İşkenceye karşı Sözleşme md. 15 ve 16), işkence ve insanlıkdışı muamele mutlak yasaklı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bütün delillerin dışlanmasını gerektirmektedirler. Ulusal mahkemelerin ve Dairenin görüşlerinin aksine, Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak hakkın korunması, mahkûmiyete varılması gibi yararlarla dengelenemez, denge-lenmemelidir. Söz konusu delillerin dışlanması, kural olarak, işkence ve kötü muamele içeren bütün teşviklerin ortadan kaldırılması ve uygulamada bu tür davranışların önlenmesi için zorunludur.

(b) Hükümet

154. Hükümet ise Büyük Daire'den, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine dair Daire kararını onaylamasını istemiştir. Hükümet, söz konusu delilin elde edilme tarzıyla ilgili olarak, başvurunun Birstein'de veya dönüş sırasında ayakkabısız olarak yürümeye zorlandığı veya başkaca tehditlere tabi tutulduğu iddiasını reddetmiştir.

155. Hükümet, Bölge Mahkemesinin yargılamanın başlangıcında Birstein'da bulunan söz konusu bulguları davada delil olarak kullanmaya karar verdiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte başvuru, mahkeme önünde susabileceği veya yalan ifade verebileceği halde, suçun sorumluluğunu üzerine almak istediği için yargılama sırasında pişmanlık saikiyle ikrarda bulunmak istediğini söylemiştir. Hükümete göre başvuru, dava mahkemesinin kendisine haklarını hatırlatmasından sonra duruşmanın ikinci günü ikrarda bulunmuş olup, bu ikrardan anlaşıldığına göre J.'yi kasten öldürmüştür. Duruşmadaki ilk ikrarı ile ikinci ikrarı arasında fark küçük olup, ilk ikrarında sadece J.'yi öldürmenin başlangıçta kendi planının bir parçası olduğu kabulüne yer vermemiştir. Bu ek kabul öldürmenin kanıtlanması konusunda gerekli bir unsur değildir.

156. Hükümet başvurunun mahkûmiyetinin yargılama sırasında iradi olarak verdiği ikrara dayandığını vurgulamıştır. J.'nin cesedi ve ceset üzerinde yapılan otopsi raporu ile göletin yakınındaki başvurunun arabasının tekerlek izleri gibi, Birstein'e gidişten sonra elde edilen bulgular yan delil niteliğinde olup, sadece başvurunun duruşmada verdiği ikrarın doğruluğunu test etmek için kullanılmışlardır. Bu, başvurucuyu mahkûm eden Bölge Mahkemesi kararında açıkça söylenmiştir.

157. Hükümet, Sözleşme'nin 6. maddesinin delillerin kabuledilebilirliği konusunda her hangi bir kural getirmediğini, bu meselenin esas itibarıyla ulusal hukukların bir düzenleme konusu olduğunu kaydetmiştir. Hükümet, Sözleşme'ye göre bir katile karşı ceza kanununu uygulamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Çocuk kaçıran bir katilin mahkûm edilmesinde çok büyük bir kamu yararı vardır. Hükümet ayrıca, "zehirli ağacın meyvesi"nin kullanılmasının yasaklanmasında çok ileriye giden Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin içtihadının da çok dikkatli bir şekilde analiz edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, örneğin *Nix v Williams* (11 June 1984 (467 U.S. 431) adlı öncü kararında (bk. yukarıda parag. 73), usule aykırı bir soruşturmada sonra bulunan ceset, olayın şartları içinde her halükarda bulunacak idiyse, cesedin delil olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Mevcut olayda da durum böyledir; J.'nin cesedi başvurunun daha önce gittiği bir yerde saklanmış olup, ceset er ya da geç bulunacaktı.

(c) Katılanlar

(i) J.'s anne babası

158. J.'nin anne babasına göre, başvurunun yargılanması sırasında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri yerine getirilmiştir. Başvuru duruşmada hiçbir zaman ikrara zorlandığını söylememiş, fakat mağdurun ailesine saygısı nedeniyle ve serbestçe ifade vermekte olduğunu tekrarlamıştır. J.'nin anne babası, başvurunun duruşmanın ikinci gününde J.'yi kaçırmadan önce öldürmeyi planlamadığını inkâr etmekle birlikte, J.'yi boğarak öldürdüğünü ikrar ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuru daha sonraki ifadesinde çocuğu daha en başta öldürmeyi planladığını kabul etmiştir.

159. J.'nin anne babası ayrıca, başvurunun hazırlık soruşturması aşamasındaki beyanlarının dışlanmış olmasının ardından kendisine susma ile ikrarda bulunma arasında tercih imkânı verildiğini ve her şeyin olduğu gibi ortaya çıkmış olmadığını söylediğini vurgulamışlardır. Başvuru, dava mahkemesinin hükmü üzerinde hafifletici bir etkisi olmayacağını farkında olduğu halde, tam ve serbestçe ikrarda bulunduğunu iddia etmiştir. Daha sonra başvuru tarafından çıkarılan (*Alone with God – The Way Back*) adlı

kitapta, duruşmadaki ikrarına polisteki sorgusunun sebep olduğunu ima eden her hangi bir söz yoktur. Başvurucu bu kitapta, duruşmada yeni bir ikrarda bulunmasının saikiyle ilgili olarak, pişmanlığını ifade etmek istediğini tekrarlamıştır. Böylece başvurucu, ikrarının alacağı ceza üzerinde bir etkisinin olmama riskine rağmen, bu risk gerçekleşmiştir, eylemlerini bütün ayrıntılarıyla anlatmıştır.

(ii) Redress Trust

160. Redress Trust, işkence veya kötü muameleyle elde edilen delillerin kabul edilmesini yasaklayan dışlama kuralının (exclusionary rule) varlık nedeninin şu noktalara dayandığını söylemiştir: (i) işkence sonucu elde edilen ifadenin güvenilir olmaması; (ii) işkencenin uygar değerlere tecavüz etmesi; (iii) dünyanın her yerinde işkenceyi teşviki ortadan kaldırma amacına sahip bir politika bulunması; (iv) temel hakların korunmasını sağlama gereği; (v) yargılama sürecinin bütünlüğünü koruma gereği.

161. İşkence veya insanlıkdışı muameleyle elde edilen ifadelerin bir davada delil olarak kabulü, bir çok uluslararası belge tarafından yasaklanmıştır. Redress Trust'a göre, Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin özellikle 15. maddesi biraz daraltmış olmasına rağmen (bk. yukarıda parag. 70), dışlama kuralının sadece ikrarları değil ama aynı zamanda işkence altında alınan bir ifadenin sonucu olarak bulunan türev delilleri de kapsadığı savunulabilir. Örneğin BM İnsan Hakları Komitesi 30 Mayıs 1982 tarihli Genel Yorumunda (No. 7), işkence yasağının etkili bir şekilde kontrol edilebilmesi için, hem ikrarların ve hem de işkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ile elde edilen diğer delillerin yargılama sırasında kabuledilemez görülmesinin büyük önemi bulunduğunu söylemiştir (bk. yukarıda parag. 70). Güney Afrika Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin 10 Nisan 2008 tarihli *Mthembu v. The State* kararına göre de, işkenceden türetilen maddi deliller dâhil, işkenceyle elde edilen delillerin herhangi bir şekilde kullanılması, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirir (bk. yukarıda parag. 74). Bu, diğer kötü muamele biçimlerine de uygulanmalıdır. Mahkeme'nin *Jalloh* (§99 ve 104-107) ile *Harutyunyan* (no. 36549/03, §63) kararları da aynı yöne işaret etmektedirler.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Konuyla ilgili ilkelerin özeti

162. Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesi gereğince kendi görevinin, Sözleşmeçi Devletlerin Sözleşme'ye karşı üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olduğunu hatırlatır. Bir ulusal mahkeme tarafından yapıldığı iddia edilen maddi veya hukuki hatalar, Sözleşme'nin koruduğu hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmadıkça, bu hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği konusunda bir hüküm getirmemiştir; bu mesele öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusudur (bk. *Schenk – İsviçre*, 12 Temmuz 1988, §45-46, *Seri A no. 140*; *Teixeira de Castro – Portekiz*, 9 Haziran 1998, §34, *Reports 1998 IV*; ve *Heglas – Çek Cumhuriyeti*, no. 5935/02, §84, 1 Mart 2007).

163. Dolayısıyla, kural olarak bir delil türünün, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin iç hukuk açısından kabuledilebilir olup olmadığına karar vermek Mahkeme'nin işi değildir. Cevap verilmesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dâhil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki bir hakın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliklerinin incelenmesini de içerir (bk. *diğerleri arasında*, *Khan – Birleşik Krallık*, no. 35394/97, §34, *ECHR 2000 V*; *P.G. ve J.H. Birleşik Krallık*, no. 44787/98, §76, *ECHR 2001-IX*; ve *Allan – Birleşik Krallık*, no. 48539/99, §42, *ECHR 2002 IX*).

164. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvuruca delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu doğmaz; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyaç azalır (*bk. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37; yukarıda geçen Allan, §43; ve yukarıda geçen Jalloh, §96*). Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem bağlamaktadır (*krş. özellikle, yukarıda geçen Khan, §35 ve 37*).

165. Tespit edilen Sözleşme ihlalinin niteliğinin incelenmesi konusunda ise Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bilginin delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği meselesinin, başvuruca savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu delilin kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak karara bağlanabileceğini hatırlatır (*krş. diğerleri arasında, yukarıda geçen Khan, § 35-40; yukarıda geçen P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §77-79; ve 6. maddenin ihlali bulunmamış olan Bykov – Rusya [BD], no. 4378/02, §94-98, ECHR 2009-...*). Ancak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kullanılması konusunda farklı bir düşünce devreye girer. Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkûmiyet üzerinde belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur (*bk. İçöz – Türkiye (k.k.) no. 54919/00, 9 Ocak 2003; yukarıda geçen Jalloh, §99 ve 104; Göçmen – Türkiye, no. 72000/01, §73-74, 17 Ekim 2006; ve yukarıda geçen Harutyunyan, §63*).

166. Mahkeme, ikrarlar konusunda, işkence (*krş. Örs ve Diğerleri – Türkiye, no. 46213/99, §60; yukarıda geçen Harutyunyan, §63, 64 ve 66; ve Levinta - Moldova, no. 17332/02, §101, 104 ve 105*) veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler (*krş. Söylemez - Türkiye, no. 46661/99, §107, 122-124, 21 Eylül 2006; ve yukarıda geçen Göçmen, 73-74*) sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiğini tespit etmiştir. Bu tespit, ifadelerin kanıtlayıcılık değeri bulunup bulunmadığına ve kullanılmalarının sanığın mahkûmiyeti bakımından belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır (*ibid*).

167. Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden bir kötü muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delilin yargılamada kullanılması konusunda ise Mahkeme, şiddet fiillerinin, en azından işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerin bir sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılmayacağı kanaatindedir. Bunun dışında bir sonuç, Sözleşme'nin 3. maddesini oluşturanların yasaklamak istedikleri ahlaken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet eder, başka bir deyişle, 'vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter' (*bk. yukarıda geçen Jalloh, §105*). Mahkeme Jalloh kararında, işkence kapsamına girmeyen fakat insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin kullanılmasının her zaman, yani özellikle delile atfedilen ağırlığa, kanıtlayıcılık değerine ve sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılmaksızın, yargılamayı adil olmayan bir duruma getirip getirmediği sorununu çözmeden bırakmıştır. Olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle o davada Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibid.*, §107-108).

168. Susma hakkı ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen delilin kullanılması konusunda Mahkeme, bu hakların Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil muhakeme usulü kavramının kalbinde yer alan genellikle tanınmış uluslararası standartlar olduğunu hatırlar. Bunların varlık nedeni, başka şeylerin yanında, sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak ve böylece adli hatadan kaçınılmasına katkıda bulunmak ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarını yerine getirmektir. Özellikle kendini suçlandırmama hakkı, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlamak istediğini varsayar (bk. diğerleri arasında, *Saunders – Birleşik Krallık*, 17 Aralık 1996, §68, *Reports 1996-VI*; *Heaney ve McGuinness – İrlanda*, no. 34720/97, §40, *ECHR 2000-XII*; ve yukarıda geçen *Jalloh*, §100).

(b) Bu ilkelerin mevcut davada uygulanması

169. Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki kendini suçlandırmama ilkesi ve sanık haklarıyla ilgili gerekler, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının özel yönleri olarak görüldüğünden, Mahkeme şikâyetleri bu iki fıkrayı birlikte ele alarak inceleyecektir (krş. diğer kararlar arasında, *Windisch - Avusturya*, 27 Eylül 1990, §23, *Seri A no. 186*; *Lüdi – İsviçre*, 15 Haziran 1992, §43, *Seri A no. 238*; *Funke – Fransa*, 25 Şubat 1993, §44, *Seri A no. 256 A*; ve yukarıda geçen *Saunders*, §68).

170. Yukarıdaki ilkeler ışığında Mahkeme, başlangıçtan itibaren Sözleşme'deki hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılmasına karşı çıkmış olan başvuru aleyhindeki ceza davasının bir bütün olarak adil sayılıp sayılmayacağını incelerken, ilk olarak, söz konusu Sözleşme ihlalinin niteliğine ve bu ihlalle elde edilen tartışma konusu delilin kapsamına bakmak zorundadır. Mahkeme, başvurunun ifadesinin, 1 Ekim 2002 sabahı E. tarafından sorgulanması sırasında Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmek suretiyle alındığı konusundaki tespitine (yukarıda parag. 108) gönderme yapar. Mahkeme ayrıca başvurunun Birstein'de veya Birstein'a giderken ya da gelirken, maddi delilin yerini söylemesi için ikinci bir kez tehdit edildiğine dair bir belirti bulunmadığı sonucuna (yukarıda parag. 99) varmıştır.

171. Mahkeme, Bölge Mahkemesinin, Birstein'de ve Emniyet Müdürlüğüne döndükten sonra verdiği ifadeler dâhil, başvurunun ifadelerini sorgulama sırasında yapılan tehditlerin devam eden etkisiyle verdiğini ve dolayısıyla kabuledilemez olduklarını (bk. yukarıda parag. 29) tespit ettiğini, ama bu ifadelerin bir sonucu olarak öğrenilen maddi delilleri kabuledilebilir bulunduğunu kaydeder. Mahkeme, tartışma konusu maddi delilin ulusal mahkemeler önündeki davada, başvurucudan alınan ifadelerin bir sonucu olarak soruşturma makamları tarafından öğrenilen bir delil olarak nitelendirildiğini kaydeder (uzun erimli etki ("*Fernwirkung*") – bk. yukarıda parag. 31). Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesine göre yapacağı değerlendirme açısından, başvurunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı sorgulanması ile başvurunun ifadelerinin bir sonucu olarak bulunan J.'nin cesedi ve sonra alınan otopsi raporu, başvurunun arabasının gölet kenarında bıraktığı tekerlek izleri, J.'nin sırt çantası, elbiseleri ve başvurunun daktilosu gibi toplanan maddi deliller arasındaki nedensellik ilişkisinin belirleyici olduğu kanaatindedir. Bir başka deyişle, tartışma konusu maddi deliller, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eden polis tarafından yapılan sorgunun doğrudan bir sonucu olarak toplanmıştır.

172. Ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından bir mesele ancak, 3. maddeyi ihlal eden yöntemle elde edilen delilin, başvuru aleyhindeki ceza davasından dışlanmaması halinde doğar. Mahkeme, başvurunun soruşturma sırasında tehdit veya tehdidin süren etkisi altında verdiği ikrarlardan hiçbirinin Bölge Mahkemesi tarafından kabul edilmediğini kaydeder. Ancak Bölge Mahkemesi, duruşmanın başında başvurunun talebini reddetmekle, soruşturma makamlarının başvurunun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı

muamelenin süren etkisi altında verdiği ifadelerin bir sonucu olarak topladıkları bulguların kabul edilmemesi talebini de reddetmiştir (bk. yukarıda parag. 31).

173. Mahkeme'den, işkence oluşturmayan fakat Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı insanlık dışı muamele olarak nitelendirilen bir fil sonucu elde edilen maddi delillerin kabulünün, yargılamanın adilliği üzerinde doğurduğu sonuçları incelemesi istenmiştir. Yukarıda da gösterildiği gibi (bk. yukarıda parag. 166-167), Mahkeme bugüne kadar verdiği kararlarda, bu tür bir delilin, olayın içinde bulunduğu diğer şartlara bakılmaksızın, bir yargılamayı her zaman adil olmayan bir duruma getirip getirmeyeceği sorununun henüz çözmemiştir. Ancak Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı (ister işkence, isterse insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilsin) muamele yapılmasının bir sonucu olarak elde edilen ifadelerin ceza davasında kullanılmasının ve hem de işkence fiillerinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen maddi delillerin kullanılmasının, yargılamayı bir bütün olarak ve otomatik bir şekilde Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı adil olmayan bir duruma soktuğunu belirtmiştir (bk. yukarıda parag. 166-167).

174. Mahkeme, Sözleşmeciler Devletler ile başka devletler ve diğer insan hakları izleme organları arasında, delil dışlama kuralının uygulama alanı konusunda açık bir konsensüs bulunmadığını kaydeder (bk. yukarıda parag. 69-74'teki referanslar). Ayrıca, yasak sorgu yöntemlerinden bağımsız olarak, tartışma konusu delilin daha sonraki bir aşamada bulunup bulunmaması gibi faktörlerin bu tür delilin kabuledilebilirliği üzerinde etkisi olabilir.

175. Mahkeme ayrıca, birbirleriyle yarışan farklı hakların ve menfaatlerin bulunduğu farkındadır. Bir yandan, genellikle güvenilir ve zorlayıcı maddi delilin ceza davasından dışlanması, suçun etkili bir şekilde kovuşturulmasını engelleyecektir. Hiç kuşku yok ki, suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve ayrıca halkın, suçluların yargılanmalarında ve cezalandırılmalarında menfaatleri vardır; mevcut olayda bu menfaat çok büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca mevcut olay şu özelliği de taşımaktadır: tartışma konusu maddi delil, ceza soruşturmasını derinleştirme amacı taşımaksızın, bir çocuğun yaşamını kurtarmak ve böylece Sözleşme'nin 2. maddesinde güvence altına alınan başka bir çekirdek hakkı korumak için uygulanan yasak sorgu yöntemleriyle türetilmiştir. Öte yandan sanık, ceza davasında adil yargılanma hakkına sahiptir; ulusal mahkemelerin Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan olan 3. maddedeki insanlık dışı muamele yasağının ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen delili kullanmaları halinde, bu hak bakımından bir sorun doğar. Aslında, yargısal usulün bütünlüğü ve böylece hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş uygar toplumların değerlerinin muhafaza edilmesinde de hayati bir kamu yararı vardır.

176. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yukarıda sözü edilen menfaatleri göz önünde tutmakla birlikte, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hakkı içerdiğini de kaydeder. Bu hak mutlak olduğundan, soruşturulmakta olan suçun ağırlığı veya etkili bir cezai kovuşturma yapılmasındaki kamu yararı gibi başka menfaatlerle dengelenemez; dengelenmesi halinde, bu hakkın mutlaklığı zedelenir (*krş. ayrıca, mutatis mutandis, yukarıda geçen Saadi – İtalya, §138-139*). Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanan kötü muamele tabi tutulmama şeklindeki mutlak hakkın korunmasından ödün verilerek, ne insan yaşamının korunması ve ne de cezai mahkûmiyete varılması mümkündür; çünkü bu noktada ödün verilmesi, söz konusu değerleri feda eder ve adaletin işleyişine olan güveni zedeler.

177. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, Sözleşme gereğince, insan öldüren bir kişiye karşı Ceza Kanununu uygulamak ve böylece yaşama hakkını korumak zorunda olduklarına dair savunmasını da kaydeder. Gerçekten de Sözleşme, yaşama hakkının Sözleşmeciler Devletler tarafından korunmasını gerektirmektedir (*bk. diğer kararlar arasında Osman – Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, §115-116, Reports 1998 VIII*). Ne var ki Sözleşme, devlet-

leri Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki insanlıkdışı muamele yasağını ihlal eden bir davranışla veya bütün sanıkların Sözleşme'nin 6. maddesine göre sahip olduğu haklara aykırı bir tarzda yaşama hakkını korumaya zorlamamaktadır (*krş. mutatis mutandis yukarıda geçen Osman, §116*). Mahkeme, mevcut olayda devlet görevlilerinin, zor ve stresli bir durumda ve bir yaşamı korumaya çalışırken hareket ettiklerini kabul eder. Ancak böyle bir durum, devlet görevlilerinin maddi delili Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak elde ettikleri gerçeğini değiştirmez. Dahası, adil yargılanma hakkına saygı, tam da en ağır cezalar söz konusu olduğunda, demokratik toplumlar tarafından mümkün olan en yüksek düzeyde sağlanır (*krş. Salduz - Türkiye [BD], no. 36391/02, §54, ECHR 2008-...*).

178. Bununla birlikte, 3. maddeden farklı olarak, Sözleşme'nin 6. maddesi mutlak bir hak içermemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, 3. maddeye aykırılığın bir sonucu olarak elde edilen deliller bakımından bir ceza davasında ne gibi tedbirlerin gerekli ve yeterli olacağını belirlemelidir. Mahkeme'nin içtihatlarında ortaya çıktığı üzere (bk. yukarıda parag. 165-167), bu tür delillerin kullanılması yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğurur. Tabii ki, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında, Sözleşme'nin 3. maddesinde mutlak bir şekilde yasaklanmış bir fiille elde edilen delilin kabulü, bu yasağın mutlaklığına rağmen, kanun adamlarını bu tür yöntemleri kullanmaya teşvik edebilir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmesinin bir sonucu olarak elde edilen maddi delil 3. madde ihlaline, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin bir sonucu olarak alınan ifadeden daha uzak olsa bile, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı yöntemlerin kullanılmasına karşı bireylerin etkili bir şekilde korunması, kural olarak, bu maddi delilin yargılamada kullanılmamasını gerektirebilir. Aksi takdirde bir bütün olarak yargılama adil olmayan bir duruma gelir. Bununla birlikte Mahkeme, hem Sözleşme'nin 3. maddesindeki mutlak nitelikteki yasağın etkili bir şekilde korunmasının ve hem de ceza davasının adillığının, 3. madde ihlalinin ancak sanık aleyhindeki davanın sonucuyla ilgisi olması, yani sanığın mahkûmiyeti ve cezası üzerinde bir etkisinin bulunması halinde tehlikeye gireceği kanaatindedir.

179. Mahkeme, mevcut olayda Bölge Mahkemesinin başvuru tarafından işlenen suçun işleniş biçimiyle ilgili olaylara dair tespitlerini, açıkça başvuru duruşma sırasında verdiği yeni ve tam ikrara dayandırdığını; dolayısıyla bu tespitlerin, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkûm edilmesinde belirleyici olduğunu kaydeder (bk. yukarıda parag. 34). Ayrıca Bölge Mahkemesi, başvuru mahkûm edilmesinde ve cezalandırılmasında rol oynayan suçun planlanmasıyla ilgili maddi olaylara ilişkin tespitlerini de esas itibarıyla yeni ikrara dayandırmıştır. Yargılama sırasında kabul edilen ek deliller, ulusal mahkeme tarafından başvuru suçluluğunun kanıtlanması için değil, fakat sadece başvuru ikrarının doğruluğunu test etmek için kullanılmıştır. J.'nin ölüm nedenine ilişkin otopsi sonuçları ve çocuğun cesedinin bulunduğu yerde başvuru arabasının bıraktığı tekerlek izleri, işte bu ek deliller arasında yer almıştır. Ulusal mahkeme ayrıca, başvurudan tehdit altında alınan ilk ikrardan bağımsız olarak, başvuru fidyeyi almasından itibaren suretiyle polis tarafından gizlice izlenmesi ve yakalanmasından hemen sonra oturduğu evin aranması suretiyle toplanan doğrulayıcı delillere dayanmıştır. J.'nin ablasının ifadesi, şantaj mektubu, başvuru evinde bulunan suçun planlanmasıyla ilgili not ile başvuru evinde ve banka hesabında bulunan ve fidyeden elde edilen paralar, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle kirlenmemiş olan deliller arasında yer almıştır (ibid).

180. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvuru yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarın, tek başına veya doğrulayıcı ve lekesiz maddi delillerle birlikte, başvuru kaçırma ve öldürme suçlarından mahkûm edilmesine ve cezalandırılmasına temel

oluşturduğu kanaatindedir. Tartışma konusu maddi deliller, başvurunun suçluluğunun kanıtlanması ve cezalandırılması için gerekli olmayan ve kullanılmamış olan delillerdir. Bu durumda, tartışma konusu maddi deliller bakımından yasak sorgulama yöntemlerinden başvurunun mahkûm edilmesine ve cezalandırılmasına götüren nedensellik zincirinin kırıldığı söylenebilir.

181. Bu tespitler ışığında Mahkeme ayrıca, soruşturma sürecinde meydana gelen Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurunun yargılanması sırasındaki ikrarı üzerinde bir etkisi olup olmadığını incelemelidir. Başvurucu Mahkeme'ye yaptığı başvuruda, etkisi olduğunu söylemiştir. Başvurucu dilekçesinde, Bölge Mahkemesinin duruşmanın başında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen maddi delillerin dışlanması talebini reddettiği zaman, yargılamada artık ikrardan başka bir savunma seçeneğinin kalmadığını belirtmiştir.

182. Mahkeme ilk olarak, duruşmanın ikinci gününde ikrarda bulunmadan önce başvurucuya susma hakkının hatırlatıldığını ve suçlamalar hakkında daha önce verdiği ifadelerden hiç birinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağını söylediğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mevzuatın ve pratiğin, kötü muamele vasıtasıyla elde edilmiş ikrarlara bir sonuç bağladığına (krş. *Hulki Güneş – Türkiye, no. 28490/95, §91, ECHR 2003-VII; ve yukarıda geçen Göçmen, §73*) ve başvurunun durumunun bu noktada Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmeden önceki duruma döndürüldüğüne ikna olmuştur.

183. Dahası, bir müdafî ile temsil edilen başvuru, duruşmanın ikinci gününde ve duruşmanın sonunda verdiği ifadelerde, 1 Ekim 2002 tarihindeki olaylara rağmen, suçunun sorumluluğunu almak üzere ve pişmanlık saikiyle serbestçe ikrarda bulunduğunu vurgulamıştır (bk. yukarıda parag. 32). Başvurucu, tartışma konusu maddi delillerin kullanılmaması girişimi sonuçsuz kalmasına rağmen, ikrarda bulunmuştur. Dolayısıyla Mahkeme'nin, başvurunun gerçeği söylemediğini, Bölge Mahkemesi yargılamanın başında tartışma konusu maddi delilleri kullanmamaya karar vermiş olsaydı başvurunun ikrarda bulunmayacağını ve bu nedenle ikrarın sanık haklarını ortadan kaldıran tedbirlerin bir sonucu olarak görülmesi gerektiğini kabul etmesi için bir sebep yoktur.

184. Her halükarda Bölge Mahkemesinin karar gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, başvurunun duruşmanın son gününde verdiği ikinci ikrar, öldürme suçundan mahkûm edilmesinde hayati bir öneme sahip olup, ikrarda bulunmamış olsaydı, bu suçtan suçlu bulunmayabilirdi (bk. yukarıda parag. 34 ve 35). Başvurucunun ikrarında, tartışma konusu maddi deliller tarafından kanıtlanabilecek şeylerle alakası olmayan birçok ek unsur da yer almıştır. Maddi deliller, J.'nin boğularak öldürüldüğünü ve başvurunun Birstein'deki gölete gittiğini gösterdiğinden, başvurunun ikrarı J.'yi öldürme kastını ve ayrıca ardındaki saiki de kanıtlamıştır. Bu unsurlar karşısında Mahkeme, yargılamanın başında söz konusu delillerin kullanılmaması talebinin reddedilmesinden sonra başvurunun sessiz kalamayacağına ve ikrardan başka bir savunma seçeneği bulunmadığına ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, soruşturma sürecinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığın, başvurunun duruşmada ikrarda bulunması üzerinde etkisi bulunduğuna da ikna olmamıştır.

185. Sanık hakları konusunda Mahkeme, başvurucuya yargılama sırasında söz konusu maddi delillerin kabulüne itiraz etme fırsatı verildiğini ve başvurunun bu fırsatı kullandığını, Bölge Mahkemesinin de bu delilleri kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisi bulunduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla başvurunun sanık hakları bu yönden de göz ardı edilmiş değildir.

186. Mahkeme, başvurunun yargılama sırasında kendini suçlandırmama hakkının korumasından yoksun bırakıldığını iddia ettiğini kaydeder. Yukarıda söylendiği gibi, bir

kimsenin kendini suçlandırmama hakkı, iddia makamının sanık aleyhindeki iddiasını, sanığın iradesi hilafına baskı ve zorlama metotlarıyla elde edilen delillere başvurmadan kanıtlayacağını varsayar. Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurusunun mahkûmiyetini, başvurusunun suçluluğunu kanıtlamak üzere söz konusu maddi delillere başvurmadan, yargılama sırasında verdiği ikinci ikrarına dayandırdığına dair yukarıdaki tespitler göndermede bulunur. Dolayısıyla Mahkeme, başvurucu aleyhindeki davada kendini suçlandırmama hakkına uygun davranıldığı sonucuna varmaktadır.

187. Mahkeme, başvuruyla ilgili olayın özel koşulları içinde, insanlıkdışı muamele vasıtasıyla ifade alınmasından sonra toplanan söz konusu maddi delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinin, başvurusunun mahkûmiyeti ve cezası üzerinde bir etkisi bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurusunun sanık haklarına ve kendini suçlandırmama hakkına da saygı gösterildiğinden, yargılanan bir bütün olarak adil olduğu kabul edilebilir.

188. Buna göre Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkraları ihlal edilmemiştir.

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

189. Sözleşme'nin 41. maddesi şöyledir:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkânı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

190. Başvurucu maddi veya manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmemiş, başvurusunun amacının ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanmak olduğunu vurgulamıştır. Hükümet bu konuda bir yorumda bulunmamıştır.

191. Bu nedenle Mahkeme zararlar için tazminata hükmetmemiştir. Başvurusunun giderim için talep ettiği özel tedbir konusunda ise Mahkeme, yukarıda Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından varılan sonuç göz önünde tutulduğunda, başvurusunun ulusal mahkemeler önünde yeniden yargılanma veya dosyasının yeniden açılması talebinin bir temeli yoktur.

B. Ücretler ve masraflar

192. Başvurucu belgeler sunarak, Daire önündeki taleplerini tekrarlamış ve Bölge Mahkemesinin kendisini ödemeye mahkûm ettiği miktarın kendisine geri ödenmesini istemiştir. Bu miktar 72,855.60 Euro'dur. Başka şeylerle birlikte, bu miktarın kapsadığı avukatlık ücreti ile uzman görüşü ve diğer tanığın masraflarından hangilerinin Sözleşme'deki hakların ihlaline karşılık hükmedilmiş görülmesine karar verip vermeme-yi Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır. Başvurucu, temyiz başvurusu ile Federal Anayasa Mahkemesine anayasal şikâyetle bulunmak için ödenen ücretlerin (miktarı belirtmemiştir), sırf Sözleşme'deki hakların ihlalinin düzeltmek için ödendiğini iddia etmiştir.

193. Kendisine adli yardım verilmiş olan başvuru, Mahkeme önündeki yargılama sırasında ücretler ve masrafları için 22,647.85 Euro talep etmiştir. Fatura ve fişle belgelenen bu ücretler ve masraflar, avukatlık ücretlerini, ulusal mahkemelerdeki dava dosyalarına erişmek ve hukuk uzmanlarının hazırladığı raporlara karşılık ödenen ücretleri, fotokopi giderleri ile seyahat, iâşe ve konaklama masraflarını, ulusal mahkemeler önündeki diğer davalar için yapılan masrafları içermektedir.

194. Hükümet başvurusunun talepleri konusunda Büyük Daire önünde bir yorum yapmamıştır. Hükümet Daire önünde ise, Bölge Mahkemesinin başvurusunun ödemesine hük-

mettiği giderlerin Sözleşme'deki hakların ihlalini önlemek veya gidermek için katlanılmış olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu Federal Adalet Mahkemesi ile Federal Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama için katlandığı masrafların miktarını belirtmemiştir. Eğer başvurunun Sözleşme'deki haklarının ihlali tespit edilmesinden sonra dosya ulusal mahkemeler önünde yeniden açılacak olursa ve başvuru beraat edecek olursa, o zaman Bölge Mahkemesi önündeki yargılama giderleri hakkındaki karar gözden geçirilecektir.

195. Hükümet talep edilen avukatlık ücretlerinin makullüğünü Mahkeme'nin takdirine bırakmıştır.

196. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, ücretler ve masrafların gerçekten ve gerekli olarak yapılmış ve miktar bakımından makul olduğu kanıtlanmadıkça, Sözleşme'nin 41. maddesine göre ücretlere ve masraflara hükmedilmez. Ayrıca yargılama giderleri sadece ihlal tespitiyle ilgili oldukları ölçüde istenebilir (*bk. örneğin Beyeler – İtalya (adil karşılık) [BD], no. 33202/96, §27, 28 Mayıs 2002; Kafkaris - Kıbrıs [BD], no. 21906/04, §176, ECHR 2008 ...; ve Şahin - Almanya [BD], no. 30943/96, §105, ECHR 2003 VIII*).

197. Mahkeme, ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında katlanılan ücretler ve masraflar konusunda, başvurunun Bölge Mahkemesinin gördüğü aleyhindeki ceza davasındaki masrafların ne kadarının kendisinin Sözleşme'deki hakkının ihlalini önleme çabasına bağlanabileceğine dair takdiri Mahkeme'ye bıraktığını kaydeder. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesine iç hukuktaki soruşturma sırasında uygun davranılmadığını tespit etmekle birlikte, başvuru aleyhindeki ceza davasında Sözleşme'nin gereklerine uyulduğu sonucuna varmıştır. Başvurucu, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini gidermeyi amaçlayan ulusal makamlar önündeki bütün muhakemeler için katlanılan giderler için bir miktar belirmediğinden, Mahkeme bu başlık altında giderlere hükmedemez.

198. Mahkeme önündeki yargılama giderleri konusunda ise Mahkeme, başvuru talep edilen miktarın bir kısmının gerekli olmadan yapıldığı ve bütünü itibarıyla aşırı olduğu kanaatinde. Ayrıca başvurunun Mahkeme önündeki iddiaları, ancak kısmen başarılı olmuştur. Bu nedenle Mahkeme, başvurucuya bu başlık altında 4,000 Euro ödenmesine ve miktardan Avrupa Konseyinden adli yardım olarak alınan 2,276.60 Euro'nun düşülmesine, toplam olarak 1,723.40 Euro ve başvuruya yüklenebilecek vergilere hükmedilmesi gerektiği kanaatinde.

C. Gecikme faizi

199. Mahkeme, gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan miktar üzerinde ödenmesinin uygun olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurunun Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili şikâyeti konusunda Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Altıya karşı on bir oyla, başvurunun Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal "mağduru" olduğunu iddia edebileceğine;
3. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Altıya karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 6(1) ve (3). fıkralarının ihlal edilmediğine;
5. Yediye karşı on oyla,
 - (a) davalı devletin başvurucuya üç ay içinde ücretler ve masraflar için 1,723.40 Euro (bin yedi yüz yirmi üç) ve başvurucuya yüklenen vergileri ödemesine;
 - (b) yukarıda belirtilen üç aylık süreden sonra ödeme yapılınca kadar, Avrupa Merkez Bankasının en yüksek faiz oranına üç puan eklenerek bulunan basit faiz miktarının işletilmesine;
6. Başvurunun adil karşılıkla ilgili diğer taleplerinin reddine;

KARAR VERMİŞTİR.

[Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power’ın kısmi karşı oy görüşleri: Bu yargıçlar Büyük Daire çoğunluğunun Sözleşme’nin 6(1) ve (3). fıkralarına ilişkin ihlal bulunmadığı görüşüne katılmamışlardır. Bu yargıçlar şöyle demişlerdir:

“... 3. Mahkeme’nin içtihatlarında, Sözleşme’nin 3. maddesi ihlal suretiyle elde edilen delillerin kabulü, her zaman, Sözleşme’nin 8. maddesinde korunan haklarda olduğu gibi Sözleşme’deki diğer hakların ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulünden farklı mütalaa edildiği açıktır (*Schenk kararı; Khan kararı; P.G. ve J.H. kararı; Allan kararı; Perry kararı; Jalloh kararı [BD]; Bykov kararı [BD]*). Şimdiye kadar Mahkeme, usul koruyucuları bulunsa bile, niteliği ve kaynağı baskı ve zorlamayla lekelenmiş materyallerle dayanmanın adaletsiz olacağını görüşünde olmuştur (*Perry [k.k.]*, no. 63737/00). Şiddet, vahşet veya Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı işkence (*Harutyunyan*, §63, 66) veya kötü muamele (*Göçmen*, §74-75) olarak nitelendirilebilecek başka fiillerin sonucu olarak elde edilen ifadelerin kullanılması, bu delillerin başvuru mahkûmiyetini sağlamasında belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın, her zaman yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirir. Bu ilkenin diğer delil türlerine de aynı şekilde uygulanıp uygulanmayacağı incelenmelidir. *Jalloh – Almanya* kararında Mahkeme, mahkûmiyet açısından belirleyici olmasa bile, Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen her delilin kabulünün, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası bakımından bir sorun doğurabileceğini belirtmiştir. (*Jalloh*, §99). O davanın şartları içinde, işkence oluşturmayan ama yine de Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamına giren bir fiil sonucu elde edilen maddi delilin, yargılamayı otomatik olarak adil olmayan bir duruma getirip getirmediğine dair genel sorunu cevapsız bırakmıştır (*Jalloh*, §107). Ne yazık ki, bu davada şimdi çoğunluk tarafından verilen cevap ve benimsenen gerekçe, Sözleşme’nin 3. maddesiyle güvence altına alınan mutlak hakların etkililiğini zayıflatma riski içermektedir. Mahkeme’nin içtihadında, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele mutlak yasağın ihlali suretiyle elde edilen ifadelerin kabulü ile aynı şekilde elde edilen diğer deliller arasında bir ayrım başlatılmıştır. Bu ayrıma katılmak güçtür.

4. Çoğunluk, mevcut davada, yargılamada kabul edilen başvuru aleyhindeki maddi delillerin, polis tarafından ‘Sözleşme’nin 3. maddesini ihlal eden sorgulamanın doğrudan bir sonucu olduğunu’ kabul etmiştir (parag. 171). Bu yasak muamelenin ardından alınan ikrarın bir sonucu olarak, en önemli delilin bulunduğu yere gidilmiş, başvuru polisin talimatı üzerine cesedin bulunduğu yeri göstermiş (bu olayın görüntüsü çekilmiş) ve böylece başvuru kendini suçlandırıcı delilin bulunmasına yardımcı olmuştur. Daha sonra kabul edilen bu delilin ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında sunulduğu, incelendiği ve bu delile dayanıldığı ve Ceza Mahkemesinin kararında atıfta bulunulduğuna dair bir kuşku yoktur. Yukarıda anlatılanlara rağmen, çoğunluk yine de başvuru mahkûmiyetine ve cezalandırılmasına götürülen ‘nedensellik zincirinin kırıldığı’ (parag. 180) sonucuna varmıştır. Çoğunluğun tespitlerine ve gerekçesine katılmıyoruz.

5. Gözaltına almadan cezalandırmaya kadar, ceza muhakemesi birbiriyle bağlantılı organik bir bütün oluşturur. Bir aşamada meydana gelen bir olay, bir başka aşamada ortaya çıkan bir olayı etkiler ve bazen belirler. Soruşturma aşamasında oluşan bir olay ise, adaletin gerekleri ve şüphelinin mutlak nitelikteki insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, bize göre, böyle bir ihlalin olumsuz sonuçlarının yargılamadan bütünüyle silinmesini gerektir. Bu yaklaşım, daha önce kural olarak, ceza davasının hazırlanmasında soruşturmanın önemini incelerken, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin yargılamada ele alınacak suçun çerçevesini belirleyeceğini söyleyen Mahkeme tarafından teyit edilmiş ve vurgulanmıştır. Mahkeme, gözaltında bir müdafii ile görüşmenin kısıtlanmasıyla ilgili *Salduz – Türkiye* kararında, ne daha sonra verilen hukuki yardımın ve ne de

sonraki yargılamanın çekişmeli olmasının, gözaltında geçen süre içinde meydana gelen kusurları düzeltmeyeceğini tespit etmiş ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline karar vermiştir (*Salduz, §4-58*). Eğer bir müdafiyeye danışma hakkının ihlali ile ilgili durum böyle ise, bir şüphelinin insanlıkdışı muameleye tabi tutulma hakkının ihlali ve daha sonra böyle bir ihlal sonucu elde edilen delillerin ceza davasında kabulüyle karşılaşıldığında, aynı gerekçe tabi ki daha güçlü bir şekilde uygulanır.

6. Çoğunluk çalışma biçimi, muhakemeyi organik bir bütün olarak görmek yerine, varılan sonucun (öldürme suçundan mahkûmiyet ve azami ceza) izlenen yoldan (Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kabulü) etkilenmemesi için, muhakemeyi çeşitli bölümlere ayırmak, ayırıştırmak ve analiz etmek şeklinde olmuştur. Bize göre böyle bir yaklaşım sadece biçimci değil, ama aynı zamanda gerçeklerden de uzaktır; çünkü bu yaklaşım, ceza davasının yürütüldüğü pratik bağlamı ve bir muhakeme sürecinde işleyen dinamikleri bütünüyle görmezden gelmektedir. Çoğunluk görüşü, nedensellik zincirini 'kırdığı' iddia edilen ikrarın, başvuruçunun suçlandırıcı delillerin dışlanması talebinin reddedilmesinden hemen sonra verildiğini ve bütün delillerin duruşmada sunulmasından sonra daha tam olarak tekrar edildiğini görmezden gelmektedir. Başvuruçucu bu delillerin dışlanmasını sağlayamayınca, polislerin emri üzerine bizzat kendisinin gösterdiği suçluluğun açıkça ortaya koyacak tıbbi ve diğer güçlü delillerin dava mahkemesinin önünde olduğunu fark etmiştir. Hem savcının ve hem de J.'nin anne babasının avukatlarının, başvuruçunun ikrarının 'hiçbir değeri olmadığı' şeklindeki iddialarını biz de söylemek istiyoruz, çünkü başvuruçucu, kanıtlanacak her şeyin kanıtlanmasından sonra ikrarda bulunmuştur. İşte problemin özü buradadır ve bu konudaki savunmalara katılmamak güçtür.

7. Bize göre, delilerin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmelerinin ve daha sonra yargılamada kabul edilmelerinin, davadaki sonraki gelişmeler ve sonucu üzerinde hiçbir etkisi bulunmadığı söylenemez. Başvuruçunun sadece duruşma öncesinde verdiği ifadelerin dışlanması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalinin sebep olduğu kusurun düzeltilmesinde eğer olmuşa sadece çok küçük bir yararı olmuştur. Suçlandırıcı deliller bir kez kabul edildiğinde, başvuruçunun savunma özgürlüğü bütünüyle değilse bile önemli ölçüde kısıtlanmış ve kendisine isnat edilen suçlardan mahkûmiyeti kaçınılmaz hale gelmiştir. Davaya katılan iddia taraflarının yargılamanın hemen başında, başvuruçunun kendini etkili bir şekilde savunma yeteneği üzerinde ciddi şüphe bulunduğunu söyleyerek bu kaçınılmazlığı dile getirmeleri, görüşümüzü teyit etmektedir.

8. Ne başvuruçunun duruşmada ikrarda bulunması ve ne de bu ikrarın doğruluğunu ortaya koymak için zorlamayla alınmış delillere görünüşte sınırlı bir şekilde dayanılmış olması, böylece lekeli materyallerin delil olarak kabul edilmesinin sebep olduğu açık yargılama kusurunu düzeltbilmiştir. Başvuruçunun temel nitelikteki adil muhakeme hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamanın tek yolu, tartışma konusu delileri dışlamak ve iddia makamının elinde bulunan kirlenmemiş delillere dayanarak belki zorla kaçırma ve öldürme gibi isnatlarla yargılamaya devam etmek olabilirdi. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal suretiyle elde edilen delillerin ceza davasında kabul edilmesine izin vermek, kaçınılmaz olarak, bu maddenin sağladığı korumayı zayıflatır ve korumanın ne kadar ileri gideceği konusunda belirli bir kararsızlığa işaret eder.

9. Mahkeme'nin ilk kez, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği hallerde bu maddenin yasakladığı eylem türleri arasında, en azından yargılamanın adillığı üzerindeki sonuçları bakımından bir ikilik başlatmasını rahatsız edici buluyoruz. Aslında Mahkeme, şüpheliye insanlıkdışı muamele uygulamak suretiyle elde edilen maddi delillerin yargılamada delil olarak kabul edilebileceği ve bu delillerin davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmuyorsa, böyle bir yargılamanın yine de 'adil' görülebileceği sonucuna varmıştır. Eğer bir etkisi olmuyorsa, bu delilleri kabul etmenin amacı nedir? Ve niçin, şimdi aynı gerekçe,

işkenceyle elde edilmiş maddi deliller için kural olarak uygulanmasın? Örneğin bir işkence mağdurunun yargılama sırasında ikrar etmesi, işkence ile mahkûmiyet arasındaki nedensellik zincirini kırıyor, niçin yargılananın başında bu delillerin kabul edilmesine izin verilip, nedensellik zincirinin kırılması beklenmesin? Yanıt açık. Hukukun üstünlüğü üzerine kurulu toplumlar, doğrudan veya dolaylı veya başka bir biçimde, Sözleşme'nin 3. maddesiyle mutlak bir şekilde yasaklanmış muamelelerin işlenmesine hoşgörü göstermezler, onaylamazlar. Ne Sözleşme'nin 3. madde metni ve ne de Sözleşme'nin başka bir maddesi, işkenceye bağlanan sonuçlar ile insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye bağlanan sonuçlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Dolayısıyla bize göre, insanlıkdışı muameleyi işkenceden sonuçları itibarıyla farklı görmenin hukuki bir temeli yoktur. Ne 'nedensellik zincirinde bir kırılma' ve ne de zihinsel yapılandırma, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kabulü halinde meydana gelen yanlışın üstesinden gelebilir.

10. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin mutlak bir hak içerdiğini ve bu hakkı Sözleşme'nin 15(2). fıkrasına göre olağanüstü hallerde bile bu hakkı askıya almanın mümkün olmadığını söylemiştir (*Chahal*, §79; *V. – Birleşik Krallık [BD]*, §69; *Ramirez Sanchez [BD]*, §116; ve *Saadi [BD]*, §127). Bu hak mutlak olduğundan, bu hakkın bütün ihlalleri ağırdır, bize göre yasağın mutlaklığını güvence altına almanın en etkili yolu, Sözleşme'nin 6. maddesi söz konusu olduğunda dışlama kuralını sert bir şekilde uygulamaktır. Böyle bir yaklaşım, insanlıkdışı muamele yapmaya cesaretlendirilmiş olan devlet görevlilerinde, böylesi yasak bir eylemde bulunmanın boşu boşunalığı konusunda bir tereddüt bırakmaz. Bu yaklaşım kendilerini, şüphelilere Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağdaşmayan bir tarzda muamele konusunda potansiyel dürtü veya hevesten yoksun bırakır.

11. Sözleşme'nin 3. maddesi ihlalleri söz konusu olduğunda, dışlama kuralının sert bir şekilde uygulanmasından çıkacak sonuçların farkındayız. Bazen güvenilir ve güçlü delillerin de dışlanmak zorunda kalılabileceğini ve bunun bir suçun kovuşturulması üzerindeki etkisini bu suretle yumuşatabileceğini kabul ediyoruz. Ayrıca, bu tür delillerin dışlanması, sanığın başka bir ceza alacakken daha hafif bir ceza almasıyla sonuçlanabilir. Ancak bu durum meydana gelecek olursa, sanığın bu 'avantaj'dan yararlanmasının sorumluluğu, tabi ki, saikleri ne olursa olsun, görevlilerinin insanlıkdışı muamele yapmalarına izin veren ve böylece sonraki ceza davasını yumuşama riski altına sokan devlet yetkililerindedir.

12. Suç mağdurlarının, onların ailelerinin ve genel olarak halkın, suç faaliyetlerinde bulunanların kovuşturulmasında ve cezalandırılmalarında menfaatleri bulunduğunu da biliyoruz. Ancak bize göre, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu uygar toplumların değerlerinin muhafazasında da, aynı şekilde hayati, zorlayıcı ve yarışan bir kamu yararı vardır. Bu tür toplumlarda, amacı ne olursa olsun, bireylerin insanlıkdışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarına hiçbir şekilde izin verilemez. Buna ek olarak, yargısal usulün bütünlüğünün sağlanmasında ve sürdürülmesinde çok önemli bir kamu yararı vardır; mutlak nitelikteki bir insan hakkının ihlali suretiyle elde edilen delilin yargılamada kabulü, bu usulün bütünlüğünü zayıflatır ve tehlikeye sokar. Bize göre, Sözleşme'nin 3. maddesiyle güvence altına alınan insanlıkdışı muameleye tabi tutulma şeklindeki mutlak hakkın zayıflatılması pahasına suç faaliyetleri soruşturulamaz ve bireyin mahkûmiyeti sağlanamaz. Aksini kabul etmek, çekirdek değerleri feda etmek ve adalet dağıtmayı itibarsızlaştırmak anlamına gelir.

13. Çoğunluk ile birlikte, devlet görevlilerinin hayli zor ve stresli şartlar altında hareket ettiklerini kabul ediyoruz. Ancak bu durum, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ederek maddi delil ettikleri ve bu delillerin daha sonra başvuruçunun yargılandığı ceza davasında kullanıldığı ve dayanıldığı gerçeğini değiştirmez. Mevcut olayda durum çok önemli olmakla birlikte, işte tam da bu kriz zamanlarında mutlak değerler dimdik durmalıdır.”

TANIĞI SORGULATMAMA

23.04.1997 21363/93 VAN MECHELEN ve Diğerleri - HOLLANDA

- ◆ *duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi - gizli tanık polislerin ifadesine dayanan mahkûmiyet* (başvurucuların silahlı soygun suçundan mahkûmiyetleri, kimliklerini bilmedikleri ve soruşturma yargıcı tarafından yapılan sorgulama sırasında hal ve hareketlerini göremedikleri bir düzen içinde ifadeleri alınan gizli polis tanıkların ifadelerine dayanması)
- adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucular Bay Hendrik van Mechelen, Bay Willem Venerius, Bay Johan Venerius ve Bay Antonius Amandus Pruijboom Hollanda vatandaşlarıdır.

Polis, başvurucuların birçok soygunun failleri olduğu ve iki karavan parkından hareket ettikleri yönünde bir ihbar almıştır. 25 Ocak 1989'da bu kişilerin bir polis ekibi tarafından izlenmesine karar verilmiştir. 26 Ocak 1989 günü akşam saatlerinde Mercedes, BMW ve Lancia olmak üzere üç aracın bir karavan parkından kısa aralıklarla çıktıkları görülmüştür. Bu araçların plaka numaraları kaydedilmiştir. Bir süre sonra Oirschot'taki postane soyulmuştur. Soyguncular Mercedes arabasının çelik yüklü arkasıyla postanenin camını kırmışlar, siyah kasklı ve eli silahlı bir soyguncu içeriye girmiş, çalışanları kasadaki 70,000 Guldeni vermeye zorlamıştır. Soyguncular daha sonra Mercedes'i ateşe vermiş ve BMW'ye binip kaçmışlardır. Telsizle uyarılan polis ekipleri BMW'yi izlemeye başlamışlardır. Polisler, BMW'nin ormana doğru bir patika yoldan gittiğini, daha sonra ormandan bir duman bulutunun yükseldiğini görmüşlerdir. BMW daha sonra yakılmış olarak bulunmuştur. Dört polis, Lancia olduğu anlaşılan kırmızı bir arabanın ormandan aynı yoldan çıktığını görmüşler ve arabayı takip etmeye başlamışlardır. Takip sırasında arabanın bagaj kapısı içeriden açılmış ve bir adam takip eden polislerle tabanca ve otomatik silahla ateş açmıştır. Seken bir kurşun sivilleri taşıyan bir araca isabet etmiş, ancak içindekiler yaralanmamıştır. Lancia marka araba hızını artırmış ve bir yan yola girmiştir. Polisler arabaya yetiştiklerinde Lancia'yı durmuş halde görmüşlerdir. Yolda duran bir adam otomatik tabanca ile polis arabasına ateş etmiştir. Polis arabasına kurşun isabet etmiş ve içindekiler yaralanmıştır. Daha sonra silahlı adam ve Lancia'daki diğer kişiler kaçmıştır. Üç arabanın da daha sonra karavan parkından çıkan arabalar olduğu anlaşılmıştır.

Başvurucular ve bir diğer kişi aleyhinde, öldürmeye teşebbüs ve silahlı gasp suçlarından dava açılmıştır. İddia makamı tarafından sunulan deliller arasında, sadece numarayla belirtilen polis memurlarının adı bilinen başka bir polise verdikleri ifadeler yer almıştır. Bunun üzerine Ceza Mahkemesi 2 Temmuz 1989'da verdiği bir ara kararla, sadece numarayla belirtilen polislerin soruşturma yetkilerinin olup olmadığının belirlenmesinin gerekli olduğuna karar vermiş ve dosyayı soruşturma bir yargıcına göndermiş ve duruşmayı 20 Temmuz'a ertelemiştir. Soruşturma yargıcı söz konusu polislerin gerçekten de soruşturma yetkisine sahip memurlar olduklarını ortaya koymuştur. Başvurucunun avukatlarından biri, başka şeylerin yanında, numarayla belirtilen polislerin gizli/anonim tanıklar olduklarını, dolayısıyla verdikleri ifadeleri doğrulayan deliller bulunmadıkça, bu ifadelerin bir mahkûmiyeti desteklemek için yeterli kanıt oluşturamayacaklarını iddia etmiştir. Ceza Mahkemesi, söz konusu polislerin soruşturma yetkisine sahip olduklarını ve anonim kalmalarının verdikleri ifadelerin delil değerini etkilemediğini belirterek, bu iddiayı reddetmiştir.

Ceza Mahkemesi sanıkları öldürmeye teşebbüs ve silahlı gasp suçlarından mahkûm etmiştir. Soruşturma yargıcı veya Ceza Mahkemesi önünde dinlenmemiş olan bu gizli polislerin soruşturma sırasında polise verdikleri ifadeler, başvurucuları bu suçların failleri olarak belirleyen temel delili oluşturmuştur. Beş sanık da 10'ar yıl hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir.

Mahkûm olan beş sanık, Üst Mahkemeye başvurmuşlardır. Üst Mahkeme önünde 2 Mayıs 1990 tarihinde yapılan duruşmada, başvurucuların avukatları, adları belli birkaç tanık ile anonim tanıkların dinlenmelerini istemişlerdir. Üst Mahkeme, ilkin polislerin kimliğinin gizliliğinin kaldırılmasına karşı ne gibi itirazlarının bulunduğu öğrenilmesi ve ikinci olarak dinlenmeleri istenen bazı kişilerin açık duruşmada dinlenmelerinin uygun olmadığı gerekçesiyle, dosyayı bir soruşturma yargıcına göndermiştir. Adı bilinen dört polis, savunma tarafına ve mahkemeye sadece numaraları bildirilen on bir anonim polis ve iki sivil kişinin dinlenecektir. Adı bilinen tanıklar ile anonim tanıklar 24 ve 27 Eylül ile 5-8 ve 13 Kasım 1990 tarihlerinde dinlenmişlerdir. Bütün anonim tanıklar halen veya olay tarihinde soruşturma yetkisine sahip polis memurları oldukları belirlenmiştir.

Anonim tanıkların sorgulanmalarında izlenen usul şöyledir: Soruşturma yargıcı, tanık ve bir zabıt kâtabi bir odada, sanıklar, müdafileri ve savcı bir diğer odada bulunmuştur. Sanıklar, müdafileri ve savcı bir ses bağlantısıyla tanıklara sorulan bütün soruları ve verilen cevapları duyabilmişlerdir. Tanıkların beyanları soruşturma yargıcı tarafından zabıt için tekrarlanmış ve zabıt kâtabi de bunu kâğıda geçirmiştir. Soruşturma yargıcı 27 Eylül 1990 tarihinde ilk dört anonim tanıkla ilgili tespitlerini gösteren bir rapor hazırlamıştır. Soruşturma yargıcı, anonim tanıkların kendilerinin kimliğinin gizliliğini etkileyebilecek sorular sorulduğunda çok dikkatli davranmalarına rağmen, hepsinin güvenilir tanıklar olduğunu belirtmiştir. Soruşturma yargıcı ayrıca, anonim kalmak isteme sebeplerinin de yerinde olduğunu söylemiştir. Soruşturma yargıcı 27 Eylül 1990'da, adı açıklanan iki polisten sonra bir de yoldan geçen bir sivil olan Bay Engelen'i sorgulamış, bu tanık bir adamın ateş ettiğini gördüğünü söylemiştir. Bu tanık daha sonra aynalı odada yapılan teşhis sırasında bu kişiyi Van Mechelen olarak teşhis etmiştir. Adı açıklanan bazı polisler de soruşturmanın ardalanı ve izlenen usullerle ilgili bilgiler vermişler, fakat başvuruculardan herhangi birini fail olarak teşhis etmemişlerdir. Bazı tanıklar, meslektaşlarından bazıların başka olaylarda tehdit edildiklerini bildiklerini, fakat bu olayla ilgili olarak henüz herhangi birinin tehdit edildiğini duymadıklarını söylemişlerdir.

Üst Mahkeme önündeki duruşma 16, 17 ve 18 Ocak 1991 tarihlerinde yapılmıştır. 16 Ocaktaki açık duruşmada tanık Bay Engelen dinlenmiştir. Bay Engelen, Mart 1989'da polise ve Eylül 1990'da soruşturma yargıcına verdiği ifadelerde, başvurucu Van Mechelen'i Leende köyünde polis arabasına yarı otomatik silahla ateş eden kişi olarak teşhis ettiğini söyleyen tanıktır. Bay Engelen Üst Mahkeme önünde, önceki ifadelerini yeniden okuduğunu, ancak silahı veya ateş eden kişiyi hala tanıyabileceğine artık emin olmadığını söylemiştir. Bay Engelen ayrıca, bu olayla ilgili olarak herhangi bir tehdit olmadığını söylemiştir.

Başvurucu Van Mechelen'in müdafisi 18 Ocaktaki duruşmaya, iki kişiyi getirmiştir. Bu iki kişi, tüfekle atış takımında Hollanda'yı temsilen Olimpiyat oyunlarına katılmış kişiler olup, keskin bir görüş yeteneğine sahip kişilerdir. Bu kişiler suçun işlendiği tarihteki hava ve ışık durumuna benzer bir durumda yapılan bir canlandırmaya katılmışlardır. Bu tanıklar, Bay Engelen'in sanıkları gördüğünü iddia ettiği mesafeden, failler gibi hareket eden kişilerin özelliklerini ayırt edemediklerini söylemişlerdir. Noter huzurunda yapılan bu canlandırmaya ilişkin video kaydının orijinali yine noter tarafından saklanmaktadır. 21 Ocaktaki duruşmada canlandırmaya ilişkin bu video kaydı izlenmiştir.

Üst Mahkeme 4 Şubat 1991’de verdiği kararlar, dört başvurucuyu öldürmeye teşebbüs ve silahlı gasp suçlarından 14’er yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Üst Mahkeme, başvuru Van Mechelen ile ilgili verdiği kararda, kimliğinin gizliliği korunan kişilerin verdikleri ifadelerin delil olarak kullanılması konusunda özetle şunları söylemiştir:

“Bu ifadeleri alan soruşturma yargıcı tanıkların kimliğini bilmektedir, tanıkları yeminli olarak dinlemiştir, düzenlediği tutanakta tanıkların güvenilirliği ve tanıkların anonim kalmayı istemekteki sebepleri hakkındaki görüşünü gerekçeli olarak bildirmiştir. Dahası sanığa ve müdafisine bu tanıkları sorgulama fırsatı vermiş ve tutanaklardan anlaşıldığına göre onlarda bu fırsatı geniş bir şekilde kullanmışlardır. Soruşturma yargıcının tanıkları dinlemesine ve sadece numara ile bilinen tanıkların kimliğinin gizliliğini itirazlar, Üst Mahkemenin de bu gizliliğin sürdürülmesi için yeterli sebeptir ve açık duruşmada tanıkların tanınabilme ihtimali göz ardı edilemeyeceğinden tanıkların açık duruşmada dinlenilmesi kabul edilemez. Üst Mahkemeye göre tanıklar henüz tehdit edilmemiş olsalar bile kendilerinin ve ailelerinin güvenlikleri, kimliğinin gizliliğinin sürdürülmesi için ikna edici bir sebeptir. Kaldı ki olaydaki suçlar öldürme teşebbüsü gibi son derece ağır suçlar olup failer tanınmamak ve yakalanmamak için birkaç tane insan yaşamını feda etmeye hazırdırlar.”

Öte yandan Üst Mahkeme anonim polislerin ifadelerinin birbirlerinin ifadeleriyle ve anonim olmayan kaynaklardan elde edilen delillerle doğrulandığını kabul etmiştir. Bu deliller arasında başvuru Johan Venerius’un karısı ile annesi arasında dinlenen telefon konuşmasında Johan Venerius’un eve dönmediğini ve nerede olduğunu bilmediğini söylemesi; arabalara ve silahlara ilişkin kriminal raporlar, adı açıklanan sivillerin ve polislerin ifadeleri yer almaktadır. Ancak Üst Mahkeme Bay Engelen’in ifadelerine dayanmamıştır. Başvurucular Üst Mahkeme’nin kararına karşı Temyiz Mahkemesine başvurmuşlardır. Temyiz Mahkemesi 9 Haziran 1992 tarihli kararlarla, Başsavcılığın görüşüne uyarak, temyiz taleplerini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesine göre, anonim polisler tarafından verilen ifadeler kabuledilebilir niteliktedir, çünkü bu kişilerin ifadeleri adı açıklanan kaynakların verdikleri ifadelerle tutarlıdır, ayrıca anonim tanıkları dinleme usulü sanıkların karşılaştıkları engelleri yeterince telafi etmiştir. Adı açıklanan veya anonim tanıkların her hangi bir zaman başvuru veya onların namına tehdit edildikleri iddia edilmemiştir.

İç hukuk: Temyiz Mahkemesi 9 Ocak 1990 tarihli bir kararında, Hollanda hukukunda dava mahkemesinin anonim polislerin ancak tehdit altında olduklarına dair açık belirtilerin varlığını tespit etmesi halinde ifadelerinin kabul edileceğine dair açık bir kural olmadığını söylemiştir. Temyiz Mahkemesi 2 Temmuz 1990 tarihli bir kararında, İnsan Hakları Mahkemesinin Kostovski kararından anonim tanıkların ifadelerinin kullanılmasına ilişkin çıkan şartların, o tarihe kadar kendi içtihatlarındaki şartlardan daha katı olduğunu belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi bu katı şartları şöyle ifade etmiştir: Bu tür bir ifade, (a) bir yargıç tarafında alınmalı, (b) yargıç tanığın kimliğini biliyor olmalı, (c) yargıç tanık dinleme tutanağında tanığın güvenilirliğiyle ilgili görüşünü ve tanığın anonim kalmak isteme sebeplerini belirtmeli ve (d) yargıç savunma tarafına bir şekilde soru sorulmasına imkân tanınmalıdır. Aynı karara göre anonim tanığın ifadesinin yer aldığı bir belge ancak (a) savunma tarafı yargılamanın herhangi bir aşamasında söz konusu tanığa soru sorması için izin verilmesini istememiş ise, ve (b) mahkûmiyet büyük ölçüde anonim olmayan kaynaklardan türetilmiş diğer delillere dayanmış ise, ve (c) dava mahkemesi anonim tanıkların ifadelerini çok dikkatli bir şekilde ele almış ise kullanılabilir. Öte yandan 11 Kasım 1993 tarihli Yasa, Ceza Muhakemesi Kanununa ‘tanıkların korunması’ ile ilgili birçok hüküm eklemiştir.

Başvurucular Kasım ve Aralık 1992’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, mahkûmiyet kararlarının belirleyici ölçüde anonim tanıkların ifadelerine dayanılarak ve-

rilmesinden ve bu ifadeler bakımından sanık haklarının kabul edilemez bir ölçüde kısıtlanmasından şikâyetçi olmuşlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 6(3)(d) bendinin ihlali iddiası

A. Mahkeme önündeki iddialar

[47–48]: Başvurucular polislerin kimliğinin gizliliğinin sürdürülmesine ihtiyaç bulunmadığını, tanıkların kendileri veya aileleri için bir tehlike bulunmadığını söylemişlerdir. Başvuruculara göre tanıklar açık duruşmada gerekirse maske takılarak dinlenmeliydiler. Başvurucular ayrıca, söz konusu polisler yeterince itiraz etme veya soru sorma imkânı verilmediğini, anonim tanıkların sorgu sırasında tutuldukları ayrı odada başka kişilerin olup olmadığını veya orada ne olup bittiğini öğrenemediklerini, sorulan tüm sorulara yanıt verilmediğini, nihayet mahkûmiyet kararlarının 'belirleyici ölçüde' anonim tanıklar tarafından verilen ifadelere dayandırıldığını söylemişlerdir.

Hükümet ve Komisyon Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve 6(3)(d) bendinin ihlal edilmediğini belirtmişlerdir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Uygulanabilir ilkeler

“49. Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki şartlar 1. fıkrada güvence altında alınan adil yargılanma hakkının özel yönleri olarak görülebileceğinden, Mahkeme bu şikâyeti, her iki hüküm birlikte ele alarak inceleyecektir (*Doorson*, §66).

50. Mahkeme, delillerin kabuledilebilirliği meselesinin öncelikle ulusal hukukun düzenlediği bir mesele olduğunu ve önlerindeki delilleri değerlendirmenin genel bir kural olarak ulusal mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Mahkeme'nin Sözleşme bakımından görevi ise, tanık ifadelerinin delil olarak kabul edilip edilmemesi konusunda bir karar vermek değil, ama delillerin toplama usulü dâhil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemektir (*Doorson*, §67).

51. Kural olarak bütün delillerin tartışılabilmesi için, delillerin açık duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları gerekir. Bu ilkenin istisnaları vardır, fakat bu istisnaların sanık haklarını ihlal etmemeleri gerekir; kural olarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 6(3)(d) bendi sanığa, aleyhindeki bir tanığın ya ifadesi alınırken veya daha sonraki bir aşamada, itiraz etme ve sorgulama için yeterli ve gerekli imkân verilmelidir (*Lüdi*, §49).

52. Mahkeme'nin *Doorson* kararında dediği gibi (parag. 69), mahkûmiyet kararına varırken anonim tanıkların ifadelerinin kullanılması, her koşulda Sözleşme'yle bağdaşmaz değildir.

53. Aynı kararda Mahkeme şöyle demiştir: ‘Sözleşme'nin 6. maddesinin, genel olarak tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmediği doğrudur. Ancak bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri tehlikeye girebilir. Tanıkların ve mağdurların bu tür menfaatleri, Sözleşme'nin maddi hükümleri tarafından korunmaktadır; bu durum Sözleşmeciler Devletlerin ceza yargılamaını, bu menfaatlerin haksız yere zayıflatılmayacak şekilde düzenlemeleri gerektiğini ima eder. Bu ardalara karşısında adil yargılama ilkeleri, gerekirse sanıkların menfaatlerinin tanıkların veya ifade vermeye çağrılan mağdurların menfaatleriyle dengelenmesini gerektirir (*Doorson*, §70).’

54. Ancak iddia tanıklarının kimliğinin gizliliği sürdürülecek olursa, sanık normal şartlarda ceza davasında karşılaşmayacağı güçlüklerle karşılaşacaktır. Bu nedenle Mahkeme, böyle durumlarda Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ile birlikte ele alınan 6(1). fıkrasının, sanığın karşılaşacağı engellerin yargısal makamlar tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesini gerektirdiğini kabul etmiştir (*Doorson, §72*).

55. Son olarak, bir mahkûmiyetin tek başına veya belirleyici ölçüde anonim ifadelere dayandırılmaması gerektiği hatırlanmalıdır (*Doorson, §76*).”

2. Yukarıdaki ilkelerin uygulanması

“56. Mahkeme’ye göre, anonim tanıkların devletin kolluk kuvvetlerinin üyeleri olmaları halinde, bu tanıkların kimliğinin gizliliğinin korunması lehindeki argümanlar karşısında sanığın menfaatlerinin dengelenmesi özel sorunlar doğurur. Bu tanıkların ve hatta ailelerinin menfaatleri Sözleşme bakımından korunmayı gerektirmekle birlikte, bu kişilerin konularının mağdur veya olayla ilgisi olmayan bir tanıktan bir ölçüde farklı olduğu kabul edilmelidir. Bu tanıkların devletin idari makamlarına karşı genel bir bağlılık ödevi bulunmaktadır ve genellikle savcılıkla bağları vardır; sırf bu nedenle, bu tanıkların anonim tanık olarak kullanılmasına ancak çok istisnai hallerde başvurulmalıdır. Ayrıca, bu tanıkların ve özellikle gözaltına alan kolluğun görevleri, açık bir duruşmada ifade vermeyi de gerektirebilir.

57. Öte yandan Mahkeme ilke olarak, sanık haklarına saygı gösterilmek şartıyla, kolluk makamlarının gizli faaliyetlerde kullandıkları bir görevlinin kendisinin veya ailesinin korunması ve böylece gelecekteki operasyonlarda kullanılabilirliğinin zayıflatılmaması için, bu görevlinin kimliğinin gizliliğinin korunmasını istemelerinin meşru olabileceğini kabul etmiştir (*Lüdi, §49*).

58. Adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumdaki yerini göz önünde tutulduğunda, sanık haklarını kısıtlayan her hangi bir tedbir kesinlikle gerekli olmalıdır. Eğer daha az kısıtlayıcı bir tedbir yeterli ise, o zaman bu tedbir uygulanmalıdır.

59. Mevcut olayda söz konusu polisler soruşturma yargıcı ile birlikte ayrı bir odada toplanmışlar, sanıklar ve hatta müdafileri bu odaya alınmamışlardır. Bütün iletişim ses bağlantısıyla yapılmıştır. Dolayısıyla sanıklar, polis tanıkların kimliklerini bilmedikleri gibi, doğrudan sorgulama sırasında bu tanıkların hal ve hareketlerini gözlemlemeleri ve dolayısıyla güvenilirliklerini test etmeleri de engellenmiştir (*Kostovski, §42/son*).

60. Sanığın aleyhindeki bir tanığın kendisinin huzurunda dinlenmesi hakkına böylesi aşırı sınırlamalar koyulmasının niçin gerekli olduğu veya niçin daha dar kapsamlı tedbirlerin düşünülmediği Mahkeme’ye tatmin edici bir şekilde açıklanmamıştır. Daha başka bir bilgi de bulunmadığından, Mahkeme, polisin operasyonel ihtiyaçlarının bu tedbire haklı bir temel sağladığını düşünmemektedir. 11 Kasım 1993 tarihli Yasanın gerekçesinde bu bağlamda, makyaj veya maske kullanılabileceğinden ve göz temasının engellenebileceğinden söz edilmektedir.

61. Mahkeme, Üst Mahkemenin polislere veya ailelerine karşı misilleme tehdidini değerlendirmek için yeterli çaba gösterdiğine de ikna olmamıştır. Üst Mahkemenin kararında, başvuruçuların böyle tehditlerde bulunma veya başkalarını buna azmettirme durumunda olup olmadıkları meselesini araştırdığı görülmektedir. Üst Mahkemenin bu konudaki kararı sadece, işlenen suçun ağırlığına dayanmıştır. Bu bağlamda, soruşturmanın ilk aşamasında başvuruçulardan birini faillerden biri olarak teşhis eden bir ifade veren sivil tanık Bay Engelen’in kimlik gizliliği korumasından yararlanmamış ve kendisinin tehdit edildiği hiçbir zaman iddia edilmemiştir.

