



ankarabarusu  
**İNSAN HAKLARI HUKUKU**  
araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

# İNSAN HAKLARI

(KONFERANSLAR)

(14 NİSAN 2006 - 26 ARALIK 2006)

ANKARA BAROSU İNSAN HAKLARI MERKEZİ YAYINLARI  
ANKARA 2006

Necatibey Caddesi No : 51 Kat : 7 Kızılay/Ankara/TÜRKİYE

Tel : 0 312 230 72 57 - 58 ● Faks : 231 78 91

<http://www.abihm.org> ● e-mail: info@abihm.org

**İNSAN HAKLARI**  
**(KONFERANSLAR)**  
**(14 NİSAN 2006 - 26 ARALIK 2006)**

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları  
Telif Hakkı © Ankara Barosu, 2006.

Bu yayınlara ilgili olarak 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Ankara Barosu'nun yazılı izni alınmadan çoğaltılamaz.

1. Baskı  
1000 adet basılmıştır.

Bu kitapta belirtilen görüşler katılımcılara ait olup, Ankara Barosu bunlardan dolayı herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

**İletişim Adresi:**

Ankara Barosu Başkanlığı  
Ankara Adalet Sarayı Kat: 5  
(06100) Sıhhiye / Ankara  
Tel : + 90 (312) 310 55 26  
Faks : + 90 (312) 309 22 37  
E-Posta : ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr  
Web : www.ankarabarusu.org.tr

**Baskı** : Ustaoglu Basım Yayın Ltd. Şti.  
Tel : + 90 (312) 229 64 81

## SUNUŞ

18 Mart 2005'de başladığımız İnsan Hakları Eğitimi Programlarının ilk ikisini çok değerli bilim ve düşün insanlarının konferansları ile gerçekleştirdik.

Bu eğitim programında insan haklarının felsefi ve hukuksal temelleri üzerinde geniş biçimde durulmuş olup, üçüncü program ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ışığında incelenerek, üç programı bir bütünlüğe ulaştırılmıştır.

Her üç programa gösterilen ilgi her türlü övgüyü hak edecek derece olmuştur. İlk iki eğitim programına dahil konferanslar Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin yayını olarak, daha önce bir kitap halinde meslektaşlarımızın ve konuya ilgi duyanların yararlanmasına sunulmuştu.

Aslında buradaki "konuya ilgi duyanlar" ibaresi bir doğruyu tersinden ifade etmektedir. Ne yazık ki insan hakları, sanki, sadece bu konuya ilgi duyanların ve entelektüellerin meraklarını giderdikleri özel bir alanmış gibi algılanmaya devam ediliyor. Oysa, sadece bir insanın dahi hak ve özgürlüğünün ihlali, tüm bireylere yönelmiş olan bir tehdittir.

İnsan haklarına dayalı ulusal ve uluslararası bir düzenin kurulması insanların ortak hedef olmalıdır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, insan haklarını korumayı amaçlayan uluslararası sözleşmelerin imzalandığını, örgütlerin kurulmaya ve oluşturulan bir kısım mekanizmalar ile üye devletlerin denetlenmeye başladığını görmekteyiz. Her ne kadar bunların biri hariç yaptırım gücü bulunmasa da üye devletler aleyhine alınan tavsiye kararlarının hükümetlerce göz ardı edilmesinin mümkün olmadığı da görülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise, hak ihlallerine Karşı bireysel başvuruları inceleyip karara bağlamak yetkisine sahip bir mahkemeye vücut vermiş ve bu mahkemenin kararlarını yerine getirme gücüne sahip

mekanizmaları da oluşturmuştur; bu özellikleri ile de insan hakları tarihinde özel bir yer edinmiştir.

A.i.H.Mahkemesi kararları, İnsan Hakları Hukukunun en önemli kaynaklarından biridir. Hak ve özgürlüklere ilişkin yorumları, oluşturduğu kurallar ve koyduğu ölçütler ile insan haklarına dayalı ulusal ve uluslararası düzenin oluşmasına katkı sağlamakta ve üye devletlere de yapılması gereken düzenlemelerin içeriği, biçimi ve yönü hususunda yol göstermektedir; daha da ötesinde onları siyasal, ekonomik, hukuksal önlemler almaya zorlamaktadır. Bu kararların neler olduğunu yakından görmek bizler için bulunmaz bir fırsat olmuş ve pek çok eksikimiz bu konferanslar ile giderilmiştir.

Son eğitim programında AiHM'nin kararları ışığında, Sözleşmenin 3, 5, 6, 8, 9 ve 10. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlükleri ile işkence yasağı üzerinde durulmuştur. işkence yasağına ilişkin konferansın daha sonra bir kitaba dönüştürülmesi düşüncesinden hareketle, sayın Prof. Dr. Semih GEMALMAZ tarafından hazırlanan eser Baromuz insan Hakları Merkezinin yayınları arasında yerini almıştır.

Çok değerli bilim adamlarının ve A.i.H.Mahkemesi yargıcının engin bilgi ve deney birikiminin ürünü olan bu eserin baromuza, meslektaşlarımıza ve tüm hukuk topluluğuna yararlı olması diliyoruz ve umuyoruz.

Saygılarımızla,

**Av. Erdal MERDOL**  
**İnsan Hakları Merkezi Başkanı**

# İÇİNDEKİLER

|   |     |
|---|-----|
| ÖNSÖZ   | VII |
| Av. Erdal MERDOL<br>İnsan Hakları Merkezi Başkanı   |     |
| ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI  | I   |
| 14 Nisan 2006<br>KONUŞMACI : Av. Güney DİNÇ, İzmir Barosu                                 |     |
| AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN<br>6. MADDESİNDE DÜZENLENEN ADİL YARGILANMA HAKKI      |     |
| 21 Nisan 2006<br>KONUŞMACI : Rıza TÜRMEEN, AİHM Yargıcı                                   | 63  |
| İŞKENCE YASAĞI  |     |
| 28 Nisan 2006<br>KONUŞMACI : Prof. Dr. Semih GEMALMAZ, İstanbul Üniversitesi              |     |
| DÜŞÜNCE, VİCDAN, DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ   | 111 |
| 09 Mayıs 2006<br>KONUŞMACI : Prof. Dr. Mithat SANCAR, Ankara Üniversitesi                 | 115 |
| Bu Konferans Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezince ayrı bir kitap olarak yayınlanmıştır. |     |
| AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA<br>"ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI"         |     |
| 26 Mayıs 2006<br>KONUŞMACI : Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Galatasaray Üniversitesi         | 151 |





**ANKARA  
BAROSU**

**İNSAN  
HAKLARI  
MERKEZİ**

# III. İNSAN HAKLARI EĞİTİM PROGRAMI

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından planlanan III. İnsan Hakları Eğitimi Programı 14 Nisan - 26 Mayıs tarihleri arasında uygulamaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında tartışılacağı bu eğitim programıyla, daha önce düzenlenen I ve II. İnsan Hakları Eğitimi Programı bütünlenmiş ve hukukçuların insan hakları mücadelesinin teknik boyutu ve ulusal/ulusalüstü hukuki süreçleriyle ilgili bilgileri zenginleşmiş olacaktır.

Değerli hukukçuların yürüteceği bu programı izleyenlere "*Katılım Belgesi*" verilecektir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KONFERANSLAR

**14 Nisan 2006**

**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (M. 8)**

**Av. Güney Dinc  
İzmir Barosu**

**21 Nisan 2006**

**Adil Yargılanma Hakkı (M. 6)**

**Rıza Türmen  
AİHM Yargıcı**

**28 Nisan 2006**

**İşkence Yasası (M. 3)**

**Prof. Dr. Semih Gemalmaz  
İstanbul Üniversitesi**

**12 Mayıs 2006**

**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü-İfade Özgürlüğü (M. 9-10)**

**Doç. Dr. Mihrat Sancar  
Ankara Üniversitesi**

**26 Mayıs 2006**

**Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (M. 5)**

**Prof. Dr. Köksal Bayraktar  
Galatasaray Üniversitesi**

**Tüm Program İçin**

**Saat: 16.00 - 16.40**

**(çay arası)**

**16.50 - 17.30**

**Program İçin Başvuru Formları**

**ABIHM'den (Necatibey Cad. No: 51 Kat: 7)**

**ve**

**Baro kaleminden temin edilebilir**

**Yer : Ankara Barosu Eğitim Merkezi (İhlamur Sokak No: 1 Yenışehir/ANKARA)**

**Katılım Belgesi Kokteyli: 26 Mayıs 2006, Saat: 18.00**







**ankarabarusu**  
**İNSAN HAKLARI HUKUKU**  
araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

## **ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI**

**KONUŞMACI**

**Av. Güney DİNÇ**  
İzmir Barosu

**14 Nisan 2006**



---

## ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI

---

**SUNUCU** : Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi'nce düzenlenen III. İnsan Hakları Eğitimi Programının ilk konferansına hoşgeldiniz. Bugünkü konuğumuz, Av. Güney Dinç, Konumuz "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması". Değerli Konuşmacımızı kürsüye davet ediyorum.

**Av. Güney DİNÇ** : Sayın Katılımcılar

Söyleşime başlamadan önce, Ankara Barosu'nun seçkin başkanı,yakın dostum Vedat Ahsen Coşar'ın açış konuşmasındaki beni onurlandıran sözlerine teşekkür ediyorum. Bu birlikteliğimizi gerçekleştiren Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı ve değerli dostum Erdal Merdol'a tanıtım konuşmasındaki değerlendirmeleri nedeniyle teşekkürlerimi sunuyorum. Sayın Merdol'un öngördüğü biçimde açıklamalarımı somut örneklerle vermeye çalışacağım. Bunun



için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konumuzu ilgilendiren ilkesel kararlarının yanısıra, çok yakın tarihli, bir bölümü hiç yayınlanmamış kararlarını da özetlemeye çalışacağım. Eğer süremiz yeterse, genel sunuşumun sonunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının gelişimi üzerindeki etkilerine ve bu alanda geline son aşamaya da değinmek istiyorum.

## I - KAPSAM

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" Başlıklı 8. Maddesi'nin İçerdiği Güvenceler ve Öngördüğü Nasıl Koruma Yöntemleri:**

Sözleşme'nin 8. maddesi aşağıya aktarılmaktadır :

- "1 - Herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve habertleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
- 2 - Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."*

8. maddenin 1. bendinde hakkın kapsamı belirlenirken, 2. bentte hangi neden ve koşullarla sınırlamalara gidilebileceği açıklanıyor. Maddede, birbirleri ile bağlantılı dört hak korunmaktadır. Özel yaşam, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme güvenceleri...Hiç kuşkusuz bu hakların en önemlisi ve birinci basamağı, "özel yaşam" tanımını içinde yoğunlaşmaktadır. Kişinin adı, öğrenimi, sağlığı, ilgileri, bireysel seçimleri, alışkanlıkları gibi, insanı insan yapan nesnel ve duygusal niteliklerinin tümü, özel yaşamı oluşturmaktadır.



Bilindiği gibi AİHM'nin kararları, başvuranların adlarıyla anılmaktadır. Ancak başvuru dilekçesinde kişi isterse, kimliği gizli tutulmaktadır. Böyle durumlarda ya başvuru kişinin ad ve soyadının baş harfleri, ya da x, w, z gibi simgeler kullanılabilir. Her konuda bu tür adlandırılan kararlara rastlanmaktadır. Ancak özellikle 8. madde ile ilgili başvurularda, gerçek adlarını gizleyip kendilerini simgelerle tanıtanların daha fazla olduğunu gözlemliyoruz. Başvurucuların bu yaklaşımı bile, özel yaşamla ilgili uyuşmazlık konularını kimlikleriyle birlikte dışa vurmakta, kişilerin daha istemsiz davrandıklarını ortaya koymaktadır.

## 2 - Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Korunması :

Özel yaşamdan ne anlaşılır? Bireyin yaşantısı, üç aşamadan oluşmaktadır. Ortak yaşam, özel yaşam ve gizli yaşam. Ortak yaşam, bireyin toplum içindeki yerini, görünen etkinliklerini, başkalarıyla olan genel ilişkilerini kapsar. Özel yaşam ise, kişinin kendi öz varlığı ile bütünleşmesi için, dış etkenlerden olabildiğince uzak tutulması gereken bir ortamdır. Bir başka deyişle özel yaşam, bireylerin yalnız yakınlarıyla paylaşabileceği yaşam çevresidir. İnsanların bir de gizli yaşamları vardır. Bu alan, bir iç sorgulama bölgesidir ve başkalarını hiçbir biçimde ilgilendirmemektedir. Kişinin "yalnız kalma hakkı" olarak da anılan gizli yaşamının, her türlü el atmanın dışında tutulması gerekir.

Özel yaşam güvencesi, ortak yaşamdan başlayarak, kişinin gizli yaşamına, yani genelden öze doğru, yoğunlaşan bir korunma ağını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin daha 1970 yılında aldığı 23 Ocak günlü ve 428 sayılı ilke kararı ile özel yaşam güvencesinin kapsamı genişletilmiş, "..özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı, temelde, özel yaşamın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel yaşam güvencesi, kişinin kendi özgür çevresini, aile ilişkilerini, tinsel ve özdeksel bütünlüğünü, onurunu ve adını yaralayan açıklamaların yapılmasını, özel fotoğraflarının yayınlanmasını, güvene dayanarak herhangi birine verdiği bilgilerin dışa vurulmasını önlemeyi amaçlar." denilmiştir. Bu kararda



üzerinde durulanlar, genellikle ve derece derece gizli yaşamla ilgili güvencelerdir. Ancak, bireylerin dış dünyaya açıldıkları toplumsal yönleri de, özel yaşam güvencelerinin koruması altındadır.

8. maddede korunan haklar arasında çoğu zaman kalın çizgilerle kesin ayrımlara gidilememektedir. Bunun nedeni, birbirleri ile çok yakın benzerlikler içinde olmalarıdır. Kişiye dönük "..saygı gösterilme hakkı..", bu hakkın yükümlüsünü de belirlemektedir. Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi, 8. madde de, devletlere, olumsuz ve olumlu yükümlülükler getirmektedir. Devletlerin olumsuz yükümlülüğü, egemenliği altındaki bireylerin özel yaşam haklarına saygısızlık etmemektir. Bu nedenle devletler, bireylerin yaşantılarına olabildiğince az karışmalı, kişiliklerini kendilerinin uygun gördükleri biçimde geliştirmelerine olanak tanımalıdır. Devletler, zorunluluk olmadığı sürece, özel yaşam alanlarıyla iletişime girmemelidir.

Kişilerin aile ve özel yaşamlarında özgür bırakılmaları yeterli değildir. Devletlerin olumlu görevleri, bireysel hakları korumak için gereken önlemleri almaktır. Koruma, genel hukuksal yapılanma ile sağlanacağı gibi, alınan önlemlere karşın kişisel haklara yönelik saldırılar olmuşsa, sorumlularını kovuşturup yargı önüne çıkarmak, devletlerin kamusal sorumluluklarının gereği olmaktadır "Bu yükümlülük, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel yaşama saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir."

*(X ve Y / Hollanda, 1985)*

#### **A) AİHM'nin İnceleme Yöntemi :**

AİHM, 8 madde kapsamındaki başvurularda, beş aşamalı bir inceleme uygulamaktadır. Öncelikle, başvurucunun yakındığı olayların 8. maddeye girip girmediğine bakılmaktadır. İkinci aşamada, 8. madde ile korunan haklara yönelik bir müdahalenin varlığı araştırılmaktadır. Bu iki konuyu kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya düşmektedir.



8. maddenin 2. bendinde sayılan nedenlerle gerçekleştirilebilecek müdahalelerin yasal temellerinin bulunması gerekmektedir. Bu açıdan ulusal yasalar önem taşımaktadır. Ancak Mahkeme'nin 'yasa' kavramını, alışlagelen dar anlamda değil, ulusal düzeyde geçerli, uygulanabilir ve erişilebilir hukuk kuralları olarak algılayıp bu kapsamda yorumladığını bir kez daha anımsatmakta yarar görüyoruz. Kamu yararı amacıyla da olsa, yasal dayanağı bulunmayan işlemler, Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğundan, Mahkeme de sonraki aşamalara geçmeksizin Sözleşme ihlallerini saptamaktadır.

İşlemin yasa ile öngörülmesi durumunda, 2. bentte yer alan kamu yararına yönelik amaçlarla uyumlu olup olmadığına bakılmaktadır. 2. bentte sayılan olasılıklarla bağlantısı kurulamayan müdahaleler de Sözleşme'ye aykırı bulunmaktadır. Belirtilen dört aşamadan da geçen bir kamusal işlemin Sözleşme karşısındaki son denetimi, demokratik toplumların zorunlu kıldığı koşullara uygun olup olmadığıdır. İşlemin hangi toplumsal gereksinimi karşılamaya yönelik olduğu ve bu gereksinimin daha başka yollarla da giderilip giderilemeyeceği incelenen konular arasında yer almaktadır. Uygulanan yöntemler abartılıysa, hakkın özünü yok edecek boyutlarda zedelemişse, Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar verilebilmektedir.

Özel yaşam güvenliği, kişisel haklarla ilişkilendirilebilen ve birbirleriyle bağlantısız gibi görülebilen pek çok konuyu kapsamaktadır. 8. madde, Sözleşme'nin, geleceğe yönelik açılımlarına dayanak oluşturacak bir düzenlemedir. Özel yaşamın önemi arttıkça, toplumsal değişimler bireyler açısından yeni koruma koşullarının saptanmasını gerektirdikçe, AİHM, 8. maddeyi yorumlayan ilkesel kararlarıyla bu boşlukları doldurabilecektir. Mahkeme'nin özel yaşama saygı temelinde geliştirdiği bazı örneklere değinmekte yarar görüyoruz:

#### **B) Kişinin Adı ve Soyadı :**

AİHM, kimlik ve kişilik sorunlarından başlayarak eşler arasında ayrımcılığa yer bırakılmaması için, Sözleşme'nin 14. maddesini bir çok



olayda 8. madde ile birlikte uygulamaktadır. İsviçre'de, Alman Medeni Kanunu'nun uygulandığı bölgede yaşayan başvurucuya, erkeğin soyadının önünde kendisinin soyadını da kullanmasına izin verilmemesi üzerine yaptığı başvuru sonucunda, Mahkeme, özel yaşama saygı açısından 8., ayrımcılık yasağına uyulmamasından 14. maddelerin çiğnendiğini kararlaştırmıştır.

(Burghartz / İsviçre, 1994)

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin kişilerin ad ve soyadlarına ilişkin bir düzenleme içermemesine karşın, bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak özel ve aile yaşamını etkilediğini ve bu nedenlerle Sözleşme'nin 8 maddesi kapsamında olduğunu belirterek, evlendiği kocasının soyadını kullanmak zorunda bırakılan eşin başvurusunu 14. madde ile birlikte incelemeye karar vermiştir. Mahkeme, Türkiye'nin, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasında, kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını yitirmesini yasalarında öngören tek ülke konumunda olduğunu gözlemlemiştir. Evli kadınların aile birliğini sağlamak adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve geçerli bir nedeni olmadığına karar vermiştir. Sonuçta, aile birliğinin korunması yolundaki olası sakıncaların, yakınma konusu olan cinsiyete dayalı farklı davranış için yeterli bir hukuka uyarlık oluşturmadığı gerekçesiyle, sözkonusu uygulamanın 8. maddeyle birlikte 14. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir.

(Ayten Ünal / Tekeli, Türkiye, 2004)

### **C) Sağlık Bilgilerinin Güvenliği ve Erişimi :**

Özel yaşam, bireylerin sağlık sorunlarının gizliliğini de kapsamaktadır. Finlandiya'da karı koca AIDS hastalığına yakalanmışlardır. Ulusal yasa bu tür bilgilerin yasaklanmasını ve başkalarına verilmemesini öngörüyor. Ancak, eşlerden birisi hakkında





açılan ceza soruşturmasında, her ikisinin de sağlık raporlarına el konularak, kanıt oldukları gerekçesiyle bütün raporlar soruşturma dosyasına konulmuştur. Ceza davası sırasında, hekimlerinin tanıklık yapmaları sağlanmıştır. Yürürlükteki ulusal yasaya göre ise, sağlık belgeleri üzerindeki gizliliğin on yıl sonra kaldırılması öngörülmüştür. AİHM bu olayı özel yaşama saygı hakkının çiğnenmesi olarak nitelmiştir.

(Z / Finlandiya, 1997)

Kişilerin sağlıklarıyla ilgili sorunlar karşısında, içinde buldukları koşulları değerlendirmelerini sağlayacak bilgi ve belgelerin kamu birimlerinin elinde olması durumunda, bu bilgilerin tümünün ilgili kişiye iletilmesi gerekir. İngiliz Ordusu'nda 1960'lı yıllarda askerliğini yaparken, hardal ve sinir gazlarından korunmak üzere üretilen özel giysilerin geçirgenliğinin saptanması amacıyla denek olarak kullanılan kişinin geçirdiği çok ağır hastalıklara karşın sağlık raporlarına ancak 2005 yılında ulaşabilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelenmiştir. Bu ilginç olayın ve AİHM kararının özetini sunmaktayız:

İngiliz Ordusu'ndan 1960 yılında terhis edilen başvurucu, 1980 yılı sonlarında yoğun sağlık sorunları ile karşılaşmıştır. Yüksek tansiyonu, giderek, hipertansiyona dönüşen başvurucu, bronşit ve bronşial astımdan yakınmaktadır. Başvurucu, şu sırada yatalak durumdadır ve sağlık problemlerinin, İngiliz Silahlı Kuvvetleri denetimindeki Port Down Kışlası'nda, 1960'lı yıllarda gerçekleştirilen hardal ve sinir gazı deneylerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Başvurucu 1987'den beri gerek politik gerekse tıbbi kanalları kullanarak, kendisine ait belgelere ulaşmanın yollarını aramış, kısmen başarılı olabilmıştır. 1992 yılında, Devlet Bakanlığı, başvurucunun kamu hizmetinden emekli aylığı bağlanması (malulen emeklilik) istemini, sağlık durumu ve gaz testleri arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Başvurucu, savları ile ilgili olarak yeniden yargısal inceleme sürecini başlatma istemini belirttiğinde, Savunma Bakanlığı'nın bir biriminin kaynaklanan nedenlerle, Devlet



Bakanlığı'nca, 1947 yılında çıkartılan Kraliyet Yargılama Yöntemi Yasası'nın 10. bölümüne dayanılarak, kişiye malulen emeklilik hakkına başvurma konusunda bir dava izni verilse bile, 1987'den önceki olaylar için ulusal hukuk bu tür işlemlerin dava konusu yapılmasını engellemektedir.

1998 yılında, başvurucu, Sosyal Yardım İşleri İstinaf Mahkemesi'ne ("PAT") temyiz isteminde bulunmuş ve "PAT" yasaları çerçevesinde gizli tutulan resmi kayıtların açıklanarak, Temyiz Mahkemesi'nin, hastalığının gaz testleri nedeni ile ortaya çıkıp çıkmadığının veya durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığının saptanmasını istemiştir. "PAT", Savunma Bakanlığı'na, 2001 ve 2002 yılları arasında gizliliği kaldırılan bazı kategorilerdeki birtakım raporları ve belgeleri açıklamasına karar vermiştir. "PAT", sonunda, bir uzman raporuna dayanarak, başvurucunun mevcut durumuna neden olacak herhangi bir gaza maruz kalmasına ilişkin bir kanıt bulunmadığı yargısına varmıştır. Hardal gazı testleri, askeri üniformaların gaza maruz kaldıklarında uygunluklarını denemek amacıyla uygulanmıştır. Zaten ortada başvurucuyla ilgili bir gaz testinin de bulunmadığı savunulmuştur. Kaldı ki, 1953 yılında bir kişinin Porton Down'da ölümünden sonra, koruma görevlileri, gönüllerin yalnızca güvenli dozlara maruz kalmalarını sağlamak için, gazları kapalı ve korunmalı bölgelere yerleştirmiştir. Bununla birlikte "PAT", başvurucunun kayıtlarını elde etme konusunda yaşadığı tedirginliğe bağlı zorlukları da dikkate almıştır. 2004 yılında, Yüksek Mahkeme, başvurucunun temyiz istemini uygun görmüş ve konuyu yeniden incelenmek üzere PAT'a göndermiştir. Dava hala sürmektedir. 2005 yılında, hükümet konuya ilişkin, başvurucunun 8'ini hiç görmediği, 11 belgeyi açıklamıştır.

Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 6/1. 13. 14. maddelerine ve 1.ek protokolün 1. maddesine ilişkin savlarını reddettikten sonra, yakınma konusu olayları 8. madde bağlamında değerlendirdi. Kararın gerekçesinde özetle aşağıdaki açıklamalar yer aldı:



"Port Down'daki testlerde görev alması nedeniyle risk altında olup olmadığı konusundaki belirsizliğin, başvurucuyu geleceğine yönelik kuşku beklentilere ittiği ve bu nedenle gerilim altında bıraktığı kabul edilebilir. PAT'ın, başvurucunun tıbbi durumu nedeniyle yaptığı yakınmalar ile denek olarak katıldığı testler arasında nedensellik ilişkisi oluşturacak güvenilir bir kanıt bulunmadığını ancak 2004 yılında belirtmesine karşın, Yüksek mahkeme, temyizi kabul etmiş ve olayın boşlukta bırakılmaması için, dosyayı yeniden incelenmek üzere PAT'a geri göndermiştir. 1963 yılına ait konuyla ilgili kayıtların ve çok sayıdaki testlerin gizli belgelerinin 1966'yılında varlığını koruduğu saptanmıştır. Ancak, hükümet, başvurucunun istediği belgelerin kendisine verilmeyip saklanmasını gerektiren nedenleri hala ortaya koyabilmiş değildir. Hükümet, geçen zaman içinde koşullardaki birbirini izleyen değişimler nedeniyle, belgelerin ulusal güvenlik açısından "bir öneminin" kalmadığını belirtmiştir. Oluşan duruma göre Mahkeme, başvurucunun katıldığı deneyler sırasında, herhangi bir riske maruz kalıp kalmadığını belirlemesine olanak sağlayacak gerekli tüm bilgi ve belgelere ulaşmasını gerçekleştirmek açısından, etkili ve ulaşılabilir bir olumlu yükümlülüğün ortaya çıkmış olduğu görüşündedir. Tek başına böylesi bir bilgiyi edinmek için sürekli olarak çabalarını sürdüren başvurucunun durumundaki bir kişi, istediği bilgilere ulaşmak için dava açmaya mecbur bırakılamaz. Bütün bunlara ek olarak, başvurucunun belgelerini araştırmaya başlamasından ve istemlerini mahkemeye yöneltmesinden ancak on yıl geçtikten sonra, sağlık konusunda bilgi iletme birimleri oluşturulabilmiştir. 1998 yasasından sonra da 6. madde uyarınca ancak PAT başkanının emri doğrultusunda belgelerin mahkemeye ulaştırılmasına başlanabilmiştir ki, bu da PAT önündeki yargısal olanaklarda bile, zorluklar yaşanabildiğini göstermektedir. Belgelerin açıklanması, 2001 yılındaki 6. maddenin yürürlüğe girmesini izleyen dört yılı içinde ve parça parça gerçekleşebilmiş ve daha hala bitmemiştir. Gerçekte PAT da, başvurucunun belgeleri elde etmek için yaşadığı zorlukları "endişe verici" olarak nitelemiştir. Buna karşın, dava konusu belgelerin elde edilmesini ve içerdiği bilgilerin ilgisine açıklanmasını kolaylaştıracak bir yöntemin yokluğu, kişinin bilgi edinme



hakkını etkisiz bırakmakla eşdeğer olarak değerlendirilebilir. Açıklanan nedenlerle davalı devlet, denemelerde yer alan başvurucunun herhangi bir riske maruz kalıp kalmadığını anlamasını kolaylaştıracak tüm ilgili belge ve bilgilere ulaşmasını sağlayacak erişilebilir ve etkili bir yöntemi oluşturma konusundaki olumlu yükümlülüğünü yerine getiremediğinden Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir'.

(Roche / İngiltere, 2005)

Mahkeme, yalnız sağlık sorunları konusunda değil, kendileriyle ilgili devletin elindeki kişisel bilgilere ulaşma hakkının, konuyla ilgili olabilecek daha başka kişilerin de güvenliğinin sağlanması ve uygulamanın nesnel ölçütlere bağlanması koşuluyla 8. madde kapsamına girdiğini saptayan kararlar vermiştir.

(Leander / İsveç, 1987) (Gaskin / İngiltere, 1989)

1965 yılında doğan başvuru, annesi tarafından kamuya ait bir bakım evine bırakılmıştır. Annesi, hiçbir koşulda kimliğinin çocuğuna ve ileride evlatlık olarak verileceği kişilere açıklanmamasını istemiştir. Başvuru, annesinin, kardeşlerinin, ailesinin diğer bireylerin kimliklerini öğrenmek için çok uğraşmasına karşın, amacına ulaşamamıştır. AİHM, annenin kimliğini gizleme kararlılığı ile başvuruçunun ailesini tanıma çabaları arasında, iki yetişkini ilgilendiren bu çok karmaşık konuda, adil dengeleri belirleme yetkisinin sonuçta ulusal organların takdirinde kaldığı görüşüyle, 8. ve 14. maddelerin çiğnenmediğini kararlaştırmıştır.

(Odievre / Fransa, 2003)

#### **D - Eşcinsellerle İlgili Değerlendirmeler :**

Eşcinsellerin hakları ve kamusal yükümlülükleriyle ilgili olarak ortaya çıkan sorunlara da, 8. madde ve özel yaşam ilişkileri bağlamında çözümler getirildi. AİHM'nin cinsel yönelim konusuna yaklaşımı, kendi deyimiyle, 'Sözleşme'nin modern hayatın koşulları ışığında



yorumlanması gereken ve yaşayan bir araç olduğu' ilkesine dayandırıldı. "Mahkeme, gençlik gibi nedenlerle zarar görebilecek kişilerin yanlış yönlendirilmelerini önlemeye yönelik sınırlamalar koymak için, belli ölçüde eşcinsel davranışlar üzerinde denetim oluşturulmasını demokratik bir toplumda hukuka uygun bir zorunluluk olarak görmektedir." Mahkeme, konuyu başlıca iki boyutta değerlendirmeye çalışmıştır. Eşcinselliği özendirici olmamaya özen göstermiştir. Ancak, böyle bir seçim yapan yetişkinlerin de, başkalarına ve topluma zarar vermemeleri koşuluyla, seçimlerine saygı gösterilmesi gerektiği görüşünde olmuştur. "Bununla birlikte, toplumların ahlakını korumaya yönelik önlemleri ve özellikle ceza hukuku tarafından korunması gereken genç kesimin yaşını belirlemek, öncelikle ulusal organların karar verme yetkisi içindedir...Her ne kadar başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel davranışlar, toplumun, eşcinselliği ahlaka aykırı gören bireylerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı çıksalar, bu durum istemli davranışlar içindeki yetişkinlere ceza yaptırımını uygulanmasına bir gerekçe oluşturmaz."

(Dudgeon / İngiltere, 1981)

Böylece, eşcinsel davranışlara getirilen yasaklamalar demokratik bir toplumda zorunlu önlemler olarak değerlendirilmekle birlikte, Mahkeme, iki yetişkin erkek arasında karşılıklı istemleriyle oluşan cinsel ilişkiyi suç saymanın artık ne zorunlu ne de uygun sayılabileceği kararına varmıştır. İzleyen yıllarda, (Norris/İrlanda,1988) ve (Modison/Kıbrıs,1993) kararlarında da aynı gerekçeler yinelenmiştir. Dudgeon davasından sonra Mahkeme, cinsel kimliği koruyan özel yaşam kavramının, lezbiyen veya gay cinsel kimliğini de içerdiğini benimseyen kararlar vermiştir.

Mahkeme, eşcinsellere, kamusal yapılanmayla bağlantılı olarak getirilen yasakları da değerlendirmiştir. Eşcinsel olan başvuruçular, cinsel seçimleri nedeniyle Silahlı Kuvvetler'den ihraç edilmişlerdi.İngiltere'de yerleşmiş genel bir uygulama olarak, rütbesi veya görevli ne olursa olsun, eşcinsel eğilimi olan hiç kimse Silahlı



Kuvvetler'de çalışamaz. Hangi konumda bulunursa bulunsun, eşcinselliği ortaya çıkan kişi görevden alınır. Başvurucular, yakındıkları uygulamanın özel yaşamlarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, Silahlı Kuvvetler'de gay veya lezbiyen olunamayacağı gerekçesi nedeniyle, başvurucuların Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan özel yaşam haklarının ciddi biçimde ihlal edildiğine karar vermiştir.

(Lustig-Prean / İngiltere.)

Erkek olarak doğdukları halde, biyolojik ve duygusal yapılarının gereği olarak geçirdikleri operasyon sonucunda kadın olduklarını ileri sürerek nüfus kütüğündeki kimliklerinin de kadın olarak düzeltilmesi istemlerinin İngiliz organlarınca kabul edilmediğini bildiren başvurucuların yakınmaları, AİHM'nce reddedilmişti. Mahkeme'nin gerekçesinde, İngiltere'nin, özellikleri bulunan nüfus yazım düzeninin başvuruculara dönük olarak yenilenmesinin nesnel olanaksızlığıyla birlikte, özellikle, cinsiyet değiştirmenin kesinlik taşımadığı, '..cinsiyet ameliyatı, cinsiyeti bütünüyle değiştirme sonucunu vermediği için kütükte yapılacak düzeltmelerin gerçeği yansıtmayacağı..' belirtilmişti.

(Rees / İngiltere, 1986) , (Cossey / İngiltere 1990)

Mahkeme, Fransa'dan gelen bir başvuru üzerine ise, cinsiyet ameliyatı geçirip kadın olarak yaşamını sürdüren başvurucunun kimliğine bu değişimin işlenmesine Fransız hukukuna göre engel bulunmadığı, ayrıca belgelerinde "..önceki cinsiyetinin sürdürülmesine bağlı olarak başvuru, ekonomik, toplumsal ve mesleki yaşama uyum açısından güçlüklerle karşılaşacağından.." kamu yararı ile kişisel yararın dengelenmesindeki orantısızlık nedeniyle, özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği görüşüne vardı. Mahkeme'yi bu görüşe yönlendiren etkenler arasında, cinsiyet değiştirme konusundaki önceki belirsizliklerin aşılarda, tıbbi operasyonların daha kesin sonuçlar vermekte olduğu bilgisi de etkili olmuştur.

(B/Fransa, 1992)



## E - İstem Dışı Jinekolojik Muayene :

Güvenlik görevlilerinin sorumluluktan kurtulmak, kendilerine tıbbi ve hukuksal güvenceler oluşturmak amacıyla insanların çok özel yaşam alanlarına hiçbir yasal dayanak olmaksızın yönelttikleri müdahaleler, kamusal organların bu tür girişimlere doğrudan veya susarak destek vermeleri, sonuçta ilgili devletlerin AIHM'nce kusurlu bulunmalarına neden olabilmektedir. Böyle bir konu, gözaltındaki kadının güvenlik görevlilerince jinekolojik muayeneye götürülmesiyle yaşanmıştır. Gözetim odasından, jinekolog masasına uzanan sürecin, her koşulda zora dayalı olması kaçınılmazdır. AIHM de, Türkiye'den gönderilen bir başvuru nedeniyle bu konuyu incelemiş ve sonuçta aynı görüşe varmıştır. Olay, şöyle gelişmiştir. Önce başvuru, iki gün sonra da eşi YF, PKK'ya yardım ve yataklık ettikleri gerekçesiyle Bingöl'de gözaltına alınmışlardır. Yakınanların savlarına göre, polis memurları başvuranın eşini coplamışlar, sözle hakaret etmişler ve tecavüz etmekle tehdit etmişlerdir. Gözaltına alınmasının ardından başvuranın eşini muayene eden bir hekim, vücudunda herhangi bir darbe izi bulunmadığına ilişkin rapor vermiştir. Aynı gün daha kapsamlı bir muayene için NF, bu defa bir jinekoloğa götürülmüştür. Polis, gözaltındayken vajinal veya anal ilişki olmuşsa, bunun saptanıp raporla belgelenmesini istemiştir. YF'nin tüm itirazlarına karşın, jinekolojik muayene yapılmıştır. Başvuranın eşi perdenin arkasında muayene edilirken polis memurları, aynı ortamda sonucu beklemişlerdir. Doktor başvuranın eşinin cinsel bir saldırıya maruz kalmadığını raporunda belirtmiştir. Aynı gün, başvuranın eşi, götürüldüğü Bingöl Savcılığı'nda zorla jinekolojik muayene yapılmasından şikayetçi olmuştur. Savcı söz konusu şikayeti kayıtlara geçirmemiş, ancak her ikisinin de salıverilmelerini kararlaştırmıştır. Daha sonra yargılanan başvuru ve eşi, yeterli kanıt olmadığı için aklanmışlardır.

Olayın üzerinden birbuçuk yıldan fazla bir süre geçtikten sonra başvuru ve eşi, istem dışı yapılan jinekolojik muayene nedeniyle savcılığa şikayette bulunmuşlardır. Savcı bir iddianame hazırlayarak, başvuranın eşinin zorla muayene edilmesinin özel yaşama saygı ilkesini



ihlal ettiğini ileri sürerek üç polis memurunun yargılanmalarını talep etmiştir. Davaya bakan mahkeme, polis memurlarının niyetinin başvuranın eşini aşağılamak olmadığı, ancak tecavüzle suçlanma olasılığına karşı kendilerini korumak amacıyla bu önleme gerek duydukları sonucuna varmış ve sanık polislerin aklanmalarına karar vermiştir.

AİHM, bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün, 8. maddede anılan "özel yaşam" kavramının içinde değerlendirilebileceğini söylemiştir. Kaldı ki, kişinin vücudu, onun özel yaşamının en önemli unsurudur. Açıklanan nedenlerle zorunlu bir tıbbi muayene, bu hakka yapılan bir müdahaledir. Hükümetin, zorla böyle bir muayene yapılmasının mümkün olmadığı ve başvuranın eşinin bunu reddetme olanağına sahip bulunduğu yönündeki savunmasına ilişkin olarak da, mahkeme, gözaltı sırasında yetkilerini sonuna kadar kullanan polis memurları karşısında güçsüz bir konumda bulunan kişinin, muayeneye karşı koymasının beklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu nedenle özel yaşama yönelik kamu adına yapılmış bir müdahalenin gerçekleştiği saptanmıştır.. Mahkeme, Türk yasalarına göre, hazırlık soruşturması sırasında yalnız savcının emri üzerine böyle bir muayenenin yapılabileceğini gözlemlemiştir. Ancak davada, Hükümetin, tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen koşulların varlığını kanıtlayamadığına karar vermiştir. Ayrıca, savcı tarafından da böyle bir muayenenin yapılması emri verilmemiştir. Sonuç olarak, mahkemeye göre, gözaltındaki kişilerin muayene edilmelerinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğu kabul edilse bile, fiziksel bütünlüğe yapılan bir müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması ve sözkonusu kişinin onayının alınması gerekmektedir. Aksi durumda, gözaltındaki kişiler, keyfi eylemlere karşı yasal güvencelerden yoksun kalacaktır. Mahkeme, sözkonusu müdahalenin yasada öngörülmediğini saptamış ve oybirliğiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu müdahalenin bu aşamadan sonra "meşru bir amaca" yöneldiğini veya demokratik bir toplum için gerekli olduğunu incelemeye gerek kalmamıştır.