62. Hükümetin ve Komisyon'un kaydettiği gibi, anonim tanık polislerin bir soruşturma yargıcı tarafından sorgulandıkları ve soruşturma yargıcının bu polislerin kimliklerini tespit ettiği ve çok ayrıntılı olan raporunda bu kişilerin güvenilirlikleri ve inanılabilirlikleri ile anonim kalma gerekçeleri hakkında görüşlerini dile getirdiği doğrudur. Ne var ki bu tedbirler, sanıkların tanıkları kendilerinin huzurunda sorgulama ve tanıkların hal ve hareketleri ile güvenilirlikleri hakkında kendi yargılarını oluşturmalarının bir yedeği görülemez. Sanıkların karşılaştıkları engellerin yukarıdaki usullerle dengelendiği söylenemez.

63. Dahası, Üst Mahkemenin başvuruçuları suçun failleri olarak teşhis ederken dayandığı tek delil, anonim polislerin ifadeleridir. Bu durumda başvuruçuların mahkûmiyeti 'belirleyici ölçüde' (decisive etten) anonim tanık ifadelerine dayandırılmıştır.

64. Mahkeme'ye göre mevcut dava, *Doorson* davasından farklıdır. *Doorson* davasında, her ikisi de sivil kişiler olan ve sanığı şahsen tanıyan tanıklar Y. 15 ve Y. 16'ya ilişkin dosyada yer alan bilgilere dayanılarak, sanığın şiddete başvurabileceğine inanmak için yeterli sebep bulunduğu karar verilmişti ve bu tanıklar müdafinin huzurunda dinlenmişti (*Dooson*, §25, 28, 71 ve 73). Ayrıca yine *Doorson* davasında, anonim tanıklar dışında, sanığın isnat edilen suçun faili olduğuna ilişkin olumlu teşhis sağlayan başka deliller de vardı (*Doorson*, §34, 76).

65. Bu ardaan karşısında Mahkeme, bir bütün olarak değerlendirdiği yargılamanın adil olmadığı sonucuna varmaktadır.

66. Olayda Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ile birlikte ele alınan 6(1). fıkrasının ihlal edilmiştir."

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme'ye göre bu sorun bu aşamada karara hazır olmadığından adil karşılık sorununun saklı tutulmasına, ücretler ve masraflar için toplam 60,000 Gulden ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ile birlikte 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirligiyle, ücretler ve masraflar için ... ödenmesine; ...

KARAR VERMİŞTİR.

09.06.1998 25829/94 TEIXEIRA DE CASTRO - PORTEKİZ

◆ gizli soruşturmacı tanık ifadesi - ajan provokatörün duruşmadaki ifadesine dayanan mahkûmiyet (iki gizli polisin isteği üzerine kendilerine 20 gram eroin sağlayan başvuruçunun sadece bu polislerin tanık ifadelerine dayanılarak 6 yıl hapis cezasına mahkûm olması, polislerin eylemleri olmaksızın başvuruçunun suçu işlemiş olamayacağı) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği

DAVANIN ESASI

Başvuruçuy Bay Francisco Teixeira de Castro, 1955 doğumlu bir Portekiz vatandaşıdır. Başvuruçuy olayların geçtiği tarihte bir tekstil fabrikasında çalışmaktadır. Salıverildikten sonra işsiz kalmıştır.

İki polis, bir uyuşturucu kaçakçılığını izleme operasyonu ile bağlantılı olarak V.S. adında bir kişiyle birkaç kez temas kurmuştur. V.S.'nin kendi tüketimi için para bulmak amacıyla küçük miktarda esrar ticareti yaptığından kuşulanılmıştır. Polis, V.S. aracılığıyla, kendisine uyuşturucu temin eden kişilere ulaşmayı ümit etmiş ve V.S.'den birkaç kilo

esrar satın almayı teklif etmiştir. Bu kişilerin polis olduğunun farkında olmayan V.S. bir tedarikçi bulabileceğini söylemiştir. Polislerin ısrarına rağmen, V.S. tedarikçinin yerini söylememiştir.

30 Aralık 1992 gece yarısından kısa bir süre önce, V.S.'nin evine giderek, eroin satın almak istediklerini söylemişlerdir. V.S., eroin bulabilecek kişi olarak başvuru Francisco Teixeira de Castro'dan söz etmiş, ancak başvuru adresini bilmediğini ve adresi F.O.'dan bulabileceğini belirtmiştir. Daha sonra bu dört kişi, alıcı gibi davranan polislerin arabasıyla başvuru evine gitmişlerdir. Başvuru, F.O.'nun çağırması üzerine dışarı çıkmış ve arabaya girmiştir. Polisler 200,000 Esküdo karşılığında 20 gram eroin satın almak istediklerini söylemişler ve Portekiz Bankasından çekilmiş bir deste para vermişlerdir. Başvuru eroin temin edeceğini söylemiş ve F.O. ile birlikte kendi arabasıyla J.P.O.'nun evine gitmiştir. J.P.O. başka bir kişiden biri 10 gramlık ve ikisi 5'er gramlık üç paket eroin getirmiş ve 100,000 Esküdodan fazla bir miktar para alarak eroini başvuruca teslim etmiştir. Daha sonra başvuru eroini V.S.'nin evine getirmiştir. Bu sırada eve dönmüş olan V.S. ve iki polis dışarıda beklemişlerdir. Alışveriş evde gerçekleştirileceğinden, V.S. polisleri eve davet etmiştir. Başvuru cebinden ilk paketi çıkardığı sırada polisler kendilerinin polis olduğunu söylemişler ve başvuruca, V.S.'yi ve F.O.'yu gözaltına almışlardır. Gözaltına alma işlemi gece saat 2 gibi gerçekleşmiştir. Polisler üçünü de aramışlar ve başvuruca üzerinde iki paket daha eroin, 43,000 Esküdo nakit para ve bir altın künye bulmuşlardır.

Başvuru ertesi gün soruşturma yargıcı önüne çıkarılmış ve tutuklanmıştır. Başvuru bir ay kadar sonra, 29 Ocak 1993'te salıverilme talebinde bulunmuştur. Başvuru, tutuklanmasının Sözleşme'nin 3, 6 ve 8. maddelerine aykırı olduğunu söylemiştir. Başvuru, iki polisin ahlaka ve hukuka aykırı davranışları sonucu tutuklandığını, çünkü sadece ve sadece bu polislerin emri üzerine bu suç işlediğini söylemiştir. Başvuruca göre bu polisler, bir uyuşturucu ile mücadele operasyonunda bir mahkemenin kararını icra etmek üzere davranmadıkları için, 'ajan provokatör' olarak hareket etmişlerdir.

Soruşturma yargıcı salıverilme talebini 16 Şubat 1993'te reddetmiş ve bu karar 21 Nisan 1993'te Üst Mahkeme tarafından onanmıştır. Başvuru iki kez Yüksek Mahkemeye habeas corpus başvurusunda bulunmuş, bu başvuruları 11 Mart ve 13 Mayıs 1993 tarihlerinde reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme 13 Mayıs 1993 tarihli kararında, iki polisin 'ajan provokatör' olarak hareket etmiş olmalarına rağmen, başvuruca tutuklanmasının yerinde olduğunu, çünkü başvuruca üzerinde uyuşturucu bulunduğunu belirtmiştir.

Savcı 26 Ağustos 1993'te başvuru ile V.S. aleyhinde dava açmış, diğer iki kişi F.O ve J.P.O. hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Santa Tirso Ağır Ceza Mahkemesi 25 Kasım 1993'te yaptığı duruşmada, iki polis ve F.O. dâhil bazı tanıkları dinlemiştir. Bu mahkeme 6 Aralık 1993'te başvuru 5 yıl hapis cezasına mahkûm etmiş ve V.S.'ye 20 günlük hapis cezası karşılığı para cezası vermiştir. Ağır Ceza Mahkemesi bu kararında, korunması gereken hukuki değerler karşısında sanığın bireysel özgürlüğünü feda etmek gerektiğinde, 'gizli soruşturmacı' (undercover agent) ve hatta 'ajan provokatör' kullanılmasının iç hukukta yasaklanmadığını belirtmiştir. Bu mahkemeye göre başvuruca ilk olarak F.O. temas ettiğinden, polislerin tutumu suçun işlenmesi bakımından 'belirleyici' (decisive) değildir. Ağır Ceza Mahkemesi tanık F.O., suç ortağı V.S., başvuruca kendi ifadesi ve 'esas itibarıyla' (mainly) iki polisin ifadelerine dayanarak mahkûmiyet kararı verdiğini açıklamıştır.

Başvuru 14 Aralık 1993'te, bu karara karşı Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme 5 Mayıs 1994 tarihli kararla, temyizi reddetmiş ve aleyhine başvuruca hükümü onamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, iki polisin başvuruca tanıştırlıncaya kadar ısrarcı davrandıkları açıktır; ancak bu doğal bir tutumdur; polisler V.S.'nin uyuşturucu

kullanıcısı olduğunu bilmekte ve tedarikçi kişiyi ortaya çıkarmak istemektedirler; esrar bulunmadığından eroin almak istemişler ve başvurucu ile karşılaşmışlardır; bu işten kar etmek isteyen başvurucu, polislerin sahte önerilerini kabul etmiş ve böylece zamanımızın başlıca belalarından birini kullanmaya çalışmıştır; başvurucunun üzerinde önemli bir miktar uyuşturucu çıktığından polislerin gayretleri sonuç vermiştir; ayrıca polisler suçu soruşturan görevliler olarak (Ceza Muhakemesi Kanunu md 1) kendilerine yasa ile verilmiş yetkiler çerçevesinde üst makamdan izin almaksızın, suç hakkında bilgi toplamak, failleri belirlemek ve delilleri korumak için gerekli ve acil tüm tedbirleri almak üzere hareket etmişlerdir (Ceza Muhakemesi Kanunu md 55(2)); polisler ceza muhakemesinde mahkemeye yardımcı görevliler olarak hareket ederler, ancak yasayla tanımlanmış hallerde yetkileri kullanırken usul işlemleri yapabilirler; savcının da dediği gibi polisler hukukun içinde hareket etmiş olup, bu davranışları hukuka aykırı delil toplama anlamına gelmez; bu nedenle temyiz reddedilmelidir.

İç hukuk: Ceza Muhakemesi Kanununun 126. maddesi işkence, zor kullanma veya diğer bir fiziksel veya psikolojik baskıyla elde edilen delillerin geçersiz ve kabuledilemez olduğunu belirtmektedir. Yüksek Mahkeme, bazı koşullara tabi olarak, uyuşturucu kaçaklığı suçlarıyla mücadelede ‘örgüte sızan kişi’ (infiltrator) kullanılmasını kabul etmektedir. Portekizli ve diğer bazı Avrupa ülkelerindeki hukukçular, ‘örgüte sızan kişiler’ genel başlığı altında ‘gizli soruşturmacı’ ve ‘ajan provokatör’ arasında ayırım yapmaktadır. Birincisi bilgi toplamakla yetindiği halde, ikincisi kişileri fiilen suç işlemeye teşvik eden (azmettiren) bir kimsedir. Portekiz’de o tarihte yürürlükteki mevzuata bakımından, bazı uzmanlar ‘gizli soruşturmacı’ tarafından elde edilen delilleri kabuledilebilir görmüşler, fakat ‘ajan provokatör’ tarafından elde edilen delillere karşı daha çok çekinceli bir tutum almışlardır.

Başvurucu 24 Ekim 1994 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yaptığı başvuruda, polislerin kendisini suç işlemeye teşvik etmeleri sonucu mahkûm edildiği gerekçesiyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu sivil giysili polisler tarafından suç işlemeye teşvik edildiği ve daha sonra mahkûm edildiği için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu adli sabıkası olmadığını, bu ‘ajan provokatörlerin’ müdahalesi olmasıydı suç işlemeyecek olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucuya göre bu polisler, hazırlık soruşturması bulunmadığı halde, mahkemeler tarafından denetlenmeksizin kendi inisiyatifleriyle hareket etmişlerdir. Hükümet ise Avrupa Konseyine üye olan birçok devletin, özellikle uyuşturucu suçlarıyla mücadelede özel soruşturma tedbirleri kullandığını savunmuştur. Hükümete göre demokratik toplumun temellerini tahrip eden suç türlerine göre toplum yeni teknikler bulmak durumundadır. Gerçekten de Birleşmiş Milletler 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psicotrop Madde Kaçakçılığı ile Mücadele Sözleşmesi ile Avrupa Konseyinin 1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi, Aranması, El Koyulması ve Müsaderesi Sözleşmesinde gizli soruşturmacı kullanılmasına izin verilmekte olup, bu kişilerin faaliyetlerinin ‘ajan provokatörün’ faaliyetleriyle ortak bir noktası yoktur. Hükümete göre bu olayda kullanılan polisler ‘ajan provokatör’ olarak değerlendirilemez; gizli soruşturmacının eylemi sonucu daha önce bulunmayan suç işleme kastının oluştuğu olaylar ile failin önceden suç işleme eğiliminin bulunduğu olaylar arasında bir ayırım yapılmalıdır; bu olayda polisler, Bay Teixeira de Castor’ya suç işleme kastını gerçekleştirmesi için bir fırsat yaratmak suretiyle önceden mevcut olan suç işleme niyetini açığa çıkarmışlardır; suç ortaklarından biri olan F.O. başvurucuya baskı yapmamış, başvurucu derhal uyuşturucu

sağlamayı kabul etmiştir; ayrıca başvuru gözetimine alındığında, üzerinde ‘alıcıların’ istediğinden daha fazla miktarda uyuşturucu bulunmuştur; başvuru iki polisi ve diğer tanıkları sorgulama imkânı bulmuş ve yüzleştirilmiştir; Yüksek Mahkeme kararını sadece polislerin müdahalesine değil ama ayrıca diğer delillere dayandırmıştır; yargılamanın adil olmadığını ima eden herhangi bir şey yoktur. Komisyon, suçun münhasıran olmasa bile esas itibarıyla polislerin eylemleri sonucu işlendiği sonucuna varmıştır. Komisyona göre polisler böylece, aksi takdirde işlenmeyecek olan bir suçun işlenmesini teşvik etmişlerdir; bu durum telafi edilemeyecek bir şekilde muhakemenin adilliğini etkilemiştir.

“34. Mahkeme, delillerin kabuledilebilirliği konusunun öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konu olduğunu ve önlerindeki delilleri değerlendirmenin genel bir kural olarak ulusal mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Sözleşme bakımından Mahkeme’nin görevi, tanık ifadelerinin usulüne uygun biçimde delil olarak kabul edilip edilmediği hakkında bir karar vermek değil, fakat delillerin toplanma usulü dâhil, muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §50).

35. Ayrıca Sözleşme, suçun niteliğinin gerektirdiği hallerde ve ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında, anonim muhbirler gibi kaynaklara dayanılmasını önlemektedir. Ancak bu kişilerin ifadelerinin daha sonra dava mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararını tesis etmek için kullanılması ayrı bir şeydir (*Kostovski kararı*, §44).

36. Gizli görevli kullanılması kısıtlanmalı ve uyuşturucu kaçakçılığına karşı mücadeleyle ilgili olaylarda bile koruyucular yürürlüğe sokulmalıdır. Örgütlü suçlardaki artış, hiç kuşkusuz uygun tedbirler alınmasını gerektirir ama, adil yargılanma hakkı öylesine üstün bir yer işgal eder ki (*Delcourt*, §25), tedbirlerin işe yararlılığı uğruna adil yargılanma hakkı feda edilemez. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasında yer alan adilliğin genel şartları, en basitinden en karmaşığın kadar her türlü suçla ilgili muhakemeye uygulanır. Kamu yararı, polislerin teşviki sonucu elde edilen delilin kullanılmasını haklı kılmaz.

37. Mahkeme ilk olarak, mevcut olaydaki uyuşmazlığın *Lüdi – İsviçre* davasındaki uyuşmazlıktan ayrı tutulması gerektiğini kaydeder. O davada polis memuruna tanık yemini ettirilmiş, soruşturma yargıcı görevini ne olduğunu fark etmiş ve Alman polisi tarafından bilgilendirilen İsviçre makamları hazırlık soruşturması açmıştır. O davadaki polisin rolü, gizli soruşturmacı olarak hareket etmekle sınırlı kalmıştır.

38. Mevcut olayda iki polisin faaliyetlerinin gizli soruşturmacı olmanın ötesine geçip geçmediğini belirlemek gerekmektedir. Mahkeme, polislerin müdahalesinin uyuşturucu ticaretine karşı bir operasyonun parçası olduğunun ve bir yargıcın denetim altında bulunduğu Hükümet tarafından savunulmadığını kaydeder. Ayrıca, yetkili makamların Bay Teixeira de Castro’dan şüphelenmek için iyi sebepleri bulunduğu da görülmektedir; başvuru adli sabıkası yoktur ve kendisiyle ilgili bir hazırlık soruşturması da açılmamıştır. Aslında başvuru polisler tarafından tanınmamaktadır; polisler kendisiyle ancak V.S. ve F.O. aracılığıyla temas kurmuşlardır. Ayrıca uyuşturucu başvuru evinde değildir; başvuru uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden, üçüncü kişi de bir başka kişiden temin etmiştir. Yüksek Mahkemenin 5 Mayıs 1994 tarihli kararı da, başvuru gözetimine alındığı anda üzerinden polislerin istediğinden daha fazla miktarda uyuşturucu çıktığını ve böylece başvuru polislerin yapmaya teşvik ettiğinden öteye geçtiğini belirtmektedir. Başvuru suç işleme eğiliminde olduğuna dair Hükümetin iddiasını destekleyen bir delil yoktur. Bu koşullardan, iki polis Bay Teixeira de Castro’nun suç faaliyetlerini esas itibarıyla pasif bir tarzda soruşturmaya yetinmedikleri fakat suç işlemeyi teşvik şeklinde bir etkide buldukları sonucu çıkarılmalıdır. Son olarak Mahkeme, ulusal mahkemelerin verdikleri kararlarda, başvuru esas itibarıyla iki polisin verdikleri ifadelerle dayanılarak mahkûm edildiğini söyledikleri kaydedilmelidir.

39. Yukarıda anlatılan koşullar ışığında Mahkeme, iki polisin eylemlerinin gizli soruşturmacının eylemlerinden öteye geçtiği, çünkü suç işlenmesini teşvik ettikleri ve onların müdahalesi olmaksızın bu suçun işleneceğini gösteren her hangi bir şey bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Bu müdahale ve müdahalenin uyumsuzluk konusu ceza davasında kullanılması, daha en başta başvurucunun kesin olarak adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldığı anlamına gelmiştir. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

IV. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat olarak 10 milyon Esküdo, ücretler ve masraflar için toplam 1 milyon 800,000 Esküdo'dan adli yardım olarak alınan 19,801 FF düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelemenin gerekli olmadığına;
3. Oybirliğiyle, olayı Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından da incelemenin gerekli olmadığına;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

19.06.2003 28490/95 HULKİ GÜNEŞ - TÜRKİYE

◆ *duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi - istinabe yoluyla dinlenen tanık ifadesine dayanan mahkûmiyet* (başvurucunun saldırıya katıldığı şeklinde ifade veren jandarmalarla yüzleştirme yapılmadan ve duruşmada sorgulanmaları sağlanmadan istinabe yoluyla verdikleri ifadelere dayanan ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmesi), *gözaltında şiddet* (gözaltında tutulduğu sırada vücudunun çeşitli yerlerinde yara bere izleri bulunduğunu gösteren dört rapor bulunmasına rağmen kovuşturmayaya yer olmadığı karar verilmesi) ■ *adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabul edilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı - işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü*

DAVANIN ESASI

Başvurucu Hulki Güneş, 1964 doğumlu bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup, şu anda Diyarbakır Cezaevinde ömür boyu hapis cezası çekmekte olan bir hükümlüdür.

Başvurucu 19 Haziran 1992'de, Varto'ya bağlı Çayçatı köyünde güvenlik güçleri tarafından yakalanmıştır. Aynı gün tutulan tutanakta şöyle yazılmıştır: '14 Haziran 1992 tarihinde Varto ilçesinde çıkan silahlı çatışmaya katıldığından şüphe edilen Bay Güneş, alınan bilgi doğrultusunda, 19 Haziran 1992'de jandarmalar tarafından yapılan bir operasyon sırasında N.Ö.'nün evinde gizlenirken silahsız olarak yakalandı.' Yakalamayı gerçekleştiren jandarmalar, aynı gün başka bir tutanak daha düzenlemişlerdir. Söz konusu tutanakta başvurucu, bir erin öldüğü ve iki erin de yaralandığı silahlı saldırıya giren şahıslardan biri olarak belirtilmiştir. Başvurucu yine aynı gün saat 19:00 bir doktor tarafından muayene edilmiş ve doktor başvurucunun yüzünde, göğsünde, sırtında yara bere izleri tespit etmiştir.

29 Haziran 1992 tarihinde tutulan bir başka tutanağa göre, başvurucu ile silahlı çatışmaya katılan jandarmalar arasında bir yüzleştirme yapılmıştır. Jandarmalardan üçü başvurucuyu teşhis etmişlerdir. Ancak söz konusu tutanakta başvurucunun imzası bulunmamaktadır.

Daha sonra başvuru sorgu için Muş İl Jandarma Komutanlığına götürülmüştür. 3 Temmuz 1992 günü saat 14:30'da, başvuru bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Doktor raporunda, göğüs kemiği üzerinde kabuk tutmuş bir yara, karın bölgesinde ve sırtta kabuk tutmuş hafif yaralar. Başvuru aynı gün saat 20.30'da geri gönderildiği Varto ilçe hastanesinde muayene edilmiştir. Muayeneyi yapan doktor göğüs kemiği üzerinde kabuk tutmuş bir yara, karın bölgesinde birçok iz, omurilik ve kaburgalarda birçok iz tespit etmiştir. Başvuru hakkında 4 Temmuz 1992 tarihinde Varto hastanesinden verilen raporda da aynı yaralar tespit edilmiştir.

Başvuru aynı gün sulh ceza mahkemesine tutuklanmıştır. Başvuru yargıç önünde, kendisine yöneltilen bütün suçlamaları reddetmiş ve herhangi bir silahlı saldırıya katılmadığını söylemiştir.

Başvuru ayrıca 29 Haziran 1992'de yüzleştirme yapılmadığını belirtmiş, gözaltına alındığı gün bir askere gösterildiğini, ancak bu askerin de kendisini teşhis edemediğini iddia etmiştir. Başvuru son olarak, Muş İl Jandarma Komutanlığında tutulurken kendisine kötü muamele yapıldığını söylemiştir. Başvuru 7 Temmuz 1992'de bir kez daha muayene edilmiştir. Bu muayene sonrası verilen rapor, üçüncü ve dördüncü raporları teyit etmektedir.

Kötü muamele iddialarıyla ilgili cezai soruşturmalar: Bu başvurunun 30 Nisan 1997 tarihinde davalı Hükümete iletilmesinden sonra, başvurucuya kötü muamele yapıldığı iddiasıyla ilgili olarak Varto Savcılığı tarafından soruşturma açılmıştır. Başvuru 16 Şubat 1998'de verdiği ifadede, gözaltında gördüğü kötü muameleyi ayrıntılı bir şekilde anlatmış, sürekli dövüldüğünü, başına dipçik darbesiyle vurulduğu için bayıldığını, elektrik şoku verildiğini, ayak bileğinden bağlanıp helikopterden sarkıtıldığını, kollarından tahtaya bağlanıp havaya kaldırıldığını, hazırlanan ifade tutanağını imzalamayınca yine dövüldüğünü söylemiştir. Savcı 25 Mart 1998 tarihinde, Muş Jandarma Komutanlığından başvurunun sorgusuna katılan jandarmaların adlarının kendisine bildirilmesini istemiştir. Savcı 27 Mart 1998'de başvurucuyu yeniden dinlemiştir. Başvuru özellikle sırt bölgesine tekmeler atıldığını ve bu darbeler nedeniyle 1994 yılında Ankara Numune Hastanesinde altı ay boyunca tedavi görmek zorunda kaldığını belirtmiştir. Ankara Numune Hastanesinden elde edilen kayıtlara göre başvurucuya 14 Kasım 1994 tarihinde 'ankylose' teşhisi koyulmuş ve ayrıca başvurunun bir buçuk yıldan beri devam eden sırt ağrılarından şikâyet ettiğini belirtmiştir.

Başvurunun gözaltına alınmasına katılan jandarmalardan T.Y.'nin ifadesi 18 Mayıs 1998 tarihinde, istinabe olunan mahkeme tarafından alınmıştır. Bu tanık, başvuru Güneş'in gözaltına alındığı sırada yatağın altında saklandığını belirterek, pusuya düşmenin de verdiği stres ile birkaç yumruk vurarak dövdük, demiştir. Yine 29 Mayıs 1998 tarihinde, başvurunun gözaltına alınmasına katılan jandarmalardan M.G.'nin ifadesi istinabe olunan mahkeme tarafından alınmıştır. 23 Haziran 1998 tarihinde, başvurunun gözaltına alınmasına katılmış olan astsubay S.T. dinlenmiştir. S.T., başvurunun soruşturmasının Muş İl Jandarma Komutanlığı tarafından yapıldığını belirtmiştir. Başvurunun yakalandığı evin sahibi N.Ö.'nün oğlu A.Ö.'nün verdiği dilekçede, Güneş'in yatağın altında saklandığını ve jandarmaların onu oradan çıkarmak için şiddet kullandıklarını, zira Güneş'in çıkmamak için direndiğini söylemiştir. 30 Eylül 1998 tarihinde, Muş Jandarma Komutanlığında görevli olup, başvurunun gözaltı işleminde de bulunan Albay M.Y.'nin ifadesi, istinabe olunan mahkeme tarafından alınmıştır. M.Y., olayla ilgili hiçbir şey hatırlamadığını söylemiştir. Varto Savcılığı 15 Ekim 1998 tarihinde, iddialar kanıtlanamadığı gerekçesiyle kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir. Başvurunun bu karara itirazı, 18 Kasım 1998 tarihinde Bitlis Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Öte yandan Muş Savcılığı, başvurunun Muş Jandarma Komutanlığından kötü muamele gördüğü iddiaları hakkında 1 Ekim 1998 tarihinde görevsizlik kararı vermiş, suçun jandarmaların eylemleri çerçevesinde işlendiği ve bu nedenle söz konusu soruşturmanın ilgili idari kurul tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda Memurin Muhakemat-ı hakkındaki Kanunun uygulanması için dosya Muş Valiliğine gönderilmiştir. Muş Valiliği soruşturma dosyasını 5 Ekim 1998 tarihinde Varto İlçe Kaymakamlığına göndermiş, Kaymakamlık da dosyayı İlçe Jandarma Komutanlığına göndermiştir. Varto Jandarma Komutanı Albay H.S. yi, 16 Ekim 1998 tarihinde soruşturmacı tayin edilmiştir. Bu soruşturmacı, başvurunun gözaltına alınmasında görevli jandarmalardan S.T.'yi dinlemiş, M.G.'nin de istinabe edilen soruşturmacı tarafından idari soruşturma çerçevesinde ifadesi alınmıştır. M.G., başvurunun sorgulanmasıyla görevli olmadığını özellikle belirtmiş, Muş İl Jandarma Komutanlığında yürütülen tüm soruşturmaların özel bir ekip tarafından yapıldığını söylemiştir. Soruşturmacı 29 Haziran 1999 tarihinde Güneş'i dinlemiş, başvuru iddialarını tekrar etmiştir. Başvurucunun şikâyetini incelemekle görevli Varto Kaymakamlığı 25 Ağustos 1999 tarihinde, şikâyetçinin Muş İl Jandarma Komutanlığında kötü muameleye uğradığını, ama Varto Jandarma Komutanlığında kötü muameleye tabi tutulmadığını söylemiş olmasına dayanarak, o tarihlerde Varto Jandarma Komutanlığında görev yapmakta olan S.T. ve M.G.'nin hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Bu karar, Van Bölge İdare Mahkemesinin 24 Ocak 2000 tarihli kararıyla onaylanmıştır.

Başvurucuya karşı açılan dava: Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı 20 Temmuz 1992 tarihinde Diyarbakır DGM'ye verdiği iddianameyle, TCK'nun 125. maddesindeki idam cezasıyla cezalandırılan devletin bölünmez bütünlüğünü bozma ve bölücülük suçlarından başvuru aleyhine ceza davası açmıştır. Savcı başvuruycuyu 12 Ekim 1991 ve 14 Haziran 1992 tarihlerindeki silahlı saldırı olaylarına katılmakla ve özellikle diğer teröristlerle birlikte güvenlik kuvvetlerine ateş açmakla ve bir askerin ölümüne ve iki askerin yaralanmasına sebebiyet vermekle suçlamıştır. Başvuru hakkındaki ceza davasıyla bağlantılı olarak Erdal soyadlı şahıs da, 14 Haziran 1992 tarihli silahlı saldırıya katıldığı gerekçesiyle sanık yapılmıştır.

Devlet Güvenlik Mahkemesi 28 Ağustos 1992 tarihinde, soruşturma sırasında başvuruycuyu teşhis eden Z.K., Z.Ko. ve T.E. adlı jandarmaların ifadelerini okumuştur. Başvuru bu ifadelere karşı çıkmış ve bütün suçlamaları reddetmiştir. Mahkeme üç jandarmanın tanık olarak dinlenmesine karar vermiştir. Başvurucunun avukatı 2 Ekim 1992 tarihli duruşmada, 19 Haziran 1992 tarihli yüzleştirme tutanağına itiraz etmiş ve jandarmaların müvekkilini sözde teşhis ettikleri ifadelerin birbirini tutmadığını belirtmiştir.

Diyarbakır DGM 30 Ekim 1992 tarihli duruşmada, savcının talebi üzerine jandarmaların beyanlarının 'yol güvenliği nedeniyle' istinabe yoluyla alınmasına karar vermiştir. Böylece başvurunun biri yandan ve diğeri önden çekilmiş iki fotoğrafı, duruşma tutanaklarıyla birlikte tanıkları dinlemekle görevlendirilen mahkemeye gönderilmiştir. Başvuru, mahkemenin bu kararına karşı çıkmış ve yüzleştirme yapılmasını istemiştir.

Başvuru Güneş'in suç ortağı Bay Erdal, başvurunun avukatının talebi üzerine 15 Ocak 1993 tarihli duruşmada dinlenmiştir. Bay Erdal, başvuru Güneş'i daha önce hiç görmediğini söylemiştir. Bay Erdal ayrıca kendisinin katıldığı 14 Haziran 1992 tarihli silahlı çatışmada Güneş'in bulunmadığını söylemiştir. Başvurucunun avukatı 12 Şubat 1993 tarihli duruşmada, mahkemenin söz konusu tanıkların ifade alma yöntemini tekrar eleştirmiş ve bu yöntemin yargılama usul kurallarıyla bağdaşmadığını iddia etmiştir. 19 Mart 1993 tarihli duruşma tutanağında, Z.K. dışındaki tanıkların ifade tutanaklarının dosyaya girmediği belirtilmiştir.

Başvuru 18 Haziran 1993 tarihli duruşmada suçsuz olduğunu savunmuştur. Başvuru

yine söz konusu tanıklardan ifade alma şekline itiraz etmiş ve yüzleştirilmeksizin kendisini fotoğraftan teşhis eden bu ifadelerin delil olarak kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca soruşturma aşamasında baskı altında verdiği ifadeleri de reddetmiştir. 3 Eylül 1993 tarihli duruşmada, Z.K.'nin yine istinabe yoluyla alınmış ifade olan ifadesinin de dosyaya girdiği kaydedilmiştir. Başvurucunun avukatı, diğer ifadeler gibi bu ifadenin de delil olarak kabul edilemeyeceğini iddia ederek, bu ifadeye de itiraz etmiştir.

Aynı duruşmada Cumhuriyet Savcısı esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur. Savcı, tanık askerlerin olaydan sonra alınan beyanlarında örgüt mensuplarının yüzlerini gördüklerine dair beyanda bulunmadığını, sanığın olaydan beş gün sonra başka bir köyde yakalandığı bu nedenle sanığın atılı suçu işlediğine dair mahkûmiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğini belirtmiş ve sanık Hulki Güneş'in beraatine ve tahliyesine karar verilmesini istemiştir. Cumhuriyet Savcısı 3 Eylülde verdiği bu mütalaayı 1 Ekim, 5 ve 26 Kasım 1993 tarihli duruşmalarda tekrarlamıştır.

Ancak savcı 30 Aralık 1993 tarihli duruşmada savcı, başvurucunun Türk Ceza Kanununun 125. maddesine göre cezalandırılmasını talep eden yeni bir mütalaa sunmuştur. Başvurucu 11 Mart 1994 tarihli duruşmada, savunmasını yapmıştır. Başvurucu yargılama sırasında daha önceki savunmalarını ve savcının ilk esas hakkındaki mütalaasına dayanarak beraatine karar verilmesini talep etmiştir.

Biri askeri yargıç olmak üzere üç yargıçtan oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi, 11 Mart 1994 tarihinde verdiği kararla, başvurucağı Türk Ceza Kanununun 125. maddesine göre suçlu bularak ölüm cezasına mahkûm etmiş, sonra bu cezayı ömür boyu hapis cezasına çevirmiştir. DGM bu kararını desteklemek için, söz konusu jandarmaların verdiği ifadeleri ve başvurucağı güvenlik kuvvetlerine verdiği ifadeleri ve dosyadaki raporları dikkate almıştır. DGM kararında başvurucağı kolluk ifadesinde örgüt üyesi olduğunu ve 14 Haziran 1992 tarihinde bir güvenlik görevlisinin şehit edilip iki güvenlik görevlisinin yaralanması olayına bizzat iştirak ettiğini tafsilatlı bir şekilde anlatarak suçunu ikrar ettiğini, ancak savcılıkta ve sulh ceza hâkimliği ve DGM önünde suçlamaları tamamen ret ve inkâr ettiğini belirtmiştir. DGM, dosya içinde tanık olarak beyanları bulunan Jandarma Komando çavuş T.E., Jandarma Komando er Z.K. ve Jandarma Komando er Z.Ko.'nun çatışmaya katıldıklarını, bu kişilerin kollukta başvurucağıyla yapılan yüzleştirmede sanık Hulki Güneş'in çatışmada gördükleri kişi olduğunu açıkça belirttiklerini, mahkeme tarafından sanığın fotoğrafı gönderilerek sanığın çatışmalarda gördüğünü söyleyen jandarma erlerinin ifadelerine başvurulduğunu, bu tanıkların sanık Hulki Güneş'in yüzünün sarılı olmadığını çatışma alanında aralarında 15-20 metre mesafe olduğu için kesinlikle yüzünü görebildiğini, fotoğrafı gösterilen şahsın çatışma alanında gördükleri kişi olduğunu beyan ettiklerini belirtmiştir. DGM, sanığın suçunu inkârını, mevcut deliller ve olay oluş şekli karşısında kabule şayan görmemiştir. Başvurucu DGM'nin bu kararına karşı Yargıtay'a başvurmuş ve duruşma yapılmasını istemiştir. Yargıtay 10 Kasım 1994 tarihli duruşmadan sonra, aleyhine temyizde bulunulan kararı onamıştır.

İç hukuk: Devlet Güvenlik Mahkemelerini kuran 2845 sayılı yasanın 20(7). fıkrasını göre 'Devlet Güvenlik Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 216. maddesindeki şartlara bakılmaksızın tanık ve bilirkişileri naip hakim marifetiyle dinleyebilir.' (Eski) CMUK'un 216. maddesine göre mahkeme, meskenlerinin uzak bulunmasından dolayı celpleri müşkül olan tanık ve bilirkişilerin bir naip marifetiyle veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir. Türk mahkemelerinin Ceza Kanununu uygularken ortaya koydukları prensiplerden anlaşıldığına göre şüphelinin sorgusu, kendisinin lehine iş görmesi gereken ve kendisini savunmasına imkân veren vasıtalarından biridir; yoksa sorgu kendisi aleyhine delil elde etmeyi amaçlayan bir tedbir değildir. Soruşturma sırasında verilen ifadeler davadaki olayın değerlendirilmesinde yargıç tarafından dikkate alınabilir

ise de, bu ifadeler gönüllü olarak verilmiş olmalıdır; baskı ve güç kullanmak suretiyle elde edilmiş ifadeler delil olarak kabul edilmez. Yargıtay tarafından yorumlandığı şekliyle Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 247. maddesine göre, poliste veya savcılıkta verilen ikrarlar, ikrarları içeren ifade tutanakları kovuşturma bakımından delil olarak kabul edilebilmesi için, yargıç önünde tekrarlanmak zorundadır. İkrar tekrarlanmayacak olursa, bu tutanaklar mahkemede delil olarak okunamaz ve sonuç olarak mahkûmiyeti desteklemek için bunlara dayanılmaz. Mahkemede tekrarlanan bir ikrar bile, kendi başına belirleyici bir delil unsuru sayılmaz, bu ikrar ek delillerle desteklenmelidir.

Başvurucu 29 Mayıs 1995 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, gözaltında gördüğü kötü muamele nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin, çeşitli yönlerden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

A. Tarafların iddia ve savunmaları

[64–67]: Başvurucu gözaltında tutulduğu sırada kendisine jandarmalar tarafından Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı şekilde davranıldığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre bu başvurunun davalı Hükümete iletilmesinden sonra, çok geç olarak yapılmış olan soruşturma, hayali ve içi boş bir soruşturma olarak kalmıştır. Başvurucunun iddiasına göre kendisini sorgulayan kimliği belirlenemeyen özel ekip mensupları, ikrar elde etmek için Filistin askısı, elektroşok, vücudun değişik yerlerine ve özellikle de sırtta darbeler gibi değişik tekniklerle kötü muameleler yapmışlardır. Hükümet ise başvurunun gördüğü kötü muameleye kendisinin sebep olduğunu, bu nedenle başvurunun iddiaların yerinde olmadığını belirtmiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi:

“68. Mahkeme olayları, yerleşik içtihatları (*Assenov ve Diğerleri*, §93; *Selmouni*, §95; *Klaas*, §30; *Labita*, §120; ve *Algür*, §38) ışığı altında incelemiştir.

69. Mahkeme, başvurunun 19 Haziran 1992 tarihinde Varto'da gözaltına alındığını ve daha sonra belirlenemeyen bir tarihte soruşturma için Muş İl Jandarma Komutanlığına götürüldüğünü kaydeder. Başvurucu hakkında 4 Temmuz 1992 tarihinde tutuklama kararı verilmiştir.

70. Hükümete göre 19 Haziran 1992 tarihli doktor raporunda belirtilen yara izleri, başvurunun provokasyonları sonucu meydana gelmiştir. Mahkeme, gözaltı döneminde ve bunu takip eden dönemlerde tutulan tutanaklarda, başvurularda meydana gelen yara izlerinin kendisinin jandarmalara karşı koymasından dolayı gözaltına alınması sırasında meydana geldiğini belirten bir açıklamanın bulunmadığını vurgular. Ayrıca Mahkeme, olaydan altı yıl sonra dinlenen tanıkların birbirleriyle uyumsuz beyanlarda bulduklarını kaydeder. Soruşturmayı yürüten makamların, uygulanan şiddetin olayın içinde bulunduğu koşullarla orantılı olup olmadığını ve kişiyi gözaltına alabilmek için mutlaka gerekli olup olmadığını araştırmış olmaları gerekirdi (*Altay*, §54).

71. 19 Haziran 1992 tarihli doktor raporunda belirtilen yaraların, gözaltına almak için mutlaka gerekli olduğu farz edilse bile, bu durum, Hükümetin Sözleşme'nin 3. maddesindeki sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yetmez. Öncelikle 3, 4 ve 7 Temmuz 1992 tarihli raporlarda belirtilen yara izleri (omurluk, karın ve sırt bölgeleri), 19 Haziran 1992 tarihli raporda belirtilenlerden çok daha farklıdır. Bu raporlardan yaraların henüz kabuk

tutmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum, yaraların 3, 4 ve 7 Temmuz 1992 tarihlerinden çok kısa bir süre önce gerçekleştirildiklerini göstermektedir. Ayrıca 3 Temmuz 1992 tarihli raporu veren doktor, raporda belirttiği doku zedelenmelerinin darbelerden meydana gelmiş olabileceğini de kaydetmiştir. Diğer yandan, başvurunun sırt bölgesine darbeler yediğine dair verdiği dilekçe, Ankara Numune Hastanesinin 14 Kasım 1994 tarihli teşhisiyle uyusmaktadır. İkinci olarak yetkili makamlar, söz konusu yaraların nereden kaynaklandığını tam olarak bulabilmek için çok geç olarak, yani bu başvurunun davalı Hükümete iletilmesinden sonra soruşturma başlatmışlardır. Söz konusu soruşturmalar sırasında yetkili makamların daha geniş araştırmalar yapmaları, özellikle de Muş İl Jandarma Komutanlığındaki sorgulama koşullarını incelemeleri gerekirdi. Başvurucunun gözaltına alınması sırasında görevli M.G. ve S.T.’nin beyanları örnek olarak gösterilebilir. Bu beyanlara göre Güneş’in sorgusu, Muş İl Jandarma Komutanlığında görev yapan özel bir ekip tarafından yürütülmüştür. Güneş’in söz konusu Jandarma Komutanlığında kötü muamele gördüğünü söylemesi, tepkiyle karşılanmıştır. Bay Güneş, özellikle de sırt bölgesine darbeler yediğini belirtmiştir. Ankara Numune Hastanesi kayıtları bu beyanla uyusmaktadır. Ama soruşturmayı yürütmekle görevli makamlar, başvurunun hastanede kalması sırasında teşhis edilen doku zedelenmelerinin kaynağını araştırmamışlardır. Soruşturmayı yürüten makamların, Güneş’in sorgusunu yapan görevlilerin kimliğini tespit edememiş olması da şaşırtıcıdır. Varto İlçe İdari Kurulunun olayın gerçekleşmediğine ilişkin kararı, tartışma konusu sorgunun yapıldığı koşulları aydınlatacak bir delil ortaya çıkarılmadığını ortaya koymuştur.

72. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, Hükümetin yara izlerinin kaynağına yönelik açıklamalarının sadece bir kısmını aklın kabul edebileceği türden açıklamalar olarak kabul etmektedir. Mahkeme, başvurunun özellikle sırtında saptanan izlerin kaynağını gösteren mahiyette yeterli açıklama bulunmadığını ve bu konuyla ilgili olarak yapılan soruşturmanın derinlemesine yapılmamış olduğunu; Güneş’in gözaltında tutulduğu sırada avukat yardımı gibi her türlü yardımdan da yoksun bırakıldığını; 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.

73. Buna karşılık Mahkeme, başvurunun “Filistin askısı” ve/yada elektroşok muamelelerine tabi tutulduğu iddialarını destekleyecek bir delil veya somut bir dayanak bulunmadığını belirtir.

74. Mahkeme, ileri sürülen olayların, Güneş’in fiziki ve psikolojik açıdan acı çekmesine neden olacak derecede önemli olduğunu göz önüne tutmaktadır. Ayrıca Mahkeme, başvurunun gözaltında tutulduğu 15 gün boyunca izole edilmesinin, kendisinde korku, acı ve aşağılanma duyguları yarattığını ve hatta fiziki ve psikolojik direncini yitirdiğini hesaba katmaktadır. Tüm bunlar Mahkeme’yi, başvurunun tabi tutulduğu davranışların insanlıkdışı ve aşağılayıcı bir karakter taşıdığını dile getirmeye götürmektedir (*Dikme*, §91-92; ve *Büyükdağ*, §55).

75. Bu nedenle, Sözleşme’nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı

Başvurucu kendisini yargılayan DGM’de askeri yargıcın bulunmasının Sözleşme’nin 6(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, *Incal – Türkiye ve Çıracıklar – Türkiye* davalarında vardığı sonuçtan ayrılmasını gerektirecek bir şey bulunmadığını kabul etmiştir. Bu gerekçeyle, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

B. Devlet Güvenlik Mahkemesi önünde yapılan yargılama adilliği

[81–83]: Başvurucu, kendisinin 14 Haziran 1992 tarihli silahlı saldırıya katıldığı şeklinde M.M., Z.K., T.E. ve Z.Ko. adlı jandarmaların verdikleri ifadelere dayanılarak ve bu kişileri sorgulama veya sorgulatma imkânı verilmeden mahkûm edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Hükümet ise yol güvenliği bulunmadığı göz önüne alınarak, söz konusu tanıkların can güvenliklerini koruma kaygısıyla, tanık ifadelerinin istinabe yoluyla alındığını belirtmiştir. Ayrıca Hükümet bu yöntemin iç hukukta öngörülmesi olduğunu ve başvurunun ifadesi alacak mahkemeye bir dilekçeyle başvurarak, söz konusu duruşmaya katılmayı ve yüzleştirme yapılmasını istediğini bildirebileceğini kaydetmiştir. Hükümet dava mahkemesinin başvurunun suçluluğunu ortaya koyarken başka delillerin de dikkate alındığını eklemiştir. Başvurucu, Z.K., T.E. ve Z.Ko. adlı jandarmaların beyanlarının mahkûmiyetin temelini oluşturmuş olmasına rağmen, savunma tarafının soruşturma veya yargılama aşamasında bu tanıklarla yüzleştirilme imkânı bulamadığını iddia etmiştir. Bunun yanında başvuru, 29 Haziran 1992 tarihinde yapıldığı söylenen yüzleştirmenin tutanağını imzalamamıştır. Başvurucu, tanıkların oturdukları şehirler ile Diyarbakır arasında dolaylı hava yolu bağlantısı bulunduğunu belirterek, yol güvenliğinin az olmasının jandarmaların dava mahkemesinin önüne çıkmalarını engellediği savunmasına da karşı çıkmıştır. Başvurucuya göre bu tanıkların yargılama aşamasında huzura gelmemiş olmaları, ilk olarak kendilerini bizzat sorgulamasını veya müdafî aracılığıyla sorgulatmasını, ikinci olarak dava mahkemesinin tanıkların hal ve hareketlerini gözlemesini ve böylece onların güvenilirliği hakkında kendi izlenimini oluşturmasını engellemiştir.

“84. Mahkeme önceki davalarda, bağımsız ve tarafsız olmadığı ortaya çıkmış bir mahkemenin yargıladığı kişilere hiçbir koşulda adil yargılanma güvencesi veremeyeceğini ve buna göre bu mahkeme önündeki yargılama sırasında adillikle ilgili şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığını belirttiğini kaydeder (*Çıraklar*, §44-45).

85. Bununla birlikte Mahkeme, olayın özel koşullarını ve özellikle başvurunun idam cezasından ömür boyu hapis cezasına dönüştürülen cezasının ağırlığını, mahkemenin bu cezayı vermesine yol açan esas delilin başvurunun itirazıyla karşılaştığını ve Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından vardığı sonucu göz önünde tutarak, başvurunun yargılandığı davada Devlet Güvenlik Mahkemelerinin üyelerinin statüsü dışındaki sebeplerle adil olmayan bir yargılama yapıldığı şikâyetini değerlendirmeye devam etmelidir. Mahkeme ancak bu yolla, adil yargılanmış olsaydı başvurunun özellikle 14 Haziran 1992 tarihindeki silahlı saldırıya katıldığı şeklindeki isnadın gerçek olduğu sonucuna varılamayacağına dair temel iddiasının esasını inceleyebilecektir (*Sadak ve Diğerleri*, §42).

86. Mahkeme, delillerin kabuledilebilirliği konusunun öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konu olduğunu ve önlerindeki delilleri değerlendirmenin genel bir kural olarak ulusal mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Mahkeme'nin görevi, delillerin toplanma usulü dâhil, muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir (*Edwards*, §34). Kural olarak bütün delillerin tartışılabilmesi için, açık duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları gerekir. Ancak, hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma aşamasında elde edilen ifadelerin delil olarak kullanılması, sanık haklarına saygı gösterilmiş olması şartıyla, her zaman Sözleşme'nin 6(3)(d) bendiyle ve 6(1). fıkrasıyla kendiliğinden bağdaşmaz değildir. Kural olarak bu haklar sanığa, aleyhindeki bir tanık ya ifade verirken veya muhakemenin daha sonraki bir aşamasında, tanığa itiraz etmesi ve soru sorması için yeterli ve düzgün bir fırsat verilmesini gerektirir (*Isgro*, §34 ve *Luca*, §40-43). Bunun tabii sonucu olarak, bir mahkûmiyetin sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulmadığı bir kimsenin beyanlarına dayanması halinde, sanık hakları Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Sadak ve Diğerleri*, §65).

87. Bu durum temel bir mesele olduğundan ve Sözleşme'nin 6(3). fıkrasındaki şartlar 1. fıkrada güvence altında alınan adil yargılanma hakkının özel yönleri olarak görülebileceğinden, Mahkeme bu şikâyeti, her iki hükmü birlikte ele alarak inceleyecektir.

88. Mahkeme ilk önce, Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuruçuyu teşhis etmiş olan jandarmaları başlangıçta duruşmaya davet etmeye niyetlendiğini kaydeder. Ancak mahkeme, savcının talebi üzerine, yol güvenliği gerekçesiyle istinabe yoluyla ifade alınmasına karar vermiştir. Bu durumda başvuruçunun biri yandan ve biri de önden olmak üzere iki fotoğrafı, ilgili tutanaklarla birlikte, söz konusu tanıkları dinlemekle yetkilendirilmiş mahkemeye gönderilmiştir.

89. Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuruçunun Ceza Kanununun 125. maddesine göre suçlu olduğuna karar verirken, yargılama başlamadan önce 29 Haziran 1992 tarihli yüzleştirme tutanağına göre başvuruçuyu teşhis eden ve ayrıca istinabe edilen mahkeme önünde iki fotoğraftan başvuruçuyu 14 Haziran 1992 tarihindeki silahlı saldırıda yer alan iki kişiden biri olarak tanıdıklarını söyleyen tanıkların ifadelerine, başvuru bu ifadelerin doğruluğuna itiraz ettiği halde, belirleyici bir ağırlık atfetmiştir. Ancak başvuru ne soruşturma ve ne de yargılama sırasında bu tanıkları sorgulama veya sorgulama veya bunlarla yüzleştirilme imkânı bulmuştur.

90. Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuruçunun 12 Ekim 1991 tarihinde silahlı saldırıya katıldığına dair gözaltındayken kabul ettiği bazı suçları, 'bu konuyla ilgili ikrarını doğrulayan herhangi bir delil veya emare bulunmadığı' gerekçesiyle işlemiş sayılmayacağını kabul etmiştir. Ancak dava mahkemesi, yine yargılama öncesi yapıldığı söylenen yüzleştirme ve istinabe suretiyle jandarmalardan alınan ifadeler gibi diğer delillerle doğrulandığı söylenen başvuruçunun yargılama öncesi beyanlarına dayanarak, başvuruçunun 14 Haziran 1992 tarihli silahlı saldırıya katıldığına kanıtlandığı sonucuna varmıştır.

91. Mahkeme, başvuruçunun gözaltında gördüğü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna vardığını kaydeder. Mahkeme bu bağlamda Türk mevzuatının, soruşturma sırasında elde edilen ve fakat mahkemede reddedilen ikrarlara, sanığın istikbal bakımından belirleyici sonuçlar bağlamaz gördüğünü gözlemlemektedir (*Dikme, §111*). Ceza hukukunda delillerin kabuledilebilirliği meselesini soyut olarak incelemek Mahkeme'nin işi olmamasına rağmen, Mahkeme bu davada Devlet Güvenlik Mahkemesinin olayın esasına girmeden önce bu meseleyi karara bağlamamış olmasını üzüntüyle karşılamaktadır. Bu konuda yapılacak bir ön soruşturma ulusal mahkemelere, iddia tarafı için delil toplamada kullanılan hukuka aykırı bir yöntemi kınama fırsatı verecektir.

92. Mahkeme ayrıca, düzenlenen yüzleştirme tutanağı ve kendisinden alınan ikrarlar gibi asıl delillerin toplandığı soruşturma boyunca başvuruçunun bir müdafiden yardım görmediğini belirtir. Bu bağlamda, iddia tanıklarının dava mahkemesi tarafından sorgulanmaları hayati öneme sahiptir; çünkü sadece bu mahkeme tanıkların hal ve hareketlerini ve anlattıkları olayların inanılabilirliğini etkili bir şekilde yakından değerlendirebilir.

93. Dahası Mahkeme, başvuruçunun mahkûmiyetinin delillerin bütününe dayandığı şekilindeki Hükümetin savunmasını kabul edememektedir. Mahkeme özellikle, savcının 3 Eylül 1993 tarihli mütalaasında, iddia makamının dava mahkemesine sunduğu delillerin başvuruçunun 14 Haziran 1992 tarihli silahlı saldırıda yer aldığını herhangi bir kesinlikle ortaya koymak için yeterli olmadığını ileri sürerek, bu suçtan beraatını istediğini gözlemlemektedir. Savcının talebi, başka şeylerin yanında, olay tutanakları, jandarmaların ifadeleri ve 14 Haziran 1992 tarihli saldırıda kendisi yer aldığı halde başvuruçunun karışmadığını söyleyen suç ortağı Bay Erdal'ın beyanı arasındaki tutarsızlıklara dayandırılmıştır. Ancak, başvuruçunun silahlı saldırıda yer aldığını gösteren yeni bir delil sunulmadığı

halde, aynı savcı 30 Aralık 1993 tarihinde bu kez başvuruçunun mahkûm edilmesini istemiştir. Başvuruçunun PKK'ya üyelikten gözaltına alınan erkek kardeşi ile kız kardeşinin ifadeleri, başvuruçuyu aleyhine delil olarak görülebilme ihtimali vardır. Ancak bu ifadelerin, 14 Haziran 1992 tarihindeki olaya ışık tuttuğu dosyadan anlaşılacaktır.

94. Yukarıda anlatılanlar ile Devlet Güvenlik Mahkemesinin Ceza Kanununun 125. maddesini uygularken gösterdiği gerekçe göz önünde tutulduğunda, başvuruçunun mahkûmiyetinin, kendisinin ve müdafisinin bulunmadığı soruşturma ve istinabe sırasında kendisini teşhis eden iki jandarmının beyanlarına dayandığına dair Mahkeme'nin bir şüphesi yoktur.

95. Başvuruçunun veya müdafisinin, ifade alması için istinabe edilmiş mahkemeye söz konusu tanıkların sorgusuna katılmak için izin isteyip isteyemeyecekleri ve sanığın bu tanıklarla yüzleştirilip yüzleştirilmeyeceği konusunda ise, Mahkeme'ye göre ilk olarak, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış bir hakkı kullanmaktan feragat, tabii böyle bir feragat izin verilmiş ise, hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya koyulmalıdır (*Colozza*, §26). Mahkeme ayrıca, başvuruçuyu ısrarla ve açıkça dava mahkemesi önünde yüzleştirme yapılmasını istemiş olmasına rağmen, dosyadan mahkemenin söz konusu tanıkların sorgulanmalarının veya mahkeme önüne çıkarılmalarının sağlanması için gerekli adımları attığı anlaşılacaktır (*Barbera, Messegue ve Jabardo*, §78). Dahası, ifade almaları için istinabe edilmiş mahkemelere yönelik bir talep de yine yol güvenliği gerekçesiyle reddedilebilirdi. Her halükarda, söz konusu tanıklar dava mahkemesi önüne çıkmadıkları için, yargıçlar bu tanıkların hal ve hareketlerini gözleme ve kendi izlenimlerini oluşturma imkânı bulamamışlardır (*Kostovski*, §43). Tabii ki yargıçlar, istinabe yoluyla alınan tanık ifadelerini dikkatli bir şekilde incelemişler ve başvuruçuya bu ifadelerle itiraz etme imkânı vermişlerdir; fakat bunlar, tanıkların mahkemeye çıkmalarının ve doğrudan sorgulanmalarının uygun bir yedeği olarak görülemezler.

96. Buna göre, başvuruçuyu bu tanıkları soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulamadığı veya sorgulatmadığı halde, söz konusu ifadeler başvuruçunun mahkûmiyetinin esaslı temelini oluşturmuştur. Dava mahkemesi önünde bir yüzleştirme yapılmaması, başvuruçuyu bazı yönlerden adil bir yargılamadan yoksun bırakmıştır. Mahkeme, terörle mücadelede, özellikle delillerin toplanmasında ve ortaya koyulmasındaki inkâr edilemez güçlüklerin ve bu problemin toplumda yarattığı tahribatın bütünüyle farkındadır; fakat Mahkeme, bu tür etmenlerin, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin sanık haklarını bu derece kısıtlamayı haklı kılamaz. Kısacası, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ve 6(3)(d) bendi ihlal edilmiştir.”

III. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi ve manevi tazminat olarak 25,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 3,500 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OY BİRLİĞİYLE,

1. Sözleşmenin 3. maddesinin ihlaline;
2. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Başvuruçunun tanıkları sorguya çekme veya çektirme imkânı bulamaması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve 6(3)(d) bendinin ihlaline;
4. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

DELİLLERİ TARTIŞAMAMA

06.12.1988 10590/83 BARBERA, MESSEGUE ve JABARDO - İSPANYA

◆ *delillerin duruşmada tartışılmaması - duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi* (Katalan bir işadının üzerine bomba bağlayarak ölümüne sebebiyet vermek suçundan yargılanan başvuruçuların, uzun mesafeden geç nakilden sonra yorgun olarak duruşmaya çıkarılmış olmaları, heyetin beklenmedik bir biçimde değişmiş olması, bir gün süren duruşma nedeniyle yargılanmanın kısalığı, işkence altında verildiği iddia edilen ikrarların delil olarak kullanılması, özel usul nedeniyle soruşturma dosyasındaki delillerin sanıkların önünde duruşmada ortaya konulup tartışılmadan kabul edilmesi) ■ *adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - çekişmeli yargılanma hakkı - delillerin kabuledilebilirliği*

DAVANIN ESASI

Birinci başvuruçucu Francesc-Xavier Barbera Chamarro 1951, ikinci başvuruçucu Antonino Messegue Mas 1947 ve üçüncü başvuruçucu Ferran Jabardo Garcia 1955 doğumlu olup, üçü de İspanyol vatandaşıdır.

9 Mayıs 1977 günü saat 15:00 sularında, 77 yaşındaki Katalan bir işadamı olan Bay Bulto, yaşlı kız kardeşi ve eniştesinin Barselona'daki evinde bulunduğu sırada, havagazı işçisi kılığında iki adam eve gelmişler, hizmetçiyi etkisiz hale getirmişler ve başka bazı kişilerin eve girmesini sağlamışlardır. Sonradan eve giren kişiler, Bulto'yu silahla tehdit etmişler ve kendisini bir odaya kapatıp, göğsüne bir bomba bağlamışlardır. Bu kişiler Bulto'dan 25 gün içinde 500 milyon Peseta fidye ödemesini istemişler ve bunu nasıl ödeyeceğine dair talimatlar vermişler; fidyeyi ödedikten sonra bombanın patlamadan nasıl çıkarılacağını kendisine bildireceklerini söylemişlerdir. Bu kişiler daha sonra evi terk etmişler ve kendilerini bekleyen bir arabaya atlayarak uzaklaşmışlardır. Bulto arabasıyla evine dönmüştür. Saat 17:00'yi biraz geçte bomba patlamış ve kendisi hemen orada ölmüştür.

Barselona'daki 13. numaralı soruşturma yargıçısı aynı gün açtığı soruşturmaya ilgili olarak bu suçun Madrid'deki *Audiencia Nacional* Mahkemesinin görev alanına giren bir terör suçu olduğu gerekçesiyle, 11 Mayısta görevsizlik kararı vermiştir. Madrid 1 numaralı soruşturma yargıçısı olayla ilgili bir soruşturma açmıştır. Polis, Bulto'nun öldürülmesi olayını soruştururken, 63 yaşındaki Bay Vendrell'i ve diğer dört kişiyi 4 Mart 1979 tarihinde gözaltına almıştır. Bu kişiler, o tarihte yürürlükte olan terörle mücadele kanunu gereğince, tecritte halinde (incommunicado) gözaltında tutulmuşlardır. Bay Vendrell, avukatı hazır bulunmadan 11 Mart 1979'da verdiği ifadede, Katalanların bağımsızlığı için mücadele etmek amacıyla Katalan milliyetçisi bir örgütün liderliğini yaptığını, 1968 yılında Messegue ile tanıştığını, 1973 yılında Barbera'nın içinde bulunduğu bir grup kurulduğunu, Almanya'dan silah satın alındığını ve Fransa üzerinden İspanya'ya getirildiğini, Şubat 1977'de kendisine kişinin üzerine bağlanabilen ve istenen fidye alındıktan sonra sökülebilen bir patlayıcının yapıldığını bildirdiğini, bu patlayıcının mekanik kısmının Messegue, elektronik kısmının Barbera ve diğer bir eylemci tarafından düzenlendiğini, bu kişilerin Nisan 1977'de Bulto'yu ilk kurban olarak seçtiklerini kendisine bildirdiklerini, öldürme olayından iki gün sonra eylemcilerin liderleriyle toplantı yaptığını ve olaya 11 kişinin katıldığını öğrendiğini, patlayıcıyı mağdura Barbera ile Messegue'nin bağladığını anlatmıştır. Vendrell, avukat yardımı ve huzuruyla, Barselona 6. numaralı soruşturma yargıçının önüne çıkarıldığında, ifadesini değiştirmiştir. Vendrell, özellikle, bombanın adı geçen kişiler tarafından yapılmış 'olabileceğini', ancak Bulto'ya karşı eylemde bulunanların adlarını bilmediğini söylemiştir. Vendrell'in bu ifadesi de Madrid'deki 1 numaralı soruşturma yargıçısına gönderilmiştir. Soruşturma yargıçısı Vendrell'i tutuklamış, başvuruçular

hakkında yakalama emri çıkarmıştır. Bay Vendrell hakkında açılan ceza davasında mahkeme önce kendisini silahlı çete üyelerine yardım suçundan 1 yıl üç hapis cezasına mahkûm etmiş ve tutuklulukta geçen süre dikkate alınarak salıverilmesine karar vermiştir. Bu kararın Yüksek Mahkeme tarafından bozulması üzerine Bay Vendrell 10 Nisan 1981’de adam öldürmeye yardım ve teşvik etmekten 12 yıl bir gün hapis cezasına mahkûm edilmiştir. 24 Nisan 1981’de Vendrell hakkında yakalama emri çıkarılmıştır. Vendrell o tarihten bu yana polis tarafından bulunamamış ve bu nedenle hapis cezasını henüz çekmemiştir.

Öte yandan üç başvuru, başka kişilerle birlikte, 14 Ekim 1980 tarihinde göz altına alınmışlar ve haklarında terör örgütü E.PO.CA.’ya üye olma suçu isnat edilmiştir. Bu kişilerin evlerinde yapılan aramalarda radyo vericileri, çeşitli iş takımları, elektronik malzemeler, milliyetçi sol partilerin yayınları, önde gelen politikacı ve işadamları hakkında dosyalar ve topografya hakkında kitaplar ile patlayıcı hammaddeleri bulunmuştur. Bu kişiler, gözaltında tutuldukları sırada, asli failler veya fer’i failler olarak, Bulto’nun öldürülmesi olayında yer aldıklarını kabul eden ifadeler imzalamışlardır. Ancak anlattıkları olaylar Vendrell’in anlattıklarından farklıdır. Polis ayrıca, Barbera ve Messegue tarafından gösterilen yerlerde saklanmış silahlar bulmuştur. Barselona’da gözaltında tutulan başvurucular 23 Ekim 1980’de Barselona 8. numaralı soruşturma yargıcının önüne çıkarılmışlardır. Barbera ve Jabardo’nun sorgusu sırasında avukat bulunmamıştır. Başvurucular, polisteki ikrarlarını geri almışlar; Jabardo ile Messegue, gözaltında tutuldukları sırada fiziksel ve psikolojik işkence gördükleri gerekçesiyle şikâyetçi olmuşlardır.

Toplanan belgeler, Madrid’deki 1 numaralı soruşturma yargıcına gönderilmiştir. 1 numaralı soruşturma yargıcı başvuruculara ve diğer iki kişiye adam öldürme ve silahlı çeteye yardım suçlarını isnat etmiş, başka araştırmaların yapılması için Barselona’daki soruşturma makamlarına talimat yazı göndermiş, Barselona’daki soruşturma yargıcı bu isnatları başvuruculara bildirmiş ve kendilerini sorgulamıştır. Bu kişiler, 8 numaralı soruşturma yargıcına verdikleri ifadeleri tekrarlamışlar ve bir kez daha işkence altında ikrarda bulduklarını iddia etmişlerdir. Ancak kendileri, iddia makamının tanıklarıyla veya daha sonra serbest bırakılacak olan Martinez Vendrell ile yüzleştirilmemişlerdir. Barbera 22 Aralık 1980’de iki müdafî tayin etmiş, ancak Madrid’deki soruşturma yargıcı 20 Ocak 1981’e kadar bu atamaları kayda geçmemiştir. Messegue ve Jabardo ise, 21 Şubat 1981 tarihine kadar avukat tayin etmemişlerdir. İlk soruşturma 16 Şubatta tamamlanmıştır.

Audiencia Nacional Mahkemesindeki yargılama: Daha sonra başvurucular aleyhine Madrid’deki 1. Audiencia Nacional Mahkemesinde dava açılmıştır. Bu mahkeme duruşmaya hazırlık olarak 13 Mart 1981’de savcıdan ve katılanlardan ara görüşlerini istemiştir. Savcı ve katılanlar sanıkları adam öldürme ve diğer bazı suçlarla suçlamışlar, sanıkların ve görgü tanıklarının ifadelerini ve soruşturma dosyasını delil olarak göstermişler, Vendrell’in adından söz etmemişlerdir. Soruşturma dosyasının birer kopyası sanıkların avukatlarına gönderilmiştir. Sanıklar kendi seçtikleri avukatlarla yazılı savunmalarını vermişler, masum olduklarını söylemişler ve aynı delilleri göstermişlerdir. Sanıklar ayrıca, poliste kendilerini cinayete karışmakla suçladıktan sonra bu ifadesini geri alan Vendrell’in ifadesine atıfta bulunmuşlardır.

Madrid mahkemesi 27 Ekim 1981 tarihli kararla gösterilen delilleri kabul etmiş ve duruşma günü olarak 12 Ocak 1982 tarihini belirlemiştir. Bu mahkeme ayrıca sanıkların Madrid’e getirilmelerine karar vermiş ve sanıklar hakkında ağır cezalar istendiğinden Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince mahkemeyi beş yargıçlı heyet haline getirmek için diğer mahkemeden iki yargıcı heyete dâhil etmiştir. Sanık avukatları sanıkların ve tanıkların Madrid’e getirilmelerindeki güçlükler nedeniyle duruşmanın Barselona’da yapılmasını isteyen bir dilekçe vermişler, öte yandan bir Katalan senatör mahkemeye gönderdiği mektupta en azından Noel tatilinin bitimine kadar sanıkların Madrid’e nakillerinin erte-

lenmesini istemiştir. Bu mahkeme duruşmanın Barcelona'da yapılması talebini reddetmiştir. Duruşma gününden önce sanık avukatları mahkeme başkanıyla görüşerek duruşmaya hazırlanmak ve sanıklar hala Barcelona'da oldukları için duruşmanın ertelenmesini istemişlerdir. Başkan sanıkların kısa süre sonra Madrid'e nakledilecekleri güvencesini vermiştir.

Başvurucular 12 Ocak sabah 10:30'da başlayacak duruşma için 11 Ocak akşamı Barcelona'dan ayrıldıklarını ve cezaevi arabasında 600 kilometre yolculuk yaptıktan sonra Madrid'e sabah 04:00 sularında çok kötü bir durumda vardıklarını söylemişlerdir. Hükümete göre bu yolculuk en fazla 10 saat sürmüştür.

Aynı gün duruşma başlamış, mahkemenin başkanı bir yakının rahatsızlığı nedeniyle Madrid'den ayrıldığı ve bir üye de mahkemeden ayrıldığı için bu iki yargıcın yerine başka yargıçlar heyette yer almışlardır. Bu değişiklikler taraflara önceden bildirilmemiştir.

Duruşma, tayin edilen günde, mahkeme salonundaki yoğun güvenlik önlemleri altında yapılmıştır. Sanıklar cam bir kabin içinde uzun bir süre kelepçeli olarak tutulmuşlardır. Bu mahkeme sanıkların sunduğu bazı belgeleri almıştır.

Sanıklar yapılan sorgularında katılanların soruları üzerine cinayete karıştıklarını inkâr etmişler ve gözaltında işkence gördüklerini söylemişlerdir. Savcı öldürülen Bulto'nun kız kardeşini, eniştesini ve hizmetçiyi tanık olarak dinletmek istemiş, kız kardeşi ve hizmetçinin yaşlılıkları nedeniyle duruşmaya gelmedikleri anlaşılmış, tanık enişte de sanıkları teşhis edememiştir.

Savcı yazılı delil olarak sadece soruşturma dosyasını göstermiştir. Savunma tarafının davet ettiği on tanık, kendilerinin de gözaltında tutuldukları sırada polislin zalimane muamesine maruz kaldıklarını söylemişlerdir.

Davanın tarafları yazılı delillerin duruşmada okunmuş gibi kabul edilmesi konusunda anlaşmışlardır; dolayısıyla dosyadaki belgeler duruşmada okunmamıştır (*por reproducida usulü*). Daha sonra savcı ve katılanlar ara mütalaalarını tekrar etmişlerdir. Sanık avukatları af kanununun uygulanmasını istemişlerdir.

Duruşma öğlenden sonra 16:30'a bırakılmıştır. Yeniden başlayan duruşmada savcı, katılanlar ve savunma tarafı sunuşlarda bulunmuşlardır. Daha sonra mahkeme başkanı sanıklara ekleyecek bir şeyleri olup olmadığını sormuştur. Onlar da ekleyecek bir şeyleri olmadığını söylemişler ve duruşma akşam saatlerinde sona ermiştir.

1 numaralı *Audiencia Nacional* Mahkemesi 15 Ocak 1982 tarihinde, Barbera ve Messegue'ya, Bulto'yu öldürmek suçundan 30'ar yıl hapis cezası, Messegue'ya patlayıcı bulundurma suçundan 6 yıl bir gün hapis cezası, Jabardo'ya adam öldürmeye yardım ve teşvik suçlarından 12 yıl bir gün hapis cezası vermiştir. Bu mahkemeye göre Barbera ve Messegue, ölen Bulto'nun bedenine patlayıcının yerleştirilmesine ve elektrikli mekanizmanın açılmasına doğrudan katıldıktan sonra, patlayıcının zararsız bir biçimde çıkarılabilmesinin koşulu olan fidyenin nasıl ödeneceğine dair talimatlar verdiklerinin kanıtlanmış, ancak bomba daha sonra tam olarak ortaya konamayan sebeplerle patlamıştır; Jabardo ise bu eyleme Bulto gibi Katalanya'da önde gelen kişiler hakkında bilgi toplamak suretiyle yardımcı olmuştur. Bu mahkeme ayrıca siyasal saikle işlenen suçlara af getiren 15 Ekim 1977 tarihli af kanununun başvuruçulara uygulanması talebini reddetmiştir. Bu mahkemeye göre sanıklar siyasal saikle hareket etmiş olsalar bile, saikleri Katalan halkının sırf özerkliğini değil, fakat bağımsızlığını sağlamak olduğundan, af kanununun kapsamına girmemektedir.

Başvurucular bu kararı temyiz etmişlerdir. Başvurucular gözaltına alındıkları ve tutuldukları koşulları anlatmışlar, poliste sorgulanırken avukatlarının yardımından yararlan-

madıklarını ve haklarının kendilerine hatırlatılmadığını belirtmişler; zorlama, tehdit ve kötü muamele altında ikrarda olduklarını vurgulamışlardır; maruz kaldıkları fiziksel şiddet, verdikleri ikrarları geçersiz hale getirdiği için, Bulto'nun öldürülmesi olayında masum oldukları karinesini çürütecek hiç bir delil bulunmadığını iddia etmişlerdir; dahası, *Audiencia Nacional* Mahkemesi tarafından tespit edilen maddi olaylar ile mahkemede ortaya koyulan deliller arasında hiç bir bağlantı yoktur; bu mahkeme bu karara nasıl vardığını hükmün gerekçesinde izah etmemiştir; bu mahkeme, polise verdikleri ifadelerin geçersiz olduğu konusundaki iddiaları görmezlikten gelmiş ve yargılama sırasında sunulan deliller karşısında bu ifadelere atfettiği kanıt değeri konusunda hiç bir açıklama yapmamıştır. Başvurucular masumiyet karinesine aykırı olarak aleyhlerine delil bulunmadan mahkûm edildiklerini ileri sürmüşlerdir; duruşmada ifade veren tek iddia tanığının sanıkları tanıyamadığını ve böylece tanıkların sanıkları teşhis etmeleri veya olayların yeniden yapılandırılması gibi önemli bir delilin bulunmadığını söylemişlerdir.