(YF / Türkiye,2003)





Bu davanın üzerinde durulması gereken bir yönü de, Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtilen "mağdur" kavramının geniş yorumlanabileceğini göstermesidir. Böylece AİHM'ne yöneltilen başvuru, YF tarafından değil, eşi tarafından ve kendi adına yapılmış, Mahkeme de, erkek eşin özel yaşamına saygı ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### **F - Özel Yaşama Saygı ve Basın Özgürlüğü :**

Özel yaşama saygı ilkesi, yerine göre Sözleşme'nin 10. maddesi ile korunan basın özgürlüğünün kısıtlanmasını gerektirebilmektedir. Kişilerin ünlü olmaları, özel yaşamlarının basın yoluyla özgürce sergilenmesi anlamına gelmemektedir

Mahkeme, bu konudaki görüşünü, ünlü sinema oyuncusu Grace Kelly ile Monako Prensi 3. Rainer' in kızları Prenses Caroline'in yaptığı başvuru nedeniyle ilk kez ortaya koymuştur. Başvurucunun evinin dışında günlük işlerini yaptığı sırada izinsiz çekilen fotoğrafları bir grup Alman bulvar gazetesi tarafından yayınlanmıştır. Başvurucu fotoğraflarının daha fazla yayınlanmaması için, Alman Mahkemeleri'nden ihtiyati önlem yoluyla yayın yasağı konulmasını talep etmiştir. Alman Mahkemeleri, başvurucunun toplum içinde "par excellence" üst düzey bir konuma sahip olması nedeniyle izni olmaksızın evinin dışında çekilen fotoğraflarının basın yoluyla yayınlanabileceğine ve bu konuda hoşgörülü olması gerektiğine karar vermiştir.

Kararın temyizi aşamasında Federal Mahkeme, olayın iki yönü hakkında farklı iki değerlendirme yapmıştır. Federal Mahkeme, topluma mal olmuş kişilerin evlerinin dışında da özel yaşamlarına saygı duyulması gerektiğini, onların da objektif olarak kendilerini gözlerden uzak tutup yalnız kalmak isteyebileceklerini, kamuya açık alanlarda davranamayacakları kadar özgürce hareket edebilecekleri sınırlı ortamların da bu kavramın içinde bulunduğunu benimsemiştir. Bu kriterle (Mekansal izolasyon kriteri) bağlantılı olarak erkek arkadaşı ile birlikte restoranda çekilmiş fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı dava, başvurucunun istemleri doğrultusunda sonuçlanmıştır.



Federal Mahkeme, hukuksal tartışmanın diğer boyutu hakkında kamuoyunun bir prensesin dışarıdaki temsil etkinlikleri konusunda bilgi sahibi olmak isteyeceğini ve bu konunun basın özgürlüğü alanına girdiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvurucu, 'izole olmayan alanlarda' günlük yaşamını göstererek, tek başına veya başkalarıyla birlikte çekilen fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle açtığı davayı yitirmiştir. Federal Mahkeme'nin iki boyutlu içtihadı, bu değerlendirmeleri içermektedir.

Prensesin başvurusu üzerine konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi içinde ele alan AİHM, özetle aşağıdaki kararı vermiştir:

"Başvurucunun, yalnız veya birisiyle birlikteyken, günlük yaşamında tamamen kendini özel etkinliklerine vermişken çekilen fotoğraflarının yayınlanması "özel yaşam" kavramı çerçevesine girmektedir. Fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar, Monako için herhangi bir resmi işlem yapma yetkisi olmayan ve kamuya mal olmamış prensesin özel yaşamına ilişkin ayrıntılar, bir grup okuyucunun meraklarını gidermek amacıyla basılan bir dergide yayınlanmıştır. Kısaca, söz konusu yayınlar, başvurucunun kamuoyu tarafından bilinmesine karşın, toplumun genel ilgisi ile bağlantılı bir tartışma yaratmamıştır. Mahkeme, ayrıca, herkesin, kamuoyu tarafından tanınan birisi dahi olsa, özel yaşamlarının korunması ve sosyal ölçütleri de içerecek biçimde özel yaşamlarına saygı duyulması konusunda meşru bir beklentisi olduğunu vurgular. Söz konusu fotoğraflar, -ki başvurucunun yalnızca özel hayatını içermektedir,- başvurucunun izni veya bilgisi olmadan fotoğrafçılar tarafından taciz edilerek çekilmiştir. Ötesinde, teknolojik imkanların bir getirisi olarak, tüm diğer olguların yanında, rahatlıkla çekilebilen fotoğrafların aynı zamanda dağıtımının yapılması karşısında mücadele edilmesi ve özel hayatın korunması bir gereklilik olarak ortadadır. Başvurucunun, eşi benzeri olmayan "par excellence" bir toplumsal özne olmasını tanımlarken, kendisinin gözlerden uzak bir alandayken eylemin gerçekleşmesi ve ötesinde bunu kanıtlamasına rağmen, yerel mahkemeler, başvurucuya, özel yaşamın korunmasına dayanmasına izin vermemişlerdir. Mahkeme'nin bakış açısıyla, mekansal izolasyon kriterini, ilgili kişinin önceden belirlemesi çok zor ve olanaksızdır. Sözleşme'nin ilgili maddeleri uyarınca kişinin



özel hayatını korumada pozitif yükümlülüğü bulunan ve kişinin görüntülerinin kullanılmasını denetleme hakkına sahip devlet, başvurucunun özel hayatı için etkili bir koruma sağlamakta başarısız olmuştur."

(Von Hannover / Almanya, 2004)

Mahkeme, Alman Federal Mahkemesi'nin aksine, olayın her iki boyutunu da birlikte değerlendirmiş, Monako Prensesi'nin gerek güncel davranışlarının, gerekse erkek arkadaşı ile birlikte olduğu sırada çekilen fotoğraflarının "..bir grup meraklı okuyucu.." dışında kamuoyunu ilgilendirmediğini özellikle vurgulamıştır. Böylece, günümüzde, her ülkede var olan, ünlülerin özel yaşamlarına aşırı ilgi duyan dedikodu meraklısı okurların eğilimlerinin, özel yaşam güvencesini kaldıran bir etken olarak yorumlanmasına izin vermemiştir.

Mahkeme, bu yaklaşımıyla birlikte, fotoğrafçılık alanında gerçekleşen teknolojik gelişmeler karşısında, yargının, özel yaşamların korunmasına daha da özen göstermesi gerektiğini anımsatmıştır.

Bu karar, bireylerin kişilik haklarının ve özel yaşamlarının korunması amacıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi doğrultusunda devletlerin üstlendikleri objektif yükümlülüklerinin, koşulları oluştuğunda basın özgürlüğünü, genel olarak Sözleşme'nin 10. maddesini sınırlandırmaları gerekebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak, kişiliklerini, kendilerini ve özel yaşamlarını özellikle sergileyerek kamuoyunun gündeminde kalma uğraşısı içinde bir takım kişilerin, bu tür bir korunma gereksinim içinde bulunmadıkları da açıktır.

### **3) Aile Kavramı ve Korunması :**

#### **A) Ailenin Tanımı :**

AİHM, "aile" tanımında, ilk kararlarından başlayarak, belgelere değil, ilişkilerin içeriğine dönük değerlendirmeler yapmıştır. "Mahkeme'ye göre, aile yaşamı kavramı, büyükbaba ve büyükanne gibi,



yakın akrabalarla olan ilişkileri de içerir. Bu ölçüde anlaşılan aile yaşamına saygı hakkı, devlete, ilişkilerin olağan biçimde gelişmesini sağlama sorumluluğunu yükler. Evli olmayan anne ile tanıdığı çocuğu arasındaki ilişki, eğer çocuk annesinin ailesinin bir üyesi durumuna gelmeyecek olur ve yalnızca anne ile çocuk arasında kalırsa, ailenin gelişimi engellenmiş olacaktır.

(Marck / Belçika, 1979)

Mahkeme, 1984 yılında sonuçlandırdığı bir dizi başvurunun kararında, aile yaşamını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırdı. "..Biçimsel koşulları henüz gerçekleşmeyen evliliklerin 8. maddenin sağladığı güvenceden yoksun bırakılamayacağını.." belirten Mahkeme, kararında başvurucuların aile oluşturma koşullarını değerlendirdi. " Evli çiftlerin durumunda aile tanımı, birlikte yaşamayı içermektedir. İbrahimobai'nin sınırdışı edilme kararından önce Abdülaziz ailesi birlikte yaşıyordu. Bekir Balkandalı'nın öğrenciliği nedeniyle süre uzatma isteminin reddedilmesinden önce, Sohair ile birlikte olduğu ve bu ilişkiden bir de çocuklarının doğduğu bilinmekteydi.." Evli olduklarını belge ile kanıtlayamayan "Arcley ve Cabalas, Manila'daki törende evlenme işlemlerinin tamamlandığına inanmışlar ve yaşamlarını birleştirmişlerdi." Mahkeme, bu üç çiftin de, 8. madde bağlamında aile yaşamı içinde bulduklarını kararlaştırdı.

(Abdulaziz, Cabales, Balkandalı / İngiltere, 1984)

Aile tanımına sığınarak hukuka karşı hile uygulayanları saptayabildiği koşullarda Mahkeme, oldukça katı yorumlara gidebilmektedir. Kamu düzeninin uluslararası gereği olarak, Sözleşme yükümlülüklerine bağlı kalma koşuluyla, yabancıların ülkeye girişlerini ve yerleşmelerini denetim altında tutmak, sözleşmecî devletlerin yetkisindedir. Devletlerin, suç işlemeleri nedeniyle mahkum olan yabancıları sınır dışı etme yetkileri vardır. Ancak Mahkeme, bu konudaki kararlarında, 8. maddenin 1. bendinde korunan hakka müdahale oluşturabileceği ölçüde, demokratik bir toplumda gerekli



olma koşulunu araştırmakta, zorlayıcı bir toplumsal gereksinimden kaynaklanan işlemlerin güdülen yasal amaçla orantılı olmasına özen göstermektedir .

"Cezayir uyruklu Bayan Dalia, sınır dışı edilme kararını iptal etme başvurusunu desteklemek amacıyla temel gerekçe olarak, Fransız vatandaşı olan bir çocuğun annesi olduğuna dayanmıştır. Kanıtlar, başvurusunun bu aile bağıını, Fransa'da yasadışı olarak bulunduğu sırada oluşturduğunu göstermiştir. Başvurucunun, ortaya çıkacak güvenceli olmayan koşulların ayırında olmaması olanaksızdır. Fransa'dan sınır dışı edildiği bir sırada yaratılan bu durum, sonucu belirleyici bir nitelik taşıyamaz.

Üstelik mahkumiyetin bir sonucu olarak alınan sınır dışı etme kararı, toplumsal tehlikeler içeren eroin ticareti nedeniyle bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Uyuşturucunun, insanların yaşamı üzerindeki yokedici etkilerini göz önünde bulunduran Mahkeme, yetkili ulusal organların bu felaketin yayılmasına etkin biçimde katkıda bulunanlar hakkında neden çok katı bir tutum sergilediğini anlamaktadır. Kendisine verilen ceza ne olursa olsun Bayan Dalia'nın böyle bir yasadışı ticarete yer almış olması ağır basmaktadır. Bu nedenlerle, orantılılık ilkesine de uygun düşen işlem, Sözleşme'nin 8/2. maddesini ihlal etmemiştir."(Dalia / Fransa, 1998)

### **B - Çocuklarla İlişkiler :**

Ailenin korunması, çocuklarla olan ilişkileri de kapsamaktadır. Bu nedenle, eşinden boşanma durumunda bulunan kişinin aile ilişkilerinde yaşadığı sorunları çözüp, boşanma sonrasında oğluyla kişisel ilişkisini geliştirecek koşullar oluşturulmadan sınır dışı edilmesi, 8. maddeye aykırı bulunmuştur. Mahkeme'yi, Dalia kararından farklı olarak böyle bir yoruma yönlendiren etken, Cılız ailesinin sorunlarının yapay gerekçeler oluşturmayı amaçlamayıp, parçalanmış bir aile ilişkisinin yarattığı belirsizliklerin giderilmesine yönelmiş olmasıdır.

(Cılız / Hollanda, 2000)



Mahkeme'nin kararlarında, yabancılara sınır dışı edilmelerinde, aile ilişkileri ile birlikte gönderilecekleri ülkelerin koşulları da değerlendirilmektedir. İki kez hırsızlık yaptığı ve silah bulundurduğu için Avusturya'da ailesinin yanında yaşarken oturma izni kaldırılan başvurucunun koşullarını değerlendiren Mahkeme, aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır:

"Oturma yasağı kararı, aile ve özel yaşama saygı hakkına, kamu düzenini sağlama, suçu önleme gerekçesiyle yapılan hukuka uygun bir müdahaledir. Oturma yasağı konulduğunda başvurucu dört yıldan beri Avusturya'da bulunuyordu. Oturma yasağı, başvurucunun yaşamını ciddi biçimde altüst etmiştir. Bosna'da yakınları bulunmadığından, annesi ve erkek kardeşiyle birlikte olmak amacıyla Avusturya'ya gelmişti. 16 yaşındaki bir kişiyi, yakın zamana kadar bir dizi savaşların yaşandığı bir ülkeye tek başına göndermek üzere sınır dışı etmek için, ortada çok önemli nedenlerin bulunması gerekir. Yalnızca hırsızlıktan verilen ve ertelenen iki hapis cezası, suçun şiddet içermemesi nedeniyle, tehlikeli olarak kabul edilemez. Bu nedenle Avusturya'lı yetkililer takdir yetkisini aşmışlar ve orantısız bir karar vermişlerdir. Olay, 8. maddeye aykırıdır."

(Jakupoviç / Avusturya, 2003)

Kamu gözetimindeki iki çocuk ile anneleri arasındaki iletişimin yasaklanması, çocukların, daha önce cinsel taciz suçundan mahkum edilmiş kişilerin yönetimindeki bir kuruma yerleştirilerek burada sürekli kalmalarına karar verilmesi Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında aile yaşamına saygı kuramına aykırı bulundu.

(Scozzari - Giunta / İtalya, 2000)

Farklı ulusların insanların evlenmeleriyle oluşan ailelerdeki ortak yaşamların boşanma ile sonlanması durumlarında, çocuklarla kurulacak ilişkiler başlı başına sorun olmaktadır. Deyim yerinde ise, çocuklar kapanın elinde kalmakta, diğer yanla iletişimi ise büyük ölçüde kopmaktadır. Ulusal mahkemelerin kendi yurttaşları için verdikleri



kararlar da, diğer eşin yargı yerinden alınan kararlarla çelişebilmektedir. AİHM, bu tür uyuşmazlıkları, ilgili devletlerin kendi iç hukuklarıyla birlikte, Sözleşme kapsamındaki sorumlulukları doğrultusunda çözmektedir. Basına da büyük ölçüde yansıyan ve Türkiye kamuoyunun yakından izlediği bir olayda AİHM, özetle aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı:

Başvurucuyla evli olan Türk vatandaşı Halil Al'ın bu evlilikten iki kız çocukları olmuştur. Kızlarını yanına alarak İzlanda'dan Türkiye'ye tatile gelen Halil Al, daha sonra eşine telefon açarak, kendisinin ve kızlarının bir daha İzlanda'ya geri dönmeyeceklerini söylemiştir. Bu konuşmadan sonra da, eşiyile bir daha görüşmemiştir. Başvurucu da, kızlarıyla uzun süre görüşmemiştir. Bunun üzerine İzlanda'da boşanma davası açmış ve kızlarının velayetinin kendisine verilmesini istemiştir. İzlanda mahkemesi, yanların boşanmalarına, çocukların velayetlerinin de anneye bırakılmasına karar vermiştir.

Halil Al da, Türkiye'de boşanma ve çocuklarının velayetini alma istemiyle bir dava açmıştır. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi çocukların velayetini babalarına bırakmış, ayrıca başvuru anneye, her yıl Temmuz ve Ağustos aylarında altmış gün süreyle çocuklarını görme hakkı vermiştir. Ancak Halil Al, annelerinin çocuklarını görmesine izin vermemiş, bu nedenle açılan davalar sonucunda çeşitli zamanlarda hapis cezasına çarptırılmıştır. Ancak her mahkumiyetin ardından hapis cezaları paraya dönüştürülmüştür. Çocuklar 18 yaşına geldiklerinde mahkeme kararı ile verilen görüşme hakkı, uygulanamaz duruma düşmüştür.

Yakınıcı anne AİHM'e başvurarak, 1992 ve 1998 yılları arasında yapmış olduğu sayısız girişimlere karşın, Türk makamlarının çocuklarını görme hakkını etkili bir şekilde güvence altına almadığından şikayetçi olmuştur. Kızlarını görebilmek için İzlanda'dan Türkiye'ye altı yıl içinde yüz kereden fazla gelmesine karşın, boşandığı eşinin çocuklarıyla yerel mahkemece kararlaştırılan kişisel ilişki düzenlemelerine uymaması nedeniyle bütün girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Ziyaretlerden önce



boşandığı eşi tarafından saklanan çocukların yerini saptamak için Türk makamlarının hiçbir etkili önlem almadığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, eski eşi aleyhinde mahkeme kararlarına uymadığı gerekçesiyle 18 kez ceza davası açıldığını, ancak kendisinin her seferinde hafif cezalar alarak kurtulduğunu, ciddi bir yaptırım uygulanmadığını belirtmiştir. Başvuranın savları, Strasbourg'daki yargılamaya 3. taraf olarak katılan İzlanda Hükümeti tarafından da desteklenmiştir.

AİHM, kararında, 8. maddenin öncelikle, bireyi devlet görevlilerinin keyfi davranışlarından korumayı amaçladığını vurgulamıştır. Ancak, aile yaşamına gösterilen "saygının" etkili olması için, devletlerin bazı olumlu yükümlülükleri olduğunu ve bu bağlamda 8. maddenin anne ve babalarına, çocuklarıyla görüşmelerini sağlayacak önlemler aldırma hakkı tanıdığını ve ulusal organlara bu yönde önlem alma yükümlülüğü verdiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, Türk makamlarının başvurucunun çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için etkili ve yeterli çaba göstermediği, bu nedenle 8. madde ile güvenceye alınan aile yaşamına saygı yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

(Sophia Gudrun Hansen / Türkiye,2003)

Yine çocukların velayeti ile ilgili bir olayda Mahkeme, Ethel Teri Eskinazi adlı Türk vatandaşının yaptığı başvuruyu, alışılmadık bir hızla yedi ay içinde sonuçlandırarak, 6 Aralık 2005 günü karara bağlamıştır. Başvurucunun eşi İsrail vatandaşıdır. İsrail'de yaşayıp orada çalışmaktadır. Başvurucu ve eşi, bir süre İsrail'de ve Türkiye'de birlikte yaşamışlardır. Ancak evlilikleri bozulunca çocuğuyla birlikte Türkiye'ye gelen başvuru, boşanma davası açmıştır. Davalı eş de İsrail'de karşı bir dava açarak başvurucudan çocuğu İsrail'e geri getirmesini istemiştir. Üç din adamından oluşan İsrail mahkemesinin yargıçlar kurulu, Birleşmiş Milletler kapsamında hazırlanmış olan Lahey Anlaşması uyarınca çocuğun yedi gün içerisinde İsrail'e geri getirilmesi gerektiğini kararlaştırmışlardır. Bu karar üzerine İsrail Adalet Bakanlığı Türk





makamlarından çocuğun İsrail'e geri getirilmesini talep etmiştir. Başvurucu, Türk mahkemelerinde bu karara karşı açtığı davayı da yitirmiştir.

E.Teri Eskinazi, AİHM'ne başvurmuş ve çocuğunun İsrail'e gönderilmesinin, 8.madde ile korunan aile ve özel yaşamına haksız bir müdahale oluşturacağını ileri sürmüştür.. Ayrıca Mahkeme'den, İç Tüzük'ün 39. maddesi uyarınca geçici önlem kararı vermesini de istemiştir. Mahkeme önlem istemini kabul etmiş ve Türkiye'den, davanın incelemesi bitinceye kadar çocuğu İsrail'e göndermemesini istemiştir. Mahkeme daha sonra verdiği kararında, çocuğun İsrail'den alınıp Türkiye'ye getirilişinin Lahey Anlaşması'na aykırı bir şekilde gerçekleştirildiğini ve bu anlaşmayla bağlı olan Türkiye'nin de çocuğun geri gönderilmesinden başka seçeneği olmadığını kararlaştırmıştır. AİHS'in Lahey Anlaşması ışığında incelenmesi gerektiğini belirten Mahkeme, çocuğun İsrail'e gönderilmesi kararının Türkiye'nin 8. madde bağlamındaki yükümlülükleriyle çelişmediğine ve 8. maddenin ihlal edilmediğine oy çokluğuyla karar vermiştir.

(Eskinazi / Türkiye,2005)

Bu karar, Lahey Anlaşması'nın, İsrail ve Türk Mahkemeleri'ince ayrı ayrı uygulanmalarından sonra, AİHM'in de aynı kaynağa dayanarak uyumsuzluğu sonlandırdığını göstermektedir.

Çok ilginçtir ki 9 Nisan 2006 günlü bir gazetede, Ethel Teri Eskinazi'nin boşandığı eşi Jacques Gabriel Chelouche'nin yargı kararlarına karşın çocuğunu alamadığı gibi, 50 kez Türkiye'ye geldiği halde kızını görme olanağını da bulamadığı yazılmıştır. Oldukça ayrıntılara inen bu haber, yeni bir Sophia Gudrun Hansen davasının hazırlanmakta olduğu anlama gelmektedir. İcra ve yargı sürecindeki hoşgörülü ihmaller nedeniyle Türkiye, öncekiyle tam örtüşen yeni bir olay nedeniyle bir kez daha AİHM'nce sorumlu bulunacaktır.

Sözleşme'nin 8. maddesi, aile yaşamı ile hiç ilgisi yokmuş gibi görülebilen kamusal işlemler nedeniyle de gündeme gelebilmektedir.



Güvenlik görevlilerinin, yasal temelini araştırmadan, ulusal yararları korumak için kendilerine göre belirledikleri önlemler, devletin sorumluluğunu gerektiren Sözleşme ihlallerine neden olabilmektedir. Nazmi İletmiş'in başından geçenler, hukuku bir yana bırakarak, kişisel işlemler kuranların devleti nasıl güç durumda bıraktıklarının somut örneklerinden birisidir.

1975 yılında Almanya'ya yerleşen başvurucu burada bir Türk bayanla evlenmiş ve ortak yaşamlarından iki çocukları olmuştur. 1984 yılında Türkiye Dışişleri Bakanlığı, Savunma Bakanlığı'na, başvurucunun 'Türkiye Kürtleri Devrimci Örgütü' adı altında Avrupa'da çalışmalarını sürdüren bir örgüt üyesi olduğunu bildirmiştir. 1992 yılında yakınlarını görmek amacıyla Türkiye'ye gelen başvurucu gözaltına alınmış, İzmir ve İstanbul Emniyet Müdürlüklerinde sorgulanmıştır. 7 gün süren gözaltı aşamasından sonra pasaportuna el konulduğu için, bir daha Almanya'daki ailesinin yanına dönememiştir. Bunun üzerine eşi ve çocukları da Türkiye'ye yerleşmek zorunda kalmışlardır..

Nazmi İletmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve pasaportunun elinden alınarak Türkiye dışına çıkmasının yasaklanmasının, özel ve aile yaşamına yapılan haksız bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme, bazı koşullarda kişinin pasaportuna el konulmasının sözleşmeyle çelişmeyeceğini belirtmekle birlikte, bu davanın şartları içinde, yakınıcının pasaportunun alınmasının haksız bir işlem olduğunu kararlaştırmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, başvurucunun suçlu olduğunu gösteren tutarlı ve sağlam kanıtların olmamasına karşın, 1984 yılında ulusal organların bir kuşkudan yola çıkarak başlattıkları soruşturmayı 14 yıl boyunca sürdürdüklerini gözlemlemiştir. Bu süre içinde başvurucunun ulusal güvenlik açısından nasıl bir tehlike oluşturduğu yolunda dosyaya hiç bir kanıt konulmamıştır. Kaldı ki, yargılamayı yapan mahkeme de, başvurucunun Türkiye'den ayrılmasını önlemek amacıyla herhangi bir karar almamıştır.



Bu davanın ilgi çekici bir başka boyutu da Mahkeme'nin, Sözleşme'ye ek 4 numaralı protokolün 2. maddesinde öngörülen, .."herkesin, kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeyi terketme hakkı.." ile, yakınma konusu olaylar arasında bağlantı kurmasıdır. Bilindiği gibi Türkiye 4 numaralı protokolu imzalamış, 19 Ekim 1992 günlü bir yasa ile de onayladığı halde, yetki mektubunu Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne vermediği için, bireysel başvurular açısından henüz geçerlik kazanmamıştı. Ancak Nazmi İletmiş kararı ile Mahkeme, serbest dolaşım hakkının engellenmesinin aynı zamanda özel yaşama ve aile yaşamına da bir müdahale oluşturduğunu kabul ederek, onaylanan 4 numaralı protokolu ulusal bir yasa düzeyinde değerlendirmiştir.

(Nazmi İletmiş / Türkiye, 2005)

#### 4) Konutuna Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı ve Korunması :

##### A) Konut Sayılan Yerler :

Konutlar, öncelikle içinde yaşanılan yerlerdir. Bu bakımdan, kişinin oturduğu yerin sahibi olup olmaması çok fazla önem taşımamaktadır. Mülkiyet konusu, I numaralı protokolün I. maddesinin kapsamına girmektedir. Evlerin, 8. madde bağlamında konut sayılmaları açısından, yapımı ve kullanımı için, yapı ruhsatı, oturma izni, gibi belgelerin edinilmiş bulunması da zorunlu değildir. Ancak bu eksikler, 8. maddenin 2. bendine göre kamusal önlemlerin uygulanmasını gerektirebilir. Diğer alanlarda olduğu gibi, konut konusunda da, Sözleşme'de ve AİHM'nin kararlarında açık bir tanım bulunmamaktadır. Mahkeme, kullanan kişilerin özelliklerini de göz önünde bulundurarak, nerelerin konut sayılabileceğini kararlarında belirtmiştir.

Mahkeme, bölgesel koşulları gözeterek, imar planları, konut üretimi ve yerleşmeler konularında devletlerin belirleyici yetkilerini kabul etmektedir. Ancak, İngiltere'de konutları olduğu halde, boyutları



açısından nüfus denetimi altında tutulan Manş Denizi'ndeki Guernsey Adası'na yerleşmelerine, burada bir ev yapmalarına için verilen ailenin, 18 yıl sonra tekrar adaya geldiklerinde, bu kez kendi konutlarına yerleşme izni verilmemesi, tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, başvuruculara yönelik müdahaleyi orantısız bulmuştur. Bu karar, konut tanımı açısından birkaç soruya açıklık getirmiştir. Gelecekte yerleşme umuduyla üretilip korunan, uzun yıllar önce kiraya verilen, içinde hiç oturulmayan, ikinci ev niteliğindeki konutlar da, 8. maddenin korunması altında değerlendirilmiştir.

(Gillow / İngiltere, 1986)

Mahkeme, göçer koşullarındaki çingenelerin içinde yaşadıkları karavanın konut olduğunu benimsemekle birlikte, imar planına ve kamu yararına dayandırılan yerel işlemi orantılı ve hukuka uygun bulmuştur.

(Buckley/İngiltere, 1996)

AİHM, özel yaşam ve konut güvenliğinden yola çıkarak, doğrudan Sözleşme kapsamında olmadığı halde, aşamalı bir sürecin sonucunda, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını 8. maddenin güvencesi içinde değerlendirmiştir. Bu konudaki yargısal gelişmeleri, eğer süremiz yeterse, Türkiye uygulamalarından alınan örneklerle açıklamakta yarar görüyorum.

### **B) Konutların ve İşyerlerinin Aranması :**

Konut güvenliği konusunda karşılaşılan sorunlar, genellikle, evlerin ve işyerlerinin aranması gibi kamusal karışmalardan yada kişiler arasındaki hukuksal uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir ve haciz gibi yasal işlemlerden kaynaklanabilmektedir. Devletlerin bu alandaki öncelikli ve olumlu yükümlülükleri, kamusal etkinliklerin işleyiş sürecinde konut dokunulmazlığını sağlayacak hukuksal yapılanmayı oluşturmak ve denetlemektir.



Aynı zamanda konut olarak kullanılan işyerinde, geçerli hukuk kuralları doğrultusunda yargı kararına dayanılarak ihtiyati tedbir uygulanmasının, yakınmacı açısından beklenebilir olması, işlem sırasında oluşabilecek hukuka aykırılıklara karşı başvuru yöntemlerinin saptanması gibi nedenlerle olayda 8. maddeye aykırılık bulunmamıştır.

(Chappell / İngiltere, 1989)

Bir şarapçılık şirketinin müdürü olan başvurucunun çalıştığı işyerinde, konutunda, bayan arkadaşının evinde, kendisiyle ilgilendirilebilen diğer yerlerde Gümrük Yasası'na dayanılarak, polis eşliğinde gümrük görevlileri bir dizi arama yapmışlardır. Aramalar sonucunda çok sayıda belgeye el konulmuştur. Başvurucu yabancı ülkelerle bağlantılı parasal suçlar nedeniyle yargılanmış ve suçlu bulunarak para cezasına çarptırılmıştır. Arama ve belgelerine el konulması işlemlerinin hukuksal dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle geçersiz sayılması yolunda ulusal düzeydeki girişimlerinden de bir sonuç alamamıştır.

AİHM'nin bu olayda üzerinde durduğu konu, arama ile ilgili hukuksal düzenlemelerin, uygulamanın kötüye kullanılması durumunda gereken güvenceleri sağlayacak düzeyde olup olmadığıdır. Gümrük görevlilerine, arama ve el koyma konularında çok geniş yetkiler tanınmıştır. Buna karşılık arama, bir yargı kararına dayanmamaktadır. Bu alanda yeni hazırlanan ulusal yasa da henüz yürürlüğe girmemiştir. Özetlenen nedenlerle Mahkeme, başvurucunun özel yaşamına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme haklarına, demokratik toplumda gerekli olmayan ve orantısız bir müdahale yapıldığını kararlaştırmıştır.

(Cremieux / Fransa, 1993)

PKK'ya yardım ve yataklık ettiğinden kuşku edilen başvuranlardan birisinin evi polis tarafından, CMUK'un 94. maddesine uygun olarak aranmış ve bir arama tutanağı düzenlenerek kendisine de imzalatılmıştır. Bu olayda Mahkeme, aramanın yasal bir temeli



bulduğunu ve 8. maddenin 2. bendinde yer alan meşru amaçlar gözetilerek yapıldığından, orantılı bir işlem olduğunu da gözeterek , 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

(Hacı Oğuz ve Baki Oğuz / Türkiye ,2004)

### **C - Avukat Bürolarının Aranması :**

Acaba işyerleri de konut dokunulmazlığı içerisinde düşünülebilir mi? 1985 yılında Almanya'da Bunte Liste adlı siyasal partinin Kilise Karşısı Çalışma Gurubu adına Klaus Wagner adıyla ve posta yoluyla Freising Mahkemesi başkanına gönderilen faks mektubunu izleyen olaylar, Niemietz adlı avukatın bürosunun aranmasına gerekçe gösterildi. Mektupta, çalıştırdığı işçilerin ücretlerinden Kilise Vergisi'ni kesmesine karşın Kilise'ye yatırıma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin yargılandığı davadaki tutumu nedeniyle davaya bakan yargıç eleştiriliyordu. Mektupta, gönderenin adresi olarak yalnız bir posta kutusu numarası vardı. Avukat Niemietz, Bunte Liste'nin il başkanlığını yaptığı halde Kilise Karşısı Çalışma Gurubu'nun üyesi değildi. Ancak onların kilisenin gücünü kırmaya yönelik çalışmalarını destekliyordu. Bazı eylemlerine de katılmıştı. 1985 yılı sonuna kadar, Bunte Liste Partisi adına gönderilen mektuplar, Avukat Niemietz'in ve birlikte çalıştığı arkadaşının bürosuna getiriliyordu.

Münih Mahkemesi, yargıca hakaret suçlaması nedeniyle Klaus Wagner hakkında soruşturma açılması istemiyle savcılığa suç duyurusunda bulundu. Ancak savcılık bildirimleri, bulunamadığı için sanığa tebliğ olunamadı. Niemietz'in iş ortağı da bu konuda bilgi vermekten kaçındı. Soruşturmadaki tıkanıklığı aşmak için Münih Mahkemesi, Wagner hakkındaki bilgilerin elde edilebilmesi ve suç ortaklarının saptanması amacıyla Niemietz'in avukatlık bürosunun aranmasına karar verdi. 13 Kasım 1986 sabahı avukatlık bürosuna gelen savcılık görevlileri ve polis, her iki avukatın da hazır bulunduğu sırada, saat 09.30'da başlayıp 10.30'da bitirdikleri arama sırasında, avukatın müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve



altı özel klasörü incelediler. Ayrıca avukatın müvekkillerin adlarının yazılı olduğu rehberde de baktılar. Sonuçta arama konusuyla ilgili bir kanıt elde edemedikleri için herhangi bir belgeye el koymadan, tutanak düzenleyip bürodan ayrıldılar Avukat Niemietz, son aşamada Anayasa Mahkemesi'nden de geçen iç hukuk yollarına yönelttiği yakınmalarından bir sonuç alınamayınca, konu AİHM'nin çözümüne sunuldu.

Mahkeme, Alman Hükümeti'nin Sözleşme'nin 8. maddesinin konutlarla ilgili olması nedeniyle işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine ilişkin savunmasını, "..olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye yönelik bir müdahalenin varlığı.." nedeniyle yerinde bulmadı. Yerel mahkemenin arama kararındaki "..mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara el konulması.." yolundaki çok geniş yetkilerin "..Alman hukukunun avukat bürolarının aranması sırasında bir gözlemci bulundurulması gibi yöntemsel güvenceler içermemesi nedeniyle," orantısız bulundu. Aranılan kişinin hukukçu kimliği gözetildiğinde, bürosundaki belgelerin incelenmesinin mesleki gizliliğe tecavüz niteliği taşıdığı, bu durumun da Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma güvencelerini ihlal edebileceği gibi, başvuruçunun mesleki onurunu zedeleyen uygulamanın demokratik toplumların gerektirdiği sınırları aşması nedeniyle, özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının ihlali olarak nitelendi. (Niemietz / Almanya, 1992)

Davaya konu olaylar, başvuruçunun avukatın mesleki etkinlikleri ile doğrudan ilgili bulunmuyor. Ceza yargıcına hakaret ettiği gerekçesiyle aranan kişi, avukatın müvekkili de değil. Kimliği hakkında ayrıntılı bilgiler saptanamayan sanık ile avukat arasındaki ilişki, ancak aynı siyasal görüşleri paylaşmaktan ileri gelen bir dayanışma olabilir. Olayda avukata yönelik bir suçlama da yok. AİHM, bir mahkeme kararına dayalı da olsa, avukatlık bürolarının gelişigüzel aranamayacağını vurguluyor. Güvenin, gizliliğin öne çıktığı adli birimler olarak nitelediği avukatlık bürolarının ayrıcalıklı konumunu, avukatlık mesleğinin özellikleriyle açıklıyor.



Niemietz kararı kimi araştırmacılar tarafından, Mahkeme'nin işyerlerini de Sözleşme'nin 8. maddesindeki konut dokunulmazlığı kapsamına aldığı biçiminde yorumlandı. Yukarıdaki gerekçeler karşısında şimdilik böyle bir genellemeye katılma olanağı bulamıyoruz. Avukatlık büroları, özel yaşamların tortulandığı alanlardır. Belki zaman içerisinde gizliliğin öne çıktığı benzer mesleklerin işyerleri de, Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağlantı kurulmaksızın, 8. madde kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Ancak Niemietz kararından yola çıkarak, Mahkeme'nin bütün işyerlerini konut dokunulmazlığı içinde değerlendireceğini ileri sürmek, şimdilik doğru bir yönlendirme olmayacaktır.

Mahkeme'nin, işyerlerini Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında ele aldığı ikinci örnekte, yine avukatlık bürosuyla ilgilidir. Bir suç kovuşturması nedeniyle, savunma hakkının ve avukatlık mesleğinin gereklerine uygun olarak, ulusal hukukun öngördüğü güvencelere uyulmak koşuluyla avukatlık bürolarının aranması ve bazı belgelere el konulması olanaklıdır. Ancak bu işlemler, demokratik bir devletin zorunlu koşullarıyla çelişmemelidir.

(Roemen ve Schmit / Lüksemburg, 2003)

Avukatlık bürosunun aranması konusundaki bir başvuru da, Türkiye'den geldi. Olağanüstü Hal uygulaması sırasında Diyarbakır Barosu avukatlarından Tahir Elçi ve arkadaşları, ev ve işyerlerinin polis tarafından yetkili yargı yerlerinden izin alınmadan arandığını, aramalar sırasında bir çok belgeye el konulduğunu ileri sürdüler. Tahir Elçi ayrıca, aramaya neden gösterilen suç kovuşturmasıyla ilgisi bulunmayan ve temsil ettiği kişiler adına AİHM'ne yapmış olduğu başvuru dosyalarına da el konulduğundan yakınıyordu. Hükümet'in yanıtlarında ise, Olağanüstü Hal Yasası'na ve CMUK'nun 90. ve 97. maddelerine dayandırılan aramaların, ulusal güvenliği sağlama ve suç işlenmesini önleme amacını taşıdığı için kamu yararına yönelik hukuksal temelleri bulunduğu savunuluyordu.





Mahkeme, başvuruculara ait ev ve işyerlerinin aranmasının, öncelikle onların konutlarına ve iletişim özgürlüklerine saygı gösterilmesi haklarına yapılmış bir müdahale olduğunu belirledi. Ancak, Mahkeme'nin saptamalarına göre, aramalar sırasında başvuruculara ne arandığı bildirilmemiş ve tutanak bile tutulmamıştır. Hükümetin, yasanın olağanüstü hal bölgesi valisine verdiği, gecikmesinde sakınca görülen durumlarda arama yaptırma yetkisine ilişkin olarak ise Mahkeme, valilik tarafından hazırlanmış hiçbir yazılı talimatın dosyada bulunmadığına dikkat çekmiştir. Aramaların çok geniş kapsamlı olduğunu, arama yapanların işlemlerinin hiçbir yargısal organ tarafından denetlenmediğini de gözlemleyen Mahkeme, aramaların yasal bir temeli olmadığı için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verdi.

(Elçi ve Diğerleri / Türkiye,2003)

Yetkili mahkeme veya yargıç kararı olmaksızın güvenlik görevlilerinin kendiliklerinden gerçekleştirdikleri konutların ve avukat bürolarının aranmaları karşısında, AİHM'in daha başka bir karar vermesi beklenemezdi. Mahkeme, Niemietz kararında olduğu gibi, neyi bulmak istediğini bilmeksizin olası kanıtları elde etmek amacıyla rastgele aramalar yapmanın Sözleşme'ye aykırılığını bir kez daha vurgulamış olmaktadır. Kararın önem taşıyan bir başka boyutu da, yalnız konut dokunulmazlığının değil, iletişim güvenliğinin de korunmasıdır. Mahkeme'yi bu değerlendirmelere yönlendiren temel etken, yukarıda vurguladığımız gibi, aramaların, özellikle güven altında tutulması gereken avukat bürolarında yapılmasıdır

#### **D - Türkiye'ye Yönelik Başvurular :**

Türkiye,bir bölümü yurt dışından, diğerleri yurt içinden olmak üzere, 'konuta saygı gösterilmesi hakkı' ile bağlantılı iki grup başvurunun baskısı altında bulunmaktadır. Bu davaların asıl nedeni, mülkiyet haklarının çiğnendiği savlarıdır.

Sınır ötesi başvurular, Kıbrıs'lı Rumlardan gelmektedir. Özellikle Loizidou kararından sonra,Türkiye'nin, çok ciddi boyutlardaki tazminat



istemleri karşısında bulunduğu görülmüştür. Mahkeme'nin, "sözleşmenin sürekli ihlali" biçiminde nitelediği olaylar nedeniyle, işletilmeyen iç hukuk yollarına başvurmanın olanaksızlığını benimsemesi, yeni yeni başvuruları tetiklemiş, çok büyük sayılara ulaşmasına neden olmuştur. Mahkeme 2001 yılında, Güney Kıbrıs hükümetinin Türkiye aleyhine yaptığı devlet başvurusunu karara bağlamıştır. Bu kararında Mahkeme, Kıbrıslı Rumların 1974'den bu yana kuzeyde kalan evlerine gidemedikleri için, 8. maddenin ihlal edildiğini kararlaştırmıştır. Bu ihlalin nedeni, Rumlar'ın, adanın kuzeyindeki konutlarına ulaşamamalarının yasal bir dayanağının bulunmamasıdır..

(Kıbrıs / Türkiye,2001)

Aynı temeldeki başka bir olayda, savaştan sonra kuzeyde kalan, geçmişte konuk evi olarak ve tatillerde yararlanılmak için kullanılan konutuna ulaşamadığından yakınan başvurucunun istemlerini değerlendiren Mahkeme, kararında, kişinin yaşamını iki ev arasında geçirebileceğini ve genellikle tatiller için kullanılan bu evin 8. madde bağlamında konut olarak yorumlanması gerektiğini belirterek, anılan maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

(Demades / Türkiye 2003)

Mahkeme, bu konudaki yoğun politik tartışmalara da yer verdiği son kararında, Türkiye'nin koşullarını daha da ağırlaştırıcı değerlendirmeler yapmıştır. Sözleşmenin 8. maddesindeki konutuna saygı hakkı ile 1 numaralı protokolün 1. maddesinin koruduğu mülkiyet haklarına yönelik Türk Silahlı Kuvvetleri'nin oluşturduğu sürekli ihlalden yakınan ve kendisini Yunan Ortodoks ve aslen Yunan Kıbrıslı'lı olarak tanımlayan başvurucunun, 1975 yılı Ağustos ayından bu yana, evine girişinin, evini ve mülkiyetini kullanma hakkının engellediği belirtilmektedir. Mahkeme davacının durumunun, Loizidou / Türkiye kararındaki koşullardan farklı olduğunu, başvurucunun Famagusta'da yaşamaması nedeniyle, evini kullanamadığını saptamıştır.



Mahkeme Kıbrıs / Türkiye (10 Mayıs 2001) kararında olduğu gibi, ülkesinden sürülen Yunan Kıbrıslı başvurucunun, kuzey Kıbrıs'taki evine ilişkin 8. madde bağlamında sürekli ihlalin olduğu ve Yunan Kıbrıslı'ların Annan Planı'nı reddetmelerinin, ülkeden sürülen kişilerin haklarına yönelik ihlali sona erdirecek hukuksal sonuçlar içermediği üzerinde durmuştur. Mahkeme, ayrıca, davacının hala kendi toprağının yasal sahibi olarak görüldüğünü belirterek, Türkiye'nin başvurucunun istemlerine karşı üç ay içerisinde uygun bir çözüm getirmesi gerektiği üzerinde durmuştur.

Mahkeme, başvurucunun taşınmazına ulaşamaması konusunda ise, önceki davalarda vardığı sonuçlardan, (özellikle Loizidou / Türkiye davasından) farklı yönde değerlendirmeler gerektirecek hiçbir neden bulamadığını belirtti. "Davacı, 1974 yılından bu yana bölgeye girişinin engellenmesinin sonucu olarak, taşınmazı üzerindeki tüm denetimini yitirdiği gibi, malvarlığının barışçıl kullanımından da yoksun bırakılmıştır. Bu koşullarda, adaya girişinin sürekli önlenmesi, 1. numaralı protokolün 1. maddesine bağlı haklarına müdahale olarak görülmektedir. Başvurucunun taşınmazına ulaşmasının, 1974 yılında Ada'daki Türk müdahalesini izleyen yıllarda yerlerinden ayrılan Kıbrıslı Türk mültecilerin yeniden ev edinme gereksinimlerinin karşılanması amacıyla engellenmesi, bir başka deyişle başvurucunun konutuna karşılıksız kamulaştırma biçiminde el konulması, mülkiyet haklarının tümünden çığnenmesini haklı çıkararak nedenler olarak yorumlanamaz. Böyle bir olay ne başvurucunun kişisel mülkiyet hakkının Sözleşme'ye göre korunmasını sonlandırmaktadır, ne de Kıbrıs'taki iki topluluğunun karşılıklı toplumsal görüşmelerin konusuyla bağlantılıdır. Bu gerekçelerle Mahkeme, davacının taşınmazına girişinin, denetiminin ve barışçıl kullanımının her hangi bir karşılık ödenmeksizin önlenmesi nedenleriyle olayda 1. numaralı protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği ve ihlalin süreklilik taşıdığı sonucuna varmıştır."

Mahkeme, başvurucunun 14. maddeye aykırılık savlarını değerlendirirken, davanın koşullarının, başvurucu yönünden farklı bir



açından görülse de , yakınmaların Sözleşme'nin 8. maddesi ve I. numaralı protokolün I. maddeleri ile bağlantılı olmaları nedeniyle, I4. maddeyle örtüştüğünü belirtmiştir. Anılan maddelerin ihlal edildiğinin saptanması nedeniyle, ayrıca, Sözleşme'nin 8 maddesi ile I. numaralı protokolün I. maddesinin I4 madde ile ele alınarak, birlikte ihlalinin olup olmadığını incelenmeye gerek duymamıştır.

Mahkeme'nin Türkiye'de uzlaştırıcı bir çözüm yöntemi olarak yorumlanan 46. maddeye ilişkin gerekçelerinde ise, başvuruçunun I. numaralı protokolün I. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edilmesinin, büyük sayıdaki insanları ilgilendiren politik bir sorunu olduğu bulguladı. Davacının evine saygı, mal varlığını güven içinde kullanma gibi haklarının çiğnenmesi nedeninin Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti'nin politika ya da uygulamaları sonucunda olduğu belirtilen kararda, Mahkeme'nin, Kıbrıslı rumların Türkiye'ye karşı açtığı ve henüz sonuçlanmayan yaklaşık I.400 taşınmaz davasını göz ardı edemeyeceği belirtildi.

Mahkeme, Türkiye'nin, yargılama sonucunda saptanan Sözleşme ihlallerini başvuruçunun açısından olduğu kadar, henüz başvuruları sonuçlanmamış bulunan benzer durumdaki diğer yakınmacılar yönünden de gerçekten etkili bir düzeltme ve giderim yöntemi doğrultusunda güvenli bir çözüm bulması gerektiğine karar verdi. Böyle bir çözümün üç ay içinde hazırlanması ve bu tarihten üç ay sonra da uygulamanın gerçekleştirilmesi öngörüldü.

(Xenides Arestis /Türkiye,2005)

Xenides Arestis kararının, sorunları çözdüğünü söylemek, kanımızca çok abartılı bir değerlendirme olacaktır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin Kıbrıs'ın kuzeyindeki örgütlenmiş Türk varlığını anımsaması, olumsuz yaklaşıp da Annan Planı'ndan söz etmesi ve özellikle konunun politik yönünü açık bir biçimde kavraması, önemli gelişmelerdir. Sıradaki davalar için etkili çözüm yöntemleri bulunmasının istenmesi de, politik uzlaşmalara açık bir çağrı olarak



düşünülebilir. Türkiye açısından zaman kazanıldığı da söylenebilir. Ancak Mahkeme'nin ve uyuşmazlığın yanlarının yakın gelecekteki tutumlarını şimdiden saptamak olanaksızdır. AİHM'nin, başlangıçtaki soyut yaklaşımları nedeniyle yaşanan sorunlara kararlarıyla eklediği çözümsüzlükler, mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarında karmaşa yaratmakla kalmamış, çok yanlı uluslararası örgütlenmeleri de içinden çıkılması çok güç sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır.

Konuta saygı hakkıyla bağlantılı yurt içi kaynaklı davalar ise, Güneydoğu Anadolu'da PKK'ye karşı yürütülen operasyonlar sırasında köylerinden sürülen, evlerine, tarlalarına zarar verilen kişilerin, mülkiyet hakkıyla birlikte 8. madde bağlamında yaptıkları başvurulardır. İlk kez, Diyarbakır'ın Dicle ilçesi, Kelekçi köyünde yaşayanların başvurularında Mahkeme, diğer başka nedenlerle birlikte, evlerinin tahrip edilerek köylerinin boşaltılması nedeniyle, aile yaşamına ve konuta saygı haklarının ihlal edildiğini kararlaştırmıştı.

(Akdivar ve Diğerleri / Türkiye, 1996)

Bu tür başvurular da, olaylardan zarar görenlerin çokluğuna koşut olarak önemli sayılara ulaşmıştır. Diğer konuların yanı sıra Mahkeme, başvuranların köylerine geri dönememeleri savlarını da incelemiştir. Mahkeme, terör nedeniyle yaşam ortamlarından ayrılmak zorunda bırakılan yakınmacıların köylerine geri dönmelerine izin verilmemesinin, konuta saygı hakkına ciddi ve haksız bir müdahale oluşturduğuna, bu nedenle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

(Doğan ve Diğerleri / Türkiye, 2004)

Henüz sonuçlanmayan başvuruların sayılarının 1500'ü aştığı ileri sürülen bu konudaki son gelişme, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadele'den Doğan Zararların Karşılama Hakkındaki Yasa'da belirlenen tazminat sürecinin Mahkeme'ce etkili bir hukuk yolu olarak benimsenmesidir. Terör ve Terörle Mücadele'den Doğan Zararların



Karşılanması Hakkındaki Yasa'ya, 5442 Sayılı Yasa ile getirilen ek maddeler, zarar gördüklerini ileri süren kişilerin genel kurallara göre dava açmadan önce, geriye dönük olarak her il merkezinde kurulan Zarar Tesbit Komisyonu'ndan zararlarını talep etmelerini öngörüyor. Başvurularının hukuka aykırı nedenlerle reddi durumunda da, yöntem yasalarındaki hak düşürücü sürelerle ilişkilendirilmeksizin, bu işlemlere karşı dava açmalarına olanak sağlıyor. Yeni düzenlemeler, ulusal ölçekte karşılaşılabilecek tüm uyuşmazlıkların çözümünde olduğu gibi, işlerliği bulunan hukuksal bir yapılanmayı getirmiş oldu. Tunceli'nin, Ovacık ilçesi Eğrikavak köyünde yaşayan Aydın İçyer, 1994 yılında güvenlik görevlilerinin bölgeyi tahrip edip evinin yaktığını, iç hukukta zararlarını giderecek etkili bir hukuk yolu bulunmadığını ileri sürerek Türkiye'ye karşı başvuruda bulunmuştu. 5233 ve 5442 sayılı yasalar ise, başvurucunun yakındığı hukuksal boşluğu gidermiş oluyordu. AİHM de uyuşmazlığı sonradan gerçekleşen yasal yapılanmayı gözeterik değerlendirilmiştir. Yakınmacının, 1994 yılında yaşamakta olduğu Eğrikavak köyünden sürüldüğü yolundaki başvurusu, öncelikle izlenmesi gereken iç hukuk yolunun varlığı nedeniyle kabul edilmez bulunmuştur.

(Aydın İçyer / Türkiye, 2006)

### **5) Telefonların, Mektupların ve Benzeri İletilerin Güvenliği :**

Sözleşme'nin 8. maddesinde geçen 'yazışmalar' sözcüğü, her çeşit ileti ve iletişimi kapsayacak genişlikte yorumlanmıştır. Doğrusu da budur. Kişisel bilgilerin edinilip dışa vurulması da, aynı süreç içinde değerlendirilecektir. 8. madde, bilgi edinmenin içeriğinden çok, özgürlüklerin kullanımı ile, bu haklara getirilen sınırlamaların uygulanış yöntemleriyle ilgilenmektedir.

### **A - Tutuklu ve Hükümlülerin Yazışmaları :**

Uygulamada çok sık rastlanılan olaylar, cezaevlerindeki tutuklu ve hükümlülerin yazdıklarının yöneticiler tarafından okunup



denetlenmeleri, istenilen yerlere gönderilmemeleri, eksik gönderilmeleri ve bu kişilere dışarıdan yollanan iletilerin de aynı sügeçlerden geçirilerek iletişim kopuklukları yaratılmasıdır.

İletişim özgürlüğü konusunda bilinen en eski yöntem kişilerin mektuplaşmalarıdır. Tutuklu sanıkla avukatının yazışmaları, konumuz açısından özellikle önem taşımaktadır. Devletler, çeşitli gerekçeler öne sürerek bu yazışmaları denetim altında tutmak istemişlerdir. En önemli gerekçeleri de, soruşturma konusu suçla ilgili kanıtlara ulaşmak olmuştur. Ancak konu her zaman bu kadar açık bir görünüm vermemektedir. Savcıların soruşturmaları kendi beklentileri doğrultusunda yönlendirmek amacıyla, cezaevi yöneticilerinin tutuklu ve hükümlülere yönelik yasa dışı uygulamalarını gizlemek için yazışmalara el koydukları çok sık görülen olaylardır.

AİHM'in bu konudaki ilk değerlendirmeleri, İngiltere cezaevinde yatmakta olan bir hükümlünün başvurusuyla ilgilidir. Başvurucu, cezaevinde çıkan olaylara karıştığı yolunda gerçek dışı ifade verip kendisine iftira eden gardiyan hakkında hukuk davası açmak, böylece yanlış ifadenin dosyasından çıkarılmasını sağlamak istemiştir. Başvurucu, bu amaçla bir avukatla görüşüp dava açmak üzere yürürlükteki Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde Bakanlık'tan izin istemiştir. Ancak Bakanlık, böyle bir dava açılmasına gerek olmadığı düşüncesi ile, hükümlünün avukatla görüşmesine izin vermemiştir.

AİHM'e göre, "İçişleri Bakanlığı'nın Golder'in dilekçesini reddetmesi, öncelikle bir avukatla iletişim kurmasını engellemiştir. Bu olay mahkemeye başvurma hakkı ile ilişkilendirilmeksizin, yalnızca haberleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Golder'e bir avukata danışması için izin verilseydi, yakındığı gardiyana karşı dava açma kararlılığını sürdürüp sürdürmeyeceği bilinemezdi...Ancak bütün bunlara karşın, başvurusunun açıkça ortaya koyduğu 'iftira nedeniyle dava açma' istemi gerçekleşmemiştir...İçişleri Bakanlığı avukatla ilişki kurulmasını yasaklamakla, açılması düşünülen dava için harekete geçilmesini engellemiş olmaktadır...Hukuksal engellemeler gibi, fiili engellemeler de hukuka aykırı düşebilecektir.



...Başvurucu, gardiyana karşı dava açmakla, kendisine karşı yapılan ve hakkında olumsuz sonuçlar doğuran suçlamalardan kurtulmak istemektedir. Açılması tasarlanan dava, cezaevinde bulunduğu sırada meydana gelen ve cezaevi yaşamıyla bağlantılı bir olayla ilgilidir. Sonuçta bu dava İçişleri Bakanlığı'na bağlı ve görevi sırasında suçlamalarda bulunan bir cezaevi çalışanına karşı yöneltilen olacaktır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak dava açmak üzere bir avukata danışmak istemiştir. Tasarlanan davanın sonuçlarına ilişkin olasılıkları değerlendirmek İçişleri Bakanlığı'nın görevi değildir. İleri sürülebilecek savlar hakkında karar vermek ise, bağımsız ve yansız mahkemelerin görevidir. İçişleri Bakanlığı, Golder'in istediği izni vermemekle, Sözleşme'nin 6/ (1) fıkrasında güvence altına alınan mahkemeye gidebilme hakkına saygı göstermemiştir."

AİHM, başvuru konusu olayları bir kez de Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında değerlendirdi:

"Mahkeme, bir hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahalenin 'gerekliliğini' cezaevinde bulunmanın olağan ve makul koşullarının göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örneğin 'düzensizliğin veya suçun önlenmesi' bir hükümlüye, özgür bir kişiden daha geniş müdahale önlemlerinin uygulanmasını haklı kılabilir...Hükümet, Golder'in yakındığı müdahalenin 'gerekli' olduğunu kanıtlamak için, düzensizliğin ve suçun önlenmesini, bir ölçüde de kamu güvenliği ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını gerekçe olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere tanınan takdir yetkisini dikkate almakla birlikte, 'demokratik bir toplum'da bu müdahalenin nasıl olup ta, Golder'in kendisine iftirada bulunan gardiyana karşı dava açmak amacıyla bir avukatla iletişim kurmasının engellenmesini haklı kıldığını anlayamamıştır. Mahkeme, Golder'in cezaevi görevlisinin kendisine karşı yaptığı suçlamadan temize çıkmak istediğini bir kez daha vurgulamaktadır. Bu koşullarda Golder, haklı olarak bir avukata yazmak isteyecektir. Açılması düşünülen dava sonuçlarını değerlendirme





görevi, İçişleri Bakanlığı'nın işi değildir. Başvurucuya hakları konusunda yol göstermek, önerilerde bulunmak bir avukatın, önüne getirilen dava konusunda karar vermek ise bir mahkemenin görevidir.

Başvurucunun avukatla haberleşmesi kişisel bir dava açılmasına ve sonuç olarak Sözleşme'nin başka bir maddesinde, yani 6.maddede varolan bir hakkın kullanılması için hazırlık aşaması olacağından, İçişleri Bakanlığı kararının 'demokratik bir toplumda' gerekli olduğu kanıtlanamamıştır. Böylece Mahkeme, olayda 8.maddeye aykırılık olduğu sonucuna varmıştır."

(Golder / İngiltere, 1979)

Başlangıçta da belirttiğimiz gibi, yazışma dokunulmazlığı temelinde gelişen tartışmanın özü, savunma hakkının ilk adımı olan başvuru ile avukatın iletişim olanakları üzerinde odaklanmıştır. Cezaevindeki başvuru ile avukatın iletişimi kurulamazsa, hak arama sürecinin sonraki aşamalarına geçilemeyecektir. Kararda eleştiri konusu yapılan uygulamalar, olayın geçtiği yıllarda yürürlükte olan Cezaevleri Yönetmeliği çerçevesinde yürütülen işlemlerdi. Golder'in dava açmayı düşündüğü infaz koruma görevlisinin tutumu bir yana bırakırsa, AİHM İngiltere'deki katı ve insan hakları ile bağdaşmayan cezaevi kurallarını mahkum etmiş bulunuyordu. Nitekim İngiltere Hükümeti de bu dava nedeniyle gelişen hukuksal tartışmaları göz önünde bulundurularak, Golder Davası henüz sonuçlanmadan Cezaevleri Yönetmeliği'ni değiştirmiş, tutuklu ve hükümlülerin hukuk davası açmak üzere bir avukata danışmak istemeleri durumunda İçişleri Bakanı'ndan izin almaları koşulunu kaldırmıştı. Bu değişiklik, cezaevleri müdürleri eliyle bütün tutuklu ve hükümlülere bildirilmişti.

Cezaevleri kurallarında yapılan iyileştirmeler, İngiltere'nin benzer konulardaki davalar nedeniyle tekrar AİHM'de yargılanmasını önleyemedi. Çeşitli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü konumunda bulunurlarken değişik amaçlarla farklı yerlere gönderdikleri mektupları alıcılarına ulaşmayan 7 başvuruçunun AİHM'nde görülen davaları 1983



yılında sonuçlandı. Davacılarından Silver'in koşulları konumuzu doğrudan ilgilendirmektedir. Başvurucu, cezaevindeki yetersizlikler ve bu arada sağlık sorunları ile dış tedavisindeki yakınmaları nedeniyle dava açmak üzere Bakanlık'tan izin istemiş, ancak kendisine olumlu yanıt verilmemişti.

İngiltere cezaevlerindeki haberleşme ve yazışma koşullarının ayrıntılı olarak incelenip tartışıldığı AİHM kararında, diğer 6 başvurucu hakkında Sözleşme'nin 8. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilirken, hukuksal yardım olarak cezaevi yönetimiyle ilgili hukuk davası açma girişiminin önlenmesi nedeniyle, Silver yönünden ayrıca Sözleşme'nin 6/1. maddesinin de ihlal edildiğine karar verildi.

(Silver ve Diğerleri / İngiltere, 1983)

Tutukluların yazışmalarının 8. maddenin korunması altında bulunması, hiç kuşku yok ki, koşulları oluştuğunda aynı maddenin 2. bendindeki kısıtlayıcı önlemlerin de uygulanabileceği anlamını içeriyor. "Hükümlünün haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale gereği, cezaevinde bulundurulma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilecektir."

(Golder / İngiltere, 1979)

Adli sabıka sicili bir hayli kabarık olan ve cezaevi kurallarına aykırı davranmayı alışkanlık edindiği için hakkında ek yaptırımlar uygulanan başka bir hükümlünün, infaz indirimlerinin bir bölümünün kaldırılması nedeniyle avukatına yazdığı mektuplardan birisi hiç gönderilmemiş, diğer ikisi ise, geç ulaşmıştı. Hükümlünün bir milletvekiline ve öğretim üyesine yazdığı yakınma mektupları da cezaevi idaresince gönderilmemişti.

AİHM bu olayda da "başvurucunun gönderilmeyen mektupları bakımından haberleşmeye saygı hakkının ihlal edildiğine.." karar verdi.

(Mc Callum / İngiltere, 1990)



Avukatla görüşme hakkının uzantısı olarak ta benimsenen avukata mektup gönderme olanağının değerlendirildiği bir başka davada AİHM, tutuklu sanığın avukatına yazdığı mektupların cezaevi yetkililerince denetlenmesini, özellikle bir mektubun avukata ulaşmasının geciktirilmesini, Sözleşme'nin 8. ve 6/3 - (c) maddelerinin ihlali olarak niteledi.

(Domenichini / İtalya, 1996)

AİHM'nin, Polonya cezaevindeki bir tutuklunun Ombudsman'a yazdığı mektubun zamanında yerine ulaşmaması nedeniyle verdiği kararda, konuyla ilgili Polonya ulusal hukuku değerlendirildi. Mahkeme'ye göre ;

"Soruşturması devam eden tutukluların yazışmalarının engellenmesi durumunda yasaların etkili bir başvuru yolunu belirlememiş olması,

Tutukluların mektuplarının soruşturmayı yürüten görevlilerince yürürlükteki hukuka göre hiç bir neden ve gerekçe olmaksızın her koşulda okunup sansürden geçirilmesi,

Tutukluların farklı kişi ve kurumlara, örneğin Ombudsman'a gönderdiği mektuplar açısından farklı denetim ölçütlerinin konulmaması,

Uygulanan sansürün içeriğinin ve süresinin belirsizliği,

Kendiliğinden ve ayrımsız olarak yürütülen sansürün nedenleri, koşulları ve gerekçeleri konusunda, uygulayıcılara bir açıklama yükümlülüğü bile getirilmemiş olması,"

8. maddenin 2. bendindeki sınırlama koşullarına uygun bulunmadı.

(Niedbala / Polonya, 2000)



Mahkeme'nin yukarıda değindiği ölçütler, tutukluların yazışmalarının otomatik bir sansür denetimine bağlanamayacağını bir kez daha gerekçeleriyle açıklıyor.

**B) Avukatın Tutuklu Sanığa Gönderdiği Mektubun Açılması veya Hiç Verilmemesi :**

Tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalar, Chambell ve Fell davasında kapsamlı bir incelemeden geçirildi. Başvurucunun avukatıyla ve AİHK'la yaptığı yazışmaların cezaevi görevlilerince açılıp okunduğuna ilişkin yakınmaları, bu gibi durumlarda izlenmesi gereken yöntem ve ölçütlerin belirlenmesine katkıda bulundu. Mahkemeye göre, "..bir tutuklu veya avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır." Bu durumda bile mektup, gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgisine verilmelidir.

Mahkeme, ancak çok özel durumlarda tutuklunun avukatıyla yaptığı yazışmanın okunabileceğini belirtmektedir. "Mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlıbaşına bir suç oluşturması, gizliliğin kötüye kullanıldığına ilişkin çok somut gerekçelerin var olması durumunda," bu yola gidilebilecektir.

Davalı Hükümet'in, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel bir korunma sağlanmasının, bu işleyişin kötüye kullanılma olasılığını taşıdığı yolundaki savunması, Mahkeme'ce, "Avukat müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılabilme olasılığından çok daha önemli olduğu.." görüşüyle yerinde bulunmadı. Savunma hakkına ilişkin birden fazla konunun tartışıldığı dava sonucunda, sanıkla avukatı arasındaki yazışmaların engellenmesi Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendi.

(Chambell ve Fell / İngiltere, 1984)



Tutuklu sanığa savunmasını üstlenecek avukatın mektubunun verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün çiğnenmesine ilişkin en çarpıcı örnek, Mehmet Durmaz ile Avukat Schönenberger'in birlikte yaptıkları başvuru sonucunda verilen karar oldu. İsviçre'nin Zürih kantonunda yaşayan M. Durmaz, bazı suçlara karışmış olabileceği kuşkusuyla 16 Şubat 1984'te tutuklanmış, eşinin bulduğu Avukat Schönenberger, cezaevindeki sanığa bir mektup göndererek, kendisi de uygun görürse savunmasını üstlenebileceğini bildirmişti. Avukat mektubunda soruşturmayla ilgili bazı uyarılarda bulunmuştu. "...Sorgunuz sırasında yanıt vermeme hakkınızın bulunduğunu anımsatmak görevimdir. Ağzınızdan çıkacak her söz, size karşı kanıt olarak kullanılabilir. Susmayı yeğlerseniz, savcılık, kanıt bulup suçluluğunuzu ispat etmek zorunda kalacaktır. Siz açıklama yapmamakta direnince, olabilir ki savcı, tartışma çıkarıp, tanıkları dinlemek, başka kanıt toplamak ya da yeni bir soruşturma başlatmak gibi nedenlerle tutukluluğunuzu uzatacağını söyleyerek baskı kurmayı deneyebilir. Böyle şeyler olursa aldırmayın. Haklarınızı bilip herhangi bir açıklama yapmamak yararınızaadır..." diyen avukat ayrıca, göreve başlayabilmek için, iki örneğini eklediği vekaletnameleri imzalayıp, birini savcılığa, ötekini kendisine göndermesini isteyerek, işlemler tamamlanınca, hemen cezaevine geleceğini bildirmişti.

Bölge Savcısı, soruşturmanın yürütülmesi açısından sakıncalı bulunduğu bu mektuba ekoydu. Sanığa, avukatın gönderdiği vekaletname örneklerini de vermedi. Yasaklanan mektup sanki hiç gelmemiş gibi, Durmaz'a bir avukat edinmesini önerdi. Eşinin girişimlerini öğrenemeyen yurttaşımız, Zürih'te tanıdığı tek avukatın J.P.Garbade olduğunu, ancak içinde bulunduğu koşullarda ödeyecek parası olmadığını bildirince, Avukat Garbade, Mahkeme Başkanı'nın kararı ile, gideri devletçe karşılanmak üzere Durmaz'ın savunmanlığına atandı.

Soruşturma ve sorgulamalar devam etmiş. Durmaz, güçlükle çıkarmadan bütün soruları yanıtlamış. Hakında kamu davası açılmasını gerektirecek kanıtlar bulunamayınca, 37 gün tutuklu kaldıktan sonra,



23 Mart 1984'te salıverilmiş. Boş yere özgürlüğünden yoksun bırakılan Durmaz'a, Bölge Mahkemesi'nce, 3.565 İsviçre Frangı giderim ödenmesi kararlaştırılmıştı.

Hukuksal tartışma, asıl bu aşamadan sonra başlıyor. Avukat Schönenberger, cezaevine gönderdiği mektubun tutuklu sanığa verilmemesi yoluyla iletişim özgürlüğünün engellendiği, bunun sonucunda Durmaz'ın davasını alamadığı için mesleğini uygulayamadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruyor. Mehmet Durmaz da bir başka dilekçeyle, avukatın gönderdiği mektubun eline geçmemesi nedeniyle haber alma özgürlüğüne el atıldığını bildirerek, İsviçre'ye karşı bireysel başvuru hakkını kullanıyor. Tartışmanın özü, "Herkes, özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine dayanıyor. Gerek komisyonda, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, İsviçre Hükümeti'nin temsilcileri, Avukat Schönenberger'in, sanığa susmasını, yanıt vermemekte direnmesini öneren mektubunun yürütülmekte olan soruşturmanın güvenliği açısından sakıncalı bulunduğunu savunuyorlar. Gerçekten AİHS'nin 8. maddesinin 2.bendinde, "...kamu düzeninin korunması ya da suçun önlenmesi..." amacıyla, bazı koşullarda iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilceği belirtiliyor.

Komisyon'dan sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, yakınılan uygulama nedeniyle İsviçre organlarınca, AİHS'nin 8.maddesinin ihlal edildiği yargısına vardı. Kararın gerekçesinde, avukatın, savunmasını üstleneceği kişiye susmasını, sorulara yanıt vermemesini önermesinin, onun mesleki görevi, doğal hakkı olduğu belirtildi. Sorgulanan sanığın yanıt vermemekte direnmesinin yasal bir hak olduğu, bu yöntemi seçen avukatın görevini üstlendiği kişiye haklarını bildirmesinin önlenemeyeceği vurgulandı. Böylece Durmaz'ın haber alma, iletişim kurma özgürlüğünün engellendiği görüşüne varıldı. İsviçre Hükümeti'nin, Durmaz ve avukatına 9.070 frank ödemesini



öngören kararın çarpıcı yanı, temel hak ve özgürlüklere yasalarla getirilecek kısıtlamaların, "..demokratik bir toplumun zorunlu kıldığı..." sınırları aşamayacağı ilkesini yinelemesiydi.

(Schönenberger ve Durmaz / İsviçre, 1998)

### C) Telefon Konuşmalarının Güvenliği :

Kişisel iletişim konusundaki yaygın yöntemin mektup ve diğer benzeri gönderiler olmasına karşın, Mahkeme telefon ve teleks yoluyla iletişimi de 8. madde kapsamında değerlendirdi. İleride teknolojik gelişmelere ve ulaşılabilir teknik özelliklerine göre e - mail ve benzeri yöntemleri de 8. madde kapsamında koruyacak kuralların saptanması beklenmelidir.

(Halford / İngiltere, 1997)

Kişilerin yazışmalarının veya telefon konuşmalarının 8. maddenin 2. bendindeki nedenlerle de olsa kamu denetimine alınması, aşılması güç, hatta olanaksız sorunlar yaratmıştır. Örneğin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç kanıtlarının elde edilmesi için kişinin telefon konuşmalarının dinlenmesi ne kadar sürecek ve kendisine ne zaman bilgi verilecektir? Kişinin izlendiğini öğrenmesi, doğal olarak izlemeyi yararsız duruma düşürecektir. Demek ki, bu koşullarda, kişiye itiraz olanağı bile tanınamayacaktır. Bu konular, üç avukat, bir yargıç ve bir savcının, 1968 yılında Almanya'da yürürlüğe konulan Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliği'nin Sınırlanması Hakkındaki Yasa'nın Sözleşme'ye aykırı olduğu yolundaki başvuruları nedeniyle kapsamlı bir incelemeden geçirildi.

Başvurucular, devletin bir yasayla denetim önlemleri almasına itiraz etmiyorlardı. Ancak yasanın, yetkilileri, her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamış olmasına, bu tür önlemleri alma yetkisinin verilme biçimine ve uygulanışına karşı mahkeme önünde hak arama olanağının tanımamış olmasına itiraz



ediyorlardı. Yakınmacılar, Komisyon'a başvuru yapmadan önce Federal Anayasa Mahkemesi'ne gitmişler, ancak, istemleri reddedilmişti.

AIHM, oldukça çapraşık süreçler öngören Alman yasası hakkında aşağıdaki değerlendirmeleri yaptı :

"Mahkeme, bir devletin denetime aldığı kişinin bilgisi dışında ve itirazı mümkün olmayacak bir biçimde gizli izleme yapması halinde, 8. maddenin büyük ölçüde anlamsız kalabileceğine işaret etmektedir. Bu durumdaki bir kimsenin 8. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalması, hatta bu maddede verilen haktan farkında olmadan hem ulusal düzeyde hem de Sözleşme kurumları önünde herhangi bir hukuki yolu kullanmaktan yoksun bırakılması mümkündür.

Mahkeme, Sözleşme'de güvence altına alınan bir hakkın kullanılmasının, ilgili kişinin bu hakkın ihlali hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle ortadan kaldırılmasını kabul edilemez bulmaktadır. Gizli izlemeden potansiyel olarak etkilenen kişilerin Komisyon'a başvurma hakkı, 25. maddeden çıkarılabilir; aksi halde 8. madde hükümsüz kalma tehlikesiyle karşılaşır.

Mahkeme, bu davanın esası bakımından itiraz konusu yasanın, Federal Almanya'daki herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonun potansiyel olarak izlenebileceği ve bir boşboğazlık yapılmadıkça veya Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararında gösterilen koşullarda bildirimde bulunulmadıkça, kişilerin habersiz kalacağı bir izleme sistemi kurduğunu saptamıştır. Bu çerçevede itiraz konusu yasa Federal Almanya'da posta ve telekomünikasyon kullananları veya potansiyel kullanıcıları doğrudan etkilemektedir. Bundan başka, temsilcilerin haklı olarak işaret ettikleri gibi, bu izleme tehdidinin kendiliğinden, bütün kullanıcıların veya potansiyel kullanıcıların 8. maddede güvence altına alınan haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmak suretiyle, posta ve telekomünikasyon hizmetleri vasıtasıyla serbest haberleşmeyi sınırladığı ileri sürülebilir.





Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemeyi içermektedir. İkincisi, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlere karşı etkin bir biçimde mücadele edebilmek için, kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve / veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.

Belirli bir izleme serisinin yöneldiği bir faaliyet veya tehlike, bu önlemlerin durdurulmasından sonra yıllarca hatta on yıllarca sürebilir. Durdurulmuş olan önlemden etkilenmiş olan her bireye sonradan bildirimde bulunmak, izlemeyi harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye sokabilecektir. Dahası, Federal Anayasa Mahkemesi'nin haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir bildirim, istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin muhtemelen belirlenmesine neden olabilecektir. Mahkeme'nin görüşüne göre, itiraz konusu yasadaki kaynaklanan "müdahale" kuralı olarak Sözleşme'nin 8(2). Fikrasına göre haklı bulunduğu için bireyin izlenmesi sona erdikten sonra haberdar edilmemesi, bu hükme kendiliğinden aykırı olmaz; çünkü, "müdahale" nin etkinliğini sağlayan şey, bireyin haberdar edilmemesidir.

Mahkeme, demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında uzlaşma zemininin Sözleşme sistemine içkin bulunduğu yolundaki Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Sözleşme'nin başlangıcında da belirtildiği gibi, "Temel Özgürlükler...bir yandan etkin bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayış ve



Sözleşmeciler Devletlerin dayandığı insan haklarının yerine getirilmesiyle korunabilir". Bunun Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından anlamı şudur: Birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge aranmalıdır.

Bu düşüncelerin ve itiraz konusu yasanın ayrıntılı olarak incelenmesinin ışığında Mahkeme, Alman yasa koyucusunun, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal güvenlik amacıyla suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahale etmeyi düşünmekte haklı olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir.

(Klass ve Diğerleri / Almanya, 1978)

Böylece AİHM, kararında değindiği tüm sakıncalara karşın, yasayı aynen benimsemiştir. Mahkeme'yi böyle bir değerlendirmeye götüren etken, yukarıdaki gerekçelerle birlikte, yeni yasanın, işlemler sürecinde kişisel hakların korunması açısından her aşamada bazı önemli güvenceler koymasından ileri gelmiştir. Edinilen bilgiler kanıtla dönüştürülmeden önce bir yargıç denetiminden geçirilecek, gerekli olmayanlar da yine yargıcın önerisi doğrultusunda yok edilecektir. Yasanın belirleyici yetkiler tanıdığı üst organ ise, parlamento tarafından görevlendirilen ve yargı yeri niteliği taşımayan bir kuruluş oluyordu. Sonuçta, tekelülak, onca denetime karşın özgürce çalışma olanağına kavuşmuş bulunuyordu.

Klass/Almanya kararı, henüz uygulaması olmayan bir yasaya dönük değerlendirmeleri içeriyordu. İngiltere'den gelen bir başvuruda ise, tekelülakın çenberinden geçen kişinin yakınmaları tartışıldı:

"Başvurucunun bir telefon konuşmasının, polisin istemi üzerine İçişleri Bakanlığı tarafından verilen yazıya dayanılarak izlenmiş olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Telefon konuşmaları,



Sözleşme'nin 8. maddesindeki "özel yaşam" ve "haberleşme" kavramlarının kapsamına girdiğinden kabul edilen izleme işlemi, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında başvurucunun güvence altına alınmış hakkını kullanmasına "bir kamu makamı tarafından" müdahale oluşturmuştur.

Mahkeme, "hukuka uygun olarak" deyiminin sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığı, ama aynı zamanda, Sözleşme'nin başlangıç bölümünde açıkça ifade edilen hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğu konusundaki görüşünü anımsatır.. Buna göre söz konusu deyim, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında korunmuş olan haklara kamu makamları tarafından keyfi müdahalelerde bulunulmasına karşı iç hukukta bir yasal koruma tedbiri bulunmasını gerektirir. 8. maddenin amacı da budur. Özellikle yönetsel bir yetki gizli olarak kullanıldığı takdirde, keyfilik riskinin bulunduğu açıktır. Hiç kuşkusuz, hükümetin de haklı olarak belirttiği gibi, polis soruşturması amacıyla iletilerin izlenmesi bağlamındaki Sözleşme'nin özellikle önceden görebilirlik koşulu, amacı bireylerin davranışları üzerine kısıtlamalar getirmek olan hukuk kurallarıyla aynı nitelikte olamaz. Ayrıca önceden görebilirlik koşulu, bireyin kendisine ait iletileri, yetkililerin izleyeceği zamanı önceden görüp davranışlarını buna göre ayarlaması anlamına gelemez. Buna rağmen hukuk, kendi düzeni içinde, özel yaşam ve haberleşmeye saygı haklarına karşı kamu makamlarının hangi şartlar içinde ve hangi hallerde bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye başvurmaya yetkili oldukları konusunda. vatandaşlara yeterli göstergeleri sunacak açıklıkta olmalıdır.

Soruşturma amacıyla iletilerin izlenmesini düzenleyen İngiliz ve Galler hukukunun mevcut haliyle, en azından bir ölçüde çapraşık ve yoruma açık olduğu gözlenmektedir. Mahkeme, iç hukukun bu tür meselelerinde emredici bir beyanda bulunmaya girişecek olsa, ulusal mahkemelerin yetkisini gasp etmiş olurdu. Ancak Mahkeme'den, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına göre, ilgili iç hukukun, görevli organların



bu alandaki yetkilerinin temel unsurlarını makul bir açıklıkla düzenleyip düzenlemediğine karar vermesi istenmektedir.

İngiltere ve Galler'de polis adına iletilerin izlenmesiyle ilgili ayrıntılı yöntemler mevcut değildir. Dahası yayınlanmış istatistikler, özellikle kamu davasına konu suçların işlenmesinde ve telefon tesisi sayılarındaki artışla karşılaştırıldığında, bu yöntemlerin verilen müzakerelerden beklenen yarara göre oldukça düşük kaldığını göstermektedir. Kamuoyu uygulanabilir düzenlemelerden ve ilkelerden, Birkett Raporu'nun ve White Paper'ın yayınlanması ve sorumlu Bakan'ın Parlamento'daki açıklamaları yoluyla haberdar olmuştur.