Yüksek Mahkeme 27 Aralık 1982 tarihinde verdiği kararla, Barbera ile Messegue'in temyizini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme öte yandan, *Audiencia Nacional* Mahkemesinin Jabardo hakkında verdiği kararı, ortaya çıkan olayların, adam öldürmeye yardım ve teşviki değil ve fakat silahlı çeteye yardım suçu meydana getirdiği gerekçesiyle bozmuştur. Yüksek Mahkeme buna göre bu sanığı, birinci isnattan beraat ettiren ancak ikinci isnattan ötürü altı yıl hapis cezasına mahkûm eden ayrı bir karar vermiştir. Yüksek Mahkeme son olarak, sanıkların durumunun af kanunu kapsamına girmediğini teyit etmiş ve sanıkların kötü muamele gördüklerine dair iddiaların araştırılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi başvurucuların kişi özgürlüğü ve adil yargılanma ve masumiyet karinesiyile ilgili şikâyetlerini temelsiz görekerek 20 Nisan 1983'te reddetmiştir. Öte yandan başvurucuların kötü muamele konusundaki şikâyetleri Barselona'daki 13 numaralı soruşturma yargıcı tarafından 1984 yılında araştırılmaya başlanmış ve *Audiencia Provincial* Mahkemesinin 1985'te verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmıştır.

İç hukuk: Ceza Muhakemesi Kanununun Başlangıcına göre soruşturma dosyası, 'yargılamanın ve kararın köşe taşıdır'. Bu dosya, yargılamanın yerine geçmez, yargılamaya bir hazırlıktır. 1978 tarihli reformla birlikte ceza yargılamasındaki çekişmelilik, soruşturma aşamasında da geçerli olmuştur. Bu durum sanığa, avukatından yardım alarak, kendisiyle ilgili işlemlere müdahale etme imkânı vermektedir. Sanık bu hakkını kullanabilmek için, bir avukat ve bir müdafî tayin eder. Soruşturma yargıcı elindeki dosyayı, yetkili savcılığın doğrudan gözetimi altında oluşturur. Soruşturma yargıcı, savcı ve diğer tarafların verdikleri delilleri, olayla ilgili gördüğü takdirde dosyaya koyar. Soruşturma yargıcı kendisi de resen delil toplayabilir; ancak bu durumda sadece kanıt değerine sahip olanları dosyaya koyar. Soruşturma tamamlandıktan sonra, soruşturma yargıcı dosyayı ilgili mahkemeye gönderir; bu mahkeme, savcıcı ve müdâhili dinledikten sonra, soruşturmaya son verir (iddianameyi kabul eder). Duruşmadan önce, savcı ve müdâhil, dosyada yer alan cezalandırılabilir fiiller, bu fiillerinin ceza kanunundaki nitelikleri, sanığın sorumluluğunu etkileyebilecek koşullar ile sanığa verilebilecek ceza hakkında, yazılı ve numaralı paragraflar halinde, ara mütalaalarını (interim submission) verirler. Daha sonra savunma tarafı, kendisinin incelemesine sunulan dava dosyasında ortaya koyulan maddi olayların hukuki nitelendirilmesi konusunda kendi görüşlerini sunar; savunma tarafı, iddia tarafının mütalaasındaki paragraf numaralarına karşılık gelecek şekilde paragraf numaralarıyla, iddiaları kabul veya reddettiğini göstererek yanıt vermek zorundadır; savunma tarafı bu ikinci bölümde, alternatif mütalaalarda bulunur. İddia tarafı ve savunma tarafı ara mütalaalarını verirken, göstermek istedikleri delilleri belirtirler; bu deliller raportör yargıcı tarafından derinlemesine incelenir ve mahkeme tarafından ya kabul edilir veya reddedilir. Duruşma aleni olarak yapılır; aleni yapılmayan duruşma geçersizdir. Sanık hazır bulunmadıkça, duruşma başlamaz veya devam etmez. Bu nedenle yasada sanığın gerekirse duruşmanın yapılacağı şehre nakledilmesine imkân tanınmıştır. Tarafların önerdikleri sıra düzeni için-

de ifadeler alınır.

Dava mahkemesi, gerçeğin aydınlatılması için gerekli gördüğü delili resen toplayabilir. Bunun dışında, ' tarafların kontrolü dışındaki sebeplerle duruşmada ortaya koyulamayan delillerle ilgili belgeler, taraflardan birinin talebi üzerine duruşmada okunabilir'. Soruşturma dosyasının tamamının veya bir kısmının delil olarak gösterilmesi halinde, ilgili taraflar kabul ettiği takdirde, dosyanın tamamı veya belirli bir bölümü okunmadan, okunmuş sayılmasına (*por reproducida*) dair yerleşik bir uygulama vardır. Deliller ortaya koyulduktan hemen sonra, taraflar ara mütalaalarını nihai hale getirmek üzere, ara mütalaalarının üzerinde yazılı değişiklikler yapabilirler. Mahkeme başkanı, iddia makamının ve müdâhilin temsilcilerini görüşlerini sunmaya davet eder. Bu temsilciler, duruşmada kanıtlandığını düşündükleri olayları, fiillerin ceza kanunu bakımından yerini, sanığın bu fiillerdeki rolünü ve bundan çıkan hukuki sorumluluğunu belirtmek zorundadırlar. Mahkeme başkanı bundan hemen sonra, savunma tarafını savunmaya davet eder; savunma tarafının sözlü savunması, yazılı savunmalarıyla uyumlu olmak zorundadır. Mahkeme başkanı son olarak, sanığın savunmasına eklemek istediği bir şey bulunması halinde, mahkemeye hitap etmesi için kendisine söz hakkı verir. Bundan sonra, mahkeme başkanı duruşmanın kapandığını bildirir. Yargıçlar, duruşmadan hemen sonra veya en geç ertesi gün, müzakereler ederler; delilleri incelemesi ve bir karar taslağı hazırlayarak mahkemeye sunması için bir raportör yargıç görevlendirilir. Son karar, üç gün içinde yazılır ve imzalanır. Mahkeme son kararını oluştururken, duruşma sırasında gösterilen delilleri, iddia ve savunma tarafının mütalaalarını ve sanıkların beyanlarını, vicdani kanaatine göre takdir eder.

Barbera, Messegue ve Jabardo 22 Temmuz 1983 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, bağımsız bir yargı yeri tarafından adil olarak yargılanmadıklarından şikâyet etmişlerdir. Başvurucular, özellikle işkence altında alınan ifadelerinden başka hiç bir delil bulunmadığı halde mahkûm olduklarını iddia etmişler ve Sözleşme'nin 6(1) ve (2). fıkralarına dayanmışlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). maddesinin ihlali iddiası

A. Audiencia Nacional Mahkemesinin tarafsızlığı

B. Adil yargılanma hakkı

60. Başvuruculara göre, dava mahkemesi başkanlığındaki bu değişiklik tesadüfi bir olay değildir; bu olay, yargılamanın yapılaş şekliyle yakından bağlantılı olup, özellikle sanıkların Madrid'e nakil şartları, duruşma sırasında alınan güvenlik tedbirleri, yargılamanın 'şaşırtıcı' bir biçimde süratle yapılması ve savcının pasif tavrı ile birlikte dikkate alınmalıdır. Başvurucuların iddiasına göre bütün bunlar, bu mahkemenin, başvuruçuların suçluluğuna daha önce kanaat getirdiği ve 12 Ocak 1982 tarihli duruşmayı sadece bir formalite olarak gördüğü sonucuna varmayı haklı kılan etmenlerdir. Yine başvuruçuların dediğine göre, bu durumda dava mahkemesi, sadece polis tarafından alınmış ikrarlara dayanarak bir görüş oluşturabilirdi; çünkü soruşturma yargıçı olayları aydınlığa kavuşturmak için her hangi bir girişimde bulunmamıştı. Başvurucular ayrıca, delillerin mahkemeye sunulmuş biçimini de eleştirerek, çekişmeli yargılama ile silahlarda eşitlik ilkelerine uygun davranılmadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular, başka şeylerin yanında, Martinez Vendrell'i sorgulayamamış olmaktan da şikâyet etmişlerdir.

Başvuruculardan Barbera ve Jabardo bunlara ek olarak, soruşturma yargıcının ilk kez önüne çıkarıldıkları sırada, bir avukatın hukuki yardımından yararlanamadıklarını da söylemişlerdir.

61. İspanya'nın Sözleşme'nin 25. maddesindeki bireysel başvuru hakkını tanıma beyanı 1 Temmuz 1981'de başlamıştır. Bu beyanın metni, Mahkeme'nin 1 Temmuz 1981 tarihinden önceki aşamayı incelemesine imkân vermemekle birlikte, yargılamanın adilliğini değerlendirebilmek için, yargılamanın bütününe bakmasını da engellemektedir (bk. özellikle ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 25.06.1987 tarihli Milasi kararı, parag. 31).

2. Şikâyetlerin esası

“67. Başvurucular, Sözleşme'nin 6(2). fıkrası ve (3) fıkrasının (d) bendiyle bağlantılı olarak ele alınan 6(1). fıkrasının açıkça ihlal edilmiş olmasından dolayı mağdur olduklarını iddia etmişlerdir. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasında ve (3) fıkrasının (d) bendinde yer alan güvencelerin, 6(1). fıkrasındaki adil yargılanma hakkının özel yönleri olduklarını hatırlatır (*Unterpertinger*, §29). Bu nedenle Mahkeme, olayları Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından incelerken, o hükümleri de göz önünde tutmak durumundadır.

68. Önlerindeki delilleri takdir etmekte olduğu gibi, sanığın göstermek istediği delilin olayla ilgisini tespit etmek de, kural olarak ulusal mahkemelerin ve özellikle birinci derece mahkemelerin işidir (*Unterpertinger*, §33/2 sonu). Bununla birlikte Mahkeme, Komisyon'un görüşüne katılarak, iddia ve savunma delillerinin ortaya koyulması dâhil, bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığını belirlemek durumda olduğu kanaatinde. Bu amaçla Mahkeme, önündeki şikâyetin çeşitli yönlerini sırasıyla inceleyecektir.”

(a) Sanıkların Madrid'e nakli

“69. Başvurucular 11 Ocak 1982 tarihinde, yani *Audiencia Nacional* Mahkemesindeki duruşmadan bir gün öncesine kadar, hala Barcelona Cezaevinde bulunuyorlardı. 11 Ocak akşamına kadar Madrid'e gitmek üzere yola çıkarılmamışlardı. Duruşmanın sabah 10:00'da başlayacağı bilinmesine rağmen, başvurucular cezaevi arabasında 600 kilometre yolculuktan sonra ertesi sabah erken saatlerde Madrid'e varmışlardır. Hükümet, başvurucuların Noel tatili sırasında aileleri ve arkadaşlarıyla birlikte Barcelona'da kalmak istemiş olmalarını ileri sürmüştür; ancak bu istek, naklin bu kadar geç yapılmasını haklı kılmaz; çünkü Noel kutlamaları İspanya'da 6 Ocakta sona ermiştir. **70.** Böylece Barbera, Messegue ve Jabardo hakkındaki suçlamanın ve alabilecekleri cezanın ağırlığına bakıldığında, kendileri için hayati öneme sahip bir duruşmaya, fiziksel ve zihinsel olarak dirençleri hayli düşük bir durumda girmek zorunda kalmışlardır. Başlı başına sıkıntı verici bu olay, hiç kuşkusuz savunma yapma imkânı bulabilmiş avukatlarının yardımına rağmen, kendilerini savunmak ve özellikle duruşmanın hemen başlangıcında yapılan sorguyu göğüslemek ve avukatlarına gerektiği şekilde danışabilmek için enerjiye ihtiyaç duydukları en hayati aşamada, başvurucuların durumunu zayıflatmıştır.”

(b) Başkanın ve bir diğer yargıcın yerine yeni yargıçların geçmesi

“71. Duruşma günü, *Audiencia Nacional* Mahkemesi Ceza Kısmı birinci bölüm başkanı de la Concha, kayınbiraderinin hastalığı nedeniyle Madrid'den ayrılmak zorunda kalmış; 27 Ekim 1981 tarihli kararda adı geçen bir diğer yargıç Infante, artık mahkemenin bu bölümünün üyesi olmadığı için, bu bölümde yer almamıştır. Bu yargıçların yerine, üçüncü bölümün başkanı Perez Lemaun ve birinci bölüm üyesi Bermudez de la Fuente geçmiştir.

72. Bu değişikikten, özellikle başkanın değişmesinden, ne başvurucular ne de avukatları haberdar edilmiştir. Başkan Perez Lemaun, diğer yargıçlar Barnuevo ve de la Fuente ile birlikte, 18 Aralık 1981'de, tamamen usulî nitelikte bir karara katılmışlardır; ancak savunma avukatları, bir gün önce başkan de la Concha ile yaptıkları hazırlık toplantısını akılda tutarak, Perez Lemaun'ın dava mahkemesinde yer alacağı sonucunu çıkaramazlardı. Böylece tamamen bir sürprizle karşılaşmışlardır. Başvurucular yeni başkanın,

soruşturma dosyası 1600 sayfaya yaklaşan hiç kuşkusuz karmaşık bu davayı bilmediğinden haklı olarak kaygı duymuşlardır. Bu durum, yargılama boyunca konumunu sürdüren raportör yargıç Barnuevo için de geçerlidir; Perez Lemaun, 11 Ocak 1982 tarihli hazırlık toplantısında yer almamıştır; aslında yargılamaya, bütün delillerin dinlenmediği bir duruşmayla devam edilmiştir; müzakerelerin duruşmadan hemen sonra, en geç ertesi gün yapılmış olması gerekirdi; *Audiencia Nacional* Mahkemesinin kararını üç gün içinde vermesi gerekirdi; gerçekten de vermiştir.”

(c) 12 Ocak 1982 tarihli duruşma ve delillerin ortaya koyulması

“73. Beş sanığın hazır bulunduğu duruşma, 12 Ocak 1982 sabahı başlamış ve aynı günün akşamı sona ermiştir. Komisyon, davanın karmaşıklığına, olayların meydana gelmesinden bu yana uzun bir zaman geçmiş olmasına ve sanıkların masum olduklarını söylemelerine rağmen, duruşmanın bu denli kısa sürmesini şaşkınlıkla karşılamıştır. Başvurucular, savcının duruşmada pasif bir tutum aldığını vurgulamışlardır. Hükümete göre bir duruşma süresinin uzunluğu, davanın niteliği ve şartları ile tarafların tutumuna bağlıdır. Hükümete göre bu davadaki duruşmanın uzunluğunu, delillerin ortaya koyulması ile iddia ve savunmaların dinlenmesi için geçen süre belirlemiştir. Bütün bu sürecin sadece bir gün sürmesinin iki sebebi vardır. Bunlardan birincisi duruşmanın, bir davada ilk soruşturma ve ara mütalaa gibi, iki aşamadan sonra gelen son aşama olmasıdır. İkincisi, iddia ve savunma taraflarının, ‘*por reproducida*’ usulünün uygulanmasını kabul etmeleri nedeniyle, 1,600 sayfalık ilk soruşturma dosyasının duruşmada okunmadan, delil olarak kabul edilmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır.

74. Mahkeme, bu görüşlerden kalkarak, bu olayda yargılamanın süresi ile daha önemli bir sorun olan duruşmada delillerin ortaya koyulması arasında doğrudan bir bağ bulunduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, bunları birlikte ele alacaktır.

75. Öncelikle kaydedilmelidir ki, İspanyol mevzuatına göre delil gösterilmesi ve sunulması, belirli bir ölçüde tarafların inisiyatifine bırakılmıştır; ancak bu durum, dava mahkemesini, Sözleşme’nin 6. maddedeki şartlara uyulmasını sağlama görevinden muaf tutmamaktadır (*Goddi*, §31). Gerçekten de Ceza Muhakemesi Kanununun 315. maddesi ile 729(2). fıkrası, soruşturma yargıcına ve dava mahkemesine, gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımcı olacaklarını düşündükleri delilleri re’sen toplama yetkisi vermektedir.

76. Ceza davalarında delil gösterilmesi ve ortaya koyulması meselesine, Sözleşme’nin 6(2) ve (3). fıkralarının ışığında bakılmalıdır.

77. Sözleşme’nin 6(2). fıkrası, masum sayılma ilkesine yer vermektedir. Bu fıkra, başka şeylerle birlikte, mahkeme üyelerinin, sanığın isnat edilen suçu işlediği şeklinde bir peşin hükümle işe başlamamalarını gerektirir; ispat külfeti iddia makamına aittir ve her türlü şüpheden sanık yararlanır. Buradan çıkan sonuca göre, sanığın iddiaya göre savunmasını hazırlayabilmesi ve sunabilmesi için, aleyhinde kullanılacak olaydan kendisini bilgilendirmek ve kendisini mahkûm ettirmek için yeterli delil göstermek, iddia tarafına düşer. Hükümete göre, tarafların ara mütalalarını sundukları ve dayanmak istedikleri delilleri gösterdikleri yargılamadaki ara aşamasının amacı, işte budur. Savcı, bu davadaki ara mütalaaasında, olayları kendine göre anlatmış ve hukuki nitelendirmesini yapmıştır. Savcı ayrıca, tamamı sanıkları ilgilendirmeyen 1,600 sayfalık soruşturma dosyası dâhil, kabul edilmesini istediği delillerin bir listesini vermiştir; ancak savcı, sanıklarla ilgili olayları hangi delillere dayandığını özel olarak ayrıntılı bir biçimde belirtmemiş, bu durum savunmanın işini daha da zorlaştırmıştır.

78. Sözleşme’nin 6(3). fıkrasıyla birlikte ele alınan 1. fıkrası, Sözleşmeciler Devletlerin, özellikle sanığın kendisi hakkındaki suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında derhal bilgilendirme, sanığa savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklar verme, kendini bizzat veya hukuki yardımla savunabilmesinin sağlama ve sanığın aleyhine olan ta-

nıkları sorguya çekmesi veya çektirmesi ve lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı koşullarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama imkânı verme gibi, pozitif tedbirler almasını gerektirir. Sözü edilen son hak, iddia makamı ile savunmaya sadece eşit muamele yapılmasını içermez; ama ayrıca tanıkların kural olarak çekişmeli bir biçimde dinlenmesi anlamına da gelir (*Bönisch*, §32). Ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin amacı ile bu maddenin 3. fıkrasının bazı bentlerinin ifade tarzı, hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin, 'yargılamada yer alma' ve 'kendisi mahkemede hazır bulunduğu sırada davanın dinlenmesi' hakkı (*Colozza*, §27 ve 32) bulunduğunu göstermektedir. Buradan, Komisyon gibi Mahkeme de, iddialara karşı çıkılabilmesi maksadıyla, kural olarak bütün delillerin, aleni bir duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları gerektiği sonucunu çıkarsamaktadır. Mahkeme, mevcut davada böyle yapılıp yapılmadığını tespit edecektir.”

(i) Sanıkların sorgulanması

“79. 12 Ocak 1982 tarihli duruşma, başvuruçuların sorgusuyla başlamıştır. Başvuruçular savcının, müdâhilin ve savunma avukatlarının sorularına karşılık, Bulto'nun öldürülmesi olayında yer aldıkları iddialarını reddetmişlerdir. Başvuruçular bu iddiaları reddetmekle, poliste işkence altında verdiklerini söyledikleri ikrarlar dâhil, aleyhteki bütün delillere itiraz etmiş olmaktadır.”

(ii) Tanıkların sorgulanması:

“80. İddia tarafınca çağrılan üç görgü tanığından sadece biri, yani Bulto'nun eniştesi duruşmaya gelerek ifade vermiş, fakat başvuruçularını tanımamıştır. Ancak savcı gelmeyen diğer iki tanığın poliste verdikleri ifadelerin de dikkate alınmasını istemiştir. Bunların ifadeleri sanıklara suç atfetmediği için, savunma tarafı buna itiraz etmemiştir. Savunma tarafınca on tanığın çağrılmasındaki amaç, sanıkların kötü muamele gördüklerini kanıtlamak suretiyle polisin aldığı ikrarların kabuledilemez olduğuna karar verilmesini ve Barbera, Messegue ve Jabardo'nun iyi birer yurttaş olduklarına dair ifade vermelerini sağlamaktır. Tanıklar, Sözleşme'nin 6(3)(d) bendi ile bağlantılı olarak ele alınan 1. fıkranın gereklerine uygun şartlarda dinlenmişlerdir; çünkü tanıklar, aleni bir duruşmada çekişmeli usul gereğince sorgulanmışlardır.”

(iii) Yazılı deliller

“81. Savcı ve müdâhiller ile savunma tarafı verdikleri geçici mütalaalarında, soruşturma dosyasındaki bazı belgelerin sırayla duruşmada okunmasını istemişlerdir. Barbera ve Messegue ayrıca, Martinez Vendrell'in, kendilerinin cinayete karıştıklarını ima eden polisteki ilk ifadesini daha sonra geri alan veya değiştiren sonraki ifadesinin duruşmada okunmasını istemişlerdir. Ne var ki taraflar duruşma sırasında, dosyanın okunmasından vazgeçilmesi konusunda anlaşmışlardır. 'Por reproducida' usulünün uygulanması, delillerin çoğunun aleni bir incelemeye tabi tutulmadan kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.

82. Hükümet, başvuruçuların avukatlarının, soruşturma dosyasındaki bazı belgelerin ve hatta dosyanın tamamının duruşmada okunmasını istemelerini engelleyen bir şey bulunmadığını söylemiştir. İstemedikleri için, bu haklarından feragat etmişlerdir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşme tarafından güvence altına alınıp da feragatine izin verilmiş olan bir hakkın kullanılmasından feragatin varlığı, hiç kuşkuyla yer bırakmayacak (sarih - unequivocal) bir tarzda ortaya koyulmalıdır (*Colozza*, §28). 'Por reproducida' usulünün kullanılması, dosyanın içindekilerin duruşmada okunmasının gerekmediğinin savunma tarafından kabul edildiğini göstermekle birlikte, iddia makamının dosyanın içeriğine ve özellikle bazı tanıkların ifadelerine dayanması halinde, savunma tarafının dosyanın içindekilere itiraz etmeyeceği sonucu çıkarsanamaz; daha sonra savunma makamı tarafından Yüksek Mahkeme ve Anayasa mahkemesi önünde bunlara dayanılmış olması, bunu teyit etmektedir.

83. İlk soruşturma dosyasındaki bütün belgeler, ‘*por reproducida*’ usulü aracılığıyla dava dosyasına girmiştir. Ancak Mahkeme, başvurucular aleyhindeki yargılamayla ilgili delil unsurlarının, adil bir yargılamayı güvence altına alabilecek şekilde elde edilmiş olup olmadıklarını belirlemek üzere, bu delil unsurlarına bakmak zorundadır.

84. Hükümetin de işaret ettiği gibi, İspanya’da ceza yargılamasının çekişmelilik niteliği, ilk soruşturma aşamasında da geçerlidir; çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu sanığa, özellikle lehine ve aleyhine olan deliller konusunda kendisini etkileyen işlemlere veya soruşturma yargıcı tarafından alınan tedbirlere, avukatın yardımıyla müdahale etme imkânı vermektedir. Ne var ki Mahkeme, bu mevcut davanın ilk soruşturmasının, başvurucuların gözaltına alındığı 13 Ekim 1980 tarihinden epey bir süre önce başlamış olduğunu kaydeder. Bu nedenle, başvurucuların bu tarihten önce ilk soruşturmada herhangi bir rol oynamadıkları açıktır. Barbera, ilk soruşturmada yer alabilmek için, 22 Aralık 1980’de Barselona’dan bir avukat ve bir müdafî tayin etmiştir; fakat Madrid’deki yetkili yargıç, başvurucular hakkında suç isnadında bulunup 16 Şubat 1981 tarihinde soruşturmayı kapatmasından yaklaşık bir ay öncesine, yani 20 Ocak 1981 tarihine kadar bu talebi kayda geçmemiştir. Messegue ve Jabardo ise, soruşturmanın tamamlanmasından ancak beş gün sonra avukat tutabilmişlerdir. Başvurucular, 22 Ocak 1981’de Barselona’da ifade vermekten başka, ilk soruşturmanın hiç bir aşamasına müdahalede bulunamamışlardır. Ayrıca, ilk soruşturmanın tamamlanmasına kısa bir süre kalmış olması, olayın doğru bir biçimde anlaşılabilmesi için delil sunmalarını fiilen engellemiştir. Bu dönemde savcı da herhangi bir delil sunmamıştır. Ayrıca, sanıklar ve avukatları, öldürme olayının meydana geldiği ve tanıkların yaşadığı Barselona’da oldukları halde, Madrid’deki soruşturma yargıcı ilk soruşturma görevini yürütmüştür. Bu durum, hem tanıklar ve hem de yargıç bakımından gerçekten de pratik sorunların çıkmasına neden olmuştur. Özellikle, hemen her türlü usul işleminin, Barselona’dan talimat yazılarıyla yürütülmesini gerektirmiştir. Böylece, son soruşturma aşamasında ortaya çıkan kusurlar, ilk soruşturma aşamasında, usul koruyucuları tarafından önlenememiştir.

85. Kronolojik sıraya göre dosyadaki ilk delil, başvurucuları suçlandıran ilk kişi olan ve Komisyon temsilcisi tarafından başlıca dolaylı tanık olarak söz edilen Martinez Vendrell’in ifadeleridir. Savunma tarafının çekişmeli yargılama esasına göre sorgulayabilecekleri Vendrell’in 12 Ocak 1982’li duruşmada hazır bulunmasının sağlanamamış olması, sıkıntı yaratmış gibi görülebilir. Ne var ki bu durumdan davalı Hükümet sorumlu tutulamaz; çünkü Yüksek Mahkeme Vendrell hakkındaki mahkûmiyeti 10 Nisan 1981’de onadıktan sonra, 24 Nisanda çıkarılan yakalama müzekkeresi üzerine polis tarafından aranmaya başlanmış, ancak bulunamamıştır. Buna göre, *Audiencia Nacional* Mahkemesinin önünde Martinez Vendrell’in sadece ifade tutanakları vardır. Vendrell’in ilk ifadesi, başvurucuların Bulto’nun öldürülmesi olayının içinde doğrudan yer aldıklarını ima etmektedir; ancak Hükümetin de kabul ettiği gibi bu ifade, İspanyol hukukuna göre kabuledilebilir bir delil değildir; çünkü bu ifade polis tarafından, en ufak bir anayasal koruyucunun bulunmadığı on günlük gözaltı süresi içinde alınmıştır. Ama her nasılsa, bu ifade dosyaya girmiştir. Aslında bu ifade, ikinci ifadenin de temelini oluşturmuştur; Martinez Vendrell, Barselona’daki bir soruşturma yargıcı tarafından dosyaya koyulan bu ikinci ifadesini avukatının yanında vermiş olup, önceki ikrarlarının bir kısmını geri almıştır. Barbera ve Messegue hakkında suç isnadı ancak, bu ifadelerin Madrid’deki soruşturma yargıcına gönderilmesinden sonra, 16 Mart 1979 tarihinde yapılabilmıştır. Bu tarihten önce başvurucuların, Martinez Vendrell hakkındaki davaya müdahalede bulunma sıfatları yoktu; o halde Vendrell’i sorgulayamazlar veya sorgulatamazlardı; aynı şey, daha sonra başvurucuların yargılanması sırasında da geçerlidir; çünkü Vendrell daha sonra bulunamamıştır.

86. Yüksek Mahkemenin 27 Aralık 1982 tarihli kararında da kaydedildiği gibi, 17 Haziran 1980’de serbest bırakılan Martinez Vendrell’in tanıklığı, hayati bir önem taşıyacaktı. Mahkeme’nin gözlemine göre, merkezdeki soruşturma yargıcı, başvurucuların 14 Ekim 1980 tarihinde gözaltına alınmalarından sonra Martinez Vendrell’i, sadece başvurucuları tanıdığını teyit etmesi için değil, ama aynı zamanda daha önce verdiği ifadeleri başvurucularınki ile karşılaştırmak ve kendisini başvurucularla yüzleştirmek için dinleme girişiminde dahi bulunmamıştır. Tabi ki başvurucular da kendilerine, Vendrell’i sorgulama fırsatı verilmesini isteyebilirlerdi; ancak istemiş olmamaları, yukarıda 84. paragrafta sözü edilen özel şartlara bakılacak olursa, yargıcın bu tutumunu aklamaz. Sonuçta başvurucular, Yüksek Mahkemenin 27 Aralık 1982 tarihli kararında da açıkça görüldüğü gibi, tanıklığı hayati öneme sahip olduğu halde, kendilerinin yokluğunda ifadesi alınmış olan ve ifadesi duruşmada okunmuş kabul edilen kişiyi, hiç bir zaman sorgulama imkânı bulamamışlardır (*Unterpertinger*, §31); çünkü kendi delillerini hazırlayabilmesi için dosyanın savunma tarafına gönderildiği 27 Mayıs 1981 tarihinde, Martinez Vendrell ortadan kaybolmuş durumdadır.

87. Sanıkların kendi ifadeleri, delillerin diğer önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Haklarında daha önce verilmiş yakalama emri kararı bulunan sanıklar, poliste ikrarda buldukları sırada avukat yardımı alamamışlardır; oysa bu haklarından feragat ettikleri anlaşılacaktır. Bu nedenle, ayrıca uzun süre gözaltında incommunicado tutulurken alınmış olan bu ikrarlara Mahkeme’nin çekinceyle yaklaşmasına yol açmaktadır. Buna rağmen, polisin raporuna eklenen bu ikrarlar, sanıkların Barselona’da soruşturma yargıcıları ile 12 Ocak 1982 tarihli duruşmada müdâhil tarafından sorgulanmasında öncü bir rol oynamıştır. Ancak sanıklar, bu ikrarların işkence altında alındıklarını iddia ederek, itirazda bulunmaya çalışmışlardır. Barbera ve Jabardo, Barselona’da soruşturma yargıcına ilk ifadelerini verirken de ne kendi seçtikleri ve ne de mahkeme tarafından atanmış bir avukatın hukuki yardımını almışlardır (Sözleşme 6(3)(c) bendi); dosyada sanıkların avukatsız ifade vermeyi kabul ettikleri de görülmektedir. Barbera’ya, hakkında ikinci kez suç isnadında bulunduğu 20 Ocak 1981 tarihine kadar, Messegue ile Jabardo’ya ise soruşturmanın tamamlandığı 21 Şubat 1981 tarihine kadar avukat tayin edilmemiştir. Mahkeme aynı zamanda, sanıkların arka arkaya verdikleri ifadeler arasında açık çelişkiler bulunmasına rağmen, hatta sanıklardan biri başkente geçici olarak nakledildiği halde, Madrid’deki merkez soruşturma yargıcının sanıkları bizzat dinlemediğini, işlemleri talimat yazılarıyla sürdürdüğünü kaydeder.

88. Başvurucuların evlerinde ve daha sonra Barbera ile Messegue’nin gösterdikleri yerlerde bulunan silahlar, diğer malzemeler ve belgeler iddia makamı tarafından delil olarak zikredildiği halde, bunlar mahkeme önündeki duruşmada ortaya koyulmamıştır. Bu nedenle, savunma tarafı bunların teşhisine veya olayla ilgilerine tam ve etkili bir biçimde itirazda bulunamamıştır; savunma avukatı bu noktadaki itirazını *Audiencia Nacional* Mahkemesinde kayda geçirmiş; daha sonra Yüksek Mahkemeye ve Anayasa Mahkemesine, bu noktadan da başvuruda bulunmuştur.”

(d) Sonuç

“89. Başvurucuların Barselona’dan Madrid’e geç nakledilmiş olmalarını, duruşmanın başlamasından hemen önce mahkeme heyetinde beklenmedik bir değişiklik yapılmasını, son soruşturmanın kısıllığını, her şeyden öte, delillerin önemli bir kısmının başvurucuların huzurunda ve kamuoyunun gözleri önünde ortaya koyulmamasını ve tartışılmamasını dikkate alan Mahkeme, söz konusu davanın bir bütün olarak adil ve aleni muhakeme şartlarını yerine getirmediği sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 6(2). maddesinin ihlali iddiası

90. Barbera ve Messgüe ayrıca, sadece polise verdikleri ikrarlara dayanılarak mahkûm edildiklerini ve Audiencia Nacional Mahkemesinin kendilerine karşı taraflı bir tutum gösterdiğini belirterek, masumiyet karinesinin uygulanmamasından dolayı mağdur olduklarını iddia etmişlerdir.

Hükümet, Yüksek Mahkemenin ve Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçelerine dayanarak, aslında Audiencia Nacional Mahkemesinin önünde daha başka deliller de bulunduğu belirtmiştir.

91. Sanığın hukuka göre suçluluğu kanıtlanmadan, kendisiyle ilgili bir yargısal kararın, sanığın suçlu olduğu şekilde bir düşüncüyü yansıtmaları halinde, masumluk karinesi ihlal edilmiş olur. Bu davada ortaya çıkan delillerden, muhakeme sırasında ve özellikle duruşmada, Audiencia Nacional Mahkemesinin veya başkanının, böyle bir görüşü yansıtan bir karar verdiği ve tavır gösterdiği anlaşılabilir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.”

III. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkemeye göre bu sorun karara hazır olmadığından saklı tutulmalıdır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirligiyle, uyarıda bulunulmaksızın Audiencia Nacional Mahkemesi heyetinde değişiklik yapılmasıyla ilgili şikâyet hakkında Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının zamanında yapılmamış olması ve itiraz hakkının düşmesi (estoppel) nedeniyle reddine,
2. Oybirligiyle, başvuru sahiplerinin Audiencia Nacional Mahkemesine vekalet eden başkanlarıyla ilgili şikâyetler bakımından iç hukuk yollarının tüketilmediğine;
3. Oybirligiyle, başvuru sahiplerinin Audiencia Nacional Mahkemesine duruşmanın ertelenmesi için başvurmuş olmaları nedeniyle iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair Hükümetin itirazının, itiraz hakkının düşmesi (estoppel) sebebiyle ve kısmen de zamanında ileri sürülmemiş ve temelsiz bulunmuş olması nedeniyle reddine;
4. Bire karşı on yedi oyla, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair diğer itirazların temelsiz olması nedeniyle reddine;
5. Sekize karşı on oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
6. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
7. Oybirligiyle, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması sorununun henüz karara hazır olmadığına; buna göre,
 - (a) söz konusu sorunun bütünüyle saklı tutulmasına;
 - (b) Hükümeti ve başvuru sahiplerini, gelecek üç ay içinde konu hakkındaki görüşlerini bildirmeye ve özellikle aralarında varacakları bir anlaşmayı Mahkeme'ye bildirmeleri için davet etmeye;
 - (c) diğer usul işlemlerini saklı tutmaya ve bunlar hakkında Mahkeme Başkanını gerektiği takdirde aynı şekilde yetkili kılmaya

KARAR VERMİŞTİR.

MASUM SAYMAMA

10.02.1995 15175/89 ALLENET de RIBEMONT - FRANSA

◆ *basın açıklamasında masumiyeti lekeleme* (Bakan ve emniyet görevlilerinin yaptıkları basın toplantısında başvurucunun öldürmeye azmettirici olduğunu açıklamaları ve başvurucunun yakalanıp tutuklandıktan sonra aleyhindeki soruşturmada takipsizlik kararı verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - masum sayılma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Alletnet de Ribemont bir şirket yöneticisidir.

Parlamento üyesi ve eski bir Bakan olan Jean de Broglie, 24 Aralık 1976'da başvurucu Alletnet de Ribemont ile aynı binada oturan mali danışmanı Pierre De Varga'yı ziyaretten çıkarken, başvurucunun kapısının önünde öldürülmüştür. Bu kasten adam öldürme suçunun faillerinin bulunması için hemen adli soruşturma başlatılmıştır. Paris Emniyet Müdürlüğü cinayet masası ekipleri 27 ve 28 Aralık 1976'da, aralarında ölen kişinin mali danışmanının da bulunduğu birkaç kişiyi gözaltına almıştır. Başvurucu Allen de Ribemont da 29 Aralık'ta gözaltına alınmıştır.

Fransız emniyetinin gelecek yılki bütçesi hakkında 29 Aralık 1976 tarihinde yapılan basın toplantısında İçişleri Bakanı, Paris adli suçları soruşturma bölümü müdürü ve cinayet masası şefi, olayla ilgili yürütülmekte olan soruşturmadan söz etmişlerdir. İki Fransız televizyonu haber bültenlerinde bu basın toplantısına yer vermişlerdir. Haberlere göre yetkililerden biri şöyle demiştir: 'De Varga ile olaydaki yardımcısı de Ribemont cinayetin azmettiricisidirler. Cinayeti planlayan dedektif Simone, katil ise Freche'dir.'

Alletnet de Ribemont kasten adam öldürmeye azmettirme ve yardım ve yataklık suçundan 14 Ocak 1977 tarihinde tutuklanmış, 1 Mart 1977'de salıverilmiş ve 21 Mart 1980'de, aleyhindeki soruşturma takipsizlikle sonuçlanmıştır.

Başvurucu, İçişleri Bakanı ve Emniyet yetkililerin beyanları nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlar için 23 Mart 1977'de Başbakanlığa başvurarak 10 milyon Fransız Francı tazminat istemiştir. Başvurucu daha sonra 20 Eylül 1977'de Paris İdare Mahkemesine dava açarak, tazminat talebinin Başbakanlık tarafından zımnen reddedilmesi işleminin iptalini ve tazminata hükmedilmesini istemiştir. İdare Mahkemesi Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Başbakanlık ve Kültür Bakanlığından gelen yazıları ve başvurucunun görüşlerini aldıktan sonra, 13 Ekim 1980 tarihinde verdiği görevsizlik kararıyla başvurucunun talebini reddetmiştir. İdare Mahkemesine göre devlet, bir hükümet üyesinin idari eyleminden doğan zarardan sorumlu olmakla birlikte, Bakanın siyasi görevleri sırasında yaptığı beyanlar idare mahkemeleri tarafından denetime tabi değildir.

Başvurucu bu kararı 15 Aralık 1980'de Yüksek İdare Mahkemesinde temyiz etmiş, 1 Temmuz 1981'de gerekçeli temyiz dilekçesini vermiştir. Bu dilekçelere 13 Nisan 1982'de Bakanlıktan cevap gelmiş, başvurucu 7 Temmuz 1982'de cevaba cevap vermiştir. Yüksek İdare Mahkemesi 11 Mayıs 1982'te yaptığı duruşmadan sonra 27 Mayıs 1983'te davayı reddetmiştir. Yüksek İdare Mahkemesine göre polis operasyonları dolayısıyla İçişleri Bakanı tarafından yapılan açıklama, bu operasyonlardan ayrı düşünülemez. Bu nedenle bu tür açıklamaların olumsuz sonuçları üzerinde hüküm vermek, idare mahkemelerinin görevi değildir. Her ne kadar Paris İdare Mahkemesinin itiraz konusu hükmünde, başvurucunun taleplerinin 'siyasi görevler sırasında' yapılan bir işlemle ilgili olduğu ve bu nedenle idare mahkemeleri tarafından yapılan denetim kapsamına girmediğine karar vermesi hatalı ise de, Alletnet'in talebinin reddine dair bu hükmün temyizi temelsizdir.

Başvurucu 29 Şubat 1984'te Başbakan ve 5 Mart 1984'te de Hükümet Adli Müşavirliği aleyhine Paris Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi 8 Ocak 1986 tarihli kararında, sadece Hükümet Adli Müşavirliği aleyhine dava açılabileceğini belirtmiş; başvurunun olayda azmettirici olduğuna dair sözlerin video kayıtlarının başvuru tarafından sunulmadığı ve tarafların eksikliklerini gidermek veya gösterdikleri delillere delil eklemek mahkemenin görevi olmadığı ve dolayısıyla bu sözlerin İçişleri Bakanı tarafından söylendiği kanıtlanamadığından, davayı reddetmiştir.

Bu karar karşı başvuru 19 Şubat 1986'da üst başvuruda bulunmuştur. Üst Mahkeme 21 Ekim 1987 tarihli kararında, sözlerin söylendiğine dair iddiaları kanıtlanmadığını, kanıtlandığı kabul edilse bile, adli soruşturma sırasında yapılan açıklamaları iddia edilen zarara sebep olduğu gösterilemediği, zarar bulunduğu kabul edilse bile bu açıklamaların davanın seyrini etkilemediğini, sonuç olarak sözlerin tam metinleri ortaya çıkarılmış olsa bile bu beyanlar ile iddia edilen zarar arasında nedensellik ilişkisi bulunmadığı gerekçeyle dava reddetmiştir.

Başvurucu bu karara karşı Temyiz Mahkemesine başvurmuş, Temyiz Mahkemesi 30 Kasım 1988'de temyizi reddetmiştir.

Başvurucu 24 Mayıs 1989'da İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuş ve İçişleri Bakanı tarafından yapılan açıklamaların Sözleşme'nin 6(2). fıkrasındaki masumluk karinesinin ihlal edildiğinden ve ulusal mahkemeler önündeki davanın çok uzun sürdüğünden şikâyet etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlal edildiği iddiası

31. Allenet de Ribemont, 29 Aralık 1976 tarihli basın toplantısında İçişleri Bakanı yanında bulunan üst düzey emniyet yetkilileri tarafından söylenen sözler nedeniyle şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Sözleşme'nin 6(2). fıkrasına dayanmıştır.

A. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının uygulanabilirliği

Hükümet olayda masumluk karinesinin uygulanabilir olmadığını, çünkü masumluk karinesinin, sadece yargısal organlar tarafından ve mahkûmiyetle sonuçlanan bir yargılama sonunda verilen bir karar gerekçesinde, sanığı önceden suçlu gören bir yaklaşımın varlığı halinde ihlal edilebileceğini ileri sürmüştür.

“34. Mahkeme'nin görevi bu davadaki olayın, başvurunun Sözleşme'nin 6(2). fıkrasındaki hakkını etkileyip etkilemediğini belirlemektir (*Sekanina*, §22).

35. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasındaki masumluk karinesi, 6(1). fıkrasının ceza yargılamasında gerektirdiği adil yargılama unsurlarından biridir (*Deweer*, §56; ve *Minelli*, §27). Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, kendisiyle ilgili yargısal bir kararda hukuka göre suçluluğu kanıtlanmadan önce suçlu olduğunu yansıtan bir düşünce bulunması halinde, masumluk karinesi ihlal edilmiş olur. Sanığı mahkemenin suçlu olarak gördüğüne dair resmi bir tespit var olmasa bile, bunu ima eden bir gerekçe bulunması yeterlidir (*Minelli*, §37). Bununla birlikte Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının koruma alanı, Hükümetin sözünü ettiği durumla sınırlı değildir. Adı geçen *Minelli* davasında ulusal mahkemeler, zamanaşımı süresi dolduğu için davanın düşmesine karar verdikleri ve *Sekanina* davasında da başvuru hakkında beraat kararı verdikleri halde, Mahkeme bu fıkranın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yine Mahkeme aynı şekilde, ulusal mahkemelerin suçlu tespit etmek durumunda olmadıkları davalarda (*Adolf kararı*; *Lutz*, *Englert* ve *Nölkenbockhoff kararı*) da bu fıkranın uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Dahası Mahkeme, Sözleşme'nin hakları teorik olarak ve görünüşte değil, fakat pratik ve etkili olarak güvence altına alacak

bir biçimde yorumlanması gerektiğini hatırlatır (*Artico*, §33; *Soering*, §87; *Cruz Varas ve Diğerleri*, §99). Bu ilke, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasında yer alan hakka da uygulanır.

36. Mahkeme, masumluk karinesinin sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil, fakat diğer kamu makamları tarafından da ihlal edilebileceğini kabul etmektedir.

37. Basın toplantısının yapıldığı 29 Aralık 1976'da, *Allenet de Ribemont* polis tarafından henüz yakalanmıştır. Kendisine daha adam öldürmeye azmettirme suçu isnat edilmemiş olmasına rağmen, polis tarafından gözaltına alınması ve tutulması, Paris'teki soruşturma yargıcı tarafından birkaç gün önce başlatılan adli soruşturmanın bir parçasını oluşturmuş ve başvuru Söleşme'nin 6(2). fıkrası anlamında 'hakkında suç isnat edilen bir kimse' konumuna getirmiştir. Basın toplantısında bulunan üst düzey polis görevlileri, olayı araştıran görevlilerdir. Onların İçişleri Bakanı tarafından desteklenen adli soruşturmaya paralel nitelikteki sözleri, doğrudan bağlantılı olduğu soruşturmanın varlığıyla açıklanabilir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(2). fıkrası bu olayda uygulanır.”

B. Sözleşme'nin 6(2). fıkrasına uygunluk

1. Basın toplantısında olaydan söz edilmesi

“**38.** Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve bilgi verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(2). fıkrası, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini önlemez; ancak masumluk karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin tam bir dikkat ve ihtiyatla verilmesini gerektirir.”

2. Şikâyet konusu beyanların içeriği

“**39.** Başvuru gibi Komisyon da, İçişleri Bakanı ile kendisinin önünde ve kendi emri altındaki olayı araştıran Komiser ve Suçların Soruşturulması Bölümü Müdürü tarafından söylenen sözlerin masumluk karinesiyle bağdaşmadığını kabul etmiştir. Komisyon bu sözler arasında, de Broglie cinayeti azmettiricilerinden birinin *Allenet de Ribemont* olduğunun söylenmiş olmasını kaydetmiştir.

40. Hükümet ise, bu sözlerin cezai soruşturmanın yürütülmesi hakkında bilgi verme kapsamına girdiğini ve masumluk karinesini ihlal edecek türden olmadığını; çünkü bu sözlerin mahkemeleri bağlamadığını ve daha sonraki soruşturmalarla yanlışlığının kanıtlanabileceğini savunmuştur. Hükümete göre, basın toplantısından sonra iki hafta geçinceye kadar başvuru hakkında resmen suç isnadında bulunulmamış olmasını ve soruşturma yargıcının başvuru hakkında takipsizlik kararı vermiş olması bunu kanıtlamaktadır.

41. Mahkeme, Fransız polisinden bazı üst rütbeli memurların hiçbir niteleme veya çekince koymadan, *Allenet de Ribemont*'u cinayetin azmettiricilerinden biri ve böylece cinayette suç ortağı olarak gösterdiklerini kaydeder. Bu açıkça başvuru suçlu olduğunun beyan edilmesi olup, ilk önce başvuru suçlu olduğuna kamuoyunun inanmasını sağlamış ve ikinci olarak yargısal makamların olayları takdir tarzına zarar vermiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuru, önce idare mahkemesinde ve sonra da adliye mahkemesinde açtığı tazminat davalarının uzun sürmesinden de şikâyetçi olmuştur.

C. Sonuç

“**57.** Davanın karmaşıklığı ve başvuru tutumu, yargılamanın uzunluğunu açıklamaya yeterli değildir. Toplam gecikmenin asıl sebebi, ulusal makamların davayı ele alış tarzları ve özellikle *Allenet de Ribemont*'un delillerin çok önemli bir parçası olan video

kayıtlarının getirilmesi talebinin reddedilmesidir. Başvurucu bakımından tehlikede olan şey göz önünde tutulduğunda, Üst mahkemede ve Temyiz Mahkemesindeki yargılamaya ayrı ayrı ele alındığında aşırı uzun görünmese bile, yaklaşık olarak toplam on bir yıl sekiz ay makul bir süre olarak görülemez. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

III. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme manevi tazminat olarak 2 milyon FF, ücretler ve masraflar için 100,000 FF ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme'nin 6(2). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Bire karşı sekiz oyla, davalı devletin başvurucuya zararları için üç ay içinde 2 milyon Fransız Frangı ödemesine;
4. Oybirliğiyle, davalı Devletin başvurucuya ücretler ve masraflar için üç ay içinde 100 bin Fransız Frangı ve KDV ödemesine;
5. Adil karışık konusundaki diğer taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

TARAFIN GÖRÜŞÜNÜ ALMAMA

27.10.1993 14448/88 DOMBO BEHEER B.V. - HOLLANDA

◆ *tarafardan birini tanık olarak dinlememe* (banka ile kredi anlaşması yaptığını iddia eden şirketin genel müdürü davanın tarafı olarak kabul edilip tanık olarak dinlenmediği halde anlaşma görüşmesini yapan banka şube müdürünün taraf olarak görülmeyip tanık olarak dinlenmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - silahlarda eşitlik ilkesi

DAVANIN ESASI

Başvurucu şirket Dombo, Hollanda hukukuna göre kurulmuş sınırlı sorumlu bir şirkettir.

Başvurucu şirketin hisseleri, hisse sertifikası çıkaran bir vakfın elindedir; bütün sertifikaların da Bay H.C. van Reijendam'ın elinde olduğu anlaşılmaktadır. Bay van Reijendam ayrıca şirketin yönetiminde yer almaktadır; 1963 yılından bu yana, 4 Şubat 1981 ile 23 Mart 1981 arasındaki dönem hariç, Haziran 1984'de görevinden alınmaya kadar şirketin genel müdürlüğünü yapmıştır.

Olayların geçtiği tarihte başvurucu Dombo şirketi, Nederlandsche Middenstandsbank N.V. adlı Bankanın Nijmegen şubesiyle çalışmaktadır. Bu şubenin müdürü Bay van W.'dir. Şube müdürünün Bankayı genel müdür gibi temsil etme yetkisi bulunmamakla birlikte, kredileri belirli bir limite kadar artırma yetkisi bulunmaktadır. Dombo ile Banka arasında, Bankadaki hesabı aşacak şekilde kredi kullanma konusunda yazılı anlaşma mevcuttur.

Dombo ile Banka arasında Aralık 1980 ile Şubat 1981 tarihleri arasındaki mali ilişkileri konusunda bir anlaşmazlık çıkmıştır. Dombo, genel müdürü ile Bankanın şube müdürü arasında, kredi limitini aşan belirli miktarda çeklerin ödenmesi için sözlü bir anlaşma yapıldığını iddia etmiştir. Banka çekleri ödemeyince, Dombo zararlarının karşılanması için Banka aleyhine Arnhem Ticaret Mahkemesinde bir tazminat davası açmıştır.

Ticaret Mahkemesi 2 Şubat 1984'te, yapıldığı iddia edilen anlaşma ve özellikle limitin aşılmasına ilişkin kolaylıklar sağlandığı konusunda Dombo'nun delil sunmasını istemiştir. Bu ara karara karşı Bankanın itirazı 8 Ocak 1985'te Arnhem Üst Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Her iki tarafın da isteği üzerine, bundan sonra davaya Üst Mahkeme bakmıştır. Dombo, birkaç kişi ile birlikte, Bankayla anlaşma görüşmelerini yapan başvuru şirketi eski genel müdürü Bay van Reijendam'ı tanık olarak göstermiştir. Dombo, hissedarlar tarafından Bay van Reijendam'ın 29 Haziran 1984'te yeterli kaynak bulunmadığı gerekçesiyle genel müdürlük görevinden alındığını, 10 Aralık 1984'te yerine başka birinin genel müdür olarak görevlendirildiğini gösteren bir belgeler sunmuştur.

Banka, Bay van Reijendam'ın tanık olarak dinlenmesine karşı çıkmıştır. Banka bu itirazını, bir davadaki tarafın tanık olarak dinlenemeyeceği kuralına dayandırmıştır. Banka, Bay van Reijendam'ın görevden alınmasının gerçek durumu yansıtmadığını ve bunun sadece kendisinin tanık olarak dinlenmesini sağlamak için yapıldığını iddia etmiştir. Üst Mahkeme 13 Şubat 1985'te bu itirazı kabul etmiş ve Bay van Reijendam'ı tanık olarak dinlemeyi reddetmiştir. Üst Mahkeme, Bay van Reijendam'ın genel müdürlük görevinden alınıp yerine başkasının getirilmiş olmasının muvazaa (sham) olduğuna ve Bay van Reijendam'ın tanık olarak dinlenmesini sağlamak için yapıldığına kanaat getirmiştir.

Banka ise iki tanık göstermiştir. Bunlardan biri Nijmegen şube müdürü Bay van W.'dir.

Dombo, bütün kredi ilişkilerinde ve bu davaya konu olan olayda Bay van W.'nin Bankanın resmi temsilcisi olduğunu belirterek, Bay W.'nin tanık olarak dinlenmesine itiraz etmiştir. Dombo'ya göre Bay van Reijendam tanık olarak dinlenmediği halde Bay van W.'nin tanık olarak dinlenmesi, bir hukuk davasında var olan adil dengeyi bozacaktır. Üst Mahkeme 13 Mart 1985 tarihli kararla, Dombo'Nun itirazını reddetmiştir. Üst Mahkeme Bay van W.'nin bu davada şeklen veya maddi olarak taraf olmayan ehliyetli bir tanık olduğunu, Bay van Reijendam tanık olarak dinlenmediği halde Bay W.'nin tanık olarak dinlenecek olmasının Dombo'yu dezavantajlı bir duruma sokmayacağını ve van W.'yi ehliyetli bir tanık olmaktan çıkarmadığını söylemiştir. Üst Mahkeme hemen Banka'nın tanıklarını dinlemiştir.

Tanıkların dinlenmesinden sonra taraflar tanık ifadelerini de analiz eden dilekçeler vermişlerdir. Üst Mahkeme 11 Mart 1986'da nihai kararla başvuru şirketi Dombo'nun kredilerin artırılması şeklinde bir anlaşma yapıldığı iddiasının kanıtlanamadığı sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir. Başvuru bu kararı temyiz etmiş, Temyiz Mahkemesi 19 Şubat 1988'de temyizi reddetmiştir.

İç hukuk: Hukuk davalarında delillerle ilgili yeni yasa 1 Nisan 1988 tarihinde yürürlüğe girmeden önce, hukuk davalarında delil konusu Medeni Kanun ve Hukuk Muhakemesi Kanunu tarafından düzenlenmiştir. Mevcut olayların geçtiği tarihte yürürlükte bulunan eski hükümler arasında, bir kimsenin tarafı olduğu bir davada tanık olarak dinlenemeyeceğine dair hüküm yer almamaktadır. Ancak Temyiz Mahkemesinin içtihadına göre: 'Bir uyuşmazlığın şekli veya maddi olarak tarafı olan bir kimse, kendi davasında tanık olarak dinlenemez kuralı Hollanda hukukunun temel prensiplerinden biridir'. Bu ilke, kan veya evlilik yoluyla hısımların, eski eşlerin tanık olarak dinlenemeyeceğine dair Muhakeme Kanunu hükümlerine dayandırılmıştır.

Ancak bu durum mahkemelerin tarafları dinlemelerinin imkânsız olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuk mahkemesi kullanabileceği şu imkânlar vardır: (a) Yemin: taraflardan birini 'kesin yemin'le (tarafın yemin teklif etmesi) ve 'tamamlayıcı yemin'le (hakim tarafından re'sen teklif edilen yemin) dinlemesi. (b) Ayrıca mahkemeler yemin teklif etmeksizin üç şekilde dinleyebilirler: i) isticvap: diğer tarafın talebi üzerine bir tarafın 'olay hakkında sorguya çekilmesi'; ii) taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen taraf-

ları bilgi vermeleri amacıyla huzura gelmelerini emretme; iii) duruşmada tarafların sözlü açıklamalarda bulunma sırasında mahkemenin kendilerine soru sorması.

Taraflardan biri tüzel kişi ise, tüzel kişiyle özdeşleşen gerçek kişi de tanık olarak dinlenmez. Bir tüzel kişinin temsilcisi olarak hareket eden veya yasa gereği veya iç düzenlemesi gereği temsilcisi olarak hareket etmesi gereken gerçek kişi, tüzel kişiyle özdeşleşmiş sayılır. Bir kişiye tanık yaptırılıp yaptırılmaması ifade verirken içinde bulunduğu duruma göre belirlenir. Bir tüzel kişinin görevdeyken tanıklık yapamayacak olan müdürü, görevinden ayrıldıktan sonra tanıklık yapabileceği kabul edilir. Ancak bu kişi tüzel kişi içindeki konumunu gerçekten kaybetmemiş ise, bu durumda görevinden ayrılması muvazaa (sham) sayılır. 1 Nisan 1988’de yürürlüğe giren kanun, hukuk davalarında delillere ilişkin köklü değişiklikler yapmıştır.

Başvurucu şirket Dombo, 15 Ağustos 1988’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak silahların eşitliği ilkesi bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

“30. Başvurucu şirket, sözlü olarak anlaşma yapıldığı sırada bulunan iki kişiden biri olan Banka Şube Müdürü Bay van W. tanık olarak dinlendiği halde, eski şirket yöneticisi Bay van Reijendam’ın mahkemeler tarafından tanık olarak dinlenmemesinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre böylece ulusal mahkemeler, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adil muhakeme hakkına aykırı biçimde ‘silahlarda eşitlik’ ilkesini ihlal etmişlerdir. Komisyon bu görüşü benimsemiş, fakat Hükümet karşı çıkmıştır.

31. Mahkeme ilk olarak, genel olarak bir kimsenin taraf olduğu bir hukuk davasında tanık olarak dinlenmemesinin yerinde olup olmadığı hakkında bir karar vermesinin kendisinden istenmediğini kaydeder. Mahkeme’den Hollanda’nın medeni yargılama usulündeki delil kurallarını soyut olarak incelemesi de istenmemektedir. Başvurucu şirket bizzat bu konudaki kuralların Sözleşme’yi ihlal ettiğini iddia etmemektedir; kaldı ki, şikâyet konusunu kararların dayandığı kurullar da daha sonra değiştirilmiştir. Her halükarda tanıklık ehliyeti, öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenir (*Lüdi, §43; ve Schuler-Zraggen, §66*). Mahkeme, ulusal mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı değerlendirmelerin yerine kendi değerlendirmelerini koyamaz. Mahkeme’nin görevi, delilleri kabul yolu dâhil, bir yargılamanın kendi bütünlüğü içinde, Sözleşme’nin 6(1). fıkrası anlamında ‘adil’ olup olmadığını belirlemektir (*yukarıda geçen kararlar*).

32. Kişisel hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasıyla ilgili davalarda adil muhakeme kavramına içkin bulunan gereklerin, bir suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili davalardaki gereklerle aynı olması zorunlu değildir. Bu durum, suç isnadının karara bağlanmasıyla ilgili davalarda uygulanan 6(2) ve (3). fıkralarındaki ayrıntılı hükümlerin kişisel hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar için bulunmamasından anlaşılmaktadır. Bu hükümlerin ceza hukukunun dar sınırları dışında belirli bir uygulama alanı bulunmasına rağmen (*Albert ve Le Compte, §39*), Sözleşmeciler Devletlerin kişisel hak ve yükümlülüklerle ilgili davalarda, ceza davalarında olduğundan daha geniş bir takdir alanı vardır.

33. Bununla birlikte Mahkeme’nin içtihatlarında kişisel hak ve yükümlülüklerle ilgili davalarda adil muhakeme kavramıyla ilgili bazı prensipler ortaya çıkmaktadır. Mevcut olay bakımından en önemli prensip olan taraflar arasında adil denge anlamında silahlarda eşitlik ilkesi, ceza davalarında olduğu gibi, kural olarak bu tür davalarda da uygulanır (*Feldbrugge, §44*). Mahkeme kişisel yararların çatıştığı uyumsuzluklarda silahlarda eşitlik ilkesinin, her bir tarafa, davasını ve delillerini diğer taraf karşısında önemli bir

dezavantaja uğramayacak şekilde sunabilmesi için makul bir fırsat verilmesini ima ettiği şeklindeki Komisyon'un görüşünü katılmaktadır. Her bir olayda 'adil muhakeme' şartlarının yerine getirilmesini sağlamak ulusal makamlara düşen bir görevdir.

34. Mevcut olayda, başvuru şirket ile Banka arasında bazı kredi kolaylıklarının genişletilmesine dair sözlü bir anlaşmaya varıldığını ispat yükü, başvuru şirketin üzerindedir. Böyle bir anlaşmaya varıldığının iddia edildiği toplantıda sadece iki kişi, yani başvuru şirketi temsilen Bay Van Reijendam ve Bankayı temsilen Bay van W. bulunmuştur. Ancak bu iki kilit kişiden sadece birinin, yani Bankayı temsil eden kişinin tanık olarak dinlenmesine izin verilmiştir. Başvuru şirketin kendisini temsil eden kişiyi tanık olarak dinletmesine izin verilmemiştir; çünkü Üst Mahkeme bu kişiyi başvuru şirketle özdeş olarak görmüştür.

35. Bay van Reijendam ve Bay van W. görüşmeler sırasında, her ikisi de tarafları namına görüşme yapmakla yetkili eşit düzeydeki kişiler olarak hareket etmişlerdir. Dolayısıyla her ikisinin de tanık olarak ifade vermesine izin verilmemesini anlamak zordur. Bu nedenle başvuru şirket, Banka karşısında önemli bir dezavantaj altına sokulmuştur. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir."

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine, ücretler ve masraflar için 40,000 Gulden ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dörde karşı beş oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;

2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

18.03.1997 21497/93 MANTOVANELLI - FRANSA

◆ *bilirkişinin dinlediği tanıkları sorgulayamama* (başvurucuların 20 yaşındaki kızlarının ölümüne sebep olan hepatit hastalığına ameliyatlarında kullanılan anestezi ilacının yol açtığı iddiasıyla açılan tazminat davasında istenen bilirkişi raporunun hazırlanması sürecinde bilirkişinin dinlediği hastane personeli beş tanığı başvuru şirketin sorgulayamamaları ve raporun dayandığı belgeleri inceleyememeleri nedeniyle bilirkişi raporuna karşı etkili yorumda bulunamamaları) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - çekişmeli yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucular Bay Mario Mantovanelli ve eşi Bayan Adree Mantovanelli, Fransız vatandaşlarıdır.

27 Ocak 1981'de, başvuru şirketin 20 yaşındaki kızları Jocelyne Mantovanelli, sol parmağındaki dolama nedeniyle Nancy Kliniğinde ameliyat olmuştur. Aynı gün Jean d'Arc Hastanesi nakledilmiş ve ertesi gün ikinci ameliyatı olmuştur. Bir yıl içinde düzenli tedavi görmüş, tekrar niteliğinde yedi ameliyat daha geçirmiş, atar damarları muayene edilmiştir. Şubat 1982'de enfeksiyon tespit edilmiş ve bir hafta sonra parmağındaki ikinci kitle alınmıştır. 13 Mart 1982'de sarılık teşhisi konmuş ve Brabois Hastanesine yatırılmıştır. Durumu ağırlaşmış ve hepatit komasına girmiştir. 27 Martta bulaşıcı hastalıklar ve yoğun bakım bölümüne kaldırılmış, iki gün sonra burada ölmüştür.

Sözü edilen ameliyatlar ve damar muayeneleri genel anestezi altında yapılmıştır. Anestezilerde yedi ayrı ilaç karışımı kullanılmış, ancak her defasında halotan verilmiştir. Başvurucular, kızlarının aşırı halotan sebebiyle öldüğüne inanmışlar ve idare mahkemesine dava açarak bundan Nancy Hastanesinin (CHRN) sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Başvuruculara 29 Kasım 1982’de adli yardım verilmiş ve 11 Ocak 1983’te kendilerine avukat atanmıştır. Başvurucular 26 Nisan 1983’te Nancy İdare Mahkemesinden bilirkişi tayin edilmesini istemişlerdir. İdare Mahkemesi cevap ve cevaba cevap dilekçelerini aldıktan sonra 28 Mart 1985’te bilirkişi tayin etmiştir.

İdare Mahkemesi bu konudaki ara kararında şöyle demiştir: ‘... Taraflar olaylar üzerinde anlaşamadıklarından ve mahkemenin de esas hakkında karar verebilmesi için dosyada delil bulunmadığından, çekişmelilik prensibine uygun hareket edecek olan bir bilirkişi tayin edilmesi gerekmiştir. Bilirkişiye verilen talimatla şöyledir: ‘a) Bayan Jocelyne Mantovanelli’ye ait bütün sağlık dosyasını ve özellikle otopsi raporunu ve Professor Dureux’un raporunu inceleyiniz; b) hastanın gördüğü tedavileri anlatınız, şikâyet edilen konuların yaygın mı, yoksa nadiren karşılaşılabilecek türden mi olduklarını, ameliyatların ne kadar karmaşık olduğunu açıklayınız; c) kendisinin genel durumu ve şikâyetlerinin özelliğini dikkate alarak mümkünse hastanın iyileşme şansını belirtiniz; d) halotan’ın kullanılıp kullanılmadığını ve hangi koşullarda kullanıldığını, bu tür bir kullanımın kabul edilmiş uygulamaya uygun olup olmadığını ve eğer böyle ise bu tür komplikasyonların yaygın olup olmadığını, istatistiki olarak ne kadar yaygın olduğunu belirtiniz; e) ilgili bütün tanıkları dinleyiniz, gerekli bütün tespitleri yapınız ve mahkemenin esas hakkında karar verebilmesi için gerekli bütün bilgileri sağlayınız. ...’

Bilirkişi olarak Professor Guilment 4 Nisan 1985’te yemin ederek göreve başlamıştır. Bilirkişi çeşitli sağlık dosyalarını incelemiş, CHRN personelinden son ameliyatı yapan cerrah ile anestezi uzmanı dâhil beş sağlık personeli ile görüşmüştür. Bilirkişi 8 Temmuz 1985’te raporunu sunmuş ve rapor 19 Temmuzda taraflara iletilmiştir. Rapora göre dolama küçük bir rahatsızlık olduğu halde, bayan Mantovanelli’nin tedavisi ve özellikle ameliyatının gecikmesi nedeniyle istisnai olarak önemli bir rahatsızlık oluşturmuş; durumu kötüleştiren geçmişten gelen bir rahatsızlığı bulunmamaktadır; istisnai komplikasyonunun ve tedavi sürecinin uzama nedeni, lezyonun büyüklüğü ve dokuya verilen zararlarla ilgili olup, bu da iyileşme sürecini ve kaybın tamirini ve hasarın telafisini geciktirmiş ve yeni bir enfeksiyon tedaviyi başarısız kılmıştır; dolamının çıkmasından 14 ay sonra sarılık teşhisinin ardından iki uzmanlık bölüme nakledilmiş, kendisine verilen uygun tedavi durumunun kötüleşmesini engelleyememiştir; beklenmeyen komplikasyondan önce hastanın uzun bir sürede de olsa iyileşmesi öngörülebilir bir durumdur; her defasında anestezi için diğer anestezi ilaçlarının yanında halotan kullanılmış olup, kabul edilmiş uygulamaya tamamıyla uygun bir şekilde, anormal bir reaksiyonu tahrik etmeyecek kadar verilmiştir. Hepatitin başlangıcı ve hastanın ölümünün doğrudan halotan kullanımıyla bağlantılı olup olmadığı konusunda bir kesinlik yoktur; ancak önce Epontol daha sonra halotan ve üçüncü olarak Nesdonal’a atipik bir duyarlılık söz konusu olmalıdır; dolayısıyla hastaya özgü bir reaksiyon hastanın ölümüne sebep olmuştur. Bu tür istisnai olaylarla ilgili istatistiki rakamlar yoktur; halotan ilacının karaciğer ölümüne sebebiyet vermesi ise 10,000’de birden fazla değildir.

Başvurucular 30 Temmuz 1985 tarihli bilirkişi raporuna itiraz dilekçelerinde, İdare Mahkemeleri Yargılama Usulü Kanununun 123. maddesi gerektirdiği halde, kendilerinin veya avukatlarının bilirkişinin yapacağı işlemlerin tarihleri konusunda bilgilendirilmediklerini ve raporda dayanılan belgeleri inceleyemediklerini, bu nedenle çekişmeli yargılama ilkesine aykırı davranıldığını ve bu durumda yeni bir bilirkişi raporu alınması gerektiğini iddia etmişlerdir.

İdare Mahkemesi 29 Kasım 1988’de verdiği kararda, başvurucuların bilirkişi raporunun hazırlanmasında usule aykırılıklar bulunduğunu iddia etmekte haklı olmakla birlikte, başvurucuların hem kendi belgelerinde ve hem de bilirkişi raporunda açıklanan olaylara itiraz etmediklerini, dolayısıyla Bayan Mantovanelli’nin ölümüne sebebiyet veren hepatitin 11 ameliyat sırasında anestezi yapılırken halotan verilmiş olmasına kesin olarak bağlanamayacağını, her halükarda kabul edilmiş uygulamaya göre kullanılmış olan ve çok nadiren karaciğer ölümüne sebebiyet veren bu maddeye karşı kontraendikasyon göstermediğini, bu nedenle CHRN’nin büyük bir tıbbi hata ile suçlanamayacağını, sonuç olarak davanın reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Başvurucular bu karara karşı Ocak 1989’da Nancy Üst İdare Mahkemesine başvurmuşlar, maddi olayların tartışmalı olmadığını, davanın amacının devlet hastanesinin hizmet kusurunu kanıtlamak için bütün delilleri çekişmeli bir usulle inceledikten sonra kızlarını öldüren hepatitin sebebini ortaya çıkarmak olduğunu, ancak bu nokta hakkında görüşlerini bilirkişiye anlatmak için fırsat verilmediğini, dolayısıyla Profesör Guilment’in raporu ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılması ve raporun dava dosyasından çıkarılması ve yeni bir bilirkişi raporu alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Nancy Üst İdare Mahkemesi 13 Şubat 1992’te duruşma yaptıktan sonra 5 Mart 1992’de üst başvuruyu reddetmiştir. Üst İdare Mahkemesine göre, bir bilirkişi raporunun usule aykırı bir şekilde hazırlanmış olması halinde, mahkemenin bu raporu dava dosyasından çıkarmasını ve yeni bir rapor hazırlanmasına karar vermesini gerektiren bir yasa hükmü veya genel bir hukuk ilkesi yoktur; bilirkişi raporunun bir tarafı bakımından çekişmeli yargılama usulüne uymadan hazırlanmış olması, dava mahkemesi yargıcının esas hakkında karar verirken, rapordaki başvurucular tarafından tartışma konusu yapılmayan veya ciddi bir itirazı gerektirmeyen olaylara dayanmasını engellemektedir; başvurucular bilirkişi raporundaki bulgulara veya değerlendirmelere karşı geçerli bir itirazda bulunmuşlardır; raporu yetersiz bulmuşlarsa, daha başka araştırmaların yapılmasının gerekli olduğunu düşündükleri noktaları belirtmek kendilerine düşer; başvurucular böyle bir itirazda bulunmadıkları için, idare mahkemesinin rapordaki çelişmeyen beyanlara dayanarak hastaneye kusur yüklenemeyeceği sonucuna varması yerindedir.

Başvurucular bu kararı Nisan 1992’de temyiz etmişlerdir. Yüksek İdare Mahkemesi (Conseil d’Etat) bu başvuruyu Aralık 1992’de, temyiz sebeplerinin yeterince güçlü olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

İç hukuk: İdari Mahkemeleri Yargılama Usulü Kanununun 123. maddesine göre bilirkişiler, raporlarını hazırlamak için yapacakları işlemlerin tarih ve günlerini en geç dört gün öncesinden tebliğ edilecek şekilde taahhütlü mektupla taraflara bildirirler. Raporun hazırlanması sırasında tarafların söyledikleri raporda kaydedilir.