Ne var ki, Mahkeme'nin önündeki delillere dayanarak, izleme yetkilerinin hangi unsurlarının hukuk kurallarıyla içselleştirildiğini ve hangi unsurlarının yürütme organının takdirine bırakıldığını anlaşılabilir bir kesinlikte söylemek olanaksızdır. Bu konularda ulusal hukukun belirsiz ve çapraşık olduğu göz önünde bulundurulursa, İngiliz ve Galler Hukuku, kamu organlarının sözü edilen takdir yetkisinin kapsamı ve kullanılma biçimi anlaşılabilir açıklıkta değildir. Bu çerçevede bireylerin demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğüne göre hak ettikleri en az hukuki koruma sağlanamamıştır.

(Malone / İngiltere, 1984)

Görülüyor ki sorunların daha ayrıntılı biçimde saptandığı, yetki ve sorumlulukların dengelendiği, denetim yol ve yöntemlerinin açıklık temelindeki bir yasa ile çözülebildiği koşullarda telekulak, AİHM'nin de olurlarını alabilecektir.

Buna karşılık uyuşmazlıkların doğduğu tarihlerdeki Fransız hukukunda olduğu gibi telefon dinlemenin bir yasa ile düzenlenmediği koşullarda;

Muhasebe defterlerinin tutulmasında hile ve yolsuzluk yaptıklarından kuşku edilen iş adamlarının hazırlık soruşturması aşamasında iki gün süreyle telefonlarının dinlenmesi,

(Huvig / Fransa, 1990)



Bir bankacının ölümü nedeniyle yürütülen hazırlık soruşturması sırasında telefonu polis denetimi altındaki kişinin konuğu olan başvurucunun da konuşmalarının dinlenmesi sonucunda, kendisinin hırsızlık ve adam öldürme suçlarına karıştığı saptanması üzerine yargılanıp ömür boyu hapis cezasına çarptırılması, özel yaşamın gizliliği ilkesinin çiğnendiği yakınmalarına neden olmuştur.

(Kruslin / Fransa, 1991)

AİHM bu başvurularda "yasa ile öngörülebilir olma" koşulunun yerine getirilip getirilmediğini araştırmıştır. Hükümet'in savunmasında Fransız Ceza Yöntem Yasası'nda böyle bir kuralın bulunduğu, ayrıca aynı konuda yerleşik yargısal içtihatların varlığı üzerinde durulmuştur. Mahkeme, telefonların dinlenmesinin genel nitelikteki yasalara dayandırılmayacağını, bu konuda özel hukuksal düzenlemeler gerektiği yolundaki görüşünü yinelemiştir. Mahkeme, Malone kararında belirlediği ölçütler doğrultusunda, dinlemenin nedenlerinin, hangi koşullara dayandırılacağını, yöntem ve sınırlarının ayrıntılı olarak özel bir yasada yer alması gerektiğini vurgulamıştır. Fransa'daki telefon dinleme yönteminin kişisel güvencelerle uyumlu olmaması, hangi tür suçların dinlemeyi gerektirebileceği, dinlenecek kişilerin nitelik ve özellikleri, uygulama süresi gibi başlıca konulardaki boşluklar nedeniyle, hukukun üstünlüğü ilkeleriyle uyumsuz bulunan her iki başvurucunun telefon konuşmalarının dinlenmesini, Sözleşme'nin 8.maddesine aykırı bulmuştur.

AİHM'nin telefon dinleme konusunu değerlendirdiği son örneklerden birisi de, Türkiye'den gönderilen başvuru üzerine 6 Aralık 2005 günü verdiği karardır. Uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkulanan kişinin bir başkası ile yaptığı telefon konuşmalarının dökümleri, yargılandığı ve mahkum edildiği davada kanıt olarak değerlendirilmiştir. Yakıncı, telefon konuşmalarının polis tarafından dinlenilmesinin CMUK'nun 91. ve 92. maddelerine dayandırıldığını, ancak anılan maddelerdeki mektup, telgraf ve diğer iletilere el konulmasına ilişkin kuralların, telefonların dinlenilmesine olanak



tanımadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, telefonunu dinlenilmesi hakkındaki mahkeme kararının, dinleme başlatıldıktan bir gün sonra alındığını belirtmiştir. Hükümetin yanıtlarında ise, CMUK'nın 91. ve 92. maddelerinin telefonların dinlenilmesine de olanak tanıdığı, dinleme başladıktan bir gün sonra da verilmiş olsa, mahkeme kararının işlemi yasallaştırdığı savunulmuştur.

Mahkeme, geleneksel denetim yöntemi ile öncelikle başvurucunun telefon konuşmalarının dinlenilmesinin, haberleşme özgürlüğüne bir müdahale olduğunu saptamıştır. Ardından, müdahaleyi hukuken öngörülebilir kılacak yasal temelleri araştırmıştır. Yalnızca bir yasanın varlığının da tek başına yeterli olamayacağını, bu konudaki düzenlemelerin, telefonların hangi gerekçelerle, nasıl dinlenebileceğini, hukuksal karar süreci ile birlikte ele alan ayrıntılı güvenceleri kapsamı gerektiği üzerinde durmuştur. Böylece keyfiliğin önlenilebileceğini vurgulamıştır. Oysa başvurucunun dinlendiği sırada, Türkiye'de telefon dinlemeye olanak tanıyan bir yasanın bulunmadığını, ancak 2001 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı yasa ile hukuksal anlamda bu yolun açıldığını belirtmiştir. Sonradan alınan mahkeme kararı ile dinlemenin meşrulaştığı yolundaki savunmanın ise, CMUK'nun 91. ve 92. maddelerinde sözü edilen ileti türlerinin telefon dinlemeyi içermemesi nedeniyle, benzetme yoluyla genişletilmiş yorumlara dayandırılan Hükümet'in görüşleri yerinde bulunmamıştır. Mahkeme, yasal dayanağı bulunmayan telefon dinleme işleminin, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

( Mehmet Şirin Ağaoğlu / Türkiye, 2005 )

Telefonların dinlenilmesiyle elde edilen bilgilere dayanılarak kişilerin fişlenmeleri, depolanan bu tür bilgilerin, onların, yaşamlarının değişik alanlardaki etkinlikleriyle bağlantılı olarak değerlendirme ölçütleri olarak kullanılmalrı, yalnız özel yaşamlarına değil, ekonomik, siyasal ve her türlü kamusal haklarına karşı son derece sakıncalı ve denetimsiz müdahalelere dönüşebilmektedir.



Devletlerarasındaki farklı ekonomik ve siyasal sistemler nedeniyle kamplaşmaların yaşandığı dönemde, İsviçre'de gerçekleşen bir telefon dinleme olayı, hukuka aykırılıkların ulaşabileceği boyutları sergilemesi açısından ilginç bir örnektir. İsviçre'de yaşayan, alım satım işleriyle yaşamını kazanan Amann adındaki başvurucu, dergilere verdiği reklâmlarla yurtdışından getirdiği kıl dökücü aletleri pazarladığını duyurmuştur. Kendisini telefonla arayan bir bayan, satışa sunulan araçlardan birini satın almak istediğini bildirmiştir. Ancak telefon eden kişi Sovyetler Birliği Büyükelçiliği'nde çalışmaktadır.

Telefon konuşması, İsviçre Federal Savcılığı'nca saptanıp, dinlenmiştir. Anlaşıyor ki o sırada Sovyetler Birliği Büyükelçiliği ile yapılan bütün telefon konuşmaları dinlenmektedir. Daha sonra Savcılığın isteği üzerine, Zürih Kantonu Polis Örgütü gizli servisince Amann hakkında soruşturma başlatılmıştır. Savcılık bu soruşturmaya dayanarak, "ulusal güvenlik bakımından sakıncalılar" listesine Amann adına düzenlenmiş bir fiş eklenmiştir. Bu fişte yer alan bilgilere göre Aman, "Rus Büyükelçiliği'yle ilişkide bulunan bir işadamı"dır. Kendisine çeşitli sayılardan oluşan bir numara verilmiştir. Kod numarasını oluşturan sayılara göre Amann, "komünist ülke", olan "Sovyetler Birliği", ile "casusluk ilişkileri saptanmış ", "Doğu blokuyla temaslar"ını sürdüren bir güvenilmez kişidir .

Başvurucu, 1981 yılında gerçekleşen bu işlemi, ancak 1990 yılında ve bir rastlantı sonucunda öğrenebilmiştir. Savcılığa bir dilekçe vererek belgeleri görmek isteyen Amann'a kendisiyle ilgili fişin bir fotokopisi verilmiştir. Ancak fişteki bilgilerden ikisinin üzerleri okunmayacak biçimde karalanmış durumdadır. Amann, hukuka aykırı biçimde Savcılık'ça fişlendiği savlarıyla, idari bir dava açarak, kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle 5.000 İsviçre Frangı tazminat istemiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'ne kadar giden dava sonucunda, 1995 yılında tebliğ olunan kararlar, davacının kişilik haklarına ciddi bir saldırı olmadığı gerekçesiyle istemleri reddedilmiştir.

AİHM' ulusal ölçekteki işlemin yasal dayanaklarını araştırmıştır. Olayda uygulandığı savunulan hukuksal belgelerin (29 Nisan 1958



günlü Federal Savcılığın Polis Hizmetleri Hakkındaki Federal Konsey Kararnamesi'nin) ve Federal Ceza Usul Yasası'nın, Konfederasyon biçimindeki Devletin iç ve dış güvenliği için bir bilgi soruşturma servisi kurulmasına ilişkin hükümlerinin, hukuk kurallarına ulaşabilme açısından "bilinebilirlik" ölçütüyle değerlendirilemeyecek kadar genel söylemler içerdiği ve telefon konuşmalarının dinlenilmesiyle ilgilendirilen Federal Ceza Usul Kanunu'nun 66. ve diğer maddelerinde sözü edilen koşullar bakımından da, İsviçre Hükümeti'nin bu koşulların varlığını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır.

#### **D) Yasadışı Dinleme ve Fişleme :**

İsviçre Hükümeti savunmasında, olayda davacının telefonunun, başka birinin telefonu izlenirken "rastlantı sonucu" dinlemeye alınmış olduğunu ileri sürmüştü de Mahkeme bunu, ihlali ortadan kaldıran bir neden olarak kabul etmemiştir.

Fişlenmeyle ilgili gerekçede Mahkeme öncelikle, kişilerin özel yaşamlarıyla ilgili bilgilerin toplanıp "depolanması" nın AİHS'in 8. maddesi kapsamına girdiğini belirtmiştir. Kararda değinilen bir başka değerlendirme de, 8. maddede geçen "özel yaşam" kavramının dar değil, geniş yorumlanması gerektiğidir. Mahkeme'ye göre, olayda, ilgili kişi için tutulan fişe, başka bilgilerin yanısıra, "Rus Büyükelçiliğiyle ilişkili olan" bir iş adamı olarak yazılmasının, 8. madde açısından "özel yaşam"la ilgili bir müdahale olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Mahkeme, olayda yakınıcının özel yaşamına ilişkin bilgilerin derlenip devlet belgelerine yansıtılmış olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığını belirttikten sonra, bunun özel yaşama bir müdahale olduğunu vurguladı. Mahkeme, müdahalenin ancak "yasaya uygun" olarak yapılması ve Sözleşme'nin 8/2. maddesindeki amaçlardan birinin varlığı durumunda AİHS'ne uygun olabileceğine değindi. Mahkeme, olayı 'demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı' açısından değerlendirirken, fişlemenin ayrıntılı bir yasal dayanağının bulunması gereği üzerinde durdu. İsviçre hukukunda ise kişilerle ilgili bilgilerin





toplanması, derlenmesi ve korunması konularında özel ve ayrıntılı düzenlemelerin yer almaması, özellikle Federal Ceza Yöntem Yasası'nın 66. maddesinde, amacı ortadan kalktığı için gereksiz duruma düşen bilgilerin silinmesi öngörüldüğü halde böyle bir işlem yapılmaması yerinde bulunmadı. Davada, başvuruçunun herhangi bir suç ilişkisi ve hazırlığı içinde bulunmadığı ulusal organlarca benimsendiği halde fişlerin silinip yok edilmeden korunması ve açtığı davanın reddedilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulundu.

(Amann / İsviçre, 2000)

Mahkemeyi bu değerlendirmeye yönelten nedenler arasında, Avrupa ülkelerinde 1980'li yıllardan başlayarak, özel veya kamusal fişlemelere karşı bireylerin korunmalarını amaçlayan yasaların art arda yürürlüğe girmeleri etkili oldu. Devletler yasalarında, bireylere, kendileri ile ilgili bilgileri öğrenme, bunlara itiraz etme, yanlışları düzeltme, yol ve yöntemlerini saptadılar. Bazı bilgiler için, unutulma süreleri belirlendi. Avrupa ülkelerinin iç hukukunun bu gün ulaştığı aşamanın, genellikle, telefon dinleme ve fişleme konularında AİHM'nin kararlarından daha ileri aşamalarda bulunduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Mahkeme, ulusal yasalarda diğer güvencelerin yer alması ve bunlara uyulması koşuluyla, telefonları dinlendikten sonra hakkında soruşturma açılmasına gerek görülmeyen kişilere, telefonlarının dinlendiğinin bildirilmesi gerekmediği yolundaki görüşünü sürdürmektedir.

(Greuter / Hollanda, 2002, Kabul edilmezlik kararı)

Değerli izleyenler. Süremizin dolduğunu görüyorum. Sağlıklı bir çevre konusunu belki bir başka zamanda ele almak üzere söyleşimi burada sonlandırıyor, beni dinlediğiniz için teşekkürlerimle birlikte hepinize sevgi ve saygılarımı sunuyorum.



**KATILIMCI :** Şimdi özellikle F tiplerinde çok sıkı bir denetim var ve bütün eşyalarımızla beraber elimizdeki belgeler de dahil cihazdan geçirmek zorunda kalıyoruz. Cihazdan geçirdikten sonra bile özellikle el araması yapmak istediler ve ben yaptırmadım ama bunu çok ısrarla vurguladılar ve el araması da yapıyorlar, ceketlerimize kadar cüzdanımızın içinde bütün şeylere bakmak kaydıyla böyle bir arama yapıyorlar yani sonuçta cihazdan geçirdiklerinde çok hassas cihazlar oradaki cihazlar her şeyimizle ötüyoruz, tekrar tekrar geçmek zorunda kalıyoruz, buna rağmen bunu yapabiliyorlar.

**Av. Güney DİNÇ :** Şimdi bu olayda şöyle düşünebiliriz. Şimdi avukat aranamaz diye bir savla gidemeyiz bu bir, aranabilir. İkincisi bu cihazdan geçme olayı sorunu büyük ölçüde aşmaktadır. Şimdi acaba bunun ötesindeki arama işte şeye geliyoruz biraz önceki konuya geliyoruz. Bir yasal temeli var mıdır Türkiye'de oradan yürüyelim var mı? Cezaevi tüzüğünde var mı, yönetmelikte bu böyle yazıyor mu? Yönetmelik geçerlidir. Yasal temeli var, şimdi o zaman yönetmelikte yazıyorsa demek ki yasal temeli var üçüncü aşamayı geçtik. Dördüncü aşamaya geliyoruz yani neye dönük bu arama, hangi amaçla yapılıyor o meseleye geliyoruz. Şimdi o konuda bu aramayı yapanların bir gerekçe geliştirmeleri lazım. Onu duymamız lazım. Eğer biz bunun doğru olmadığı savında isek başvurumuzu yaparız. Şimdi onlar ne diyecekler aramayı yapanlar. Bir gerekçe getirmeleri gerekiyor. O gerekçenin üzerine beşinci nokta tartışacağımız yani dengeli bir arama mı bu gerekir mi ama bihakkın özünü de büsbütün ortadan kaldıran bir arama değil o da bir gerçek. Bu yönler tartışılacak. Şimdi ben yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerine geçip de bir yargıda bulunamam. Fakat avukat aranamaz diye bir ön yargıyla da gidemem.

**KATILIMCI :** Benim burada vurgulamak istediğim cihazdan geçirdikten sonra ve cihazda bir şey gösterilmeden tekrar bir arama yapılmasının nasıl bir şeyi olabilir?

**Av. Güney DİNÇ :** Şimdi efendim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bırakın avukatları tutuklular ve hükümlüler için kararları



var. Diyor ki tutuklular ve hükümlüler onur kırıcı koşullarda aranamazlar diyor. Yani her halde avukatın da onurunun kırılmaması lazım. Yani en azından tutuklu ve hükümlü için böyle bir koşul varsa avukat için de haydi haydi konması gerekiyor. Çerçeve budur, bu çerçevede sizler yorumlayın. Şimdi

**KATILIMCI** : Yasal düzenleme de var zaten. Ben çok sıkıntı yaşadığım için

**Av. Güney DİNÇ** : Efendim bir başvuru yapınız lütfen.

**KATILIMCI** : TCK ve hapisane ve tevkifhanelerin idaresi hakkında kanunda değişiklik yapılmasına dair kanunun 6.maddesinde cezaevi girişinde avukat ve müdafii elle aranamaz, ağır cezalı suçüstü halleri hariç.

**Av. Güney DİNÇ** : Bunu niye bana soruyorsunuz ki yani o zaman aranamazsınız yani. Şimdi ulusal, hayır efendim bakınız hanımefendi bir yasa okudu eğer ben bilmiyorum eğer bu yasa yürürlükte ise

**KATILIMCI** : Yürürlükte efendim. Değişiklikten sonra ben not aldım.

**Av. Güney DİNÇ** : Tamam ne diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle ulusal hukuka aykırı olan sözleşmeye de aykırıdır diyor. Yanıt içinde. Ama cihazdan şimdi ben sabah uçakla geldim bir sürü girdim çıktım belimdeki kemeri bile söktüler bunun bir çaresi var cihaz sonunda susuyor. Peki devam edelim mi. Şimdi efendim bir olay yine tutukluyla avukatının mektuplaşması şimdi bu kararın da yıllar önce çat pat uğraşarak ilk çevirisini ben yapmıştım. Şimdi bir yurttaşımız Mehmet Durmaz Avusturya'da bir suç sebebiyle tutuklanıyor, içeri atılıyor. Şimdi Mehmet Durmaz'ın yakalandığı yerle yaşadığı kent arasında da bir fark var yani başka bir kentte tutuklanıyor. Ailesi giriyor araya bir avukat buluyorlar ona Sönnenberger diye avukat bir mektup gönderiyor Mehmet Durmaz'a cezaevine. Orda demek ki böyle



oluyormuş vekâletname. İki nüsha da vekâletname koyuyor bunları imzala diyor. Demek ki notersiz falan oluyor. Bunları imzala birini bana geri yolla, bir tanesini cezaevi idaresine ver, dosyaya girsin ayrıca ben geleceğim seni görmeye ama ben gelinceye kadar diyor mektupta sakın sana yüklenen suçlarla ilgili tek söz söyleme. Savcı eğer derse ki senin aleyhine olur konuşmazsan sen yine sus. Ve eğer savcı sen susarsan başka bir suç daha yüklerim daha da tutarım seni diyebilir ona karşı da bunu yapma diyor, konuşma diyor fakat savcı da tabi bu mektubu okuyor, okuyunca da vermiyor. Mehmet Durmaz'a Sönensbergerin yazdığı mektup hiç gitmiyor. Bırakın yazdığı okunamaz bu mektup adama vermiyorlar bile. Fakat savcı soruyor Mehmet Durmaz'a senin tanıdığın bir avukat var mı burada diyor. O da bir isim söylüyor falan buluyorlar getiriyorlar o avukatı, parasını da ödüyorlar o avukatın. İşte sana bir avukat diyorlar. Mehmet sorgulanıyor, bülbül gibi konuşuyor, ne istiyorlarsa söylüyor adamın bir suçu günahı da yok kaç gün sonra bilmiyorum, on, on beş gün sonra Mehmet'i bırakıyorlar zaten. Adamın bırakılmayacak bir tarafı da yok. Hem serbest bırakıyorlar bayağı da bir para ödüyorlar haksız tutuklama tazminatını da anında ödüyorlar öyle bizdeki gibi git gel falan değil. Şimdi çıkınca tabi olayı öğreniyor tabi bizim Mehmet Durmaz olayı öğrenince de hem avukat hem Mehmet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidiyorlar ve sonuçta bildiğiniz gibi gerekçeler burada mahkûm oluyor İsviçre iki yönlü mahkûm oluyor hem 8.maddeden mahkûm oluyor avukat açısından çünkü onun haberleşmesi elinden alınmıştır. Hem 6.maddeden mahkûm oluyor adil yargılanmadan Mehmet'in savunma hakkı kesildiği için. Şimdi durum bu. Polonya ile ilgili bir karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu da 2000 yılında çıkmış. Bu da bizim Türkiye'deki olayları anımsatıyor yani kimin mektubu ne zaman açılır, kim ne zaman açar, kim okur, nasıl okunur, hiç akıllarına estiği zaman her mektubu açıyorlar okuyorlar. Eskiden böyle idi. Bilmiyorum şimdi nasıl artık. Yani böyle bir laçkalık olmaz diyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu işlere bu kadar karışamazsınız.

Şimdi efendim diğer konumuz da telefon dinletileri. Oraya da gelelim ve bu bölümle ilgili görüşlerinizi toparlayalım. Şimdi telefon



iletileri konusunda gerçekten ciddi güçlükler var. gerçekten yani zor bir konu. Almanya'da bir yasa çıkmış, mektup posta ve telekomünikasyon gizliliğinin sınırları hakkındaki yasa ve bu yasaya karşı bir avukat, bir yargıç, bir savcı dava açmışlar daha uygulanmadan ve bunun ısrarla üzerinde durdukları konuda şu telefonları dinleyebilirsiniz, telefonlar dinlenmez diye iddia etmiyorlar ama adamın telefonu dinlendi bir şey çıkmadı, yine dinlendi bir şey yok zaman geçti kişi bunu bilmelidir diyorlar ve buna itiraz etme olanağı bulunmalıdır diyorlar fakat burada şöyle bir olay var yani telefonu dinlenen kişi, telefonun dinlendiğini bilirse eğer yani o zaman bu dinlemenin de bir anlamı kalmıyor. Bu konudaki devlet görüşü de şu yıllarca sürebilir bu iş diyorlar. Yani bir adamı üç gün, bir ay, bir hafta dinlersiniz beş sene sonra yine dinlersiniz. Yani bu gereksinim doğarsa o zaman nasıl olacak dinlemeden elde edilen bilgiler nasıl değerlendirilecek, kişisel koruma nasıl gerçekleştirilecek, bu konuda şu adını andığım yasa 1968 yılında çıkan Alman yasası aslında bu konudaki en mükemmel de yasaymış. Çünkü işin içine yargıç karışıyor, yargıç denetiminde dinleniyor, toplanan kanıtları yargıç denetliyor bir yargı süzgecinden geçiyor bunların hangisi kanıt olacaktır, hangisi atılacaktır yok edilecektir yargıç bunlara karar veriyor. Bunun gibi bir takım güvenceleri var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davayla ilgili Klas Davası bu dava ile ilgili kararında çok güzel gerekçeler veriyor. Diyor ki bir insanın dinlenmesi, bundan haberinin olmaması, itiraz olanağının tanınmaması 8.maddedeki o iletişim güvenliğinin yok edilmesidir diyor. Diyor ama bu Alman yasasını getirdiği karşılıklı denetimler sebebiyle de yerinde buluyor ve bu olayda sözleşme ihlalinin olmadığını kararlaştırıyor. Ben bunu şöyle yorumluyorum. Demek ki kişinin dışında hem kamu adına denetim yapılmak koşuluyla, hem de kişinin haklarını koruyan bir yapılanma içinde dinlenebileceği konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tele kulağa yol açmış oluyor. Şimdi buna karşılık mesela Fransa'dan iki olay var. o kolay hemen burada çözebiliriz. Bu kararlarda telefon dinleme konusunda Fransa'da da yasa yetersizliği varmış yani yasa yokmuş, telefonları dinlemişler 1990 yılında bir karar. bir diğerinde hem de üstelik cinayet suçunu aydınlatmışlar telefon



dinleyerek ancak bu olayda da yine yasal temeli yokmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için kolay. Yani yasaya dayanmayan bir müdahale olayı olduğu için ihlal kararı vermiş. Şimdi son bir karar 6 Aralık 2005'te Türkiye ile ilgili bir karar var. o da şöyle uyuşturucu kaçakçılığı yaptığından kuşkulanan kişinin bir başkası ile yaptığı telefon konuşmalarından bunların dökümünden yararlanılarak ve esaslı kanıt olarak bu belgelerde kullanılarak bu kişi mahkum edilmiş. Şimdi Türkiye devlet savunmasında diyor ki ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 91 ve 92. maddelerine göre bu dinlenebilir, böyle bir olay var, bizim yasamız olanak tanıyor diyor. Ama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunu böyle yorumlamıyor. Çünkü bu maddelerde telefonda bahsedilmiyor yani olayı dar anlamda yorumluyor. Telefon olmadığı için yasal dayanağı olmadığını düşünüyor olayın. Ayrıca mahkemeden bir karar almışlar bizimkiler ama dinlemeye başladıktan bir gün sonra almışlar. Bunu da bir keyfi müdahale olarak tanıyor mahkeme. Ayrıca başvurucunun dinlendiği sırada diyor telefon dinlemeye olanak tanıyan bir yasanın bulunmadığını, ancak 2001 yılında yürürlüğe giren 4422 sayılı yasa ile böyle bir yol açıldığını saptıyor Mehmet Şirinoğlu davasında mahkeme. İşte bu telefon dinleme sebebiyle 8.maddenin ihlal edildiğini kararlaştırıyor. Şimdi birde sevimli bir örnek verelim. Yani birde bunları dinledikten sonra bu bilgiler fişlenirse ne olacak. Böyle bir sorun da var karşımızda. Sevimli dedik ama korkunç bir örnek tabi. Şimdi İsviçre'de böyle kendi boyutunda ufak tefek bir iş adamı bir takım malzemeler getiriyor oradan buradan pazarlıyor. Galiba kişisel çalışıyor, gazetelere ilan veriyor. Telefonunu duyuruyor işte müşteriler onu arıyor. Sonra bir bayan arıyor onu bir epilasyon cihazı getirmiş ona aday oluyor bayan telefon konuşmaları geçiyor falan. Fakat tabi adamın haberi yok bu bayan Sovyetler Birliği Büyükelçiliğinde çalışıyormuş. Bu da işte o yılların olayı tabi 1981 yılında gerçekleşen bir olay. Sovyetlerin büyükelçiliğinden anlaşılıyor ki telefonları dinleniyor. Bu arada bu adamda kayda giriyor ve anlaşılın herkese de bunu yapıyorlar Zürih Kantonu polis örgütü gizli servisine Aman bunun adı belki Ortadoğulu biri. Aman hakkında soruşturma başlatılıyor. Sovyetler Birliği ile ilişkide diye ve sonra fiş düzenleniyor. Fişte şunlar yazıyor Rus Büyükelçiliği ile



ilişkide bulunan bir iş adamıdır. Kendisine çeşitli sayılardan oluşan bir numara verilmiştir. Kod numarasını oluşturan sayılara göre Aman komünist ülke olan Sovyetler Birliği ile casusluk ilişkileri saptanmıştır. Doğu Blok'u ile temaslarını sürdüren güvenilmez bir kişidir. Şimdi sonra bu olayı 81'de olmuş 1990 yılında tesadüfen öğreniyor başvuruyor savcılığa dilekçe veriyor, fişi görmek istiyor, kendisiyle ilgili bilgileri istiyor tazminatta talep ediyor çok büyük bir şey de istememiş beş bin İsviçre Frangı istemiş. Ama reddediliyor davası 1995 yılında kişiliğine yönelik bir saldırı olmadığı için ve iç hukuk yolu çözülemeyince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidiyor ve mahkeme tabi bu fişlerle ilgili notları, düzenlemeleri, kendisine istenen bilgilerin verilmemesini çok açık bir şekilde sözleşmenin 8.maddesinin ihlali olarak saptıyor. Sayın Başkanım ne kadar vaktimiz var, bitti mi? Efendim çevre hukukuna ilişkin görüşlerimizi bir baka zamanda umarım ki söyleşiriz. Hepinize çok teşekkür ediyorum, söyleşimi bitiriyorum.



**YARARLANILAN KAYNAKLAR :**

- ALTIPARMAK, Kerem,** Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış, Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu TBB Dergisi, Sayı 63, S.29 - 66, Ankara 2006
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joel,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, TBB, S.25 - 52, Ankara 2006
- COOPER, Jonathan,** Özel ve Aile Yaşamının Korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, TBB S. 117 - 131, Ankara 2006
- DİNÇ, Güney,** Güvensizlik Üçgeni, Say Yayınları, Ankara, 1987
- DİNÇ, Güney,** İnsan Haklarına Uzanmak, Say Yayınları, İstanbul, 1986
- DİNÇ Güney,** AİHS ve Mülkiyet Hakkı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Sayı 4, İzmir, 2004
- DİNÇ, Güney,** AİHS'ne Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri, İzmir Barosu, 2005
- DİNÇ, Güney,** AİHS'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu, 2006
- DİNÇ, Güney,** Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara,2006
- DOĞRU, Osman,** İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 1, İstanbul Barosu, İstanbul 1998
- DOĞRU, Osman,** İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 2, İstanbul Barosu, İstanbul 1998
- DOĞRU, Osman,** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi, (1960 - 1994) İstanbul Barosu, İstanbul 1999
- DOĞRU, Osman,** İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, Cilt 3, İstanbul Barosu, İstanbul 2000
- DOĞRU, Osman - NALBANT Atilla,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2001
- OSMAN, Doğru,** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, TC Adalet Bakanlığı, Ankara 2003





- ER, Cüneyt**, AİHS'nin 1. Maddesi: İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü ve Sözleşme'nin Uygulanması, TBB Dergisi, Sayı 53, S 45 - 62, Ankara 2004
- ERGÜL, Ergin**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınları, Ankara 2004
- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayınları, İstanbul 2005
- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Türk Kıyafet Hukuku ve Türban, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005
- GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002
- GÜLMEZ, Mesut**, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, TBB Yayını, Ankara, 2004
- MONICA, Carrs - Frisk**, Mülkiyet Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001
- PAULİAF, Helene**, Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı Sempozyumu, TBB S. 267 - 283, Ankara 2006
- SAĞLAM Fazıl**, Demokratik Hukuk Devleti'nde Yükselen Yıldız, Yargı, Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, S. 117 - 134, TBB Yayını, Ankara 2005
- TANRIKULU, M. Sezgin**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- TANÖR, Bülent**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul 1990
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM M. Ruhan, SANCAKTAR Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002
- YILDIRIM, Gülşen**, İHAS'nin 8. Maddesinin Genişletilmiş Yorumu ile Sağlanan Koruma, İHAS VE Adli Yargı Sempozyumu, TBB 2004, Ankara 385 - 427
- YILDIRIM, Kadir**, AİHS ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması, Kazancı Yayınları, Ankara 1997



**AİHM KARARLARININ EDİNİLMESİNDE YARARLANILAN  
SÜRELİ YAYINLAR :**

- 1 - Türkiye Barolar Birliği Dergisi,
- 2 - Adalet Bakanlığı, Yargı Mevzuatı Bülteni,
- 3 - İzmir Barosu Dergisi,
- 4- Toplum ve Hukuk Dergisi,
- 5- Polis Akademisi İnsan Hakları Kararları Dergisi

**AİHM KARARLARININ YER ALDIĞI İNTERNET SİTELERİ :**

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sitesi, European Court of Human Rights / Cour européenne des Droits de l'homme :  
[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)
2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları,  
[www.adalet.gov.tr / aihm / aihmk.htm](http://www.adalet.gov.tr/aihm/aihmk.htm)
3. Anadolu Üniversitesi Sitesi,  
<http://aihm.anadolu.edu.tr>
4. İnsan Hakları Gündemi Derneği, Human Rights Agenda,  
[www.rightsagenda.org](http://www.rightsagenda.org)
5. İzmir Barosu,  
<http://www.izmirbarosu.org.tr>



**ANKARA  
BAROSU**

**İNSAN  
HAKLARI  
MERKEZİ**

# III. İNSAN HAKLARI EĞİTİM PROGRAMI

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından planlanan III. İnsan Hakları Eğitimi Programı 14 Nisan - 26 Mayıs tarihleri arasında uygulamaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında tartışılacağı bu eğitim programıyla, daha önce düzenlenen I ve II. İnsan Hakları Eğitimi Programı bütünlenmiş ve hukukçuların insan hakları mücadelesinin teknik boyutu ve ulusa/ulusalüstü hukuki süreçleriyle ilgili bilgileri zenginleşmiş olacaktır.

Değerli hukukçuların yürüteceği bu programı izleyenlere "Katılım Belgesi" verilecektir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KONFERANSLAR

**14 Nisan 2006**

**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (M. 8)**

**Av. Güneş Dinç  
İzmir Barosu**

**21 Nisan 2006**

**Adil Yargılanma Hakkı (M. 6)**

**Rıza Türmen  
AİHM Yargıcı**

**28 Nisan 2006**

**İşkence Yasası (M. 3)**

**Prof. Dr. Semih Gemalmaz  
İstanbul Üniversitesi**

**12 Mayıs 2006**

**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü-Hade Özgürlüğü (M. 9-10)**

**Doç. Dr. Mihrat Sancar  
Ankara Üniversitesi**

**26 Mayıs 2006**

**Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (M. 5)**

**Prof. Dr. Köksal Bayraktar  
Galatasaray Üniversitesi**

**Tüm Program İçin  
Saat: 16.00 - 16.40  
(çay arası)  
16.50 - 17.30**

**Program İçin Başvuru Formları  
ABİHM'den (Necatibey Cad. No: 51 Kat: 7)  
ve  
Baro kaleminden temin edilebilir**

**Yer : Ankara Barosu Eğitim Merkezi (İhlamur Sokak No: 1 Yenışehir/ANKARA)  
Katılım Belgesi Kokteyli: 26 Mayıs 2006, Saat: 18.00**





**ankarabarusu**  
**İNSAN HAKLARI HUKUKU**  
araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN  
6. MADDESİNDE DÜZENLENEN  
ADİL YARGILANMA HAKKI**

**KONUŞMACI**

**Rıza TÜRMEŒEN**  
**AİHM Yargıcı**

**21 Nisan 2006**



---

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNDE DÜZENLENEN ADİL YARGILANMA HAKKI

---

**SUNUCU** : Ankara Barosu'nun değerli Başkanı, değerli meslektaşlarım Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin düzenlemiş olduğu üçüncü konferanslar dizisinin bugünkü konusu "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Altıncı Maddesinde Düzenlenen Adil Yargılanma Hakkı" Konuğumuz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde 1996 yılından bu yana görev yapmakta olan değerli hakimimiz Rıza Türmen. Şimdi konuşmasını yapmak üzere değerli hakimimizi kürsüye davet ediyorum.

**Rıza TÜRMEN** : Efendim herkese iyi günler dilerim önce Ankara Barosuna bu toplantıyı düzenlediği için çok teşekkür etmek isterim. Bizim için milli yasaların uygulayıcıları ile bir araya gelmek her zaman büyük fırsat. Bana bu fırsatı verdiği için Ankara Barosu'na gerçekten çok teşekkür ederim.



Bugün benim konuşmak istediği konu "Adil Yargılama". İstanbul'a geldim, bir taksiye bindim havaalanından. Şoför; "ağabey sen ne iş yapıyorsun" dedi. İşte anlattım ben ne iş yapıyorum. "Ne biçim mahkeme ağabey" dedi. İşte biraz mahkemeyi anlattık. Ondan sonra bu dedi; "yani şimdi ben Türkiye'den bir karar alsam, sizin mahkemeye gelip dava açabilir miyim?" "Olmaz" dedim, "temyiz mahkemesi değil bizim mahkeme. Bizim mahkeme sadece yargının adaletli bir şekilde işleyip işlemediğine bakar. Yoksa milli kanunun doğru uygulanıp uygulanmadığına bakmaz." "Ağabey" dedi, "yani şimdi bu şu mu demek, adam cinayetten yargılanıyor, şahitler var suçu işlemediğine dair, kimse suçu işledi demiyor fakat hakim tutuyor bu adamı mahkum ediyor, siz mahkeme olarak karışmam mı diyorsunuz? Eğer böyleyse Ağabey, sizin mahkemede iş yok kusura bakmayın" dedi.

Mesele biraz bu galiba aslında. Yani burada adil yargılamayı düzenleyen sözleşmenin altıncı maddesi aslında adli yargı açısından milli yargı organlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasındaki etkileşimi düzenliyor. Bu iki müessese arasındaki etkileşim nasıl yürüyecek bunu düzenliyor. Tabii ki bunu yaparken amaç yargılamada adaletin sağlanması, yargılamanın adaletin kurallarına uygun olarak yürütülmesi. Adil yargılama hukukun üstünlüğü ilkesinin vazgeçilmez bir parçası. Hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirecek en önemli araçlardan biri. Hukukun üstünlüğü ilkesi ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletlerin, sözleşmenin girişinde de yazdığı gibi, ortak mirasları.

Adil yargılamayı düzenleyen altıncı maddeye baktığınız zaman şunu görüyorsunuz. Bir genel paragraf var. Bu genel paragraf hem ceza yargılamasına, hem hukuk yargılamasına ilişkin garantiler getiriyor. Ondan sonra onu takip eden ikinci ve üçüncü paragraflarda ise sadece ceza yargılamasına ilişkin güvenceler öngörülüyor. AİHM her zaman yargılamanın bütünü adil yargılamaya uygun mudur bunu göz önünde tutar ve ihlal bulduğu zaman iki şeyden ihlal bulur. Bir bu garantilerden bir tanesi eksiktir. Güvencelerden bir tanesi yerine gelmemiştir. İkincisi





de bu nedenle altıncı maddenin bütünü ihlal edilmiştir. Yani yargılama bütün süreci itibariyle adil yargılama kurallarına uygun değildir. Aslında iki ihlal birbirinin içindedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmedeki garantilerin yerine getirilip getirilmediğini inceler ama ulusal yargı organlarının delilleri doğru değerlendirip değerlendirmedini, yada ulusal hukuku doğru uygulayıp uygulamadığına bakmaz. O şoför arkadaşın örneği önemli. Ama yani bütün delillere rağmen, bütün delil yokluğuna rağmen ulusal yargı organları mahkum etmişse örneğin o zaman iş değişir, o zaman ortada bir keyfilik var demektir. Keyfi bir yargılama varsa o zaman zaten adil yargılama yok demektir. Orada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi işe karışır.

Türkiye'den gelen davalardaki bir problem bu. Türk vatandaşları genelde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini bir temyiz mahkemesi olarak görüyorlar ve Yargıtay'dan kararını alan bir de orası var deyip Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine geliyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin fonksiyonu bu değil tabii.