Başvurucular 26 Şubat 1993’te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, bilirkişi raporunun çekişmeli yargılama usulüne göre hazırlanmaması nedeniyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

[30–32]: Başvurucular bilirkişi raporunun hazırlanma usulünün çekişmelilik ilkesine uygun olmadığını ve bunun Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının ihlaline yol açtığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular İdare Mahkemeleri Yargılama Usulü Kanununun 123. maddesine aykırı olarak bilirkişi tarafından yapılan görüşmelerin tarihleri konusunda önceden bilgilendirilmediklerini ve raporda kendilerinin görmedikleri bel-

gelere dayanıldığını, hastane yönetiminden bunları sunmalarını istemenin de anlamsız olduğunu belirtmişlerdir. Dolayısıyla bilirkişiye ifade veren kişileri sorgulama, bilirkişinin incelediği belgeler hakkında görüşlerini bildirme ve kendisinden ek soruşturma yapmasını isteme imkânından yoksun bırakıldıklarını savunmuşlardır. Başvurucular bilirkişi raporunun hazırlanma sürecine eşit ölçüde katılmalarının engellendiğini belirtmişlerdir. Komisyona göre çekişmeli yargılama usulü ilkesi, bir mahkemenin bilirkişi raporu alınmasına karar vermesi halinde, bilirkişinin talimatları yerine getirirken dikkate alacağı deliller hakkında tarafların bilirkişi önünde itirazda bulunabilmesi anlamına gelmektedir.

Komisyona göre bunun üç nedeni vardır: Bir mahkemenin yetkisi altında mahkemenin aydınlanması için hazırlanan bu tür bir bilirkişi raporu, yargılama sürecinin bir parçasıdır; mahkeme ele alınan bütün teknik meseleleri değerlendirebilecek durumda olmadığından, bilirkişinin yapacağı soruşturma, bizzat mahkemenin delil toplamasının yerini tutar; mahkeme önünde bilirkişi raporuna sırf bir itirazda bulunabilme, çekişmelilik ilkesinin etkili bir şekilde uygulanmasına imkân vermez, çünkü bu tarihte rapor sonuçlanmış olur. Mevcut olayda bilirkişinin CHRN sağlık personeli olan tanıklarla yaptığı görüşmelere başvurucular katılamamış ve raporda başvurucuların görmediği belgelerden söz edilmiştir. Nancy İdare Mahkemesi ikinci bir rapor alınması talebini reddetmiş ve başvurucuların iddialarını reddederken rapordaki tespitleri tekrar etmiştir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

Hükümete göre ise Fransız hukukunda idare mahkemelerinin yapılmasını istedikleri soruşturma işlemlerini değerlendirmek yine mahkemelerin işidir. Gerçekte başvurucular tarafından ortaya atılan mesele mahkemelerin delilleri değerlendirme meselesi olup, bu da Sözleşme organlarının denetimine tabi bir mesele değildir. Ayrıca çekişmeli yargılama ilkesinin, sadece mahkeme önündeki yargılamada bir önemi vardır. Bilirkişi raporu başvuruculara iletilmiş olduğundan, idare mahkemesi önünde çekişmeli iddia ve savunma sürecine tabi tutulmuştur. Başvurucuların bilirkişinin dayandığı belgeleri kendilerinin tayin edecekleri bir doktor aracılığıyla elde etmeleri mümkündür.

“33. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında adil muhakemenin (fair hearing) unsurlarından birinin, çekişmeli yargılanma hakkı olduğunu kaydeder. Çekişmeli yargılanma hakkı, her bir tarafın, kural olarak sadece kendi iddialarının kabulü için gerekli delilleri öğrenme imkânına sahip olması değil, ama ayrıca mahkemenin kararını etkilemek amacıyla dosyaya sunulan tüm delilleri ve görüşleri öğrenme ve bunlar hakkında görüş bildirme imkânına sahip olması demektir (*Lobo Machado*, §31; ve *Vermeulen*, §33; ve *Nideröst-Huber*, §24). Bu bağlamda Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki diğer usul koruyucularına uygunluk gibi, çekişmelilik prensibine uygunluğun da, bir ‘yargı yeri’ndeki davayla ilgili olduğunu açıklığa kavuşturur; dolayısıyla bu fıkradan, bir mahkemenin bir bilirkişi tayin etmesi halinde, tarafların her olayda bilirkişinin yapacağı görüşmelere katılabilmelerinin ve bilirkişinin dikkate alacağı bütün belgelerin taraflara gösterilmesinin sağlanmasının zorunlu olduğu gibi genel ve soyut bir ilke çıkarılamaz. Asıl olan, tarafların ‘yargı yeri’ önündeki davaya gereği gibi katılabilmeleridir (*Kerojarvi*, §42/son).

34. Ayrıca Sözleşme’de delil kuralları yer almamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, iç hukuk hükümlerine aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilebilmesini, kural olarak ve soyut olarak dışlayamaz. Bir tarafın göstermek istediği delilin konuyla ilgisini ve elde edilen delili değerlendirmek, ulusal mahkemelerin işidir. Mahkeme yine de, delillerin toplanma şekli dâhil, bir bütün olarak ele alınan yargılamanın Sözleşme’nin 6. maddesinin gerektirdiği gibi adil olup olmadığını belirleyebilir (*Schenk*, §46).

35. Mevcut olayda ‘sırf yargısal’ sürecin çekişmelilik ilkesine uygunluğu tartışma konusu değildir. İdare Mahkemeleri ve Üst İdare Mahkemeleri Yargılama Usulü Kanununun

eski 123. maddesi (şimdi 164. maddesi), bilirkişinin yapacağı işlemlerin tarihi konusunda tarafların bildirilmesini öngörmektedir. Bu maddeye aykırılık, yargılamanın adillliğini kendiliğinden ağır şüphe altına sokmaz (*yukarıda §34*).

36. Bununla birlikte, Bay ve Bayan Mantovanelli bilirkişi raporunu aldıktan sonra raporun içeriği ve tespitleri konusunda idare mahkemesine görüşlerini bildirdikleri halde, Mahkeme bunun başvuruçulara bilirkişi raporu üzerinde yorumda bulunmak için gerçek bir fırsat verdiğine ikna olmamıştır. Bilirkişiye yanıtlaması talimatı verilen sorular, tam da mahkemenin karara bağlaması gereken sorulardır; yani başvuruçuların kızlarına halotanın bulunmadığı teknik bir alana aittir. Dolayısıyla idare mahkemesi kanunen bilirkişinin tespitleriyle bağlı olmamakla birlikte, bilirkişi raporunun mahkeme tarafından olayların değerlendirilmesinde ağır basan bir etkiye sahiptir. Bay ve Bayan Mantovanelli bu durumda ve idare mahkemelerinin başvuruçuların yeni bir bilirkişi raporu alınması taleplerini reddetmeleri karşısında, görüşlerini sadece bilirkişi raporunun verilmesinden önce etkili bir şekilde açıklayabilirlerdi. Bilirkişi raporunun hazırlanması süreci tanıkların dinlenmelerini ve belgelerin incelenmesini kapsadığından, başvuruçuların bu sürece katılmalarının önünde pratik bir engel yoktur. Kaldı ki bilirkişi, biri Bayan Mantovanelli'ye son ameliyatı yapan cerrah ve diğeri anestezi uzmanı olmak üzere CHRN'de çalışan beş kişiyle görüştüğü halde, başvuruçuların bu görüşmelere katılmaları engellenmiştir. Dolayısıyla başvuruçular, davadaki karşı taraf olan CHRN'in çizgisinde ifade vermelerini beklemenin makul olduğu bu beş kişiyi çapraz sorgulaya alamamışlardır. Başvuruçular bilirkişinin dikkate aldığı belgelerden ise, sadece rapor tamamlandıktan ve mahkemeye verildikten sonra haberdar olmuşlardır. Dolayısıyla Bay ve Bayan Mantovanelli, asıl deliller hakkında etkili bir yorum yapamamışlardır. Bu nedenle yargılama, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği şekilde adil olmamıştır. Buna göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir." Bu gerekçeyle - Md 06(1-iv): ihlaline

II. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme bu kararının manevi zararları karşıladığına ve ücretler ve masraflar için 25,000 Fransız Frangı ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dörde karşı beş oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
2. Oybirliğiyle, bu kararın iddia edilen manevi zararlar için adil bir karşılık oluşturduğuna
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

SAVUNMA YAPTIRMAMA

08.02.1996 18731/91 JOHN MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *gözetimle müdafî ile görüştürmeme* (sanığın gözetimindeki sorgusunun ilk 48 saatinde terör eylemlerinin işlenmesi konusunda bilgi toplanmasına müdahale edeceğine veya bu tür bir eylemi önlemeyi çok daha zor hale getireceğine inanmak için makul sebepler bulunduğu gerekçesiyle avukatla görüştürmeme) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - asgari sanık hakları - avukatla savunma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu John Murray bir Britanya vatandaşıdır.

Başvurucu 7 Ocak 1990 günü 17:40'da polis tarafından bir evde yakalanmış ve polis kendisine şu uyarıda bulunmuştur: 'Konuşmak istemiyorsanız konuşmak zorunda değilsiniz, konuşmadığınız takdirde şimdi söz etmediğiniz bir olaydan mahkeme önünde yapacağınız savunma sırasında söz edecek olursanız, şimdi konuşmamanızı mahkeme aleyhinize bir delil olarak görebilir. Konuşmak istiyorsanız, söyledikleriniz delil olarak kullanılabilir.' Başvurucu konuşmak istemediğini söylemiştir.

Başvurucu 19:00 sularında polis merkezine götürüldüğünde, görevli polise kimliği ile ilgili ayrıntı vermemiştir. Beş dakika sonra başvurucuya bir yakınına ve arkadaşına haber verilmesini isteyebileceği söylenmiştir. Bir dakika sonra başvurucu bir avukatla görüşmek istediğini söylemiştir. Saat 19:30'da başvurucuya bir avukatla görüşmesinin polis amiri tarafından 1987 tarihli Olağanüstü Hal Kanununun 15(1). fıkrasına göre geciktirilmesine karar verildiği söylenmiştir. Bu geciktirme süresi gözaltına alındığı andan (17:40) başlayarak toplam 48 saattir. Bu geciktirmenin gerekçesi, avukatla görüşme hakkının kullanılabilmesi halinde terör eylemleri konusundaki bilginin toplanmasına müdahale edilmiş olacağına veya bir terör eylemini engellemenin çok daha güç olacağına dair polis amirinin makul sebepleri bulunmasıdır.

7 Ocak günü 21:27'de polis başvurucudan yakalandığı evde niçin bulunduğunu anlatmasını istemiş, eğer anlatmayacak olursa ileride yargıç veya jürinin bu durumdan bir sonuç çıkarabileceği söylenmiş ve konuyla ilgili mevzuat hükmü kendisine gösterilmiştir. Başvurucu buna karşılık 'konuşacak bir şeyi olmadığını' söylemiştir. Gece 22:40'ta başvurucuya gözaltında tutulmasının bir yakına veya arkadaşına haber verilmesi hakkı hatırlatılmış, başvurucu bunun herhangi bir kimseye bildirilmesini istememiş ve bu kez başka bir avukatlık bürosundan bir avukatla görüşmek istemiştir. Polis kendisine görüşürmenin geciktirilmesi sebebinin devam ettiğini söylemiştir.

Başvurucu 8 ve 9 Ocak günleri tam 12 kez ifade vermeye götürülmüş, ifade odasında 21 saat 39 dakika durmuştur. 8-9 Ocak tarihlerinde ilk 10 götürmede başvurucu hiçbir soruya yanıt vermemiştir. Başvurucu avukatıyla ilk kez 9 Ocak günü 18:33'te görüşmüştür. Başvurucu 19:10'da tekrar ifadeye götürüldüğünde 'avukatım bana hiçbir soruya cevap vermememi tavsiye etti' demiştir. Başvurucunun son kez 21:40'ta ifadeye götürülmüş ve 23:45'e kadar hiçbir şey söylemiş ve dönmüştür. Bu ifade sürelerinden hiçbirinde avukat bulunmamıştır.

Başvurucu Mayıs 1991'de, öldürmek için komplo kurma, başka 7 kişiyle birlikte Bay L.'yi özgürlükten yoksun bırakma ve yasadışı örgüte üye olma suçlarından yargılanmıştır. İddia makamına göre Bay L. polise IRA'nın faaliyetleri hakkında bilgi veren bir IRA üyesidir; IRA kendisinin muhbir olduğunu anlayınca 5 Ocak 1990'da bir evde kendisini tuzağa düşürmüş, evin arka taraftaki yatak odalarından birine kapatmış ve 7 Ocak günü polislin gelişine kadar sorgulamıştır. İddia makamı ayrıca Bay L.'yi polis muhbiri olduğu gerekçesiyle öldürme komplosu kurulduğunu iddia etmiştir.

Yargılama sırasında verilen tanık ifadesine göre başvurucu, 7 Ocak günü polis eve girdiği zaman üzerinde bir yağmurlukla merdivenlerden inerken polis tarafından görülmüş ve evin salonunda yakalanmıştır. Bay L. verdiği ifadede, kendisini kaçırانlar tarafından ölümle tehdit edilerek teybe polis muhbiri olduğu şeklinde ikrarda bulunmaya zorlandığını, 7 Ocak akşamı bir telaş duyduğunu, gözbağını çıkarmasının istendiğini, gözbağını çıkararak yatak odasının kapısını açtığını, başvurucuyu merdivenlerde dikilirken gördüğünü, başvurucunun kendisine polislin geldiğini ve aşağıya inerek televizyon izlemesini

söylediğini, başvurunun kendisiyle konuşurken bir yandan da teypten kaseti çıkarmaya uğraştığını söylemiştir. Evde yapılan aramada, L.'nin bazı giysileri yatak odasında bir-birine karışmış durumdaki bir kaset de diğer bir yatak odasında bulunmuştur. Kasetin kurtarılan kısmında Bay L.'nin polis muhbiri olduğuna ve polis tarafından kendisine para verildiğine dair ikrarları yer almaktadır. Başvurucu gözaltı veya yargılama sırasında evde niçin bulunduğunu dair bir açıklama yapmamıştır.

Yargılamanın sonunda yargıç, 8 sanıktan kendileri için tanık ifadesi vermelerini istemiştir. Yargıç ayrıca şu uyarıda bulunmuştur: 'Tanık sandalyesine gelip yemin etmezseniz veya yemin ettikten sonra mazeretiniz olmaksızın sorulara yanıt vermekten kaçınırsanız, mahkeme suçluluğunuz veya suçsuzluğunuz hakkında karar verirken, ifade vermemenizi veya sorulara cevap vermemenizi aleyhinize bir durum olarak değerlendirebilir.' Başvurucu avukatının tavsiyesi üzerine ifade vermemeyi tercih etmiştir. Başvurucunun lehine bir tanık da çağırılmamıştır. Başvurucunun avukatı, suç ortaklarından D.M.'nin verdiği ifadenin yardımıyla, başvurunun polisin eve gelmesinden çok kısa bir süre önce eve geldiğini ve kendisinin masum olduğunu savunmuştur.

Başvurucu 8 Mayıs 1991'de, Bay L.'yi özgürlükten yoksun bırakmaya yardım etmekten suçlu bulunmuş ve 8 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş, diğer suçlamalardan beraat etmiştir. Yargıç başvurunun suçlu olduğuna karar verirken, D.M.'nin ifadesinin başvuruyla ilgili kısmını inandırıcı bulmamış, kırık kasetin karmakarışık bantlarının bulunduğunu, polisin eve girmeden önce dışarıda biraz zaman geçtiğini ve kapıyı çaldıktan sonra da biraz geçtiğini, eve girdikten sonra da biraz zaman geçtiğini ve daha sonra Murray'i merdivenlerden inerken gördüğünü ve bu sırada diğerlerinin aşağıda salonda olduğunu belirterek, bu durumun polisin kapıyı çaldıktan sonra Murray'in kaseti teypten çıkarmak üzere yukarı çıktığı şeklindeki L.'nin ifadesini teyit ettiğini belirtmiştir. Yargıç, başvurunun aleyhine çıkarsamada bulunulamayacağına dair savunmasını reddetmiş ve Yasanın 4 ve 6. maddelerine dayanarak başvurunun aleyhine olumsuz çıkarsamada bulunmuştur. Yargıç, sanığın aleyhine çıkarsamada bulunmanın olaydan olaya değişebileceğini belirtmiş ve sanığın kendi lehine ifade vermemesinin kendiliğinden suçlu olduğuna delalet etmediği gibi, sorgu sırasında belirli olaylardan söz etmemiş olmasının veya belirli bir yerde bulunma sebebini açıklamamış olmasının da suçlu olduğunu göstermediğini söylemiştir. Ancak yargıca göre Yasanın 4 ve 6. maddelerinin gerçek arzusu, bir yargı yerinin sanık aleyhine çıkarsamada bulunurken sağduyusunu kullanabilmesini sağlamaktır. Yargıç böylece sanık aleyhinde karar verirken, sağduyunun gerektirdiği şekilde bu tür çıkarsamalarda bulunabileceğini söylemiştir. Başvurucu mahkûmiyet kararına ve cezaya karşı üst başvuruda bulunmuştur. Üst Mahkeme 7 Temmuz 1992'de üst başvuruyu reddetmiştir. Üst Mahkemeye göre polis eve gelirken başvurunun eve girdiğini ve hemen yukarı çıkıp teyp kaydını ortadan kaldırmaya çalıştığını ve kendisinin evde geçirdiği zamanın sadece bu kadar olduğunu söylemek, sağduyuya aykırı düşmektedir. Üst Mahkeme, başvurunun eve gelmeden önce L.'nin eve kapatıldığını bildiği sonucunu çıkarsamıştır. Üst Mahkemeye göre başvuru bu bilgisi nedeniyle, kapatılan kişiyi yönlendirerek özgürlükten yoksun bırakma suçuna yardım etmiştir. Üst Mahkeme, polisin eve girdiğinde kendilerini televizyon izlerken görmesi ve yakalama işlemi yapmaması halinde, Bay L.'nin serbestçe evden çıkabileceği savunmasını kabul etmemiştir. Üst Mahkeme, polisler geldiğinde L.'nin salonda kısıtlanmış olduğuna ve polisler çekip gitselerdi bir mahkûm olarak kalmaya devam edip kendisini tutanların kaderini tayin etmesini bekleyecek olduğuna kanaat getirmiştir. Üst Mahkemeye göre başvuru, Bay L.'nin bu olayda kendisinin tutulmasında rol oynadığını gördüğü tek kişidir, dolayısıyla L.'nin ifadesine karşılık verilmelidir, oysa poliste veya bütün bir yargılama boyunca hiçbir cevap verilmemiştir, dolayısıyla dava yargıcının başvurunun aleyhine 'güçlü bir biçimde çıkarsamada' bulunması kaçınılmazdır.

Başvurucu 16 Ağustos 1991’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, aleyhindeki ceza davasında susma hakkından yoksun bırakılmış olma nedeniyle Sözleşme’nin 6(1) ve (2). fıkralarının ihlal edildiğinden ve ayrıca gözaltında tutulduğu sırada bir avukatla görüşme hakkı bulunmaması nedeniyle 6(3)(c) bendinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla ile birlikte 6(2). fıkrası: susma hakkı

Mahkeme, başvurusunun gözaltında ve yargılama sırasında susması nedeniyle aleyhine çıkarsamada bulunmuş olmasını, olayın özel şartları içinde susma hakkına aykırı bulunmamıştır.

B. Müdafiyeye erişim

Başvurucu, ceza muhakemesinin en kritik aşamasında müdafisiyle görüştürülmediğini söylemiştir. Başvurucu Kuzey İrlanda’da, gözaltının başlangıç aşamasının, ceza muhakemesinin bütünü içinde hayati bir öneme sahip olduğunu, çünkü Yasanın 3, 4 ve 6. maddelerine dayanılarak çıkarsamalar yapma ihtimali bulunduğunu belirtmiştir. Başvurucuya göre susmasından dava yargıcının çok güçlü çıkarsamalarda bulunduğu göz önünde tutulacak olursa, gözaltının ilk 48 saatinde avukatla görüştürmeme kararının, savunma hakkına zarar verdiği ve aleyhindeki muhakemeyi Sözleşme’nin 6(1). fıkrasına ve 6(3)(c) bendine aykırı hale getirdiği görülür.

Hükümet ise bu iddiaya karşı çıkmıştır. Hükümete göre gözaltında belirli bir süre müdafii ile görüştürmeme, başvurusunun savunma hakkına aykırı değildir.

Uluslararası Af Örgütü ve Liberty, gözaltında müdafii ile görüşmenin, tecrit halinde tutma (incommunicado) tutma tehlikesine karşı koruyucularla ilgili yerleşik uluslararası standartların bütünleyici bir parçası olduğunu belirtmişlerdir. Her iki Hükümet dışı Örgüt de, başvurusunun polis sorularına cevap vermediği zaman aleyhine çıkarsamalarda bulunulabileceği Kuzey İrlanda’da gözaltının ilk aşamasında avukat yardımı almanın çok önemli olduğunu vurgulamışlardır.

“62. Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesinin polis tarafından yapılan hazırlık soruşturması aşamasında da uygulanabilirliğine Hükümet tarafından itiraz edilmediğini gözlemlemektedir. Bu noktada Mahkeme, 24 Kasım 1993 tarihli *Imbrioscia – İsviçre* kararında Sözleşme’nin 6. maddesinin ve özellikle 6(3). fıkrasının, dava açılmadan önceki aşamayla ve başlangıçta 6(3). fıkra hükümlerine uyulmamasının yargılamanın adilliğine ciddi surette zarar verdiği ölçüde ilgili olabileceğini belirttiğini hatırlatır (*Imbrioscia*, §36). O kararda da işaret edildiği gibi, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin hazırlık soruşturmasına uygulanma tarzının, davanın özelliklerine ve olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır (*aynı karar*, §38).

63. Ulusal hukuklar, daha sonra açılacak ceza davasında savunma ihtimalleri bakımından belirleyici olan polis sorgusunun ilk aşamasında sanığın tutumuna çeşitli sonuçlar bağlayabilirler. Bu gibi durumlarda Sözleşme’nin 6. maddesi, polis sorgusunun ilk aşamasında normal şartlarda sanığın bir müdafinin yardımından yararlanmasını gerektirir. Ancak Sözleşme’de açıkça tanınmamış olan bu hak, sağlam gerekçelerle kısıtlamalara tabi tutulabilir. Sorun, her bir olaydaki kısıtlamanın, muhakemenin bütünlüğü içinde sanığı adil bir muhakemeden yoksun bırakıp bırakmadığıdır.

64. Mevcut olayda başvuruçunun avukatla görüşme hakkı, gözaltının ilk 48 saatinde, 1987 tarihli Olağanüstü Hal Yasasının 15. maddesine göre, bu hakkın kullanılmasının başka şeylerin yanında terör eylemlerinin işlenmesi konusunda bilgi toplanmasına müdahale edeceğine veya bu tür bir eylemi önlemeyi çok daha zor hale getireceğine inanmak için makul sebepler bulunduğu gerekçesiyle kısıtlanmıştır.

65. Mahkeme, başvuruçunun şimdi bu yetkinin kullanılmasının hukukiliğine kendisi önünde karşı çıktığı halde, ulusal makamlar önünde bu yetkinin kullanılmasına karşı itirazda bulunmadığını gözlemlemektedir. Ancak Mahkeme'nin avukatla görüşmeyi kısıtlama yetkisinin kullanılmasının hukuka uygun olduğundan şüphe duyması için bir sebep yoktur. Bu durum dikkate alınması gereken önemli bir unsur olmakla birlikte, avukatla görüşmeyi kısıtlama yetkisinin hukuka uygun bir şekilde kullanılması bile, belirli koşullarda sanığı adil yargılanmaktan yoksun bırakabilir.

66. Mahkeme'ye göre Yasadaki hükümler, sanığın polis sorgusunun ilk aşamasında bir avukatla görüşme gibi savunma hakkı bakımından büyük bir öneme sahiptir. Mahkeme bu bağlamda Yasa gereğince, polis sorgusunun ilk aşamasında bir sanığın savunmasıyla ilgili olarak temel bir ikilem ile karşılaştığını gözlemlemektedir. Sanık eğer susmayı seçecek olursa, Yasa hükümleri göre aleyhinde çıkarsamalarda bulunulabilecektir. Öte yandan sanık sorgu sırasında suskunluğunu bozacak olsa, aleyhine çıkarsamalarda bulunulması ihtimalini ortadan kaldırmadan, savunmasına zarar verme riskiyle karşılaşacaktır. Bu gibi durumlarda, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer olan adillik kavramı, sanığın polis sorgusunun ilk aşamasında bile bir avukatın yardımından yararlanmasını gerektirir. Savunma hakkının geri dönülmez bir şekilde zarar görebileceği bir durumda, polis sorgusunun ilk 48 saatinde bir avukatla görüşmekten yoksun bırakma, gerekçesi ne olursa olsun, Sözleşme'nin 6. maddesindeki sanık haklarıyla bağdaşmaz.

67. Hükümet, başvuruçunun avukatla görüştürülmeme nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından şikâyetçi olabilmesi için, eğer daha önce avukatla görüştürülmüş olsaydı daha farklı bir şekilde davranacağını ortaya koyması gerektiğini iddia etmiştir. Hükümet başvuruçunun bu durumu gösteremediğini ileri sürmüştür.

68. Hükümetin de işaret ettiği gibi, başvuruçunun avukatıyla görüştüğünde, avukatı kendisine susmaya devam etmesini tavsiye ettiği ve başvuruçunun yargılama sırasında da ifade vermeyi veya kendi lehine tanık dinletmemeyi tercih ettiği doğrudur. Ancak, ilk aşamada avukatla görüştürülmüş olsaydı, başvuruçunun tepkisinin veya avukatının tavsiyesinin ne olacağı konusunda Mahkeme'nin spekülasyonda bulunması gerekmez. Durum böyle olduğuna göre, başvuruçunun hiç kuşkusuz avukatla görüştürülmemiş olmaktan doğrudan etkilenmiş ve böylece savunma hakkına müdahalede bulunulmuştur. Mahkeme'nin çıkarsamada bulunmaya ilişkin vardığı sonuç, bu durumu değiştirmemektedir.

69. Başvuruçunun Mahkeme'ye sunduğu yazılı dilekçelerden, bu başlık altında, avukatının polis sorguları sırasında hazır bulunamaması şeklinde başka bir şikâyetle daha bulunduğu görülmektedir. Ancak bu meselenin Komisyon tarafından kabul edilen şikâyetlerden olup olmadığı bir yana, Mahkeme'nin olayı incelemesi avukatla görüşme meselesiyle sınırlıdır. Dahası, Mahkeme önünde yapılan iddia ve savunmalar, esas itibarıyla bu meseleyle sınırlı kalmıştır. Bu koşullarda ve başvuruçunun avukatla görüşmüş olması gerektiğine dair Mahkeme'nin yaptığı tespit göz önünde tutulduğunda, bu noktayı incelemek gerekli değildir.

70. Dolayısıyla başvuruçunun polis sorgusunun ilk 48 saatinde avukatla görüştürülmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 6(3)(c) bendiyle bağlantılı olarak 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği iddiası

71. Başvurucu ayrıca, İngiltere ve Galler’de olduğundan farklı olarak, Kuzey İrlanda’da müdafilerin poliins ifade alma aşamasında hazır bulunmalarına izin verilmediği göz önünde tutulduğunda, terör şüphelilerinin müdafiyeye erişimi konusunda Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak 14. maddeye aykırılık bulunduğunu iddia etmiştir.

72. Ancak Mahkeme, mevcut olayda müdafiyeye erişim tanınmamasının Sözleşme’nin 6(3) (c) bendi ile birlikte 6(1). fıkrasını ihlal ettiği sonucuna vardığını göz önüne tutarak, bu konuyu incelemenin gerekli olmadığı kanaatindedir.

III. Sözleşme’nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme ihlal tespitinin manevi zararı karşılığında, ücretler ve masraflar için 15,000 Sterlin ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Beşe karşı on dört oyla, başvurunun susması nedeniyle olumsuz sonuç çıkarsanmış olmasından Sözleşme’nin 6(1) ve 6(2). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Yediye karşı on iki oyla, başvurunun gözaltının ilk 48 saatlik döneminde müdafiyeye erişim hakkının bulunmaması konusunda Sözleşme’nin 6(3)(c) bendi ile birlikte 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Oybirliğiyle, başvurunun 6. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği şikâyetini incelemenin gerekli olmadığına;
4. Oybirliğiyle, ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

17.07.2001 29900/96 SADAK ve Diğerleri - TÜRKİYE

◆ *suçun niteliğinin değişmesi - ek savunma süresi vermeme* (başvurucuların haklarında açılan dava eski TCK 125. maddeye dayandığı halde son duruşmada silahlı çeteye üyelik suçunu düzenleyen 168. maddeden savunma yapmalarının istenmesi ve bunun için ek süre verilmeden 168. maddeden mahkûmiyet kararı verilmesi) ■ *adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - suç isnadını öğrenme hakkı - yeterli zamanla savunma hakkı*

DAVANIN ESASI

Başvurucular Selim Sadak, Leyla Zana, Hatip Dicle ve Orhan Doğan, 16 Haziran 1994’te Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan Demokrasi Partisi (DEP) milletvekilleridir.

Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı, başvuruçuların eski TCK’nın 125. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle Kasım 1991, Aralık 1992, Mayıs 1993 ve Temmuz 1993 tarihlerinde TBMM’ne başvurarak, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasını istemiş, Meclis de 2 Mart 1994’te başvuruçucu üç milletvekilinin dokunulmazlıklarını kaldırmıştır.

Gözültüne alınan başvuruçuların gözültü süresi savcı tarafından 16 Mart 1994’e kadar uzatılmıştır. Başvuruçular gözültünde ifade vermemişlerdir. Başvuruçular 16 Mart 1994’de önüne çıkarıldıkları DGM yargıcı tarafından tutuklanmışlardır. Anayasa Mahkemesi 16 Haziran 1994’te DEP’in kapatılmasına ve milletvekilliklerinin düşmesine karar vermiştir. Bunun üzerine başvuruçucu Sadak da 1 Temmuz 1994’te gözültüne alınmış ve 12 Temmuz 1994’te tutuklanmıştır.

Savcı, 21 Haziran 1994’te başvuruçuların eski TCK 125. maddesindeki devletin bütünlüğüne karşı faaliyette bulunma suçunu işledikleri iddiasıyla Ankara DGM’de dava açmıştır. Başvuruçular 8 Aralık 1994 tarihli son duruşmada savcının okuduğu mütalaasında

isnat edilen suçlamayı değiştirerek, eski TCK 168. maddedeki silahlı çete üyesi olmakla suçlandıklarını öğrenmişlerdir. DGM başvuruçuları suçun yeni nitelendirilmesi çerçevesinde savunma yapmalarını istemiştir. Başvuruçuların avukatları, DGM'yi bazı usul tedbirleri almadığı için proteste etmek amacıyla bu duruşmaya katılmamışlardır. Ankara DGM aynı gün, 8 Aralık 1994'te dört başvuruçuyu, eski TCK 168. maddesi anlamında silahlı çeteye üye olmak suçundan 15'er yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir.

Ankara DGM, başvuruçuların Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu bölgesinde bir Kürt Devleti kurmak isteyen bölücü bir silahlı çete olan PKK liderlerinin talimatları altında yoğun bir 'bölücü' faaliyette bulduklarının kanıtlandığını belirtmiştir. DGM bu davadaki fiillerin eski TCK 125 yerine 168. maddeye girdiğini söylerken, 125. maddenin suç izlenen amaca göre, 168. maddenin ise kullanılan vasıtalarla göre tarif ettiğine dair içtihadı dikkate almıştır. DGM'ye göre 125. maddedeki devletin bölünmezliğine karşı suç, ancak devletin varlığına karşı gerçek bir tehdit oluşturan fiillerin işlendiğinin kanıtlanması halinde oluşur; terör ve şiddet eylemleri, ancak böylesi ağır bir tehdit oluşturması halinde 125. maddeye girer; 168(2). fıkra ise, 125. maddeye aykırı bir amaç taşıdığı kabul edilmiş bir silahlı örgüte üye olmayı suç saymaktadır; 168. maddedeki suçun maddi unsuru, disiplin kuralları ve hiyerarşik yapısı tamamlanmış bu tür bir silahlı örgüte girmiş olmaktadır; sanıkların bizzat kendilerinin devletin varlığına karşı tehdit oluşturan eylemlerde bulunmuş olmaları gerekmez; ancak 168. madde, sanıkların yasadışı örgüte üye olduklarının farkında olmaları gibi özel bir kast aramaktadır.

DGM'nin bu kararı savcı ve başvuruçular tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 26 Ekim 1995 tarihinde DGM'nin mahkûmiyete ve cezalara ilişkin kararını onamıştır. Ancak Yargıtay, DGM'nin gerekçelerinin bazı bölümlerine katılmamıştır.

Başvuruçular 17 Ocak 1996 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, Sözleşme'nin 10 ve 6. maddelerinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı

Mahkeme, *Incal* ve *Çıraklar* kararlarına referansta bulunarak, askeri yargıcın bulunduğu DGM'de yargılanmanın bu maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

B. Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki yargılamanın adilliği

I. Genel olarak

Mahkeme ilk önce, daha evvel bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş olması halinde, adil muhakeme hakkının ihlaliyle ilgili diğer şikâyetleri ele almayı gerekli görmediğini (*Çıraklar kararı*), ancak olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle başvuruçuların adil yargılanmadıklarına dair diğer şikâyetlerini ele alması gerektiğini belirtmiştir.

2. Yargılama sırasında suçun niteliğinin değişmesi

[43–47]: Başvuruçular adil yargılanma haklarının ihlal edildiği şikâyetiyle ilgili olarak ilk önce, kendilerine ceza verilmeden hemen önce suçun yeniden nitelendirilmiş olmasının 6. maddeyi ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme bu sorunu 6(3)(a) ve (b) bentleri altında incelemeyi uygun görmüştür. Başvuruçular, kendilerine isnat edilen suçun son duruşmada 125. maddeden 168. maddeye değiştirildiğini, DGM'nin kendilerinden yeni suç isnadına göre hemen savunma yapmalarını istediğini, savunma için ek süre taleplerini

reddettiğini ve kendilerini gereği gibi savunamadıklarını ve yeni isnat karşısında delillerini sunamadıklarını iddia etmişlerdir.

Komisyon esas itibarıyla bu iddialara katılmıştır. Yazılı görüş sunarak davaya katılan Parlamentolar Birliği (Inter-Parliamentary Union), başvuruçuların başlangıçta 125. maddeden suçlandıkları halde, daha sonra bölücü örgüte üye olmaktan mahkûm edilmeleri nedeniyle başvuruçuların hukuki düşüncelerden çok siyasi düşüncelerle mahkûm edildikleri izlenimi edinmiş olmaları gerektiğini söylemiştir.

Hükümet ise DGM'nin başvuruçuların suçlarını daha hafif bir cezayla karşılayan suçlar olarak görmüş olması nedeniyle kınanamayacağını söylemiştir. Hükümete göre 125. madde ile 168. madde Ceza Kanununun 'Devlete karşı Suçlar' adındaki aynı bölümünde yer aldığı için, yeniden nitelendirme söz konusu bulunmamaktadır. Hükümet, 168. maddenin bu bölümdeki tüm suçlar bakımından bir ortak hüküm olduğunu, 125. maddenin suçu izlenen amaca göre, 168. maddenin ise bu amaçlar için kullanılan araçlara göre tarif ettiğini, DGM'nin başvuruçuları 125. maddeye göre değil de 168. maddeye göre mahkûm etmesinin delilleri takdirinin bir sonucu olduğunu söylemiştir.

“48. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi hükümlerinin, sanığa 'suçlamanın' bildirilmesi konusunda özel bir özen gösterilmesi gerektiğine işaret ettiği kanaatindedir. Bir iddianame ceza muhakemesinde hayati bir rol oynar, çünkü tebliğ edilmesinden itibaren sanığa aleyhindeki suçlamaların maddi ve hukuki temelleri yazılı olarak resmen bildirilmiş olur (*Kamasinski*, §79). Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi ayrıca sanığa sadece suçlamanın sebebini, yani yaptığı iddia edilen fiilleri ve suçlamanın dayanağını değil, ama aynı zamanda bu eylemlerin hukuki nitelendirilmesini de öğrenme hakkı da vermektedir (*Pelissier ve Sassi [BD]*, §51).

49. Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinin kapsamı, Sözleşme'nin 1. fıkrasında güvence altına alınan daha genel bir hak olan adil muhakeme hakkı ışığında değerlendirilmelidir (*Deweer*, §56; *Artico*, §32; *Goddi*, §28; ve *Colozza*, §26). Mahkeme cezai bir konudaki muhakemenin adil olabilmesi için, sanığa aleyhindeki suçlamalarla ve sonuçta mahkemenin olayda benimseyebileceği hukuki nitelendirme hakkında tam ve ayrıntılı bilgi verilmesinin esaslı bir ön şart olduğu kanaatindedir (*Pelissier ve Sassi*, §52).

50. Son olarak, Sözleşme'nin 6(3)(b) bakımından yapılan şikâyet konusunda Mahkeme, 6(3). fıkranın (a) ve (b) bentlerinin birbiriyle bağlantılı olduğu ve isnadın sebebi ve niteliği konusunda bilgilendirilme hakkının sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında ele alınması gerektiği kanaatindedir (*Pelissier ve Sassi*, §54).

51. Mevcut olayda Mahkeme ilk önce, savcı tarafından sunulan 21 Haziran 1994 tarihli iddianamede, başvuruçuların sadece (eski) Ceza Kanununun 125. maddesindeki devletin bütünlüğüne karşı suçu işlemekle suçlandıklarını kaydeder. Başvuruçuların PKK ile bağlantıları savcı tarafından dile getirilmiş olmakla birlikte, Mahkeme yargılama boyunca bu bağlantıların, başvuruçulara savcı tarafından başlangıçta isnat edilen suçların sadece kurucu unsurları olarak incelendiğini kaydeder. Son güne kadar, Devlet Güvenlik Mahkemesinin duruşmalarda sadece devletin bütünlüğüne karşı suçla ilgilendiği tartışmasızdır.

52. Bu durumda Mahkeme, başvuruçuların suçun niteliğinin, başlangıçtaki devletin bütünlüğüne karşı suçtan, devletin bütünlüğünü ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş silahlı bir örgüte üye olma suçuna dönüşebileceğini yeterince öngörmelerinin mümkün olup olmadığını belirlemelidir.

53. Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen 8 Aralık 1994 tarihli kararda (eski) Ceza Kanununun 125. maddesinin suçu izlenen amaca ve 168. maddesinin kullanılan araca göre tanımladığı şekildeki yorumunu dikkate almaktadır. Bu iki suçun maddi ve manevi unsurlar yönünden birbirinden farklı olduğu kabul edilmiştir. Devletin bütünlüğüne karşı suç, sadece devletin varlığına karşı gerçek bir tehdit oluşturacak kadar ağır eylemlerin yapılması suretiyle işlenebilir. Öte yandan, (eski) Ceza Kanununun 168(2). fıkrasındaki suçun maddi unsuru, daha önce 125. maddeye aykırı amaçlar kabul edilmiş ve kendi disiplin kurallarını ve hiyerarşik yapısını oluşturmuş silahlı bir örgüte üye olmaktır. Bu suç bağlamında sanıkların bizzat devletin varlığına karşı gerçek bir tehdit oluşturabilecek eylemlerde bulunmaları gerekli değildir. Dahası bu suç, yasadışı bir örgüte üyeliğin farkında olmak gibi özel bir kast bulunmasını gerektirmektedir.

54. Dolayısıyla Mahkeme, 125. madde ile 168(2). fıkrada düzenlenen suçların, aslında aynı suçun değişik derecelerini içerdiği şeklinde Hükümetin ileri sürdüğü savunmayı kabul edemez. Bu suçlar Ceza Kanununun ‘Devlete Karşı Suçlar’ başlıklı aynı bölümünde yer almakla birlikte, bu iki madde arasında hem maddi ve hem de manevi unsur bakımından açık bir farklılık bulunduğu görülmektedir.

55. Başvurucuların yasadışı örgüte üye olma suçlamasına karşı savunmalarını hazırlamak için yeterli zamanları bulunsaydı, yapacakları savunmalarının esasını değerlendirmek Mahkeme’ye düşmez. Mahkeme sadece, başvurucuların yapacakları savunmaların, devletin bütünlüğüne karşı suç isnadına karşı çıkmaktan farklı olabileceği iddia etmenin makul bir tutum olacağını kaydeder. Bu isnat ile ilgili duruşmada, başvurucuların faaliyetlerinin devletin bütünlüğüne karşı gerçek bir tehdit oluşturabilecek şekilde olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Yasadışı silahlı örgüt üyeliği nedeniyle daha henüz suçlanan başvurucular, Devlet Güvenlik Mahkemesini hem PKK’nın hiyerarşik yapısı içinde yer almadıklarına ve hem de bu örgütün disiplin kurallarına tabi olmadıklarına ve bu örgütün üyesi olduklarının farkında olmadıklarına ikna etmek durumunda kalmışlardır.

56. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, yasadışı silahlı örgüte üye olmanın, başvurucuların davanın başından beri suçlandıkları suça içkin bir unsur olmadığı kanaatine varmıştır.

57. Dolayısıyla Mahkeme, hiç kuşkusuz görev alanına geren suçlarda olayları yeniden nitelendirme yetkisine sahip olan Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin, başvuruculara özellikle yeterli zaman vermek suretiyle, savunma haklarını pratik ve etkili bir şekilde kullanma imkânı vermesi gerektiği kanaatindedir. Dava dosyası Devlet Güvenlik Mahkemesinin örneğin olayların yeniden nitelendirilmesinden sonra duruşmayı ertelemeye karar verebilecek iken, başvuruculara yargılamanın son gününde, yani karar verilmeden hemen önce haberdar edildikleri yeni isnat ile ilgili savunmalarını hazırlamak için fırsat verilmediğini göstermektedir. Ayrıca, son günkü duruşmada başvurucuların avukatları bulunmamıştır. Avukatların bulunmama sebepleri ne olursa olsun, başvurucuların iddia makamı ve Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından suçun yeniden nitelendirilmesi konusunda avukatlarına danışmadıkları bir gerçektir.

58. Bütün bu anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, başvurucuların aleyhlerine olan isnadın sebebi ve niteliği konusunda ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilme haklarının ve savunmalarını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma haklarının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır (*Pelissier ve Sassi*, §60-63; ve *Mattocchia*, §62-72).

59. Sonucu olarak Sözleşme’nin 6(3)(a) ve (b) bentleriyle birlikte ele alınan 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.”

3. İddia tanıklarının sorgulama veya sorgulatma fırsatı

Başvuruculardan Selim Sadak, Leyla Zana ve Hatip Dicle ayrıca, bazı aşiret reislerinin DGM savcısına verdikleri ifadelere dayanılarak mahkûm edildiklerini, bu kişileri sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadıklarından şikâyetçi olmuşlardır.

Hükümet ise, başvuruçuların DGM'ye verdikleri tanık listesinde söz konusu kişilerin adlarının yer almadığını, DGM'nin başvuruçuların PKK'ya üye olduklarını ortaya koyarken başka bazı delilleri de dikkate aldığını belirtmiştir. Hükümet, DGM'nin bazı iddia tanıklarının duruşmada dinlenmesi talebini reddetmekte haklı olduğunu, çünkü başvuruçuların suç ortaklarından birinin aleyhine olan bir tanığın cezaevinde PKK üyeleri tarafından öldürülmesi olayında görüldüğü gibi, PKK tarafından fiziksel olarak ortadan kaldırılma ihtimalini de içerecek şekilde bu tanıklara karşı tehditler bulunduğunu söylemiştir.

Üç başvuruçu, sözü edilen aşiret reislerinin hazırlık soruşturması sırasında savcıya askeri tesislerde verdikleri ifadelerin mahkûmiyet kararının temel dayanakları olduğu halde, savunma tarafına soruşturma veya kovuşturma sırasında bu ifadeleri veren kişilerle yüzleştirilme imkânı verilmediğini belirtmişlerdir. Başvuruçular, savcının kasten bu kişileri kendi aleyhlerine ifade vermeye teşvik ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçular iddia tanıklarının sorgulama ve savunma tanıklarının dinletme imkânı bulamadıklarını söylemişlerdir.

“63. Mahkeme, delillerin kabuledilebilirliği konusunun öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenen bir konu olduğunu ve önlerindeki delilleri değerlendirmenin genel bir kural olarak ulusal mahkemelerin işi olduğunu hatırlatır. Sözleşme bakımından Mahkeme'nin görevi, tanık ifadelerinin usulüne uygun biçimde delil olarak kabul edilip edilmediği hakkında bir karar vermek değil, fakat delillerin toplanma usulü dâhil, muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir (*Doorson*, §67; ve *Van Mechelen ve Diğerleri*, §50).

64. Kural olarak bütün delillerin tartışılabilmesi için, delillerin açık duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları gerekir. Bu ilkenin istisnaları vardır, fakat bu istisnaların sanık haklarını ihlal etmemeleri gerekir; kural olarak Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 6(3) (d) bendi sanığa, aleyhindeki bir tanığın ya ifadesi alınırken veya daha sonraki bir aşamada, itiraz etme ve sorgulama için yeterli ve gerekli imkân verilmelidir (*Lüdi*, §49; v *Van Mechelen ve Diğerleri*, §51).

65. Mahkeme'nin daha önce birkaç kez dediği gibi (*Isgoro*, §34; ve *Lüdi*, §47), bazı hallerde yargısal makamların soruşturma aşamasında verilmiş ifadelere dayanmaları gerekli olabilir. Eğer sanığa bu ifadelere ya verildikleri aşamada veya daha sonraki bir aşamada yeterli ve düzgün bir şekilde itiraz etme fırsatı verilmişse, bu ifadelerin delil olarak kabulü, kendiliğinden Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına ve 6(3)(d) bendine aykırı düşmez. Bunun tabii sonucu, eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma fırsatı bulmadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise, sanık hakları Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Unterpertinger*, §31-33; *Saidi*, §43-44; ve *Van Mechelen ve Diğerleri*, §55).

66. Komisyon gibi Mahkeme de, üç başvuruçunun suçluluğunu tespit eden iki mahkemenin, verdikleri kararları önemli ölçüde başvuruçuların PKK'nın sözcüleri gibi hareket ettiklerini yargılama öncesinde savcıya söyleyen tanıkların ifadelerine dayandırdıklarını kaydeder. Başvuruçulara ne soruşturma aşamasında ve ne de yargılama aşamasında bu tanıkları sorgulama veya sorgulatma fırsatı verilmiştir. Dolayısıyla başvuruçular, bu tanıkların güvenilirlikleri teste tabi tutma veya ifadelerinin doğruluğu üzerine kuşku çekme imkânı bulamamışlardır.

67. Bu üç başvurucunun aleyhlerine olan tanıkların DGM'deki duruşmada dinlenmelerini açıkça talep etmediklerine dair Hükümetin savunmasıyla ilgili olarak Mahkeme, Sözleşme'de güvence altına alınmış bir hakkın kullanılmasından feragatin, eğer iç hukukta buna izin verilmiş ise, tereddüde yer vermeyecek şekilde yapılmış olduğu ortaya koyulmalıdır (*Colozza*, §28). Mahkeme mevcut olayda başvurucuların hem Devlet Güvenlik Mahkemesinde ve hem de Yargıtay'da, hazırlık soruşturması veya yargılama sırasında ifadenin alınmasında hazır bulunmadıklarından şikâyet ettiklerini kaydeder. Başvurucular ayrıca, tek başına savcının huzurunda alınan ifadelerin güvenilirliğini de sorgulamışlardır. Her halükarda, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla birlikte ele alınan (3). fıkrası, özellikle sanığın aleyhindeki tanıkları sorgulamasına veya sorgulatmasına imkân sağlanması için Sözleşmecî Devletlerin pozitif tedbirler almalarını gerekli kılmaktadır (*Barbera, Messegue ve Jabardo*, §78). Bu tür tedbirler, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış haklardan etkili bir tarzda yararlanılmasını sağlamak için Sözleşmecî Devletlerin göstermeleri gereken özenin bir parçasını oluşturmaktadır (*Colozza*, §28). Devlet Güvenlik Mahkemesi, verdikleri ifadeler yargılamada kullanılan aşiret reislerini dinlemeyi veya söz konusu üç başvurucu ile yüzleştirme yapmayı reddetmiştir. Bu noktada Hükümet, cezaevinde öldürülen tanığın durumundan farklı bir durumda olan tanıkların Devlet Güvenlik Mahkemesi huzuruna gelmekle nasıl olup da bir tehlike ile karşılaşacaklarını açıklamamıştır.

68. Özetlenecek olursa, söz konusu üç başvurucunun sanık hakları öylesine ağır bir şekilde ihlal edilmiştir ki, adil yargılamadan yoksun bırakılmışlardır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla birlikte ele alınan 6(3)(d) bendi ihlal edilmiştir.”

II. Sözleşme'nin 10, 11 ve 14. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucular milletvekili olarak Kürt sorununa barışçıl çözüm önerme imkânı verilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlali şikâyet etmişlerdir. Hükümete göre başvurucuların görüşlerinin barışçıl bir görüş açıklamakla ilgili olmayıp terör örgütüne destekle ilgilidir. Mahkeme'ye göre ise başvurulardaki temel sorun başvurucuların adil yargılanıp yargılanmadıkları ile ilgilidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğü konusunda inceleme yapılması gerekli değildir.

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, tazminat olarak toplam 100,000 Dolar, ücretler ve masraflar için toplam 10,000 Dolar ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline;
2. Başvurucuların aleyhlerindeki isnatların değiştiğinin uygun zamanda haber verilmemesi ve aleyhlerindeki tanıkları sorgulayamama ve sorgulatamama nedeniyle, Sözleşme'nin 6(3)(a), (b) ve (d) bendiyle birlikte ele alınan 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili diğer şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığına;
4. Sözleşme'nin 10, 11 ve 14. maddeleriyle ilgili şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığına;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

27.11.2008 36391/02 SALDUZ - TÜRKİYE (BD)

◆ *gözetiminde müdafî ile görüştürmeme* (DGM kapsamına giren suçlarda gözetiminde müdafiden yararlanma hakkı bulunmaması nedeniyle yasadışı gösteriye katılmakla suçlanan başvurucuya müdafî atanmaması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - asgari sanık hakları - avukatla savunma hakkı - ücretsiz hukuki yardımla savunma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Yusuf Salduz 2 Şubat 1984 doğumlu bir Türk vatandaşıdır.

Başvurucu, PKK lehine yasadışı bir gösteriye katıldığı ve yasadışı pankart astığı şüphesiyle, 29 Mart 2001 günü saat 22:15'te İzmir Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi polisleri tarafından gözaltına alınmıştır. Başvurucu 30 Mayıs 2001 günü 12:30'da bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Rapora göre başvurucunun vücudunda kötü muamele izine rastlanmamıştır.

Başvurucu daha sonra bir müdafinin yokluğunda, Terörle Mücadele Şubesinde sorgulanmıştır. Başvurucunun imzaladığı yakalanan kişinin haklarının yazılı olduğu forma göre, başvurucuya isnat edilen suçlar ve kendisinin hakları hatırlatılmıştır. Başvurucu ifadesinde HADEP'in gençlik kollarıyla ilişkisini kabul etmiş, gençlik kollarının Bornova şubesinde çalışan kişilerin adlarını vermiş, kendisinin gençlik yayınları görevlisinin yardımcısı ve Osmangazi mahalle sorumlusu olduğunu söylemiştir. Başvurucu ayrıca gençlik kollarının diğer üyelerini görevlendirme işinin de kendisine ait olduğunu belirtmiştir. Başvurucu 29 Mayıs 2001'de cezaevindeki PKK liderini destelemek için HADEP tarafından düzenlenen gösteriye katıldığını söylemiştir. Polis başvurucunun el yazısı örneğini almış polis laboratuvarına göndermiştir. 1 Haziranda İzmir Polis Laboratuvarından gönderilen raporda, pankarttaki yazı ile başvurucunun el yazısı karşılaştırıldığı, bazı benzerlikler bulunduğu, fakat pankarttaki yazının başvurucuya ait olduğunun kesin olarak söylenemeyeceği bildirilmiştir. Başvurucu 1 Haziran 2001'de yeniden bir doktor tarafından muayene edilmiş ve raporda yine kötü muamele izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

Aynı gün başvurucu önce savcı önüne ve daha sonra yargıç önüne çıkarılmıştır. Başvurucu savcı önünde herhangi bir parti üyesi olmadığını, fakat HADEP'in bazı faaliyetlerinde yer aldığını, ancak yasadışı pankart yazmadığını ve 29 Mayıs 2001 tarihli gösteriye katılmadığını söylemiştir. Başvurucu yargıç önünde verdiği ifadede, poliste baskı altında ifade verdiğini, gözaltında dövüldüğünü ve kendisine küfredildiğini anlatmıştır. Başvurucu yargıç önünde de 29 Mayıs 2001 tarihli gösteriye katılmadığını ve o sırada Doğanlar mahallesine bir arkadaşını ziyarete gittiğini, slogan atan grupta yer almadığını belirtmiştir. Yargıç, isnat edilen suçun niteliği ve delil durumu gerekçesiyle başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Daha sonra başvurucunun bir müdafî ile görüşmesine izin verilmiştir.

İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı 11 Temmuz 2001'de, PKK'ya yardım ve yakınlıktan eski TCK.'nın 169. maddesi ile Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesi gereğince, başka 8 kişi ile birlikte başvurucu aleyhine ceza davası açmıştır. DGM 16 Temmuz tarihli tensip tutanağında başvurucunun tutukluluğunun devamına ve duruşmada sorgusunun yapılmasına karar vermiştir.

DGM 28 Ağustos 2001'de, başvurucunun müdafisinin katılımıyla ilk duruşmayı yapmıştır. Bu duruşmada sorgulanan başvurucu suçlamaları reddetmiştir. Başvurucu ayrıca polisteki ifadesinin de baskı altında alındığını söyleyerek reddetmiştir. Başvurucu gözaltındayken polislerin pankarttaki kelimeleri kopyalamasını istediklerini, ayrıca 29 Mayıs 2001 tarihindeki olaylara tanık olduğunu ancak iddia edildiği gibi gösterilerde yer almadığını, Özcan isimli bir arkadaşını ziyarete gittiğini söylemiş ve yine 26 Mayıs 2001 tarihinde yasadışı pankart asma suçunu da işlemediğini savunmuştur.

Başvurucu 5 Aralık 2001’de savunmasını yapmış ve salıverilmesini istemiştir. Aynı gün İzmir DGM başvurusunu isnat edilen suçtan suçlu bulmuş ve 4 yıl altı ay hapis cezası vermiş, ancak suç tarihinde yaşı küçük olduğu için cezasını 2 buçuk yıla indirmiş, diğer beş sanığı beraat ettirmiştir. DGM başvurusuna mahkûmiyet kararı verirken, başvurusunun polisteki, savcılığa ve sorgu yargıcı önündeki ifadelerini dikkate almıştır. DGM ayrıca, başvurusunun suç ortaklarının savcılıkta, kendilerini 29 Mayıs 2001 tarihli gösteriye katılmaları için başvurusunun ikna ettiğini söyleyen ifadelerini dikkate almıştır. DGM ayrıca suç ortaklarının, başvurusunun gösteriyi düzenleyenler arasında olduğunu söyleyen ifadelerini kaydetmiştir. DGM başvurusunun el yazısı ile pankarttaki el yazısını karşılaştıran bilirkişi raporunu kaydetmiştir. DGM’ye göre: ‘... bu deliller karşısında mahkeme, başvurunun inkârını kabul edemez, poliste verdiği ikrarın doğru olduğunu kabul eder.’

Başvurusunun avukatı bu kararı 2 Ocak 2002’de temyiz etmiştir. Temyiz dilekçesinde Sözleşme’nin 5 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. Yargıtay Başsavcılığı 27 Mart 2002’de 9. Daireye verdiği tebliğnamede, yerel mahkemenin kararının onanmasını istemiştir. Yargıtay Başsavcılığının tebliğnamesi başvurucuya veya müdafisine gönderilmemiştir. 10 Haziran 2002’de Yargıtay 9. Dairesi başvurusunun temyizini reddederek, İzmir DGM’nin kararını onamıştır.

Konuyla ilgili hukuk ve uygulama: İç hukuk: Olayların geçtiği tarihte yürürlükte olan 1412 sayılı (eski) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 135, 136 ve 138. maddeleri yakalanan bir kimseye yakalandığı andan itibaren müdafisi ile görüşme hakkı tanımış, 138. madde küçüklerin hukuki yardımdan yararlandırılmasını zorunlu hale getirmiştir. Ancak 3842 sayılı Kanunun 31. maddesine göre bu hükümler, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren suçlarda uygulanmaz. 4928 sayılı ve 2003 tarihli Kanun, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren suçlarda avukatla görüşme hakkına getirilen kısıtlamayı kaldırmıştır. 1 Temmuz 2005 tarihinde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanunun 149 ve 150. maddelerine göre gözaltına alınan herkesin gözaltına alındığı andan itibaren müdafî yardımından yararlanabileceğini öngörmektedir. Şüpheli veya sanık küçük ise veya isnat edilen suçun alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyorsa, müdafî görevlendirilmesi zorunludur. Terörle Mücadele Kanununun 29 Haziran 2006 tarihinde 10. maddesinde yapılan değişikliğe göre terörle ilgili suçlarda müdafî ile görüşme savcının emriyle yakalamadan itibaren 24 saat ertelenebilir. Ancak bu süre içinde şüphelinin ifadesi alınmaz.

Uluslararası hukuk: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çocuk suçluluğuyla mücadele ve çocuk adaletinin rolü ile ilgili tavsiye kararının (Rec(2003)20) 15. maddesi, gözaltına alınan küçükün müdafîsi ve doktorlarla görüşmesini, ifadesinin nasıl alınacağını düzenlemektedir. Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çocuk suçluluğuyla ilgili (no. R.(87)20) sayılı tavsiye kararının 8. maddesi, çocuklara polis soruşturması sırasında müdafî ile görüşme hakkının tanınmasını tavsiye etmektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 37. maddesi, özgürlüğünden yoksun bırakılan çocuğun derhal bir müdafî ile görüşme hakkını getirmektedir. Çocuk Hakları Komitesinin 25 Nisan 2007 tarihli genel yorumunun (no. 10) 49 ve 52. paragrafları, gözaltına alınan küçüklerin müdafîden yararlanmalarını düzenlemektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin 9 Temmuz 2001 tarihli Sonuç Gözlemlerinin 66. paragrafı tutuklamanın çocuk suçlular bakımından son çare olarak başvurulmasını, mümkün olduğu kadar kısa tutulmasını ve tutuklamaya alternatif tedbirler uygulanmasını öngörmektedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Tutuklu ve Hükümlerin İslahı için Asgari Standart Kuralların (Resolution 73)5) 93. maddesi, tutuklunun avukatla görüşme hakkını düzenlemekte, bu görüşmenin görevliler tarafından izlenebileceğini fakat dinlenemeyeceğini öngörmektedir. Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11 Ocak 2006’da kabul ettiği

ğın Avrupa Cezaevi Kurallarının (Rec (2006)2) 23. maddesi konuyla ilgili hükümler getirmektedir. Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin (CPT) Temmuz 2000’de Türkiye’ye yaptığı ziyaretten sonra 8 Kasım 2001 tarihli raporunun 61. paragrafında, gözaltında kötü muameleyi doğuran kusurlardan birinin, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren suçlarda gözaltına alınan bir kimsenin ilk dört gün içinde avukatla görüşme hakkına sahip olmaması gösterilmiştir. Yine aynı Komitenin Eylül 2001 ziyaretinden sonra 24 Nisan 2002 tarihli raporunun 12 ve 46. paragraflarında konuya ilişkin iç hukuktaki gelişmeleri ve eksiklikleri kaydetmiştir. Başvurucu

8 Ağustos 2002 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurarak, Yargıtay Başsavcılığı tebliğnamesinin kendisine iletilmediği ve gözaltına avukatla görüşme hakkı tanınmadığı gerekçesiyle Sözleşme’nin 6(1). fıkrası ile 6(3)(c) bendinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Daire 26 Nisan 2007 tarihli kararında birinci şikâyet bakımından ihlal bulmuş, ancak gözaltında müdafî yardımı alamama nedeniyle 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Başvurucu bu karara karşı Büyük Daireye başvurmuştur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlali iddiası

A. Gözaltında müdafîye erişim hakkı

Başvurucu gözaltında müdafîsi ile görüştürülmediği için savunma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş ve Sözleşme’nin 6(3)(c) bendine dayanmıştır.

1. Daire kararı

“46. Daire 26 Nisan 2007 tarihli kararında, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Daire bu bağlamda, başvurunun yargılama ve temyiz aşamalarında bir müdafî tarafından temsil edildiğini ve mahkûmiyet hükmünün tek dayanağının başvurunun poliste verdiği ifade olmadığını belirtmiştir. Daireye göre başvuru, kendisini iddia makamı karşısında önemli dezavantajlı koşullar içinde olmadan savcının iddialarına karşı çıkabilme fırsatı bulmuştur. Daire ayrıca, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvurucağı mahkûm ederken, başvurunun yakalandığı şartlara, pankarttaki el yazısıyla ilgili bilirkişi raporuna ve tanık ifadelerine dayandığını kaydetmiştir. Yukarıda söylenenler ışığında Daire, başvurucağı gözaltında hukuki yardım verilmemiş olmasının, kendisinin adil yargılanmasını zedelediği sonucuna varmıştır.”

2. Tarafların görüşleri

“47. Başvurucu, Dairenin Sözleşme’nin 6(3)(c) bendini ihlal görmeme gerekçelerine karşı çıkmıştır. Başvurucu gözaltında bir müdafiden yararlanmanın temel bir hak olduğunu söylemiştir. Başvurucu, aleyhine kullanılan bütün delillerin, bir müdafî yardımının verilmemesiyle hazırlık soruşturması aşamasında toplandığını hatırlatmıştır. Bu noktada başvurucağı ayrıca, ulusal mahkemeler tarafından mahkûm edildiği halde, kendisinin suçluluğunu kanıtlayacak bir delil bulunmadığını iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca gözaltında kötü muamele gördüğünü ve poliste verdiği ifadeyi baskı altında imzaladığını söylemiştir. Bu ifadeyi savcı, sorgu yargıcı ve mahkeme önünde reddettiği halde, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi söz konusu ifadeyi kullanmıştır. Başvurucu ayrıca olayların geçtiği tarihte küçük olduğunu ve bir adli sabıkası bulunmadığını vurgulamıştır. Başvurucu, aleyhindeki ağır suçlamalara rağmen hukuki yardım verilmemesinin, adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini savunmuştur. Başvurucu ayrıca Hükümetin hukuki yardım vermemeyi haklı kılan sağlam gerekçe göstermediğini iddia etmiştir.

48. Hükümet, Büyük Daireden, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varan Daire kararını onaylamasını istemiştir. Hükümet ilk olarak söz konusu mevzuat-

tın 2005 yılında değiştiğini söylemiştir. Hükümet ayrıca, başvuruçunun bir müdafii ile görüşme hakkına getirilen kısıtlamanın Sözleşme'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkını ihlal etmediğini savunmuştur. Hükümet, Mahkeme'nin içtihatlarına dayanarak (*Imbrioscia kararı*; *John Murray kararı*; *Averill kararı*; *Magee kararı*; ve *Brennan kararı*), bir yargılamanın adil olup olmadığı değerlendirilirken, muhakemenin bütününe bakılması gerektiğini ileri sürmüştür. Dolayısıyla Hükümete göre başvuruçucu İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi ve Yargıtay önünde bir müdafii ile temsil edilmiş olduğundan, başvuruçunun adil muhakeme hakkı ihlal edilmemiştir. Hükümet ayrıca, Mahkeme'nin benzer olaylardaki şikâyetleri açıkça temelsiz oldukları gerekçesiyle kabul edilemez bulduğu, çünkü poliste verilen ifadelerin mahkûmiyetleri destekleyen tek delil olmadıkları ve gözaltında hukuki yardım verilmemesinin Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal oluşturmadığı sonucuna vardığı davalara dikkat çekmiştir (*Saraç [k.k.]*, no. 35841/97; *Yurtsever [k.k.]*, no. 42086/02; *Uçma ve Uçma [k.k.]*, no. 15071/03; *Ahmet Yavuz [k.k.]*, no. 38827/02; ve *Yıldız ve Sönmez [k.k.]*, 3557/03).

49. Hükümet mevcut olaya dönerek, başvuruçunun gözaltına alındığı zaman susma hakkının hatırlatıldığını ve daha sonra ceza davasında müdafisinin iddia makamının iddialarına karşı çıkma fırsatı bulunduğunu savunmuştur. Hükümet ayrıca başvuruçunun poliste verdiği ifadenin mahkûmiyetin tek dayanağı olmadığını vurgulamıştır.”

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

“50. Mahkeme, ceza muhakemesi söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin esas amacının bir ‘suç isnadını’ karara bağlamaya yetkili bir ‘yargı yeri’ tarafından adil yargılama yapılmasını sağlamak olmakla birlikte, bu maddenin soruşturma aşamasında uygulanmayacağı anlamına gelmediğini hatırlatır. Dolayısıyla başlangıç aşamasında Sözleşme'nin 6. maddesine ve özellikle 3. maddesine uyulmadığı için yargılamanın adilliği ciddi surette zarar görebilecek ise, dava açılmadan önce de bu hükümlerin uygulanması söz konusu olabilir (*Imbrioscia*, §36). Mahkeme'nin daha önceki kararlarında da söylediği gibi, Sözleşme'nin 6(3)(c) bendinde düzenlenen hak, ceza muhakemesi bakımından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme kavramının unsurlarından biridir (*Imbrioscia*, §37; *Brennan*, §45).

51. Mahkeme ayrıca, hakkında bir suç isnadı bulunan herkesin, gerekirse görevlendirilmiş bir müdafii tarafından etkili bir şekilde savunma hakkı mutlak olmamakla birlikte, adil yargılamanın temel özelliklerinden biri olduğunu hatırlatır (*Poitrinol*, §34; ve *Dembukov* §50). Bununla birlikte Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi, bu hakkın nasıl kullanılacağını belirtmemektedir. Dolayısıyla bu bent Sözleşmeciler Devletlere kendi hukuk sistemlerinde bu hakkın korunmasını sağlama araçlarını seçme imkânı bırakmaktadır; Mahkeme'nin görevi de sadece, Sözleşmeciler Devletlerin seçtikleri yöntemin adil yargılamanın gereklerine uygun olup olmadığını belirlemektir. Bu bakımdan, Sözleşme'nin ‘hakları teorik veya kâğıt üzerinde değil, fakat pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı’ amaçladığı hatırlanmalıdır; bir müdafinin görevlendirilmiş olması, sanığa yardımcı kendiliğinden etkili kılmaz (*Imbrioscia*, §38).

52. Ulusal hukuklar, daha sonra açılacak ceza davasında savunma ihtimalleri bakımından belirleyici olan polis soruşturmasının ilk aşamasında sanığın tutumuna çeşitli sonuçlar bağlayabilirler. Bu gibi durumlarda Sözleşme'nin 6. maddesi, polis soruşturmasının ilk aşamasında, normal şartlarda sanığın bir müdafinin yardımından yararlanmasını gerektirir. Ancak Sözleşme’de açıkça tanınmamış olan bu hak, sağlam gerekçelerle kısıtlamalara tabi tutulabilir. Sorun, her bir olaydaki kısıtlamanın, muhakemenin bütünlüğü içinde sanığı adil bir muhakemeden yoksun bırakıp bırakmadığıdır (*John Murray*, §63; *Brennan*, §45; ve *Magee*, §44).

53. Yukarıda 52. paragrafta özetlenen bu ilkeler, adil yargılama kavramının çekirdeğini oluşturan ve varlık sebebini özellikle suçlanan kişiyi yetkililerin zorlamalarına karşı korumada bulan, genellikle tanınmış uluslararası insan hakları standartlarıyla aynı çizgidedir. Bu ilkeler ayrıca, adli hatanın önlenmesine ve Sözleşme'nin 6. maddesinin amaçlarının ve özellikle soruşturma makamlarıyla sanık arasındaki silahlarda eşitliğin gerçekleştirilmesine katkıda bulunurlar.

54. Bu noktada Mahkeme, soruşturma aşamasında elde edilen deliller yargılamada ele alınacak suç isnadının çerçevesini belirleyeceğinden, soruşturma aşamasının ceza davasının hazırlanmasındaki önemini vurgular (*Can - Avusturya, Komisyon raporu, §50*). Aynı zamanda şüpheli, muhakemenin bu aşamasında kendini genellikle korumasız bir durumda bulur, bu durumun sanık üzerindeki etkisi ceza muhakemesi mevzuatının ve özellikle delillerin toplanması ve kullanılmasıyla ilgili hükümlerin giderek karmaşıklaşmasıyla artar. Bu özel korunmasızlık birçok olayda ancak, başka şeylerin yanında, bir sanığın kendini suçlandırmama hakkına saygı gösterilmesini sağlama görevine sahip bir müdafinin yardımıyla giderilebilir. Aslında bu hak, bir ceza davasında iddia makamının sanık aleyhindeki iddiasını, sanığın iradesi hilafına zorlama ve baskı yöntemleri kullanılmaksızın elde edilmiş delillerle kanıtlamak istediğini varsayar (*Jalloh [BD], §100; ve Kolu, §51*). Bir müdafii ile erken aşamada görüşme, Mahkeme'nin bir yargılama usulünün kendini suçlandırmaya karşı muafiyetin özünü ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelerken özellikle dikkat edeceği usul koruyucuların bir parçasıdır (*Jalloh, §101*). Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, İşkenceyi Önleme Komitesinin (CPT) tavsiye kararlarında tekrar ve tekrar, tutulan bir kimsenin hukuki yardım almasının kötü muameleye karşı temel bir koruyucu olduğunun söylendiğini kaydeder. Bu hakkın kullanılmasıyla ilgili bir istisnanın açıkça çerçevesi çizilmeli ve süreyle kısıtlanmalıdır. Bu ilkeler, özellikle ağır suçlamaların söz konusu olduğu olaylarda gerekir, çünkü demokratik bir toplum, ağır cezalarla karşılaşıldığı zaman adil yargılama hakkına mümkün olan en yüksek ölçüde saygı gösterilmesini sağlamalıdır.

55. Bu ardan karşısında Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrası gereğince adil yargılamanın yeterince 'pratik ve etkili' olması için, müdafii ile görüşme hakkının, her olayın özel şartları içinde, bu hakkın kısıtlanmasını zorlayan koşulların varlığı gösterilmedikçe, kural olarak polisin şüpheliyi ilk sorgusuyla birlikte tanınması gerektiği sonucuna varmaktadır. Zorlayıcı sebepler bir müdafii ile görüşme talebinin reddini istisnai olarak haklı kılsa bile, haklılık sebebi ne olursa olsun, bu tür bir kısıtlama Sözleşme'nin 6. maddesindeki sanık haklarına haddinden fazla zarar vermemelidir (*Magee, §44*). Bir müdafinin yardımı alınmadan polis sorgusu sırasında verilen kendini suçlandırıcı ifadelerin bir mahkûmiyet için kullanılması halinde, kural olarak sanık hakları telafi edilemez bir şekilde zarar görmüş olur.

56. Mevcut olayda başvuruçunun bir müdafii ile görüşme hakkı, 3842 sayılı Kanunun 31. maddesi gereğince kısıtlanmış durumdadır; çünkü başvuruçucu Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren bir suçu işlemekle suçlanmıştır. Sonuç olarak başvuruçucu polise, savcıya ve sorgu yargıcına ifade verdiği sırada bir müdafiden yararlanamamıştır. Başvuruçunun bir müdafiden yararlandırılmamasının ilgili yasa hükümleri gereğince sistematik olarak öngörüldüğünü söylemek dışında, başka bir sebep gösterilmemiştir. Böylece bu durum, yukarıda 52. paragrafta anlatılan Sözleşme'nin 6. maddesinin bu noktadaki gereklerini yerine getirmemektedir.

57. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun tutuklandıktan sonra bir müdafiden yararlanabildiğini gözlemlemektedir. Başvuruçucu daha sonra ceza davası sırasında kendi lehine tanıklar dinletebilmiş ve savcının iddialarına karşı çıkma imkânı bulmuştur. Mahkeme ayrıca, başvuruçunun sürekli olarak poliste verdiği ifadeyi hem yargılama sırasında ve hem de

temyiz aşamasında reddettiğini kaydeder. Ancak dava dosyasından anlaşıldığı üzere, soruşturma büyük ölçüde, başvurunun 1 Haziran 2001’de sorgu yargıcı önüne çıkarılmadan önce tamamlanmıştır. Dahası İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, davanın esasını incelemeyen önce başvurunun poliste verdiği ifadelerin kabul edilebilirliği konusunda bir şey söylemediği gibi, başvurunun polise verdiği ifadeyi ısrarla reddetmesine rağmen, bu ifadeyi başvuru mahkûm ederken esas delil olarak kullanmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesinin başvuru mahkûm ederken öndeki delilleri, aslında başvurunun polise verdiği ifadeyi teyit etmek için kullandığını gözlemlemektedir. Bu deliller arasında 1 Haziran 2001 tarihli bilirkişi raporu ve diğer sanıkların poliste ve savcılıkta verdiği ifadeler yer almıştır. Ancak bu noktada Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararında sözü edilen bilirkişi raporunun başvuru lehine olmasını çarpıcı bulmuştur, çünkü raporda pankarttaki el yazısının başvurunun el yazısıyla aynı olup olmadığını belirlenemediği söylenmiştir. Ayrıca, poliste ve savcılıkta başvuru aleyhine ifade veren bütün suç ortaklarının yargılama sırasında bu ifadelerini geri almaları ve gösteriye katılmadıklarını söylemeleri de önemlidir.

58. Böylece mevcut olayda başvuru, bir müdafiden yararlanma hakkı üzerindeki kısıtlamalardan hiç kuşkusuz etkilenmiştir, çünkü polise verdiği ifade, mahkûm edilmesi için kullanılmıştır. Daha sonra ne bir müdafiden yardım görmüş olması ve ne de davanın çekişmeli yapılmış olması, gözaltı döneminde meydana gelen sakatlığı iyileştirebilmiştir. Ancak, başvuru gözaltında bir müdafiden yararlanmış olsaydı, bunun daha sonra davaya nasıl bir etkisi olacağı konusunda bir spekülasyonda bulunmak Mahkeme’nin işi değildir.

59. Mahkeme ayrıca, Sözleşme’nin 6. maddesinin ne sözünün ve ne ruhunun, bir kimsenin kendi iradesiyle açıkça veya zımnen adil yargılanma güvencelerinden feragat etmesini engellemediğini hatırlatır (*Kwiatkowska [k.k.]*, no. 52868/99). Ancak yargılamada yer alma hakkından feragatin Sözleşme bakımından etkili olabilmesi için, bu feragatin hiç tereddüde yer vermeyecek bir şekilde ve önemiyle orantılı asgari koruyucular eşliğinde yapılması gerekir (*Sejdovic [BD]*, §86; *Kolu*, §53; ve *Colozza*, §28). Dolayısıyla mevcut olayda, başvurucuya susma hakkının hatırlatıldığı şeklindeki bir savunmaya güvenilemez.

60. Son olarak Mahkeme, mevcut olaya özgü unsurlardan birinin, başvurunun yaşı olduğunu kaydeder. Gözaltında küçüklere hukuki yardım verilmesiyle ilgili önemli sayıda uluslararası hukuk belgesini göz önünde tutan Mahkeme, gözaltına alınan kimsenin küçük olması halinde, müdafiden yararlandırmanın temel bir öneme sahip olduğunu vurgular.

61. Yukarıda da açıklandığı gibi mevcut olayda ise hala, bir müdafiden yararlanma hakkı üzerindeki kısıtlama sistematik olup, Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına giren suçlarda gözaltına alınan kişinin yaşına bakılmaksızın, herkese uygulanmıştır.

62. Özetle, başvuru yargılama ve daha sonra temyiz aşamasında aleyhindeki delillere itiraz etme fırsatı bulmuş olsa bile, gözaltında tutulurken bir müdafisinin bulunmaması, sanık haklarını telafi edilemez bir şekilde etkilemiştir.

63. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinin 1. fıkrayla bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

B. Yargıtay Başsavcılığı tebliğnamesinin başvuru iletilmemesi

Büyük Daire, Dairenin gösterdiği gerekçelerle çekişmeli yargılanma hakkının ihlal edildiğini kabul etmiştir.

II. Sözleşme’nin 41. maddesinin uygulanması

Başvurucu maddi zararları için 5,000 Euro manevi zararları için 10,000 Euro talep etmiştir.

“72. Mahkeme, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlalinde en uygun giderim biçiminin, başvurucuya mümkün olduğu kadar, eğer bu hüküm ihmal edilmeseydi içinde bulunacak olduğu durumun sağlanması gerektiğini hatırlatır (*Teteriny, §56; Jelacic, §53; ve Mehmet ve Suna Yiğit, §47*). Mahkeme mevcut olayda da bu ilkenin uygulanabilir olduğunu tespit etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, en iyi giderim biçiminin, başvurucunun talep etmesi halinde, başvurucunun Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının şartlarına uygun bir şekilde yeniden yargılanması olacaktır (*Gençel, §27*).

73. Mahkeme, başvurucunun geri kalan manevi zararları için 2,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.”

Mahkeme ayrıca ücretler ve masraflar için 1,000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Gözaltında müdafinin hukuki yardımı bulunmaması nedeniyle, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak 6(3) bendinin ihlaline;
2. Yargıtay Başsavcılığı tebliğnamesinin iletilmemesi konusunda Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

KARAR VERMEME

01.03.2002 48778/99 KUTIC - HIRVATİSTAN

♦ *davanın durdurulması nedeniyle karar vermeme* (devlet aleyhine açılan tazminat davalarının konuyla ilgili yeni bir düzenleme yapıncaya kadar bu konudaki taleplerin karara bağlanmasını engelleyen yasa değişikliği nedeniyle başvurucuların tazminat taleplerinin ulusal mahkemeler tarafından yaklaşık 6 yıl karara bağlanmasının engellenmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - karar hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucular Bay Vojin Kutic ve Bayan Ana Kutic Hırvatistan vatandaşlarıdır.

Başvurucuların evi Aralık 1991’de bir bombalama sonucu tahrip olmuştur. Başvurucular Kasım 1994’te yerel mahkemede Hırvatistan Cumhuriyet aleyhine tazminat davası açmışlardır. 2 Mayıs 1995’te bir duruşma yapılmıştır. Başvurucular mahkemeden, evlerinin tahrip olmasına yol açan olaylarla ilgili Emniyet Müdürlüğü tutanaklarının getirtilmesini istemişlerdir. 19 Mayıs 1995’te mahkeme, tutanakların gönderilmesini istemiştir.

Parlamento 17 Ocak 1996’da Borçlar Kanununda bir değişiklik yaparak, terör eylemlerinden doğan zararlar için açılan davaların meseleyi çözecek yeni bir yasa çıkarılincaya kadar durdurulmasını ve yeni yasaya kadar terör eylemleri nedeniyle tazminat istenemeyeceğini öngörmüştür. Buna göre yerel mahkeme Nisan 1998’de, başvurucuların talepleriyle ilgili davanın durdurulmasına karar vermiştir.

Başvurucular bu karara karşı üst başvuruda bulunmamışlardır. 13 Kasım 1994’te yine başka bir yerde başvuruculara ait bir kesimhane, soğutma deposu ve garaj, yine bir pat-

lama sonucu tahrip olmuştur. Başvurucular bu binaların da patlamalar nedeniyle tahrip olmasından doğan zararlar için Hırvatistan Cumhuriyetine karşı Aralık 1994'te dava açmışlardır. 8 Mayıs 1995'te duruşma yapılmış, Emniyet Müdürlüğünden olayla ilgili rapor istenmiştir. Yerel mahkeme Temmuz 2000'de bu davanın da durmasına karar vermiştir. Bu karara karşı da başvuru yapılmamıştır.

1996 yılında başka bir kişi, bir terör eyleminden doğan zararları için açtığı davada, terör eylemlerinden doğan zararlar için açılan davaların durdurulmasını öngören yasaya karşı anayasa şikâyetinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi henüz karar vermemiştir. Öte yandan sözü edilen yeni yasa henüz çıkarılmamıştır.

Başvurucu 15 Şubat 1999'da İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, mahkeme hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucular, Borçlar Kanunundaki değişiklik gereğince Zagreb mahkemesinin davalarının durdurulması nedeniyle mahkemeye erişim haklarının ve ikinci olarak makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

A. Mahkemeye erişim

Hükümet başvurucuların tazminat davası açmak suretiyle mahkemeye erişebildiklerini, davaların durdurulmasının geçici olduğunu ve terör eylemleri nedeniyle tazminata ilişkin yeni yasa çıkınca davaların görülmesine yeniden başlanacağını, davaları durduran yasanın tek amacının Avrupa standartlarına ve devletin kaynaklarına uygun bir düzenleme yapmak olduğunu savunmuştur.

“24. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesindeki usul güvencelerinin, bir kimsenin kişisel hak ve yükümlülükleriyle bir iddiasını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkını koruduğunu hatırlatır. Bu madde bu yolla, bir yönü mahkemeye başvurma, yani kişisel meselelerde mahkemelere dava açma hakkı olan ‘mahkeme hakkı’ nı içermektedir (*Goldor*, §28-36). Mahkeme ayrıca mahkemeye başvurma hakkının, nihai ve bağlayıcı hale gelmiş yargısal kararların icrasını da koruduğunu; hukukun üstünlüğünü kabul etmiş devletlerde bu yargısal kararların taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde tesirsiz bırakılmayacağını hükmetmiştir (*Hornsby*, §40).

25. Mahkeme mevcut olayda başvurucuların hukuk davası açma imkânına sahip olmuş olduklarını kaydeder. Başvurucular mallarının tahrip edilmesi nedeniyle Zagreb Yerel Mahkemesine dava açmışlardır. Ancak bu durum, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki bütün şartlarını yerine gelmesini sağlamamaktadır. Demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü göz önünde tutularak, ulusal mevzuatın sağlamış olduğu başvurma derecesinin, bireyin ‘mahkeme hakkı’ nı korumak için yeterli olup olmadığını da belirlenmelidir (*Ashingdane*, §57). Mahkeme Sözleşme'nin hakları teorik veya kâğıt üzerinde değil, fakat pratik ve etkili bir şekilde güvence altına almayı amaçladığını hatırlatır (*Airey karar*, §24; ve *Garcia Manibardo*, §43). Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının kişisel uyumsuzlukların karara bağlanması için mahkemeye başvurma hakkını güvence altına aldığını hatırlatır. Mahkeme bu mahkemeye başvurma hakkının sadece dava açma hakkını değil fakat aynı zamanda bir uyumsuzluğun bir mahkeme tarafından ‘karara bağlanması’ nı hakkını da içerdiği kanaatinde. Bir Sözleşmecî Devletin iç hukukunda bir kimseye bir davanın nihai bir şekilde karara bağlanmasını sağlamaksızın bir hukuk davasını mahkeme önüne getirmesine imkân vermesinin bir anlamı olmayacaktır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının taraflara kişisel bir uyumsuzluğun nihai olarak karara bağlanacağı güvencesi vermeksizin, davanın adil, aleni ve hızla görülmesine ilişkin usul güvenceleri sağlaması düşünülemez (*Hornsby*, §40).

26. Borçlar Kanununda değişiklik yapan 2. madde, konuyu düzenleyen yeni hükümler çıkarılıncaya kadar terör eylemlerinden doğan zararlara ilişkin bütün davaların durdurulmasını öngörmek suretiyle, başvuruçuların tazminat talepleri hakkında bir mahkemenin karar vermesinin önünü kesmiştir. Dolayısıyla başvuruçuların usulün uygulanması suretiyle taleplerini sürdürmeleri engellenmiştir.

27. Mahkeme *Immobiliare Saffi* davasında, yasama organının müdahalesi sonucu, nihai kararın 6 yıldan fazla bir süre icra edilememesi nedeniyle, başvuruçucu şirketin Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğine hükmettiğini kaydeder (*Immobiliare Saffi [BD]*, §70).

28. Mahkeme mevcut olayda muhakemenin, nihai kararın icra aşamasında değil, fakat daha da önce, ilk derece mahkemesi tarafından başvuruçunun tazminat talebi hakkında bir karar verilmesinden bile önce durdurulduğunu kaydeder.

29. Davalar Zagreb Yerel Mahkemesinin 24 Nisan 1998 ve 19 Temmuz 2000 tarihli kararlarıyla durdurulmuştur. Ancak bu davalar, terör eylemlerinden kaynaklanan zararlara ilgili davaların durdurulmasını öngören Borçlar Kanununda değişiklik yapan Yasanın 17 Ocak 1996'da yürürlüğe girmesinden beri, aslında fiilen durdurulmuştur.

30. Borçlar Kanununda değişiklik yapan Yasanın çıkarılmasından itibaren geçen zamanı dikkate alan Mahkeme, başvuruçuların talepleri hakkında bir karar elde edememiş olmalarının başvuruçuların durumuyla ilgili yeni yasanın çıkarılmasına kadar sürecek geçici bir durum olduğu şeklindeki Hükümetin savunmasına katılamaz.

31. Mahkeme, bir devletten büyük miktarlarda tazminat taleplerinde bulunulması halinde, devletin bazı yeni düzenlemeler yapabileceğini ve bu konuda devletlerin belirli bir takdir alanına sahip olduklarını kabul etmektedir. Ancak bu tedbirler yine de Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygun olmalıdır.

32. Ne var ki mevcut olayda davalar, 4 yılı Sözleşme'nin Hırvatistan bakımından yürürlüğe girmesinden sonra olmak üzere 6 yıldır durdurulmuş olup, bu arada başvuruçuların tazminat talepleri hakkında karar verilmesini sağlayacak yeni bir yasa çıkarılmamıştır. Bu koşullarda Mahkeme, ulusal mevzuat tarafından tanınan mahkemeye başvurma düzeyinin, başvuruçuların 'mahkeme hakkı'nı koruyacak kadar yeterli olduğunu kabul edemez.

33. Bu nedenle Mahkeme, bir yasama tedbirinin sonucu olarak başvuruçuların tazminat taleplerinin ulusal mahkemeler tarafından bu kadar uzun bir süre karara bağlanmasının engellenmesinin, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.”

B. Davanın uzunluğu

[34–35]: Mahkeme bu konudaki şikâyeti mahkemeye başvurma hakkı içinde ele almıştır. Yukarıda varılan sonuç göz önünde tutulduğunda, yargılama süresinin uzunluğunun mahkemeye başvurma hakkı içinde yer almış kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu konuyu ayrıca incelemeye gerek yoktur.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

“39. Mahkeme, başvuruçuların iddia ettiği maddi zararlar ile tespit edilen ihlal arasında bir nedensellik bağı görmemektedir. Yargılama Sözleşme'nin 6. maddesini uygun olsaydı, sonucunun ne olacağı konusunda Mahkeme bir spekülasyonda bulunamaz.

Ancak başvuruçular, ihlal tespitiyle giderilemeyecek bir manevi zarara uğramışlardır. Mahkeme kendi içtihatlarına dayanarak ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yaparak, başvuruçulara birlikte toplam 10,000 Euro ödenmesine hükmeder.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurucuların mahkemeye erişim hakları bakımından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine;
2. Davanın uzunluğu konusunda Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından ayrı bir mesele doğmadığına;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

ALENİ OLMAYAN KARAR VERME

22.02.1984 8209/78 SUTTER - İSVİÇRE

◆ *askeri ceza temyiz mahkemesi kararının aleniyeti* (cezanın temyizinin reddine dair kararın tefhim edilmeyip hüküm fıkralarının tebliğ edilmesi ve gerekçeli kararın yazı işlerinde kayda girmek suretiyle alenileşmesi), *askeri ceza temyiz mahkemesinde duruşma yapmama* (ceza davasında askeri Temyiz Mahkemesi önünde duruşma yapmadan emre itaatsizlik ve talimatlara riayetsizlik suçundan on gün hapis cezasına mahkûmiyet) ■ adil yargılanma hakkı - aleni karar hakkı - adil muhakeme hakkı - duruşmalı yargılanma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Peter Sutter 1949 doğumlu bir İsviçre vatandaşıdır.

Başvurucu, 1974 ve 1975'te olağan askerlik görevinin bir bölümü olarak düzenlenen tazeleme eğitimleri sırasında, hizmet talimatının saç tıraşı ile ilgili 203 ek maddesine uymayı reddettiği gerekçesiyle, 5 ve 7'şer günlük sürelerle katı göz hapsinde tutulmuştur.

Başvurucu, 1976 yılında düzenlenen tazeleme eğitiminin başlamasından kısa bir süre önce, birim komutanından, nizami saç tıraşıyla eğitimde hazır olmasını emreden taahhüt-lü bir mektup almıştır. Buna rağmen başvuru 28 Ağustos 1976'da, müsaade edilenden uzun saçlarla birliğe katılmış ve saçlarını kestirmesi yönünde subayların şifahi emirlerine uymayı reddetmiştir.

Askeri Savcı 8 Kasım 1976'da, Sutter aleyhine emre itaatsizlikte ısrar ve hizmet talimatlarına ikinci derecede aykırı hareket etmek suçlamalarını içeren bir iddianame hazırlamıştır. 5 Numaralı Tümen Mahkemesi 16 Mayıs 1977'de, aleni duruşmanın sonunda, başvuru her iki suçtan 10 gün hapis cezasına mahkûm eden aleni bir karar vermiştir. Sutter'in avukatı Tümen Mahkemesinin, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesini istemiş, ancak bu talep reddedilmiştir. Avukat ayrıca saç tıraşı hakkındaki talimatın hükümsüzlüğü veya aslında istismara açık niteliği konusunda ek bir araştırma yapılmasını talep etmiş ve bu da sonuçsuz kalmıştır.

Kararın bir sureti 23 Haziran 1977'de başvurucuya gönderilmiştir. Mahkeme Başkanı Sutter'e, kararın verilmesinden itibaren 24 saat içinde temyiz edilebileceği yönünde bir bilgi vermiş, Sutter de hemen mahkeme yazı işlerine karar temyiz edeceğine dair bir dilekçe vermiştir.

Başvurucu, hükmün tebliğinden itibaren 10 günlük yasal süre içinde, 2 Temmuz 1977'de, temyiz sebeplerine dair son beyanlarını içeren bir temyiz dilekçesi vermiştir. Başvurucu, aleyhine temyiz başvurusunda bulunduğu kararın Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı talimatları uygulamak suretiyle kanunu ihlal ettiğini; bu mahkemenin, altı yargıçtan dör-

dünün asıl yargıçların yerini alan yedek yargıçlar olması ve mahkeme başkanının Askeri Başsavcı tarafından atanması dolayısıyla Tümen Mahkemesinin Kanununun öngördüğü şekilde oluşturulmadığını; askeri mahkemeler Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında mahkemeler olmadığından, Tümen Mahkemesinin davayı esastan görmeyi reddetmemekle hata yaptığını; tamamlayıcı soruşturma yapılması talebinin reddedilmiş olmasının, Sözleşme'nin 8. maddesinin ve özellikle ikinci fıkrasının uygulanması bakımından belirleyici noktalar hakkında savunma yapmasını önlediğini ileri sürmüştür.

Sutter, Askeri Temyiz Mahkemesinin yargılamayı bütünüyle yazılı usulde yapmasının 6. maddeyle bağdaşmadığı konusunda bu mahkemenin dikkatini çekmiş; bu nedenle en azından bir duruşma yapmasını ve kararını aleni olarak vermesini talep etmiştir.

2 Ekim 1977'de Temyiz Mahkemesi kapalı olarak (in camera) meseleyi görüşmüş ve esasa girmeden temyiz başvurusunu reddetmiştir. O sırada yürürlükte bulunan hükümlere (1889 yasasının 194. maddesi) göre, Temyiz Mahkemesi davanın esasına ancak, kararın bozulmuş olması ve bozmanın tek sebebinin de kanunun yanlış uygulanmış olması halinde girebilirdi. Askeri Temyiz Mahkemesi, artık bu yetkiye sahip bulunmamaktadır.

Bu mahkemenin verdiği kararın hüküm fıkraları Sutter'e yazılı olarak hemen tebliğ edilmiştir. Başvurucu kararın tam metnini 24 Ocak 1978'de almıştır. Kararın gerekçesi 20 sayfa olup, esas itibarıyla Sutter'in 1889 yasasının Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerine aykırılığı konusundaki iddialarıyla ilgilidir.

Başvurucu 17 Nisan 1978'de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

25. Mevcut davada sadece temyiz yargılaması tartışma konusudur. Komisyonca kabuledilebilir bulunduğu kadarıyla Sutter'in şikâyetleri, kararlarını aleni duruşmalar neticesinde veren 5 No'lu Tümen Mahkemesi önündeki usulü kapsamamaktadır.

I. İlk tespitler

26. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında sözü edilen yargısal makamlar önündeki yargılamanın aleniliği, davanın taraflarını kamunun yakın denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtılmasına karşı korur. Bu alenilik alt veya üst derece mahkemelerine halkın güvenini sürdürmesinin vasıtalarından biridir Alenilik, adalet dağıtımını görülebilir kılarak, 6(1). fıkrasındaki amacın, yani Sözleşme bakımından demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma güvencesinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunur (*Pretto ve Diğerleri*, §21; ve *Axen*, §25).

27. Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin hepsi bu aleniyet prensibine bağlı olmalarına rağmen, duruşma yapılması ve kararların aleni olarak verilmesi konularında, uygulamanın kapsam ve tarzı bakımından, hukuk sistemlerinde ve yargısal tatbikatta bazı farklılıklar bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Meselenin biçimsel yönü, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gerektirdiği aleniyetin amacı ile karşılaştırıldığında, tabi ki ikinci derecede bir önem arz etmektedir. Adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda işgal ettiği yerin önemi, Mahkeme'yi bu alanda yapmakta olduğu denetimin amacı bakımından, söz konusu yargılama usulündeki gerçekleri incelemeye götürmektedir.

28. Bu davada 6. maddenin uygulanabilirliği tartışmalı olmayıp, dahası, maddenin uygulanabilirliği konusundaki Mahkeme'nin yaklaşımı yerleşik içtihatlarından çıkarılabilmektedir (*Delcourt*, §25; ve *yukarıda geçen kararlar* §23 ve 27).

Ancak bu madde metninin uygulanma tarzı, davanın özel koşullarına bağlıdır. Hükümet ve Komisyon'la aynı görüşü paylaşan Mahkeme, ulusal hukuk düzeni içinde yürütülen bir yargılamanın bütünlüğünün dikkate alınması gerektiğini kabul eder. Burada karar verilmesi gereken husus, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında yer alan her bir güvencenin, Tümen Mahkemesinin önünde olduğu gibi Askeri Temyiz Mahkemesi önündeki yargılamada da bulunması gerekip gerekmediğidir.

II. Duruşma yapılmaması

“29. Başvurucuya göre Temyiz Mahkemesi önünde de açık duruşma yapılması gereklidir; çünkü açık duruşma, başka şeylerin yanında, tarafların iddialarının karşılıklı olarak alınıp vermelerine imkân tanır; halkın ileri sürülen taleplerden haberdar olmasını sağlar.

30. Sutter'in davası Tümen Mahkemesince aleni olarak görülmesine rağmen, Askeri Temyiz Mahkemesi önündeki yargılamanın, İsviçre Federal mevzuatında o gün olduğu gibi bugün de yazılı usulle yapılması öngörülmüştür. Tümen Mahkemesi Başkanı, Askeri savcılık ve Askeri Başsavcılık gerekçe göstermeksizin, temyiz talebinin reddedilmesi yönünde görüş bildirdikleri için, sadece başvuru tarafından verilen dilekçe Askeri Temyiz Mahkemesinin önüne gelmiştir. Temyiz Mahkemesi, suçluluk meselesi veya Tümen Mahkemesinin verdiği ceza meselesiyle ilgili olarak davanın esası üzerinde bir karar vermemiştir. Temyiz Mahkemesi Sutter'in başvurusunu, sadece ilgili yasa hükümlerini yorumlayan bir kararla reddetmiştir. Bundan dolayı Askeri Temyiz Mahkemesi önündeki yargılamanın, Tümen Mahkemesi önündeki yargılamadan daha az adil olduğunu gösteren herhangi bir belirti bulunmamaktadır; Tümen Mahkemesinin ise Sözleşme'nin 6. maddesinin şartlarını yerine getirip getirmediği tartışma konusu değildir. Davanın özel koşulları içinde, Temyiz Mahkemesi önündeki açık duruşma esasında iddia ve savunmanın sözlü yapılması, 6. maddenin kapsadığı temel prensipler için daha fazla bir garanti sağlamayacaktır. Buna göre Mahkeme, temyiz aşamasında aleni yargılama yapılmamasının, Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmaktadır.”

III. Kararın aleni olarak verilmemesi

“31. 21 Ekim 1977'de Askeri Temyiz Mahkemesi tarafından 1889 Yasasının 197. maddesi gereğince verilen hüküm taraflara tebliğ edilmiş, fakat aleni bir duruşmada açıklanmış değildir. Başvurucu ve Komisyon'un azınlıkta kalan üyelerine göre bu durum Sözleşme'yi ihlal etmiştir.

32. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ikinci cümlesinde kullanılan ‘karar aleni olarak açıklanır’ (judgment shall be pronounced publicly) deyimini, kararın yüksek sesle okunacağını ima edebilir. Şu da bir gerçek ki, Fransızca metinde ‘rendu’ (given - verilir) kullanılırken, İngilizce metinde aynı kelimeye karşılık olarak ‘pronounced’ (prononcé- açıklanır) kelimesi kullanılmaktadır; ancak bu küçük fark, söz konusu hükmün üslubunun bıraktığı izlenimi gidermek için yeterli değildir. Fransızca'da ‘rendu publiquement’ (alenileştirme) nin tersine ‘rendu public’ (made public) deyimini, pekâlâ ‘prononcé publiquement’ terimi ile anlamdaş görülebilir. İlk bakışta Sözleşme'nin 6(1). fıkrası, karar ‘alenileştirilir’ (‘shall be made public’, ‘sera public’) diyen Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14(1). fıkrasına göre daha dar görünmektedir.

33. Bununla birlikte Avrupa Konseyi'ne üye birçok devlet, mahkemelerinin ve özellikle de Temyiz Mahkemelerinin her türlü veya bazı kararlarını alenileştirirken, yüksek sesle okumanın yanı sıra başka yolları da, örneğin kamuya açık olan mahkeme yazı işleri kaydına girmesi yolunu da kullanma geleneğine sahiptirler. Sözleşme'yi yapanların çalışma belgelerinden bu konuyu, 1966 Sözleşmelerinin hazırlık çalışmalarındaki gibi dikkate aldıkları kolaylıkla anlaşılabilir gibi değilse de, Sözleşme'yi yapanlar bu olguyu ihmal etmiş olamazlar. Bu nedenle Mahkeme, sözel yorumla kendini bağlı hissetmemektedir.

Mahkeme, davalı devletin iç hukukunda ‘karar’a verilen aleniyet biçimini, her olayda o yargılamanın özel koşulları ışığında ve Sözleşme’nin 6(1). fıkrasının amacına dayanarak değerlendirmek gerektiğini düşünmektedir (*Pretto*, §25-26 ve *Axen*, §30-31).

34. Yukarıda 20. paragrafta da belirtildiği gibi, menfaati olduğunu ortaya koyan herhangi bir kimse Askeri Temyiz Mahkemesi kararlarını görebilir veya bu kararların tam metinlerinin birer nüshasını alabilir. Bunun yanında Askeri Temyiz Mahkemesinin Sutter davasında olduğu gibi, önemli kararları resmi bir derlemede yayınlanmaktadır. Bu nedenle, bu mahkemenin içtihatları (jurisprudence), bir dereceye kadar kamuoyunun yakından incelemesine açıktır. Askeri Temyiz Mahkemesince bu davada incelenen önemli noktalar ile Tümen Mahkemesinin kararını kesinleştiren ve Sutter’in durumunda hiç bir değişiklik yapmayan kararı dikkate alındığında, hükmün tefhimi ile ilgili olarak 6(1). fıkrasının sadece lafzıyla yorumlanması çok sert bir yorum olarak görünmekte ve 6. maddenin amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli bulunmamaktadır. Mahkeme sonuç olarak Sözleşme’nin, yargılamanın son aşamasında verilen kararların yüksek sesle okunmasını gerekli görmediği konusunda Hükümet ile Komisyon çoğunluğunun görüşlerine katılmaktadır.”

GEREKÇESİZ KARAR VERME

21.01.1999 30544/96 GARCIA RUIZ - İSPANYA

◆ *alt mahkeme gerekçesini içselleştiren gerekçe* (avukatlık ücretiyle ilgili alacak davasında alt mahkemenin maddi ve hukuki gerekçelerinin üst mahkeme tarafından benimsenmiş olması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - gerekçeli karar hakkı

DAVANIN ESASI

Bir İspanyol vatandaşı olan başvuru Bay Faustino Francisco Garcia Ruiz hukuk diploması sahibi ve Madrid Barosuna kayıtlı bir avukattır; ancak kendisi sağlık memuru olarak çalışmaktadır.

Başvuru, M. adlı bir kişinin kendisinden bir parsel hakkında ipotek bulunup bulunmadığı konusunda araştırma yapmasını istediğini iddia etmiştir. Daha sonra M. bu taşınmazı başvuruçunun iddiasına göre avantajlı bir fiyata satın almıştır. Başvuru 1986 yılında, bu idari hizmetleri, tavsiye ve teknik yardımı için M.’den kendisine 2,5 milyon peseta ödemesi için fatura göndermiş, fakat bir cevap alamamıştır. Madrid Barosu başvuruçunun isteği üzerine yaptığı iddia ettiği hizmetlerin ücretinin 3 milyon peseta olduğunu belirten bir yazı vermiştir.

Başvuruçunun vergi yargılama usulüne göre açtığı davada Madrid 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 30 Haziran 1989 tarihli kararında, bu yargılama usulünün, sadece ihtilafı bir davada avukatlık ücret alacağı bakımından uygulanabileceğini, oysa başvuruçunun hizmetlerinin ihtilafsız işlerden olduğunu belirterek davayı reddetmiştir.

Başvuru Eylül 1989’da Madrid 12. Asliye Hukuk Mahkemesinde M.’ye karşı 3 milyon peseta alacağının ödenmesi için alacak davası açmıştır. Başvuruçunun bu davası Mayıs 1993’te reddedilmiştir. Yargıç davalının, özellikle Bay Garcia Ruiz’e kendisi namına hareket etmesi için talimatlar verdiği iddiasını reddeden ifadesini dikkate almış, başvuru tarafından dinletilen tanığın ifadesinin belirleyici olmadığını belirtmiş ve başvuruçunun söz konusu hizmeti yerine getirdiğini kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır. Yargıç gerekçeli kararında şöyle demiştir: ‘Davacı, davalı M.’nin kendisine belirli bir davanın hangi mahkemede görüldüğünü öğrenmesi ve M.’nin bir taşınmazı satın alıp almama kararı için

gerekli olduğunu düşündüğü bilgiyi sağlaması için talimatlar verdiğini iddia etmektedir. Davacı bu iddiasını desteklemek için, dava dilekçesine 1'den 7'ye kadar sıralanmış belgeleri eklemiştir. Davalı mahkemede verdiği ifadede, iddianın dayanağı olan olayların gerçek olmadığını söylemiş, davacı ile kendisi arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki olduğu veya kendisinden talimatlarına dayanarak yerine getirdiğini iddia ettiği mesleki nitelikte herhangi bir iş istediği iddiasını inkâr etmiştir. ... Bu durumda davacı, söz konusu işleri bir dava bağlamında yapmadığını kabul etmektedir. Şüphe götürmeyen bir şey varsa, o da davacının söz konusu işi fiilen yaptığını kanıtlamak zorunda olmasıdır. Bu bağlamda, davacının iddialarının doğruluğunu kanıtlayan herhangi bir delil sunulmamıştır. ... Gösterilen delilleri inceleyen mahkeme, davacının avukatlık ücreti talep etmek için gerekli tek bir koşulu bile yerine getirmediğine ikna olmuştur. Delil bulunmadığından ve özellikle davalının olayları reddetmesi nedeniyle, dava reddedilmelidir.'

Başvurucu bu karara karşı üst başvuruda bulunmuştur. Madrid Üst Mahkemesi Mart 1995 tarihli kararla, üst başvuruyu reddetmiş ve aleyhine başvuru kararı onaylamıştır. Üst Mahkeme karar gerekçesinin I. Bölümünde (Olaylar), şöyle demiştir: 'Mahkememiz, aleyhine başvuru kararı anlatılan olayları, kendi kararında da kabul etmekte ve tekrarlamaktadır.' II. Bölümünde (Gerekçe) şöyle demiştir: 'İlk olarak, bu üst başvuru ... kararla ilgilidir. Davalı M., üst başvuruda bulunan kişinin söz konusu davada kendisinin avukatı olmadığını, avukatının Bay J.A.C.L. olduğunu söyleyerek davaya karşı çıkmıştır. İkinci olarak, üst başvuruda bulunan [başvurucu], ihtilafsız işler yapmış olsa bile, kendisinin 843/81 no.'lu dosyada avukatlık yaptığını veya en azından Medeni Kanunun 1214. maddesinin gerektirdiği gibi usulle ilgili bir işlem yaptığını gösteren en küçük bir delil yoktur; bu nedenle [Madrid 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 24 Mayıs 1993 tarihli kararı aleyhine yapılan] üst başvuru reddedilmeli ve aleyhine üst başvuru yapılan karar onaylanmadır ...'.

Başvurucu, kendisinin iddialarına Üst Mahkeme tarafından karşılık verilmediğini ileri sürerek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinde (amparo) bulunmuştur. Başvurucu Anayasa Mahkemesine başvurusunda, talebinin kaynağının ipoteğin çözülmesi davasında avukatlık hizmeti olmadığını, fakat davalı M. için sadece tavsiye ve yardım vermek gibi ihtilafsız işler yaptığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca Asliye Hukuk Mahkemesinin kendisinin ifadesini değerlendirme ve yorumlama biçimine de katılmadığını söylemiştir. Anayasa Mahkemesi Temmuz 1995'te verdiği kararda, başvurucunun mesleki bir iş yaptığını kanıtlayamadığı için dava mahkemeleri tarafından davasının reddedildiğini, olayları değerlendirme görevinin ise sadece dava mahkemelerine ait olduğunu ve kendisinin görevine girmediklerini belirtmiştir.

Başvurucu 19 Aralık 1995'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, kendisinin iddialarına Madrid Üst Mahkemesi tarafından yanıt verilmediği için Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu, Madrid Üst Mahkemesinin verdiği kararda kendisinin iddialarına bir yanıt vermediğini ileri sürmüştür

“26. Mahkeme, adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesiyle bağlantılı bir ilkeyi yansıtan içtihatlarına göre, mahkemelerin ve yargı yerlerinin verdikleri kararlarda yeterince gerekçe göstermeleri gerektiğini hatırlatır. Gerekçe gösterme ödevinin kapsamı, kararın niteliğine göre değişir ve bu ödevin kapsamı olayın içinde bulunduğu şartların ışığında belirlenir (*Ruiz Torija*, §29; *Hiro Balani*, §27; ve *Higgins ve Diğerleri*, §42). Sözleşme'nin 6(1). fıkrası mahkemeleri verdikleri kararlar için gerekçe göstermekle yü-

kümlü tutmakla birlikte, bu yükümlülük, her iddiaya ayrıntılı bir yanıt vermenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılabilir (*Van de Hurk, §61*). Dolayısıyla bir Üst Mahkeme bir üst başvuruyu reddederken, kural olarak sadece alt mahkemelerin kararlarındaki gerekçeleri onaylayabilir (*Helle, §59-60*).

27. Mevcut olayda Mahkeme, ilk derece mahkemesi olan Madrid 12. Asliye Hukuk Mahkemesi yargıcının verdiği kararda, başvurusunun davasında iddia ettiği olayları inkâr eden davalının beyanını dikkate almıştır. Bu yargıç, başvuru tarafından dinletilen tanığın belirleyici olmadığını belirtmiş ve başvurusunun ücret talebinde bulunduğu hizmeti yerine getirdiğinin kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Yapılan üst başvuru üzerine Üst Mahkeme, ilk olarak ilk derece mahkemesi kararında anlatılan olayları kendi kararında tekrar etmiş saydığını ve kabul ettiğini söylemiş ve böylece başvurusunun talebine dayanak olarak formüle ettiği ihtilafsız işlerde avukat olarak iş yaptığının kanıtlanmadığına karar vermiştir. Üst Mahkeme ayrıca, aleyhine başvuru yapılan kararda gösterilen hukuki gerekçeyi de kendi tespitleriyle bağdaştığı ölçüde benimsediğini belirtmiştir. Üst Mahkeme bu noktaya ilgili olarak, başvurusunun ihtilafsız işlerde bulunmuş olabileceğini, ancak dosyada, 843/81 no.lu ipoteğin çözülmesi davasında bir avukat olarak hareket ettiğine dair en küçük bir delil bulunmadığı sonucuna varmıştır. Böylece Üst Mahkeme başvurusunun üst başvurusunu reddetmiş ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararı onaylamıştır. Daha sonra dava Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş, bu mahkeme de 11 Temmuz 1995 tarihli kararında başvurusunun anayasa şikâyetini, ... gerekçesiyle reddetmiştir.

28. Başvurusunun şikâyetinin delillerin değerlendirilmesi ve ulusal mahkemeler önündeki davanın sonucuyla ilgili olduğu düşünülecek olursa, Mahkeme, Sözleşme'nin 19. maddesine göre kendi görevinin Sözleşme Devletler tarafından Sözleşme'yle üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak olduğunu hatırlatır. Bir ulusal mahkeme tarafından yapılan maddi ve hukuki hatalar Sözleşme'yle korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, Mahkeme'nin işi bu hataları ele almak değildir. Ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesi adil muhakeme hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabuledilebilirliği veya değerlendirilme şekliyle ilgili bir hüküm içermemektedir; dolayısıyla bunlar, öncelikle ulusal hukukun ve ulusal mahkemelerin meseleleridir (*Schenk, §45-46*).

29. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurusunun çekişmeli yargılamadan yararlandığını kaydeder. Başvuru bu davanın çeşitli aşamalarında, davasıyla ilgili gördüğü iddialarını sunabilmiştir. Başvurusunun talebi reddeden ilk derece mahkemesi kararında maddi ve hukuki gerekçeler, uzun uzadıya anlatılmıştır. Üst yargılama aşamasında Üst Mahkeme, kendi tespitlerine aykırı düşmeyen ilk derece mahkemesi kararındaki maddi ve hukuki gerekçeleri benimsemiştir. Bu davada daha esaslı gerekçeler gösterilmesi arzu edilir olmakla birlikte, başvuru bu kararda gerekçe bulunmadığını savunamaz.

30. Sonuç olarak Mahkeme, bir bütün olarak ele aldığı, söz konusu yargılamanın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından adil olduğu kanaatinde dir.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

KARARI İCRA ETMEME

19.03.1997 18357/91 HORNSBY - YUNANİSTAN

◆ *idari işlemler iptal eden mahkeme kararını icra etmeme* (İngiliz vatandaşı başvurucların Yunanistan'da İngilizce dil okulu açma taleplerinin sadece Yunan vatandaşı olmamaları nedeniyle Eğitim Müdürlüğü tarafından reddedilmesi kararının Yüksek İdare Mahkemesi tarafından iptaline rağmen bu icra edilebilir nitelikteki yargısal kararların 5 yıl yerine getirilmemesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bay David Hornsby 1937 doğumlu ve eşi Bayan Ada Ann Hornsby 1939 doğumlu Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvurucular İngilizce öğretmeni olup, Rodos adasında yaşamaktadırlar.

Bayan Hornsby 17 Ocak 1984'te Atina'da Eğitim Bakanlığına başvurarak, Rodos'ta İngilizce eğitimi vermek amacıyla özel okul açma izni istemiştir. Bakanlık 25 Ocakta verdiği cevapta, bu iznin ancak Yunan vatandaşlarına, o ilin Orta Öğretim Müdürlüğü tarafından verilebileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Bayan Hornsby bu kez 12 Mart 1984'te Oniki Ada Valiliği Orta Öğretim Müdürlüğüne başvurmuştur. Görevli memur dilekçeyi almamıştır. Hornsby bir şikâyet dilekçesi yazarak avukat aracılığıyla tebligat yaptırmıştır. 5 Haziran 1984'te ilgili Müdürlük, o tarihte yürürlükteki mevzuat uyarınca özel okul açma izninin ancak Yunan vatandaşlarına verilebileceğini bildirmiştir.

Hornsby özel okul açma izni için vatandaşlık koşulu aramanın, 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşmasına aykırı olduğu gerekçesiyle, Avrupa Toplulukları Komisyonuna başvurmuştur. Komisyon başvuruyu Avrupa Toplulukları Adalet Divanına götürmüştür. Adalet Divanı 15 Mart 1988 tarihli kararında 'Yunanistan Cumhuriyetinin ülkesinde diğer üye devlet vatandaşlarına okul açma izni vermemekle, Roma Antlaşmasının 52 ve 59. maddelerinden doğan yükümlülüklerini aykırı davrandığı' sonucuna varmıştır.

Bayan Hornsby 1 Nisan 1988'de, Oniki Ada Valiliği Orta Öğretim Müdürlüğüne aynı konuda yeni bir başvuruda bulunmuş, aynı gün Bay Hornsby de aynı makama benzer bir başvuruda bulunmuştur. Fakat idare 12 Nisanda, ilk cevabındaki gerekçelerle bu başvuruları reddetmiştir. 15 Eylül 1988'de Oniki Ada Milli Eğitim Müdürlüğü başvurucları, yabancıların özel okul açma talepleri konusunun yetkili makamlar tarafından incelenmekte olduğunu bildirmiştir. Başvurucular 23 Kasım 1988'de Başbakanlığa başvurmuşlar ve Adalet Divanının 15 Mart 1988 tarihli kararına uygun olarak gerekli işlemlerin yapılmasını istemişlerdir.

Başvurucular 8 Haziran 1988'de Oniki Ada Valiliğinin ret kararının iptali için Yüksek İdare Mahkemesine ayrı ayrı iptal davası açmışlardır. Yüksek İdare Mahkemesi 9 ve 10 Mayıs 1989 tarihlerinde verdiği iki kararla, idari kararları şu gerekçelerle iptal etmiştir: '... 2545/1940 sayılı Kanunun 68(1). maddesi şöyle demektedir: 'Özel okul açma izni, resmi ilk ve orta öğretim okullarında çalışma niteliklerine veya benzer akademik niteliklere sahip gerçek kişilere verilir.' Ayrıca Devlet Memurları Kanununa 18(1). fıkrası, ki bu Kanunun 2. maddesinin 3. fıkrası ilk ve orta öğretim öğretmenlerine de uygulanır, şöyle demektedir: 'Yunan vatandaşı olmayanlar kamu görevlerine atanamazlar'. Bu hükümlerden çıkan sonuca göre, Yunan vatandaşı olmayan bir kimseye yabancı dil eğitimi için okul açma izni verilmesi kanuna aykırıdır. Bununla birlikte Avrupa Ekonomik Topluluğuna kuran 25 Mart 1957 tarihli Antlaşmanın 52. maddesi, taraf bir ülke vatandaşına başka bir taraf ülkede yerleşme ve ekonomik faaliyette bulunma hakkı tanımakta olup, serbest çalışan kişilerin faaliyette bulunma ve iş kurma hakları bakımından vatan-

daşlığa dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu madde ... Yunan kanunlarında ayrıca bir değişiklik yapılmasına gerek kalmaksızın, 1 Ocak 1981 tarihinden itibaren Yunanistan'da 'doğrudan uygulanabilirlik' niteliği taşımaktadır. Yunan vatandaşı olmayanlara yabancı dil öğretimi için okul açma izni vermeyen söz konusu işlem, Avrupa Topluluklarına üye Devletlerin vatandaşları bakımından AET Antlaşmasının 52. maddesine aykırıdır; çünkü yukarıda anlatılanlar gereğince bu işlemin 1 Ocak 1981'den itibaren bir hukuki dayanağı yoktur. Sonuç olarak başvurunun talebini reddeden itiraz konusu karar, şikâyet konusu engelin Avrupa Topluluklarına üye Devletlerin vatandaşları ile üye olmayan Devletlerin vatandaşları arasında ayırım yapmadan, Yunan vatandaşı olmayan herkese uygulanmaya devam edeceği şeklinde hatalı bir öncüle dayandığından, hukuka aykırı olup iptal edilmelidir. ...'

3 Temmuz 1989'da Rodos'ta bulunan iki özel okul derneği ile üç özel okul sahibi başvuru lehine verilen iptal kararlarına karşı, katılan taraf olarak Yüksek İdare Mahkemesine üst başvuruda bulunmuşlardır. Bu başvuru 25 Nisan 1991 tarihinde Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurular 8 Ağustos 1989'da, Yüksek İdare Mahkemesi kararlarını da ekleyerek izin için Oniki Ada Orta Öğretim Müdürlüğüne iki başvuruda bulunmuşlar ve izin verilmesinin geciktirilmesi için haklı bir sebep bulunmadığını vurgulamışlardır. Ancak kendilerine herhangi bir cevap verilmemiştir. Başvuruların avukatları 27 Şubat 1990'da bir kez daha idareye başvurmuşlardır.

Başvurular 28 Mart 1990'da Ceza Kanununun 259. maddesine dayanarak, Oniki Ada Valiliği Orta Öğretim Müdürü ve ilgili bütün memurlar aleyhine Rodos Ceza Mahkemesine şikâyette bulunmuşlardır. Rodos Ceza Mahkemesinin 22 Ekim 1993'te verdiği karara göre, Eğitim Müdürü izin talebini reddederken hukuka aykırı davranmış olsa bile, Ceza Kanununun 259. maddesinin aradığı anlamda kast unsuru kanıtlanmadığından, davanın reddi gerekir.

Öte yandan başvuru 14 Kasım 1990'da, idarenin Yüksek İdare Mahkemesi kararını uygulamaması nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi için Medeni Kanunun 914 ve 932. maddelerine ve buna Ek Kanunun 104 ve 105. maddelerine göre Rodos Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmışlardır. Kazanç mahrumiyeti şeklinde uğradıkları zarar için Bay Hornsby 30,025,200 Drahmi, Bayan Hornsby ise 41,109,200 Drahmi, manevi zararlar için 100,000,000 Drahmi talep etmişlerdir. Rodos Asliye Hukuk Mahkemesi 30 Ocak 1992'de, uyuşmazlığın idare mahkemelerinin görev alanına girdiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Başvurular 3 Temmuz 1992'de Rodos İdare Mahkemesinde tazminat davası açmışlardır. Başvurular, başka şeylerin yanında, uğradıkları maddi ve manevi zararların ve ayrıca istedikleri iznin idari makamlar tarafından verilmesine kadar geçecek süre içinde uğrayacakları zararların da tazmin edilmesini istemişlerdir. İdare Mahkemesi 15 Aralık 1995'te, idari makamların Yüksek İdare Mahkemesi ve Adalet Divanı kararlarına rağmen, Bayan Hornsby'nin 12 Mart 1984 tarihli izin başvurusunun gereğini hukuka aykırı olarak yerine getirmediğini kabul etmiş, ancak başvuru uğradıkları zararı açık biçimde kanıtlayamadıkları gerekçesiyle, daha başka soruşturma tedbirlerine karar vermiştir.

Bu arada 10 Ağustos 1994'te yayınlanan bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Avrupa Toplulukları üyesi Devletlerin vatandaşlarına Yunanistan'da özel okul açma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, Yunanistan'dan verilmiş bir orta öğretim diploması bulunmayanlar, Yunan dili ve tarihinden sınavı başarmak zorundadırlar. Eğitim Bakanı 20 Ekim 1994'te, Oniki Ada Orta Öğretim Müdürlüğüne gönderdiği bir yazıyla, davacıların dilekçelerini yeniden inceleyerek Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine uygun işlem yapmasını istemiştir. 11 Kasım 1994'te Orta Öğretim Müdürü başvurulara Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bir fotokopisini de ekleyerek yeni duruma göre gerekli adımları atmala-

rını tavsiye etmiştir. Orta Eğitim Öğretim Müdürü 7 Şubat 1996'da başvuruculara bir yazı daha göndermiş ve yabancı dil sınavına başvurmamış olduklarını hayretle karşıladığını, kendilerinin Yunan vatandaşlarına ait mevcut bir özel okulda çalışmaya devam etmelerinin yasaya aykırı olduğunu ve kendilerine yaptırım uygulanmasını istemiyorlarsa, durumlarını buna göre düzenlemeleri gerektiğini bildirmiştir.

Başvurucular İnsan Hakları Avrupa Komisyonu yaptıkları başvuruda, idari makamların Yüksek İdare Mahkemesinin iki kararına uymamaları nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvuruculara göre idare, Yüksek İdare Mahkemesi'nin 9 ve 10 Mayıs 1989 tarihli kararlarını uygulamamış olmakla, kişisel hakların etkili bir biçimde yargısal korunmasını sağlayan Sözleşme hükmünü ihlal etmiştir.

“40. Mahkeme bu konuda önceki kararlarını hatırlar. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrası herkesin, kişisel hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklarını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına almaktadır. Böylece bu fıkra, mahkemeye başvurma hakkının, yani kişisel konularda dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu ‘mahkeme hakkı’ni içermektedir (*Philis*, §59). Ne var ki, bir Sözleşmeci Devletin hukuk sisteminin, nihai ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın taraflarından birinin aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkân vermesi halinde, bu hakkın içi boşalacaktır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uyuşmazlığın tarafına muhakemenin adillliği, aleniliği ve sürati konusunda usul güvencelerini ayrıntılı bir şekilde tanıdığı halde, yargısal kararın yerine getirilmesini korumayacağı düşünülemez. Sözleşme'nin 6. maddesini mahkemeye başvurma hakkı ve davanın yürütülmesiyle sınırlı bir şekilde yorumlamak, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'yi onaylarken saygı göstermeyi üstlendikleri hukukun üstünlüğü prensibiyle bağdaşmayan durumlara yol açabilecektir (*Golder*, §34-36). O halde bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından ‘yargılama’nın bütünüyle bir parçası olarak görülmelidir. Dahası, Mahkeme bu prensibi, daha önce yargılamanın uzunluğuyla ilgili davalarda kabul etmiştir (*Di Pede*, §20-24; ve *Zappia*, §16-20).

41. Yukarıdaki prensipler, sonucu davacının kişisel hakları bakımından belirleyici öneme sahip bir uyuşmazlıkla ilgili idari bir dava söz konusu olduğunda, daha da büyük önem taşır. Davacı, devletin en yüksek idari yargı organı önünde bir iptal davası açmakla, yalnızca anlaşmazlık konusu işlemin iptalini değil, fakat aynı zamanda ve her şeyden öte, bu işlemin yaratmış olduğu bütün sonuçların ortadan kaldırılmasını istemektedir. Bu tür bir davada davacının etkili biçimde korunması ve hukuki durumun düzeltilmesi için, idari makamların bu mahkemenin kararına uyma yükümlülüğünün bulunmasını gerektirir. Mahkeme bu bağlamda idari makamların, hukuka bağlı devletin unsurlarından birini oluşturduğunu ve bu nedenle idari makamların menfaatlerinin adaletin gereği gibi yerine getirilmesiyle örtüşüğünü gözlemlemektedir. İdari makamların yargı kararına uymamaları ve hatta uymayı geciktirmeleri halinde, davacının yargılama aşamasında kullandığı Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır.

42. Mahkeme, Avrupa Adalet Divanının verdiği kararın ardından, başvurucuların istedikleri iznin sırf vatandaşlık nedeniyle Orta Öğretim Müdürlüğünün ret kararlarına karşı Yüksek İdare Mahkemesi tarafından iki iptal kararı verildiğini kaydeder. Başvurucular bu kararların bir sonucu olarak, taleplerinin yerine getirilmesini istemişlerdir. Başvurucular bu taleplerini 8 Ağustos 1989'da yinelemekle, aslında idari makamlara iptal kararlarının verilmesine yol açan ihlal edilmiş hukuk kurallarına uygun karar alma yükümlülüklerini

hatırlatmakla yetinmişlerdir. Ne var ki yetkililer, 20 Ekim 1994'e kadar karşılık vermemişlerdir. Tabi ki başvuru, zımnî ret kararına karşı 18/1989 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 45 ve 46. maddelerine dayanarak yeni bir iptal davası açabilirlerdi. Fakat olayın şartları içinde Mahkeme, başvuru böyle bir dava açmaları halinde bu yolun kendilerini istedikleri sonuca götürmesini beklemenin makul olmadığını düşünmektedir.

43. Mahkeme ulusal makamların, Yüksek İdare Mahkemesinin kararları üzerine yabancı dil öğretme amaçlı özel okul açma izni konusunda uluslararası yükümlülüklerle uygun ve öğretimin niteliğini artırıcı düzenleme yapmak istemelerini anlayışla karşılamaktadır. Söz konusu kararların gereğini yerine getirmek için yetkililerin makul bir süreye ihtiyaç duymaları da doğaldır.

44. Bununla birlikte Avrupa Toplulukları Adalet Divanının karar tarihi olan 15 Mart 1988'den sonra ve her halükarda Yüksek İdare Mahkemesinin 9 ve 10 Mayıs 1989 tarihli kararlarından itibaren, 10 Ağustos 1994 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kadar geçen dönemde, okul açmak isteyen Yunan vatandaşlarından arandığı gibi Topluluk üyesi Devlet vatandaşlarında da bir üniversite diplomasına sahip olmanın aranmasına dair değişiklik dışında, Yunan mevzuatında bir değişim olmamıştır. Dahası, başvuru için Rodos İdare Mahkemesine başvurdıkları zaman, sadece uğramış oldukları zararların değil, ama ayrıca istedikleri izin idari makamlar tarafından verilmeye kadar uğramaya devam edecekleri zararların da tazmin edilmesini istemişlerdir.

45. Yunanistan idari makamları 5 yıldan daha uzun bir süre, bu davada kesin ve uygulanabilir bir yargı kararına uymak için gerekli tedbirleri almaktan kaçınmakla, Sözleşme'nin 6. maddesi hükümlerinin etkili bir sonuç doğurmasını engellemişlerdir.”

III. Sözleşme'nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme'ye göre bu sorun karara hazır olmadığından karar saklı tutulmalıdır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı sekiz oyla, Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. İkiye karşı yedi oyla, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının olayda uygulanabilir olduğuna ve ihlaline;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına; ...

KARAR VERMİŞTİR.

26.06.2007 25321/02 ÜLGER - TÜRKİYE

♦ *harcı ödenmeyen mahkeme kararını icra etmeme* (başvurucunun özel bir şirket olan işvereni aleyhine açtığı davada iş mahkemesi tarafından lehine tazminata hükmedilmesine rağmen mahkeme harcını ödeyememesi nedeniyle karar kendisine verilmediğinden kararı icraya koyamaması), *hükümden doğan alacak* (başvurucunun kararı icra ettirememesi maliki olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına haksız bir müdahale oluşturması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı - mülkiyet hakkı - mülkiyetten yararlanma

DAVANIN ESASI

Başvuru Muharrem Ülger, 1955 doğumlu bir Türk vatandaşıdır.

Başvuru Ekim 1996 ile Mayıs 1998 tarihleri arasında Rusya'da bir şantiyede YAPİTEK İnşaat ve Sanayi A.Ş. için çalışmıştır.

Başvurucu 28 Haziran 1999'da şirket aleyhine Ankara İş Mahkemesinde bir dava açmıştır. Başvurucu Türkiye'ye tatil için döndüğü zaman şirketin dört ay boyunca kendisini Türkiye'de beklettiğini, Rusya'ya geri göndermediği gibi kendisine Türkiye'de bir iş de vermediğini iddia etmiştir. Başvurucu bu dönem için şirketin kendisine maaş vermediğini ve iş sözleşmesinin feshedildiğini de bildirmedikçe belirtmiştir. Başvurucu kendisine ödenmemiş aylıklarının, kıdem tazminatının ve ihbar tazminatının faizleriyle birlikte ödenmesine karar verilmesini istemiştir. İş Mahkemesi delilleri topladıktan ve 4 defa bilirkişi raporu aldıktan sonra, 13 Mart 2001 tarihinde verdiği kararla, şirketin başvurucuya kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve ödenmeyen maaşlar için toplam 9,424.50 Dolar ödenmesine hükmetmiştir. Kararda, karar nispi harcının 524,190,700 Türk Lirası (o tarihte 598 Euro) olduğu belirtilmiştir. Bu miktardan başvurucunun davanın başında ödedi miktar düşüldükten sonra, kalan miktarın davalı şirket tarafından ödenmesi öngörülmüştür. İş Mahkemesi 22 Mayıs 2001'de, harcin şirketten alınmasını bir yazıyla ilgili vergi dairesine bildirmiştir.

Başvurucunun avukatı 10 Aralık 2001'de İş Mahkemesine bir dilekçeyle başvurarak, icra takibini başlatabilmesi için kararın bir örneğinin kendisine verilmesini istemiştir. Başvurucunun avukatı başvurucunun davayı kazandığını, davalı şirketin tazminatla birlikte avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edildiğini söylemiştir. Başvurucunun avukatı, karar tarihinde şirketin adresi bilindiği halde, mali kriz içine girmiş olması nedeniyle başka bir yere taşınmak suretiyle borçlarını ödemekten kurtulmaya çalışabileceği riski bulunduğunu söylemiştir. Avukat ayrıca başvurucunun kararı alabilmek için yargılama giderlerini ödeme gücü bulunmadığını belirtmiştir. İş Mahkemesi aynı gün, karar harcı ödenmedikçe kararın ilgiliye verilmeyeceğini belirten 492 sayılı Harçlar Kanununun 28(a) bendi gereğince, başvurucunun talebinin reddine karar vermiştir. Böylece başvurucu, yukarıda sözü edilen kararın icra edilebilmesi için gerekli icra takibine başlayamamıştır. Bu arada şirketin başka bir yere taşındığı anlaşılmaktadır.

Başvurucu 10 Haziran 2002 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda makul sürede yargılanma hakkının, mahkemeye başvurma hakkının ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

B. Esas

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası

“36. Hükümet, başvurucu yargı giderlerini ödemiş olsaydı, icra takibinin de mümkün hale geleceğini belirtmiştir. Harçlar Kanununun 32. maddesi, yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemlerin yapılmayacağını, ancak taraflardan biri tarafından yapılacak ödemenin yargılamanın sonunda dikkate alınacağını öngörmektedir. Bir başka deyişle, başvurucu harcı ödemek suretiyle icra takibini başlatabilir, daha sonra alacağın kalan kısmıyla birlikte bu miktarı da geri alabilirdi. Hükümet böylece lehine olan kararın icra edilmemesinden bizzat başvurucunun sorumlu olduğu, çünkü iç hukuktaki bu tür bir imkânı kullanmadığı sonucuna varmıştır.

37. Başvurucu ise bu yasayla devletin, harcı davayı kaybettiği mahkemelerce kabul edilmiş taraftan, zarar gören taraf bir kez daha mağdur edilmek suretiyle toplanmasını sağladığını savunmuştur. Başvurucu, bu uygulama nedeniyle haklı olan tarafın, kaybeden tarafça ödenmesi gereken harcı ödemediği veya ödeyemediği için, mahkeme kararlarıyla hükmedilen miktarı alamadığını belirtmiştir.

38. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının herkesin kişisel haklarına ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklarını bir mahkeme veya yargı yeri önüne getirme hakkını güvence altına aldığı hatırlatır. Böylece bu fıkra, mahkemeye başvurma hakkının, yani kişisel konularda dava açma hakkının bir yönünü oluşturduğu 'mahkeme hakkı'ni içermektedir. Ne var ki, bir Sözleşmeci Devletin hukuk sisteminin, nihai ve bağlayıcı bir yargısal kararın davanın taraflarından birinin aleyhine olarak hükümsüz kalmasına imkân vermesi halinde, bu hakkın içi boşalacaktır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uyuşmazlığın taraflarına muhakemenin adilliği, aleniliği ve sürati konusunda usul güvencelerini ayrıntılı bir şekilde tanıdığı halde, yargısal kararın yerine getirilmesini korumayacağı düşünülemez. Sözleşme'nin 6. maddesini mahkemeye başvurma hakkı ve davanın yürütülmesiyle sınırlı bir şekilde yorumlamak, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'yi onaylarken saygı göstermeyi üstlendikleri hukukun üstünlüğü prensibiyle bağdaşmayan durumlara yol açabilecektir. O halde bir mahkeme tarafından verilen hükmün yerine getirilmesi, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından 'yargılama'nın bütünlüğü bir parçası olarak görülmelidir (*Hornsby, §40; ve Burdov, §34*).

39. Mahkeme'ye göre icra takibi/davası yargılamanın bütünlüğü bir parçası olduğundan, mahkeme hakkı, 'kişisel hak ve yükümlülükler'in karara bağlanmasında ilk derece ve üst mahkemelere başvurmanın yanında (*Kreuz, §53 ve 54*), icra takibine başvurma hakkını da aynı ölçüde korumaktadır (*Manoilescu ve Dobrescu [k.k.], no. 60861/00*).

40. Mevcut olay bakımından Mahkeme, başvurucağın mahkeme masraflarını söz konusu kararın icrasından sonra geri alıp alamayacağı meselesinin, başvurucağın Sözleşme'nin 6(1). fıkrası bakımından yaptığı şikâyetle ilgili olmadığını düşünmektedir. Buradaki mesele, kaybeden tarafça ödemesi gereken harcı önceden ödeme yükümlülüğünün, başvurucağın lehine olan bağlayıcı kararı almasını ve daha sonra icra takibini başlatmasını engellemiş olmasıdır.

41. Bu bağlamda mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığı, fakat sınırlamalara tabi tutulabileceği hatırlanmalıdır. Mahkemeye başvurma hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden, bu sınırlamalara zımnen izin verilmiştir. Ne var ki, uygulanan sınırlamaların bireye tanınmış olan başvurma imkânını, hakkın özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlamadığına veya daraltmadığına Mahkeme'nin ikna olması gerekir. Dahası bir sınırlama, meşru bir amaç izlemedikçe ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadıkça, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına uygun olmaz (*Waite ve Kennedy [BD], §59; ve Apostol, §57*).

42. Hükümet, kararın icra edilmemesinin, mahkeme masrafları ödenmedikçe, iç hukuka göre kararı ilgili tarafa vermenin mümkün bulunmamasından kaynaklandığını söylemiştir. Ancak Mahkeme, ulusal mahkemenin Harçlar Kanununun 28(a) bendine dayanmak suretiyle, başvurucağın bu mali yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde kararı almasını ve böylece icra takibine başvurusunu önleyen bir mali yükümlülük yüklediğini kaydeder.

43. Mahkeme, bir kimsenin mahkemeye başvurma hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlerken, yüklenen mahkeme masrafının miktarının makul olup olmadığı, başvurucağın bunu ödeme kabiliyeti ve yükümlülüğün yüklendiği muhakeme aşaması gibi, her bir olayın içinde bulunduğu özel şartları değerlendirir (*Kreuz, §60*). Bu bağlamda Mahkeme, başvurucağın bir inşaat işçisi olduğunu gözlemlemektedir. Başvurucağın ödemiş maaşlarını alabilmek için davalı şirkete karşı dava açmıştır. Ulusal mahkeme başvurucağın taleplerini kısmen kabul etmiş ve yaklaşık 10,000 Euro tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Ödenmesi gereken mahkeme masrafı ise 598 Euro civarındadır. Başvurucağın alacağını almak için harcı ödemek istediği halde, bunu ödeyebilecek gücünün olmadığı anlaşılmaktadır.

44. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki hakları etkili bir şekilde koruma yükümlülüğünü yerine getirmenin, sadece bir müdahalede bulunmama anlamına gelmediğini, fakat devletin pozitif bir tutum almasını da gerektirebileceğini hatırlatır (*Kreuz*, §59). Mahkeme, devletin mahkeme masraflarını karşılama sorumluluğunu bütünüyle başvurucuya geçirmekle, hem hukuken ve hem de uygulamada etkili olan bir kararları icra sistemini oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülükten kaçındığını düşünmektedir (*Fuklev*, §84). Ayrıca mevcut olayda, mahkeme masraflarının miktarı ve ödenmesi, başvurucunun bunu ödeyebilme gücü ile bu hizmet için yapılması gereken iş, yani sadece kararın bir kopyasının verilmesi arasında makul orantılılık ilişkisinin de göz önünde tutulmuş olması gerekirdi.

45. Yukarıdaki düşünceler ışığında Mahkeme, kararın bir kopyasını alabilmek için başvurucuyu harcı ödemekle yükümlü tutmanın, kendisine aşırı bir külfet yüklediğini ve mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde başvurucunun hakkını sınırlandırdığını tespit etmektedir.

46. Bu nedenle Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiştir.

47. Son olarak Mahkeme, mevcut olayda davanın uzunluğunun, başvurucunun kararın icra edilmemesi konusundaki şikâyetinin bütünleyici bir parçası oluşturduğunu kaydeder. Dolayısıyla Mahkeme, bu şikâyeti ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir.”

2. Birinci Protokolün 1. maddesi

Başvurucu hükmedilen tazminatı icraya koyamaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

“**48.** Mahkeme, icra edilebilirliği (enforceable) yeterince ortaya koyulması halinde, bir ‘talebin’ de Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında ‘maliki olunan şey’ oluşturabileceğini hatırlatır (*Burdov*, §40; ve *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis*, §59). 13 Mart 2001 tarihli karar, başvurucuya icra edilebilir bir talep sağlamıştır.

49. Buradan çıkan sonuca göre başvurucunun kararı icra ettirememesi, kendisinin Birinci Protokolün 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan maliki olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına bir müdahale oluşturmuştur.

50. Bu müdahaleyi haklı kılacak bir sebep bulunmadığından, Mahkeme Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.”

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi tazminat olarak 10,000 Euro ve manevi tazminat olarak 1,000 Euro ile ücretler ve masraflar için 1,500 Euro ödenmesine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE ,

1. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 13. maddesinin ve Birinci Protokolün 1. maddesiyle ilgili şikâyetlerin kabuledilebilir olduğuna ve başvurunun kalan kısmının kabuledilebilir olmadığına;
2. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlaline;
3. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlaline;
4. Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından şikâyeti ayrıca incelemenin gerekli olmadığına;
5. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ

Madde 7 – Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi

1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye suçu işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar ülkeler tarafından tanınmış hukukun genel ilkelere göre suç sayılan bir eylem veya ihmal nedeniyle bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 7. maddesinin sunduğu güvence, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçmesi için temel bir unsurdur. Bu maddenin Sözleşme'nin koruma sisteminde temel bir rolü vardır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde savaş hali veya diğer bir kamusal tehdit söz konusu olsa dahi herhangi bir istisnaya konu olamaz. Bu güvence, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya karşı etkili koruyucular sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır (*S.W. – Birleşik Krallık*, §34).

Suç ve cezaların yasallığı (nullum crimen, nulla poene sine lege) ilkesini düzenleyen Sözleşme'nin 7. maddesi, aynı zamanda aleyhteki ceza kurallarının geriye yürümezliği ilkesini de içermektedir (*Kokkinakis*, §52). Yeni bir yoruma göre, bu madde aynı zamanda lehe olan ceza kuralının geriye dönük uygulanması hakkını da güvence altına almaktadır (*Scoppola (no. 2)*, §109).

“Suç” ve “ceza” kavramları

Sözleşme'nin 7. maddesinin öngördüğü ilkeler sadece ceza hukuku alanı ile ilgilidir. Elbette “suç” ve “ceza” kavramları özerk kavramlardır; Mahkeme bu kavramları yorumlarken kendi kriterleri ile konuyu inceler. Ayrıca “ceza” kavramı bakımından Mahkeme, keyfi işlemlere karşı etkili bir koruma sunabilmek için, görünüme ilişkin değil, esasa ilişkin bir değerlendirme yapmak zorundadır (*Welch*, §27). Sözleşme'nin 7(1). fıkrasının ikinci cümlesi cezanın varlığı için, bir suç işlenmesi sonrasında mahkûmiyetin gerekliliğini aramaktadır. Ceza kavramının belirlenmesinde başka kriterler de dikkate alınabilir: İç hukukta tedbirin nasıl tanımlandığı, niteliği ve amacı, kabul usulü ve icrası ve ağırlığı gibi (*Welch*, §28). Kişinin koruyucu bir tedbir çerçevesinde tutulması, 7. madde anlamında cezai bir mahkûmiyet olarak değerlendirilemez (*Lawless*, §199). Ayrıca bir kişinin idari kolluk görevi çerçevesinde sınır dışı edilmesi işlemine 7. madde uygulanmaz.

Welch – Birleşik Krallık davasında Mahkeme, bir elkoyma tedbirini, özellikle tedbir kararının alınma usulünü, yargıcın kişinin sorumluluğunu saptama yetkisi ve müsadereye konu olan tutarın ödenmemesi halinde özgürlükten yoksun bırakıcı tedbirin devreye girmesini dikkate alarak, bu tedbiri ceza olarak nitelendirmiş ve 7. maddenin uygulanabileceğine hükmetmiştir. Aynı şekilde *Jamil – Fransa* davasında Mahkeme, para cezası yerine çektirilen özgürlüğü bağlayıcı tedbiri, bir ceza mahkemesi tarafından verilmesini ve caydırıcı niteliğini dikkate alarak, bunu da ceza olarak nitelendirmiştir (*Jamil*, §32).

Sözleşme organları (Mahkeme ve Komisyon), esas itibarıyla ceza olarak nitelendirilebilecek tedbirler ile bir cezanın “uygulanması” veya “infazı” ile ilgili tedbirleri birbirinden ayırmaktadır. Bu çerçevede, eğer bir tedbirin amacı ve niteliği bir cezanın indirilmesini veya koşullu tahliye sisteminde değişiklikleri ilgilendiriyor ise, bu tedbir 7. madde anlamında ceza olarak nitelendirilemez (*Kafkaris, §142*). Ancak bu tedbirler arasında ayırımı açıklıkla yapmak uygulamada her zaman çok kolay değildir.

Kafkaris – Kıbrıs davasında başvuru adam öldürme suçundan müebbet hapis cezasına mahkum edilmiştir. Kıbrıs’ta suçun işlendiği tarihteki kabul gören ceza infaz uygulamasına göre, müebbet hapis cezası, yirmi yıl hapis cezasına denk gelmektedir. Nitekim başvurucuya verilen müddetnamede cezasının yirmi yıl olduğu da açıkça belirtilmiştir. Ancak bir Yüksek Mahkeme kararı, müebbet hapis cezasını, ölene kadar hapis cezası olarak yorumlamıştır. Bu yorumun başvurucuya da uygulanması üzerine başvurucu Mahkeme’ye başvurmuş ve 7. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, bu davada konunun esas olarak bir cezanın icrası ile ilgili olduğunu kabul etmiştir; fakat bu davada uygulanacak kuralın öngörülebilir bir nitelik taşımadığını belirterek 7. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Kafkaris, §150*). Ancak Mahkeme, başvuru geriyeye dönük olarak ağır ceza ile cezalandırıldığı iddiasını reddetmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, suç işlendiği tarihte müebbet hapis cezasının yirmi yıl hapis cezasına denk geldiği yönünde yasal bir düzenleme olmamasını dikkate almıştır (*Kafkaris, §149*). Diğer yandan Mahkeme, ceza indirimi ve koşullu tahliye sisteminde yapılan değişiklikleri, ceza uygulaması olarak değerlendirip, 7. madde açısından incelememiştir (*Kafkaris, §151*).

Suç ve cezaların yasallığı

Sözleşme’nin 7. maddesi, sadece ceza hukukunun sanığın aleyhine geriyeye yürütmeyle ilgili kuralını koymuş değildir. Aynı zamanda suç ve cezaların yasallığı (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesini öngörür. Bu çerçevede, mevcut olan suçların kapsamının genişletilmesini yasakladığı gibi, örneğin kıyas gibi bir yöntemle, sanık aleyhine ceza kuralının genişletici yorumunu da yasaklar (*Coëme ve Diğerleri, §145; Kokkinakis, §52*). Bunun anlamı, suçun yasa tarafından açıklıkla tanımlanmasının gerekli olmasıdır. Bu koşul, eğer kişi, söz konusu düzenlemenin lafzından hareketle ve gerekirse mahkemelerin yorumunu da dikkate alarak, hangi eylem ya da ihmalinin ceza sorumluluğunu gerektirdiğini öngörebiliyor ise, yerine gelmiş olur (*Cantoni, §29*). Sözleşme’nin 7. maddesinde kullanılan “hukuk” ifadesi, Sözleşme’nin diğer maddelerinde yer alan “hukuk” ifadesine denk düşer ve gerek yasama, gerekse içtihat kaynaklı hukuku içerir; ayrıca erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gibi iki temel nitelikle donatılmış olmalıdır (*Tolstoy Miloslavsky, §37*). Mahkeme, “hukuk” kavramını her zaman maddi anlamıyla yorumlamıştır, “şekli” anlamıyla değil. Bu çerçevede, bu kavramın içine yasa altı düzenleyici işlemler girebileceği gibi, yazılı olmayan hukuk kuralları da girebilir. Kısacası “hukuk”, ulusal mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki mevzuat hükmüdür (*Kafkaris, §139*).