Dediğim gibi iki ayağı var altıncı maddenin. Bir ceza yargılaması, bir de hukuk yargılaması. Birinci uygulama alanı, ceza alanında yöneltilen suçlamalar. Bu suçlamalarla ilgili uygulanır altıncı madde. Ceza alanında yöneltilen suçlamalar otonom bir anlam taşır sözleşmede. Yani ulusal sistemlerdeki suç tanımına bağlı değildir mahkeme. Ulusal sistemlerin suç görmediği bazı şeyleri suç görebilir. Bu özellikle disiplin suçlarında ortaya çıkmakta. Disiplin suçlarını bazı kriterler ışığında Avrupa İnsan Mahkemesi altıncı maddenin kapsamına sokmakta ve altıncı maddeyi uygulamakta. 1976'daki Engel / Hollanda davası bu bakımdan dönüm noktası olmuştur. Ne zaman bir ceza yargılaması vardır, ne zaman bir ceza yargılaması yoktur. Engel davasında orduda bir itaatsizlik söz konusu. Hollanda kanunlarında bu gibi itaatsizlik suçları disiplin suçu sayılıyor ve disiplin cezası veriliyor. Engel'e de iki gün oda hapsi verilmiş. Engel davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ceza yargılamasının kriterleri nedir onu saptamıştır.



Birkaç tane kriter koymuş. Bir tanesi ulusal yasada nasıl nitelendirildiği suçun önemli. Yani ulusal yasa suçu bu fiili suç sayıyorsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de genelde suç sayar. İkincisi suçun niteliği, fiilin niteliği önemli. Üçüncüsü yaptırımın ağırlığı önemli, müeyyidenin ağırlığı önemli. Yani özgürlüklerden mahrumiyet var mı, ne kadar var, ne kadar uzun, ne kadar kısa bu önemli. Ve yasanın uygulandığı grubun niteliği de önem taşıyor. Yani böyle küçük ve kapalı gruplar için öngörülen yaptırımlar varsa bunlar daha çok idari nitelikte görülüyor ve altıncı madde uygulanmıyor. Engel davasında iki gün tutuklanmıştı Engel ve mahkeme bunun yeterince ağır olmadığı görüşünden hareketle altıncı maddeyi uygulamamıştır. Burada şöyle bir mesele var. Avrupa'da genelde bir diskriminalizasyon süreci görüyorsunuz. Yani hafif suçları mümkün olduğu kadar ceza yargılamasının dışında bırakma yolunda bir eğilim görüyorsunuz. Bu eğilim mahkeme bakımından ne kadar sonuç doğuruyor? Mahkeme buna Öztürk davasında baktı. Almanya Öztürk davası. Bir trafik suçu burada söz konusu. Öztürk bir Türk vatandaşı Almanya'da yaşayan. Ve bu ulusal hukuk, Alman hukuku bunun çok hafif bir suç olduğu nedeniyle bunu dikriminalize ediyor. Ceza yargılaması dışına itiyor. Fakat yukarıda sözünü ettiğim kriterleri uyguladı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve bu Öztürk'e verilen para cezasının ödenmediği takdirde hapse çevrilebileceğini göz önünde tutarak bunun aslında bir ceza yargılamasına girdiği bir suç, sözleşme bağlamında bir suç teşkil ettiği sonucuna vardı. Aynı şekilde Weber, 1980'de Weyber / İsviçre davasında da aynı problem ortaya çıktı. Orada hakim kapalı bir oturuma karar veriyor fakat avukat duruşma bittikten sonra çıkıyor basın toplantısı yapıyor, olup biteni anlatıyor basına. Yani gizliliğin ihlali burada söz konusu ve 300 İsviçre Frangı kadar bir cezaya çarptırılıyor. Buna altıncı madde uygulanır mı meselesi ile karşılaştı mahkeme. Burada da dedi ki, bu 300 Frank ceza gerçi idari nitelikli gözükse de ceza ödenmediği takdirde hapis cezasına çevrilme imkanı var. O nedenle de altıncı maddeyi uyguladı.

Ceza yargılamasının hangi aşamalarına uygulanıyor altıncı madde. Bütün aşamalarına. Sanık bir suçla itham edildiği andan



başlıyor, yargılama sürecinin bitimine ve ondan sonra da mahkeme kararının infazına sonuna kadar sürüyor, bütün bu süreci kapsıyor. Yani yetkili makam bireye suç işlediği iddiasını resmen bildirdiği andan itibaren başlıyor, infazın sonuna kadar gidiyor.

Mahkeme kararlarının uygulanması bakımından Türkiye için önemli bir dava, Bergama Altın Madeni davasıydı. Burada AİHM biliyorsunuz hem altıncı maddeden, hem sekizinci maddeden yani hem özel yaşamdan, çünkü işte doğurduğu sonuçlar itibariyle, hem de mahkeme kararının uygulanmaması dolayısıyla altıncı maddeden ihlal buldu. Burada İdare Mahkemesi'nin açık bir kararı var. Ruhsatı iptal ediyor. Yabancı bir şirkete verilen maden arama ruhsatını iptal ediyor idare mahkemesi. İdare Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen işletme devam etti. Burada mahkeme kararının uygulanmaması problemi vardı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi altıncı maddenin ihlal edildiği sonucuna vardı. Ve 3000 Euro tazminata mahkum etti Türkiye'yi Taşkın davasında. Fakat Taşkın'dan sonra Bergama'da yaşayan bütün köylüler gelmeye başladı mahkemeye tabii o zaman bu miktar çok büyük meblağlara ulaştı. Yüzlerce kişiye 3000 Euro verince epeyce yüklü bir tazminat ortaya çıkmaya başladı.

Uygulama bakımından ikinci ayak medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili anlaşmazlıklar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni var bende. Burada medeni haklar kavramını çevirici, "yurttaşlık hakları" diye çevirmiş. Tabii hiç ilgisi yok yurttaşlık haklarıyla. Doğrudan doğruya hukuk yargılamasından bahsediyor sözleşme. Sivil haklardan bahsediyor, medeni haklardan. Tabii medeni haklar bakımından mahkemenin işi biraz daha güç. Çünkü medeni hak ve yükümlülüklerin tanımı biraz karmaşık. Orada da otonom anlam taşıyor mahkeme bakımından fakat burada devletle fert arasında değil problem, özel şahıslar arasında. Medeni hak ve yükümlülük yeterli değil, mutlaka bir anlaşmazlık olması lazım özel kişiler arasında, mutlaka bir anlaşmazlığın mevcut olması lazım. Bir sorun burada, bireyle idare arasındaki anlaşmazlıkları da kapsar mı medeni hak ve yükümlülükler ayağı altıncı



maddenin? Mahkeme'nin bir takım kararları var. Eğer idareyle birey arasında bir anlaşmazlık mevcutsa ve idare mahkemesinin verdiği karar bireyin hak ve yükümlülüklerini etkiliyorsa o zaman mahkeme bunun da idare mahkemesi kararı olmasına rağmen, bireyler arasında bir anlaşmazlık olmamasına rağmen bunu da altıncı madde kapsamına sokuyor. Altıncı maddenin buraya da uygulanacağı görüşünde.

Medeni hak ve yükümlülükler bakımından ceza yargılamasından farklı olarak kriterler saptamamış mahkeme. Onun yerine saymış ne gibi anlaşmazlıkların altıncı madde uygulamasına girdiğini. Faaliyetin türüne göre bir sınıflandırma yapmış başka bir deyişle. Örneğin küçük çocukların bakım evine yerleştirilmesi, istimlak davaları, kent planlaması kararlarına itiraz, ruhsatlar alkol ruhsatları, taksi ruhsatları, tıp ve hukuk alanlarındaki disiplin cezaları. Baronun verdiği mesela disiplin cezaları. Bunlar hepsi medeni haklar kavramına giriyor ve sözleşmenin altıncı maddesi uygulanıyor bu gibi anlaşmazlıklarda. Tabii buradaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin en büyük problemi devlet memurlarının sorunları. Devlet memurlarının azilleri, terfileri, nakilleri bu gibi meselelerle ilgili altıncı madde uygulanır mı? Burada mahkeme çok tereddütler geçirmiş. Mahkeme'nin 50 yıllık bir içtihadı var. 1950'lerde yürürlüğe girmiş bir sözleşme. Başında bunların hepsini sözleşme dışında bırakmış. Altıncı madde uygulanmaz demiş. Ondan sonra bir takım şeyleri uygulamaya başlamış ve mahkeme içtihadında gördüğümüz bu dalgalanmalar Pellegrin kararıyla bir sonuca bağlandı. 1999 tarihlidir Pellegrin kararı. Yani yeni mahkeme kurulduktan sonra 1998 yılında, yaptığı ilk şeylerden biri bu Pellegrin kararını çıkarmak olmuştur. Pellegrin, Fransa'ya karşı alınmış bir karardır. Mahkeme fonksiyonel bir kriter benimsemiştir. Görevin niteliğine göre bir kriter benimsemiştir. Buna göre devletin genel çıkarlarını korumak amacıyla kamu otoritesini kullanmak yetkisiyle donatılan memurlar altıncı maddenin uygulama alanı dışındadır. Yani devletin egemenlik erkini kullanmasına aracı olan memurlar altıncı maddenin uygulanması dışında bırakılıyor. Bunlar kim. Silahlı kuvvetler mensupları, polisler, dışişleri memurları. Hakim ve savcılar da bunların içinde. Buna karşılık devlet



kurumlarında çalışan hasta bakıcılar, temizlik işçileri, öğretmenler Pellegrin kararı dışında kalıyor. Yani altıncı maddenin uygulama alanı içine giriyor.

Burada Pellegrin kararının Türkiye bakımından doğurduğu önemli bir sonuç Yüksek Askeri Şura kararları oldu. Biliyorsunuz Yüksek Askeri Şura'da ihraç kararı verilen pek çok askeri personel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurdu. Bu başvurular iki aşama geçirdi. Kalaç davası ile başlayan birinci aşamada iddia sadece dinle vicdan özgürlüğünün ihlali idi. Mahkeme bunu reddetti. Dokuzuncu madde şikayeti vardı. Çünkü dedi ki; orduda din ve vicdan özgürlüğü engellenmiyor, isteyen namazını kılabilir, isteyen orucunu tutabilir, bu konuda hiçbir engelleme yok o yüzden bunu reddetti. İkinci aşama Tepeli davası ile başlayan davalar. Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı denetiminin bulunmayışını öne sürdüler ve adil yargılanma altıncı madde şikayetine dayandı ikinci dalga. Burada işte AİHM medeni haklar açısından Pellegrin içtihadını uyguladı. Dedi ki orduya mensup kişiler devletin egemenlik erkini kullandığı kişilerdir. Bunlar için Pellegrin kararı geçerlidir, altıncı madde uygulanmaz. Ceza yargılaması açısından mahkeme dedi ki, bunların disiplin niteliği daha ağır basmaktadır, çünkü orduda disiplin önemlidir, ve YAŞ kararlarının disiplin niteliği ağır basmaktadır. O nedenle ceza yargılaması açısından da altıncı maddenin dışında kalmaktadır dedi ve bu davaları reddetti.

Şimdi altıncı maddenin dilerseniz unsurlarına bir bakalım. Dediğim gibi biraz önce altıncı maddenin birinci paragrafı hem ceza yargılaması hem hukuk yargılaması açısından geçerli olan ilkeleri belirtir. Bir kere bu birinci paragrafta yazılı olmayan bir takım genel ilkeler var ki mahkeme bunları çok titizlikle hem ceza yargılaması, hem hukuk yargılaması için arar. Birinci en büyük ilke mahkemeye ulaşma hakkı. Eğer mahkemeye ulaşma hakkı yoksa diğer bütün garantiler anlamını kaybetmektedir. Yargı yolu açık değilse o zaman geriye hiçbir şey kalmamakta, diğer güvencelerin anlamı yok. Mahkeme'ye ulaşma hakkı sadece teorik değil aynı zamanda uygulamada da açık olmalı. Bu



adli yardım bakımından önemli. Gerektiğinde devlet adli yardımı verebilmeli, adli yardımda cimrilik yapmamalı devlet. Çünkü çok temel bir ilkeyle ilgili, mahkemeye ulaşma hakkıyla ilgili. Başka bir mesele burada, bazı Polonya davalarında gördük. Mahkeme harçlarının orantısız biçimde çok yüksek olması. Mahkeme harçları taraflardan birinin maddi gücüyle orantılı olmayacak bir biçimde yüksekse o zaman mahkemeye ulaşma hakkı ortadan kalkmakta. Burada da ihlal buluyor Avrupa İnsan hakları Mahkemesi.

İkinci büyük ilke silahların eşitliği ilkesi. Silahların eşitliği ilkesi aslında Anglo-sakson hukukundan alınmış bir ilkedir. Gerek ceza yargılamasında gerek hukuk yargılamasında taraflar görüşlerini, taleplerini, iddialarını, savunmalarını sunabilmeli, sunarken de dezavantajlı durumda kalmamalıdır. Birinci yönü bu. Yani diğer tarafa kıyasla dezavantajlı durumda kalmamalıdır. Onları dezavantajlı duruma getirecek koşullar bulunmamalı. İkincisi de; hem ceza yargılamasında özellikle hem iddia makamı hem sanık diğer tarafın görüşleri ve sunduğu kanıtlar hakkında bilgi sahibi olabilmeli ve bunlara ilişkin görüş bildirebilmeli. Bizde Yargıtay savcısının tebliğnamesinin sanığa bildirilmemesinden kaynaklanan çok sayıda ihlal çıktı. Bu şimdi düzeltildi. Yeni kanun çıktı fakat eski kanun zamanında çok sayıda ihlal çıktı bu yüzden.

Bir diğer ilke delillerin değerlendirilmesi. Delillerin değerlendirilmesi ulusal mahkemeye ait bir husustur ilke olarak. Ulusal mahkemenin takdir yetkisine giren bir husustur. İşkence ile elde edilen delillerin dikkate alınmaması önemlidir AİHM açısından. Fakat başka türlü kanuna aykırı olarak elde edilen telefon dinleme mesele, teybe alma haberi olmadan ve başka delillerle de destekleniyorsa, bunların delil olarak kabul edilmiş olması ulusal mahkemede bizim bakımımızdan problem doğurmuyor. Gerekçeli karar bir diğer ilke. Gerekçeli bir karar olması lazım. Tabii burada da milli mahkemenin bir takdir yetkisi vardır. Temyiz kararında özellikle gerekçenin bulunmaması bizim için sorun yaratmaz. Fakat önemli savunma unsuru varsa bu gerekçede hiç dikkate



alınmamışsa bu altıncı madde bakımından eksiklik oluşturabilir. Gerekçe bakımından problem çıkaran Türk davalarında tahliye taleplerinin reddi. Biliyorsunuz tutukluluk durumu çok uzun sürüyor. Bizde yıllarca adam tutuklu kalıyor, tutuklu olarak yargılanıyor. Bir kere oradan problem ortaya çıkıyor, çünkü AİHM açısından esas olan tutuksuz yargılanması. Eğer tutuklu olarak yargılanıyorsa, hele uzun bir süre tutuklu olarak yargılanıyorsa bunun mutlaka çok iyi gerekçelendirilmesi lazım. Gerekçede bunun nedenlerinin çok iyi anlatılması lazım. Süre uzadıkça gerekçelerin daha iyi yazılması lazım. Oysa tahliye taleplerini reddeden mahkeme kararlarında delillerin durumu, suçun niteliği gibi basma kalıp bir cümle konuyor ve tahliye talebi reddediliyor. Bu altıncı madde bakımından ihlal teşkil ediyor.

Bu anlattığım unsurlar aslında sözleşmede yazılı olmayan fakat mahkemenin üzerinde önemle durduğu unsurlar. Bunun dışında birinci paragrafta yazılı olan hem ceza yargılaması, hem hukuk yargılaması açısından geçerli olan unsurlar var. Bir kere bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanması lazım. Bağımsızlık ve tarafsızlık üzerinde çok hassasiyetle durulan bir unsur. AİHM'nin bağımsızlık tarafsızlık anlayışı galiba Türk hukukundan biraz daha farklı. Bağımsızlık yargıçların atanması, görev süreleri, dış baskılara karşı teminat, görünüm filan. Tarafsızlık ise AİHM bir sübjektif tarafsızlığa bakıyor. Sübjektif bakımdan tarafsız mı? Bu daha çok bizim anladığımız tarafsızlık. Yani hakimin menfaati var mı, bir akrabalık ilişkisi var mı, yargıcın bir kişisel ön yargısı var mı, o yargıdan önce oluşmuş, yargılanan kişiyle ilgili kişisel bir ön yargısı var mı, bu bizim de anladığımız tarafsızlık anlayışı sübjektif tarafsızlık. Fakat bir de objektif tarafsızlık var, bir objektif test var Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uyguladığı. O şu yargıcın haklı bir kuşkuya yer bırakmaması lazım. Yani sanığın yargıçtan kuşku duymaması lazım ve bir kuşku duyuyorsa da bunun haklı bir kuşku olmaması lazım. Görünüş bakımından yargıcın böyle bir kuşkuya haklılık kazandırmaması lazım. \*Incal'da bu konu ortaya çıktı. DGM'lerde oturan, DGM'ler yürürlükte iken tabi, askeri hakimin tarafsız olup olmadığı, bağımsız olup olmadığı meselesi ortaya



çıktı. Askeri yargıcın her türlü yargı güvencesi var. Diğer sivil yargıçlarla aynı güvencelerden yararlanıyor, bunu AİHM'de kabul etti. Ne var ki dedi. Bir askeri hiyerarşiye mensuptur askeri yargıç, yürütmeden emir alıyor dolayısıyla. Askeri disipline tabidir, sicil amiri askerdir, atamaları ordu içinde idari makamlar tarafından yapılıyor. Bütün bunlar bir araya gelince Incal'ın hele devlet aleyhine bir suçtan dolayı yargılandığı da göz önünde tutulursa, askeri hakimden kuşku duyması, endişe duyması haklıdır dedi AİHM. Ve askeri hakimin oturduğu DGM'lerin tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olmadığına karar verdi. Tabii bu bir problem doğurdu Incal'dan sonra, çünkü DGM'ler ortadan kaldırılana kadar binlerce, davada bu yüzden ihlal kararı çıktı ve Türkiye tazminatlar ödedi. Burada anlaşıldığı gibi AİHM açısından görünüş çok önemli. Hakimin verdiği görünüş çok önemli.

Şimdi bu konunun çeşitli varyasyonları ortaya çıktı. Sıkıyönetim mahkemeleri var, sıkıyönetim mahkemelerinde askeri yargıçlar tarafından sivilin yargılanması nedeniyle ihlal kararı çıktı. Müftüoğlu kararı ve diğerleri. Buna karşılık Yüksek Askeri İdare Mahkemesi biraz daha değişik. Yüksek Askeri İdare Mahkemesi'ne askeri hastanelerde çalışan hastabakıcılar başvurular. İşlerine son veriliyor hastabakıcıların ve hastabakıcılar Yüksek Askeri İdare Mahkemesine başvurular. Mahkeme burada, Yüksek Askeri İdare Mahkemesini tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olarak kabul etti. Altıncı maddenin tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesini ihlal etmediği sonucuna vardı. Şundan bu sonuca vardı. Çünkü Yüksek Askeri İdare Mahkemelerindeki yargıçlar Cumhurbaşkanı tarafından tayin ediliyor. Sicilleri; Savcılar Hakimler Yüksek Kurulu tarafından veriliyor. Bütün bunlar bir araya geldiğinde, bunların teminatları aslında sivil hakimlerin teminatlarından hiçbir farkı yok. O nedenle AİHM; Yüksek Askeri İdare Mahkemesini bağımsız ve tarafsız mahkeme olarak kabul etti. Fakat AİHM'deki eğilim o ki eğer bir sivil kişi bir askeri mahkemede yargılanıyorsa bu altıncı maddenin ihlalini teşkil eder. Yani giderek kuvvetlenen böyle bir eğilim var. Siviller askeri mahkemelerde yargılanmamalı. Son uyum yasalarında bir kısım düzeltmeler getirildi. Fakat yine askeri ceza kanunu çerçevesinde bazı





durumlarda sivillerin askeri mahkemeler tarafından yargılanmasına izin veriliyor. Bunlar problem çıkaracaktır, çıkarmaya devam edecektir.

Birinci paragrafta yazılı bir diğer ilke duruşmanın açık olması. Duruşmanın açık olması adil yargılamanın bir garantisi. Kamuya güven veriyor, keyfiliği önüyor. Eğer ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmışsa artık temyizde duruşma yapılmamış olması bizim bakımımızdan problem yaratmıyor. Ama ilk derece mahkemesinde duruşma yapılmamışsa, duruşma yapılmadan mahkum edilmişse, o zaman bunlardan ihlal kararı çıkıyor. Bu bizim için mevcut problemlerden bir tanesi. Tabi burada bizim temyiz mahkemesinin rolü de önemli. Bazı sistemlerde üst mahkeme sadece hukuka uygunluğu değil aynı zamanda olayları da inceliyor. Örneğin istinaf mahkemeleri. O zaman AİHM burada duruşma yapılmasını arıyor. Bizimle ilgili önemli bir karar Göç kararı oldu. Göç kararı mahkemede çok uzun süre, çok çekişmelere tartışmalara yol açtı. Göç kararı aslında bizim hukukumuz bakımından basit bir olay. 466 sayılı kanun gereğince tazminat talep ediyor Göç. Göç İzmir Vergi Dairesi'nde çalışıyor. Dokümanda bir tahrifat davası var, göz altına alınıyor, ondan sonra serbest bırakılıyor ve tazminat istiyor göz altına alınıp serbest bırakıldıktan sonra haksız tutuklanması nedeniyle. 466 sayılı kanun gereğince tazminat davası açıyor. İzmir Karşıyaka Mahkemesi tazminata da hükmediyor. Ufak bir tazminat o zamanki parayla on milyon Türk Lirasına hükmediyor. Göç, bu tazminatın yeterli olmadığını ileri sürüyor ve AİHM'e gelmesi nedeni bu tazminat yeterli değildir ve duruşma yapılmamıştır diyor. Şimdi 466 sayılı kanun uygulanmasına sadece haksız tutuklamadan dolayı tazminat talepleri söz konusu olduğunda bunlarda da duruşma yapılır mı yapılmaz mı? Bu büyük daireye kadar gitti. Bizim mahkemede ve tek bir oyla ihlal kararı çıktı, dokuza sekiz ihlal kararı çıktı. Göç'ün bir iddiası da Karşıyaka Mahkemesi kararının duygusal bir acı yarattığı. Nasıl acı yarattı, muhalefet görüşü yazdığım için nasıl bir acı yarattı doğrusu bilemiyorum. Fakat AİHM'deki çoğunluk dedi ki duygusal bir acıdan söz ettiğine göre bu acı var mıydı, yok muydu ya da nasıl bir acıydı, bunu anlamak için duruşma yapılması



lazımdı. Duruşma yapılmadan bu acı anlaşılabilir dendi. Bu dediğim gibi sekiz yargıç, bendenizin de arasında bulunduğu sekiz yargıç muhalefet görüşü yazdı. Dedik ki bu durumlarda Avrupa İnsan hakları Mahkemesi her durumda duruşmayı aramaz, burada bir hukuki sorun yok, bir kamu çıkarı yok, mahkemenin incelediği konu son derece sınırlı bir konudur. Tamamen objektif sorumluluğa dayanarak mahkeme tazminata hükmetmektedir 466 sayılı kanun gereğince. Sürat düşüncesi vardır duruşma yapılmamasında bir an önce davanın bitirilmesi düşüncesi vardır ve gerekli gördüğünde ayrıca da 466 sayılı kanunda raportör hakim sözlü ifade de alabiliyor, buna engel bir şey yok.

Altıncı maddenin birinci paragrafında yazılan son bir unsur davanın makul sürede sonuçlanması lazım. Biz bunu söyleyince hemen arkasından gelen soru siz kaç yılda davayı sonuçlandırıyor sunuz oluyor. Biz davaları çok uzun sürede sonuçlandırıyoruz, çünkü çok dava yükü var ve giderek bu süre uzuyor. Yani şu anda dava açsanız davanız üç yıldan dört yıldan önce sonuçlanmaz. Bunu milli mahkeme yaparsa yalnız biz ihlal buluyoruz. Bereket bizi yargılayan mahkeme yok. Sürenin adil yargılamayı ihlal edip etmediğini incelerken AIHM bazı unsurları göz önünde bulundurur. Bir kere gecikme devletin kusurundan mı doğmuş buna bakar yoksa başvuru kusurundan mı doğmuş? Öyle davalar var ki başvuru devamlı süre talep ediyor, devamlı avukat değiştiriyor, devamlı bilirkişi incelemesi talep ediyor ve davacı uzatıyor. O zaman tabii bu davacıdan kaynaklanan bir kusur. İkincisi dava çok kompleks bir nitelik taşıyor mu buna bakıyor ve kaç aşamadan geçmiş ona bakıyor. Bazı davalar beş aşamadan geçiyor filan. Birinci derece mahkemesi karar veriyor temyiz gidiyor, temyiz bozuyor, birinci derece mahkemesi ısrar ediyor, tekrar temyiz genel kurula gidiyor tekrar iade ediyor beş aşamalı o zaman tabii daha farklı oluyor. Fakat genelde bir şey söylemek gerekirse her davadan her davaya değişiyor ama yani iki aşamadan geçmiş dört yıllık süre bizim mahkeme bakımından makul bir süre olarak görülüyor. Yani iki aşamadan geçmiş dört yıllık sürenin üstüne çıktığımız zaman beş altı yılın üstüne çıktığımız zaman davacının bir kusuru yoksa o zaman



genelde ihlal buluyoruz. Tabii süre uzadıkça tazminat da ona göre fazlalaşiyor. Tazminat cetvelleri var, o cetvellere göre kaç yılsa o kadar tazminata hükmediliyor. Bu ceza yargılaması ve hukuk yargılaması açısından ortak ilkeler.

Sadece ceza yargılaması açısından uygulanacak ilkeler var. Bunlarda altıncı maddenin ikinci ve üçüncü paragraflarında belirtilmiş.

Şimdi ceza yargılamasında aranacak güvencelerle ilgili birkaç şey söyleyelim. Bir kere baktığınız zaman ceza yargılaması bakımından alınan birinci güvence; masumluk karinesi. Masumluk karinesi tabii çok önemli bir güvence. Masumluk karinesinin bulunması da neyi gösteriyor? Duruşma başlamadan önce de demek ki altıncı madde uygulanıyor. Masumluk karinesi içerisine susma hakkı, kendisinin suçlanmasına yardımcı olmama, kendi kendini suçlamama ilkeleri de giriyor. Susma hakkı ve kendini suçlamama hakkı sanığı yetkili makamların zorlamalarına karşı koruyor, adaletin daha iyi gerçekleşmesini sağlıyor. Fakat susma hakkı her zaman iyi sonuç vermeyebilir başvurucu açısından. Örneğin John Murray / İngiltere davasında, John Murray ağzını açmıyor hem sorgulamada, hem duruşmada susuyor. Ama aleyhine güçlü kanıtlar var. Yargıç bu susmayı suçluluğun kabulü olarak yorumluyor. AİHM bu yorumu doğru buldu. Ve ihlal olmadığına karar verdi. Yargıcın bu değerlendirmesinin sözleşmenin altıncı maddesini ihlal etmediğine karar verdi. Bazı durumlarda karineler işin içine karışıyor. Örneğin ... Fransız davasında ... uyuşturucu ile yakalanıyor yüklü bir miktarda. Uyuşturucu kaçakçılığından mahkum oluyor ve bu mahkumiyet kararını veren hakim bir karineye dayanıyor. Yasak olan kaçak malları zilyetliğinde bulunduran kişi suçludur karinesine dayanıyor. İspat yükü sanıkta. Bu karineyi Avrupa İnsan hakları Mahkemesi inceledi ve yargıcın bu karineye dayanarak mahkum etmesinin altıncı maddeyi ihlal etmediği, masumluk karinesine ters düşmediği sonucuna vardı. Masumluk karinesi pek çok zaman basın özgürlüğü ile çelişiyor. Türkiye'de de bunun örneklerini görüyoruz. Bir çok zaman yakalanıyor bazı kişiler



televizyonda teşhir ediliyorlar, ondan sonra bunlar masumluk karinesi bakımından problem yaratır mı? Bir taraftan da basına bilgi vermek lazım. Basının da bu bilgiyi alıp yayma özgürlüğü var elbette. Böyle bir olay olmuşsa basına bilgi vermek başlı başına masumluk karinesi bakımından problem teşkil etmiyor ama basına bilgi verirken yetkili makamların bir takım beyanlarda bulunmaları, bu adam efendim işte suçludur, bu adamların adları da şunlardır diye beyanlarda bulunursa yetkili makamlar, masumluk karinesi bakımından problem çıkıyor ve masumluk karinesinin ihlaline yol açıyor.

Başka bir ilke burada savunma için yeterli zaman ve olanak sağlanması. Bu avukatlar için önemli bir ilke. Dava dosyasına avukatın girişi serbest mi, dava dosyasını istediği gibi elde edebiliyor mu, ya da dava dosyası avukata verilir fakat sanığa verilmezse burada bir ihlal çıkıyor mu,. Bazı kararlarda dava dosyasının avukata verilip sanığa verilmemesinin eğer bir yarar sağlamayacaksa bu ihlal olmadığı, altıncı maddenin ihlali olmadığı sonucuna vardı insan hakları mahkemesi. Fakat Öcalan davasında bunun ters bir sonuca vardı. Öcalan davasında şöyle bir durum vardı savunma hakkı bakımından. Bir kere dava dosyası 16 gün önce verildi avukatlara on yedi bin sayfalık bir dava dosyasıydı bu. Ve bu on yedi bin sayfa 16 gün içinde savunma hazırlamaları istendi. Ondan sonra dava dosyasındaki belgeler Öcalan'a verilmedi. Oysa teker teker suçlamalar var ve bu suçlamalarla ilgili görüşleri ancak Öcalan'ın kendisi verebilirdi. Diyor ki ifadelerinde ben talimatları vermedim, bazen benim talimatlarımı aştılar, gittiler öldürdüler, yaktılar filan. Şimdi hangi durumda talimatı var, hangi durumda talimatı yok bunu bir tek Öcalan bilebilir. Bu belgeler Öcalan'a verilmeyince o zaman bu iddialara karşı savunma yapmak da imkansız hale geldi. Bir kere buradan bir problem çıktı Öcalan davasında. Bir silahların eşitliği sorunu var. İddianamedeki bütün iddiaları cevaplandıramama silahların eşitliği ilkesine uygun olmuyor. Öcalan davasındaki başka bir problem avukatı ile görüşürken yanında birisi duruyordu. Bu problem yarattı. Avukatı ile baş başa görüşme imkanı bulamadı. Hiç olmazsa başlarda. Gözaltında ifade verirken avukat yoktu bu problem yarattı. Halbuki göz



altında verdiği ifadeler sonradan Öcalan'ın mahkumiyetine sebep oldu. Avukat ziyaretleri sınırlıydı. Haftada iki gün birer saatle sınırlıydı. Bir fırtına olduğu zaman hava bozuk olduğu zaman bu da gerçekleştirilmiyordu. Bu da problem yarattı. Yani bütün bunlar toplanınca savunma için Öcalan davasında yeterli zaman ve olanak sağlanamadığı nedeniyle de altıncı maddenin ihlali bulundu. Tabii Öcalan davasında başka şeyler de vardı. Madem ki Öcalan davasına geldik. Oradaki enteresan konulardan biri DGM'lerde tam dava devam ederken yargıcın değişmiş olmasının, askeri yargıcın çıkıp yerine sivil yargıcın gelmiş olmasının mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığı bakımından yeterli olup olmadığı meselesi idi. Burada mahkeme ikiye ayrıldı fakat çoğunluk bunun yeterli olmadığı görüşünü savundu. Yeterli değil dendi çünkü davanın büyük bir bölümünde askeri yargıç oturuyordu. Ve kararın sivil hakim tarafından verilmiş olması yeterli değil. Bendenizin de dahil olduğu azınlık görüşü ise sivil bir kriter gözettili. Dedik ki; sivil yargıç, askeri yargıcın aldığı kararlarla bağlı mıdır, değil midir? Bağlı değil. Sivil yargıç dilerse bu kararları ben tanımıyorum, bu kararlara katılmıyorum, bu kararlar yeniden alınsın diyebilir. Sivil yargıç dilerse soruşturmanın genişletilmesini talep edebilir. Ayrıca sivil yargıç yedek yargıçtı. Duruşmayı baştan beri takip etmiş olan yargıçtı. Alınan kararları biliyordu. Sivil yargıca soruldu sen bu kararlara katılıyor musun, kabul ediyor musun denildi. Kabul ediyorum dedi. Dolayısıyla sivil yargıcın askeri yargıcın yerini almış olması bence mahkemenin, DGM'nin tarafsız ve bağımsız mahkeme olması için yeterlidir. Nihayet kararda da sivil yargıç vardı. Fakat çoğunluk bunu böyle görmedi.

Öcalan davasında kararın uygulanmasıyla ilgili başka bir mesele ortaya çıktı. Çünkü biraz önce de değindiğim gibi Incal kararından sonra çok yüksek sayıda ihlal kararı bulundu. DGM'lerle ilgili olarak bulunan ihlal kararlarında mahkeme karara bir cümle eklemeye başladı. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden çıkan ihlal kararlarının yeniden yargılama sebebi olduğunu kabul ettikten sonra, AIHM ihlal kararlarına bir cümle eklemeye başladı. Bu kararın uygulanması için en



uygun yol ilke olarak yeniden yargılamaya gidilmesidir şeklinde. Ancak Öcalan kararında bunu söylemedi. Öcalan kararında başka bir şey söyledi. Öcalan kararında dedi ki ihlal ilke olarak yeniden yargılama uygun bir yol teşkil eder ihlali ortadan kaldırmak bakımından fakat; bütün bunlar davanın özel koşulları dikkate alınarak karar verilmeli ve bu mahkemenin verdiği kararlar ışığında ve davanın özel durumları dikkate alınarak karar verilmeli dedi. Yani Öcalan davası tabii çok özel bir dava. Özel durumlardan bahsediyorsanız, bu özel durumlar en fazla Öcalan davasında söz konusu. Bu Türkiye'de bir tartışmaya yol açtı. Mahkeme Öcalan davasında yeniden yargılamayı talep etti mi, etmedi mi. Benim görüşüm o ki mahkemeden böyle açık bir talep yoktur yeniden yargılanması konusunda. Ama tabii Türkiye yeniden yargılamak isterse buna bir engel yoktur mahkeme kararında. Yeniden yargılama talebini aynı mahkeme inceleyip yargılanmasına bir neden yoktur diye bir sonuca varırsa bu AİHM kararına aykırı bir durum teşkil etmez diye düşünürüm.

Tabii burada bir şey var. Karar verildikten sonra kararın uygulanması AİHM'e ait değildir. Kararın uygulanması Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ihlal kararı çıktıktan sonra o devlete döner der ki ey devlet sen bu ihlal kararını uygulamak için neler yaptın? Yani özel tedbirler ya da genel tedbirler aldın mı? Genel tedbirler yasadan kaynaklanıyorsa ihlal, o yasayı değiştirdin mi, değiştiriyor musun? Özel tedbirler ise o ihlal devam eden bir ihlal ise o ihlali durdurmak için ne gibi önlemler alıyorsun? Devlete bunu sorar. Devlet aldığı tedbirleri anlatır. Bakanlar komitesi bunları inceler yeterli değil sonucuna varabilir. Başka şeyler yapmalısın yada der ki bu aldığın tedbirler tamam iyidir, dosyayı kapatıyorum, ve dava dosyasını kapatır. Fakat son zamanlarda AİHM, Mahkeme Bakanlar Komitesine yol gösteren ibareler koymaya başladı kararlarına. Yani kararın uygulanması için ne yapmak lazım, ne gibi tedbirler almak lazım. İnsan Hakları Mahkemesi bazı kararlarına bunları da koymaya başladı. Fakat tabii bu konuda karar yetkisi Bakanlar Komitesi'ne aittir. Öcalan davasında da bu böyle. Öcalan davasında bir



yeniden yargılama talebi vardır. Yeniden yargılama talebi Türkiye tarafından incelenmekte. Çıkacak sonucun kararın uygulanması bakımından yeterli olup olmadığına Bakanlar Komitesi karar verecek. Öcalan davasında durum bundan ibaret şimdi. Öcalan davasından sonra şu sorun ortaya çıktı. Askeri hakimın sivil hakimle değiştirilmesi, dava sona ermeden, her zaman ihlale yol açar mı? AİHM şöyle bir ayırım yaptı. Eğer askeri hakim hiçbir ara karara katılmamışsa, mahkeme hiçbir ara karar almamışsa, o zaman askeri hakimın dava sürerken değişmesi ihlal meydana getirmez. Ama askeri hakim daha önce bir takım kararlara katılmışsa, sivil hakimın yerine gelmesi bu ihlali ortadan kaldırmaz.

Altıncı maddedeki ceza yargılaması açısından bir başka ilke; tanık dinlenmesi. Yani hem tanık dinlenmesini isteme hakkı, hem de tanığa soru sormak hakkı. Bu tanık meselesi tanığın dinlenmesi ve tanığa soru sorma hakkı hem Anglo-sakson hukukundaki ... Sistem suçlayıcı sistem, hem de bizim Avrupa hukukundaki ... araştırmacı sistem bakımından geçerli. Her iki sistemde de tanık önemli. Ne var ki Anglo-sakson sisteminde ... sistemde kimlerin tanık olarak dinlenebileceğini taraflar seçiyor ve taraflar tanıklara direk soru soruyorlar. Halbuki bizim sistemlerde biliyorsunuz hakim karar veriyor tanıklara, soruyu da hakimler soruyor. Tanıkların dinlenip dinlenmemesi, tanıklara soru sorulması bizim sistemimizde ulusal hakimın takdir yetkisi içinde kalan hususlardır. Bu takdir yetkisine AİHM ilke olarak karışmaz. Ama tanığın savunma bakımından çok büyük bir önemi varsa ve bu dinlenmemişse, deliller ortaya çıkmamışsa o zaman bir ihlal söz konusu olabilir. Büyük ölçüde hakimın takdir yetkisine giriyor delillerin değerlendirilmesi. Ama bazı deliller var ki, savunmada o kadar önemli ki, davanın gelişini o kadar etkileyebilecek bir delil ki hakimın bunu dikkate almaması altıncı madde bakımından ihlale yol açabiliyor. Örneğin Türkiye'ye karşı açılan bir davada sanık ırza tecavüz suçundan yargılanıyor. Yargılama sırasında sanık DNA testi yapılmasını talep ediyor. Yargıç bu talebi reddederek sanığı mahkum ediyor. Bu muayenenin yapılmamış olması ve çok esaslı bir delilin ortaya çıkmaması nedeniyle altıncı maddenin ihlaline karar verdi AİHM.



Tanıkların dinlenmesi tanıklar açısından bir tehlike yaratacaksa, bir güvenlik tehlikesi yaratacaksa tanıklar acaba başka yollardan dinlenebilir mi. Bu bir çok davada ortaya çıkıyor. \*Doorson / Hollanda davası var örneğin. Doorson uyuşturucu kaçakçılığında tutuklu, ve anonim tanıkların ifadeleri nedeniyle mahkum oluyor. Tanıklarla hiç yüzleşmiyor, çünkü tanıklar korkuyor. Doorson kendilerini görürse bundan sonra başlarına gelebilecek şeylerden korkuyor tanıklar. Mahkeme şöyle tedbirler alıyor, bir kere avukatı hazır bulunuyor. Avukat Doorson'a soru sorabiliyor, tanıklara soru sorabiliyor ondan sonra yargıç bir rapor hazırlıyor. Bu tanıkların neden güvenilir olduğunu belirten, neden bu tedbirlerin alınma ihtiyacının doğduğunu belirten bir rapor hazırlıyor. Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tanıkların güvenilirliği açısından alınan bu önlemleri doğru buldu ve ihlal olmadığı kararını verdi. Fakat buna karşılık Van Mechelen / Hollanda davasında (1992) ters yönde karar verdi. \* Van Mechelen de hırsızlık ve cinayetten mahkum oluyor. Burada tek tanık var polis. Polisten başka tanık yok. Polislerin adları belirtilmiyor mahkumiyet kararı verilirken. Yalnız numaraları var. Savunma çok sınırlı bir durumda polislere soru sorabiliyor. Şöyle ki; polis soruşturma yargıcı ve katip bir odada tutuluyor. Öbür odada sanıklar, avukatları ve savcı öbür odada duruyor. Ve iki oda arasına ses geçiren bir duvar konuyor. Dolayısıyla iki tarafta birbirlerinin seslerini duyabiliyorlar fakat yüzlerini göremiyorlar. Burada mahkeme ihlal kararı çıktı. AIHM dedi ki bir kere polisler söz konusu olan. Polis tanıklar zaten işte yürütmeye yakın ilgileri olan kişiler bu alınan önlemler ne kadar gerekli, ne kadar zorunlu bu alınan önlemler mahkeme bunu değerlendirmemiş hiçbir zaman. Bu önlemleri almış ama gerçekten polisler açısından ciddi bir tehlike var mı yok mu buna bakmadan bu önlemleri almış. Bu nedenle de bu önlemlerin gerekliliği konusunda mahkeme ikna olmadı. Ve burada ihlal kararı çıktı.

Altıncı madde bakımından ilginç bir karar Zana kararı. Sadık, Zana, Dicle, Doğan ve diğerleri. Burada biliyorsunuz dokunulmazlıkları kaldırıldı, yargılandı milletvekilleri ve mahkum





oldular. DGM savcısı iddianamesini 125 nci maddeye dayandırıyor. 125. madde gereğince idam cezası istiyor. Ve bütün yargılama bu 125. madde üzerinden gidiyor. Fakat son celsede DGM savcısı suçlamayı değiştiriyor. 168.madde silahlı çete kurma suçuna çeviriyor suçlamayı. Ve sonunda Sadak, Zana, Dicle, Doğan hepsi 168.maddeden mahkum oluyorlar. Görüş bildirmeleri isteniyor. AİHM'e yapılan başvuruda, başvuruocular kendilerine yeni suç iddiasına ilişkin savunma yapmak için süre verilmediğini iddia ettiler. Hükümet şöyle bir savunma yaptı ve dedi ki; 168.maddeyle 125.maddenin unsurları aynıdır. İkisi de birbirinin içine geçmiştir bunların ikisi de devlet güvenliği aleyhine işlenen suçlardır. O yüzden 125.madde için yapılan savunma 168.madde için de geçerlidir. Tabii hükümet böyle bir savunma yapınca AİHM hem 125 hem 168'in suç unsurları içine girmek zorunda kaldı. Unsuruları aynı mı, değil mi diye inceledi. Ve bu unsurların aynı olmadığına karar verdi. Ve dolayısıyla suçun niteliği değiştikten sonra savunma için yeterli zaman ayrılmadığı nedeniyle, altıncı maddeden ihlal buldu. Altıncı maddeden bir ihlal daha buldu. Mahkumiyetler tamamen tanık ifadelerine dayanıyor. Aşiret reislerinin tanıklıklarına dayanıyor. Fakat hiçbir aşamada sanıklar tanıklara soru sorma hakkını bulamıyorlar. Bir de bu yüzden ihlal çıktı Zana davasında. Altıncı maddenin 3. fıkrasında yer alan diğer bir husus eğer sanık duruşmanın yapıldığı dili konuşamıyorsa, ya da anlayamıyorsa bir tercüman verilmesi lazım. Tercümanın verilmemiş olması da ihlale yol açabiliyor. Tabii bu dili konuşamadığının tespit edilmesi lazım. Ben dili konuşamıyorum demek yeterli değil. Bu dili konuşamadığına mahkemenin inanması lazım. Tercüman masrafı devlete aittir, sanığa yükletilmemesi lazım. Altıncı madde ile ilgili olarak benim söyleyeceklerim bu kadar.

Dilerseniz eğer ama dilemeyebilirsiniz de avukatlar için enteresan olabilecek iki konuya daha değinebilirim. Bir tanesi altı aylık süre meselesi. Altı ay ne zaman başlar? İkincisi de iç yargı yolunun tüketilmesi meselesi. Çünkü insan hakları mahkemesine dava açmak için bu iki husus çok önem taşıyor. Altı aylık süreyi geçirmemek lazım. Altı aylık süreyi nereden başlatacağız? Altı aylık süre mahkeme kararı varsa



mahkeme kararından itibaren başlıyor, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren başlıyor. Fakat bizde Yargıtay kararları tebliğ edilmediği için bir problem doğuyor. Altı aylık süre başvuru mahkeme kararını öğrendiği tarihten itibaren başlar dersiniz garip durumlarla karşılaşabiliyorsunuz. On yıl sonra adam geliyor diyor ki işte ben Yargıtay'a yolum düştü içeri girdim baktım ki meğerse karar çıkmış, o zaman öğrendim. Tabii bu hukuk güvenliği bakımından sakıncalı bir durum. Onun için şöyle bir şey yaptık: Yargıtay kararının birinci derece mahkemesi kalemine girdiği tarihten itibaren başvuru mahkemesinin bu kararı öğrenebilecek duruma geldiği kabul ediliyor. O tarihten itibaren altı aylık süre başlıyor. Birinci derece kalemine girdiği tarihten itibaren. Ama mahkeme kararı tebliği edilmişse, çünkü karar tebliğ edildiği durumlar da oluyor, tebliğ tarihinden itibaren başlıyor. Bir kere duruşma varsa yüzüne söylenebiliyor, ya da hapisanede ise sanığa tebliğ ediliyor, ya da para cezası varsa ödeme emri gönderiliyor. O zaman tebliğ edilmiş oluyor. Tabii bunlar varsa tebliğ tarihinden itibaren altı aylık süre başlıyor. Ama hiçbir tebliğ yoksa, hiçbir şekilde öğrenmemişse o zaman birinci derece mahkemesi kalemine girdiği tarihten itibaren başlıyor altı aylık süre.

Savcıya bir suç duyurusunda bulunulmuşsa başvuru tarafından, bir soruşturma başlatılmışsa, bu soruşturma ile ondan sonra hiç ilgilenmemişse başvuru, yıllarca ilgilenmemişse o zaman altı aylık süre nereden başlar? Bu davaları çok görüyoruz. Bir suç duyurusunda bulunmuş savcıya, soruşturma başlamış, ya da başlamamış. Ondan sonra yıllarca ilgilenmemiş bu soruşturmaya, soruşturmanın akıbetini sormamış bile fakat birden bire bizim mahkemede dava açmak aklına gelmiş, dava açmadan önce savcıya bir dilekçe gönderiyor avukatı kanalıyla ne oldu soruşturma diye. İşte savcının yanıtını alınca arkasından AİHM'e geliyor dava açıyor. Bunu kabul etmiyoruz. Soruşturmanın etkisiz olduğunu öğrendiği tarihten itibaren altı aylık süre başlar diyoruz. Aradan böyle beş yıl altı yıl geçmiş, aradan geçen bu kadar zamanda bu soruşturmanın etkisiz olduğunu, soruşturmanın yapılmadığını yada etkisiz olduğunu biliyordu başvuru. Bildiğine göre



aradan böyle beş yıl, altı yıl, on yıl sonra mahkemeye gelmesi altı aylık süre ile bağdaşmıyor. Bu davaları reddediyoruz. Tashihi karar bakımından şöyle bir mesele var. Ceza davaları ile hukuk davaları arasında bir ayırım yapıyoruz. Çünkü ceza davalarında tashihi kararı savcı yürütüyor, savcı karar veriyor evet ama eskiden hukuk davalarında kendisi gidebiliyor tashih karara. Onun için hukuk davalarında tashih karar talep etmişse, tashih karardan itibaren başlıyor altı ay. Sonuçlanmasından itibaren . Ancak ceza davalarında karar düzeltmesi altı aylık süre bakımından dikkate alınmıyor.

**KATILIMCI : ...**

**Rıza TÜRMEN :** Şimdi tabii tashihi karar talebi kabul edilmişse o zaman yeni kararı beklemek lazım. Ama tashihi karar talebi reddedilmişse reddedildiği tarihten itibaren. Ceza davalarında böyle değil.

**KATILIMCI : ...**

**Rıza TÜRMEN :** Hayır aynı şey burada da tashih karar birinci derece mahkemesine gittiği tarihten itibaren evet kaleme girdiği tarihten aynı şey. Fakat ceza davalarında sanık kendisi istemediği için savcı bunu yürüttüğü için bu tashih karar dikkate almıyoruz.

İç yargı yollarının tüketilmesi ilke olarak biliyorsunuz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gelmeden önce bir iç yargı yolu varsa iç yargı yolunun tüketilmesi gerek. Zaten iç yargı yolu yoksa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşme ile ilgili şikayetinizi ileri sürebileceğiniz bir iç yargı yolu yoksa bu sözleşmenin 13.maddesinin ihlaline yol açıyor. Böyle bir iç yargı yolu olması lazım. İç yargı yolu önünde başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne getireceği şikayeti hiç olmazsa şikayetin özünü ileri sürmüş olması lazım. Hiçbir şekilde bu şikayetten söz etmemişse en azından özünü dahi milli mahkemenin önünde dile getirmemişse o zaman biz bu şikayeti reddediyoruz. İç yargı yolunda ileri sürmediği için. Bu birçok davada ortaya çıkıyor. Bu tabii düşünce



özgürlüğü, ifade özgürlüğü davalarında özel bir önem taşıyor bu. Çünkü hiçbir şekilde iç yargı yolu önünde düşünce özgürlüğünüzün ihlal edildiğini söylememişseniz, tamamen başka şeylerden bahsetmişseniz, bana işte işkence yapıldı da o oldu da, bu oldu da fakat ortada hiçbir şekilde ortada düşünce özgürlüğü şikayeti olmamışsa, o zaman AIHM'e gelip de düşünce özgürlüğü şikayetinde bulunursanız bu şikayet kabul edilmiyor iç yargı yolu tüketilmediği için. Eğer savcılığa bir suç duyurusu yapılmışsa savcı takipsizlik kararı vermişse ve bu takipsizlik kararına karşı itiraz hakkını kullanmamışsa başvuru iç yargı yolu tüketilmemiş sayılıyor. Ceza davasında müdahil olmamışsa, dolayısıyla temyiz hakkı da ortadan kalkmışsa burada da iç yargı yolu bakımından tüketilmedi sayılabiliyor. Dava açarken bunlara dikkat etmek lazım. Efendim?

**KATILIMCI** : Mahkeme lehimize karar veriyor, fakat icraya koyduğunuz zaman belediye meclis kararıyla tüm mal varlığının haczedilmezliğine dair bir karar alıyor. Bunu iptal etmek için idari yargıya baş vuruyorsunuz, tam iptal ettireceğiniz sırada belediye meclisi yeni bir karar alıyor, yeniden bir haczedilmezlik kararı alıyor. Şimdi bunlar devam ediyor o arada idare alacağın yanlış hesap edildiği nedeniyle icra tetkik merciine başvuruyor dolayısıyla aynı konu nedeniyle bir çok dava oluyor. Şimdi bu bağlantılı davalarda zaman aşımı ne zaman başlar yani alacağı tamamıyla ödendiği tarihte ben hepsine karşı yani tüm adil yargılanma hakkının tüm ihlallerine karşı hepsine birden dava açabilir miyim, yoksa icra mahkemesindeki ihlale karşı, icra mahkemesinin bittiği tarihten itibaren altı ay içindemi, yahut idare mahkemesinin karar verdiği tarihten altı ay içindemi, yoksa hepsine birden alacağımın tamamen ödendiği tarihten itibaren altı ay içinde mi açabiliyorum.

**Rıza TÜRME** : Evet valla çok çetrefil bir soru doğrusunu isterseniz.

**KATILIMCI** : Hatta size de götürdüm. Benim çok davam var Strazburg'da



**Rıza TÜRMEN** : Ne karar çıktı onu söyleyin de ona göre cevap vereyim.

**KATILIMCI** : O davam bitmedi ama başka bir numaralı protokolün birinci maddesi ile ilgili açtığım davaların bir çoğu neticelendi.

**Rıza TÜRMEN** : Tabii dava konusu hepsinde aynı bunların benim anladığım.

**KATILIMCI** : Tabii alacağın tahsili.

**Rıza TÜRMEN** : Dava konusu aynı olduğuna göre o zaman bütün bir süreç bitmeden önce dava süreci bitmeden önce kesinleşmiş bir hüküm vardır diyemeyeceğiz. Davanın konusu tek bir konu o nedenle bütün süreç bittikten sonra 6 aylık süre başlar.

**KATILIMCI** : Size gitti zaten böyle davalarım vardı, yalnız birde daha önce 98'den itibaren Strazburg'a bir çok dava açtım, bir çok davam neticelendi fakat devam eden davalarım da var. Daha önce neticelenen davalar daha çabuk bitiyordu ama gittikçe süre uzuyor. Mesela bir tanesi yeni bitti 1998 senesinde açmışım yeni bitti. Şimdi o zaman dava açma hevesimiz de kalmıyor. Yani buyurduğunuz gibi

**Rıza TÜRMEN** : Size iyi bir haberim var, dava açma hevesiniz bakımından iştah açıcı bir haber. Şimdi 14. protokol yürürlüğe girecek. Yani bütün devletler onayladığı takdirde yürürlüğe girecek. 14. protokol yürürlüğe girince mahkemenin işlemesi çabuklaşacak. Bir kere bir çok yenilik getiriyor. Ret olunan davalar böyle çok açık bir eksiklik dolayısıyla altı ay, iç hukuk yolları gibi böyle çok açık bir eksiklik dolayısıyla ret edilen davalar tek bir hakim tarafından ret olunacak. Şimdi halbuki üç hakim bakıyordu bunlara. Üç hakimden oluşan komiteler davaları şimdiye kadar sadece bu davaları reddetmek için kullanılıyordu. Halbuki bundan böyle hem reddedebilecek, hem kabul edebilecek davaları üç hakimli komiteler. Birtakım davalar ise en tabii



şey olanı tartışmalı olanı o. Eğer başvurucu bakımından zarar büyük bir zarara yol açmayacak ve mahkeme açısından fazla önem taşımayan davalar ise görülmeyecek. Böylelikle mahkemenin işlemesi daha süratlenecek diye düşünüyoruz. Sizin davalar da daha çabuk görülecek.

**KATILIMCI :** Birde harçla ilgili bir şey sormak istiyorum bu bayağı önemli bir konu. Şimdi dava açarken ¼'ünü Türkiye'de yatırıyorsunuz harcı, geri kalanını da davayı kazandığınız zaman davalı taraftan alınmasına karar veriyor. Fakat mahkemeye gidip de kararı tebliğe çıkartmak istediğiniz zaman diyorlar ki siz davacısınız biz bunu davalıdan alınması gerekir ama bunu önce siz ödeyeceksiniz, siz davalı taraftan tahsil edebilirsiniz edeceksiniz. Hatta harcı yatırmadığınız zaman maliyeye yazıyorlar, maliye ödenmediği sürece ona birde yüksek oranda faiz hesap ediyor, o harcı daha sonra davacı olarak artık ben de bu harcı ödeyeyim de kararımı alayım dediğiniz zaman sizden cezalı olarak ta tahsil ediyor. Şimdi ben bunu Strazburg'a da açtığım davalarda bazılarında dile getirdim. Şimdi adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil eder mi etmez mi? Madem ki kararda bu harcın, geri kalan bakiye harcın davalıdan alınmasına diye karar veriliyor, neden bizden isteniyor? Niye davacı taraf olarak benim taleplerimi yerine getirmiyor? Niye karar verilmiyor? Bu konu hakkın ihlali olur mu olmaz mı?

**Rıza TÜRMEN :** Burada bir altı ay problemi doğabilir.

**KATILIMCI :** Ondan sonra bu ihlal sayılmıyor mu veya ihlal mi bu altı aylık süre ne zaman işliyor böyle hallerde?

**Rıza TÜRMEN :** Altı aylık süre ilgili makamın reddinden itibaren başlıyor.

**KATILIMCI :** Efendim bir hususu sormak istiyorum sayın yargıcım.

**Rıza TÜRMEN :** Efendim, buyurun.



**KATILIMCI** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gittiğimiz dilekçemizde dava dilekçemizde, tabiki bazı ihlal hususlarını belirteceğiz neden gittiğimizi. Bu belirtmediğim unsurlar varsa inceleme safhasında sanki ceza davası gibi hukuk davalarında, bu yönden de karar verilebiliyor mu, böyle bir şey var mı yok mu.

**Rıza TÜRMEN** : Şimdi avukatlara benim en önemli tavsiyem bizim mahkemede davanın kazanılmasının yüzde ellisi davayı sunuş şeklinize bağlıdır. Davayı doğru sunarsanız tabii o davayı kazanma şansınız çok daha yüksek olur. Orda sözleşmenin bunu yapabilmek için biraz içtihadı bilmek lazım. Çünkü içtihatla çalışan bir mahkeme. İchtihat değişmiyor mu, değişiyor. Ama o içtihadın değişmesi önemli bir mesele. O içtihat değişene kadar geçerli onun için bir parça içtihadı bilmek lazım. Hangi maddeye dayandıracaksınız, esas şikayeti hangi maddeye dayandıracaksınız? Bunu görmek lazım. O maddenin hiçbir unsurları yoksa o şikayeti atarlar. Yada asıl başka bir problem vardır fakat siz o problemi gözden kaçırmışsınız, o problemin ilgilendirdiği maddeyi gözden kaçırmışsınız. Mahkemenin bunu sizin gözden kaçırdığınızı ileri sürmediğiniz bir maddeyi, şikayeti ... kendiliğinden ele alması çok zordur, çok enderdir. Fakat mahkeme şunu yapar siz örneğin hem 10. maddeyi hem 11. maddeyi ileri sürmüşsünüzdür. Yani hem düşünce özgürlüğü hem dernek kurma özgürlüğümüz engellendi demişiniz. Mahkeme derki ben bu davayı 10. madde açısından inceleyeceğim. 11. maddeyi burada incelemeye gerek yoktur, der. Yani kendisi nitelendirir. Ama siz hiç değinmemişseniz, o şikayetle ilgili maddeye hiç değinmemişseniz mahkeme bunu dikkate çok zor alır. O yüzden davayı açış şekliniz, sunuş şekliniz davayı kazanmanın % 50'sidir. Emin olun. Efendim?

**KATILIMCI** : Kapsamlı açmak lazım. Niye diyorsanız...

**Rıza TÜRMEN** : Kapsamlı, yani bütün maddeleri sıralamak da etkili bir yol değil ama, sözleşmedeki bütün maddeleri boşa...

**KATILIMCI** : Rıza Bey.



**Rıza TÜRME**N : Buyurun.

**Av. Sinan KOCAOĞLU** : Ben avukatlık ücreti ile ilgili, Avukat Sinan Kocaoğlu, avukatlık ücretleri ile ilgili soracağım, herhalde bütün arkadaşları ilgilendirir. Şimdi geçen gün bir yabancı meslektaşım ile konuşurken dedi ki bana işte Strazburg Mahkemesi şu kadar avukatlık ücreti takdir etti dedi. Dedim ki nasıl bu kadar takdir etti, işte dedi şu kadar saat çalıştığımı söyledim şu uzmandan şu görüşü aldım dedim, falan filan dedi bayağı bir meblağ söyledi. Şimdi bize böyle işin püf noktasını ...

**Rıza TÜRME**N : Şimdi püf noktası şu...

**Av. Sinan KOCAOĞLU**: Tabi madem paramızı maksimize edelim yani herkes cebine girenle ilgileniyor işin onu da şey yapalım. Teşekkür ederim.

**Rıza TÜRME**N : Şimdi püf noktası ayrıntılı yazmak ve iyi belgelemek lazım. Yaptığınız şeyi..

**Av. Sinan KOCAOĞLU**: Yani ne gibi belgeler?

**Rıza TÜRME**N : Yani siz yuvarlak bir rakam söylerseniz bunu kimse dinlemez. Ama siz yaptığınız çalışmalarını kalem kalem sayıyorsanız, gerektiğinde belgeleyebiliyorsanız, bütün makbuzları, seyahat ettim diyorsunuz, bilmem duruşma için kalktım Strazburg'a geldim, bunun makbuzu. İşte bilmem kimden görüş aldım bunun için; ona bir para ödedim ya da işte ona bir ortaklık yaptım, bunun makbuzu, o zaman talepleriniz ciddilik kazanır. Mümkün olduğu kadar belgeleyebilmek lazım. Bu sorunun en iyi yanıtını İngiliz avukatlar verebilir.

**Av. Sinan KOCAOĞLU** : Yani sözümüzün senet olması yetmiyor diyorsunuz illa belge





**Rıza TÜRME**N : Sözüünüzün senet olması yetmiyor. Hayır.

**Av. Sinan KOCAOĞLU** : Peki.

**Rıza TÜRME**N : Bu hanımefendiye.

**Av. Sevtap BENGİDAL** : Avukat Sevtap Bengidal. Benim sorum yetersiz otopsi incelemeleri ile ilgili olacak. Şimdi özellikle taşrada ülkemizde sizin de bildiğiniz gibi şüpheli ölümlerde otopsiyi yapacak adli tabibin her zaman bulabilmesi mümkün değil. Acaba bu şekilde otopsiyi bir adli tabibin değil de sıradan bir tabibin yapmış olması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde madde 6 açısından bir ihlal sebebi oluşturuyor mu?

**Rıza TÜRME**N : Madde 6 açısından değil de daha çok ya o daha çok ikinci madde açısından ya da 13. madde açısından oluşturuyor. Yani ölüm varsa, otopsi olduğuna göre bir ölüm var ortada, bunun tabii iyi soruşturulması lazım, soruşturmanın iyi yapılması lazım. Soruşturmanın iyi yapılıp yapılmadığını tayin eden en önemli unsurlardan bir tanesi otopsi. Biz de otopsi yapılmıyor ya da otopsi raporları çok yetersiz kalıyor. Dediğiniz gibi, birçok yerde deniyor ki, işte ölüm sebebi belli olduğundan otopsi yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Kurşunu yemiş, gitmiş. Bu yeterli değil, yani bir otopsi raporu olması lazım, yani iyi bir soruşturma için.

**Av. Sevtap BENGİDAL** : Bunu şunun için sordum efendim, aynı zamanda Jandarma Okullar Komutanlığı'nda görevliyim ben. Hukuk ve İnsan Hakları dersi veriyorum. Orda rütbeli arkadaşlarımla yaptığım sohbetlerde taşradaki şüpheli ölüm olaylarının % 98'i diyebilirim, iddialı bir rakam belki ama yani bir adli tabip bulamadıklarını ve çoğunlukla otopsi bile yapılmadığını ya da otopsi yapıldığında işte oradaki sıradan bir hekime bunun yaptırıldığını öğrendiğim için özellikle bu soruyu sormak istedim. Cevabınızı da direk jandarmaya aktarmak üzere.

**Rıza TÜRME**N : Evet, AIHM o kadar hassaslar ki bu konuda, yani otopsi yapılmış mı? Çünkü pek çok davada, bu Türkiye için çok



önemli, pek çok ikinci madde madde davasında, başvurucunun şikayetini kanıtlamak imkanı yok. Orada bir çatışma olmuş kim öldürdü belli değil. Yani devletin öldürdüğüne dair bizim deyimimizle makul kuşkunun ötesinde bir kanıt getiremiyor. O yüzden maddenin esasından ihlal çıkmıyor, yani devlet öldürdü diye bir ihlal çıkmıyor. Ama ondan sonra soruşturmaya geliyor iş. Etkili bir soruşturma var mı yok mu diye incelemeye başladığınızda pek çok davada bu yüzden Türkiye mahkum oluyor. İkinci ve üçüncü madde davalarında. Ölüm ve işkence, kötü muamele davalarında, soruşturma yok. Ya hiç soruşturma yok ya da çok eksik soruşturma var ve çok hassas mahkeme burada. Örneğin mutlaka bir kroki çizilmiş olması lazım. Mutlaka otopsinin yapılmış olması lazım. Mutlaka otopsi raporunun çıkmış olması lazım. Otopsi raporunun yakınlarına verilmiş olması lazım. Balistik muayene yapılmış olması lazım, mutlaka. Mesela geçenlerde bir davadan ihlal çıktı bu yüzden; balistik muayene yapılmış, kurşunlar da var. Hükümetin iddiası burada ölen kişiler polise ateş açıyor, güvenlik güçlerine ateş açıyor ve onun üzerine güvenlik güçleri de mukabele ediyorlar, meşru savunma haklarını kullanıyorlar ve ateş açanları öldürüyorlar. Ortada cesetler var. Otopsi yapılıyor, krokiler filan, tamam. Tanık sadece polis. Tanıkların ifadeleri alınıyor. Fakat ailesinin iddia ettiği bir şey var. Polisler öldürdü ondan sonra da tabancayı verdiler eline. Ve sanık aileleri barut muayenesi yapılsın istiyorlar. Eğer tabancayı ölen adam ateşlemişse parmak uçlarında barut izi olacak. Ve yapılmıyor bu muayene. Yani balistik muayene yapılıyor, o tabancadan o kurşunun çıktığı tespit ediliyor, fakat o tabancayı kimin sıktığı tetiği kimin çektiği tespit edilemiyor. Barut muayenesi yapılmadığı için, mahkeme bundan ihlal buldu. Yani soruşturmanın eksik kalması nedeni ile ihlal buldu mesela. Çok titizlikle götürmek lazım, yapılabilecek her şeyi yapmak lazım. Soruşturmayı mükemmel olarak yürütmek lazım.

Hatta bu da yeterli değil. McCann Davası çok önemli bir davadır. Jandarma okulunda ve polis okulunda McCann kararını mutlaka okutmak lazım. Türkçe çevirisini. Orda soruşturma filan da gayet iyi, soruşturmadan da problem yok. İhlal başka bir şeyden çıkıyor. Güvenlik güçleri İrlandalı teröristleri öldürüyorlar Cebelitarık'da. Bir ihbar var,



İrlandalı teröristler giriyorlar Cebelitarık'a bomba var arabanın içinde, saatli bomba var, çekecek pimi ve bombayı patlatacak diye ihbar var. Güvenlik güçleri takip ediyor bu kuşkulu kişileri ve birisi elini cebine atınca öldürüyorlar hepsini. Burada başka bir şeyden ihlal bulundu, dendi ki güvenlik güçlerinin operasyonu planlaması iyi değil, güvenlik güçlerinin eğitimi iyi değil. Bir kere dendi bunların terörist olduğu biliniyor ise böyle Cebelitarık'a girmelerine niye izin verildi, sınırda niye durdurulmadılar? Ondan sonra planlaması iyi değil, planlama eksik burada ve o bu yüzden ihlal bulundu soruşturma tamam olduğu halde. Bizde bu önemli. Polis bir eve giriyor ve ateş açıyor ve evin içinde insanlar çoluk çocuk ölüyor. Bu doğru yapıldı mı, bunun iyi planlaması yapıldı mı, ya da yapılacak başka bir şey var mıydı? Ateş açmadan yakalanabilir miydi bu kişiler? Bunlar bakımında McCann Davası önemlidir. Bence siz mutlaka bir öğrencilerinize onu tavsiye edin. Pardon sizi beklettim.

**KATILIMCI :** Belki birçok soru soruldu ama bence en önemli soruyu es geçtik; mahkemeye başvuru hakkının üye taraf olan devletlerin anayasalarında kısıtlanması. Örneğin bu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da geçerli. Mahkemenin bu ... kanununu örnek verdiniz önce. Askeriyenin bir yanda anlayabiliyor insan, bir emir komuta zinciri var ve bu nedenden dolayı kişilerin mahkemeye başvurma haklarını engelleyebiliyorsunuz. Ancak bu nitelikte olmayan, emir komuta zinciri olmayan veyahut sizin mahkemenizin dediği yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dediği devletin siyasi gücünü veyahut kudretini kullanarak işten fes olan bir hakimin veya bir savcının, meslekten ihraç eden bir kurulun idari olduğuna kimsenin şüphe etmediği bir kurulun kararlarına karşı bir yargı denetim mekanizmasının geliştirilmemiş olması mahkemeye başvuru hakkının engellenmesi olarak nitelendirilmeyecek mi madde 6 kapsamında. Çünkü o devletin anayasasında bu tarz bir kısıtlama getirilmiş. Bu kısıtlama yani anayasada öngörüldüğü için mi madde 6 kapsamında değerlendirilmeyecek mi? Yani bu ilk verdiğiniz şeyden ben bunu anladım.

**Rıza TÜRMEN :** Tepeli Davası'nda AIHM bu soruları yanıtladı.



**KATILIMCI** : Evet ben bunu anladım. Bu şekilde mi sonuca varacağız yani? Biz de bu şekilde. Eğer bir taraf devletin anayasasında bir mahkemeye başvurma hakkı engellenmişse artık bu o devletin siyasi kuvvetini kullanan kişilerin takdiridir ve bu nedenle madde 6 ihlali mi dışıdır.

**Rıza TÜRMEN** : Hayır, bu böyle değil. Anayasayla ilgili değil. Bir kere AİHM açısından ihlalin yasadan mı ya da anayasadan mı doğduğu hiç önemli değildir. En iyi örneği siyasi parti davaları. Anayasa Mahkemesi kararı ile kapatılır biliyorsunuz bizde siyasi partiler. Siyasi partiler anayasada olan hükümler dolayısıyla kapatılır ya da siyasi partiler kanunundaki hükümler nedeniyle ama Birleşik Komünist Partisi davasında AİHM ihlalin anayasadan ya da başka yasadan kaynaklanması bakımından bir fark gözetmediğini belirtti. Burada önemli olan, Tepeli Davası'nda önemli olan; devletin egemenlik erkini kullanırken ihtiyaç duyduğu bir takım insanlar var. Bu devletin çok içinde olan insanlar. Devletin egemenliği ile çok yakından ilgili olan insanlar. Bunlarla ilgili olarak devletin kendi egemenlik hakları bakımından, devletin otoritesi bakımından bunlar üzerinde bir takdir yetkisi olmalı.

**Rıza TÜRMEN** : Efendim?

**KATILIMCI** : ...

**Rıza TÜRMEN** : Evet, yani devletin bu konuda bir takdir yetkisi olmalı dendi. Tepeli Davası'nın temeli budur. Ve altıncı maddenin dışında bıraktı bunları. Tabii bizim Yüksek Askeri Şura bakımından bir şey daha dendi; orduda disiplin önemlidir dendi. Yani her ordu disipline dayanır. Ve ordu disiplin bakımında ihtiyaç duyduğu, lüzum gördüğü bazı cezaları verebilmelidir, mahkeme buna karışmaz bunlar disiplin cezasıdır der. Yani burada devlete bir takdir yetkisi bırakılıyor, bu kişiler bakımında.

**KATILIMCI** : ...



**Rıza TÜRMEN** : Tabii altıncı madde

**KATILIMCI** : .... veya TSK'nın idari olarak belirtmiş olduğu bir işlem için mahkemeye başvurma hakkının engellenmesi sorunlu. Yani o verilen kararın doğruluğu ve yanlışlığı veya o kişinin mahkemeye çıkarılması veya çıkarılmaması değil, mahkemeye başvurma imkanının engellenmiş olup olmaması...

**Rıza TÜRMEN** : Şimdi sözleşmedeki bir maddeye ilişkin bir şikayet ulusal yargı organı önüne götürülemezse zaten 13. maddenin ihlali var demektir. Sözleşmenin 13. maddesi çok açıktır. Yani sözleşme ile ilgili bir şikayetinizi ileri sürebileceğiniz bir milli makam, bir milli yargı organı olmalıdır mutlaka. Mesela olağanüstü hal valisi tasarrufları aleyhine idari makamlara, idari mahkemeye başvurulamıyordu. Olağanüstü kanunu yürürlükteyken. Bu idari tasarruflara karşı mahkemeye başvurulamama 13. maddenin ihlalinin meydana getiriyor ve buradan bir yığın ihlal kararı çıktı. Ancak 13. madde tek başına uygulanamaz. Başka bir sözleşme maddesi ile birlikte uygulanır. Eğer o maddede ihlal yoksa, ki Tepeli'de yoktu, 13. madde uygulanamaz.

**Av. Ahmet KARAMANLI** : Sayın yargıçım, özür dilerim ben hazır YAŞ'tan söz açılmışken Avukat Ahmet Karamanlı. Ben

**Rıza TÜRMEN** : Buyurun efendim..

**Av. Ahmet KARAMANLI** : Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Deniz Kuvvetleri'nde görevli askeri hakimken, herkes bilir meşhur Sarımsak Davası vardı, Köstebek Davası, o kararda verdiğimiz davada verdiğimiz karar nedeniyle şu anda avukatlık yapıyorum. YAŞ kararlarının ne olduğunu herhalde benden iyi yaşayıp gören, bilen yoktur. Şimdi ben sizin beyanlarınız arasında anayasal olarak da bir yargı yolunun olmamasını 13. madde ihlali olarak görmekle birlikte askerinin disiplin anlayışı nedeniyle bunun bir ihlal olarak görünmeyeceği gibi bir çelişki gördüm. Ben önce havayı yumuşatmak adına şunu sormak istiyorum, çok merak ettim; acaba Erdal İnönü'yle bir akrabalığınız var mı?



**Rıza TÜRME**N : Hayır yok.

**Av. Ahmet KARAMANLI** : Şimdi

**Rıza TÜRME**N : Hayır yok fakat bir fotoğraf çektirdim Erdal Bey'le ki herkese göstereyim işte orijinali budur diye.

**Av. Ahmet KARAMANLI** : Yani kardeş gibisiniz de. Şimdi YAŞ kararının

**Rıza TÜRME**N : Erdal Bey bana bir soru sordu, Başbakan Yardımcısıyken, "Ne yapıyorsunuz" dedi, dublörlük yapıyorum dedim.

**Av. Ahmet KARAMANLI** : Şimdi ben öncelikle sayın Baro Başkanımızın ve İnsan Hakları Merkezi'nin düzenlediği bu toplantı nedeniyle çok faydalı olduğu katılımdan da belli zaten teşekkür etmek istiyorum. Yaklaşık 6 yıldır 7 yıla girdik avukatlık yapmaya çalışıyorum. Şimdi yaş kararları konusunda ben Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ömer Faruk Kalaç kararı ile birlikte özellikle askeri hakimler konusunda geliştirdiği şeye kriterlere katılmadığımı belirtmek istiyorum. Çünkü geliştirilen kriter Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile birebir örtüşüyor. Yani madem ki belli bir disiplin içine girmişsiniz, bu disipline katlanmak durumundasınız, bu disipline uymadığınız askeri otoriteler tarafından da kabul edilmişse ki bunlar çoğunlukla gizli istihbarat raporları oluyor sizi kapının önüne koymaları makuldür. İhlal söz konusu değildir ve en son olarak da '99'da geliştirdiğiniz Tepeli kararına atıfta bulunarak tüm kararları toptan sadece başvuru numaralarını belirterek ve itiraz ve temyiz yolu da yoktur diye Fransızca ya da İngilizce metinlerle bize gönderdiniz, biz gerek kendimiz açısından gerekse müracaatçıların vekili olarak yaptığımız müracaatlarda bunu gördük. Yani YAŞ kararları ile ilgili kriterleriniz gerçekte örtüşmüyor, çünkü YAŞ'ta kurumsal bir karar değil kişiler hakkında yapılan suçlayıcı nitelikte belgeye dayandığı iddia edilen suçlayıcı şeylerle insanlar ordudan tahliye ediliyorlar. İkincisi; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açısından Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olduğunu kabul



edildiğini söylediniz. Bence Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kuruluş tarzı itibari ile; ikisi zaten kurmay subay, üç tanesi de askeri hakim ki bunların mesleki sicil açısından da Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlı olduğu kanaatinde değilim, eski bir askeri hakim olarak. Orda şayet iki kişi özellikle özelliği bulunan davalarda geri dönecekleri kurumun aleyhine bir karar vermeme şeklinde hareket ettikleri kabul edildiğinde maça iki-sıfır mağlup başlıyorsunuz. Şayet geri kalan üç hakimden biri de o mahkemede yükselme, yani o mahkemenin başkanı olma ya da başsavcısı olma gibi bir ilke peşindeyseler zaten onun oyu da belli oluyor, yani üç-sıfır oluyor aşağı yukarı. Bu nedenle bir bağımsız, tarafsız bir mahkeme olduğu bence ileride çok tartışılacak, ben bu kanaatte değilim. Özellikle özelliği olan davalarda diyorum. Yani lojman tahsisi, harcırah verilmemesi gibi falan değil. Ben askeri mahkemeler, askeri yargıçlar eleştirilirken bağılıdır, sicilen bağılıdır, tayinen bağılıdır gibi kriterlere de katılmıyorum. Bir örneği benim Orakoğlu Davası'nda bağımsız, tarafsız olarak iki askeri hakim oy çokluğuyla beraat kararı verdik neticesine de katlandık. Teşekkür ediyorum.

**Rıza TÜRMEN** : Ben teşekkür ederim. Şimdi tabii ki bütün mahkeme kararlarında olduğu gibi bizim mahkeme kararlarını da eleştirmek de ifade özgürlüğünün bir parçası. Elbetteki eleştirilebilir kararlar. Siz soru sormaktan çok görüş belirttiniz benim anladığım.

**KATILIMCI** : ....

**Rıza TÜRMEN** : Benim oylarımın çoğunluğu devlet aleyhine. Çok büyük çoğunluğu devlet aleyhine.

**KATILIMCI** : Avukatların en büyük sıkıntısı ispat edememe. Özellikle Yargıtay'da son 4 - 5 yıldır Yargıtay I. başkanı, başsavcının ve daire başkanının talimatı ile ne hikmetse tetkik hakim gizli, okuyan savcı gizli, inceleme safhası gizli, her şey gizli. Tabiatıyla böyle bir objektif kuşkunun olduğunu ileri sürdüğümüz zaman yasal olarak böyle bir yasaklama, kısıtlama olmadığı için her halükarda böyle bir gizlilik yok



diyecekler. Avukatın yeminli beyanı veya bunu destekleyen şahit beyanları yeterli olur mu? Bir. İkincisi; genellikle Ankara'da Yargıtay tetkik hakimleri kürsü hakimi oluyor ve altı ay, yedi ay sonra bu konuda karar veriyor, ağabey dediği bir odada oturduğu kişiye düşüyor. Felan ağabeye ayıp olmaz diyor, onama istiyor. Ve inanır mısın bir dosyaya iki dakika düşüyor, siz özene bezene sayfalarca yasaları yorumlamışsınız el cevap, üç satır; usul ve yasaya uygun olarak delillerin toplandığından onanmasına. Bu objektif kuşkuyu çağırıştırır mı? İkincisi; belki o tetkik hakimiyile husumetim var, belki karşı tarafın akrabası, belki başka bir objektif veya sübjektif kuşku çağırıştırır. Bir türlü biz bunu aşamıyoruz. Ve ben iğneyi kendime batırıyorum, ben Yargıtay'da da tetkik hakimliği yaptım, kapım sonuna kadar açtı arkadaşlar gelince de çok teşekkür ediyordum, çünkü benim görmediğim, bilmediğim tek taraflı tek gözlükle baktığım şeyi avukat arkadaşlar beni uyarıyorlardı. Bunu nasıl ispat edeceğiz bir? İkinci sorum; biliyorsunuz bizde iadeyi muhakeme yolu var, başsavcılık kabul ediyor diyelim ki tavsiye kararı reddediyor. Bir, ikinci safha; altı ay sonra dört tane şahit diyor ki biz felanın baskısıyla bu ifadeyi verdik. İadeyi muhakeme talep ediyorsunuz, el cevap; efendim sonradan ikna edilme veya acıma duygusuyla ifadesini çevirmiştir. Ya yargıla. Peşin peşin ret ediliyor. Şimdi böyle bir yeniden iç hukuk yolunun açılması, yazılı emir yoluna gidilmesi, özellikle yeni ceza kanunu, ceza muhakeme kanununa göre yeni iç hukuk yollarının kullanılması halinde altı aylık süre bu hakkın kullanılmasının reddinden itibaren başlar mı başlamaz mı? Teşekkür ederim.