Yasalar genel olması gerektiği için, bir yasanın metni mutlak bir belirlilik taşımayaabilir. Nitekim temel yasa koyma veya düzenleme yöntemlerinden birisi, suç tipinin neleri kapsadığına ilişkin tüketici bir liste vermek yerine bu suç tipine ilişkin genel sınıflamaları saymaktır. Bu nedenle, sert bir uygulamadan kaçınmak ve duruma uygun uygulama yapabilmek için, birçok yasa metni az ya da çok sınırları tam tanımlanmamış ifadeler içerir. Bu metinlerin yorumu ve uygulaması her gün yapılagelmektedir. Ancak genel sınıflamalar yapmak birçok belirsiz alanın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede, yargı organına düşen görev, kuralların yorumunda ortaya çıkan düphe ve belirsizlikleri, günlük hayata geçirecekleri ve oluşunu dikkate alarak ortadan kaldırmaktır (*Cantoni, §32*).

Nitekim “öngörülebilirlik” kavramı büyük oranda, ilgili metnin içeriği, kapsadığı alan ve yöneldiği kişilerin sayısı ve niteliği ile ilgilidir (*Groppera Radio AG ve diğerleri*, §68). Bir yasanın öngörülebilirliği, ilgili kişinin belirli bir davranışının sonuçlarını makul bir ölçüde öngörebilmesi için bir danışmaya ihtiyaç duymasına engel değildir. Bu çerçevede, bir meslek grubunu ilgilendiren bir konuda o meslek grubundan riskleri değerlendirme hususunda daha önemli bir ihtiyat beklenebilir (*Cantoni*, §35).

Cantoni – Fransa davasında, büyük bir market işletmecisi yasadışı ilaç satmak suçundan mahkûm olmuştur. Bu kişi, daha sonra Fransız kamu sağlığı mevzuatında “ilaç” kavramının yeterince tanımlanmadığını ve bu belirsizlik nedeniyle davranışlarının cezai sorumluluk gerektireceğini öngörebilmesinin mümkün olmadığı iddiasıyla Mahkeme’ye başvurmuştur. Mahkeme, belirli bir meslek icra edenlerin meslekleri ile ilgili riskler konusunda daha dikkatli olmalarını ve yasanın “ilaç” kavramı konusunda tüketici bir liste vermesinin mutlaka gerekli olmadığını altını çizerek bu davada 7. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

S.W. – Birleşik Krallık davasında, başvurucu ayrılmak üzere olduğu eşine tecavüz etmek suçundan mahkûm olmuştur. Bu kişi, Mahkeme’ye başvurarak o dönemde Birleşik Krallık hukukuna göre, bir eşin diğer eşe tecavüz suçuyla mahkûm edilemeyeceğini ve bu hukukun müteceviz eşe eyleminden ötürü dokunulmazlık sunduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, bu davada ilk olarak başvurucunun eyleminin ceza hukuku anlamında bir “tecavüz” olduğunu tartışmasız olduğunu saptamıştır. Daha sonra, Birleşik Krallık ceza hukukunun evlilik içi tecavüzde tanınan dokunulmazlığın kaldırılması yönünde, suçun da niteliğine uygun bir şekilde, bir evrim içine girdiğini ve bu yorumun mevcut gelişmenin devamı olduğunu belirlemiştir. Ayrıca Mahkeme, ırza geçmenin ırza geçme eylemindeki özel onur kırıcı niteliğe de vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, bu evrimi Sözleşme’ye uygun bulmuş ve müteceviz başvurucunun eyleminin cezasız kalmamasını öngörebileceğine hükmetmiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme, evlilik içi tecavüzün cezasız kalmaması düşüncesinin medeni bir evlilik kavramının temeli olduğunu ve Sözleşme’nin en nihayetinde amacının insan onuru ve özgürlüğünü korumak olduğunu hatırlatmıştır (*S.W. – Birleşik Krallık*, §44).

Başkaya ve Okçuğlu – Türkiye davası kıyas yoluyla ceza kuralının genişletilmesi konusundadır ve kanunsuz ceza yasağı ile ilgili önemli bir karardır. Fikret Başkaya’nın yazmış olduğu ‘Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma - Paradigmanın İflası: Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş’ adlı kitap, diğer başvurucunun sahibi olduğu ‘Doz Basın Yayın Ltd. Şirketi’ tarafından Nisan 1991’de yayınlanmıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısı 2 Ağustos 1991’de birinci başvurucunun Terörle Mücadele Kanununun devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propagandayı yasaklayan 8(1). fıkrası, ikinci başvurucunun ise yayınevi sahibi olarak aynı kanunun 8(2). fıkrası gereğince cezalandırılmaları talebiyle dava açmıştır. İstanbul DGM 5 Ağustos 1993’te verdiği kararla birinci başvurucuya 1 yıl sekiz ay hapis ve para cezası ile ikinci başvurucuya 5 ay hapis ve para cezası vermiştir. Yargıtay 16 Aralık 1993 tarihli kararla başvurucuların temyizini reddetmiştir. Başvurucular, 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 8(1) ve (2). fıkralarına göre mahkûm edilmelelerinin ve cezalandırılmalarının Sözleşme’nin 7. maddesini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, başvurucuların 1991 tarihli Yasanın 8. maddesine göre mahkûm edilmiş olmaları nedeniyle Sözleşme’nin 7. maddesindeki ‘kanunsuz suç olmaz’ ilkesine aykırılık görmemiştir. Buna karşılık, cezayla ilgili olarak Mahkeme, yayın sahibi olarak ikinci başvurucuya verilen hapis cezasının, aynı fıkradaki sorumlu müdürler için öngörülen hapis cezası kuralının kıyas yoluyla, geniş yorumlanmasına dayandığını saptamıştır. Bu nedenle Mahkeme, ikinci başvurucuya hapis cezası verilmesinin, Sözleşme’nin 7. maddesindeki ‘kanunsuz ceza olmaz’ ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.

Strelentz, Kessler ve Krenz – Almanya davası, Doğu Almanya siyasi liderleri olan başvuruçuların görevde buldukları sırada sınır güvenliği rejimi bağlamında Federal Almanya'ya kaçışları engellemek için sınır boyunca kişilerin öldürülmeleri konusunda emirler vermiş olmalarıyla ilgilidir. Başvuruçular sınır boyunca öldürme olaylarından sorumlu oldukları gerekçesiyle iki Almanya'nın birleşmesinden sonra Alman mahkemeleri tarafından Demokratik Alman kanunlarına göre yargılanıp hapis cezalarına mahkûm edilmişlerdir. Başvuruçular yargılandıkları fiillerin, işlendikleri tarihte Demokratik Alman hukukuna ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmadığını ve Alman mahkemeleri tarafından mahkûm edilmelerinin Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruçulara göre Almanya'nın birleşmesinden sonra mahkûm edilmeleri önceden görülebilir bir durum değildir ve Demokratik Almanya'da hiçbir zaman suçlanmamışlardır. Başvuruçular, birleşik Almanya mahkemeleri tarafından Demokratik Alman ceza kanununun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanmasının, Demokratik Alman mahkemelerinin bir içtihadına dayanmadığını, suçlamalara yol açan olayların meydana geldiği tarihte bu durumu öngörmelerinin mümkün olmadığını söylemişlerdir.

Mahkeme, başvuruçuların fiillerinin, işlendikleri tarihte Demokratik Alman hukuku veya uluslararası hukuk tarafından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir bir şekilde tanımlanmış bir suç oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut davanın bir özelliğinin, iki farklı hukuk sistemiyle yönetilen iki devlet arasında geçiş olduğu bir ardalana sahip olması ve birleşmeden sonra Alman mahkemelerinin başvuruçuları Demokratik Alman liderleri sıfatıyla işledikleri suçlardan mahkûm etmiş olmaları hususunu değerlendirmiştir. Ulusal hukuk bakımından, Mahkeme, Alman mahkemelerinin ilk olarak o tarihte Demokratik Almanya'da yürürlükte olan ceza kanununa dayanarak, başvuruçuları öldürmeye azmettirmekten suçlu bulduklarını kaydetmiştir. Alman mahkemeleri daha sonra, Demokratik Almanya'dan daha hafif olan Federal Almanya ceza kanununu uygulayarak, birkaç kasten öldürme olayında Federal Alman Ceza Kanunu gereğince hapis cezalarına mahkûm etmiştir. Alman mahkemeleri böylece, 31 Ağustos 1990 tarihli Almanya'nın Birleşmesi Antlaşmasında ve bu Antlaşmanın uygulanmasına dair 23 Eylül 1990 tarihli Antlaşmada ifade edilen, Doğu Alman vatandaşlarının Doğu Almanya'da işledikleri suçlara Doğu Alman hukukun uygulanacağı, ancak daha hafif (*lex mitius*) olması halinde Federal Alman hukukunun uygulanacağı şeklindeki ilkeyi uygulamışlardır. O halde, Mahkeme'ye göre, başvuruçuların mahkûmiyetlerinin hukuki temeli o tarihte yürürlükteki Doğu Alman ceza kanunu olup, kendilerine verilecek ceza Demokratik Almanya mevzuatının ilgili hükümlerinde öngörülen cezaya karşılık gelmektedir; ancak kendilerine, daha hafif olan yasanın uygulanması ilkesi gereğince, Federal Alman kanununa göre ceza verilmiştir. O halde, söz konusu mahkûmiyetlerin D. Alman Ceza Kanununa uygun olduğunu saptamıştır. Diğer yandan Mahkeme, başvuruçuların sınır güvenliği ile ilgili olarak dayandıkları D. Alman mevzuatının 'uluslararası hukuk tarafından korunan insan haklarına ve adaletin başlıca gereklerine açıkça ve katlanılamaz bir şekilde aykırı olduğuna' hükmetmesini de Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Ayrıca Mahkeme, başvuruçuların eylemlerinin sonuçlarını da öngörebileceklerini saptamıştır. Dahası yaşama hakkının, insan haklarının korunmasına dair uluslararası belgelerde ve yaşama hakkını 2. maddesinde güvence altına alan bizzat Sözleşme'de üstün konumunu dikkate alan Mahkeme, mevcut olayda Alman mahkemelerinin Demokratik Alman mevzuatını dar yorumlamalarının, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasına uygun olduğu kanaatinde. Mahkeme, insan haklarını ve her şeyden öte uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olan yaşama hakkını açıkça ihlal eden Demokratik Almanya sınır güvenliği politikası gibi bir devlet pratiğinin, Sözleşme'nin 7(1). fıkrasının korumasıyla üstünün örtülemeyeceği kanaatinde olduğunu da belirtir.

Nihayet Mahkeme'ye göre D. Almanya, sınır boyunca mayın ve otomatik ateş sistemi yerleştirerek ve sınır koruyucularına 'sınırı her ne pahasına olursa olsun koruma ve sınır ihlalcilerini yok etme' emri vererek, kendi Anayasasında ve mevzuatında yer alan insan yaşamını koruma gereğini ve uluslararası belgelerde korunan yaşama hakkını açıkça göz ardı eden bir sınır güvenlik rejimi kurmuştur. Bütün bu hususların ışığında Mahkeme, başvurucuların fiilleri işledikleri tarihte, bu fiillerin gerek D. Alman hukuku, gerekse insan haklarını korumaya dair uluslararası hukuk kuralları açısından yeterince ulaşılabılır ve önceden görülebilir şekilde tanımlanmış suç oluşturdukları sonucuna varmıştır.

Ceza normunun geriye yürümezliği

Mahkeme 7. maddede ifadesini bulan ceza normunun sanık aleyhine geriye yürümezliği ilkesini hukukun üstünlüğü ilkesinin temel bir ögesi olarak nitelendirmiş ve Sözleşme sisteminde esaslı bir yeri olduğunu belirtmiştir (*Scoppola no. 3, §92-93*).

Ecer ve Zeyrek – Türkiye davasında 1991 yılında yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanununun 1988 ve 1989'da işlenen fiillere uygulanması nedeniyle Türkiye'nin Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal ettiği saptanmıştır. Davada Diyarbakır DGM Savcısı 19 Ekim 1993'te bir iddianameyle başvurucular aleyhinde dava açmış, başvurucuları 1988 ile 1989 tarihleri arasında PKK üyelerine yardım ve yataklık etmekle suçlamıştır. Savcı başvurucuların silahlı örgüt üyelerine kırsal alanda yiyecek sağladıklarını iddia etmiştir. Bundan başka savcı, başvuru Abdülaziz Ecer'in dükkânında örgüt üyeleri için yiyecek depoladığını ve silahlı örgütte halen aktif bir militan olan oğluya bağlantısı vasıtasıyla onlara yardım ve yataklık ettiğini belirtmiştir. Savcı, başvurucuların Türk Ceza Kanununun 169. maddesi ile 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanununun 5. maddesi uyarınca cezalandırılmalarını talep etmiştir. Başvurucular yargılama sırasında isnat edilen suçları reddetmişlerdir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi 12 Mayıs 1994'te başvurucuları, 1988 ve 1989'da PKK'ya yardım ettikleri için suçlu bulmuş ve hapis cezasına mahkûm etmiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır. Başvurucular 1988 ve 1989 tarihlerinde işledikleri suçlar bakımından 1991 tarihli Kanunun 5. maddesinin uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesine aykırı olarak geriye yürürlü cezalandırma oluşturduğundan şikâyet etmişlerdir. Mahkeme Hükümetin, başvurucuların itham edildikleri suçun Türk Ceza Kanununun 169. maddesi kapsamında devam eden bir suç olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürdüğünü kaydetmiş, ancak bu görüşü dikkate almamıştır. Mahkeme'ye göre 'devam eden suç'un, tanımı gereğince, bir süre boyunca işlenen bir suç tipidir ve bir sanık devam eden bir suçla itham edildiğinde, hukuk güvenliği ilkesi, bu suçu oluşturan ve cezai sorumluluğu ortaya çıkaran fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektirir. Oysa ki, DGM 12 Mayıs 1994 tarihli kararında başvurucuların '1988 ve 1989'da işlenen fiiller nedeniyle mahkûm edildiklerini belirtmiştir. Ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesinin gerekçeli kararının herhangi bir yerinde, başvurucuların 1989'dan sonra işlenen bir suçtan mahkûm edildiklerini belirtmemiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvurucuların mahkûm edildikleri suçun işlenme zamanında alabilecekleri cezadan, 1991 tarihli Kanuna göre daha ağır bir ceza aldıkları sonucuna varmıştır.

Gabbarri Moreno – İspanya davasında başvurucuyu uyuşturucu suçundan mahkûm eden mahkeme başvurucuda akıl hastalığı şeklinde ceza sorumluluğunu azaltan neden bulunmasına rağmen bu durumu ceza verirken dikkate almamıştır. Bu nedenle, başvuru sekiz yıl bir gün hapis cezasına çarptırılmıştır. Mahkeme, bu davada başvuru suçun işlenme zamanındaki cezaya göre daha ağır bir cezaya çarptırıldığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, eğer ceza sorumluluğunu azaltan neden dikkate alınmış olsa idi, ki iç hukuka göre alınmak zorunda idi, başvuru altı yıl bir gün ila sekiz yıl arasında bir hapis cezası alacaktı. Oysa başvuru sekiz yıl bir gün hapis cezası almıştır.

Lehte ceza normunun geriye yürümesinin gerekliliği

Scoppola – İtalya (no 2) davasında başvuru, Eylül 1999 yılında meydana gelen cinayet, cinayete teşebbüs gibi birçok ağır suçtan yargılanan bir kişidir. Yargılama sonucunda başvuru müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş; ancak, hızlı yargılama usulü gereğince ve 2000 yılının başında yürürlüğe giren ve karar tarihinde yürürlükte olan bir ceza kuralına dayanarak, bu ceza 30 yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Fakat kararın verildiği gün ceza yasalarında değişiklik yapılmış ve başvuru durumundaki kişiler bakımından basit müebbet hapis cezası getirilmiştir. İstinaf Mahkemesi ise, başvuru müebbet hapis cezasına mahkûm etmiş ve yeni kanunun bir usul hükmü olduğunu belirterek başvuru davasına uygulamıştır. Bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bu davada Mahkeme, daha önce İnsan Hakları Komisyonu tarafından verilen suçun işlendiği tarihten sonra kabul edilen lehte ceza normunun geriye yürümesi hakkını 7. maddenin güvence altına almadığı yönündeki içtihadını değiştirmiştir. Mahkeme içtihat değişikliğine giderken, söz konusu ilkenin Avrupa Temel Şartı da dâhil temel bütün metinlerde tanındığını ve artık Avrupa ceza hukuku geleneğinin bir parçası olduğunun kabul edildiğini kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre, hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince yargıcın, suç oluşturan eyleme yasa koyucunun orantılı bir ceza olarak belirlediği cezayı vermesi tutarlıdır. Suç işleyen kişiye sadece suç işlediği tarihte daha ağır bir ceza öngörüldüğü gerekçesiyle ağır bir ceza verilmesi ceza hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Bu aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına gelir. Mahkeme'ye göre, lehte olan ceza normunun geriye yürümesi ilkesi cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısıdır (*Scoppola no 2, §105-107*). O halde, eğer suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise, yargıç sanığın lehine olan ceza kuralını uygulamalıdır (*Scoppola no 2, §109*). Mahkeme *Scoppola (no. 2)* davasında İtalya'nın 7. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken, müebbet hapis cezası yerine 30 yıl hapis cezasının daha hafif bir ceza olduğunu ve bu kuralın kararın verildiği tarihte sanığın lehine ve yürürlükte olan ceza kuralı olduğunu dikkate almıştır.

İnsanlık aleyhine işlenen suçlar ve savaş suçları

İnsanlık aleyhine suçların zamanaşımına uğramaması kuralı ilk olarak 8 Ağustos 1945 tarihli Nürnberg uluslararası mahkemesi statüsünde ifade bulmuştur. Mahkeme'nin içtihadına göre, 7. maddenin birinci ve ikinci fıkraları birbiri ile bağlantılıdır ve birbirleriyle uyumlu yorumlanmaları gerekir (*Kononov, §186*). Sözleşme'nin hazırlığı sırasında yapılan tartışmaların da gösterdiği gibi, 7. maddenin ikinci fıkrası II. Dünya Savaşı'nın neticelenmesinden sonra son derece istisnai koşullarda kabul edilen ve özellikle savaş suçlarının cezalandırılmasını amaçlayan yasaları herhangi bir şekilde etkilememektedir. Böylece 7. maddenin bu kanunlar hakkında hukuksal ve ahlaksal bir hüküm verme amacı bulunmadığı hatırlatılmalıdır. Ayrıca Nürnberg yargılamalarına ilişkin kabul edilen metinlerde ortaya konan savaş suçu tanımı 1939'da yorumlanan savaşa ilişkin uluslararası yasa ve gelenekler arasında değerlendirilmektedir (*Kononov, §186*).

Kononov – Letonya davasında başvuru II. Dünya Savaşı sırasında savaş suçu işlediği gerekçesiyle yargılanmış ve hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuru, Mahkeme'ye başvurarak, II. Dünya Savaşı sırasında bu suçun mevcut olmadığını ve savaş hattında bulunan bir asker olarak bunu öngöremeyeceğini ve bu nedenle söz konusu suç ve cezanın öngörülemeyen olduğunu savunmuştur. Mahkeme ise, ilk olarak söz konusu mahkûmiyetin savaş suçlarını cezalandıran uluslararası ceza hukuku metinlerine dayalı olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, savaş suçlarının işlendiği Mayıs 1994'te savaş suçları tanımının açık olduğu sonucuna varmış ve savaş sırasında ve savaştan sonra askerlerin bu

suçu işledikleri isnadıyla yargılandıklarını hatırlatmıştır. İkinci olarak, Mahkeme'ye göre, öldürülen kişiler karşılıklı düşmanlıklara katılmış siviller olarak kabul edilse dahi, isnat edilen suç bir savaş suçudur ve suç öngörülebilir niteliktedir (*Kononov*, §227). Üçüncü olarak Mahkeme, savaş suçunun zamanaşımına uğramayan bir suç olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre, suçun işlendiği tarihte geçerli olan zamanaşımı kurallarından hiçbiri isnat edilen suçlara uygulanabilir nitelikte değildir. Ayrıca başvurucuya isnat edilen suçlar uluslararası hukuk bakımından zamanaşımına uğramayan suçlardır (*Kononov*, §233). O halde başvurucuya isnat edilen suç zamanaşımına uğramamıştır. Nihayet Mahkeme, söz konusu kuralların başvurucu açısından erişilebilir ve öngörülebilir olduğunun altını çizerek, 7. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. *Kononov* davasında ayrıca Mahkeme, yaşama hakkına verilen temel önemi yeniden hatırlatmıştır. Eski rejimde öngörülemez bir hususun yeni bir rejimde meydana gelmesini, işte bu felsefe ile açıklamıştır (*Kononov*, §241).

Korbely – Macaristan davasında başvurucu 1954 yılında Macar hukukuna dâhil edilen Cenevre Sözleşmesinin 3(1) maddesi gereğince, 1956 yılında işlediği birçok cinayet suçu dikkate alınarak “insanlık aleyhine işlenen bir suç” işlediği gerekçesiyle Macar mahkemeleri tarafından mahkûm edilmiştir. Mahkeme, bu davada “insanlık aleyhine suç” kavramını yakından incelemiş ve başvurucunun işlediği suça uygulanması konusunda tereddütlerini belirtmiştir. Mahkeme, münferit veya yaygınlaşmamış olayların ancak “bir devlet politikası ya da uygulaması” veyahut sivil halka karşı sistematik ve kitlesel bir saldırı bağlamında olduğunda “insanlık aleyhine işlenen suç” sınıfına girdiğinin altını çizmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, Macar mahkemelerinin suç isnadını bu değerlendirmenin ışığında yapmadığını belirtmiş ve bu davada “insanlık aleyhine işlenen suç”un unsurlarının bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Korbely*, §83-84). Mahkeme, ayrıca başvurucunun öldürdüğü kişilerden birisi bakımından konuyu daha yakından incelemiştir. Bu kişinin iç çatışmada taraf olmayan bir kişi olarak nitelenemeyeceğini belirtmiş ve yukarıdaki diğer hususları da dikkate alarak, 7. maddenin ihlal edildiği sonucuna varır.

ÖNEMLİ KARARLAR

09.02.1995 17440/90 WELCH - BİRLEŞİK KRALLIK

◆ *kanunsuz ceza - cezanın kanuniliği - geriye yürürlü ceza - kazanç müsadere* (uyuşturucu suçundan elde edilen gelirin tayin ve tespitinde karinelere dayanılmasına imkân veren yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanması) ■ kanunsuz ceza olmaz ilkesi

DAVANIN ESASI

Başvurucu Peter Welch bir Britanya vatandaşıdır.

Başvurucu 3 Kasım 1986'da uyuşturucu suçundan gözaltına alınmış, 4 Kasım 1986'da yurda büyük miktarda esrar sokmaktan aleyhinde dava açılmıştır. Savcı Şubat 1987'den önce, başvurucu aleyhinde tedarik maksadıyla kokain bulundurduğundan dava açmak için yeterli delil bulunmadığı sonucuna varmıştır. Adli tıp incelemeleri gibi bazı soruşturma işlemlerinden sonra, 24 Şubat 1987'de başka bazı deliller ortaya çıkmış ve başvurusunun 3 Kasım 1986'da tedarik maksadıyla kokain bulundurma suçunu işlediği gerekçesiyle 24 Şubat 1987'de aleyhinde dava açılmıştır. Daha sonra 5 Mayıs 1987'de başvurucu aleyhine, 1 Ocak 1986 ile 3 Kasım 1986 arasında tedarik maksadıyla kokain almak için işbirliği yapmaktan dava açılmıştır.

Başvurucu 24 Ağustos 1988'de beş ayrı suçtan suçlu bulunmuş ve kendisine toplam 22 yıl hapis cezası verilmiştir. Yargıç başvurucu hakkında ayrıca, 1986 tarihli Uyuşturucu Kaçakçılığı Suçları hakkındaki Yasa gereğince 66,914 Sterlinlik müsadere kararı vermiştir. Bu miktarın ödenmemesi halinde, başvurucu 2 yıl daha hapis cezası çekecektir. 1986 tarihli Yasa, 12 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Yasa, ancak bu tarihten sonra açılan davalarda uygulanmaktadır. Üst Mahkeme 11 Haziran 1990'da başvurusunun müsadere kararındaki miktarı 59,914 Sterline indirmiştir.

İç hukuk: 1986 tarihli Yasanın amacı, 'aklama' yoluyla meşru mala dönüştürülmüş uyuşturucu parasının mahkemeler tarafından izlenmesine imkân vermektir. Yasanın ilgili hükümlerine göre ulusal mahkeme, sanığın uyuşturucu kaçakçılığından menfaat sağlayıp sağlamadığını tespit ve değerini takdir ederken, sanık tarafından aksi kanıtlanmadıkça, i) mahkûmiyetten sonra elde ettiği mal ve mülkün veya ii) aleyhinde dava açılmadan önceki son altı yıl içinde kendisine nakledilen mal ve mülkün işlediği uyuşturucudan kazanıldığı; iii) bu dönemin başından itibaren yaptığı masrafların uyuşturucu gelirinden karşılandığı; iv) bu gelirlerle bir mal alırken bunlara vergi ödememiş olduğu varsayımıyla hareket eder. Bu müsadere kararı üzerine tespit edilen ödeme süresi için ödeme yapılmadığı takdirde, azami 2 yıla kadar hapis cezasına hükmedilir. Ulusal mahkemeler bu müsadere kararlarını ceza olarak nitelendirmişler ve geçmişe etkili bir şekilde uygulanabileceğini belirtmişlerdir.

Başvurucu, 22 Ocak 1990 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurarak, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Dava Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 7(1). fıkrasının ihlali iddiası

Başvurucu aleyhine verilen müsadere cezasının geriye yürürlü bir ceza olduğunu iddia etmiştir.

“26. Mahkeme ilk olarak mevcut olayda müsadere kararının geriye yürürlü olarak verilmiş olduğunun tartışmalı olmadığını gözlemlemektedir. Müsadere kararı, 1986 tarihli Yasanın yürürlüğe girmesinden önce işlenen uyuşturucu suçlarına verilen mahkûmiyet kararının ardından verilmiştir. Bu nedenle burada karara bağlanması gereken tek sorun, müsadere kararının Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ikinci cümlesi anlamında bir ceza olup olmadığıdır.

27. Bu fıkradaki ‘ceza’ kavramı, Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki ‘kişisel hak ve yükümlülükler’ ve ‘suç isnadı’ kavramları gibi, özerk Sözleşme kavramıdır (*bk. ‘kişisel hak’ ile ilgili olarak X. – Fransa, §28 ve ‘suç isnadı’ kavramıyla ilgili olarak Demicoli, §31*). Sözleşme’nin 7. maddesinin sağladığı korumanın etkili olması için, Mahkeme görünüşün arkasına geçebilmeli ve belirli bir tedbirin bu madde anlamında bir ‘ceza’ olup olmadığını takdir edebilmelidir (*Van Droogenbroeck, §38; ve Dunhof ve Duijf, §34*).

28. Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ikinci cümlesi, bir tedbirin ceza olup olmadığına, o tedbirin bir ‘suç isnadı’na ilişkin mahkûmiyet kararının ardından alınmış bir tedbir olup olmadığını değerlendirmekle başlanması gerektiğine işaret etmektedir. Bu bağlamda dikkate alınacak diğer faktörler, söz konusu tedbirin amacı ve niteliği, ulusal hukuktaki yeri, tedbirin verilmesine ve uygulanmasına ilişkin usul ve tedbirin ağırlığıdır.”

Mahkeme müsadere kararının ağırlığının kendiliğinden belirleyici olmadığını, çünkü cezai olmayan birçok önleyici tedbirin ilgili kişi üzerinde önemli bir etki yapabileceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme’ye göre şu unsurlar, müsadere kararının bir ceza olduğuna dair güçlü bir işaret vermektedir: Suçlu aksini kanıtlayamadıkça, son altı yılda suçlunun eline geçen mal ve mülkün uyuşturucu suçundan elde edilen ürün olduğuna dair geniş bir yasal karine bulunması; müsadere kararının zenginleşme veya kar elde etme ile sınırlı olmayıp suç ürünlerine de yönelmiş olması; müsadere miktarını tayin ederken dava yargıcının kişinin sorumluluğunu değerlendirme yetkisinin bulunması ve ödememe halinde hapisle cezalandırılma ihtimali. Mahkeme’ye göre müsadere kararının cezalandırıcı unsurları birlikte ele alındığında, mevcut olayın koşulları içinde, bu bir cezadır. Bu nedenle Sözleşme’nin 7. maddesi ihlal edilmiştir.

“36. Mahkeme bununla birlikte bu sonucun, sadece söz konusu mevzuatın geriye yürürlü olarak uygulanmasıyla ilgili olduğunu ve uyuşturucu kaçakçılığı belasına karşı mücadelede mahkemelerin bir silah olarak müsadere kararı verme yetkisini sorgulamadığını vurgular.”

II. Sözleşme’nin (eski) 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, maddi ve manevi tazminat bakımından adil karşılık sorunun saklı tutulmasına, ücretler ve masraflar için 13,852 Sterlinden adli yardım olarak alınan miktarın düşülerek ödenmesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ihlaline;
2. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

22.03.2001 34044/96 STRELETZ, KESSLER ve KRENZ -ALMANYA

- ◆ *kanunsuz suç - suçun kanuniliği - geçmişe etkili yorum - öldürmeye azmettirme* (Demokratik Almanya siyasi liderleri olan başvuruçuların görevde buldukları sırada sınır güvenliği rejimi bağlamında Federal Almanya'ya kaçışları engellemek için sınır boyunca döşettikleri mayınlar, kurdurdukları otomatik ateş sistemleri ve ne pahasına olursa olsun sınırların korunması için kaçanların yok edilmesine dair verdikleri emirler nedeniyle öldürme olaylarından sorumlu oldukları gerekçesiyle iki Almanya'nın birleşmesinden sonra Alman mahkemeleri tarafından Demokratik Alman kanunlarına göre yargılanıp hapis cezalarına mahkûm edilmeleri üzerine başvuruçuların fiillerinin Demokratik Alman hukuku ve uluslararası hukuk bakımından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir olmadığı şikâyeti)
- kanunsuz suç olmaz ilkesi

DAVANIN ESASI

Birinci başvuruçusu Fritz Streletz 1926 doğumlu, ikinci başvuruçusu Heinz Kessler 1920 doğumlu ve üçüncü başvuruçusu Egon Krenz 1937 doğumlu Alman vatandaşlarıdır.

Ardalan: 1949 ile 1961 yılları arasında yaklaşık 2 buçuk milyon kişi Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nden (GDR) Federal Almanya Cumhuriyeti'ne (FRG) kaçmıştır. Demokratik Almanya Cumhuriyeti bu kaçışı engellemek için 13 Ağustos 1961'de Berlin Duvarı'nı inşa etmiş, özellikle mayın döşenmesi, otomatik ateş sistemi kurulması gibi yöntemlerle iki Alman Devleti arasındaki sınır boyunca güvenlik önlemlerini güçlendirmiştir. Batıya geçmek isteyen birçok kişi, mayınların patlaması, otomatik ateş sisteminin çalışması veya Doğu Alman sınır askerleri tarafından vurulma sonucu ölmüşlerdir. Doğu Alman makamları tarafından gizli tutulduğu için ölenlerin kesin sayısı bilinmemektedir. Ancak Federal Almanya makamlarına bu sayı 264'ü, '13 Ağustos İşçi Partisi'ne göre 938'i bulmaktadır.

Demokratik Almanya Devlet Konseyi, ulusal güvenlik ve savunma konularında izlenecek ilkeleri belirlemiş ve Ulusal Savunma Konseyinin yardımıyla savunmayı düzenlemiştir (Anayasa md. 73). Bu organların başkanları ile Parlamento başkanı Demokratik Almanya Sosyalist Birlik Partisinin üyesidirler. Bu partinin Merkez Komitesi olan Politbüro, partinin karar organı ve Demokratik Almanya'nın en yetkili makamıdır. Politbüro bütün siyasi kararları ve ülkedeki liderlerin atanmasıyla ilgili kararları almıştır. Parti Merkez Komitesi Genel Sekreteri, Ulusal Savunma Konseyine başkanlık etmiştir. Bu Konseyin bütün üyeleri parti görevlisidir. Ulusal Savunma Konseyi yılda iki defa toplanmış ve sınır güvenliği rejiminin kurulması ve güçlendirilmesi ile ateş açılması için emirler verilmesi konularında önemli kararlar almıştır. Demokratik Almanya sınır koruyucuları Ulusal Halk Ordusu içinde yer almışlar ve doğrudan Savunma Bakanına karşı sorumlu tutulmuşlardır. Savunma Bakanının yıllık emirleri, Ulusal Savunma Konseyinin kararlarına dayanmıştır. Örneğin Ulusal Savunma Konseyi 14 Eylül 1962 tarihli kararında, Savunma Bakanı tarafından verilecek emir ve talimatlarda sınır koruyucularının 'devletin sınırlarının korunmasından tam olarak sorumlu oldukları ve sınır ihlalcilerinin rejim muhalifleri olarak yakalanacaklarının veya gerekirse yok edileceklerinin (annihilate)' belirtilmesi gerektiği açıklanmıştır. Aynı şekilde 1 Şubat 1967 tarihli talimatta, 'sınır ihlalcilerinin hareket etmelerini güçleştirmek ve yakalanmalarını veya yok edilmelerini sağlamak için hedef yerlere ve birbirine yakın biçimde mayın döşenecektir', denmiştir.

1961 yılından itibaren ve özellikle 1971 ile 1989 yılları arasında, sınır güvenlik tesislerinin güçlendirilmesi ve geliştirilmesi ve silah kullanılması konusu, Ulusal Savunma Konseyinin toplantılarında düzenli olarak görüşülmüştür. Bunun bir sonucu olarak Savunma Bakanı tarafından verilen emirlerde, Demokratik Almanya'nın devlet sınırlarının ne pahasına olursa olsun korunması gerektiği üzerinde ısrar edilmiş ve 'sınır ihlalcile-

rinin' yakalanmaları veya 'yok edilmeleri' gerektiği söylenmiştir. Bu emirler sınır birliklerinin komutanları tarafından yerine getirilmiştir. Sınır koruyucularının mayın döşeme ve kaçaklara karşı silah kullanılması gibi bütün eylemleri, emir komuta zinciri içinde gerçekleşmiştir.

Başvurucular Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin devlet cihazı ve Sosyalist Birlik Partisi içinde üst mevkileri işgal etmişlerdir. Birinci başvuru 1971'den itibaren Ulusal Savunma Konseyi üyesi, 1981'den itibaren Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komitesi üyesi ve 1979'dan 1989'a kadar Savunma Bakan Yardımcısıdır. İkinci başvuru 1946 yılından beri Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komite üyesi, 1967'den beri Ulusal Halk Ordusu Genelkurmay Başkanı ve Ulusal Savunma Konseyi üyesi ve 1985 ile 1989 yılları arasında Savunma Bakan'dır. Üçüncü başvuru 1973'ten beri Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komite üyesi, 1981 yılından beri Devlet Konseyi üyesi ve 1983 yılından beri Politbüro ile Ulusal Savunma Konseyi üyesi ve Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komitesi Genel Sekreteri (E. Honecker'den görevi devralmıştır) ve Ekim 1989'dan Aralık 1989'a kadar Devlet Konseyi ile Ulusal Savunma Konseyi Başkanı'dır. 1989 sonbaharında on binlerce Demokratik Almanya vatandaşı Prag ve Varşova'daki Federal Almanya Büyükelçiliklerine ve Avusturya ile sınırlarını açan Macaristan'a akın etmiş, Demokratik Almanya'nın birçok kentinde on binlerce kişi sokak gösterileri yapmış ve Sovyetler Birliğinde Mihail Gorbaçov'un açıklık ve yeniden yapılanma politikası Berlin Duvarı'nın 9 Kasım 1989'da yıkılışını ve Demokratik Almanya sisteminin çöküşünü getirmiş ve Almanya'nın 3 Ekim 1990'da birleşmesine yol açmıştır. Macaristan, iki ülke vatandaşlarına vizeyi kaldıran ve üçüncü ülkeye seyahat izni verilmemesini öngören Demokratik Almanya ile arasındaki 20 Haziran 1969 tarihli iki taraflı anlaşmayı, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6 ve 12. maddelerine ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 62. maddesine dayanarak, 8 Eylül 1989'da askıya aldığını açıklamıştır. 1990 yaz aylarında, yeni seçilen Demokratik Almanya parlamentosu, Almanya yasama organından Sosyalist Birlik Partisi tarafından yapılan haksızlıklar için ceza davaları açılmasının sağlanmasını istemiştir.

Birinci ve ikinci başvurunun yargılanması: Berlin Mahkemesi 16 Eylül 1993'te verdiği kararla, 1971 ile 1989 yılları arasında iki Alman devleti arasındaki sınırdan geçmek suretiyle Demokratik Almanya'dan kaçmaya çalışan 18 ile 28 yaşları arasında birkaç genç insanı kasten öldürmeye azmettirme suçlarından birinci başvuruycuyu 5 buçuk yıl ve ikinci başvuruycuyu 7 buçuk yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu kişiler ya sınırdaki mayına basarak yaralanıp ölmüşler veya Doğu Alman sınır koruyucuları tarafından vurularak öldürülmüşlerdir. Öldüren sınır koruyucuları takdir edilmişlerdir.

Berlin Mahkemesi, sınırdan silah kullanılmasıyla ilgili emirler dâhil bütün emirlerin, başvuruvcuların üyesi oldukları Ulusal Savunma Konseyinin kararlarına dayandığını kaydetmiştir. Sınır koruyucularına Demokratik Almanya'nın sınırlarını ne pahasına olursa olsun koruma, 'sınır ihlalcileri'nin hayatlarını kaybetmeleri anlamına gelse bile sınırları koruma emri verilmiştir. Berlin Mahkemesine göre Doğu Alman yetkilileri kasten yasa hükümlerinin, yazılı emir ve talimatların ötesine geçmişlerdir; sınırdan silah kullanma ile ilgili hükümler göz ardı edilmiştir; sınır koruyucuları için önemli olan yazılı hukuk değil, fakat eğitimleri sırasında siyasi direktifler ve günlük görevler yoluyla kendilerine telkin edilen şeylerdir; gerçekte sınır koruyucularına verilen emir şudur: 'birlik ... Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin sınır güvenliğini sağlamakla yükümlüdür, görevi sınırdan geçişi engellemek ve 'sınır ihlalcileri'ni yakalamak veya 'yok etmek' ve her ne pahasına olursa olsun devletin sınırlarını korumaktır; sınırdan geçiş olması halinde, sınır koruyucuları hakkında askeri savcı tarafından soruşturma yapılır. Berlin Mahkemesi o tarihte yürürlükte olan Demokratik Alman Ceza Kanununa göre, birinci ve ikinci başvuruycuyu öldürmeye azmettirme suçundan suçlu bulmuştur.

Berlin Mahkemesi, başvurucların Demokratik Almanya Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasına dayanarak hukuka uygunluk savunması yapamayacaklarını, çünkü ağır bir suç işlemiş olduğundan kuvvetli şüphe duyulan bir kimseyi yakalamak için silah kullanılmasına imkân veren bu fıkranın pratikte sınırdan kaçanların silahla, otomatik ateş sistemiyle ve mayınlarla öldürülmelerinin üstünü örtmek için kullanıldığını belirtmiştir. Berlin Mahkemesi bu devlet pratiğinin ‘uluslararası hukuk tarafından korunan insanların ve adaletin başlıca gereklerine açıkça ve katlanılmaz bir şekilde aykırı olduğuna’ hükmetmiştir. Berlin Mahkemesi daha sonra bu suça Demokratik Almanya’nkinden daha hafif ceza getiren Federal Almanya ceza kanunu hükümlerini uygulamış ve başvurucları kasten öldürmeye azmettirme suçundan mahkûm etmiştir.

Bu karara karşı üst başvuru üzerine Federal Adalet Mahkemesi 26 Temmuz 1994 tarihinde verdiği kararda, Berlin Mahkemesinin suçun nitelendirilmesi konusundaki görüşünü onaylamış, Federal Almanya ceza kanununa göre yeniden yaptığı nitelendirmede başvurucları kasten öldürmede dolaylı fail olarak görmüş, ancak suçun cezasını değiştirmemiştir. Federal Adalet Mahkemesi başvurucların, Demokratik Almanya sınır güvenlik rejimiyle ilgili emirlerin verilmesinde gerekli bir önkoşul olan kararları alan Ulusal Savunma Konseyi üyesi olduklarını; başvurucların bu emirlere uyulacağını ve kaçakların sınırdan şiddet kullanılması sonucu öldüklerini bildiklerini; başvurucların Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasına dayanarak hukuka uygunluk savunması yapamayacaklarını ve bu hükmün Demokratik Alman rejimi tarafından yorumunun yine Demokratik Almanya tarafından 8 Kasım 1974’te onaylanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesindeki insan haklarını ve özellikle yaşama hakkını ve seyahat özgürlüğünü açıkça ihlal ettiğini; Demokratik Almanya’nın bu hükümleri iç hukuka taşımamış olmasının uluslararası kamu hukuku bakımından yükümlülüğünü kaldırmadığını; son olarak Berlin Mahkemesinin kararının, işlenmesinde önce kanunda suç olarak tanımlanmayan bir fiilin cezalandırılmayacağına dair Anayasanın 103(2). fıkrasına aykırı olmadığını, çünkü başvurucların üst kurallara aykırı olan hukuka uygunluk sebebine dayanamayacaklarını; söz konusu dönemde bile Demokratik Alman Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasının doğru bir yorumunun, Kanununda yer alan sınırlamalar nedeniyle ve Demokratik Alman Anayasası ve onun uluslararası yükümlülükleri ışığında, bu tür hukuka uygunluk sebeplerine dayanılmayacağını göstereceğini belirtmiştir.

Başvuruclar 9 Eylül 1994’te Federal Anayasa Mahkemesine anayasa şikâyetinde bulunmuşlardır. Başvuruclar kendi fiillerinin, olayların geçtiği tarihte Demokratik Almanya’da yürürlükte olan hukuka uygun olduğunu ve cezai açıdan sorumlu tutulamayacaklarını savunmuşlardır. Başvurucları göre Federal Adalet Mahkemesi geçmişe etkili (ex post facto) şekilde yorumu, ceza kanunlarının geçmişe yürürlü (retroactively) olarak uygulanamayacağı ilkesine ve Anayasasının 103(2). fıkrasına aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuruclar Federal Almanya’da da Demokratik Almanya Devlet Sınırları Kanununun 27. maddesine benzer hükümler bulunduğunu ve her devletin suçlular söz konusu olduğunda yaşama hakkını kısıtladığını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda başvuruclar Sözleşme’nin 2(2). fıkrasını zikretmişler ve ayrıca Sözleşme’nin 7(2). fıkrasına dayanmışlar ve bu fıkra bakımından Federal Almanya’nın çekincesinden söz etmişlerdir. Federal Anayasa Mahkemesi önce bir eski Doğu Alman sınır koruyucusu olup İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne de başvuru yapmış olan *K.-H.W.*’nin davasını da bu davayla birleştirdikten sonra, 24 Ekim 1996 tarihli kararında anayasa şikâyetini temelsiz bularak reddetmiştir.

Üçüncü başvurucların yargılanması: Berlin Mahkemesi 25 Ağustos 1997’de üçüncü başvurucları Bay Krenz’i, Demokratik Almanya’nın sınır güvenliği rejimi hakkında Politbüro’nun 7 Haziran 1985 ve 11 Mart 1986 tarihli kararlarına ve Ulusal Savunma Konseyinin 2 Şubat 1984 ve 25 Ocak 1985 tarihli kararlarına katılması nedeniyle, 1984

ile 1989 yılları arasında dört gencin iki Alman devleti arasındaki sınırda Demokratik Almanya'dan diğer tarafa geçmeye çalıştıkları sırada öldürülmelerinde sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyle, öldürme suçunda dolaylı fail olmaktan 6 buçuk yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Berlin Mahkemesi başvurusunun, Sovyetler Birliğine bağımlı olan Demokratik Almanya'nın egemenliğinin sınırlı olduğu savunmasını kabul etmemiştir. Çünkü Berlin Mahkemesine göre bir ittifaktan kaynaklanan yükümlülükler, kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmaz. Berlin Mahkemesi bu başvurusunun cezasını tayin ederken, Demokratik Almanya'ya göre daha hafif olan Federal Alman ceza kanununu uygulamıştır. Başvurusunun Anayasanın ceza kanunlarının geriye yürümezliğiyle ilgili 103(2). fıkrasına dayanan üst başvurusu üzerine, Federal Adalet Mahkemesi, 27 Ekim 1999'da duruşma yaptıktan sonra 8 Kasım 1999'da Berlin Mahkemesinin kararını bütün noktalardan onaylamıştır. Federal Adalet Mahkemesi bu kararı verirken, aynı konuda daha önce verdiği dönüm noktası niteliğindeki kararlarına ve ayrıca yukarıda geçen 26 Temmuz 1994 tarihli kararına atıfta bulunmuştur. Başvurusunun anayasa şikâyeti üzerine Anayasa Mahkemesi 12 Ocak 2000 tarihli kararlar, anayasa şikâyetini temelsiz bulmuştur.

Başvurucular 20 Kasım 1996, 28 Ocak 1997 ve 4 Kasım 1998'de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptıkları başvurularda, yargılandıkları fiillerin işlendikleri tarihlerde ulusal ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmadığını ve Alman mahkemeleri tarafından mahkûmiyetlerinin Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ve 2(2). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Sözleşme'nin 7(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Mahkeme önünde tarafların iddia ve savunmaları

[47–48]: Başvurucular, yargılandıkları fiillerin işlendikleri tarihte Demokratik Alman hukukuna ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmadığını ve Alman mahkemeleri tarafından mahkûm edilmelerinin Sözleşme'nin 7(1). fıkrasını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre Almanya'nın birleşmesinden sonra mahkûm edilmeleri önceden görülebilir bir durum değildir ve Demokratik Almanya'da hiçbir zaman suçlanmamışlardır. Başvurucular, birleşik Almanya mahkemeleri tarafından Demokratik Alman ceza kanununun geçmişe etkili bir şekilde yorumlanmasının, Demokratik Alman mahkemelerinin bir içtihadına dayanmadığını, suçlamalara yol açan olayların meydana geldiği tarihte bu durumu öngörmelerinin mümkün olmadığını söylemişlerdir. O halde başvuruculara göre bu durum Demokratik Alman kanunlarının tedrici bir geliştirici yorumu olmayıp, kendilerinin hukuka uygunluk sebeplerine dayanarak yaptıkları savunmaların Federal Alman Anayasasına aykırı olduğu gerekçesiyle toptan reddidir. Dahası, başvuruculara göre sınır güvenliği rejiminin uygulanması, Demokratik Almanya'nın varlığını korumak için temel bir unsurdur. Başvurucular iddia edilen fiillerin uluslararası hukuka göre de suç oluşturmadığını iddia etmişlerdir. Herhangi bir uluslararası organ Demokratik Almanya'yı Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesini ihlal ettiği gerekçesiyle kınamamıştır; böyle olsa bile, uluslararası hukuka göre devletin sorumluluğu ile bireyin ulusal ceza hukukuna göre cezai sorumluluğu arasında temel bir ayırım vardır. Dahası, devletlerin çoğunda sınıra yaklaşmak yasak olup bu husus sert bir şekilde düzenlenmiştir; sınır koruyucuları uyarılarına uymayan kişilere karşı silah kullanmakla yetkilidirler.

Hükümete göre Demokratik Alman liderleri olan başvurusuların, Demokratik Alman sınır güvenlik rejiminin, Federal Almanya'ya ve özellikle Batı Berlin'e seyahat etmek isteyen Demokratik Alman vatandaşlarına hiçbir gerekçe göstermeden izin vermeyen idari makamların ülkeden ayrılmalarını yasakladığı kişilere yönelik olduğunu kolaylıkla anlamış olmalıydılar. Bu nedenle başvurusular, hiç kimseye karşı bir tehdit oluşturmayan

silahsız kişilerin öldürülmelerinin, Demokratik Alman rejiminde tersine bir pratik olmasına rağmen, ilgili hükümlere göre ceza soruşturmasına yol açabileceğini öngörmüş olmalıdır; özellikle Almanya'yı bölen sınırın ötesinde aile ve diğer bağlar bulunduğu, Demokratik Almanya'da bir rejim değişikliği olması halinde, bu eylemlerin suç oluşturacağını herkes bilebilecek durumdadır. Hükümete göre Alman mahkemeleri Demokratik Alman hukukunu meşru bir şekilde yorumlamışlardır; Demokratik Alman makamları, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesini onayladıktan sonra uluslararası yükümlülüklerini ve genel insan hakları ilkelerini dikkate alarak kendi kanun hükümlerini doğru bir şekilde uygulamış olsalardı, aynı yoruma varırlardı; bu Sözleşmenin Demokratik Almanya iç hukukuna geçirilmiş olup olmamasının bir önemi yoktur.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

“49. Mahkeme ilk olarak, iç hukukun yorumlanması uygulanması konusunda yerleşik içtihatlarındaki temel ilkeleri hatırlatır. Sözleşme'nin 19. maddesine göre Mahkeme'nin görevi, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri taahhütleri yerine getirmelerini güvence altına almak olmakla birlikte, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmedikçe, ulusal mahkemeler tarafından yapılan maddi ve hukuki hataları incelemek Mahkeme'nin işi değildir (*Schenk, §45*). Dahası, iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve özellikle mahkemelerin işidir (*Kopp, §59*).

50. Mahkeme ikinci olarak Sözleşme'nin 7. maddesiyle ilgili içtihatlarında ve özellikle *S.W. – Birleşik Krallık* kararında (parag. 34-36) ile *C.R. – Birleşik Krallık* kararında (parag. 32-34) ortaya çıkan temel ilkeleri hatırlatır:

‘Hukukun üstünlüğünün esaslı bir unsuru olan Sözleşme'nin 7. maddesindeki güvence, Sözleşme'nin 15. maddesine göre savaş veya olağanüstü hal zamanında yükümlülük azaltılmasına izin verilmemesinin de gösterdiği gibi, Sözleşme'nin koruma sisteminin içinde önemli bir yer işgal eder. Bu güvence, amacı ve hedefi doğrultusunda, keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya karşı etkili koruyucular sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Mahkeme'nin *Kokkinakis* kararında belirttiği gibi (*Kokkinakis, §52*), Sözleşme'nin 7. maddesinin kapsamı, ceza kanununun sanığın aleyhine geriye yürürlü olarak uygulanmasını yasaklamakla sınırlı değildir; bu madde ayrıca, daha genel olarak, bir suçun ve bir suç için öngörülen cezanın sadece kanun tarafından düzenlenebileceği ilkesini (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ve ceza kanununun, örneğin kıyas yoluyla, sanığın aleyhine genişletilerek yorumlanmaması ilkesini içermektedir. Bu ilkelerden çıkan sonuçta göre bir suç, kanunda açıkça tanımlanmış olmalıdır. Mahkeme yukarıda geçen kararında, bir kimsenin ilgili kanun hükmünün metninden ve gerektiği takdirde bunun mahkemeler tarafından yapılan yorumundan, hangi eylem veya ihmalin kendisini cezai bakımdan sorumlu kılacağını bilebilecek durumda olması halinde, bu şartın yerine getirilmiş olacağını eklemiştir. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin 7. maddesi ‘hukuk’tan söz ederken, maddenin Sözleşme'nin başka herhangi bir yerinde geçen hukuk kavramıyla aynı şeyi kastettiğine işaret etmiştir. Yazılı olduğu gibi yazılı olmayan hukuku da içeren bu kavram, özellikle ulaşılabilirlik ve önceden öngörülebilirlik niteliklerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Tolstoy Miloslavsky, §37*).

Ceza hukuku alanı dâhil, herhangi bir hukuk alanında bir yasa hükmü ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, yargısal yorum kaçınılmaz bir unsurdur. Tereddütlü noktaların aydınlatılmasına ve değişen koşullara uyarlamaya her zaman ihtiyaç duyulacaktır. Gerçekten de, diğer Sözleşmeciler Devletlerde olduğu gibi, Birleşik Krallık'ta da yargısal yoldan hukuk oluşturmak suretiyle ceza hukukunun ilerlemeci bir şekilde geliştirilmesi,

hukuk geleneğinin sağlam ve gerekli bir bölümüdür. Sözleşme'nin 7. maddesinin, meydana gelen gelişmenin suçun özülüyle uyumlu olması ve makulce önceden görülebilir bulunması şartıyla, cezai sorumluluk kurallarının olaydan olaya yargısal yorum suretiyle tedrici olarak açıklığa kavuşturulmasını hukuk dışı saydığı şeklinde yorumlanamaz.”

2. Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

“51. Mahkeme, denetim yetkisinin kapsamıyla ilgili yukarıdaki ilkeler ışığında kendi görevinin, başvuruçuların şahsi ceza sorumluluğu hakkında bir karar vermek olmadığını, bunun esas itibarıyla ulusal mahkemelerin değerlendireceği bir durum olduğunu, fakat Sözleşme'nin 7(1). fıkrası açısından başvuruçuların fiillerinin, işlendikleri tarihte Demokratik Alman hukuku veya uluslararası hukuk tarafından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir bir şekilde tanımlanmış bir suç oluşturup oluşturmadığını incelemek olduğunu gözlemlemektedir.

52. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut davanın bir özelliğinin, iki farklı hukuk sistemiyle yönetilen iki devlet arasında geçişin olduğu bir ardalana sahip olması ve birleşmeden sonra Alman mahkemelerinin başvuruçuları Demokratik Alman liderleri sıfatıyla işledikleri suçlardan mahkûm etmiş olmalarıdır.”

(a) Ulusal hukuk

(i) Başvuruçuların mahkûmiyetlerinin yasal temelleri

“53. Mahkeme, Alman mahkemelerinin ilk olarak o tarihte Demokratik Almanya'da yürürlükte olan ceza kanununa dayanarak, başvuruçuları öldürmeye azmettirmekten suçlu bulduklarını kaydeder. Alman mahkemeleri başvuruçuların Demokratik Alman hukuku ve pratiğindeki hukuka uygunluk sebeplerine dayanan savunmalarını reddettikten sonra, başvuruçuların Demokratik Almanya devlet cihazında çok yüksek mevkileri işgal etmiş olmaları nedeniyle, 1971 ile 1989 yılları arasında iki Alman devleti arasındaki sınırı geçmek suretiyle Demokratik Almanya'yı terk etmeye çalışan 18 ile 28 yaşları arasındaki birkaç kişinin öldürülmelerinde sorumlulukları bulunduğunu tespit etmişlerdir. Alman mahkemeleri daha sonra, Demokratik Almanya'dan daha hafif olan Federal Almanya ceza kanununu uygulayarak, birkaç kasten öldürme olayında Federal Alman Ceza Kanununun 25 ve 212. maddeleri gereğince dolaylı fail olmaktan başvuruçuları 5 buçuk yıl, 7 buçuk yıl ve 6 buçuk yıl hapis cezalarına mahkûm etmiştir.

54. Alman mahkemeleri böylece, 31 Ağustos 1990 tarihli Almanya'nın Birleşmesi Antlaşmasında ve bu Antlaşmanın uygulanmasına dair 23 Eylül 1990 tarihli Antlaşmada formüle edilen, Doğu Alman vatandaşlarının Doğu Almanya'da işledikleri suçlara Doğu Alman hukukun uygulanacağı, ancak daha hafif olması (*lex mitius*) olması halinde Federal Alman hukukunun uygulanacağı şeklindeki ilkeyi uygulamışlardır.

55. O halde başvuruçuların mahkûmiyetlerinin hukuki temeli o tarihte yürürlükteki Doğu Alman ceza kanunu olup, kendilerine verilecek ceza Demokratik Almanya mevzuatının ilgili hükümlerinde öngörülen cezaya karşılık gelmektedir; ancak kendilerine, daha hafif olan yasanın uygulanması ilkesi gereğince, Federal Alman kanununa göre ceza verilmiştir.”

(ii) Demokratik Alman hukukunda hukuka uygunluk sebepleri

“56. Ne var ki başvuruçular, Demokratik Alman Ceza Kanununun 213. maddesinin birlikte ele alınan Halkın Polis Kanununun 17(2). fıkrası ile Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasında öngörülen hukuka uygunluk sebepleri vasıtasıyla, Demokratik Alman hukukuna uygun hareket ettikleri ve ayrıca bu nedenle Demokratik Almanya'da kovuşturulmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

57. Sözleşme'nin 7(1). fıkrasındaki 'hukuk' sözcüğü yazılı olduğu gibi yazısız hukuku da içerdiğinden, Mahkeme ilk önce Demokratik Almanya yazılı hukukunu ele aldıktan sonra, bu kurallarının Alman mahkemeleri tarafından yorumunun Sözleşme'nin 7(1). fıkrasıyla bağdaşıp bağdaşmadığını incelemelidir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, olayların geçtiği tarihte bu kurallara üstün tutulan Demokratik Alman devlet pratiğini de bu fıkra bakımından analiz etmelidir.

58. Olaylar 1971 ile 1989 yılları arasında meydana geldiğinden, bu tarihlerde yürürlükteki yazılı hukuk hükümleri arasında 1968 ve 1979 tarihli Ceza Kanunu, 1968 tarihli Halkın Polis Kanunu ve bunun yerine geçen 1982 tarihli Devlet Sınırları Kanunu ve 1968 ile 1974 tarihli Demokratik Alman Anayasalarıdır.

59. Halkın Polis Kanununun 17(2). fıkrası ile Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasının, 'olayın şartları içinde ağır bir suç olarak görünen bir suçun işlenmesini veya işlenmeye devam etmesini engellemek' veya 'ağır bir suç işlediğinden kuvvetli şüphe duyulan bir kimseyi yakalamak' için silah kullanılmasını haklı kıldığı doğrudur. 'Ağır suç' terimi Demokratik Alman Ceza Kanununun 213(3). fıkrasında tanımlanmış olup, bu fıkradaki listede yasadışı olarak sınırdan geçmek suçu ağır bir suç olarak kabul edilmiş, 'insan yaşamını veya sağlığını tehlikeye sokma' hali, 'silah veya tehlikeli araçlar veya yöntemler vasıtasıyla işleme' hali, 'özel bir yoğunlukla işleme' hali veya 'başkalarıyla birlikte işleme' hali listede yer almıştır.

60. Ayrıca Halkın Polis Kanununun 17. maddesi ve Devlet Sınırları Kanununun 27. maddesi, silah kullanılabilecek halleri tüketici bir şekilde sıralamış ve daha sonra 4 ve 5. fıkralarda şu hükümleri getirmiştir: 'Silah kullanılacağı zaman insan yaşamı mümkün olduğu kadar korunur. Yaralıları ilk yardım verilir'. Yasanın 27(1). fıkrası şöyledir: 'Silah kullanılması, kişiye karşı güç kullanılmasında en ileri tedbirdir'. Yasanın 27(4). fıkrası şöyledir: 'Mümkünse çocuklara karşı silah kullanılmaz'. Ayrıca Ceza Kanununun 119. maddesi, tehlikede olan bir kimseye yardım etmeme suçunu düzenlemektedir.

61. Açıkça insan yaşamının korunması ilkesini ve orantılılık ilkesini içeren bu hükümler, ayrıca Demokratik Alman Anayasasında yer alan ilkeler ışığında yorumlanmalıdır. Anayasanın 89(2). fıkrası şöyledir: 'Yasa hükümleri Anayasaya aykırı olamaz'. Anayasanın 19(2). fıkrası şöyledir: 'Bütün devlet organları, bütün toplumsal güçler ve her vatandaş, insan haysiyetine ve kişi özgürlüğüne saygı gösterir ve korur'. Son olarak Anayasanın 30(1) ve (2). fıkraları şöyledir: 'Her Demokratik Almanya Cumhuriyeti vatandaşının kişilik ve özgürlüğü dokunulmazdır' ve 'vatandaşların hakları ancak, kısıtlamanın kaçınılmaz olduğu hallerde kanun tarafından kısıtlanabilir'.

62. Ayrıca Demokratik Almanya Ceza Kanununun Özel Kısmının birinci bölümü şöyledir: '... barışa, insanlığa ve insan haklarına ... karşı suçların acımasız bir şekilde cezalandırılması, dünyada istikrarlı bir barışın, temel insan haklarına ve insan haysiyeti ile insanın değerine olan inancın yenilenmesi ve herkesin haklarının korunması için kaçınılmaz bir önkoşuldur'.

63. Mevcut olayda Alman mahkemeleri başvuruçuları, daha çok el merdiveni gibi ilkel araçlarla iki Alman Devleti arasındaki sınırı geçmeye çalışan bazı kişilerin öldürülmesinde sorumlulukları bulunduğu gerekçesiyle mahkûm etmişlerdir. Ölen kişiler genellikle gençtir (en genci 18 ve diğer dördü sadece 20 yaşındadırlar); silahsızdırlar, kimseye karşı bir tehlike oluşturmamışlardır ve tek amaçları Demokratik Almanya'dan ayrılmaktır; çünkü o tarihlerde emekliler ve bazı ayrıcalıklı kişiler dışında, sıradan vatandaşların Demokratik Almanya'dan ayrılmaları mümkün değildir (bk. Demokratik Almanya'dan pasaport ve vize verilmesiyle ilgili hükümler). O halde bu kişilerin sınırı geçmeye çalışmaları, Demokratik Alman mevzuatına göre yasak olmasına rağmen, ağır bir suç ola-

rak nitelendirilemez, çünkü bu olaylardan hiç biri, Demokratik Alman Ceza Kanununun 213(3). fıkrasında tanımlanan ağır suç kategorisine girmez.

64. Demokratik Alman Anayasasında ve diğer mevzuat hükümlerinde yer alan yukarıdaki ilkeler ışığında Mahkeme, yukarıdaki hükümleri söz konusu davalarda yorumlayıp uygulayan Alman mahkemelerinin başvuruçuları mahkûm etmelerinin, ilk bakışta keyfi veya Sözleşme'nin 7(1). fıkrasına aykırı görünmediği kanaatindedir.

65. Tabi ki Alman mahkemeleri, başvuruçuların özellikle Demokratik Alman Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasına dayanarak ileri sürdükleri hukuka uygunluk sebeplerinin yorumuna ilişkin farklı yaklaşımları benimsemişlerdir. Berlin Mahkemesi bu hukuka uygunluk sebeplerine dayanılamayacağını, çünkü bunların 'uluslararası hukuk tarafından korunan insan haklarına ve adaletin başlıca gereklerine açıkça ve katlanılmaz bir şekilde aykırı olduğuna' hükmetmiştir. Federal Adalet Mahkemesi de, söz konusu dönemde bile Demokratik Alman Devlet Sınırları Kanununun 27(2). fıkrasının doğru bir yorumunun, Kanununda yer alan sınırlamalar nedeniyle ve Demokratik Alman Anayasası ve onun uluslararası yükümlülükleri ışığında, bu tür hukuka uygunluk sebeplerine dayanılamayacağını göstereceğini belirtmiştir. Son olarak Federal Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir: 'Bu tamamen istisnai durumda, uluslararası toplum tarafından tanınmış insan haklarına saygı gereğini de içeren objektif adalet, bir mahkemenin böyle bir savunmayı kabul etmesini imkânsız kılmaktadır. Anayasanın 103(2). fıkrasıyla getirilen güvencede yer alan güvenin mutlak bir şekilde korunmasındaki öncelik esnetilmelidir; aksi takdirde Federal Almanya'da ceza adalet dağıtımı, hukukun üstünlüğü öncülüyle çelişecektir'.

66. Ne var ki, iç hukukun yorumu ve uygulanması öncelikle ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilecek meseleler olduğundan, olayın karmaşıklığını gösteren bu farklı yaklaşımlar hakkında bir görüş açıklamak Mahkeme'ye düşmez. Alman mahkemeleri tarafından varılan sonucun Sözleşme'yle ve özellikle 7(1). fıkrasıyla uyumlu olduğuna ikna olması, Mahkeme için yeterlidir."

(iii) Demokratik Alman Devlet pratiğinden türetilen hukuka uygunluk sebepleri

67. Sözleşme'nin 7(1). fıkrasındaki 'hukuk' sözcüğü yazılı olmayan hukuku da içerdiğinden, Mahkeme davanın esasına girmeden önce, söz konusu tarihlere yazılı hukuk kurullarının üzerine çıkarılan Demokratik Almanya Devlet pratiğini de analiz etmelidir.

68. Bu bağlamda, söz konusu suçların işlendiği tarihlere başvuruçulardan herhangi birinin bu suçlardan Demokratik Almanya'da yargılanmamış olduğu belirtilmelidir. Bunun nedeni, bir yandan hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devletinkine çok benzeyen Demokratik Alman Anayasası ve mevzuatı ile diğer yandan Demokratik Almanya'daki sınır güvenliği rejiminin baskıcı pratiği ve sınırları korumak için verilen emirler arasındaki çelişkidir.

69. Kaçakların sonu gelmez kaçışlarını önlemek için, Doğu Almanya 13 Ağustos 1961'de Berlin Duvarı'nı inşa etmiş ve iki Alman Devleti arasındaki sınır boyunca aldığı güvenlik tedbirlerini mayınlar ve otomatik ateş sistemiyle güçlendirmiştir. Bu tedbirlere ek olarak, sınır koruyucularına 'sınırdan geçişe izin vermeme, sınır ihlalcilerini yakalama veya yok etme ve her ne pahasına olursa olsun devletin sınırlarını koruma' emri verilmiştir. Sınırdan geçişin başarılı olması halinde, nöbetçi sınır koruyucuları haklarında askeri savcı tarafından soruşturma yapılacağını, başarılı olmaması halinde ise takdir edileceklerini bilmektedirler.

70. Alman mahkemelerinin de tespit ettiği gibi bu tedbirlere ve emirlere, hiç tartışmaz bir şekilde Anayasanın 73. maddesinde sözü edilen Demokratik Alman yönetim organları, yani başvuruçuların üyesi oldukları Devlet Konseyi ve Ulusal Savunma Konseyi tara-

findan karar verilmiştir. Birinci başvuru (Streletz) 1971'den itibaren Ulusal Savunma Konseyi üyesidir; ikinci başvuru (Kesler) 1967'den itibaren Ulusal Savunma Konseyi üyesidir; üçüncü başvuru (Krenz) 1973'ten beri Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komite üyesi, 1981 yılından beri Devlet Konseyi üyesi ve 1983 yılından beri Politbüro üyesidir.

71. Bu nedenle başvuru tarafından yerine getirilen yukarıdaki devlet pratiğinin amacı, Demokratik Almanya'nın bizzat kendi nüfusunun kitlesel göçü ile tehdit altındaki varlığını muhafaza etmek için, 'ne pahasına olursa olsun' iki Alman Devleti arasındaki sınırları korumak olmuştur.

72. Bununla birlikte Mahkeme, olayların geçtiği tarihten önce bile yaşama hakkının uluslararası alanda insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olduğu göz önünde tutulduğunda, devletin varlığını bu şekilde savunmanın, bizzat Demokratik Alman Anayasasında ve mevzuatında yer alan ilkelerle sınırlı olduğunu belirtir.

73. Mahkeme, otomatik ve ayrımsız sonuçları itibarıyla mayın ve otomatik ateş sistemleri kullanmanın ve 'sınır ihlalcilerini yok etmek ve her ne pahasına olursa olsun sınırları korumak' için sınır koruyucularına verilen kategorik emirlerin, Demokratik Alman Anayasasının 19 ve 30. maddelerinde yer alan ve esas itibarıyla Demokratik Alman Ceza Kanunu (md. 213) ve daha sonraki Demokratik Alman sınırları hakkında yasalarla (1968 tarihli Halkın Polis Kanunu md. 17(2) ve 1982 tarihli Devlet Sınırları Kanunu md. 27(2)) ile teyit edilen temel hakları açıkça ihlal ettiği kanaatindedir. Bu devlet pratiği ayrıca, sıradan vatandaşların Demokratik Almanya'dan ayrılmalarının hukuken mümkün olmadığı dikkate alındığında, Demokratik Almanya'nın insan haklarına saygı yükümlülüğüne ve diğer uluslararası yükümlülüklerine de aykırıdır; çünkü Demokratik Almanya, açıkça yaşama hakkını ve seyahat özgürlüğünü tanıyan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesini 8 Kasım 1974'te onaylamış durumdadır. Mayın ve otomatik ateş sistemi kullanılması 1984 yılında sona ermiş olduğu halde, sınır koruyucularına verilen emirler, Kasım 1989'da Berlin Duvarı'nın yıkılışına kadar değişmeden kalmıştır.

74. Mahkeme ayrıca, başvuru kendilerini haklı çıkarmak için, kendilerinin mahkûmiyetine yol açan sınır koruyucularına bizzat kendilerinin vermiş oldukları ateş emirlerine ve bunu izleyen pratiğe dayandıklarını kaydeder. Ne var ki, hukukun genel ilkelerine göre sanıklar, sırf bir eylemin meydana gelmiş olduğunu ve böylece bir pratik haline geldiğini göstermek suretiyle, kendilerinin mahkûmiyetine yol açan o eylemi haklı gösteremezler.

75. Dahası, bir devlet olarak Demokratik Almanya'nın sorumluluğu ne olursa olsun, birey olarak başvuru fiilleri, 1968 tarihli Demokratik Alman Ceza Kanununda yer alan ve 1979 tarihli versiyonunda tekrar edilen 95. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır: 'Eylemi insan haklarını veya temel haklarını ihlal eden bir kimse ... eylemini haklı göstermek için yasa hükmünü, bir emri veya yazılı talimatları ileri süremez; cezai olarak sorumlu tutulur'.

76. O halde başvuru söz konusu fiillerden bireysel olarak sorumlu olduklarından kuşku yoktur."

(iv) Mahkûmiyetlerin öngörülebilirliği

"**77.** Bununla birlikte başvuru, Demokratik Almanya'daki durumun gerçekliği açısından, Alman mahkemeleri tarafından mahkûm edilmelerinin önceden görülemeyeceğini ve koşulların değişmesi nedeniyle bir gün bir ceza mahkemesi tarafından sorumlu tutulabileceklerini önceden görmelerinin kesinlikle mümkün olmadığını savunmuşlardır.

78. Mahkeme bu savunmayla ikna olmamıştır. Demokratik Alman mevzuatı ile pratiği arasındaki geniş bölünme, büyük ölçüde bizzat başvuru tarafından işidir. Başvuru devlet

cihazının çok üst düzey mevkilerini işgal ettiklerinden, Demokratik Alman Anayasasını ve mevzuatını veya devletin uluslararası yükümlülüklerini ve uluslararası alanda sınır güvenliği rejimine karşı yapılan eleştirileri bilmiyor olamazlar. Dahası, sınır koruma tesislerinin güçlendirilmesi ve geliştirilmesi ile silah kullanılması konusundaki gizli emirleri ve hizmet talimatlarını Demokratik Almanya Resmi Gazetesinde yayımlanan yasa hükümlerinin üstüne çıkarmakla, bu rejimi bizzat kendileri uygulamışlar ve sürdürmüşlerdir. Sınır koruyucularına verdikleri ateş emrinde, Demokratik Almanya'nın sınırlarının 'her ne pahasına olursa olsun' koruması ve 'sınır ihlalcilerinin' yakalaması veya onların 'yok edilmesi' konusunda ısrar etmişlerdir. Bu nedenle başvurucular, iki Alman devleti arasında 1960'tan başlayarak 1989'da Berlin Duvarı'nın yıkılışına kadar oluşan durumdan doğrudan sorumludurlar.