**Rıza TÜRMEN** : Şimdi birinci söylediğiniz tabii silahların eşitliği bakımından önemli. Eğer siz ispat edebiliyorsanız bu durumu, anlattığınız durumu, sizi silahların eşitliği bakımından yani savcıya oranla, savcıya kıyasla daha dezavantajlı bir duruma getiriyor. O zaman bu altıncı madde bakımında tabii problem yaratır. Ama bunu kanıtlamanız lazım. Sizin yeminli beyanınız yetersiz. Yani başka bir şey olması lazım. Ya işte bir yazı almanız lazım size bu gerekli iznin verilmediğine, giremediğinize dair filan. Ve tabii asıl gösterilmesi gereken şey; bir kere böyle bir olayın mevcut olduğu, ikincisi de bu olayın sizi neden dezavantajlı duruma getirdiği silahların eşitliği





bakımında, sizin açınızdan ne gibi dezavantajlar yarattığı. Bunu yazmanız lazım tabii dava dilekçesinde.

Tashihi karar meselesi; tashihi kararı yani altı aylık süre bakımında soruyorsanız biraz önce belirttiğim gibi eğer bu ceza davasıysa tashih karar dikkate alınmıyor altı aylık süre bakımında.

**KATILIMCI : ...**

**Rıza TÜRMEN :** Ha yeniden yargılama başlamışsa tabii o zaman yeni bir yargılama vardır ortada, o yeni bir yargılamanın kurallarına tabiidir, o yeni yargılamadaki hüküm kesinleştikten sonra tabii ki işte burada anlattığımız ilkeler çerçevesinde altı aylık süre ona göre başlar. Ama ceza davasında tashihi karar talebi ret edilirse bu ret edilme tarihinden itibaren başlamıyor altı ay, daha önce kararın kesinleşmiş olduğu tarihten itibaren başlıyor.

Buyurun.

**KATILIMCI : ...**

**Rıza TÜRMEN :** Son bir soru alayım. Son bir soru, son iki soru o zaman. Peki.

**KATILIMCI :** Efendim öncelikle bu altı aylık başvuru süresinin başlangıcı ile ilgili bir açıklama yaptınız. Hukuk davaları için evet belki ama Türkiye gerçeğini dikkate aldığımızda ceza davaları için yerel mahkemeye dosyanın gelmesinden itibaren sürenin başlamasını gerçekten tehlikeli de buluyorum. Çünkü tutuklanma, yakalanma kaygısıyla sanığın mahkeme kalemine gelememesi, mahkemeye gelememesi ihtimal dahilindedir. Böyle bir ihtimal de bu altı aylık sürenin önemli bir kısmını

**Rıza TÜRMEN :** Fiilen öğreniyor mu öğrenmiyor mu artık o kendi problemi. Fakat bizim söylediğimiz şey ilk derece mahkemesi kaleme girdiği andan itibaren öğrenebilir, öğrenme imkanına



kavuşmuştur. Ama öğrenmemişse bunu araştırmıyoruz, fiilen öğrendi mi öğrenmedi mi diye. Ama öğrenebilme imkanına kavuşması bizim için yeterli oluyor.

**KATILIMCI :** Bir de sorum olacak, daha doğrusu değerlendirme yapmanızı isteyeceğim. Öcalan Davası'nda bilindiği gibi aslında Türkiye'de hiç de geleneği olmayan bir yöntem izlendi, yedek hakimle belli bir aşamada, aşamaya kadar yargılama yapıldı. Burada bir taraftan bilinerek, yani günün birinde nihai olarak verilecek karara katılmayacağı biline biline bir yargıç kürsüde yargılamanın önemli bir kısmında kaldı, bir yargıç da nihai karara katılacak ama yargılama aşamasında hiç söz sahibi olmadan izlemesi sağlandı. Bu tabii bir kurgunun, kurgulanmış bir duruşmanın göstergesiydi. Yargılamanın da aslında kurgulandığı bir senaryoya dayandığı da gösteriyor, böyle bir imaj en azından yaratıyor. Bu başlı başına altıncı maddenin ihlali anlamına gelmez mi?

**Rıza TÜRMEN :** Öyle bir şikayet olmadı.

**KATILIMCI :** Olsaydı, bu dosya için söylemiyorum.

**Rıza TÜRMEN :** Yedek hakimin başından beri davayı izlemesi bir problem yaratmaz.

**KATILIMCI :** Oy vermeyeceği, nihai karara oy vermeyeceği biline biline bir yargıcın sonuna kadar kalması aslında baştan itibaren heyetin eksik olduğunu yani iki kişiyle aslında yargılama yapıldığını göstermez mi? Bu da aslında buradaki

**Rıza TÜRMEN :** Yani bu bizim açımızdan problem yaratmaz

**KATILIMCI :** Problem yok

**KATILIMCI :** O pratik yavaştan yapıldı, yargıç değişikliğinde yargılamanın yeni baştan yapılması icap eder, bizim kararlarımız da öyledir, ama yedek hakimin başından itibaren duruşmayı izlemesi usul



işlemlerinin ve yargılamanın yeni baştan yapılmamasını sağlamak içindir. O pratik bir kaygıyla yapıldı.

**Rıza TÜRMEN** : Tabii, madem ki yasa değişecekti, duruşma başlamadan önce yapılıyordu. Yargılamanın son aşamasında yapılan değişiklik yeterli görülmedi çoğunluk tarafından.

**SUNUCU** : Evet konferansımız bitmiştir. Sayın Rıza Türmen'e, Sayın Rıza Türmen'e baromuz ve İnsan Hakları Merkezimiz adına çok teşekkür ediyoruz, şükranlarımızı sunuyoruz, iyi akşamlar diliyoruz.

**Rıza TÜRMEN** : Sağ olun, ben teşekkür ederim.





**ANKARA  
BAROSU**

**İNSAN  
HAKLARI  
MERKEZİ**

# III. İNSAN HAKLARI EĞİTİM PROGRAMI

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından planlanan III. İnsan Hakları Eğitimi Programı 14 Nisan - 26 Mayıs tarihleri arasında uygulamaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında tartışılacağı bu eğitim programıyla, daha önce düzenlenen I ve II. İnsan Hakları Eğitimi Programı bütünlenmiş ve hukukçuların insan hakları mücadelesinin teknik boyutu ve ulusal/ulusalüstü hukuki süreçleriyle ilgili bilgileri zenginleşmiş olacaktır.

Değerli hukukçuların yürüteceği bu programı izleyenlere "Katılım Belgesi" verilecektir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KONFERANSLAR

**14 Nisan 2006**

**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (M. 8)**

**Av. Güney Dinç  
İzmir Barosu**

**21 Nisan 2006**

**Adil Yargılanma Hakkı (M. 6)**

**Rıza Türmen  
AİHM Yargıcı**

**28 Nisan 2006**

**İşkence Yasağı (M. 3)**

**Prof. Dr. Semih Gemal  
İstanbul Üniversitesi**

**12 Mayıs 2006**

**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü-İfade Özgürlüğü (M. 9-10)**

**Doç. Dr. Mithat Sancar  
Ankara Üniversitesi**

**26 Mayıs 2006**

**Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (M. 5)**

**Prof. Dr. Kılıksal Bayrak  
Galatasaray Üniversitesi**

**Tüm Program İçin  
Saat: 16.00 - 16.40  
(çay arası)  
16.50 - 17.30**

**Program İçin Başvuru Formları  
ABIHM'den (Necatibey Cad. No: 51 Kat: 7  
ve  
Baro kaleminden temin edilebilir**

**Yer : Ankara Barosu Eğitim Merkezi (İhlamur Sokak No: 1 Yenışehir/ANKARA)  
Katılım Belgesi Kokteyli: 26 Mayıs 2006, Saat: 18.00**





ankarabarusu  
**İNSAN HAKLARI HUKUKU**  
araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

## İŞKENCE YASAĞI\*

KONUŞMACI

Prof. Dr. Semih GEMALMAZ  
İstanbul Üniversitesi

28 Nisan 2006

\* Bu Konferans Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezince ayrı bir kitap olarak yayınlanmıştır.







**ANKARA  
BAROSU  
İNSAN  
HAKLARI  
MERKEZİ**

# III. İNSAN HAKLARI EĞİTİM PROGRAMI

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından planlanan III. İnsan Hakları Eğitim Programı 14 Nisan - 26 Mayıs tarihleri arasında uygulamaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında tartışılacağı bu eğitim programıyla, daha önce düzenlenen I ve II. İnsan Hakları Eğitimi Programı bütünlenmiş ve hukukçuların insan hakları mücadelesinin teknik boyutu ve ulusal/ulusalüstü hukuki süreçleriyle ilgili bilgileri zenginleşmiş olacaktır.

Değerli hukukçuların yürüteceği bu programı izleyenlere "Katılım Belgesi" verilecektir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KONFERANSLAR

**14 Nisan 2006**

**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (M. 8)**

**Av. Güney Dinç  
İzmir Barosu**

**21 Nisan 2006**

**Adil Yargılanma Hakkı (M. 6)**

**Rıza Türmen  
AİHM Yargıcı**

**28 Nisan 2006**

**İşkence Yasası (M. 3)**

**Prof. Dr. Semih Gemalettin  
İstanbul Üniversitesi**

**12 Mayıs 2006**

**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü-İfade Özgürlüğü (M. 9-10)**

**Doç. Dr. Muhsin Sarı  
Ankara Üniversitesi**

**26 Mayıs 2006**

**Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (M. 5)**

**Prof. Dr. Köksal Bayraktar  
Galatasaray Üniversitesi**

**Tüm Program İçin  
Saat: 16.00 - 16.40  
(çay arası)  
16.50 - 17.30**

**Program İçin Başvuru Formları  
ABİHM'den (Necatibey Cad. No: 51 Kat: 7)  
ve  
Baro kaleminden temin edilebilir**

**Yer : Ankara Barosu Eğitim Merkezi (İhlamur Sokak No: 1 Yenışehir/ANKARA)  
Katılım Belgesi Kokteyli: 26 Mayıs 2006, Saat: 18.00**

1



ankarabarusu

**İNSAN HAKLARI HUKUKU**

araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

# DÜŞÜNCE, VİCDAN, DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

**KONUŞMACI**

**Prof. Dr. Mithat SANCAR**  
Ankara Üniversitesi

09 Mayıs 2006



---

## DÜŞÜNCE, VİCDAN, DİN ÖZGÜRLÜĞÜ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

---

**SUNUCU** : Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezinin düzenlediği 3. İnsan Hakları Eğitim Programının 4. Konferansına hoş geldiniz. Bugünkü konumuz "Düşünce, Vicdan, Din Özgürlüğü ve İfade Özgürlüğü". Konuğumuz. Prof Dr. Mithat Sancar. Sayın Mithat Sancar'ı kürsüye davet ediyorum.

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Evet, hepiniz hoş geldiniz. Konumuz, başlığımız çok uzun. Önce onunla ilgili kısa bir şey söyleme ihtiyacı duyuyorum. Böyle bir Konferans en fazla 80 dakika sürebilir. Ama ben kesintisiz 60 dakika konuşmayı tercih edeceğim. Bu altmış dakika içinde sayılan dört kategori ile ilgili açıklama yapma imkanı fiilen yok. Düşünce, vicdan, din, kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğünü hepsini birlikte bir konferansta anlatmak mümkün gelmedi bana, doğru da gelmedi. O nedenle izninizle ben şöyle bir çerçeve hazırladım. Sadece 10. madde ile ilgili açıklamalar yapacağım. Onu açıklamaya



çalışacağım. O konu bile sadece bir konferansa sığdırılabilecek gibi değil; çok geniş kapsamlı. Hele Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ifade özgürlüğü dediğiniz zaman tartışılacak çok fazla konu var. O nedenle nasıl bir çerçeve olmalı diye kendi kendime de sordum. Ayrıntılara girme imkanımız yok, yine kararlardan örneklerle de konuyu açma imkanı pek olmayacak. Ben kararları alacağım, önemli kararların ne olduğunu da söyleyeceğim. Öncelikle düşünce özgürlüğünün niteliğini, tarihsel gelişimi bağlamında anlatmaya çalışacağım. Sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemi ve içtihatlarında bu özgürlüğün nasıl değerlendirildiğini, nasıl kabul edildiğini ve sınırlarının nasıl öngörüldüğünü yine bir çerçeve şeklinde aktarmaya çalışacağım. Daha sonra soru cevap kısmında eksik kalan yanlar varsa onları açmaya çalışacağım.

Çok kısa olarak önce düşünce özgürlüğünün neyi içerdiğini, neyi ifade ettiğini açıklamaya çalışacağım. Önce 10. maddeyi bir hatırlatalım. "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir". Bu hak kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. Şimdi bizi birinci cümle ilgilendiriyor. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatma ya da ifade özgürlüğüne sahiptir. İkinci olarak; ikinci fıkra da fıkra bizi yine çok yakından ilgilendiriyor; bu özgürlüğün sınırını çiziyor. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlâkın veya başkalarının şöhret ve haklarının korunması ile yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasa ile öngörülen bazı sınırlamalara, yaptırımlara bağlı tutulabilir. Burada öncelikle hakkın kendisi tanımlanıyor. Bütün insan hakları belgelerinde olduğu gibi önce hak tanınır ve o tanıma belli bir formül ile yapılır. Bu, en klasik



formüldür. İnsan hakları evrensel beyannamesindeki formülün neredeyse tekrarıdır. Pek çok anayasada da aynı formül yer alır. "Herkes düşünce ve görüşlerini açıklamak, ifade etmek özgürlüğüne sahiptir." Ama bundan hakkın niteliği ve doğası ile ilgili fazla bir şey çıkarma imkanımız yok. Zaten insan hakları ile ilgili hukuk sorununun önemli bir bölümünü de burada aramak gerekiyor. Hukuksal sorunların; özellikle uygulama sorunlarının büyük bir kısmı insan hakları normlarının bu esnek yapısında da aranabilir. Hukuksal ya da uygulamaya yönelik sorunların önemli bir kısmı olan bu esneklik, Anayasalarda da farklı değil. Hiçbir anayasa, hiçbir insan hakları belgesi herhangi bir özgürlüğü ayrıntılı olarak tanımlama yoluna gitmez, gidemez de... Düşünce özgürlüğü ne demektir diye bir tanımlama bir insan hakları belgesine sokmaya kalkarsanız pek çok ayrıntıyı yazmanız gerekecektir, o da bir insan hakları belgesinin niteliği ile uyumsuz. Aynı şey anayasalar için de geçerlidir. Anayasalar olabildiğince kısa ve öz metinler olmak zorundalar. Eğer anayasaya bir özgürlüğün tanımını koymaya kalkarsanız yine o özünü, o niteliğini bozarsınız anayasanın ve anayasayı ayrıntılı bir yasaya dönüştürürsünüz. Durum böyle olunca asıl görev bu normların somutlaştırılması işlevini üstlenen organlara düşüyor ki, bunların başında da yargı organı gelir. Bu tür esnek normların yarattığı pek çok sorun var. Bu sorunu aşmak için çeşitli yorum yöntemleri kullanılır. Bunlardan bir tanesi de "tarihsel yorum yöntemi"dir. Tarihsel yorum yöntemi, önemli bir yöntemdir. Bu yöntem, normun veya normun düzenlediği konunun gelişimini dikkate alan genetik bir yöntem olarak da kullanılabilir veya normun somut ortaya çıkış sürecini yani parlamento görüşmelerini vesaireyi esas alan organik bir tarihsel yorum da olabilir. Burada bana göre daha doğru olan yöntem tarihsel yani genetik yorum, normun oluşum sürecini; oluşum dinamiklerini dikkate alan yöntemdir. Tarihsel yorum yönteminin bu türü normun ortaya çıkış şeklinin tarihsel dinamiklerini dikkate alır. İnsan hakları açısından da bu çok önemli bir yöntemdir. İnsan haklarının her biri belli tarihsel koşullarda, belli tarihsel şartlara cevap olarak ortaya çıkmış kategorilerdir, keyfi değildir, durup dururken masa başında üretilmemiştir, her birinin tarihsel olarak



belirlenmiş bir özü vardır. Düşünce özgürlüğü de bundan bağımsız değildir elbette. Yani bir özgürlüğün anlamını belirlerken onun ortaya çıkış sürecini, bu sürecin dinamiklerini ve bu dinamiklerin normların yazılış şekline yansımalarını da dikkate almak gerekmesine rağmen; bununla sıkı sıkıya bağlı olmak gerekmiyor. Ama hakları keyfi kategoriler olarak ele alıp yorumlamak ve istediğimiz anlamı vermeye kalkmak da doğru değil. Sonuçta insan haklarını hiçbir anayasa koyucu kendisi yaratmıyor. İnsan haklarını verili olarak karşısında önünde buluyor. Belki de bu açıdan, insan hakları normlarının hepsi, 1789'dan bu yana bütün anayasaların zorunlu bloğunu, norm bloğunu oluşturuyor. Zorunlu blok olarak görülebilmesinin kaynağını da yine Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 16. maddesinde bulabiliyoruz. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi 1776 Virginia Haklar Bildirisini saymazsak insan haklarını insanlığa tanıtan, tarih sahnesine sokan metin olarak önemlidir ve 16. maddesinde de "Hakları güvence altına almayan bir ülkenin, bir toplumun anayasası yoktur." diyor. Yani insan haklarına yer vermeyen bir anayasa, adı ne olursa olsun anayasa değildir. Bu, 1789'dan beri böyle. Demek ki anayasa koyucular bunları kendileri yaratmıyorlar önlerinde var; bu, tarihsel birikimle olan bir şey. 1789'dan 1848'e bir süreç var. 1848'den sonra çeşitli ülkelerin anayasalarında bu normların düzenlenmesi olayı var. 1848'den 1900'lerin başlarına kadar özellikle de 1918'den sonra yoğunlaşan bir şekilde insan hakları normlarının anayasalara girdiğini görüyoruz. 1945'den sonra yapılan istisnasız bütün anayasalarda (Pinochet rejimi tarafından yapılmış olan 1978 ya da 1980 Şili anayasası gibi bir askeri diktatörlük anayasasında bile) insan hakları güvenceleri var. Batılı liberal gelenekte yer almayan sistemin anayasası da olsa (1936 Sovyetler Birliği anayasası veya şimdi tarihini hatırlayamadığım Doğu Almanya, Almanya Demokratik Cumhuriyeti Anayasası gibi) anayasaların hepsinde insan haklarına öyle ya da böyle yer verilmiş. Demek ki anayasa koyucular bu konuda pek de serbest sayılmazlar. İyi de o zaman anlamını belirlerken bu süreci dikkate almamak doğru mu? Bence değil. İnsan haklarını sadece mesela medeni kanunda yer alan bir norm gibi (herkesin adının soyadının belirlenmesi) değerlendirerek





sadece burada var olan ve teknik olarak anlamlandırılabilen bir düzenleme gibi düşünemeyiz. Bunları tarihsel bağlamı içinde ele almamız gerekiyor. Bunun önemli olduğunu düşünüyorum. Türkiye'de yargı uygulamasının yöntem konusunda ciddi sıkıntıları olduğunu düşünüyorum. O nedenle bunu özellikle tartışmak, vurgulamak ve incelemek gerekiyor. Yöntem sorununu biraz uzun tutmamın nedeni de bu...

Şimdi tarihsel yöntemin önemine dair birkaç şey daha söyleyeceğim ama belki çok dağılır diye çekiniyorum. Onun için doğrudan doğruya düşünce özgürlüğünün tarihsel anlamının ne olduğuna gelmemiz gerekiyor. Bu arada tabii, anayasa normları ve insan hakları belgeleri normları bu kadar esnek olunca keyfiliği önlemenin yolu (sadece ilk derece mahkemeleri açısından değil, üst derece mahkemeleri ve zaten kendisi bir tek mahkeme olan Anayasa Mahkemesi açısından) yolu hangi yöntemin kullanıldığını bilmek ve bu yöntemde tutarlı olmaktır. Yani bir yargı organı, ancak kullandığı yorum ve uygulama yönteminde tutarlı ise sadece üst mahkemeler tarafından değil kamuoyu tarafından da denetlenebilir. Ayrıca üst mahkemeler de bu denetime tabidir. O nedenle yöntem son derece önemli. Tarihsel yönteme yine dönelim. Düşünce özgürlüğünün ortaya çıkış şartlarını hesaba katan bir yaklaşımla bu yöntemi açıklamak gerekiyor. Yani tarihsel yorum yaptığımız zaman bu özgürlük neden ortaya çıkmıştır, ne işe yarar, tarih niye böyle bir özgürlüğü ortaya çıkarmaya zorlamıştır sorularına cevap vermek gerekir. Çok net ve doğrudan ifade ediyorum ki; düşünce özgürlüğü; esas itibariyle muhalefet özgürlüğüdür. Düşünce özgürlüğü egemen ideolojiden, resmî fikirlerden, egemen ahlâktan, yaygın ortak görüşlerden yani toplumsal mutabakattan farklı görüşler savunulsun diye ortaya çıkmıştır. Çok açık, neden? Çünkü zaten egemen görüşle uyuşan bir görüşün bir tehdit altında olduğunu düşünmek biraz saçmalık olur. Yine egemen ahlâkla uyuşan bir ahlâkın tehdit altında olduğunu da düşünemeyiz. Oysa insan haklarının her kategorisi ve bu arada düşünce özgürlüğü de bir tehdide cevap olarak ortaya çıkmıştır; asli nitelikteki büyük bir tehdit ya da tehlikeye cevaptır.



Bu tehlike düşünce özgürlüğünde de "farklı görüşlerin öteki tarafından bastırılması" tehlikesiydi. Buna karşı güvence olarak ortaya çıkmıştır. Bütün hak ve özgürlük kategorilerinde de böyledir. Mesela artık çok sayıda insan hakları belgelerinde temel haklar arasında yer almasa da uzun süre en önemli hak kabul edilen mülkiyet hakkı açısından durum böyledir. Mutlak monarşilerin herhangi bir şekilde güvence tanımadığı; mülkiyete serbestçe, keyiflerince el koydukları bir sistemde mülkiyet hakkı, bu sisteme karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Yine; kişi güvenliği ve özgürlüğü de herkesin keyfi olarak gözaltına alınabildiği tarihi tecrübeler; tarihi tehditlere, asli haksızlık pratiklerine bir cevap olarak ortaya çıkmıştır. Düşünce özgürlüğü de Ortaçağın karanlıklarına bir tepkidir. Düşüncesini ifade etti diye dilleri kesilen Brunoların yakılmasını önlemeye ya da öldürülmesini önlemeye yönelik bir tepkidir. Yine Galileo'nun "Dünya dönüyor." dediği için engizisyonda yargılanmasına bir tepkidir. Dolayısıyla o dönemde egemen fikir neyse, ondan sapan düşüncelere bir koruma sağlama amacı vardır. Düşünce özgürlüğünün özünü burada aramak gerekiyor.

İkinci olarak; düşünce özgürlüğü belli bir aşamadan sonra demokrasi ile kader ortaklığı yapmıştır. Düşünce özgürlüğü, demokratik sistemden daha önce ortaya çıkmıştır. Demokrasi fikrinden önce değil belki; ama somut demokratik sistemlerden daha önce ortaya çıkmıştır. Ama bunun üzerine inşa edilmiştir ya da inşa edildiği ayaklardan biri de budur dersek abartmış olmayız. Neden? Demokrasiler esas olarak sorunların yurttaşların ortak katılımıyla, ortak aklıyla çözülebileceği inancına dayanan sistemlerdir. Demokrasiler insanların birbirleriyle konuşarak sorunları çözebileceklerini, çatışan fikirlerden geçici olarak da olsa bir doğrunun ortaya çıkabileceğine inanarak kurulmuş sistemlerdir. Mutlak hakikati reddeden sistemlerdir. Hiçbir alanda mutlak, kesin, değişmez doğrunun olmadığını savunan bir zihniyetin ürünüdür demokrasi. Bunlar, böyle bir sistemde ancak düşünce özgürlüğü ile birlikte var olabilir ve düşünce özgürlüğünün olmadığı bir sisteme de, herhangi bir sisteme de demokrasi adını vermek mümkün değildir. Dolayısıyla şöyle bir inanç var; bunu mesela



Voltaire'de de çok açık bulabilirsiniz, Logg'da da bulabilirsiniz, farklılıklar çatışma doğurur fikrinin reddidir demokratik sistemin mantığı. Farklılıklar çatışma doğurmaz, farklılıkların bastırılması çatışma doğurur. Avrupa'nın 100 Yıl savaşlarını Voltaire tam da böyle açıklıyor. Bütün o mezhep ve din savaşlarını, egemenlik savaşlarını farklı mezheplerin ortaya çıkmış olması doğurmamıştır. Asıl neden bu farklılıkların bastırılmak istenmesidir. Buna tepki olarak ortaya çıkıyor bu çatışmalar ya da bunun bir sonucu olarak ortaya çıkıyor çatışmalar. Şimdi düşünce özgürlüğünün genel mantığı, doğası, özü bana göre burada aranmalı ve her zaman dikkate alınmalıdır. Kuşkusuz tarihsel yöntem, normun uygulanmasına dair bütün bu sorunları tek başına çözmiyor. Yani biz sadece tarihsel yorum yöntemini kullanarak bu kategorinin ve diğer herhangi bir insan hakları kategorisinin özünü tespit ederek sorunları sadece bununla çözemeyiz, başka unsurlara da ihtiyacımız var. Onları da şimdi mahkeme içtihatları örneklerinde tartışacağız. Daha sonra ihtiyaç olursa biraz daha açarız.

Şimdi tabii, daha başka açıklamalar da yapılabilir. 1948'den sonra dünyada insan haklarının anlamını belirlemeye yönelik faaliyetler sadece Avrupa kıtasında değil, global düzlemde başka kıtalarda da ortaya çıkmıştır. Bunlar hukuksal mücadeleler olabildiği gibi ayrıca siyasal mücadeleler de olabiliyor. Hukuk alanında bugüne kadar ortaya konmuş en büyük, en yetkin, en iyi tecrübe Avrupa İnsan Hakları sistemidir. Avrupa Konseyi bünyesinde kurulmuş olan bu sistem, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanıyor, bu sözleşmeye de can veren, kan veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ne yapıyor, bu özgürlüğü nasıl ele alıyor artık oraya geçebiliriz. Yorum sorununa bunları anlattıktan sonra tekrar döneceğim.

Şimdi 10. madde, aslında yorumlanması, somutlaştırılması en zor hükümlerden biri. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu konuda epeyce çalışmış. Son yıllarda daha da yoğunlaşmış. Doğrusunu isterseniz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin düşünce özgürlüğü ile



ilgili sistemini test etme imkanını bulduğu tarih; yani iyice olgunlaştırma imkanı bulduğu tarih 1990 sonrasıdır. Bu da tesadüf değildir. Türkiye'nin Mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği 1989'dan sonra (özellikle 1990'larda) mahkeme önünde Türkiye'den giden olayların çokluğu ve karmaşıklığı, daha önce pek çoğu genel tespit niteliğinde olan ilkeleri daha da açma imkanı vermiştir. Aslında Mahkemeyi buna zorlamıştır da diyebiliriz. Çok kritik kararlar var. Bunların her birine ayrı ayrı değinmeyeceğim. Sadece Türkiye ile ilgili olmayan genel davalardan bir tane İspanya davası var, Castes Davası var, Linges Davası var; bunlar mahkemenin düşünce özgürlüğü ile ilgili genel ilkeleri tespit ettiği önemli davalar; ama Türkiye'den de çok sayıda dava arasında özellikle Zana Davası, Sosyalist Parti Davası, Yağmurdereli Davası, Dicle Davası, Başkaya - Okçu Davası, Özgür Gündem Davası, Öztürk Davası ve daha birçok önemli dava mevcuttur. Bu saydıklarım en önemli davalar. Mahkemenin içtihatlarından izleyebileceğimiz gibi; bu davalardan da düşünce özgürlüğünün nasıl yorumlanabileceğini; geliştirdiği bu sistemin nasıl yetkinleşebileceğini izleyebiliriz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle düşünce özgürlüğünü biraz önce söylediğim tarihsel anlamına uygun olarak demokrasinin temel şartı, ön şartı olarak niteliyor. Hatta "Demokratik bir toplumun olmazsa olmazlarından", "Düşünce özgürlüğü, demokratik toplum kavramının yüreğinde, kalbinde yer alır." diye veciz ifadeleri var. Devletin bu konuda görevleri olduğunu da belirtiyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve bu görevleri ikiye ayırıyor: öncelikli görevi devletin bunu ihlal etmemesidir; ama tek görevi bu değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre devlet, aynı zamanda koruma ya da ihlâli engelleme görevine de sahiptir. Mesela Özgür Gündem Davasında böyle bir tespit yapılıyor sürekli tehdit altında olduğu bilindiği halde... Ve sürekli başvuruda bulunmalarına rağmen; düşünce özgürlüğünün korunması için; yani gazetenin yayın faaliyetini sürdürmesi ve dağıtımının sağlanması için gerekli tedbirleri almamış olması 10. maddenin ihlalidir diyor. Yani devlet sadece ihlal etmeme yükümlülüğü altında değil; aynı zamanda ihlâli önleme yükümlülüğü altındadır, bunu başka davalarda da görebiliriz. Peki, hangi boyutları



içeriyor diye bir genel bakış attığımızda bu defa düşünce özgürlüğünün en önemli boyutu "eleştiri özgürlüğü" olarak karşımıza çıkar. Bu durum Mahkeme kararlarında da kendisini göstermektedir. Bunun dışında; bir alt hak olarak ithâm etme hakkı gibi bir hak da formüle edilebilir. Tasvir yapma hakkı, tasavvur oluşturma hakkı yani proje önerme hakkı gibi diğer haklar da düşünce özgürlüğünün boyutlarını oluştururlar. Bu hakların hepsi de düşünce özgürlüğünün asli unsurlarıdır.

En önemlisi de kuşkusuz, eleştiri özgürlüğüdür. Eleştiri özgürlüğünü de yorumlarken mahkeme çeşitli ayrımlar yapıyor. Mesela kamusal amaçlı ifade açıklamalarında eleştiri özgürlüğünün sınırını çok geniş tutuyor, devletlerin sınırlama marjını çok dar tutuyor. Mahkemenin "Kabul edilebilir eleştiri marjı" diye nitelediği bu ölçüte göre, kamusal, siyasal sorunlarla ilgili görüş açıklamalarında olabildiğince özgürlüğün lehine, özgürlük yararına yorum yapmak gerekir. Mahkeme burada özellikle siyasal alandaki tartışmaların demokrasi açısından önemini de altını çiziyor. Yani siyasal konularda olabildiğince farklı görüşlerin tartışmaya açılması, farklı görüşlerin çarpışması gerekiyor ve bunu güvence altına alacak kurumsal, siyasal ve idari tedbirlerin de mutlaka alınması gerektiğini söylüyor. Bu konudaki sınırlamaları çok daha titiz bir şekilde denetliyor ve bu alana getirilen sınırlamaları olabildiğince aza indirmeye yönelik bir içtihat geliştiriyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Siyasi konularda, kamuyu ilgilendiren konularda açıklama yapma hakkı ya da eleştiri yapma hakkı çok geniş bir alana yayılır, daha doğrusu sınırlanmasında çok daha titiz ve cimri davranmak gerekir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre. Mesela eleştirenlerin niteliği de önemli. Özellikle kamu adına hareket eden mesela parlamento üyeleri, milletvekilleri bu özgürlükten en geniş şekilde yararlanması gereken grubu oluşturur yine mahkemeye göre. Eğer ifade özgürlüğünü kullananın bir kamusal temsil niteliği varsa ya da ifadenin öznesinin böyle bir niteliği varsa yine çok geniş bir özgürlükten yararlanmak ve yararlandırılmak durumundadır mahkemeye göre. Eleştirilenler açısından da tersinden benzer bir ölçüt geçerli. Eğer eleştirilenler kamusal sorumluluk yüklenmiş organ ve



kişilerse burada da çok geniş bir özgürlük alanı yaratmak gerekiyor mahkeme içtihatlarına bakıldığında. Mesela devletin çeşitli organları ama özellikle hükümetin eleştirilmesi konusunda neredeyse sınırsızlığa varacak bir genişlik söz konusu. Hükümet söz konusuysa artık burada özgürlüğün eleştiri hakkının olabildiğince az sınırlanması gerekir. Eleştiri, özellikle hakaret, iftira veya doğrudan doğruya şiddete teşvik niteliği taşımıyorsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür eleştirileri de çok dar yorumluyor. Şimdi itham etme hakkının da yine benzer ölçütlerle çok geniş olduğunu söylüyor. Bizim burada bir tanesini kullandığımızda bile kıyametin kopabileceği sözcükler, nitekim kıyametin koptuğu sözcükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından hiçbir şekilde düşünce özgürlüğü dışında değerlendirilmemiştir. Mesela devletin soykırım yaptığını içeren ifade ile ilgili bir dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye'ye karşı açılmış. Bu dava, Münir Ceylan-Türkiye Davası, hiçbir şekilde düşünce özgürlüğü kapsamı dışında değerlendirilmemiştir. Devlet terörü, devletin terörist olduğunu söyleyen kişilerin ifadeleri de yine bu çerçevede değerlendirilmiştir. Mesela ırkçı devlet ifadesi de yine eleştiri özgürlüğünün ya da itham özgürlüğünün genel olarak düşünce özgürlüğünün sınırlarını aşan, bir değerlendirme olarak görülmemiştir, 10. maddeye aykırı bulunmamıştır. Tasvir yapma kapsamında da bir olayı, bir durumu olabildiğince betimleme, anlatma amaçlı ifadeler koruma altına giriyor. Türkiye açısından en hassas kararları, en hassas yerlerinden almaya çalışıyorum ki, biz hangi sistemdeyiz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düşünce özgürlüğünü nasıl yorumluyor diye bir fikrimiz olsun. Sonra bunu tartışırız iyi mi kötü mü? diye Sırf Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle diyor diye kabul mü edeceğiz, yoksa başka nedenlerle bunlara hak mı vereceğiz onu da tartışırız. Sonunda zaten ona ilişkin görüşlerimi de söyleyeceğim.

Türkiye'de en çok tepki uyandıran ifadelerden biri, bir dönem, (şimdi artık değil galiba) "Kürdistan" sözcüğünün kullanılması idi. Bunu doğrudan doğruya ülkenin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda olarak yorumlayıp çok sayıda mahkûmiyet kararı verildi. Avrupa İnsan



Hakları Mahkemesi bunun tamamen tasvir hakkına dâhil olduğunu ve bir olayı, bir coğrafyayı, bir oluşumu, bir gelişimi tasvir ederken bu tür ifadelerin kullanılabileceğini; bunların kullanılmasının tek başına ülkenin bütünlüğü aleyhine bir durum yaratmadığını; yani 2. maddenin, 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine girmediğini söylüyor. Şimdi gerçekten Türkiye’de genel yaygın kaniya göre düşünce özgürlüğü kapsamında düşünülmesi zor olan pek çok ifade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendiriliyor. Mesela “tasavvur oluşturma” yani proje önerme özgürlüğü ki, düşünce özgürlüğünün en önemli boyutlarından birini oluşturur. Burada mevcut anayasaya ve devlet yapısına aykırı olmamak, demokrasiyi ortadan kaldırmamak şartıyla her türlü fikrin önerilebileceğini söylüyor. Mesela “federasyon”u, özerkliği tartışmanın, onu bir kenara bırakın, Türkiye ile ilgili verdiği Dicle kararında ayrılığı da savunmanın onuncu madde kapsamı dışında yer almadığını söylüyor ama diğer unsurlar yoksa yani ayrılmayı savunurken, şiddete tahrik etmemişse sadece tek başına bir fikir, bir öneri, bir proje olarak ayrılmayı savunmayı bu maddenin ihlâli saymıyor. Dolayısıyla bu konuda verilen mahkumiyet kararlarını da yine 10. maddeye aykırı bulmuştu. Tek başına, federasyon, tek başına özerklik veya başka bir yöntem, başka bir tarz, tip örgütlenme önerilmesi, şiddet unsuru ile birleşmiyorsa; şiddete tahrik, isyana çağrı boyutlarıyla birleşmiyorsa tek başına düşünce özgürlüğünün kapsamı dışında yer almaz. Mesela “bir azınlığa ait olma bilincinin korunması, bir azınlığın kültürünün korunması ve geliştirilmesi demokratik bir toplum için tehdit olarak değerlendirilemez”. Dolayısıyla sadece bir topluluğun kültürünün geliştirilmesini savunmak, demokrasiye aykırı kabul edilemez. Bu, Türkiye ile ilgili verilmiş bir karar değil; Yunanistan ile ilgili verilmiş bir karar: 1998 Temmuz’unda Sidoropulos-Yunanistan davasında verilmiş bir karar. Türkiye için verilmiş, Türkiye’de yazar Karataş, Aksoy ve HEP davasında, biraz önce andığım DEP- Dicle Davasında ayrılıkçılığı savunmanın sadece fikir olarak savunmanın 10. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla düşünce özgürlüğü korunmasından yararlandığını söylüyor. Şöyle bir paragraf var; salt



anılan ilkelerin kendi kaderini tayin hakkı, dil hakları gibi siyasi bir oluşum tarafından savunulması terörist eylemlere destek olarak görülürse, ilgili sorunları demokratik tartışma çerçevesinde inceleme imkânı azalır ve silahlı hareketlere de bu ilkelerin savunulması tekellerine alma imkânı verilir. Yani bunu da bunların yasaklanmasını da demokrasiye bir tehdit olarak görüyor. Çünkü "Eğer bunlar silahlı örgütün propagandası olarak kabul edilecek olursa, o zaman bunları savunmayı sadece silahlı örgüte bırakmak zorunda kalacaksınız. Çünkü meşru demokratik zeminde bunlar tartışılmayacaksa, bunların bir örgütün malı olduğu tablosu çıkacaktır ortaya." gibi bir muhakemesi var Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin. Yine bizim Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu konuda verilmiş kararları vardır. Özellikle 1. sosyalist parti kararında önemli bir karar olarak yer almıştır. Sosyalist Parti Kararında Anayasa Mahkemesinin kararının gerekçelerinden birinde Sosyalist Partinin Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak karşı çıkmasını Türkiye'nin gerçeklerine uygun görmemiş ve bunu kapatma nedeni saymıştır Anayasa Mahkemesi. Şimdi hangi sistemde yer aldığımızı düşünün, Atatürk milliyetçiliğini bütün partilerin kabul etmesi zorunlu bir ilke olarak yorumluyordu Anayasa Mahkemesi. Bu yorumda aslında esasta bir değişiklik yok. Bu, son parti kapatma kararlarında zımnen böyle devam ediyor; ama en açığı burada yer almıştı. Diğer davalarda da; HEP, DEP davalarında da var bu ifadeler. Türkiye'nin vazgeçemeyeceği temel ilke olan Atatürk milliyetçiliği vatana ve devlete bağlılığı öngörür. Bu ilkeye karşı olan bir görüşün ülke ve ulus bütünlüğüne de karşı olacağı kuşkusuzdur. Şimdi böyle bir yorumla mesela bütün siyasi partilerin Atatürk milliyetçiliğini benimsemeleri gerekiyor. Benimsemedikleri takdirde bölücü oluyorlar çünkü Atatürk milliyetçiliğini savunmamak ülkenin birliğine ve bütünlüğüne karşı olmak demektir. Anayasa Mahkemesi Kararı bu. Yine anayasa bölgeler için özerklik ve öz yönetim yöntemlerine, biçimlerine kapalıdır derken veya Anayasanın federasyona olur vermediğini belirtirken aynı mantığı kullanıyor. Yani anayasa neredeyse siyasi partilerin programı gibi algılanıyor. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anayasanın tümünden değiştirilmesi dâhil olmak üzere; demokratik sistem içinde kalmak





şartıyla demokrasi içinde çeşitli yönetim modellerinin, çeşitli alternatiflerin denenmesini önermeyi çok meşru bir hak, demokrasinin olağan bir yansıması belki de şartı olarak görüyor. Aksi takdirde siyasi partiler bir ülkenin anayasasını programlarına aynen almak zorunda kalacaklar, dolayısıyla partiler arasında bir yarış, görüş farklılığı, rekabet beklemek de söz konusu olmayacaktır. Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda çok net. Her türlü öneriyi savunmayı (şiddete çağrı oluşturmamak ve şiddet yöntemini reddetmek şartıyla) savunmayı 10. madde kapsamında görüyor. Ayrıca demokrasi ilkesinin de bir gereği olarak değerlendiriyor.