79. Ayrıca, başvurucuların o tarihte yürürlükte bulunan Demokratik Almanya mevzuatına dayanılarak Demokratik Almanya'da soruşturulmamış olmaları ve birleşmeye kadar Alman mahkemeleri tarafından yargılanıp mahkûm edilmemiş olmaları, fiillerinin Demokratik Alman hukukuna göre suç oluşturmadığı anlamına gelmez.

80. Bu bağlamda Mahkeme, eski bir rejim sırasında suç işlemiş kişilere karşı benimse-necek tutumla ilgili olarak birleşmeden sonra Almanya'nın ele aldığı sorun, demokratik rejime geçen diğer bazı devletlerde de ortaya çıkmıştır.

81. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlette, eski rejim altında suç işlemiş olanlara karşı ceza davası açılmasının meşru olduğu kanaatindedir. Yine aynı şekilde Mahkeme, eskiden mevcut mahkemelerin yerini alan böyle bir devletin mahkemelerinin, o tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerini, hukukun üstünlüğüne bağlı bir devlet yönetimi ilkeleri ışığında yorumladıkları ve uyguladıkları için eleştirilemeyecekleri kanaatindedir.

82. Mahkeme, aslında Sözleşme'nin 7(1). fıkrası bakımından, bir hukuk sisteminde ceza kanununun bir hükmü ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, kaçınılmaz olarak yargısal yoruma ihtiyaç bulunduğunu hatırlatır. Her zaman tereddütlü noktaları aydınlığa kavuşturma ve değişen koşullara uyarlama ihtiyacı olacaktır (*S.W. – Birleşik Krallık, §34-36; ve C.R. – Birleşik Krallık, §32-34*). Tabi ki bu kavram kural olarak, Sözleşme'nin Başlangıcında da geçen ve Sözleşme'nin köşe taşlarını oluşturan hukukun üstünlüğüne bağlı ve demokratik bir rejime sahip bir devlette, içtihatların tedrici gelişimi için geçerlidir; fakat mevcut olayda olduğu gibi bir devletin bir başka devlete halef olduğu durumlarda da tümüyle geçerlidir.

83. Aksine bir düşünce, Sözleşme'nin kurduğu koruma sisteminin ilkeleriyle ters düşecektir. Sözleşme'yi hazırlayanlar Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde, 'dünyadaki barış ve adaletin kurucusu olan ve ancak bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayışla ve bunların dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabilen temel özgürlüklere derin inançlarını' teyit ederken işte bu ilkeleri dile getirmişler ve 'benzer düşünce'de olduklarını ve 'siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa' sahip olduklarını açıklamışlardır.

84. Ayrıca, 1990 yılında demokratik bir biçimde seçilen Demokratik Almanya Parlamentosunun Almanya yasama organından, Sosyalist Birlik Partisi tarafından yapılan adaletsizlikler konusunda cezai soruşturmalar açılmasının sağlanmasını açıkça talep ettiği belirtilmelidir. Bu durum karşısında, Almanya'nın birleşmesi gerçekleşmemiş olsaydı bile, Demokratik Almanya'da Sosyalist Birlik Partisi rejiminden iktidarı devralan demokratik bir rejimin, tıpkı birleşmeden sonra Alman mahkemelerinin yaptığı gibi, Demokratik Alman mevzuatını uygulayıp başvurucuları yargılayacaklarını düşünmek makuldür.

85. Dahası yaşama hakkının, insan haklarının korunmasına dair uluslararası belgelerde ve yaşama hakkını 2. maddesinde güvence altına alan bizzat Sözleşme’de üstün konumunu dikkate alan Mahkeme, mevcut olayda Alman mahkemelerinin Demokratik Alman mevzuatını dar yorumlamalarının, Sözleşme’nin 7(1). fıkrasına uygun olduğu kanaatinde.

86. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme’nin 2(1). fıkrasının devletlere kendi egemenlik alanında bulunanların yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri alma görevi verdiği kaydeder. Bu durum, yaşamı tehlikeye sokan suçların işlenmesini caydırmak için etkili ceza hükümlerini yürürlüğe koymak ve bu tür hükümlerin ihlalini önlemek, bastırmak ve cezalandırmak için yargısal bir mekanizmayla desteklemek suretiyle yaşama hakkını koruma şeklinde öncelikli bir ödevi ima eder (*Osman, §115; ve Akkoç, §77*).

87. Mahkeme, insan haklarını ve her şeyden öte uluslararası insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer olan yaşama hakkını açıkça ihlal eden Demokratik Almanya sınır güvenliği politikası gibi bir devlet pratiğinin, Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının korumasıyla üstünün örtülemeyeceği kanaatinde. Dayandığı sanılan mevzuatın içeriğini boşaltan ve yargı organları dâhil Demokratik Almanya’nın bütün organlarına dayatılan bu pratik, Sözleşme’nin 7(1). fıkrası anlamında bir ‘hukuk’ olarak görülemez.

88. Bu nedenle Mahkeme, Demokratik Almanya liderleri olarak başvuruçuların, Demokratik Almanya hukuk sisteminden doğan bir hukukilik görüntüsü yarattıklarını, fakat daha sonra bu sistemi açıkça göz ardı eden bir pratiği yürürlüğe koyduklarını ve devam ettirdiklerini, bu nedenle başvuruçuların Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının korumasını savunmayacakları görüşündedir. Aksini düşünmek, bu fıkranın hiç kimsenin keyfi olarak yargılanmaması, mahkûm edilmemesi ve cezalandırılmaması olan amacı ve gayesiyle çelişecektir.

89. Bütün bu anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, başvuruçuların bu fiillerinin işlendikleri tarihte, Demokratik Alman hukukunda yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir şekilde tanımlanmış suç oluşturdukları sonucuna varmaktadır.”

(b) Uluslararası hukuk

(i) Uygulanabilir kurullar

“90. Mahkeme, mevcut olayı bir de özellikle insan haklarının korunmasıyla ilgili uluslararası hukuk ilkeleri açısından incelemekle görevli olduğu kanaatinde; çünkü Alman mahkemeleri bu ilkelere dayanan gerekçeler kullanmışlardır.

91. O halde başvuruçular fiilleri işledikleri tarihte, bu fiillerin uluslararası hukuk ve özellikle insan haklarının korunmasıyla ilgili uluslararası hukuk kurallarına göre yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir şekilde tanımlanmış suç oluşturup oluşturmadıklarını incelemek gerekir.”

(ii) Uluslararası hukukta yaşama hakkının korunması

“92. Mahkeme ilk olarak, yaşama hakkının uluslararası hukukta korunmasının gelişimi sırasında, konuyla ilgili sözleşmelerin ve diğer belgelerin sürekli olarak yaşama hakkına üstün bir yer verdiklerini kaydeder.

93. Örneğin, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi şöyle demektedir: ‘Herkes yaşama hakkına sahiptir’. Bu hak, 16 Aralık 1966 tarihinde yapılan ve 8 Kasım 1974 tarihinde Demokratik Almanya tarafından onaylanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 6. maddesi şöyle ifade edilmiştir: ‘Her insan, doğuştan gelen yaşama hakkına sahiptir’ ve ‘Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılamaz’. Sözleşme’nin 2(1). fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: ‘Her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur. Kanunun ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahke-

menin verdiği ölüm cezasının infazı dışında, hiç kimse yaşama hakkından kasten yoksun bırakılamaz’.

94. Bu belgelerin birbirleriyle uyumu önemlidir, çünkü bu uyum, yaşama hakkının insanın devredilemez bir öz niteliği olduğuna ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer oluşturduğuna işaret etmektedir.

95. Ne var ki başvuruçular, fiillerinin Sözleşme’nin 2(2). fıkrasındaki istisnalara göre meşru olduğunu iddia etmişlerdir. Bu fıkra şöyledir: ‘Aşağıdaki hallerde yaşamdan yoksun bırakma, kullanılması mutlaka gerekli bir gücün sonucu olarak meydana gelmişse, bu maddeye aykırı sayılmaz: (a) bir kimsenin hukuka aykırı şiddette karşı savunması; (b) hukuka uygun bir gözaltına alma kararını uygulama veya hukuka uygun olarak tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme; (c) bir ayaklanma veya isyanı hukuka uygun olarak bastırma’.

96. Mahkeme, yukarıdaki gerekçeler göz önünde tutulduğunda, kaçanların öldürülmelerinin hiçbir şekilde ‘mutlaka gerekli’ bir gücün kullanılması sonucu olmadığı; başvuruçular tarafından Demokratik Almanya’da yerine getirilen pratiğin hiç kimseyi hukuka aykırı bir şiddete karşı korumadığı, Demokratik Alman hukukuna göre ‘hukuki’ sayılabilecek bir yakalamayı gerçekleştirme amacı taşımadığı, kaçanların amacının sadece ülkeden ayrılmak olduğundan ayaklanma veya isyanı bastırmakla bir ilgili bulunmadığı kanaatindedir.

97. Buradan çıkan sonuca göre başvuruçuları fiilleri Sözleşme’nin 2(2). fıkrası bakımından haklı görülemez.”

(ii) Uluslararası hukukta seyahat özür lüğünün korunması

“98. Sözleşme’ye ek 4 no.lu Protokolün 2(2). fıkrası gibi, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 12(2). fıkrası şöyledir: ‘Herkes kendi ülkesi dâhil, bulunduğu ülkeden çıkmakta serbesttir’. Bu hakkın kullanılması ancak kanunla, ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu zaman sınırlanabilir.

99. Başvuruçular, Demokratik Almanya’nın sınır güvenliği rejiminin başlatılması ve sürdürülmesini haklı göstermek için bu kısıtlamalara dayanmışlardır.

100. Ancak Mahkeme yukarıdaki istisnalardan hiç birinin mevcut olayda geçerli olmadığı kanaatindedir. Birincisi, söz konusu fiiller, Anayasaya ve yasalara aykırı verilmiş ve uygulanmış emirlerdir. İkincisi, bir devletin hemen hemen bütün bir nüfusunun ülkeden ayrılmasını engelleyen genel bir tedbirin, güvenliği sağlamak veya sözü edilen diğer bir amaçla gerekli olduğu iddia edilemez. Üçüncüsü, Demokratik Almanya’nın halkının ülkeden ayrılmasını engelleyen yasağın pratiğe geçirilme ve bu politikaya aykırı davrananları cezalandırma biçimi, Sözleşmede yer alan bir başka hakla, yani 6. maddesinde güvence altına alınan ve ihlalden mağdur olanların yaşama hakkıyla çelişmektedir.

101. Mahkeme, yine seyahat özgürlüğüyle bağlantılı olarak, Macaristan 11 Eylül 1989’da Avusturya ile olan sınırı açtığı zaman, Demokratik Almanya ile kendisi arasındaki ikili anlaşmadan, Uluslararası Sözleşme’nin 6 ve 12. maddelerine ve 62. maddesine açıkça gönderme yaparak çıkmıştır.”

(iv) Demokratik Almanya’nın devlet olarak sorumluluğu ve başvuruçuların bireysel sorumluluğu

“102. Demokratik Almanya, sınır boyunca mayın ve otomatik ateş sistemi yerleştirerek ve sınır koruyucularına ‘sınırı her ne pahasına olursa olsun koruma ve sınır ihlalcilerini yok etme’ emri vererek, Demokratik Almanya Anayasasında ve mevzuatında yer alan insan yaşamını koruma gereğini ve yukarıda sözü edilen uluslararası belgelerde korunan

yaşama hakkını açıkça göz ardı eden bir sınır güvenlik rejimi kurmuştur. Bu rejim ayrıca, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 12. maddesinde sözü edilen seyahat özgürlüğünü de ihlal etmiştir.

103. Söz konusu devlet pratiği büyük ölçüde, başvuruçuların işi olup, başvuruçular ülkenin siyasal liderleri olarak, bu rejimin insan haklarına ve temel haklara aykırı olduğunu biliyorlardı veya bilmeleri gerekiyordu, çünkü kendi ülkelerinin mevzuatından habersiz olamazlardı. 1968 tarihli Anayasanın 8. maddesi ‘Halklar arasında barışı ve barışçıl işbirliğini sağlamaya amaçlayan uluslararası hukukun genellikle tanınmış kuralları devleti bağlar’ ve 19(2). fıkrası ‘Bütün devlet organları, bütün toplumsal güçler ve her vatandaş, insan haysiyetine ve kişi özgürlüğüne saygı gösterir ve korur’, demektir. Ayrıca daha 1968 tarihli Ceza Kanununun birinci kısmındaki Özel Bölümde şu giriş yer almaktadır: “... barışa, insanlığa ve insan haklarına ... karşı suçların acımasız bir şekilde cezalandırılması, dünyada istikrarlı bir barışın, temel insan haklarına ve insan haysiyeti ile insanın değerine olan inancın yenilenmesi ve herkesin haklarının korunması için kaçınılmaz bir önkoşuldur’. Aynı şekilde, yukarıda 78. paragrafta denildiği gibi başvuruçular, Demokratik Almanya’nın uluslararası yükümlülüklerinden veya sınır güvenliği rejimine yönelik eleştirilerden habersiz olamazlar.

104. Eğer Demokratik Almanya hala mevcut olsaydı, söz konusu fiiller nedeniyle uluslararası hukuk açısından sorumluluğu bulunacaktı. Devletin sorumluluğunun yanında, söz konusu dönemde başvuruçuların da bireysel olarak cezai sorumlulukları bulunup bulunmayacağı belirlenmelidir. Başvuruçuların cezai sorumluluklarının yukarıda sözü edilen insan haklarını korumaya ilişkin uluslararası belgelerden çıkarsanamayacağı düşünülse bile, daha 1968 yılı kadar eski bir tarihte, Demokratik Almanya’nın uluslararası yükümlülüklerini veya insan haklarını ve temel özgürlükleri ihlal edenlerin bireysel olarak cezai sorumlulukları bulunduğunu açıkça belirten Demokratik Alman Ceza Kanununun 95. maddesiyle birlikte okunduğu zaman, başvuruçuların cezai sorumlulukları bu belgelere dayandırılabilir.

105. Bütün bu anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvuruçuların fiilleri işledikleri tarihte, bu fiillerin insan haklarını korumaya dair uluslararası hukuk kurulları bakımından da yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir şekilde tanımlanmış suç oluşturdukları kanaatinde.

106. Ayrıca, başvuruçuların fiilleri, Sözleşme’nin 7(1). fıkrası gibi, uluslararası hukuk kuralları ve özellikle insanlığa karşı suçlar açısından ele alınabilir. Ancak, Mahkeme’nin yukarıda 105. paragrafta vardığı sonuç, bu noktadan incelemeyi gereksiz kılmaktadır.”

(c) Sonuç

“**107.** Buna göre başvuruçuların birleşmeden sonra Alman mahkemeleri tarafından mahkûmiyetleri, Sözleşme’nin 7(1). fıkrasına aykırı değildir.

108. Yukarıda varılan sonuç nedeniyle Mahkeme’nin, başvuruçuların mahkûmiyetleri Sözleşme’nin 7(2). fıkrasına göre haklı olup olmadığını incelemesi gerekli değildir.”

II. Sözleşme’nin 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvuruçular, Federal Anayasa Mahkemesi kararının Sözleşme’nin 1. maddesiyle bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruçulara göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararı, Demokratik Almanya Cumhuriyetinin eski vatandaşlarının ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesine dayanmalarını sağlamak için “Radburuch formülü”ne dayanmakla, ayrımcı adalet sistemi oluşturmuştur.

“111. Mahkeme, bir başvurucu tarafından şikâyet edilen koşulları, Sözleşme’nin gereklerinin bütünü ışığında incele yetkisine sahip olduğunu gözlemlemektedir. Bu görevin yerine getirilmesi sırasında Mahkeme, önündeki delillerle kanıtlanmış olduğu tespit edilen davadaki olayları, başvurunun hukuki niteliğinden farklı bir şekilde nitelendirilebilir veya gerekirse olayları farklı bir tarzda görebilir (Foti ve Diğerleri, §44; Rehbock, §63).

112. Bu nedenle, mevcut davada başvurucuların şikâyeti, bir çerçeve hüküm olan ve kendi başına ihlal edilemeyen Sözleşme’nin 1. maddesi bakımından ileri sürülemez (*İrlanda – Birleşik Krallık, §238*). Ancak başvurucuların şikâyeti esas itibarıyla, eski Demokratik Alman vatandaşları oldukları için katlandıkları ayrımcılık olduğu için, bu şikâyet 7. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde bakımından incelenebilir.

113. Ancak Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanan ilkelerin genel bir kapsama sahip olduğu ve böylece eski Demokratik Alman vatandaşları olmayan kişiler bakımından da geçerli olduğu kanaatindedir.

114. Buna göre Sözleşme’nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddeye aykırı bir ayrımcılık bulunmamaktadır.”

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;

2. Sözleşme’nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddeye aykırı bir ayrımcılık bulunmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

22.03.2001 37201/97 K.-H. W. - ALMANYA

◆ *kanunsuz suç - suçun kanuniliği - geçmişe etkili yorum - öldürme suçu* (Demokratik Almanya’da sınır koruyucu bir er olan başvurunun yüzerek sınırı geçmek isteyen kişiye ateş ederek öldürmesi sonucu Almanya’nın birleşmesinden sonra mahkûm edilmesi üzerine başvurunun fiilinin Demokratik Alman hukuku ve uluslararası hukuk bakımından yeterince ulaşılabılır ve önceden görülebilir olmadığı şikâyeti) ■ kanunsuz suç olmaz ilkesi

DAVANIN ESASI

[Bu davayla ortak maddi ve hukuki gerekçeler için bk. 22.03.2001 tarihli *Streletz, Kessler ve Krenz – Almanya* (no. 34044/96) kararı]. Başvurucu K.-H.W. 1952 doğumlu bir Alman vatandaşıdır.

Berlin Mahkemesi 17 Haziran 1993 tarihli kararlar, başvurunun kasten öldürme suçundan 1 yıl on ay hapis cezasına mahkûm etmiş ve cezayı tecil etmiştir. Berlin Mahkemesi, başvurunun 14-15 Şubat 1972 gecesi bir diğer sınır koruyucusu ile birlikte, Doğu Berlin’den yüzerek kaçmaya çalışan bir kişiyi bağırarak ve havaya ateş açarak uyardıktan sonra, beş el ateşten isabet eden iki kurşunla ölümüne sebebiyet verdiğinin kanıtlandığı sonucuna varmıştır. Başına isabet eden kurşunla vurulan 29 yaşındaki Mahfred Weylandt hemen suya batmış ve boğularak ölmüştür. Cesedi öğleden sonra bulunmuş ve Milli Güvenlik Bakanlığı yetkililerine teslim edilmiştir. Bay Weylandt’u vuran askerler tebrik edilmiş, kendilerine ‘Demokratik Alman sınır askeri nişanı’ takılmış ve 150 Mark para ödülü verilmiştir. Bayan Weylandt’ın eşine, kocasının intihar ettiği, küllerinin bulunduğu çanağın gömüldüğü ve gömüldüğü yeri gösteren kart için mezarlıklar müdürlüğüne başvurabileceği söylenmiştir.

Berlin Mahkemesi, olayların geçtiği tarihte yürürlükte olan Demokratik Alman Ceza Kanununun 113. maddesini uygulayarak, başvuru öncesi kasten öldürmeden suçlu bulmuş; zamanaşımı konusunda ise Federal Adalet Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına ve Sosyalist Birlik Partisi döneminde işlenen adaletsizliklerle ilgili olarak zamanaşımını durduran 26 Mart 1993 tarihli Yasaya gönderme yapmıştır. Zamanaşımı Yasası olarak bilinen bu yasanın 1. maddesine göre, Sosyalist Birlik Partisinin haksız rejimi altında işlenen fakat Demokratik Alman Devletinin veya Parti liderliğinin açık veya zımni iradesiyle, siyasal nedenlerle veya hukukun üstünlüğüyle yönetilen liberal bir düzenin ilkeleriyle bağdaşmayan sebeplerle kovuşturma yapılmayan suçlar bakımından, 11 Ekim 1949 ile 2 Ekim 1990 tarihleri arasındaki dönem hesaba katılmaz. Bu dönem bakımından zamanaşımı durdurulmuştur. Berlin Mahkemesi daha sonra Demokratik Alman ceza kanunundan daha hafif olan Federal Alman ceza kanununu uygulamış (md 212-213) ve başvuru öncesi kasten öldürme suçundan mahkûm etmiştir. Berlin Mahkemesi ayrıca, başvuru öncesi eyleminin Demokratik Alman Halkın Polis Kanununun 17(2). fıkrasına göre hukuka uygun görülemeyeceğini, çünkü Bay Weylandt'ın sınırı geçmeye çalışmasının Demokratik Alman Ceza Kanununun 213(3). fıkrası anlamında ağır bir suç sayılmayacağını belirtmiştir. Berlin Mahkemesi ayrıca, başvuru öncesi Demokratik Alman Ceza Kanununun 258. maddesindeki amirin emri şeklindeki hukuka uygunluk sebebine dayanamayacağını belirtmiştir. Bu madde silahlı kuvvetler mensuplarının, üstlerinin verdiği emirleri yerine getirmeleri sırasında işledikleri fiillerden dolayı, üstlerinin emirleri uluslararası kamu hukuku kurallarına ve ceza kanununa açıkça aykırı olmadıkça, cezai açıdan sorumlu tutulamayacakları öngörmektedir. Berlin Mahkemesi başvuru öncesi bu maddeye dayanamayacağını, çünkü başvuru öncesi o tarihte sınır koruyucularına verilen emir gereğince hareket ettiğini, bu emre göre: 'birlik ... Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin sınır güvenliğini sağlamakla yükümlüdür, görevi sınırdan geçişi engellemek ve 'sınır ihlalcileri'ni yakalamak veya 'yok etmek' ve her ne pahasına olursa olsun devletin sınırlarını korumaktır'; dahası başvuru öncesi, mutlak bir disiplin ve itaate bağlı bir askeri sistemin üyesi olup, yoğun bir siyasi endoktrinasyona tabi tutulmuştur; nöbetçi askerler sınırdan birinin geçebilmesi halinde askeri savcılık tarafından soruşturulacaklarını bilmektedirler. Bununla birlikte Berlin Mahkemesi, başvuru öncesi bir er olmasına rağmen, silahsız bir kişiye ateş etmesinin insanlık görevini (duty of humanity) açıkça ihlal ettiğini, başvuru öncesi emre itaatsizlik kaygısı duymadan suya ateş edebileceğini, çünkü suyun altında kurşunun yönünü tespit etmenin mümkün olmadığını söylemiştir.

Federal Adalet Mahkemesi 26 Temmuz 1994'te bu kararı onaylamıştır. Federal Adalet Mahkemesi, sınırdan geçiş yasağını yaşama hakkının üzerine çıkaran bir hukuka uygunluk sebebinin, 'adaletin en temel kurallarını ve uluslararası hukuk tarafından korunan insan haklarını çok açık ve katlanılmaz bir şekilde ihlal ettiğini' ve geçersiz olduğunu söylemiştir. Federal Adalet Mahkemesine göre Demokratik Alman hukukundaki hukuka uygunluk sebebi, insan haklarının tarafından olacak şekilde dar yorumlanmalıdır; böylece sınır Berlin'in bir tarafından diğer tarafına yüzme isteyen silahsız bir kaçığın öldürülmesi hukuka aykırı hale gelebilir. Federal Mahkemeye göre başvuru öncesi, 'sınır ihlalcilerini yok etme emrinin, benzeri Federal Almanya Askeri Ceza Kanununun 5(1). fıkrasında yer alan Demokratik Alman Ceza Kanununun 258(1). fıkrasına açıkça aykırı olduğunu görmüş olmalıdır. Sonuç olarak Federal Adalet Mahkemesine göre, silahsız bir kaçığın art arda ateş edilerek öldürülmesi, olayın şartları içinde hiçbir savunmayla hukuka uygun gösterilemeyecek kadar öylesine korkunç bir fiildir ki, zihni tek yönlü doldurulmuş (endoktrine) edilmiş bir kişi için bile insan yaşamına son verilmesi yasağını ve orantılılık ilkesini ihlal ettiği aşikâr görünmelidir. Başvuru öncesi Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasa şikâyeti 24 Ekim 1996'da reddedilmiştir.

Başvurucu 5 Mayıs 1997’de İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na başvurarak, Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ihlalden şikâyetçi olmuştur. Dava Mahkeme’nin önüne getirilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ihlali iddiası

A. Mahkeme önünde tarafların iddia ve savunmaları

[42–43]: Başvurucuya göre Almanya’nın birleşmesinden sonra mahkûmiyeti öngörülebilir değildir; ayrıca kendisi hiçbir zaman Demokratik Almanya’da yargılanmamıştır. Başvurucu, o tarihte havaya ateş ettikten sonra sınırı geçmesini önlemek için kaçığa ateş etmek suretiyle, kendisine verilen emirleri yerine getirdiğini söylemiştir. Başvurucuya göre birleşik Almanya mahkemeleri tarafından Demokratik Alman ceza kanununun geçmişe etkili bir şekilde yorumu, Demokratik Alman mahkemelerinin içtihatlarına dayanmamıştır; suçlanmasına yol açan olayların geçtiği tarihte bunu öngörmesi de mümkün değildir. Bu nedenle başvurucuya göre bu durum Demokratik Alman kanunlarının tedrici bir geliştirici yorumu olmayıp, kendilerinin hukuka uygunluk sebeplerine dayanarak yaptığı savunmanın Federal Alman Anayasasına aykırı olduğu gerekçesiyle toptan reddidir. Başvurucuya göre ayrıca söz konusu fiili uluslararası hukuka göre de suç oluşturmamıştır.

Hükümet ise Alman mahkemelerin Demokratik Alman hukukunu meşru bir şekilde yorumladıklarını savunmuştur.

B. Mahkeme’nin değerlendirmesi

[44–45]: Mahkeme ilk önce konuyla ilgili genel ilkeleri tekrarlamıştır (*Streletz, Kessler ve Krenz*, §49-50).

2. Bu ilkelerin olaya uygulanması

[46–74]: Mahkeme daha sonra bu ilkeleri olaya uygulamıştır (*Streletz, Kessler ve Krenz*, §51-108). Bu başlık altında Mahkeme önce ulusal hukuka göre inceleme yapmıştır. Mahkeme ilk olarak başvurucunun mahkûmiyetinin Federal Almanya hukukuna değil, ama olayın geçtiği tarihte yürürlükte olan Demokratik Almanya hukukuna dayandığını tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra başvurucunun silahlı bir kaçığa ateş etme fiilini, Ceza Kanununun 213(3). maddesinde tanımlanan ‘ağır suç’ için, 1968 tarihli Halkın Polis Kanununun 17(2). fıkrasında öngörülen silah kullanma yetkisi çerçevesinde görmeyen ulusal mahkemelerin vardığı sonucu kabul etmiştir. Mahkeme daha sonra Demokratik Almanya devlet pratiğinin hukuka uygunluk sebebi oluşturmadığını kaydetmiştir. Mahkeme daha sonra başvurucunun, Demokratik Alman sınır koruyucusu olarak emir komuta zincirinin son halkası olduğunu ve her zaman kendisine verilen emir ve talimatlara uyduğunu, koşulların değişmesi sonucu Alman mahkemeleri tarafından kendisine verilen mahkûmiyeti öngörmesinin mümkün olmadığını savunmasını ele almıştır. Mahkeme’ye göre bu noktada sorun, mevcut olayda bir er olarak başvurucunun, sadece sınırı geçmeye çalışan bir kişiye ateş etmenin Demokratik Alman hukukuna göre bir suç oluşturup oluşturmadığını bilip bilmediği veya bilebilecek durumda olup olmadığıdır. Mahkeme konuyla ilgili iç hukukun ulaşılabilir olduğunu, iç hukukta ‘kanunu bilmemek mazeret sayılmaz’ kabulünün yer aldığını, başvurucunun bir gün sınırdaki görevlendirilebileceğini ve silahlı kaçaklara ateş ettirilebileceğini bildiğini belirttiikten sonra şöyle demiştir:

“75. Dahası Mahkeme, bir erin bile, sadece Demokratik Almanya’nın kendi hukuki prensiplerini değil, ama aynı zamanda uluslararası alanda tanınmış insan haklarına ve özellikle insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer taşıyan yaşama hakkına açıkça aykırı emirlere bütünüyle körü körüne itaat edemeyeceği görüşündedir. 76. Demokratik Almanya’nın si-

yasal durumu nedeniyle başvuru iş başındayken özel bir zorluk içinde olduğu halde, bu emirler, sadece ülkeden ayrılmaya çalışan silahsız kişilere ateş edilmesini haklı kılmaz. (...).

79. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun ‘Nuremberg İlkeleri’ olarak bilinen 1946 tarihli ve 95(I) sayılı kararında belirtilen ilkeler arasında şu ilke de vardır: ‘Sanığın bir emir gereğince hareket etmiş olması kendisini sorumluluktan kurtarmaz, fakat eğer Mahkeme (Tribunal) adaletin cezanın hafifletmesini gerektirdiğine karar verecek olursa, bu emir cezanın hafifletilmesinde hesaba katılabilir.

80. Mahkeme Alman mahkemelerinin karar vermeden önce başvuru lehine olan hafifletici koşulları ayrıntılı bir şekilde incelediklerini kaydeder: ‘Silahsız bir kaçağın art arda ateş edilerek öldürülmesi, olayın şartları içinde hiçbir savunmayla hukuka uygun gösterilemeyecek kadar öylesine korkunç bir fiildir ki, zihni tek yönlü doldurulmuş edilmiş bir kişi için bile insan yaşamına son verilmesi yasağını ve orantılılık ilkesini ihlal ettiği aşikâr görünmelidir’.

81. Dahası, Alman mahkemeleri ceza verirken, Demokratik Almanya’nın eski liderlerinin sorumluluğu ile başvuru sorumluluğu arasındaki farkı gereği gibi dikkate almışlar ve liderlere uzun süreli hapis cezaları verirken (*Streletz, Kesler ve Krenz*, §53), başvuruya verilen ceza tecil edilmiştir.”

[82–114]: Daha sonra Mahkeme ortak hukuki gerekçeleri tekrarladıktan sonra, Demokratik Almanya devlet pratiğinin Sözleşme’nin (1). fıkrası anlamında bir ‘hukuk’ sayılamayacağını belirtmiş ve başvuru işlediği tarihte fiillerinin Demokratik Alman hukukunda yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir bir suç oluşturduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme daha sonra konuyu uluslararası hukuk bakımından da incelemiş ve birleşmeden sonra başvuru lehine Alman mahkemeleri tarafından mahkûmiyetinin Sözleşme’nin 7(1). fıkrasını ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme’nin 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Mahkeme, şikâyetin ayrımcılık yasağı bakımından incelenebileceğini düşünmüş ve 7. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme’nin 7(1). fıkrasının ihlal edilmediğine;
2. Sözleşme’nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddeye aykırı bir ayrımcılık bulunmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

BİRİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR
(Alfabetik Sırayla)

A.D. - TÜRKİYE, no. 29986/96, 22.12.2005.....	572
ABDOLKHANI ve KARIMNIA - TÜRKİYE, no. 30471/08, 22.09.2009.....	602
AIREY - İRLANDA, no. 6289/73, 09.10.1979.....	678
AKSOY - TÜRKİYE, no. 21987/93, 18.12.1996.....	198
ALBERT ve LE COMPTE - BELÇİKA, no. 7299/75, 10.02.1983.....	699
ALİ ve AYŞE DURAN - TÜRKİYE, no. 42942/02, 08.04.2008.....	44
ALLENET de RIBEMONT - FRANSA, no. 15175/89, 10.02.1995.....	814
AMUUR - FRANSA, no. 19776/92, 25.06.1996.....	598
ANGUELOVA - BULGARİSTAN, no. 38361/97, 13.06.2002.....	476
AQUILINA - MALTA, no. 25642/94, 29.04.1999.....	531
ASSENOV ve Diğerleri - BULGARİSTAN, no. 24760/94, 28.10.1998.....	208, 527
BAKAN - TÜRKİYE, no. 50939/99, 12.06.2007.....	692
BARBERA, MESSEGUE ve JABARDO - İSPANYA, no. 10590/83, 06.12.1988.....	803
BATI ve Diğerleri - TÜRKİYE, no. 33097/96, 03.06.2004.....	224
BAZORKINA - RUSYA, no. 69481/01, 27.07.2006.....	56
BELASHEV - RUSYA, no. 28617/03, 04.12.2008.....	730
BOUAMAR - BELÇİKA, no. 9106/80, 29.02.1988.....	583
BRANNIGAN ve McBRIDE - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 14533/89, 26.05.1993.....	441
BROGAN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 11209/84, 29.11.1988.....	429
CALVELLI ve CIGLIO - İTALYA, no. 32967/96, 17.01.2002.....	98
CAMPBELL VE FELL - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 7819/77, 28.06.1984.....	662
CISSE - FRANSA [k.k.], no. 51346/99, 16.01.2001.....	467
ÇAKICI - TÜRKİYE, no. 23657/94, 08.07.1999.....	465
DAĞ ve YAŞAR - TÜRKİYE, no. 4080/02, 08.11.2005.....	489
DE JONG, BALJET VE VAN DEN BRINK - HOLLANDA, no. 8805/79, 22.05.1984.....	425, 501
DE WILDE, OOMS VE VERSYP - BELÇİKA, no. 2832/66, 18.06.1971.....	323, 588
DELCOURT - BELÇİKA, no. 2689/65, 17.01.1970.....	656
DOMBO BEHEER B.V. - HOLLANDA, no. 14448/88, 27.10.1993.....	817
DOUGOZ - YUNANİSTAN, no. 40907/98, 06.03.2001.....	275
ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA, no. 5100/71, 08.06.1976.....	412, 552, 657
ENHORN - İSVEÇ, no. 56529/00, 25.01.2005.....	593

İHAS: AÇIKLAMA VE ÖNEMLİ KARARLAR

FEDOTOV - RUSYA, no. 5140/02, 25.10.2005	485
FERRANTELLI ve SANTANGELO - İTALYA, no. 19874/92, 07.08.1996	710
FINDLAY - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 22107/93, 25.02.1997.....	716
FOX, CAMPBELL ve HARTLEY - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 12244/86, 30.08.1990	434
FREDIN - İSVEÇ (No. 2), no. 18928/91, 23.02.1994.....	727
GAFGEN - ALMANYA, no 22978/05, 01.06.2010	750
GARCIA RUIZ - İSPANYA, no. 30544/96, 21.01.1999	847
GATT - MALTA, no. 28221/08, 27.07.2010	578
GIULIA MANZONI - İTALYA, no. 19218/91, 01.07.1997	448
GOLDER - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 4451/70, 21.02.1975	672
GONGADZE - UKRAYNA, no. 34056/02, 08.11.2005	61
GORAL - POLONYA, no. 38654, 30.10.2003	541
GUZZARDI - İTALYA, no. 7367/76, 06.11.1980	557
HAUSCHILDT - DANİMARKA, no. 10486/83, 24.05.1989.....	701
HORNSBY - YUNANİSTAN, no. 18357/91, 19.03.1997	850
HUBER - İSVİÇRE, no. 12794/87, 23.10.1990.....	512
HULKİ GÜNEŞ - TÜRKİYE, no. 28490/95, 19.06.2003.....	794
ILAŞCU ve Diğerleri - MOLDOVA ve RUSYA, no. 48787/99, 08.07.2004.....	282
İRLANDA - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 5310/71, 18.01.1978.....	184, 419
JABARİ - TÜRKİYE, no. 40035/98, 11.07.2000.....	314
JOHN MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 18731/91, 08.02.1996	824
K.-F. - ALMANYA, no. 25629/94, 27.11.1997	454
K.-H. W. - ALMANYA, no. 37201/97, 22.03.2001.....	879
KARLHEINZ SCHMIDT - ALMANYA, no.13580/88, 18.07.1994.....	343
KEMMACHE - FRANSA (No. 1 ve No. 2), no. 12325, 27.11.1991	514
KHAN - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 35394/97, 12.05.2000	745
KILINÇ ve Diğerleri - TÜRKİYE, no. 40145/98, 07.06.2005.....	54
KLAAS - ALMANYA, no. 15473/89, 22.09.1993	241
KOŞTİ ve Diğerleri - TÜRKİYE, no. 74321/01, 03.05.2007.....	549
KREUZ - POLONYA, no. 28249/95, 19.06.2001	690
KUTIC - HIRVATİSTAN, no. 48778/99, 01.03.2002.....	841
LABİTA - İTALYA, no. 26772/95, 06.04.2000	248
LAMY - BELÇİKA, no. 10444/83, 30.03.1989	507
LANGBORGER - İSVEÇ, no. 11179/84, 22.06.1989.....	705

LAWLESS - İRLANDA, no. 332/57, 01.07.1961	414
M.C. - BULGARİSTAN, no. 39272/98, 04.12.2003	266
MAKARATZIS - YUNANİSTAN, no. 50385/99, 2012.2004.....	115
MANTOVANELLI - FRANSA, no. 21497/93, 18.03.1997	820
McCANN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 18984/91, 27.09.1995.....	101
MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 14310/88, 28.10.1994.....	442
NACHOVA ve Diğerleri - BULGARİSTAN, no. 43577/98, 06.07.2005.....	118
NEUMEISTER - AVUSTURYA, no. 1936/63, 27.06.1968	493
NORTIER - HOLLANDA, no. 13924/88, 24.08.1993	706
O'HARA - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 37555/97, 16.10.2001	469
OKKALI - TÜRKİYE, no. 5206/99, 12.10.2006	232
OPUZ - TÜRKİYE, no. 33401/02, 09.06.2009	70
OSMAN - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 23452/94, 28.10.1998	64
ÖCALAN - TÜRKİYE, no. 46221/99, 12.05.2005	478
ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE, no. 48939/99, 30.11.2004.....	86
PANTEA - ROMANYA, no. 33343/96, 03.06.2003.....	535
PAUL ve AUDREY EDWARDS - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 46477/99, 14.03.2002	50
PEERS - YUNANİSTAN, no. 28524/95, 19.04.2001	278
PIERSACK - BELÇİKA, no. 8692/79, 01.10.1982	695
PRICE - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 33394/96, 10.07.2001	280
RAMIREZ SANCHEZ - FRANSA, no. 59450/00, 04.07.2006.....	293
RANTSEV - KIBRIS ve RUSYA, no. 25965/04, 07.01.2010.....	348
REHBOCK - SLOVENYA, no. 29462/95, 28.11.2000.....	243
RIBITSCH - AVUSTURYA, no. 18896/91, 04.12.1995.....	195
RIVAS - FRANSA, no. 59584, 01.04.2004.....	222
SADAK ve Diğerleri - TÜRKİYE, no. 29900/96, 17.07.2001.....	829
SAKIK ve Diğerleri - TÜRKİYE, no. 23878/94, 26.11.1997	450
SALDUZ - TÜRKİYE, no. 36391/02, 27.11.2008.....	835
SALMAN - TÜRKİYE, no. 21986/93, 27.06.2000.....	36
SARAIVA DE CARVALHO - PORTEKİZ, no. 15651/89, no. 22.04.1994	708
SCHENK - İSVİÇRE, no. 10861/84, 12.07.1988.....	734
SELMOUNI - FRANSA, no. 25803/94, 28.07.1999.....	217
SILIADIN - FRANSA, no. 73316/01, 26.07.2005	345
SOERING - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 14038/88, 07.07.1989	306

İHAS: AÇIKLAMA VE ÖNEMLİ KARARLAR

SOLMAZ - TÜRKİYE, no. 27561/02, 16.01.2007	544
STEEL ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 24838/94, 23.09.1998	459
STOCKE - ALMANYA, no. 11755/85, 19.03.1991	438
STRELETZ, KESSLER ve KRENZ -ALMANYA, no.34044/96, 22.03.2001	866
STUBBINGS ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 22083/93, 22.10.1996	687
SUTTER - İSVİÇRE, no. 8209/78, 22.02.1984	844
SÜRMEİ - ALMANYA, no. 75529/01, 08.06.2006.....	722
TEIXEIRA DE CASTRO - PORTEKİZ, no. 25829/94, 09.06.1998.....	790
TEKİN YILDIZ - TÜRKİYE, no 22913/04, 10.11.2005.....	291
TOLSTOY MILOSLAVSKY - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 18139/91, 13.07.1995.....	683
TOMASI - FRANSA, no. 12850/87, 27.08.1992	188
TYRER - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 5856/72, 25.04.1978	301
ÜLGER - TÜRKİYE, 25321/02, no. 26.06.2007	853
VAN DER MUSSELE - BELÇİKA, no. 8919/80, 23.11.1983.....	335
VAN DER TANG - İSPANYA, no. 19382/92, 13.07.1995.....	525
VAN DROOGENBROECK - BELÇİKA, no.7906/77, 24.06.1982.....	328
VAN MECHELEN ve Diğerleri - HOLLANDA, no. 21363, 23.04.1997.....	785
VASILEVA - DANİMARKA, no. 52792/99, 25.09.2003	574
VILHO ESKELINEN ve Diğerleri - FİNLANDİYA, no. 63235/00, 19.04.2007	665
VO - FRANSA, no. 53924/00, 08.07.2004.....	31
W. - İSVİÇRE, no. 14379/88, 26.01.1993	516
WEEKS - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 9787/82, 02.03.1987.....	563
WELCH - BİRLEŞİK KRALLIK, no.17440/90, 09.02.1995	864
WEMHOFF - ALMANYA, no. 2122/64, 27.06.1968	496
YAĞCI ve SARGIN - TÜRKİYE, no. 16419/90, 08.06.1995.....	518
Z. ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 29392/95, 10.05.2001	260

BİRİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR
(Madde ve Konu sırasına göre)

YAŞAMA HAKKI

KÜRTAJ	31
08.07.2004 53924/00 VO - FRANSA	31
♦ <i>hamileliğin sonlandırılması - taksirle öldürme</i> (soyadı benzerliği nedeniyle yanlışlıkla kendisine tıbbi müdahale yapılan 6 aylık hamile annenin zorunlu kürtaja tabi tutulması üzerine doktor aleyhine açılan ceza davasında ceninin ceza kanunu anlamında birey olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - doğmamış çocuğun yaşama hakkı - hekimin sorumluluğu - tıbbi hata	
GÖZALTINDA ÖLÜM	36
27.06.2000 21986/93 SALMAN - TÜRKİYE	36
♦ <i>gözetiminde ölüm - şiddet sonucu ölüm</i> (gözetimine alındıktan 24 saat kadar sonra ölen kişinin sorgusu sırasında işkenceye tabi tutulduğu ve bunun da bir kalp krizine yol açarak ölüme sebebiyet vermiş olması), <i>ölüm soruşturması</i> (ölüm sonrası tıbbi inceleme eksiklikleri), <i>ölümden önce yaralama</i> (gözetiminde ölen kişinin sol ayak bileğindeki sıyrıklarla birlikte sol ayak üzerinde görülen bere ve şişlik, falaka izleriyle uyumlu olması), <i>etkili hukuk yolu</i> (başvurucunun eşinin ölümünü çevreleyen koşullar hakkında etkili bir soruşturma yapılmamış olması), <i>bireysel başvuruyu engelleme</i> (başvurucunun gözlerinin bağlanarak eşinin ölümünden sorumlu olduğu iddia edilen Terörle Mücadele Şubesine bağlı polisler tarafından sorgulanması) ■ yaşama hakkı - devletin öldürme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - işkence ve kötü muamele yasağı - işkence - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - bireysel başvuru - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü	
08.04.2008 42942/02 ALİ ve AYŞE DURAN - TÜRKİYE.....	44
♦ <i>gözetiminde ölüm - ölüm soruşturması - cezasızlık</i> (gözetimine alınan gencin 18 saat sonra hücrede ölü olarak bulunması, otopside sol kürek kemiği üzerinde geniş bir kanama tespit edildiği halde ölüm sebebinin kalp yetmezliği olarak belirlenmesi, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kaldırılarak polisler hakkında yapılan yargılama sonunda işkence ile öldürme yerine öldürme kastı olmaksızın döverek ölüme sebebiyet vermekten suçlu bulunan polislerden hangisinin ölüme sebebiyet verdiğinin belirlenmemesi ve takdirli hafifletici nedenler görülmesi üzerine cezalarının 2 yıl dokuz aya indirilmesi, fiilin ağırlığı ile verilen ceza arasında açıkça bir orantısızlık bulunması, ayrıca 4616 sayılı yasa gereğince polisler verilen cezaların infazının ertelenmiş olması nedeniyle cezalarının hiç infaz edilmemiş olması) ■ yaşama hakkı - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü	
CEZAEVİNDE ÖLÜM	50
14.03.2002 46477/99 PAUL ve AUDREY EDWARDS - BİRLEŞİK KRALLIK.....	50
♦ <i>cezaevinde ölüm - öldürülme riskine karşı korumama</i> (kadına sarkıntılıktan tutuklanmasına karar verilen şizofren kişinin cezaevinde koyulduğu hücrede yanına yerleştirilen	

ve yaralamadan tutuklu paranoid şizofren kişi tarafından dövülerek öldürülmesi, ölen gencin hücrelerine tehlikeli ve dengesiz bir kişinin yerleştirilmiş olması ve cezaevindeki tarama usulünün yetersiz olması nedeniyle devletin sorumluluğunun bulunması), *ölüm soruşturması* (idari araştırma kurulunun tanıkları ifade vermeye zorlama yetkisinin bulunmaması nedeniyle potansiyel olarak önemli delillerin toplanamaması, araştırmanın gizli tutulması için gerekçe gösterilmemesi, başvuruçuların araştırmaya sadece ifade verirken katılmaları ve araştırmada temsil edilmemiş ve tanıklara soru soramamış olmaları), *etkili hukuk yolu* (tazminat davasının giderim sağlayacak bir yol olarak görünmemesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

ASKERDE ÖLÜM 54

07.06.2005 40145/98 KILINÇ ve Diğerleri - TÜRKİYE 54

♦ *askerde ölüm - intihar riskine karşı korumama* (askerliği sırasında psikiyatrik tedavi gören kişinin birliğine döndüğünde gönderildiği nöbette silahla intihar etmesi ve bölük komutanının görevi ihmal suçundan beraat etmesi, Türk mevzuatında askerlik görevine elverişliliği şüpheli kişilerin durumu ve akıl hastalığı bulunan eratin istikrarlılık halleriyle ilgilenmekle görevli üstlerin görev ve sorumluluklarına ilişkin açık hükümlerin bulunmaması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü

KAYIP EDİLME..... 56

27.07.2006 69481/01 BAZORKINA - RUSYA 56

♦ *kayıp edilme - gözaltında öldü kabulü* (başvuruçunun oğlunun Çeçenistan'a gittikten sonra bir televizyon programında oğlunun askerler tarafından yakalandığını ve komutanın öldürme emri verdiğini duyması, hükümetin bu kişinin gözaltına alındığını kabul etmemesi), *kayıp soruşturması* (soruşturmanın olaydan bir yıl beş ay kadar sonra başlatılması), *gözaltının hukukiliği - gözaltını kaydetmeme* (gözaltına alındığı kanıtlanan kişinin tutulma tarihi, zamanı ve yeri, tutulan kişinin adı ve tutma sebebi ile tutma işlemini yapan kişinin adını içeren bir tutma kaydı bulunmaması), *etkili hukuk yolu* (başvuruçunun sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek ve tazminat almasını sağlayabilecek etkili ve pratik hukuk yolları bulunmaması) ■ yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

FAİLİ MEÇHUL ÖLÜM 61

08.11.2005 34056/02 GONGADZE - UKRAYNA 61

♦ *faili meçhul ölüm - öldürülme riskine karşı korumama* (siyasi yazıların yayımlandığı bir internet gazetesinin editörlüğünü yapan gazetecinin tehditler aldığı ve izlendiğini söyledikten dört ay sonra Eylül 2000'de kayıp edilmesi ve birkaç ay sonra bulunan başsız bir cesedin teşhis edilememesine ve ancak daha sonra DNA testiyle tespit edilebilmesi), *ölüm soruşturması* (yetkililerin failleri ortaya çıkarmaktan çok, üst düzey yetkililerin konuyla ilgisi olmadığını kanıtlamaya çalışmaları), faili meçhul yakınının duyduğu ıstırap (başvuruçuya eşinin akıbetiyle ilgili çelişkili bilgiler verilmesi ve kimliğin ancak birkaç yıl sonra kesinleşmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - işkence ve kötü muamele yasağı

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ŞİDDETİ SONUCU ÖLÜM.....	64
28.10.1998 23452/94 OSMAN - BİRLEŞİK KRALLIK	64
◆ <i>üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm - öldürülme riskine karşı korumama</i> (başvurucunun oğlunun öğretmeninin silahlı saldırısına uğrayan kocasının ölümü ve oğlunun yaralanması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü	
09.06.2009 33401/02 OPUZ - TÜRKİYE	70
◆ <i>üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm - öldürülme riskine karşı korumama - aile içi şiddet</i> (kocasından olma üç çocuk sahibi başvuru kadının ve annesinin kocadan defalarca şiddet görmeleri ve öldürme tehditlerin kamu makamlarına bildirilmesine rağmen hareketsiz kalınması nedeniyle kocanın başvuru kadının annesi öldürmesi), <i>cinsiyet bakımından farklı muamele</i> (kadınlara karşı şiddetin cinsiyet yönünden ayrımcılık oluşturması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - ayrımcılık yasağı	
TEHLİKE DOĞURAN FAALİYETLER.....	86
30.11.2004 48939/99 ÖNERİYILDIZ - TÜRKİYE [BD].....	86
◆ <i>tehlike doğuran faaliyetler - ölüm riskine karşı korumama - cezasızlık</i> (çöplük patlama riski bulunduğunu gösteren raporlar bulunmasına rağmen idari makamların yeterli tedbir almamaları sonucu çöplüğün patlaması ve meydana gelen heyelan sonucu çevredeki evlerin yıkılması üzerine başvuru kadının ailesinden 9 kişinin ve toplam 39 kişinin ölmesi), <i>ölüm soruşturması</i> (yetkililer hakkında açılan ceza davasında görevi ihmal nedeniyle çok küçük bir para cezası verilmesi) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı	
KAMU SAĞLIĞI	98
17.01.2002 32967/96 CALVELLI ve CIGLIO - İTALYA	98
◆ <i>kamu sağlığı - ölüm riskine karşı korumama</i> (riskli doğum için gerekli tedbirleri almayan ve doğum sırasında bulunmayan doktorun, bebeğin ölümü üzerine taksirle ölüm sebebiyet verme suçundan verilen hapis cezasının üst yargılaması sırasında dava zaman aşımı nedeniyle davanın düşmesi ve öte yandan davasının sulh ile sonuçlanması) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü	
DEVLETİN GÜÇ KULLANMASI SONUCU ÖLÜM	101
27.09.1995 18984/91 McCANN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK	101
◆ <i>devletin güç kullanması sonucu ölüm - terör operasyonunda ölüm - meşru savunma</i> (üç IRA üyesinin Cebelitarık'ta terör faaliyetinde bulunacakları ihbarı üzerine yakalama için hazırlan operasyonun planlama ve kontrolündeki kusurlar nedeniyle üçünün de öldürülmesi), <i>öldürülme riskine karşı korumama</i> (iç hukukta yaşama hakkını düzenleyen anayasa maddesinin hukuka uygun görülebilecek ölümle sonuçlanan güç kullanma fiilleri için mutlaka gereklilik öngörmemesi), <i>ölüm soruşturması</i> (öldürme olayına katılan güvenlik güçlerinin kapalı ancak çekişmeli olarak yargılanıp bütün deliller ortaya koyulduktan sonra beraat etmeleri) ■ yaşama hakkı - devletin yaşamı koruma yükümlülüğü - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü	
20.12.2004 50385/99 MAKARATZIS - YUNANİSTAN.....	115
◆ <i>devletin güç kullanması sonucu ağır yaralama - yakalama sırasında ağır yaralama - orantısız güç kullanma</i> (kırmızı ışıkta geçen aracı takip eden polis arabalarından kaçan	

araca yönelik çok sayıda kurşun atılması sonucu sürücünün ağır yaralanması, kullanılan gücün türü ve derecesi ve güç kullanmanın ardındaki niyet veya amacın da dikkate alınması), *ölüm soruşturması* (kırmızı ışıkta geçen sürücüyü takip eden ve silah kullanan bütün polislerin kimliklerinin belirlenmemiş olması, bütün kovanların toplanmaması) ■ yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü

06.07.2005 43577/98 NACHOVA ve Diğerleri - BULGARİSTAN [BD]..... 118
♦ *devletin güç kullanması sonucu ölüm - yakalama operasyonunda ölüm - orantısız güç kullanma* (asker firari iki Roman kökenli silahsız gencin, sıkıştırıldıkları akraba evinden kaçarken kendilerini yakalamak için gönderilen otomatik silahlı askeri timin komutanı tarafından öldürülmeleri), *ölüm soruşturması* (olay yeri incelemesi yapılmaması ve olayların yeniden kurgulanmamış olması, savcının ayrıntılı soruşturma yapmaması) *etnik köken bakımından farklı muamele* (öldürme olayında ırkçı saiki soruşturmama) ■ yaşama hakkı - devletin öldürmeme yükümlülüğü - devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü - ayrımcılık yasağı

İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI

GÖZALTINDA ŞİDDET 184

18.01.1978 5310/71 İRLANDA - BİRLEŞİK KRALLIK 184
♦ *gözaltında yaralama - idari pratik - kanıtlama sorunu* (gözaltına alınan kişilerin derin sorgulama yöntemi olarak özellikle sorgu öncesi başlık geçirme, gürültü verme, uyutmama, yiyecek ve içecek vermeme ve duvar dibine dikme şeklinde beş teknik adı verilen bir muameleye tabi tutulmaları, haklarının idari pratik şekilde ihlal edildiği iddiası) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - insanlıkdışı muamele

27.08.1992 12850/87 TOMASI - FRANSA..... 188
♦ *gözaltında yaralama - kanıtlama sorunu* (askeri kampa silahlı saldırıda bulunmaktan gözaltına alınan kişinin iki gün tutulduğu gözaltının ardından vücudunda yara bereler bulunduğu doktor raporlarıyla tespit edilmesi, polisler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucunun gözaltında kötü muamele gördüğü şikâyeti ile ilgili olarak polisler aleyhindeki soruşturmanın 5 yıl on ay sürmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (silahlı saldırı sonucu öldürme suçundan tutukluluğun 5 yıl yedi ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucunun gözaltında kötü muamele gördüğü şikâyeti ile ilgili olarak polisler aleyhindeki soruşturmanın 5 yıl on ay sürmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - makul sürede yargılanma hakkı - kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı

04.12.1995 18896/91 RIBITSCH - AVUSTURYA..... 195
♦ *gözaltında yaralama - kanıtlama sorunu* (uyuşturucu satma suçundan 45 saat kadar gözaltında tutulan kişinin salıverildikten sonra aldığı raporda kolunda ve bazı yerlerinde bereler tespit edilmiş olması; polisler aleyhine açılan davada yaraların başvurusunun gözaltında düşmesiyle meydana gelmiş olduğu düşüncesiyle beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü

- 18.12.1996 21987/93 AKSOY - TÜRKİYE 198
- ♦ *gözetiminde yaralama* (gözetiminde Filistin askısına tabi tutulan başvuruçunun koltuk altlarındaki sınırların tahrip olması nedeniyle ellerini ve kollarını hareket ettiremediğinin önüne çıkarıldığı savcı tarafından görülmesine rağmen kötü muamele soruşturması açılmaması), *kötü muamele soruşturması* (savcının öğrendiği işkence olayı hakkında soruşturma açmaması nedeniyle başvuruçunun haklarını kullanamaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü
- 28.10.1998 24760/94 ASSENOV ve Diğerleri - BULGARİSTAN 208
- ♦ *gözetiminde yaralama - kanıtlanma sorunu* (kumar oynattığı gerekçesiyle yakalandıktan sonra polislerin elindeyken babası tarafından kendisine sert bir cisimle vurulan Roman kökenli 17 yaşındaki gencin, daha sonra da karakolda polisler tarafından dövüldüğü şikâyeti), *kötü muamele soruşturması* (olayla ilgili tanık ifadelerinin alınmaması, soruşturmanın etkili yapılmaması nedeniyle tazminat alma imkânı bulunmaması), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvuruçulardan Komisyon'a başvuru yapmadıklarına dair yeminli ifade alınmış olması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü - kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı
- 28.07.1999 25803/94 SELMOUNI - FRANSA 217
- ♦ *gözetiminde yaralama* (uyuşturucu suçundan gözetim altına alınan Kuzey Afrika kökenli Belçika vatandaşının gözetiminde çok sayıda darp edilmesi ve üzerine işenmesi, yargılanan polislerin cezalarının ertelenmesi) *ceza davasının uzunluğu* (polisler aleyhine açılan ceza davasının 6 yıl yedi aydan fazla sürmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 01.04.2004 59584/00 RIVAS - FRANSA 222
- ♦ *gözetiminde yaralama* (küçük yapılı gencin, gözetiminde, testislerinden hemen ameliyat olmayı gerektirecek şekilde darp edilmesi ve polis aleyhine açılan davada polislerin meşru savunma sınırları içinde hareket ettiği gerekçesiyle polis hakkında beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - insanlıkdışı muamele - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - orantısız güç kullanma
- 03.06.2004 33097/96 BATI ve Diğerleri - TÜRKİYE 224
- ♦ *gözetiminde yaralama* (genç yaşta 15 başvuruçunun gözetiminde tutuldukları sırada darp edildiklerine dair yara bere izleri tespit edilmesi ve hamile olan bir başvuruçunun çocuğunu düşürmesi), *kötü muamele soruşturması* (dört sanık polis aleyhindeki davanın zamanaşımından düşmesi ve bir polise 2 yıl hapis cezası verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - işkence - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü
- 12.10.2006 52067/99 OKKALI - TÜRKİYE 232
- ♦ *gözetiminde yaralama - cezasızlık* (12 yaşında bir çocuk olan başvuruçuya polis merkezinde işkence yapan polisler aleyhinde yapılan yargılama sonunda asgari ceza verilmesi, tevilli ikrar bulunduğu kabul edilerek cezanın indirilmesi ve daha sonra tecil edilmesi, disiplin soruşturması açılmaması ve meslekten yasaklama cezası verilmemesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - işkence

- GÖZALTINA ALIRKEN ŞİDDET..... 241
- 22.09.1993 15473/89 KLAAS - ALMANYA 241
- ♦ *yakalama sırasında yaralama - kanıtlama sorunu - orantısız güç kullanma* (kırmızı ışıkta geçen kadın sürücüyü izleyen polislerin başvuru evine girerken yakalamak için güç kullanmaları, polisler aleyhine açılan ceza davasında orantısız güç kullanıldığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü
- 28.11.2000 29462/95 REHBOCK - SLOVENYA 243
- ♦ *yakalama sırasında yaralama - kanıtlama sorunu - orantısız güç kullanma* (başvurucunun sınırdan arabayla yasak mal geçirdikten sonra yakalama operasyonu ile çenesi kırılacak şekilde şiddet kullanılarak yakalanması, başvuru bakanlıktan tazminat talebinin bir sonuç vermemesi), *tutulma koşulları* (cezaevinde yetersiz tıbbi yardım şikâyetinde bulunan başvuru ameliyat teklifini kabul etmemesi) *tutukluluğun hukukilik denetimi* (başvurucunun salıverilme taleplerinin 20 günden fazla bir süre sonra reddedilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - kişi özgürlüğü - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı
- CEZAEVİNDE ŞİDDET 248
- 06.04.2000 26772/95 LABİTA - İTALYA 248
- ♦ *cezaevinde yaralama - kanıtlama sorunu* (mafya tipi bir örgüt üyesi olduğu şüphesiyle tutuklanan başvuru Pianosa Cezaevi'nde tutulduğu sırada tutuklulara kötü muamele yapıldığı şikâyeti), *kötü muamele soruşturması* (şikâyetin yargıç tarafından savcıya ihbar edilmesi üzerine başvuru ifadesinin alınması ve üç yıl sonra başvuruya gösterilen 262 gardiyanın fotoğraflarının fotokopilerinden başvuru failleri teşhis edememesi üzerine kovuşturmayla yer olmadığına karar verilmesi), *tutukluluğun uzunluğu* (tutukluğun yaklaşık 2 yıl sürmesi), *tutmanın hukukiliği - geç serbest bırakma* (tutuklunun salıverilme kararından yaklaşık 11 saat sonra serbest bırakılması), *mahpus haberleşmesinin denetimi* (özel güvenlik gözetim tedbirlerine tabi tutma), *seçmen kütüğünden silme* (tutuklunun seçme hakkının kaldırılması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - makul kuşku üzerine tutuklama - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - hukuka uygun tutma - haberleşmeye saygı hakkı - serbest seçim hakkı
- ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN ŞİDDETİ 260
- 10.05.2001 29392/95 Z. ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK 260
- ♦ *çocuk ihmali* (küçük yaşta dört çocuk başvuru, anne babaları tarafından ihmal edilmesi sonucu odalarının pislik içinde, yataklarının çişle ıvıslak olduğunun ve aç bırakıldıklarının tespit edilmesi ve idarenin de bunu bilmesine rağmen önlem almaması), *dava sebebi bulunmaması* (çocukların vasisinin idareye karşı açtığı tazminat davasının ihmalde bulunma veya yasal ödevi yerine getirmeme nedeniyle idareye karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle reddedilmesi), *kötü muamele soruşturması* (başvuruların idari makamın kendilerini insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye karşı korumadığı iddiaları hakkında bir karar verilmesini ve bu nedenle uğradıkları zararın tazmin edilmesine hükmedilmesini sağlayacak uygun bir yol bulunmaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele

- adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - devletin kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü
- 04.12.2003 39272/98 M.C. - BULGARİSTAN 266
- ◆ *cinsel saldırı - tecavüz* (15 yaşındaki genç kıza tanıdığı iki erkek tarafından aynı gece tecavüz edildiği şikâyeti hakkında zorlama bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - özel yaşama saygı hakkı - kişi bütünlüğü
- TUTULMA KOŞULLARI..... 275
- 06.03.2001 40907/98 DOUGOZ - YUNANİSTAN..... 275
- ◆ *sağlıksız koşullarda tutma* (yabancının aşırı kalabalık ve pis bir koğuştta uyuma, sıcak su, temiz hava, doğal ışık ve yürüme imkânı bulunmayan bir mekanda tutulması), *tutmanın hukukiliği - salıverilmesine karar verilen yabancıya savcılık görüşüyle tutma* (salıverilmesine ve geri gönderilmesine karar verilen yabancı hakkında bir mahkeme kararı veya idari bir karar olmadan sadece Başsavcılığın görüşüne dayanılarak tehlikeli olduğu gerekçesiyle tutulması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - aşağılayıcı muamele - kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma
- 19.04.2001 28524/95 PEERS - YUNANİSTAN..... 278
- ◆ *sağlıksız koşullarda tutma* (tek kişilik dar, havasız, sıcak, ışısız ve açık tuvaleti ve iki yatağın bulunduğu hücrede bir başka kişi ile birlikte tutulma) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü
- 10.07.2001 33394/96 PRICE - BİRLEŞİK KRALLIK 280
- ◆ *engelliye tutma* (iki kolundan ve ayaklarından kötürüm olan bayan hükümlünün soğuk, kendi başına tuvaleti kullanamadığı, kolaylıkla yardım isteyemediği, sağlık durumuna elverişli olmayan koşullarda tutulması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - aşağılayıcı muamele
- 08.07.2004 48787/99 İLAŞCU ve Diğerleri - MOLDOVA ve RUSYA 282
- ◆ *yalıtma içinde tutma* (yetkisiz bir mahkeme tarafından verilen ölüm cezasının infaz riski altında uzun bir süre ve tam bir yalıtma içinde ve sağlıksız koşullarda tutma ve işkence), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvurucunun Mahkeme'ye yaptığı başvuruyu geri almamakla suçlanması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - işkence - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü
- 10.11.2005 22913/04 TEKİN YILDIZ - TÜRKİYE..... 291
- ◆ *hastayı tutma* (Wernicke-Korsakoff hastalığı bulunduğu için cezasının infazı ertelenip salıverilen hükümlünün ceza ertelemesinin iptal edilerek yeniden cezaevine koyulmasına karar verilmiş olması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele
- 04.07.2006 59450/00 RAMIREZ SANCHEZ - FRANSA 293
- ◆ *yüksek güvenlikli rejim altında tutma* (uluslararası bir teröristin kısmi yalıtma altında ve tek başına tutulması), *etkili hukuk yolu* (tek başına tutmanın uzatılması kararlarına karşı başvurmasına imkân veren bir hukuk yolu bulunmaması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

CEZALAR	301
25.04.1978 5856/72 TYRER - BİRLEŞİK KRALLIK.....	301
♦ <i>bedensel ceza</i> (arkadaşını yaralamaktan yargılanıp sopalama cezasına mahkûm olan 15 yaşındaki öğrencinin cezasının karakolda hekim ve babasının önünde polisler tarafından infaz edilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - aşağılayıcı ceza - başvurunun düşürülmesi - mağdurluk statüsü - yerel gereklere göre uygulama	
RİSKLER	306
07.07.1989 14038/88 SOERING - BİRLEŞİK KRALLIK	306
♦ <i>geri verme halinde ölüm cezası riski</i> (ABD’de suç işleyip İngiltere’ye kaçan gencin geri verilmesi halinde Virjinya Eyaletinde 6-8 yıl arasında sürecek yargılama ve infaz süreci nedeniyle ölüm koridoru olgusuna maruz kalma riski), <i>etkili hukuk yolu</i> (geri vermeye karşı etkili hukuk yolları bulunması) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - devletin egemenlik yetkisi - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı	
11.07.2000 40035/98 JABARİ - TÜRKİYE.....	314
♦ <i>sınırdışı etme halinde kötü muamele riski</i> (İran vatandaşı bayan başvurusunun zina suçu işlediği ülkesine geri gönderilme halinde taşlanarak öldürülme ve kırbaçlanma riski bulunduğu halde geri gönderilmesine karar verilmesi) <i>etkili hukuk yolu</i> (başvurucunun talebinin 5 günlük süre içinde yapılmadığı için reddedilmesi üzerine BMMYK’nin devreye girmesiyle üçüncü ülkeye gönderilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - insanlıkdışı muamele - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı	

KÖLELİK VE ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI

ZORLA ÇALIŞTIRMA	323
18.06.1971 2832/66 DE WILDE, OOMS VE VERSYP - BELÇİKA.....	323
♦ <i>zorunlu çalışma - tutulan serserilerin çalıştırılması</i> (serserilerinin mahkeme kararıyla tutuldukları kampta düşük ücretle çalışıp belirli bir miktar para biriktirme zorunluluğunun bulunması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - tutulanların çalıştırılması	
24.06.1982 7906/77 VAN DROOGENBROECK - BELÇİKA	328
♦ <i>zorunlu çalışma - hükümlülerin çalıştırılması</i> (çeşitli suçlardan mahkûm olup denetimli serbestlik altında tutulan başvurusunun kendisine bulunan işlerde çalışmaya ve belirli bir miktar para biriktirmeye zorlanması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - tutulanların çalıştırılması	
23.11.1983 8919/80 VAN DER MUSSELE - BELÇİKA	335
♦ <i>zorunlu çalışma - ücretsiz hizmette bulunma yükümlülüğü</i> (stajyer avukatın Baro tarafından müdafî tayin edildiği belirli sayıda cezai davalarda ücret almaksızın ve masraflarını kendisi karşılamak suretiyle adli yardımda bulunma yükümlülüğü) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - normal yurttaşlık yükümlülüğü	

- 18.07.1994 13580/88 KARLHEINZ SCHMIDT - ALMANYA 343
- ◆ *zorunlu çalışma - ücretsiz hizmette bulunma yükümlülüğü* (yetişkin erkeklerin itfaiye hizmetlerine katılmak veya hizmete fiilen katılmayan kişilerin katkı payı ödemekle yükümlü tutulmaları) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - zorunlu çalışma yasağı - ayrımcılık yasağı - cinsiyetler arasında farklı muamele
- EV KÖLELİĞİ 345
- 26.07.2005 73316/01 SILIADIN - FRANSA 345
- ◆ *kölelik ve kulluk - ev köleliği* (Togo’lu genç kızın getirildiği Fransa’da ücretsiz olarak gün boyu evin her türlü işinde çalıştırılması ve evde yaşatılması nedeniyle yapılan şikâyetin ardından ev sahiplerinin korunmasız veya bağımlı bir kimseden ücretsiz olarak veya yeterince ücret ödmeden haksız yere hizmet edinmek ve yine aynı bu kişiyi insan onuruyla bağdaşmayan koşullar altında çalıştırmak ve yaşatmak suçlarından beraat etmeleri ve ceza kanununun kölelik ve kulluğu suç olarak düzenlenmemiş olması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - kulluk - devletin pozitif yükümlülüğü - kölelik ve kulluğu suç olarak düzenleme yükümlülüğü
- İNSAN TİCARETİ 348
- 07.01.2010 25965/04 RANTSEV - KIBRIS ve RUSYA 348
- ◆ *insan ticareti* (Rus vatandaşı genç kadının ‘artist vizesi’yle kabarede çalışmak üzere geldiği ancak fahişe olarak çalıştırılacağı Kıbrıs’ta ölümü), *gözaltının hukukiliği - sebepsiz tutma - kısa süreli tutma* (Rus vatandaşı genç kadının fahişe olarak çalıştırılacağı Kıbrıs’ta işyerinden ve kaldığı yerden ayrılması üzerine işvereni tarafından bulunup götürüldüğü polis merkezinde ve daha sonra teslim edildiği işvereni tarafından toplam iki saat kadar tutulması) ■ kölelik ve zorla çalıştırma yasağı - insan ticaretine karşı koruma yükümlülüğü - insan ticaretini soruşturma yükümlülüğü - kişi özgürlüğü - tutmanın hukukiliği - hukukun öngördüğü usule göre tutma
- ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI**
- MADDENİN UYGULANABİLİRLİĞİ 412
- 08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA 412
- ◆ *özgürlükten yoksun bırakma - asker kişilere uygulanabilirlik* (Sözleşme’nin 5. maddesinin asker kişilere uygulanabilir olup olmadığı), *askeri disiplin cezaları* (askeri disiplin cezalarının özgürlükten yoksun bırakma oluşturup oluşturmadığı) ■ kişi özgürlüğü - uygulanabilirlik
- YAKALAMA/GÖZALTI 414
- 01.07.1961 332/57 LAWLESS - İRLANDA 414
- ◆ *gözaltı süresi* (olağanüstü halde 5 ay süren gözaltı), *gözaltı sebebi* (daha önce IRA üyesi olan başvurucuyu, yetkili makamların önüne çıkarma amacı olmaksızın suç işlemesini engellemek için tutma), *haklardan yararlandırmama* (başvurucunun Sözleşme’deki haklardan yararlanamayacağı itirazı) ■ kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözaltı - suç işlemesini engellemek üzere tutma - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözaltı - hakları kötüye kullanma yasağı - olağanüstü hal

- 18.01.1978 5310/71 İRLANDA - BİRLEŞİK KRALLIK 419
- ◆ *gözetli süresi* (olağanüstü halde 28 güne kadar gözetiminde tutma), *gözetli sebebi* (IRA mensubu oldukları veya terör faaliyetlerinde buldukları kuşkusuyla gözetiminde tutma), *gözetiminin hukukilik denetimi* (olağanüstü halde kurulan gözetim komisyonuna karşı başvurma imkânı bulunması) ■ kişi özgürlüğü - olağanüstü hal - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetim - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözetim - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı
- 22.05.1984 8805/79 DE JONG, BALJET VE VAN DEN BRINK - HOLLANDA..... 425
- ◆ *gözetli sebebi* (vicdani retçi olan başvuru sahiplerinin, emre itaatsizlikte ısrar suçu işledikleri makul kuşku yanında, diğer askerler arasında disiplin sağlama amacıyla komutan tarafından önleyici gözetim altına alındıkları şikâyeti), *gözetli süresi* (başvuru sahiplerinden birinin 7, birinin 11 ve birinin 6 gün gözetiminde tutulmaları), *tutuklama yetkisi* (başvuru sahiplerinin salıverme yetkisi olmayan askeri savcı önüne çıkarıldıktan sonra tutulmalarının devam etmesi), *gözetiminin hukukilik denetimi* (başvuru sahiplerinin gözetim altına alındıktan sonra yargılamaya sevk edilinceye kadar salıverilme talebiyle başvurma imkânlarının bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetim - hukuka uygun tutma - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı - gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı
- 29.11.1988 11209/84 BROGAN ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK 429
- ◆ *gözetli süresi* (IRA üyesi olduklarından ve terör suçu işlediklerinden kuşku edilen başvuru sahiplerinden ilkinin 5 gün on bir saat, ikincisinin 6 gün on altı buçuk saat, üçüncüsünün 4 gün altı saat, dördüncüsünün 4 gün on bir saat gözetiminde tutulması), *gözetli sebebi* (gözetiminde konuşmayan başvuru sahiplerinin, yetkili makamların önüne çıkarma amacı olmaksızın bilgi toplama amacıyla idari tutmaya tabi tutuldukları şikâyeti), *gözetiminin hukukilik denetimi* (iç hukukta habeas corpus şeklinde gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı bulunması) ■ kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetim - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözetim - gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - olağanüstü hal
- 30.08.1990 12244/86 FOX, CAMPBELL ve HARTLEY - BİRLEŞİK KRALLIK 434
- ◆ *gözetli sebebi* (başvuru sahiplerinin terör faaliyetlerinde bulduklarından kuşku edilen polisler tarafından yakalama emri olmaksızın bilgi toplama amacıyla makul kuşku yerine samimi kuşkuyla gözetim altına alınmaları), *gözetiminde bilgilendirilme* (başvuru sahiplerinin tutma nedeni hakkında bilgilendirilmedikleri şikâyeti), *gözetiminin hukukilik denetimi* (başvuru sahiplerinin gözetim karşı mahkemeye başvurma yolu bulunmadığı şikâyeti) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetim - kanunen yetkili makam önüne çıkarma amacı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - gözetim karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı
- 19.03.1991 11755/85 STOCKE - ALMANYA 438
- ◆ *gözetiminin hukukiliği - yurtdışında operasyonla tutma* (hakkında mahkemece yakalama emri verilmiş olan başvuru sahibinin, hırsızlıkla yurtdışından uçakla getirilip gözetim altına alındığı şikâyeti) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma
- 26.05.1993 14553/89 BRANNIGAN ve McBRIDE - BİRLEŞİK KRALLIK... 441
- ◆ *gözetli süresi* (olağanüstü halde yaklaşık 7 gün süren gözetim) ■ kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - olağanüstü hal

- 28.10.1994 14310/88 MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK 442
- ♦ *gözetli sebebi* (IRA'ya para topladığından kuşku bulunduğu için sabah evinden gözetli altına alınıp 2 saat 45 dakika sonra salıverilen kadın başvuruçunun, yetkili makamlar önüne çıkarma amacı olmaksızın bilgi toplama amacıyla gözetli altına alındığı şikâyeti), *gözetli altında bilgilendirme* (terörle mücadele kanununun verdiği yetkiyle gözetli altına alındığı kendisine bildirilen başvuruçuya neden ötürü gözetli altına alındığı konusunda bilgi verilmediği şikâyeti), *kişisel veri toplama* (gözetli altında başvuruçuya haber vermeksizin fotoğrafinin çekilmesi fakat parmak izinin alınmaması), *konuta girme* (polislerin konuta girdikten sonra arama yapmalarını), *etkili hukuk yolu* (kişi özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı konusunda etkili bir hukuk yolu bulunmadığı şikâyeti) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli - yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla gözetli - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı - özel yaşama saygı hakkı - konuta saygı hakkı - hukuken öngörülebilirlik - suçun veya düzensizliğin önlenmesi amacı - demokratik toplumda gereklilik - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı
- 01.07.1997 19218/91 GIULIA MANZONI - İTALYA 448
- ♦ *gözetlinin hukukiliği* - *evde tutukluk kararı almak için tutma* (gözetli altına alınan başvuruçunun evde tutulması talebiyle yargıç önüne çıkarılıncaya kadar tutulmasının hukuki dayanağı bulunmadığı şikâyeti), *gözetlinin hukukiliği* - *geç serbest bırakma* (mahkeme tarafından salıverilmesine karar verilen kişinin cezaevindeki işlemleri sürecince 9 saat tutulduktan sonra cezaevinden çıkması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma
- 26.11.1997 23878/94 SAKIK ve Diğerleri - TÜRKİYE 450
- ♦ *gözetli süresi* (yasama dokunulmazlıkları kaldırılan altı başvuruçudan bazılarının 12 gün ve bazılarının 14 gün gözetli altında tutulmaları), *gözetlinin hukukilik denetimi* (gözetli altına itiraz için mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması), *kişi özgürlüğü ihlaline tazminat* (yasa gereği gözetli süresinin iç hukuka uygun olması nedeniyle tazminat alma imkânı bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - gözetli altına karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı
- 27.11.1997 25629/94 K.-F. - ALMANYA 454
- ♦ *gözetli sebebi* (dolandırıcılık suçu işlediğinden kuşku üzerine gözetli altına alınan kişinin tutulması) *gözetlinin hukukiliği* - *yasal süresinden fazla tutma* (12 saatlik yasal sürenin dolmasından sonra kimlik tespiti gereğiyle 45 dakika daha tutulması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli
- 23.09.1998 24838/94 STEEL ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK 459
- ♦ *gözetli sebebi* (avlanmayı protesto eden başvuruçuların avcıları engellemeleri ve meşgul etmeleri nedeniyle huzuru bozmaktan gözetli altına alma ve yol genişletme çalışmalarını iş makinelerinin veya kesilecek ağaçların üzerine çıkarak protesto etme nedeniyle huzuru bozmaktan gözetli altına alınmaları), *gözetlinin hukukiliği* - *suç oluşturmaman fiil nedeniyle tutma* (silah satışıyla ilgili bir konferansı protesto için bina dışında barışçıl bir şekilde bildiri dağıtma nedeniyle huzuru bozma suçundan gözetli altına alma), *yükümlülük gereği tutma* (başvuruçunun mahkemeye iyi halli davranacağına dair taahhütte bulunmaması nedeniyle tutulması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözetli - suç işlemlerini engellemek üzere tutma - yükümlülük gereği tutma - mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma
- 08.07.1999 23657/94 ÇAKICI - TÜRKİYE 465
- ♦ *gözetlinin hukukiliği* - *gözetli kaydetmeme* (8 Kasım 1993'te Hazro ilçesi Çitlibahçe köyünden gözetli altına alınan kişinin bir süre tutulduktan sonra bir daha görülmemesi ve Hükümet'in bu kişinin gözetli altına alındığını inkâr etmesi) ■ kişi özgürlüğü - kişi güvenliği - hukuka uygun tutma

- 16.01.2001 51346/99 CISSE - FRANSA [k.k.] 467
 ♦ *gözültü sebebi* (kiliseyi işgal ederek yabancıların mültecilik statüsü taleplerini duyurmak isteyen başvuru ve diğerlerinin kiliseden tahliyesi sırasında gözültüne alınmaları ve daha sonra Yabancıların Fransa'ya Girişleri ve Oturmaları Hakkında Kararname gereğince kimlik tespiti için gözültünde tutulmaları) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözültü
- 16.10.2001 37555/97 O'HARA - BİRLEŞİK KRALLIK 469
 ♦ *gözültü sebebi* (geçmişte güvenilirliğini kanıtlamış olan ve adli sicili temiz bulunan dört muhbirden alınan bilgi sonucu başvuruçunun öldürme suçu işlediğinden kuşku duyularak gözültüne alınması) *gözültü süresi* (6 gün 13 saat gözültünde tutulduktan sonra salıverilme) ■ kişi özgürlüğü - suç işlediğinden makul kuşku üzerine gözültü - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı
- 13.06.2002 38361/97 ANGUELOVA - BULGARİSTAN 476
 ♦ *gözültünün hukukiliği - gözültünü kaydetmeme* (hırsızlığa teşebbüs suçundan gece 01.00 sularında karakola getirilip sabah 05.00'te ölen kişiyle ilgili yazılı gözültü emri bulunmaksızın ve gözültü tutanağı düzelemeden tutma ve muhtemelen öldükten sonra sadece nezaret defterine kimliği bilinmeyen bir kişi olarak kaydetme) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma
- 12.05.2005 46221/99 ÖCALAN - TÜRKİYE 478
 ♦ *gözültünün hukukiliği - yurtdışında operasyonla tutma* (başvuruçunun normal iade süreci izlenmeden Kenya'dan Türkiye'ye getirilmesinin uluslararası hukuka aykırı bir gözültü olduğu şikâyeti), *gözültü süresi* (7 gün süren gözültü), *gözültünün hukukilik denetimi* (iç hukuka uygun olan gözültünde tutulma süresince gözültüne karşı mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı - gözültüne karşı mahkemeye başvurma hakkı
- 25.10.2005 5140/02 FEDOTOV - RUSYA..... 485
 ♦ *gözültünün hukukiliği - yakalama emri kaldırıldığı halde tutma* (başvuruçunun hakkındaki yakalama emri iptal edildiği halde, bu kararın işlenmemesi nedeniyle adı arama listesinde görüldüğü için iki kez gözültüne alınıp bir süre tutulduktan sonra salıverilmesi), *gözültünün hukukiliği - gözültünü kaydetmeme* (başvuruçunun gözültüne alındığına dair yetkililerden belge istemesine rağmen kendisine yakalama tutanağı verilmemesi), *kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat* (başvuruçunun haksız gözültüne ilişkin tazminat taleplerini yazılı ve sözlü olarak mahkemeye sunmasına rağmen mahkemenin bu konuda bir karar vermemesi), *mahkeme kararını icra etmeme* (haksız yere cezai soruşturma açılmış olması nedeniyle verilen tazminat hükmünün icra edilmemiş olması) *hükümden doğan alacak* (başvuruçunun lehine hükmedilen 110 Euro tazminatın ödenmemiş olması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı - mülkiyet hakkı
- 08.11.2005 4080/02 DAĞ ve YAŞAR - TÜRKİYE..... 489
 ♦ *gözültünün hukukiliği - tutuklunun cezaevinden alınıp gözültüne götürülmesi* (tutuklanıp cezaevine götürülen kişiler hakkında olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameye göre yeniden sorgulanmaları için 10 günü aşmayacak süre için tekrar jandarmaya götürülmelerine mahkeme tarafından karar verilmesi ve bu sürenin uzatılması), *gözültünün hukukilik denetimi* (yeniden gözültüne alınma kararlarına karşı mahkemeye başvurma sonucu etkili bir denetim yapılamaması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - gözültüne karşı mahkemeye başvurma hakkı

- TUTUKLAMA 493
- 27.06.1968 1936/63 NEUMEISTER - AVUSTURYA 493
- ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (vergi kaçırma suçu işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski bulunduğu gerekçesiyle 2 yıl 4 ay süren tutukluluk), *salıverilme için güvence* (başvurucunun önerdiği kefalet miktarının yeterli olmadığı gerekçesiyle güvenceli salıverilme talebinin reddedilmesi), *tutukluluğun hukukilik denetimi* (yazılı salıverilme talepleri hakkında tutukluluğun devamına ilişkin kararların kendisinin ve avukatının yokluğunda ve savcının görüşü alındıktan sonra verilmesinin silahlarda eşitlik ilkesine aykırı olduğu şikâyeti), *ceza davasının uzunluğu* (vergi kaçırma suçundan yargılanmanın 7 yıl sürmesi) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 27.06.1968 2122/64 WEMHOFF - ALMANYA..... 496
- ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (emniyeti suiistimal ve dolandırıcılık suçlarını işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski ve delilleri karartma riski bulunduğu gerekçesiyle 3 yıl 5 ay süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (emniyeti suiistimal ve dolandırıcılık suçlarından yaklaşık 4 yıl süren ceza davası) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 22.05.1984 8805/79 DE JONG, BALJET VE VAN DEN BRINK - HOLLANDA..... 501
- ♦ *tutuklama usulü* (vicdani retçi başvurucuların emirlere itaatsizlikte ısrar nedeniyle salıverme yetkisi olmayan askeri savcı önüne çıkarılmaları), *gözcü süresi* (başvurucuların yargıç önüne çıkarılmasına kadar 7, 11 ve 16 gün tutulmaları) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı - derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı
- 30.03.1989 10444/83 LAMY - BELÇİKA 507
- ♦ *tutukluluğun hukukilik denetimi* (tutuklamanın ilk 30 gününde soruşturma dosyasının şüpheliye ve avukatına gösterilmediğinden etkili bir şekilde tutuklamaya itiraz etme imkânı bulunmaması, ama dosyanın savcı tarafından görülüp tutukluluğun devamına dair görüş bildirilmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerekçe gösterilmediği şikâyeti), *tutuklulukta bilgilendirme* (tutuklama sırasında isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmediği şikâyeti) ■ kişi özgürlüğü - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - silahlarda eşitlik ilkesi - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutma nedeni hakkında bilgilendirilme hakkı
- 23.10.1990 12794/87 HUBER - İSVİÇRE 512
- ♦ *tutuklama usulü* (tutuklama kararı veren savcının daha sonra soruşturmayı yürütüp ve iddianameyi hazırlayıp duruşmaya çıkabilmesi nedeniyle savcının tarafsızlığının kuşkuya açık olması) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı
- 27.11.1991 12325/86 KEMMACHE - FRANSA (No. 1 ve No. 2) (Esas hk) 514
- ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (yurda sahte para sokma ve kullanma suçu işlediği şüphesiyle birlikte isnat edilen suçların ağırlığı ve alınabilecek cezanın yüksekliği, kamu düzenin bozulma riski, tanıklara ve suç ortaklarına baskı riski ve kaçma riski bulunduğu gerekçesiyle 2 yıl dokuz ay süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (8 yıl altı ay süren temyiz mahkemesi önündeki yargılama) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

- 26.01.1993 14379/88 W. - İSVİÇRE 516
 ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (dolandırıcılık suçları işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski ve delilleri karartma riski bulunduğu gerekçesiyle 4 yıl üç gün süren tutukluluk, tutuklu işe özel özen gösterme yükümlülüğü) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı
- 08.06.1995 16419/90 YAĞCI ve SARGIN - TÜRKİYE 518
 ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (komünizm propagandası ve örgütlenmesi ile devlet başkanına hakaret gibi suçları işlediği şüphesi ile birlikte isnat edilen suçun niteliği, delil durumu, kaçma riski gibi terimlerle gerekçesiz olarak tutuklama ve tutukluluğun devamına kararları verilerek 2 buçuk yıl süren tutukluluk), *ceza davasının uzunluğu* (devlete karşı suçlardan 4 yıl 9 ay süren yargılama) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 13.07.1995 19382/92 VAN DER TANG - İSPANYA 525
 ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (uyuşturucu ticareti suçu işlediği şüphesiyle birlikte kaçma riski, isnat edilen suçun ağırlığı gerekçeleriyle tutuklama ve tutukluluğunun devamına karar verilmesi ve soruşturmanın birleştirilmesi üzerine tutukluluğun 3 yıl 1 ay 27 gün sürmesi), *salıverilme için güvence* (savcının teminatla salıverme talebinin reddedilmesi) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı
- 28.10.1998 24760/94 ASSENOV ve Diğerleri - BULGARİSTAN 527
 ♦ *tutuklamanın hukukiliği - tutukluluğu yasal süresinden sonra uzatma* (soruşturma süresinin aşılmasının ardından iç hukuka uygun olarak tutukluluğun mahkeme tarafından uzatılması nedeniyle tutuklamanın iç hukuka uygun olması), *tutuklama usulü* (savcı kararıyla tutuklama), *tutukluluk süresinin makullüğü* (başvurucunun hüküm verilene kadar 2 yıl tutuklu kalması), *tutukluluğun denetimi* (salıverilme talebinin duruşmasız reddedilmesi ve sadece bir kez denetim yapılması), *bireysel başvuruyu engelleme* (başvuruculardan Komisyon'a başvuru yapmadıklarına dair yeminli ifade alınmış olması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - bireysel başvuruyu engellememe taahhüdü
- 29.04.1999 25642/94 AQUILINA - MALTA 531
 ♦ *tutuklama usulü* (gözüaltına alınan başvuruçunun önüne çıkarıldığı yargıcın otomatik olarak yargısal denetimini yapma ve kişiyi salıverme yetkisi bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - yargıç veya yargılama yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılma hakkı
- 03.06.2003 33343/96 PANTEA - ROMANYA 535
 ♦ *tutuklamanın hukukiliği - soruşturmadan kaçmayan kişiyi tutuklama* (başvurucu ifade vermek üzere savcının davetlerine geldiği halde soruşturulmaktan kaçındığı gerekçesiyle tutuklanmasının ulusal mahkemeler tarafından da iç hukuka aykırı bulunmuş olması), *tutuklama usulü* (savcı kararıyla tutuklanıp yargıç önüne çıkarılmadan 4 aydan fazla tutulu kalma), *tutuklamanın hukukilik denetimi* (salıverilme talebinin 4 ay sonra karara bağlanması), *kişi özgürlüğü ihlaline tazminat* (kovuşturma sona ermeden hukuka aykırı tutukluluk için tazminat alma imkânı bulunmaması), *ceza davasının uzunluğu* (başvurucu aleyhindeki ceza davasının 8 yıldır sürüyor olması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kişi özgürlüğünün ihlaline tazminat hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı

- 30.10.2003 38654/97 GORAL - POLONYA 541
- ♦ *tutuklamanın hukukiliği - yargısal karara dayanmayan tutuklama* (başvurucunun yerel mahkemenin tutuklama kararının süresinin sona erdiği tarihten sonra dava açılmış olması nedeniyle tutukluluğunun devam etmesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (başvurucuya verilebilecek cezanın ağırlığı gerekçe gösterilerek tutukluluğunun devamına karar verilmesi ve tutukluluğun 18 ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (çalıntı arabayı gizlemek suçundan açılan ceza davasının dikkate alınacak 6 yıl altı aylık yargılama süresi) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 16.01.2007 27561/02 SOLMAZ - TÜRKİYE 544
- ♦ *tutukluluk süresinin makullüğü* (silahlı örgüt üyesi olmak suçu işlediği şüphesi ile birlikte suçun niteliği, delil durumu, dosya içeriği gibi basmakalıp ifadelerle gerekçesiz tutuklama ve tutuklamanın devamına karar verme ve tutukluluğun 7 yıl 2 ay sürmesi), *ceza davasının uzunluğu* (12 yıl on bir aydır süren yargılama) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- 03.05.2007 74321/01 KOŞTİ ve Diğerleri - TÜRKİYE 549
- ♦ *tutukluluğun hukukilik denetimi* (tutukluluğun devamı kararlarına karşı başvurucuların itiraz yoluna başvurmamaları nedeniyle Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddi, tutukluluğa itiraz yolunun pratikte pek bir başarı şansı sunmaması ve sanık için gerçekten çekişmeli bir usul getirmemesi), *tutukluluk süresinin makullüğü* (2 yıl üç ay süreyle basmakalıp gerekçelerle tutukluluğun devam etmesi), *ceza davasının uzunluğu* (2 yıl yedi ay süren ceza davası) ■ kişi özgürlüğü - tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı - tutukluluğa karşı mahkemeye başvurma hakkı - kabuledilbilirlik kriterleri - iç hukuk yollarının tüketilmesi - adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı
- HAPSETME 552
- 08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA 552
- ♦ *hapisliğin hukukiliği - oda hapsi cezası* (asker kişilerden bazılarında komutan tarafından Sözleşme’de bulunmayan ancak iç hukukta askeri disiplin cezaları arasında yer alan oda hapsi cezası verilmesi), *kişi özgürlüğüne müdahale - göz hapsi cezası* (asker kişilere verilen göz hapsi cezalarının günlük işlerini yapmaktan alıkoymaması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma
- 06.11.1980 7367/76 GUZZARDI - İTALYA 557
- ♦ *hapisliğin hukukiliği - zorunlu ikamete tabi tutma* (bir adanın 800 metre çaplı bir alanında açık cezaevinde tutulmaya benzer şekilde mahkeme kararıyla zorunlu ikamete tabi tutulma) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma
- 02.03.1987 9787/82 WEEKS - BİRLEŞİK KRALLIK (Esas hk) 563
- ♦ *hapseme sebebi - koşullu salıverme kararını kaldırma* (salıverildikten sonra işlediği bazı suçlar nedeniyle cezaevine döndürülen başvurucunun ilk mahkûmiyet kararına dayanılarak hapsedilmesi), *hapisliğin hukukilik denetimi* (koşullu salıverme kararının kaldırılmasına idari makamlar tarafından karar verilmesi) ■ kişi özgürlüğü - mahkûmiyet kararından sonra hapsedilme - hapisliğe karşı mahkemeye başvurma hakkı
- 22.12.2005 29986/96 A.D. - TÜRKİYE 572
- ♦ *hapisliğin hukukiliği - oda hapsi cezası* (asker kişi başvurucuya komutan tarafından Sözleşme’de bulunmayan, ancak iç hukukta askeri disiplin cezaları arasında yer alan oda hapsi cezası verilmesi) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma

YÜKÜMLÜYÜ TUTMA	574
25.09.2003 52792/99 VASILEVA - DANİMARKA	574
♦ <i>tutmanın hukukiliği - kimlik tespiti için tutma</i> (polise kimliğini açıklamayan yaşlı kadının 13,5 saat süreyle tutulması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için tutma	
27.07.2010 28221/08 GATT - MALTA	578
♦ <i>temerrüt hapsi - adli para cezası</i> (uyuşturucu suçundan yargılanmaktayken adli kontrol altına alınan başvuruçunun belirli saatlerde sokağa çıkma yasağını bir kez ihlal etmesi üzerine tayin edilen adli para cezasını ödeyememesi nedeniyle hapse dönüştürülmesi ve toplam 5 buçuk yıl cezaevinde tutulması) ■ kişi özgürlüğü - mahkeme kararına uymama nedeniyle tutma - yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak için tutma - hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü - borç nedeniyle hapis yasağı	
KÜÇÜĞÜ TUTMA.....	583
29.02.1988 9106/80 BOUAMAR - BELÇİKA	583
♦ <i>tutmanın hukukiliği - küçüğü tutukevinde tutma</i> (kendisini kabul edecek kişi veya kurum bulunması nedeniyle 15 günü geçmeyecek bir süre için tutukevine koyulmasına karar verilen yargılanmakta olan küçük hakkında aynı işlemin 9 defa tekrarlanması), <i>tutmanın hukukilik denetimi</i> (küçüğün yeniden tutukevine yerleştirilmesine dair mahkeme kararlarının duruşma yapılmaksızın verilmesi) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - küçüğü eğitsel gözetim amacıyla tutma - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı	
HASTA, BAĞIMLI VEYA SERSERİYİ TUTMA.....	588
18.06.1971 2832/66 DE WILDE, OOMS VE VERSYP - BELÇİKA.....	588
♦ <i>tutma sebebi - serseriye koruma amacıyla tutma</i> (yaşayış tarzı itibarıyla serseri olan başvuruçuların, serseriler kampına yerleştirilerek 2 yıl süreyle tutulmalarına karar verilmesi ve belirli bir ücretle çalışıp tespit edilen para miktarını biriktirinceye kadar tutulmaları), <i>tutmanın hukukilik denetimi</i> (serserileri tutma kararı veren yargıcın kararına karşı mahkemeye başvurma imkânı bulunmaması) ■ kişi özgürlüğü - serserilik nedeniyle tutma - tutmaya karşı mahkemeye başvurma hakkı	
25.01.2005 56529/00 ENHORN - İSVEÇ	593
♦ <i>tutma sebebi - bulaşıcı hastalık taşıyanı tutma</i> (bir eşcinsel olan başvuruçunun HIV virüsü taşıdığıının ve virüsü genç bir erkeğe bulaştırdığıının anlaşılması üzerine zorunlu muhafaza altına alınması ve muhafaza kararının yaklaşık yedi yıl sürmesi, bu süre için başvuruçunun yaklaşık bir buçuk yıl iradesine aykırı olarak hastanede tutulması) ■ kişi özgürlüğü - bulaşıcı hastalık taşıyanı tutma	
İZİNSİZ GİRİŞİ ÖNLEME, SINIRDIŞI ETME VEYA GERİ VERME AMACIYLA TUTMA	598
25.06.1996 19776/92 AMUUR - FRANSA	598
♦ <i>tutmanın hukukiliği - sığınmacıyı keyfi tutmaya karşı korumadan tutma</i> (Somali vandaşı başvuruçunun, sahte pasaportla Suriye üzerinden geldiği Fransa'dan geri gönderilmesine kadar 20 gün transit bölgede hukuki güvencelerden yoksun olarak tutulması) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre tutma - ülkeye girişi önlemek amacıyla tutma	

- 22.09.2009 30471/08 ABDOLKHANI ve KARIMNIA - TÜRKİYE 602
- ♦ *tutmanın hukukiliği - sığınmacıyı keyfi tutmaya karşı korumadan tutma* (İran vatan-
daşı eski Halkın Mücahitleri Örgütü üyeleri olan başvuruçuların Türkiye'ye yasadışı
yollardan giriş yaptıkları için aldıkları cezanın ertelenmesinden sonra Muş Emniyet
Müdürlüğünde ve daha sonra nakledildikleri Kırklareli Yabancılar Misafirhanesinde tut-
ulmaları) ■ kişi özgürlüğü - hukuka uygun tutma - hukukun öngördüğü usule göre
tutma - ülkeye girişi önlemek amacıyla tutma
- ADİL YARGILANMA HAKKI**
- MADDENİN UYGULANABİLİRLİĞİ 656
- 17.01.1970 2689/65 DELCOURT - BELÇİKA 656
- ♦ *temyiz mahkemesinde ceza yargılaması* (adil yargılanma hakkının ceza davasında
temyiz mahkemesi önündeki yargılamada uygulanmayacağı itirazı) ■ adil yargılanma
hakkı - uygulanabilirlik - karara bağlama kavramı
- 08.06.1976 5100/71 ENGEL VE DİĞERLERİ - HOLLANDA 657
- ♦ *askeri disiplin yargılaması* (askeri disiplin cezalarının askeri mahkeme tarafından
incelenmesinin suç isnadını karara bağlamak olup olmadığı) ■ adil yargılanma hakkı
- uygulanabilirlik - suç isnadı kavramı
- 28.06.1984 7819/77 CAMPBELL VE FELL - BİRLEŞİK KRALLIK 662
- ♦ *cezaevinde disiplin yargılaması* (cezaevinde çıkan olaylarda direnme ve yaralama
suçlarını işledikleri gerekçesiyle cezaevi disiplin kurulu tarafından başvuruçulara ceza
infaz indirim kaybına karar verilmesi ve böylece bekledikleri tahliye tarihlerinin gecik-
mesi) ■ adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - suç isnadı kavramı
- 19.04.2007 63235/00 VILHO ESKELINEN ve Diğerleri - FİNLANDİYA 665
- ♦ *kamu görevlisi ile devlet arasında iş uyuşmazlığı* (polislerin devlete karşı ek tazminat
konusunda açtıkları davanın uzun sürmesi ve Yüksek İdare Mahkemesi tarafından du-
ruşma yapılmaması) ■ adil yargılanma hakkı - uygulanabilirlik - kişisel hak kavramı
- DAVA AÇILMASINI ENGELLEME 672
- 21.02.1975 4451/70 GOLDER - BİRLEŞİK KRALLIK 672
- ♦ *izin verilmediğinden dava açamama* (cezaevi yönetiminden avukatla görüşme izni
alamayan hükümlünün kendisine iftira eden infaz koruma memuruna karşı hukuk dava
açamaması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı
- 09.10.1979 6289/73 AIREY - İRLANDA 678
- ♦ *adli yardım verilmediğinden dava açamama* (mali gücü olmadığı halde adli yardım
alamayan başvuruçunun kocasına karşı ayrılık kararı almak amacıyla hukuk davası aç-
maması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı - uygulanabi-
lirlik - kişisel hak kavramı - devletin pozitif yükümlülüğü
- 13.07.1995 18139/91 TOLSTOY MILOSLAVSKY - BİRLEŞİK KRALLIK ... 683
- ♦ *teminat yatırılmadığından temyiz reddi* (hakaret davasında tazminat ödemeye
mahkûm edilen davacının üst başvuruda bulunabilmesi için üst başvuruyu kaybedecek
olması halinde davacı tarafın avukatlık masraflarını karşılamak üzere 124,900 Sterlin

teminat yatırması kararı verilmesi ve başvurunun bu teminatı iki hafta içinde yatıramaması nedeniyle üst başvurunun reddedilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - temyiz hakkı

22.10.1996 22083/93 STUBBINGS ve Diğerleri - BİRLEŞİK KRALLIK 687

◆ *süre yönünden davanın reddi* (küçük yaşta aile içi cinsel saldırıya maruz kalmış olduklarını geç yaşta fark eden başvuruçuların faillere karşı tazminat davası açma süresinin erginlik tarihinden itibaren 6 yıl geçmesiyle dolması nedeniyle davanın reddedilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı

19.06.2001 28249/95 KREUZ - POLONYA 690

◆ *adli yardım verilmediğinden dava açamama* (idareye karşı tazminat davasında yüksek nispi dava harcından muaf tutulma için adli yardım talebinin reddedilmesi nedeniyle dava açamama) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı

12.06.2007 50939/99 BAKAN - TÜRKİYE..... 692

◆ *adli yardım vermeme nedeniyle dava açamama* (idareye karşı tazminat davasında mali gücü bulunmayan başvuruçunun nispi dava harcından muaf tutulma için adli yardım talebinin davanın başarı şansı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - dava açma hakkı

BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ OLMAYAN YARGI YERİNDE YARGILAMA 695

01.10.1982 8692/79 PIRSACK - BELÇİKA (Esas hk) 695

◆ *savcılık yaptığı olayda yargılama yapan yargıç* (başvuruçunun adam öldürme suçundan yapılan soruşturmasında kişilere karşı suçları soruşturan savcılık bölümünde savcı başyardımcısı olarak gözetim görevi bulunmakla birlikte daha sonra aynı olayda mahkeme başkanı olarak görev yapması) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

10.02.1983 7299/75 ALBERT ve LE COMPTE - BELÇİKA 699

◆ *mesleki disiplin kurulu* (Tabip Odası tarafından verilen meslekten men cezalarının İtiraz Kurulu ve Temyiz Mahkemesi tarafından onaylandığı yargılamada Kurul üyelerinin bağımsız ve tarafsız olmadıkları şikâyeti) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yeri tarafından yargılanma hakkı

24.05.1989 10486/83 HAUSCHILDT - DANİMARKA 701

◆ *soruşturma tedbirine karar verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (suç işlediğine dair özel olarak teyit edilmiş bir kuşkunun varlığı halinde tutukluluğu öngören usul hükmü nedeniyle tutuklama ve tutukluluğun devamına karar vermiş olan yargıçının daha sonra dava mahkemesine başkanlık etmesi ve başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

22.06.1989 11179/84 LANGBORGER - İSVEÇ 705

◆ *meslekten olmayan yargıçlı mahkeme* (Konut ve Kira Mahkemesinde meslekten iki yargıçın yanında meslekten olmayan iki yardımcıının bulunması ve bu kişilerin kendilerini aday gösteren kuruluşların menfaatleri ile başvuruçunun menfaatlerinin çelişmesi), ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı

24.08.1993 13924/88 NORTIER - HOLLANDA 706

◆ *soruşturma tedbirine karar verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (tecavüz suçunu ikrar eden sanığın tutuklanmasına ve psikiyatrik rapor alınmasına karar veren yargıçın

- daha sonra yargılama yapması) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı
- 22.04.1994 15651/89 SARAIVA DE CARVALHO - PORTEKİZ 708
- ◆ *iddianamenin kabulü kararı verdiği olayda yargılama yapan yargıç* (devlet organlarını yıkarak iktidara ele geçirmekle suçlanan başvuru hakkındaki iddianamenin kabulüne karar veren yargıcın mahkeme heyetinde yer alması) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı
- 07.08.1996 19874/92 FERRANTELLI ve SANTANGELO - İTALYA..... 710
- ◆ *suç ortağından sonra ayrı davada sanığı mahkûm eden yargıç* (suç ortağını mahkûm eden kararda başvurucuların suçluluğuna değinen ifadelerle yer veren kararı veren mahkemeye başkanlık yapan yargıcın daha sonra başvuruçunun yargılandığı davada da mahkemeye başkanlık ve raportörlük yapması), *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - kötü muamele altında ikrara dayanan mahkûmiyet* (başvurucuların gözaltında kötü muamele altında ikrarda bulduklarını iddia etmeleri üzerine yapılan ek soruşturmada ikrar elde etmek için kötü muamele yapılmamış olduğundan kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiş olması), *duruşmada sorgulanamayan tanık - ölü suç ortağının önceki ifadesine dayanan mahkûmiyet* (suç ortağının suçlayıcı ifadelerde bulduktan 20 ay kadar sonra sanıklarla yüzleştirilmeden intihar etmesi nedeniyle sorgulanamaması ve sanıkların bu ifadelerle dayanılarak mahkûm edilmeleri) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı
- 25.02.1997 22107/93 FINDLAY - BİRLEŞİK KRALLIK..... 716
- ◆ *askeri mahkeme* (toplayıcı subayın askeri mahkeme üyelerini ve savcısını ataması ve suç isnadına son şeklini vermesi, yargılama devam ederken mahkemeyi kapatabilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı
- UZUN SÜREDE YARGILAMA 722
- 08.06.2006 75529/01 SÜRMEİ - ALMANYA 722
- ◆ *hukuk davasının uzunluğu* (bisiklet kazasında yaralanan başvuruçunun sigorta şirketine karşı açtığı davanın 16 yıl yedi aydan fazla bir süre devam ediyor olması), *etkili hukuk yolu* (makul sürede yargılanma konusunda anayasa şikâyeti ve tazminat davası gibi mevcut hukuk yollarının etkili olmaması) ■ adil yargılanma hakkı - makul sürede yargılanma hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı - son kararın yerine getirilmesi 749
- DURUŞMASIZ YARGILAMA 727
- 23.02.1994 18928/91 FREDIN - İSVEÇ (No. 2) 727
- ◆ *idare mahkemesinde duruşma yapmama* (ruhsat iptaline karşı davada maddi ve hukuki sorunları inceleme yetkisine sahip ilk ve tek dereceli Yüksek İdare Mahkemesinde duruşma yapmama) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - duruşmalı yargılanma hakkı
- KAPALI DURUŞMADA YARGILAMA..... 730
- 04.12.2008 28617/03 BELASHEV - RUSYA..... 730
- ◆ *kapalı duruşma* (dava dosyasında devlet sırları içeren belgeler bulunduğu ve mağdurlar ile tanıkların güvenliğinin tehlikeye düşebileceği gerekçesiyle başvuru ve suç ortaklarının davasının ilk derece mahkemesi önünde kapalı duruşmada görülerek hapis cezalarına mahkûm edilmeleri) ■ adil yargılanma hakkı - aleni yargılanma hakkı

- HUKUKA AYKIRI DELİLLE MAHKÛM ETME 734
- 12.07.1988 10862/84 SCHENK - İSVİÇRE 734
- ◆ *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - telefon dinlemeyle elde edilen kaydı kullanma* (kiralık katil olarak tutulan kişinin öldüreceği kişiye ve adli makamlara durumu haber verdikten sonra yargıç kararı bulunmaksızın kendisini öldürmekle görevlendiren başvuruyla yaptığı telefon konuşmasını kasete kaydetmesi, polise teslim edilen ve yargılamada delil olarak kullanılan bu kayıtla birlikte diğer delillere de dayanılarak başvurunun adam öldürmeye teşebbüs suçundan on yıl hapis cezasına mahkûm edilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği
- 12.05.2000 35394/97 KHAN - BİRLEŞİK KRALLIK 745
- ◆ *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - dinleme cihazıyla kaydedilen itirafları kullanma* (başvurucunun dinleme cihazı yerleştirilmiş olan arkadaşının evinde uyuşturucu suçuna karıştığı yönündeki konuşmalarının kayda alınması ve sadece bu delile dayanılarak mahkûm edilmesi), *eve yerleştirilen dinleme cihazıyla dinleme* (eve dinleme cihazı yerleştirmenin dayanağı bir mevzuat bulunmaması ve sadece Bakanlığın genelgesine dayanması), *etkili hukuk yolu* (ceza davasını gören ulusal mahkemelerin başvuruçunun özel yaşamına müdahalenin 'hukuken öngörülmüş bir müdahale' olmadığı şeklindeki Sözleşme bakımından yaptığı şikâyeti ele alamamaları ve Polis Şikâyetleri Kurulunun da bağimsız olmaması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - özel yaşama saygı hakkı - etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı
- 01.06.2010 22978/05 GAFGEN - ALMANYA 750
- ◆ *gözetiminde işkence tehdidi* (kız arkadaşının kardeşini ortadan kaldırıp fidye isteyen genci gözetimine alıp çocuğun yerini öğrenmek amacıyla ağır işkenceyle tehdit etmek) *hukuka aykırı yoldan elde edilen delil - işkence tehdidiyle alınan ikrar sonucu elde edilen maddi deli kullanma* (başvurucunun soruşturma sırasında ikrarları üzerine öldürdüğü çocuğun cesedinin ve başka bazı maddi delillerin bulunması ve daha sonra duruşmada verdiği ifadede suçu ikrar etmesi ancak önceki ikrarları delil olarak kullanılmadan mahkûm edilmesi) ■ işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü - adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - susma ve kendini suçlandırmama
- TANIĞI SORGULATMAMA 785
- 23.04.1997 21363/93 VAN MECHELEN ve Diğerleri - HOLLANDA 785
- ◆ *duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi - gizli tanık polislerin ifadesine dayanan mahkûmiyet* (başvurucuların silahlı soygun suçundan mahkûmiyetleri, kimliklerini bilmedikleri ve soruşturma yargıcı tarafından yapılan sorgulama sırasında hal ve hareketlerini göremedikleri bir düzen içinde ifadeleri alınan gizli polis tanıkların ifadelerine dayanması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı
- 09.06.1998 25829/94 TEIXEIRA DE CASTRO - PORTEKİZ 790
- ◆ *gizli soruşturmacı tanık ifadesi - ajan provokatörün duruşmadaki ifadesine dayanan mahkûmiyet* (iki gizli polisin isteği üzerine kendilerine 20 gram eroin sağlayan başvuruçunun sadece bu polislerin tanık ifadelerine dayanılarak 6 yıl hapis cezasına mahkûm olması, polislerin eylemleri olmaksızın başvuruçunun suçu işlemiş olamayacağı) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği

- 19.06.2003 28490/95 HULKİ GÜNEŞ - TÜRKİYE 794
 ♦ *duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi - istinabe yoluyla dinlenen tanık ifadesine dayanan mahkûmiyet* (başvurucunun saldırıya katıldığı şeklinde ifade veren jandarmalarla yüzleştirme yapılmadan ve duruşmada sorgulanmaları sağlanmadan istinabe yoluyla verdikleri ifadelere dayanan ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmesi), *gö-zaltında şiddet* (gö-zaltında tutulduğu sırada vücudunun çeşitli yerlerinde yara bere izleri bulunduğunu gösteren dört rapor bulunmasına rağmen kovuşturmaya yer olmadığı karar verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - tanık sorgulama hakkı - işkence ve kötü muamele yasağı - devletin kötü muamele yapmama yükümlülüğü
- DELİLLERİ TARTIŞAMAMA 803
- 06.12.1988 10590/83 BARBERA, MESSEGUE ve JABARDO - İSPANYA... 803
 ♦ *delillerin duruşmada tartışılmaması - duruşmada sorgulanamayan tanık ifadesi* (Katalan bir işadammın üzerine bomba bağlayarak ölümüne sebebiyet vermek suçundan yargılanan başvurucuların, uzun mesafeden geç nakilden sonra yorgun olarak duruşmaya çıkarılmış olmaları, heyetin beklenmedik bir biçimde değişmiş olması, bir gün süren duruşma nedeniyle yargılamanın kısalığı, işkence altında verildiği iddia edilen ikrarların delil olarak kullanılması, özel usul nedeniyle soruşturma dosyasındaki delillerin sanıkların önünde duruşmada ortaya konulup tartışılmadan kabul edilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - çekişmeli yargılanma hakkı - delillerin kabuledilebilirliği
- MASUM SAYMAMA 814
- 10.02.1995 15175/89 ALLENET de RIBEMONT - FRANSA 814
 ♦ *basın açıklamasında masumiyeti lekeleme* (Bakan ve emniyet görevlilerinin yaptıkları basın toplantısında başvurucunun öldürmeye azmettirici olduğunu açıklamaları ve başvurucunun yakalanıp tutuklandıktan sonra aleyhindeki soruşturmada takipsizlik kararı verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - masum sayılma hakkı
- TARAFIN GÖRÜŞÜNÜ ALMAMA 817
- 27.10.1993 14448/88 DOMBO BEHEER B.V. - HOLLANDA 817
 ♦ *tarafardan birini tanık olarak dinlememe* (banka ile kredi anlaşması yaptığını iddia eden şirketin genel müdürü davanın tarafı olarak kabul edilip tanık olarak dinlenmediği halde anlaşma görüşmesini yapan banka şube müdürünün taraf olarak görülmeyip tanık olarak dinlenmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - silahlarda eşitlik ilkesi
- 18.03.1997 21497/93 MANTOVANELLI - FRANSA 820
 ♦ *bilirkişinin dinlediği tanıkları sorgulayamama* (başvurucuların 20 yaşındaki kızlarının ölümüne sebep olan hepatit hastalığına ameliyatlarında kullanılan anestezi ilacının yol açtığı iddiasıyla açılan tazminat davasında istenen bilirkişi raporunun hazırlanması sürecinde bilirkişinin dinlediği hastane personeli beş tanığı başvurucuların sorgulayamamaları ve raporun dayandığı belgeleri inceleyememeleri nedeniyle bilirkişi raporuna karşı etkili yorumda bulunamamaları) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - çekişmeli yargılanma hakkı

SAVUNMA YAPTIRMAMA	824
08.02.1996 18731/91 JOHN MURRAY - BİRLEŞİK KRALLIK	824
♦ <i>gözetiminde müdafî ile görüştürmeme</i> (sanığın gözetimindeki sorgusunun ilk 48 saatinde terör eylemlerinin işlenmesi konusunda bilgi toplanmasına müdahale edeceğine veya bu tür bir eylemi önlemeyi çok daha zor hale getireceğine inanmak için makul sebepler bulunduğu gerekçesiyle avukatla görüştürmeme) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - asgari sanık hakları - avukatla savunma hakkı	
17.07.2001 29900/96 SADAK ve Diğerleri - TÜRKİYE.....	829
♦ <i>suçun niteliğinin değişmesi - ek savunma süresi vermeme</i> (başvurucuların haklarında açılan dava eski TCK 125. maddeye dayandığı halde son duruşmada silahlı çeteye üyelik suçunu düzenleyen 168. maddeden savunma yapmalarının istenmesi ve bunun için ek süre verilmeden 168. maddeden mahkûmiyet kararı verilmesi) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - delillerin kabuledilebilirliği - asgari sanık hakları - suç isnadını öğrenme hakkı - yeterli zamanla savunma hakkı	
27.11.2008 36391/02 SALDUZ - TÜRKİYE (BD)	835
♦ <i>gözetiminde müdafî ile görüştürmeme</i> (DGM kapsamına giren suçlarda gözetiminde müdafiden yararlanma hakkı bulunmaması nedeniyle yasadışı gösteriye katılmakla suçlanan başvurucuya müdafî atanmaması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - asgari sanık hakları - avukatla savunma hakkı - ücretsiz hukuki yardımla savunma hakkı	
KARAR VERMEME	841
01.03.2002 48778/99 KUTIC - HIRVATİSTAN.....	841
♦ <i>davanın durdurulması nedeniyle karar vermeme</i> (devlet aleyhine açılan tazminat davalarının konuyla ilgili yeni bir düzenleme yapıncaya kadar bu konudaki taleplerin karara bağlanmasını engelleyen yasa değişikliği nedeniyle başvurucuların tazminat taleplerinin ulusal mahkemeler tarafından yaklaşık 6 yıl karara bağlanmasının engellenmesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - karar hakkı	
ALENİ OLMAYAN KARAR VERME	844
22.02.1984 8209/78 SUTTER - İSVİÇRE.....	844
♦ <i>askeri ceza temyiz mahkemesi kararının aleniyeti</i> (cezanın temyizinin reddine dair kararın tefhim edilmeyip hüküm fıkralarının tebliğ edilmesi ve gerekçeli kararın yazı işlerinde kayda girmek suretiyle alenileşmesi), <i>askeri ceza temyiz mahkemesinde duruşma yapmama</i> (ceza davasında askeri Temyiz Mahkemesi önünde duruşma yapmadan emre itaatsizlik ve talimatlara riayetsizlik suçundan on gün hapis cezasına mahkûmiyet) ■ adil yargılanma hakkı - aleni karar hakkı - adil muhakeme hakkı - duruşmalı yargılanma hakkı	
GEREKÇESİZ KARAR VERME	847
21.01.1999 30544/96 GARCIA RUIZ - İSPANYA	847
♦ <i>alt mahkeme gerekçesini içselleştiren gerekçe</i> (avukatlık ücretiyle ilgili alacak davasında alt mahkemenin maddi ve hukuki gerekçelerinin üst mahkeme tarafından benimsenmiş olması) ■ adil yargılanma hakkı - adil muhakeme hakkı - gerekçeli karar hakkı	

KARARI İCRA ETMEME 850

19.03.1997 18357/91 HORNSBY - YUNANİSTAN..... 850
 ♦ *idari işlemi iptal eden mahkeme kararını icra etmeme* (İngiliz vatandaşı başvurucuların Yunanistan'da İngilizce dil okulu açma taleplerinin sadece Yunan vatandaşı olmamaları nedeniyle Eğitim Müdürlüğü tarafından reddedilmesi kararının Yüksek İdare Mahkemesi tarafından iptaline rağmen bu icra edilebilir nitelikteki yargısal kararların 5 yıl yerine getirilmemesi) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı

26.06.2007 25321/02 ÜLGER - TÜRKİYE 853
 ♦ *harcı ödenmeyen mahkeme kararını icra etmeme* (başvurucunun özel bir şirket olan işvereni aleyhine açtığı davada iş mahkemesi tarafından lehine tazminata hükmedilmesine rağmen mahkeme harcını ödeyememesi nedeniyle karar kendisine verilmediğinden kararı icraya koyamaması), *hükümden doğan alacak* (başvurucunun kararı icra ettirememesi maliki olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına haksız bir müdahale oluşturması) ■ adil yargılanma hakkı - mahkeme hakkı - kararın icrası hakkı - mülkiyet hakkı - mülkiyetten yararlanma

KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ

09.02.1995 17440/90 WELCH - BİRLEŞİK KRALLIK..... 864
 ♦ *kanunsuz ceza - cezanın kanuniliği - geriye yürürlü ceza - kazanç müsaderesi* (uyuşturucu suçundan elde edilen gelirin tayin ve tespitinde karinelere dayanılmasına imkân veren yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanması) ■ kanunsuz ceza olmaz ilkesi

22.03.2001 34044/96 STRELETZ, KESSLER ve KRENZ - ALMANYA 866
 ♦ *kanunsuz suç - suçun kanuniliği - geçmişe etkili yorum - öldürmeye azmettirme* (Demokratik Almanya siyasi liderleri olan başvurucuların görevde buldukları sırada sınır güvenliği rejimi bağlamında Federal Almanya'ya kaçışları engellemek için sınır boyunca döşettikleri mayınlar, kurdurdukları otomatik ateş sistemleri ve ne pahasına olursa olsun sınırların korunması için kaçanların yok edilmesine dair verdikleri emirler nedeniyle öldürme olaylarından sorumlu oldukları gerekçesiyle iki Almanya'nın birleşmesinden sonra Alman mahkemeleri tarafından Demokratik Alman kanunlarına göre yargılanıp hapis cezalarına mahkûm edilmeleri üzerine başvurucuların fiillerinin Demokratik Alman hukuku ve uluslararası hukuk bakımından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir olmadığı şikâyeti) ■ kanunsuz suç olmaz ilkesi

22.03.2001 37201/97 K.-H. W. - ALMANYA 879
 ♦ *kanunsuz suç - suçun kanuniliği - geçmişe etkili yorum - öldürme suçu* (Demokratik Almanya'da sınır koruyucu bir er olan başvurucunun yüzerek sınırı geçmek isteyen kişiye ateş ederek öldürmesi sonucu Almanya'nın birleşmesinden sonra mahkûm edilmesi üzerine başvurucunun fiilinin Demokratik Alman hukuku ve uluslararası hukuk bakımından yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir olmadığı şikâyeti) ■ kanunsuz suç olmaz ilkesi

DİZİN

Açıklamalar bölümünde atıf yapılan kararlar listesi:

(Tam referans için bk. www.echr.coe.int ve <http://ihami.anadolu.edu.tr>)

A

Abbott – Birleşik Krallık, no. 15006/89, Komisyon Raporu 390
Abdolkhani ve Karimnia 150, 151, 157, 368, 371, 393, 410
Abdullah Yılmaz 21
Abdurrahman Orak 26, 136
Abdülaziz, Cabeles ve Balkandali 127
Abdülkadir Aktaş 173
Abdülsamet Yaman 30, 138, 144, 182
A. – Birleşik Krallık 142, 158, 169, 626
Adalı 25, 26
Adolf 616
A.D. – Türkiye 384
Aerts 163, 372
Afanasyev 134
AGOSI 619
Ağdaş 25, 26, 28
Ahmed 156
Ahmet Akman 147
Air Canada 619
Airey 387, 631
Airey – İrlanda, Komisyon Raporu, 9 Mart 1977, no. 6289/73 387
Akdeniz ve Diğerleri 136
Akkoç 19, 137, 138
Aksoy 132, 133, 137, 138, 143, 144, 145, 172, 174, 382, 397
Aktaş 22, 23, 25, 26, 138
Akulinin ve Babich 139
A.K. ve V.K. – Türkiye 25
Al-Adsani 125, 128, 625
Alatulkhila ve Diğerleri 612
Albert ve Le Compte 127, 140, 158, 160, 618
Aldrian [k.k.] 620
Aleksandr Makarov 403

Algür 135, 144, 145
Ali ve Ayşe Duran 22, 29, 30
Allan 638
Allenet de Ribemont 643
Altay 133, 134, 145
Altınok 408, 409
Amekrane – Birleşik Krallık, Komiyon Raporu, no. 5961/72 152
A.M. – İtalya 651
Amuur 368, 371, 382, 392
Angelucci 634
Angelova 15, 26, 369, 373
APEH Üldözötteinek Szövetség ve Diğerleri 615
Aquilina 395, 398
Artico 636
Asch 651
Ashingade 621
Ashingdane 368, 391, 409
Assanidze 375
Assenov ve Diğerleri 172, 178, 398, 405, 407, 411
Ataman 21
Athanassoglou ve Diğerleri 611
Ayder ve Diğerleri 140
Aydın 134, 137, 138, 143, 176, 177, 178
Aydın ve Yunus 134
Aylor-Davis – Fransa, [k.k.], no. 22742/93 152
Ayşe Tepe 135, 144
Ay – Türkiye 132, 179, 180

B

Bader ve Kanbor 152
Bağrıyanık 409
Bakan 631, 814
Bakbak 135

- Balabi* 641
Balçık ve Diğerleri 129
Ballıktaş 131
Balmer-Schafroth ve Diğerleri 611
Balogh 133, 172
Balsytė-Lideikienė 619
Baranowski 409
Baran ve Hun 139
Barbera, Messegue ve Jabardo (50. md) 636
Başkaya ve Okçuğlu 859
Batı ve Diğerleri 138, 144, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181
Bazorkina 23
Beaumartin 635
Becciev 400, 401, 403
Bekirski 139
Belchev 400
Beldjoudi 128
Belousov 139
Bendenoun 617, 618
Benham 380, 617
Benthem 612
Berktaş 133, 134, 144, 179, 182
Berlinski 132, 145, 146
Berrehab 128
Bezicheire 410
Bezicheri 411
B. – Fransa 127
B. – Fransa [k.k.], no. 10179/82 388
Bilgin 140
Bıyan 134
Boden 621
Bojilov 403
Boner 610
Bora ve Diğerleri 389
Boso – İtalya [k.k.], no. 50490/99 10
Bouamar 372, 382, 383, 390
Bozano 371, 381
Böke ve Kandemir 173
Bönisch 650
Brincat 398
Brogan ve Diğerleri 388, 395, 396, 409
Brozicek 655
Brusco 616
Buijen 622
Buldan 135
Bursuc 134, 138, 176, 178
Bülbül 398
Büyükdağ 134, 181
- C**
- Cahit Demirel* 400
Caldas Ramirez de Arrellano [k.k.] 620
Calvelli ve Ciglio 19, 20, 22
Campbell ve Cosans 127, 140, 158
Campbell ve Fell 617
Canea Katolik Kilisesi 623
Cantoni 858, 859
Caraher – Birleşik Krallık [k.k.], no. 24520/94 22
Cebotari 389
Celejewski 400, 404
Ceyhan Demir ve Diğerleri 12
Cgil ve Cofferati 626
Chahal 125, 151, 156, 392, 410
Chalkley – Birleşik Krallık [k.k.], no. 63831/00 638
Chember 141, 158
Chevrol 612
Chitayev ve Chitayev 138
Ciorap 139, 150
Ciulla 378, 388
Clooth 400, 401, 403, 404
Coëme ve Diğerleri 858
Conka 371
Contrada 401
Cordova (no. 1) 624
Cordova (no.2) 626
Corsacov 135, 137, 138
Costello-Roberts 127, 157

Cruz Varas 151, 155
Cudak 614, 625
Çakıcı 10, 15, 27, 130, 136, 138, 372
Çelik (Bozkurt) 644
Çelik (no. 1) 130
Çelik ve İmret 130
Çiçek 23, 136
Çolak ve Filizer 132, 134

D

Dacosta Silva 385
Dağ ve Yaşar 383
Dalan 132, 179
Daoudi 156
Davran 629
D. – Birleşik Krallık 151, 154
De Cubber 632
Dedovskiy 130, 139, 148
De Geouffre de la Pradelle 612, 621, 629
De Jong, Baljet ve Van Den Brink 395, 396, 398, 406
Delcourt 610, 633
Delta 161, 651
Demicoli 633
Demiray 25
Demirel 400
De Moor 612
Denizci ve Diğerleri (Tufansoy ve Diğerleri) 144
Desde 638
Deweer 616, 634
De Wilde, Ooms ve Versyp 127, 320, 366, 392, 406
D.G. – İrlanda 169
Dhoest – Belçika, 14.05.1987 Komisyon raporu 166
Diana 634
Dikme 137, 138, 144, 179, 181, 394
Dink 24, 28
D.N. – İsviçre 407

Dombo Beheer 636
Doorson 652
Dougoz 161
Douiyeb 371
D.P. ve J.C. – Birleşik Krallık 171
Drozdz ve Janousek 386
Dujardin – Fransa [k.k.], no. 16734/90 30
D. ve Diğerleri – Türkiye 153

E

Ecer ve Zeyrek 861
Eckle 634
Efstratiou 127, 160
Egmez 144, 175, 411
Ellès ve Diğerleri 615
Emine Araç 615
Enea 615, 618
Engel ve Diğerleri 367, 384, 617
Enhorn 372, 391, 392
Erdoğan Yağız 140
Ergi 23, 24
Erikan Bulut 130
Eriksson 622
Erkalo 376
Erkan İnan 408
Erno Szabo [k.k.], no. 28578/03 377
Ernst ve Diğerleri 627
Escoubet 618
Esen 134
Evans 10
E. ve Diğerleri – Birleşik Krallık 142, 171
Ezeh ve Connors 618

F

Farbtuhs 165
Farcaş – Romanya [k.k.], 32596/04 621
Farrantelli ve Santangelo 652
Fayed 612, 624
Fazıl Ahmet Tamer ve Diğerleri 183
Fedina 22

Fedotov 373, 379
Ferrazzini 615
Findlay 633
Finucane 28
Fischer [k.k.] 620
Fiume 614
Fogarty 624, 625
Fox, Campbell ve Hartley 389, 393, 394, 406
Freda – İtalya [k.k.], no. 8916/80 381, 387

G

Gabarri Moreno 861
Gafgen 125, 127, 140, 638, 639, 648
Garcia Alva 408, 409
Gast ve Popp 620
Gavril Yosifov 406
Gebremedhin [Gaberamadhien] 156
Gennadiy Naumenko 180
Georgiadis – Yunanistan 611
Georgieva 403
Giulia Manzoni 375
Giuliani ve Gaggio 17
Gladani Yehova Şahitleri Kongresinin 97 üyesi ve Diğer 4 Başvurucu 170
Golder 620, 621
Gorou (no. 2) 611, 613
Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri 611, 612
Göç 637
Göçmen 640
Gök ve Güler 130
Gömi ve Diğerleri 130, 148
Grauslys 371
Grava 385
Guisset 642
Guzzardi 127, 367, 384
Gül 18, 22, 24, 25, 26, 27, 28
Güleç 23, 28
Gülmez 615
Gültekin ve Diğerleri 134
Güveç 165

H

Hacı Özen 131, 640
Hadjianastassiou 647
Hamiyet Kaplan 25
Hamiyet Kaplan ve Diğerleri 18, 25
Harutyunyan 639, 640
Hasan Kılıç 134, 135, 144
Hauschildt 633
Heglas 637
Helmers 615, 621
Henaf 127, 169
Herczegfalvy 127
Hilda Hafsteinsdottir 372
H.L.R. – Fransa 154
H.M. – İsviçre 370
H. – Norveç [k.k.], no. 17004/90 10
Hokkanen 635
Hood 398
Hornsby 616, 635
Hristova 403
Huber 398
Hubka 642
Hugh Jordan 10, 23, 24, 26, 27, 28, 29
Hulki Güneş 639, 651, 654
Hussain 407
Hüseyin Habip Taşkın 649
Hüseyin Turan 618

I

I.A. – Fransa 401
Ilaşcu ve Diğerleri 137, 138, 166, 386
Ilijkov 401
Imbrioscia 610, 619, 648
Incal 633
Indelicato 181
Iorgov 157
Isgro 652, 654
Ivan Atanasov 611
Ivan Vasilev 145, 148
Iversen – Norveç, no. 1468/62 320

Iwanczuk 168, 403
İğdeli 410
İlhan 10, 138, 144, 175
İpek 25, 26
İpek ve Diğerleri 388, 389, 396
İrlanda – Birleşik Krallık 11, 126, 129, 136, 137, 140, 143, 397, 398

J

Jabari 153, 156
Jablonski 400, 402, 635
Jalloh 638, 640, 648
Jamil 857
Jarvinen [k.k.], no. 30408/96 368
Jecius 378
Johansen – Norveç [k.k.], no. 10600/83 387
Johnson 391
Juriscic ve Collegium Mehrerau 615
Jussila 617, 618

K

Kaba 631
Kafkaris 160, 618, 858
Kakoulli 18
Kalashnikov 140, 162, 635
Kamasinski 645
Kampanis 407
Karademir 178
Karakaş ve Yeşilirmak 132
Karakoç ve Diğerleri 633
Karayiğit 134, 136
Karlheinz Schmidt 321
Kart 619, 626
K. – Avusturya 387
Kaya 21, 25, 26, 631
Keenan 21, 164
Kemmache (no. 3) 399
K.-F. – Almanya 374
Khadisov ve Tsechoyev 139
Khan 638

Khashiyev ve Akayeva 12
Kıbrıs – Türkiye 20
Kılıç 19
Kılınç ve Diğerleri 21
Klaas 133
Klaus Altmann (Barbie) – Fransa, Komisyon [k.k.], no. 10689/83 381
Kmetty 131, 179
Koçak 138
Kokkinakis 857, 858
Kolu 648
Kononov 862
Korbely 863
Kostovski 650, 653
Koştı ve Diğerleri 407
Kök 612
König 610, 612, 613, 634
Krastanov 148
Kremzow 647
Kress 636
Kreuz 630, 631
Krocher Moller 647
Kudla 139, 140, 141, 158, 160, 163, 164, 166
Kurnaz ve Diğerleri 129
Kurt 15, 140, 372
Kübler 615
Kyprianou 618, 646

L

Labita 125, 135, 179, 375, 389, 400
Labzov 140, 161, 162
Ladent 394
Lamy 394, 408, 409
Lanz 406
Lawless 377, 388, 397, 857
L.C.B. – Birleşik Krallık 14
Le Compte, Van Leuven ve De Meyere 611, 612, 633
Letellier 400, 402, 404, 410
Leva 389

Levinta 639
 Lewandowski ve Lewandowska 132, 134, 146
 Lietzow 407, 408, 409
 Ligue du Monde Islamique ve Organisation Islamique Mondiale du Secours Islamique 623
 Lobo 637
 Lopata 178
 Lopez Ostra 128
 Löffler 620
 Luc Reinette – Fransa Komisyon [k.k.], no. 14009/88 381
 Lukanov 379

M

Maaouia 615, 619
 Mahmut Kaya 19, 25, 27, 135, 170
 Makaratzis 10, 16
 Mamadov 129
 Mamatkulov ve Askarov 151, 152
 Mammadov (Jalaloğlu) 138
 Mangouras 403
 Mansuroğlu 14
 Marcx 127
 Martinez Sala 130
 Maslova ve Nalbandov 139
 Mastromatteo 22
 Matencio 164
 Mattoccia 645
 Matznetter 402, 404
 Maxwell 610
 M.C. – Bulgaristan 136, 139, 142, 171
 McCann ve Diğerleri 1, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 21, 22
 McFeeley ve Diğerleri – Birleşik Krallık [k.k.], 8317/78 166
 McFeeley ve Diğerleri – Birleşik Krallık [k.k.], no. 8317/78 161
 McFeeley ve Diğerleri [k.k.], no. 8317/78, 15.05.1980 168

McGlinchey 163
 McKay 394, 395
 McKerr 28
 McMichael 615
 McVeigh, O'Neill ve Evans – Birleşik Krallık, Komisyon Raporu, no. 8022/77 388
 McVeigh ve Diğerleri [k.k.], no. 8022/77 372
 Medvedyev ve Diğerleri 366, 371
 Meftah ve Diğerleri 620
 Megyeri 407, 411
 Mehmet Emin Yüksel 135, 173, 176
 Mehmet Eren 173
 Mehmet ve Suna Yiğit 630, 631
 Menemen Minibüsçüler Odası 623
 Menesheva 138
 Meral 637
 Messina (no. 2) [k.k.], no. 25498/94 166
 Mialhe no. 2 610
 Minelli 643
 Mitreski 368
 Moldovan (no. 2) 622
 Mooren 371, 409
 Mouisel 148, 163, 169
 Moussa [k.k.], no. 28897/95 403
 Muminov 382
 Muradova 129, 133
 Murray 388, 394, 396, 619, 648
 Mustafa İlhan – Türkiye [k.k.], no. 33658/04 132
 Mustaqim 128
 Musuc 403

N

Nachova ve Diğerleri 11, 12, 18, 22, 24, 25
 Nart 400
 Nasri 128
 Navarra 410
 N.C. – İtalya 411
 Necdet Bulut 146
 Neumeister 402, 634

Nevmerzhitsky 128, 138, 149, 150, 161
Nideröst-Huber 637
Niedbala 395
Nielsen 369
Nikolova 367, 398, 407, 409, 410
Nikolova (No. 2) 367
Nitecki – Polonya [k.k.], no. 65653/01 20
Novotka [k.k.], no. 47244/99 127, 368
Nuray Şen 135, 397
Nuray Şen (no. 2) 25, 26
Nuray Şen (no.2) 135
Nurmagomedov 162, 619
Nurmagomedov – Rusya [k.k.], no. 30138/02 162

O

Obermeier 635
Oğur 18, 23, 25
O'Hara 372
Okkalı 138, 173, 183
Oleksiy Mykhaylovych Zakharkin 181
Olujic 614
Onoufriou 166
Opuz 19, 136, 139, 169, 170
Orhan 26, 129, 136
Oršuš ve Diğerleri 615
Osman 19, 624, 627
Osmanağaoğlu 651
Osman Sukut [k.k.], no. 59773/00 614
O. – Türkiye 135
Oya Ataman 147
Öcalan 127, 157, 166, 167, 381, 648
Öcalan [k.k.] 620
Öktem 138, 144
Öneryıldız 10, 20, 22, 29, 173
Örs ve Diğerleri 640
Özalp ve Diğerleri 26
Öztürk 616, 617, 618

P

Paduret 139, 182
Paksas 614, 619
Pantea 136, 139, 170
Papon (no. 1) [k.k.], no. 64666/01 165
Paradis [k.k.], no. 4065/04 387
Paşa ve Erkan Erol 20
Peers 140, 162
Pélissier ve Sassi 646
Perez 29, 612, 616, 621
Perez de Rada Cavanilles 630
Perk ve Diğerleri 14, 17
Pezone 376
P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık 638
Philips 644
Philis 623
Phillips 619
Pierre-Bloch 615, 619
Piersack 633
Pilcic 163
Pocius 615
Polonskiy 139, 144
Powell – Birleşik Krallık [k.k.], no. 43305/99 20
Pretty 128
Price 165
Pridatchenko ve Diğerleri 614
Pruneanu 129
P.S. – Almanya 651
Pudas 622
Pullar 633

Q

Quinn 375

R

Rachdad 638, 651
Raimondo 368, 619
Ramirez Sanchez 127, 166, 167
Rampogna ve Murgia – İtalya [k.k.], no.

40753/98 621
 Ramsahai ve Diğerleri 18
 Raninen 169
 Rantsev 317, 319, 321, 322, 366, 367
 Rehbock 129, 132, 145, 146, 410, 411
 Reyntjens – Belçika [k.k.], 16810/90 388
 Ribitsch 132, 134, 142
 Ringeisen 612, 613
 Rivas 134, 144
 R.M.D. – İsviçre 406
 Rodoplu 634
 Rohde 166
 Romańczyk 616
 Ruiz 614
 Rutten 406

S

Saadi 151, 372, 392
 Sabeur Ben Ali 398
 Saccoccia [k.k.] 620
 Sadak ve Diğerleri 646, 651, 654
 Saidi 651
 Sainte-Marie 633
 Sakık ve Diğerleri 406, 407, 411
 Salabiaku 644
 Salah Sheekh 151
 Salduz 648, 649
 Salman 13, 15, 24, 26, 129, 133, 135,
 137, 138
 Salmanoğlu ve Polattaş 145, 173
 S. – Almanya, no. 9686/82 320
 Salvador Torres 645
 Sambăta Bihor Greco-Catholic Parish 612
 Samoylov 139
 Sarban 148
 Sar ve Diğerleri 396
 Satık ve Diğerleri 129, 133, 148
 Saunders 648
 Savino ve Diğerleri 614
 Saya ve Diğerleri 129

Schenk 3, 637, 638
 Schiesser 398
 Schöps 407, 408, 409
 Scoppola (no. 2) 857
 Scoppola no 2 862
 Scott 405
 Seguin – Fransa, [k.k.], no. 42400/98 319
 Sekanina 644
 Selçuk ve Asker 140
 Selmouni 129, 132, 136, 138, 143
 Serkan Yılmaz ve Diğerleri 147
 Sevgin ve İnce 129, 411
 Sevim Güngör [k.k.], no. 75173/01 22
 Sevim Güngör – Türkiye [k.k.], no.
 75173/01 20
 Sevtap Veznedaroğlu 175
 Seyhan 11, 27
 Shannon 639
 Shchukin ve Diğerleri 174
 Sheydayev 148
 Shishkov 409
 Šikić 614
 Siliadin 319
 Silih 21
 Silva Pontes 635
 Simirnova 401
 Singh 407, 410
 Skrobol 403
 Sliadin 317, 318
 Slimani 22, 23, 172
 Smith ve Grady 128, 140
 Soering 125, 126, 128, 150, 151, 152, 381
 Solmaz 400
 Somogyi 411
 Soner Önder 135
 Söylemez 640
 Sporrong ve Lönnroth 612
 Stafford 372
 Stagno 629
 Staszewska 129, 145

Steel ve Diğerleri 371, 387, 388
Steel ve Morris 631
Stegarescu ve Bahrin 615
Stepuleac 389
Stocke – Almanya, no. 11755/85, 12.10.1989, Komisyon Raporu 381
Stoichkov 386
Storck 367, 370
Stögmüller 401, 402, 404
Strelentz, Kessler ve Krenz 860
Streletz, Kessler ve Krenz 9
Stubbings ve Diğerleri 628, 629
Sultan Öner ve Diğerleri 379
Sunal 135, 176
Suominen 400
Süheyla Aydın 13, 25, 26, 382
Svispsta 409
S.W. – Birleşik Krallık 857, 859
Szabó [k.k.] 620
Szücs 642
Şemsi Önen 25, 26
Şevk 410
Şimşek ve Diğerleri 16, 17, 18

T

Talat Tepe 176, 389
Tanış ve Diğerleri 15
Tanlı 15, 26, 29, 135, 372
Tanrıkulu 25, 27, 389
Tarariyeva 148
Taşkın ve Diğerleri 611, 615
T. – Birleşik Krallık 127, 159, 372
Teixeira de Castro 618, 637
Tekdağ 26
Tekin 130, 161, 174
Tekin Yıldız 164
Telfner 644
Tepe 26, 131, 135
Teren Aksakal 28, 30
Tigran Ayrapetyan 175

Timurtaş 13, 16, 140
Tinnelly & Sons Ltd ve Diğerleri ve McElduff ve Diğerleri 612
Tolstoy Miloslavsky 858
Tomasi 133, 136, 612
Toporkov 131
Toteva 181
Toth 404, 406, 407
Töre 635
Tre Traktörer Aktiebolag 612, 622
Triggiani 634
Trijonis[k.k.], no. 233302 368
Tsirlis ve Kouloumpas 127, 380
Tuna 30
Tuncer ve Durmuş 134
Tunç 635
Türkan 131, 132, 145
Türkmen 135, 138, 144, 173
T.W. – Malta 394, 398
Tyrer 127, 140, 141, 157

U

Union Alimentaria Sanders S.A. 635
Unterpertinger 651
Ülke 141, 159, 320

V

Vachev 368
Valasinas 162, 168
Valsamis 127
Van de Hurk 641
Van der Leer 382, 393, 394
Van der Mussele 319, 320, 321
Van Dersluijs, Zuiderveld ve Klappe 395
Van der Ven 166, 168
Van Droogenbroeck 319, 320, 386, 406
Van Mechelen ve Diğerleri 638, 651, 653
Vanyan 620
Varbanov 391
Vasilchenko 614

Vasileva 372, 391

Vayıç 405

Vera Fernández 619

Vermeulen 637

Vilho Eskelinen ve Diğerleri 613

Vilvarajah ve Diğerleri 150, 154, 155

Vladimir Romanov 129, 139, 148

Vo – Fransa 10, 22

Volkan Özdemir 129, 173

Vrencev 403

W

Wassink 411

Weeks 366, 368, 386, 407

Welch 617, 857

Wemhoff 385, 399, 402

Wieczorek 631

Winterwerp 371, 372, 391, 622

Wiot 634

W. – İsviçre 389, 400

Witold Litwa 372, 391

Wloch 407

W., X., Y. ve Z. – Birleşik Krallık [k.k.], no. 3435/67 320

X

X. – Almanya [k.k.], no. 8819/79 369

X. – Avusturya [k.k.], no. 8278/78 369, 387

X. – Birleşik Krallık 406

X. – Federal Almanya [k.k.], no. 6659/74 387

X. – Fransa 635

X. – İsviçre [k.k.], no. 8500/79 390

X ve Y – Hollanda 171

X. ve Y. [k.k.], no. 7376/76 369

Y

Yağcı ve Sargın 400, 402, 403

Yakovlev 637

Yankov 169

Yasin Ateş 13

Yavuz 132

Yaz 134, 144

Y.B. ve Diğerleri 643

Yılmaz Karakaş – Türkiye [k.k.], no. 68909/01 167

Yoldaş 648, 649

Yusuf Gezer 175

Z

Zagorodnikov 637

Zapletal (k.k. 611

Zarb Adami 321

Zelilof 129

Zengin 25

Zeynep Avcı 131, 374

Zimmermann ve Steiner 636

Zülcihan Şahin ve Diğerleri 176

Z. ve Diğerleri – Birleşik Krallık 136, 142, 171, 627, 628