Bunun dışında belki de en tartışmalı nokta neyin sınırlar içinde kalacağı yani nasıl sınırlanabileceği noktasıdır. O konuda da genel bir tablo sunacağım, daha sonra tekrar Türkiye'ye, Türkiye'deki yargı pratiği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları arasındaki ilişkinin nasıl kurulması gerektiğine değineceğim, sonra da sözü sizlere bırakacağım. Sınırlama konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok ince bir kademeli sistem oluşturmuş; her bir kademe de kendi içinde bölünmüştür. Gerçekten ince bir kademeli sistem söz konusu. Bir defa ancak kanunla öngörülmüş meşru bir amaca yönelik ve demokratik bir toplumda gerekli olan durumlarda düşünce özgürlüğü sınırlanabilir. Demek ki, ilk şart "kanunla öngörülmüş olmak" ki bunu tartışmak fazla da gerekli değil. Türkiye'de de anayasamızda da diğer demokratik hukuk devleti anayasalarında da aynı ilke yer alır. "Sınırlama kanunla yapılabilir." Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sınırlama ancak meşru amaçla yapılabilir diyor. Bu meşru amacı belirlerken de 10 maddenin 2. fıkrasına atıf yapıyor. Ancak orada belirtilenler meşru amaç olarak kullanılabilir. 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen kavramlar, nedenler, sınırlamanın meşru amacını oluşturuyor. Bir sınırlama, ancak burada belirtilen kamusal değerlerden birini veya bir kaçını korumaya yönelikse amaç açısından meşru kabul edilebilir diyor. Buradaki kavramları da yine 18. maddeye bakarak bir eklemeye tamamlayalım. Buradaki kavramlar da öngörüldükleri amaç dışında kullanılamazlar. Mesela bu 18. madde aynen böyle diyor. Bu da



hakların sınırlanmasının sınırını oluşturuyor. Bu sözleşmenin hükümleri gereğince; sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar, ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir. Demek ki, sadece bu kavramlar kullanılabilir, bunlar da ancak öngöröldükleri amaç için kullanılabilirler ve bunlar sınırlı sayıdadır. "Numerus Granus" (Sınırlı sayım ilkesi) mutlak olarak geçerlidir. Bunların dışında herhangi bir nedenle, herhangi bir gerekçeyle bir özgürlüğü sınırlamaya kalktığınızda bu geçerli olmayacaktır. Daha doğrusu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir. Yunanistan'la ilgili bir davada hatırladığım kadarıyla böyle bir karar var. Burada ülkenin bütünlüğü gibi bazı kavramlar sayılmış sonra da Yunanistan kültürünün gerekleri gibi bir kavram kullanılmış. Bunu da düşünceyi sınırlamanın bir gerekçesi olarak kullanmışlar. Oysa bir ülkenin kültürel özellikleri veya tarihsel gelişimindeki önemli noktalar, düşünce özgürlüğünü sınırlamayı meşrulaştırmaz. Sadece buradakiler kullanılabilir. O nedenle bizim anayasamızda yer alıp da burada bulunmayan nedenler sınırlama amacıyla kullanıldığında yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle bir çatışma doğacaktır. Ancak demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalar meşru kabul ediliyor. Burada da çeşitli ölçütler kullanıyor; iki başlık altında toplayabiliriz: Bunlardan biri zorlayıcı toplumsal ihtiyaç. Sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi gerekiyor. Eğer öngörülen sınırlama diğer amaca uygunsa, meşru ise amaç kavramları karşılıyorsa; ama zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmiyorsa o zaman bu meşru bir sınırlama, geçerli bir sınırlama olarak kabul edilmiyor. Şimdi diyeceksiniz ki zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç nedir? İşte Avrupa İnsan hakları sisteminin ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile oluşan sistemin özelliği de burada. Bütün bunları genel olarak tanımlama yoluna zaten gitmiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemiyle yakından ilgilenen herkes bilir ki; her bir olayı kendi içinde değerlendirir, bu kavramı kullanır ama bu kavramın bütün olaylara uygulanacak genel bir tanımı yoktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından böyle bir tanım çıkarmak mümkün değil. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her bir olayda ayrı ayrı



değerlendirir; ama bazı durumlarda hepsini birlikte değerlendirdiği de görülür. İkincisi ise meşru amaçla orantılı olma halidir. Yani sınırlama, aynı zamanda ulaşılmak istenilen hedefle orantılı olmalıdır. Meşru amaç olarak ortaya konan kavramlar, sadece onları kullanarak bir sınırlama yapmak da yeterli değildir; aynı zamanda ona yönelik tehlikenin böyle bir sınırlamayı gerekli ve haklı kılması şartı da var. Bir orantılılık, bir oranlılık bulunmalıdır amaçla sınırlama arasında. Eğer o sınırlama daha doğrusu ifade, o amaca ya da kavrama zarar vermeye elverişli değilse o zaman sınırlama da meşru değildir sonucuna varıyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Kategori olarak neler bu ifade özgürlüğünün dışında kalır yani koruması dışında kalır diye baktığımızda da yine üç, dört tane kategori saptayabiliyoruz. Bunlardan bir tanesi ve en çok anılanı, en çok kullanılanı da şiddete, ayaklanmaya çağrı niteliğindeki ifadeler düşünce özgürlüğü kapsamında kabul edilmemesidir. Yani bu şekildeki ifadelerin cezalandırılması biraz önce saydığımız meşru bir amaca uygun, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayan orantılı bir sınırlama, bir müdahale olarak kabul ediliyor. Dolayısıyla böyle bir ifade cezalandırılmışsa o zaman 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varıyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Hakaret ve iftira ise zaten genel olarak kabul edilen şeyler. Küçükleri koruma ve özellikle Avrupa'nın tarihi dikkate alındığında çok önemli bir sınırlama olarak ortaya çıkıyor. İrkçi, faşist fikirler ile kin ve düşmanlık telkin eden fikirler yine bu koruma kapsamında; yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 10. maddesi kapsamında kabul edilmiyor. Şiddete, ayaklanmaya çağrı niteliği taşıyan ifadeler zaten korumadan yararlanamaz. Bunlara yönelik müdahaleler mesela ceza verilmesi durumu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle uyumlu kabul ediliyor. Ancak burada da hangi ifadenin ne zaman şiddete ve ayaklanmaya çağrı niteliğini taşıdığı sorunu vardır. İşte orada da pek çok ölçüt kullanıyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Mesela ifadenin içeriğine bakıyor öncelikle. Yani ifadenin içeriği bütünlük içinde değerlendirildiğinde ifadenin konusu, kullanılan sözler, doğrudan doğruya şiddete çağrı, ayaklanmaya tahrik niteliğinde olmalıdır. Peki,



bunu nasıl saptıyor. Bunu da her somut olayda ayrı ayrı diğer ölçütlerle birlikte değerlendiriyor. Mesela ifadenin hangi ortamda yapıldığı gibi bir ölçüt kullanıyor. Tek başına belli bir ortamda içerik itibariyle şiddete tahrik olarak kabul edilen bir ifade başka şartlar altında böyle kabul edilmiyor. Yani içeriği itibariyle şiddete tahrik olsa bile bu ifadenin sarf edildiği ortam belirleyicidir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre. Bir ifade şiddete çağrı niteliği taşıması tek başına yeterli değil. Aynı zamanda başka şartların da buna eklenmesi gerekiyor. Nedir bu şartlar onları da kısaca aktarayım. İfadenin içeriği, genel havası, gerçekleştiği toplumsal bağlam, fiili etki potansiyeli (bu sonuncu ölçüt son derece önemli bir ölçüt). Fiili etki potansiyelini de daha alt ölçütlerle tamamlıyor; burada da ulaştığı kişilerin niteliği, yani kime hitap edildiği, nasıl bir tarz kullanıldığı mesela edebi bir üslup mu, ajitasyon niteliğindeki bir demeçte mi ortaya konduğu, bir konferansta mı yoksa bir mitingte mi söz konusu olduğu ayrı ayrı değerlendiriliyor. İfade edenin niteliği; mesela sıradan bir kişinin herhangi bir yerde dile getireceği tek başına şiddete çağrı niteliği taşıyan bir ifade çoğu zaman fiili etki potansiyeli itibariyle buna elverişli görülmediği için düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendiriliyor. Şimdi birkaç örnekle bu tek tek ölçütleri açmaya çalışacağım. Bir defa salt şiddete teşvik veya sadece silahlı örgütü desteklemek, diğer şartlar olmadan fiili etki potansiyeli dikkate alınmadan 10. maddenin ihlali olarak görülüyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından. Zana Davası, Mehdi Zana Davası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki en önemli içtihatlarından biridir. Orada bütün bu ölçütleri tek tek uygulamıştır. Zana'nın Cumhuriyet Gazetesinde bir röportajı yayınlanmıştı ve "PKK'yi destekliyorum." demişti, "Yalnız; hani katliamlar oluyor, onlara çok üzülüyorum." gibi sözler de söylemişti. Açıkça "Ben PKK'yi destekliyorum." demişti. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sadece "PKK'yi destekliyorum sözünün" 10. madde dışında değerlendirilemeyeceği söyledikten sonra; sadece bu ifadeden hareketle bir sonuca varmak doğru değil diyor. Bunun yanında mesela hangi şartlarda yapıldığı ve kim tarafından yapıldığı değerlendirmelerine ihtiyaç duyuyor. İfade edenin yani Zana'nın niteliği dikkate alındığında,



Diyarbakır Eski Belediye Başkanı olması fikirlerinin etki gücünü artırır. İkincisi o şartlarda Güneydoğu'da mevcut durumun çok kritik olduğu... O gerginlikte dikkate alındığında bu ifade şiddete tahrik niteliği taşır, bu potansiyele sahiptir. Yani bu şartlar altında böyle bir ifade fiili etki potansiyeli taşıdığı için 10. maddenin koruması dışında kalmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Zana'ya verilen mahkûmiyet cezası 10. maddeye aykırı bulunmamıştır. Buna benzer başka davalar da var, yine hepsini tek tek ayırarak inceliyor. Yani bu ifade hangi şartlarda şiddete tahrik niteliği doğurur. Bu ölçüt Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği kullandığı ölçütten daha farklıdır. Açık ve mevcut tehlikeyi çok daha ileri götüren bir test uyguluyor. Şimdi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına baktığımızda ceza hukukundaki suç tipleri ayırımında bir yerlere yerleştirmek gerekirse; düşünce özgürlüğü ya da ifadeleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından zarar suçu kabul edilmiyor zaten. Olmaz da Zira; ifade özgürlüğünde zarar suçu, yani birinin doğrudan doğruya zarar görmüş olması aranmaz. Soyut tehlike suçu olarak da kabul etmiyor. Soyut tehlike suçları, ifadenin yapılmasıyla bir zararın meydana geldiği varsayılan suçlardır. Yani kanun koyucu şu gerçekleştiği anda şöyle bir zarar ortaya çıkar diyorsa o, soyut tehlike suçudur. Bir de somut tehlike suçları var ki, burada doğrudan doğruya somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olması gerekiyor. Bu ikisi arasında bir bağlantının olması gerekiyor, bunu da biraz önce saydığım ölçütlere bakarak değerlendiriyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Ama özellikle etki potansiyeli, fiili etki potansiyelini ortaya katıyor. 10. madde ihlâli olan çok sayıda karar var. Şimdi Türkiye'de düşünce özgürlüğü alanında sıkıntılar devam ediyor. Bu sıkıntıların kaynağı pek çok yerde aranabilir. Türkiye gibi birkaç ülke düşünceye çok değer veriyor gerçekten. Bu sadece benim değerlendirmem değil, şimdi adını hatırlayamadığım önemli bir edebiyat adamının görüşleri de bu yöndeydi. Batılı devletler, Batılı demokrasiler artık düşünceyi önemsemiyorlar çünkü suç olmaktan çıkardılar, düşünceyi bir tehlike gelmez. "Sovyetler Birliğinin yıkılması, Doğu Bloğunun yıkılmasına en çok düşüncenin bu kadar değerli olduğu bir sistemin çökmesi dolayısıyla üzüldüm." Bunu da



şöyle açıklıyor, ironik bir değerlendirme: “Çünkü düşüncenin peşine bu kadar çok polisin takıldığı, düşüncenin tehlikesinin bu kadar önemsendiği, başlı başına fikrin bir sonuç doğurabileceğinin bu kadar ciddiye alındığı sistemler ortadan kalktı, fikrin değeri de gitti.” Türkiye fikri çok ciddiye alıyor. Hatta bazen o kadar ciddiye alıyor ki hani ortada fikir kalmayacak diye, tek fikir kalacak diye korkuyor. Böyle bir değerlendirme yapabilirsiniz. Türkiye’de gerçekten düşüncede korku var. Sadece düşünceden korku değil, pek çok şeyden korku var ama galiba farklıdan korku sadece siyasal sistemin değil, toplumsal dokunun da önemli bir parçası, önemli bir unsuru. Pek çok konuda ötekine, farklıya tahammül konusunda çok kötü bir sicilimiz olduğunu söyleyebiliriz, bütün o mozaik hikâyelerine bütün o işte bizim kültürümüzde hoşgörü olduğu efsanelerine aldırmandan (zaten efsaneler esasen gerçekliğin üstünü örtmek için yaratılmış uydurma hikâyelerdir, kurgulardır.)... Türkiye’de siyasal sistemle toplumsal doku arasındaki bu alışveriş toplumsal dokuyu da daha kötü hale getiriyor. Nitekim bu alışverişi son zamanlarda yaygın sonucu artık hukukla sınırlamanın ihtiyaç; daha doğrusu zor olduğu, örneğin Avrupa Birliği’ne uyum süreci dolayısıyla kanunlarda yapılan olumlu değişiklikler dolayısıyla her düşünceyi ya da her farklıyı cezalandırma imkânı kalkınca toplumsal cezalandırma mekanizmaları devreye sokuluyor. Bu da yeni bir şey değil, Türkiye’nin icadı değil. 15–16. Yüzyılların Avrupa’sında da çok ciddi olarak tartışılan, Linç-justice\* yani linç\* yargısı diye bir kurum var. Çok köklü bir kurumdur Linç\* yargısı. O tarihlerden sonra Türkiye bunu neredeyse her an yaşayabilecek bir havayı yaratacak sıklıkta yaşadı. Dolayısıyla Türkiye’de böyle bir sıkıntı zaten var; ama siyasal sistem özellikle de siyasal sistemin sahibi durumunda görünen ama aslında koruma misyonunu yüklenmiş olan aktörler düşünceyi mutlaka susturulması gereken tehlikeli bir şey olarak görüyorlar. Farklı düşünceler terörü, şiddeti her türlü melaneti besler. Türkiye 141, 142 dönemini de düşünürsek; her türlü farklı düşünceyi bir kalıba sokup cezalandırma yönüne doğru çevrilmişti. Bu sistem (141., 142., 163. maddeler), 1991’e kadar da devam etti. Türkiye’de bir de yargı pratiğinde sadece yargı mı söz sahibidir, yoksa yargıyla siyasal sistemin



diğer aktörleri arasında açık ya da örtülü alışverişlerde mi oluyor? Herhangi bir şeyi kanıtlama imkanı olmadan açıkça iddia etmek doğru değil; ama ben bunun örtülü bir zihniyet alışverişi olduğunu iddia edebilirimi ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tür değer yargılarını çok büyük bir genişlikle koruma altında sayıyor. Yani böyle bir değer yargısında bulunursanız sisteme hakaret etmiş olmazsınız değer yargısı, korumadan çok büyük bir genişlikle hatta mutlak olarak yararlanır bile diyebilirsiniz.

Böyle olunca; bu alışverişin yarattığı sonuçlar var. Türkiye demokratikleşme yolundaki her adımda mesela 1991'de terörle mücadele yasasına hüküm eklenerek 141., 142. ve 163. maddeler kaldırıldı onun yerine terörle mücadele kanununun meşhur 8. maddesi getirildi. 8. madde 141 ve 142. maddelerin uygulamasını aratmayacak bir şekilde yorumlandı ve uygulandı. Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesine yönelik tepkiler de ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pek çok ihlâl kararı 8. madde ile ilgilidir. Terörle Mücadele Kanununun eski 8. maddesiyle ilgili pek çok ihlâl kararı var Türkiye aleyhine verilmiş. Türkiye, bunu bir şekilde yumuşatmak zorunda kaldı. Hem bu kararlar hem de Avrupa Birliği'ne uyum süreci dolayısıyla zaman içinde kaldırıldı bu madde; ama hemen yedekte bekleyen başka maddeler devreye girdi. O zamana kadar bu amaçla uygulanması hiç düşünülmemiş eski 312 ve eski 159 her şeye uygulanmaya başlandı. Eski 312 ve 159 yetmedi, bunların da sınırı zorlandı şimdi de 288'e sarılıyorlar. Ama 288, öngörüldüğü amaç için kullanılan bir düzenleme değil. 159 da öyleydi, 312 de öyleydi... Geçiş Sürecinde yeni 301 ve 216 birbirlerine alternatif olarak kullanılıyor. Şimdi Ceza Kanununda pek çok başka düzenleme bulunabilir. Bunlar devreden çıkarsa diğerleri devreye girecek. Şimdi yargının, bu konuda gerçekten hiç mi günahı yok? Yargı genellikle şöyle bir savunma yapar: "Biz önümüze gelen davaya bakarız, kanun hükmüne bakarız, kanunlar kötü ne yapalım." Bu kadar açık söyleyenler de var, dolaylı olarak söyleyenler var. Yani "bizim verdiğimiz kararlar kanunların otomatik sonucudur". Oysa Montesque şöyle demişti aslında: "Yargı bağımsız bir kuvvet, bağımsızdır; ama ayrı



bir erk değildir, yasamanın koyduğu normları telaffuz eden bir ağızdır.”.Fakat gerçeklik böyle değil. Yargının görevi kanunları uygulamaktır. Çünkü demokratik sistemde en üstün güç, yasama gücüdür. En meşru organ da odur. Yargı, demokratik meşruiyete sahip o normların hayata geçirilmesi sırasında karşılaşılan sıkıntıları, uyuşmazlıkları norma bağlı bir şekilde çözmek üzere oluşturulmuş bir organdır.

Şimdi Türkiye’de yargı organından gelen açıklamalara, mesela yargı yılı açılış konuşmalarına bakarsanız, mesela Türkiye eğer insan hakları dolayısıyla çok sık eleştiriye maruz kalıyorsa (içerde ve özellikle dışardan çok eleştiri varsa) yargı organı temsilcilerinin yaptığı savunma, “kanunlar böyle biz ne yapalım.” Oysa bu savunma pek çok olayda doğru değil. Geçerli de değil. Çünkü Anayasa normları ve insan haklarını içeren diğer normlar doğrudan doğruya uygulanabilir, teknik alanda nümerik normlar değildir. Yani ülkenin bayrağı ya da rengi şudur diyen anayasa normu belli, onu farklı yorumlayamazsınız zaten. Başkent Ankara’dır diyen anayasa normu da belli; yani onu da farklı yorumlama imkânınız yoktur. Ama herkes düşünce ve ifade özgürlüğüne sahiptir diyen bir norm ile bunun arasında dağlar kadar fark var, uçurumlar var. Aynı şekilde mesela Terörle Mücadele Kanununda, kamu düzenini bozacak şekilde, kamu düzenini tehlikeye atacak şekilde, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek. Buradaki kin, düşmanlık, halk, kamu düzenini bozmak hepsi ayrı ayrı yorum gerektiren kavramlardır ve bunların hepsinin yorumu da doğrudan doğruya yargıcın sorumluluğundadır. Yani hukuki ve etik sorumluluk bütünüyle yargıcındır. Norm burada açık bir sonuç öngörmüyor. Yargı otomat değildir. Siz normu veriyorsunuz öbür taraftan hazır basılı karar çıkıyor değil. Hele bu tartıştığımız konular söz konusu olduğunda hiç değildir... Bu nedenle yargıya büyük bir sorumluk düştüğünü görmek gerekiyor. Bu sorumluluk şimdi hukuki bir sorumluluktur. Sadece siyasi ve vicdani bir sorumluluk da değildir. Yine Anayasada 2005 yılında yapılan değişikliklerle, anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklik daha da açık hale getiriliyor. Oysa 90.madde hükmü olmasa bile hiç olmazsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taraf olan bir devletin o mahkemenin, o sistemin içtihat organı kararlarına uygun davranma yükümlülüğü var. Çünkü 1. madde açıkça “Yüksek sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanı





içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanır". Hiç tereddütsüz tanır, yani başka bir şey yok, bu sözleşmeye taraf olmuşsanız bunun gereklerini de 90. madde gibi bir hükme sahip olmasanız da yerine getirmek zorundasınız. Şimdi Türkiye'de verilen düşünce ve ifadeler için verilen mahkûmiyet kararlarına baktığımızda mesela 312 nasıl yorumlanıyordu? Sadece bir topluluğun varlığını iddia etmek, kimlikle ilgili bir tespitle bulunmak bile halkı kin ve düşmanlığa tahrik olarak yorumlanabiliyor. Ama sözleşmenin yasalar kapsamında bulunan çok sayıda ifade günlük hayatımızda her gün duyduğumuz ifadeler. Bundan infiale kapılmıyoruz. Bana göre infiale kapılsak bile birçoğu savunulmalı ama bir kısmı var ki, Avrupa İnsan Hakları içtihatlarına göre ırkçılık sayılıyor. Mesela Yunanistan aleyhine verdiği bir kararda yine çok açıkça "Bir topluluğu bulunduğu toprakların dışına sürmeyi öngören bir ifade açıklaması ırkçılıktır ve 10.madde kapsamında yer almaz." diyor. Bu ifade, 15 gün, 20 gün, 1 ay olsun Diyarbakır olayları sırasında ekonomi ile ilgili önemli bir sivil toplum kuruluşunun başkanının sözüydü: "Bunları Kuzey Irak'a sürmek lazım." dedi. Şimdi böyle bir ifade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ırkçılık oluyor. Onun dışında başka ifadeler de var. Bir dergi bir dönem bir kampanya başlatmıştı: "Kebaplarını yemeyin, çiğ köftesini yemeyin, hiçbir Kürtten alışveriş yapmayın" diye... Bu, çok açık bir biçimde halkı ikiye bölmektir. Yani "İbrahim Tatlıses dinlemeyin, Kürtlerden gelen hiçbir şeyi dinlemeyin." diye... Türk Solu Dergisi iki sayı üst üste yaptı bunu. Bir dava açıldığını hatırlamıyorum. Diyarbakır Barosu suç duyurusunda bulundu. Ama savcılık yetkisizlik kararı vererek Ankara'ya gönderdi, akıbetini bilmiyorum. Günlük hayatta 312'nin uygulanması gereken çok sayıda örnek var Türkiye'de; ama uygulandığı örnekler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında baktığımızda, içtihatlarla baktığımızda hep tersi, hep olmaması gereken nokta... Mesela "Ermeni dölü" bunu kim kullanırsa kullansın bir halkı aşağılamaktır ve 312. maddenin mutlak olarak kapsamına girer. 312, Avrupa'da bütün ülkelerde aşağı yukarı var. "Halklar arasında kin ve düşmanlığı tahrik etmek." halini engellemek amacıyla getirilmiş bir ifadedir. Almanya'da bir yetkilinin "Pis Türkler" diye bir söz kullanması halinde burada da Almanya'da da kıyametin kopmayacağını herhalde kimse düşünmez ama bizde bunlar çok kolay yapılabiliyor ve bunların hiç birine ilişkin bir



takibat da duymadım ben bugüne kadar. Yani bugüne kadar kaç tane suç duyurusu var? Kaldı ki, suç duyurusuna gerek yok. Çünkü 312 için ayrıca suç duyurusu gerekmiyor. Yani savcılık 216'nın uygulanması gereken bir durumu tespit ettiğinde kendisi harekete geçiyor pek çok olayda. Dolayısıyla eğer Türkiye; Avrupa birliği yolunda ilerlemek istiyorsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ön gördüğü sistemi içine sindirmek zorunda. Bu biraz araçsal bir bakış. Benim araçsal bir bakış diyebileceğim bir yaklaşım, bir hedefe ulaşmak için yapılması gereken şey. Başka yolu yok çünkü. Eğer Terörle Mücadele Kanunu tasarısının 6. maddesinde öngörülen yani 7.maddede yapılması öngörülen değişiklik tekrar gelirse "terör örgütünün ve amaçlarının propagandasını yapmak" diye bir hüküm geliyor. Buradan Terörle Mücadele Kanununun 1991'deki şekliyle eski sekizinci maddesini hatırlatıyor. Yöntem ve amaç ne olursa olsun her türlü düşünce açıklamasını ülkenin bölünmez bütünlüğüne yönelik her türlü düşünce açıklamasını yöntem ve amaç ne olursa olsun cezalandıran bir madde idi sekizinci madde ve çok büyük sıkıntılar yarattı. Şimdi yine bundan belki daha beter bir madde getirilmek isteniyor. Bütün bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidecek. Eğer yine aynı mahkûmiyet kararları verilirse Türkiye mahkûm olacak, paralar ödenecek ve kamuoyunda "Olsun biz cezayı verelim parasını da öderiz." diyen bir yaklaşım da var. Bu, muhtemelen bir süre sonra Avrupa Birliği müzakere sürecinde de sorun olacak. Fakat bütün bunlardan önce bana önemli gelen şey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin düşünce özgürlüğünün tarihsel anlamı, işlevi, demokrasi ile bağlantısı ve teknik olarak nasıl korunabileceği hususlarının mahkeme içinde değerlendirilmesidir. Yani Türkiye'de pek çok sorun aslında düşünceleri serbestçe ifade etme imkanının yokluğu ya da tahammülsüz siyasi zihniyet ve bunun karşılığında var olan toplumsal destektir. Bu böyle devam ettiği sürece Türkiye'de sorunlar bir kısır döngüye dönüşecektir. 1991'de bu kadar ağır bir madde getirildi terörü önlemek gerekçesiyle. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kısımlar dışında da o zamanki terörle mücadele yasası o kadar geniş yetkiler getiriyordu ki Anayasa Mahkemesi'ndeki pek çok kimse dahi dehşete düştü böyle bir kanun karşısında; ama birkaç hükmü dışında hepsi uygulandı. Eğer terörü bu şekilde önlemek mümkün idiyse (yani düşünceyi yasaklayarak, tartışmayı engelleyerek ve silah kullanma yetkisini neredeyse sınırsız hale getirerek



veya kamu görevlilerinin terörle mücadelede her türlü imtiyazdan yararlanmasını öngörerek; hukuk devletinden ve demokrasiden saparak) neden olmadı? Yani neden 1991 den 2006'ya kadar yine aynı noktadayız? Yine 1995'te de aynı şeyi sormak lazım. 1992-97 arasındaki Terörle Mücadele Yasası da hiç birinde hiçbir şeyde uygulanmadı, tam tersine daha ötesi uygulandı; hukukun olmadığı bir dönem yaşandı. Türkiye bunun bedelini ödemeye devam ediyor. Şimdi bütün bunları acaba gerçekten düşünceyi yasaklayarak hukuk devleti demokrasi ilkelerinden saparak önlemek mümkün mü, yoksa asıl bunlar mı çözüm, denenmeyen bir bu mu kaldı, asıl bu denenince mi sorun çözülür? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının her birinde bu tartışma yapılıyor. Düşünce özgürlüğünün neden bu sistem içinde korunduğuna dair gerekçelere bakıldığında; açıkça bunun demokrasinin yaşaması ve korunması için, demokraside sorunların şiddetsiz çözümünün en iyi aracı olduğu için yapıldığı sonucuna varılıyor.

Sayın başkana 60 ya da 65 dakika konuşacağımı söylemiştim. Tam 65 dakikada kesiyorum. Büyük bir sabır gösterdiniz teşekkür ederim. Kural neydi sayın Başkan? Üç, dört soru alacağız. Evet, buyurun ...

**KATILIMCI** : Mahir Karaboğa Çankaya Hukuk Fakültesi. Düşünce ve ifade özgürlüğü maddesi göz önünde tutularak hukuk güvenliği mi yoksa ifade özgürlüğü mü korunacak? Örneğin en son Hazreti Peygamberin karikatürü hususunda hukuk ifade özgürlüğünü mü koruyacaktır yoksa güvenliği mi? İkinci bir sorum da: Anayasamıza baktığımız zaman altmıştan fazla özgürlüğün bulunduğunu görürüz; ama hâlâ sizin de az önce belirttiğiniz gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ifade özgürlüğünün kullanılmasından dolayı bir sürü dava gitmektedir. Bu durumda Anayasa'daki bazı maddelerin yeniden düzenlenmesi mi gerekiyor yoksa bir zihniyet değişiminin olması mı gerekiyor? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Hemen cevap vereyim tabi, bu karikatür meselesi sizin ortaya koymuş olduğunuz biçimde değerlendirilirse yanlış olur. Başka açılardan tartışmak gerekiyor. Ama burada güvenliği korumak adına önceden özgürlüğü sınırlamaya yönelik



bir yaklaşım doğru değil. Yani böyle bir sorun, böyle bir kriz çıkmadan bütün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, daha doğrusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dâhil her yerde "Bu tür karikatürlerin yayınlanması ifade özgürlüğünün kapsamı dışında kalacaktır." gibi bir hüküm koyarak bunu sağlayamazsınız; yani güvenliği böyle kuramazsınız. Eğer sıfır riskle güvenliği sağlamaya kalkarsanız bunu en iyi yapanlar totaliter sistemlerdir. Onlar da nasıl bir güvenlik anlayışı ile hareket ederler, nasıl bir güvenlik anlayışı üzerinde otururlar ayrı bir tartışma konusu. Şimdi bu son olayda elbette tartışılacak konular var. Yani bir topluluğa doğrudan doğruya hakaret anlamına gelen ifadelerin bir sınırı olmayacak mıdır? diye sorabilirsiniz. Batıda bu konu tartışıldığı zaman sağduyunun, aklın ortadan kalktığı bir dönem yaşandı. Çok sayıda İsa'yı konu alan film yapıldı biliyorsunuz. Buralarda da pek çok şey yapılır. Günlük dilde bile bir sürü tahrik sözcüğü vardır Yahudiliğe yönelik, Hıristiyanlığa yönelik... Bunların günlük kültürün içinde bu kadar yer aldığı bir toplulukta bunu bahane ederek böyle bir tepkiyi ortaya koymayı anlayışla karşılayamıyorum. Yani ifade özgürlüğüne karşı böyle bir tepkinin çok samimi bir tepki olduğu konusunda çok ciddi şüphelerim var. Kaldı ki, Danimarka'da bunu o dönemde sağcı partiler tahrik ettiler doğru. Onların da belli bir hedefi var. Aslında burada tahrik unsuru varsa yargı organları devreye girebilir. Zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sisteminde de bu böyledir. Somut tehlike olmuşsa yargı bakar, "Bu, topluluğu kışkırtmak anlamına gelir, şiddete teşvik, kamu düzenini bozacak bir şekilde aşağılamak anlamına gelir." diyebilir bir mahkeme. Karar verebilir ama mesela bu dediğim filmler ve tartışmalarda, pek çok karikatürde İsa konu edilir. İsa, bir eşcinsel olarak gösterildi bir filmde; başka şeyler de yapıldı bütün bunları biliyoruz. Yani onların özel olarak Müslümanları tahrik etmek gibi bir amaçla yapıldığını düşünmüyorum. Bu, önceden önlenecek; ön görülecek bir şey değil, o anda ortaya çıktı. Yasaklama yoluna gitmenin de doğurabileceği sonuçlar, sıkıntılar çok fazla. Eğer böyle yaparsanız her tepki gösteren grubun tepkilerini dikkate alarak ifadeleri sınırlamaya kalkarsanız o zaman bu ifade özgürlüğü sisteminden geriye bir şey kalmaz. Güvenliği acaba asker ve polis tedbirleriyle mi, yasak ve baskıyla mı sağlarız, yoksa özgürlükle mi sağlarız esas olarak.



Kuşkusuz modern toplumların hiç biri, güvenlik için belli bir şiddet aygıtı; bunun örgütlenmesi olmadan ayakta duramaz. Şiddet eylemlerine karşı, tahrike karşı, fikirlere karşı bile harekete geçme konusunda meşru bir yetkisi vardır; ama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şiddeti düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirmemesinin nedeni de demokrasiyi kökten reddeden bir yöntem olmasıdır. Çünkü demokrasi söz ve diyalog üzerine kuruludur. Şiddet, sözün ve diyalogun olmadığı bir ortam yaratır. O nedenle demokrasiyi korumak için şiddete tahrik anlamına gelecek bütün ifadelerin de cezalandırılması meşrudur sözleşme kapsamında. Bu çerçeveden bakmak lazım. Diğer soruya fazla bir şey söylemeye gerek yok. Türkiye'de Anayasayı değiştirerek bir sürü şey yapabilirsiniz ama Anayasada da yeterince değişiklik yapıldı. Yani yeterince değilse de epeyce değişiklik yapıldı. Yeni bir anayasa da yapılabilir fark etmez yine bu ifadeler konacaktır. Bugün içtihatlar bana göre 5 yıl öncesine göre daha geridir. 5 yıl öncesinde Anayasa daha geriydi, kanunlar daha geriydi 159 defalarca değiştirildi, 312 defalarca değiştirildi; ama uygulama 5 yıl öncekine göre daha iyiye gitmek bir yana aynı bile kalmadı; daha da kötüye gitti. Demek ki, başka bir sorun var. Yani sadece kanunlar sadece normlar hayatı değiştirmez. Buyurun,

**KATILIMCI** : Bazı kararlarla ilgili olarak (tabii Türkiye'den yapılan başvurularla ilgili olarak söylüyorum.) konjektürel olduğu ya da siyasi nitelikli olduğu yönünde değerlendirmeler var. Sizin bu konudaki görüşünüz.

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Bu tartışmalar hep yapılır aslında şöyle diyelim: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile genel olarak bütün yargı organları konjonktürden belli ölçüde etkilenir. Elbette bazı konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi siyasi hesaplara göre davranıyor. Mesela Türkiye lehine böyle davrandığı olaylar var. Türkiye Devleti aleyhine örnek vermek çok zor. Çünkü örnek gösterilen olaylar sadece Türkiye ile ilgili değil. Kıbrıs konusunda, mülkiyet konusunda Türkiye'yi kollayan bir politikayı sistemi zorlaya zorlaya 10 yıldır uyguluyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; ama bütün amaç



kilitlenmeyi önlemektir. Şimdi Loizidu Davasından sonra bekleyen binlerce dava var. Hepsini aslında çok tartışmalı bir içtihatla yönlendirdiler. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde kurulan mal tazmin komisyonlarını Kıbrıs'ın değil; Türkiye'nin iç hukuk yolu olarak değerlendirdi. Böyle bir karar Türkiye'yi kollayan bir karardır, siyasi bir karardır. Siyasi bir karardır; ama galiba bir mahkeme eğer siyasi davranacaksa bunun da hukuk içinde bir yöntemi var. Eğer diğer yöntemlerde tıkanıyorsanız bu yeni bir şey değil 40-50 yıldır teorisi olan bir yorum yöntemidir. Buna "Sonuç yönelimli yorum tekniği" diyorlar. Diğer bütün yöntemlerde tıkanıyorsanız, sorunu çözemiyorsanız, vereceğiniz karar boşlukta kalacaksa yani hiçbir fonksiyonu olmayacaksa sonuçları hesaba katmanız gayri meşru değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kıbrıs'la ilgili kararlarında bu yöntemle karar verdiğini söyleyebiliriz. Diğer olaylara baktığımızda konjonktüre göre hareket ediyor olabilir, etkilenebilir yargıçlar da etkilenebilir. Ama bana göre olayların pek çoğunda bazı kararlar eleştirilebilir. Almanya, Anayasa Mahkemesinden sonra hukuk yöntemi ve tekniği konusunda bana göre en gelişmiş ve en samimi organdır bana göre. Bunu yapan bir de Alman Anayasa Mahkemesi var. Yani Türkçe'ye çevirirseniz bir Alman Anayasa Mahkemesi kararını mutlaka arkasına kocaman bir sözlük eklemeniz lazım. Bu neye gönderme yapar? Çünkü şu yorum teorisine göre şöyle falan diye tartışıyor. Alman Anayasa Mahkemesinin taraflı davrandığı da oldu. 1970'lerde olağan üstü hal kanunları vardı, olağanüstü hal ilan edilmişti bu kanunların anayasaya aykırılığı iddia edildi. Bunu reddetti. Bu sistem, aslında Alman Anayasasına aykırıydı. Bunu da herkes biliyordu daha da kötüsü bu olağanüstü hali aşmak için sosyal demokratların liberallerle yaptığı koalisyonun öngördüğü bir yüksek öğrenim reformu vardı. Öğrenci hareketinin temel hedeflerinden biriydi 68'den önce. Bu reformu Sosyal Demokrat parti yaptı ve Anayasa Mahkemesi iptal etti, kıyamet koptu. Bugüne kadar da sağın seçimlerle yapamadığını Anayasa Mahkemesine yaptırdılar diye itham edildi. Yapılmıyor değil yapılıyor; ama genel olarak bakmak gerekiyor. Gerçekten tek tek kararları oturup değerlendirmek gerekiyor. Bazılarında gerçekten kendi kararlarında daha önce kullandıkları



mantıkla uyuşmayan değerlendirmeler var ama bana göre genel olarak tutarlı. Galiba son soru olacak.

**KATILIMCI** : Avukat Hatice Taştan. Benim iki noktada takıntım oldu. Şöyle ki, bizde devletin soykırım yaptığını söylemek suç; fakat İsviçre'de de "soykırım yapılmadı" demek suç. Şimdi bu bir çelişki değil mi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düşüncesinde? Dedik ki, devletin soykırım yaptığını söylemek suç peki; bu, bizzat bu devletin soykırım yapmadığını söylemenin suç sayıldığı bir yasayı çıkarması bir çelişki değil mi?

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Evet, beklediğim bir soruydu. Şöyle diyelim; ikiye ayıralım. Avrupa'da İkinci Dünya Savaşından sonra bazı ülkelerde özellikle Almanya'da "Soykırım yapılmadı" diye bir ifadeyi suç sayan değil daha özel bir düzenleme var. Yahudilere soykırım yapılmadığını iddia etmek suç. Yani İkinci Dünya Savaşındaki soykırımı inkar etmek, "Holokaüstü inkar suçu" olarak veriliyor. Yani bunu kabul edip etmemekten bağımsız olarak anlayabilirim. Böyle bir suç olur mu olmaz mı. Bu, Avrupa'nın o dönemini ve genel olarak Avrupa'yı içerden okumakla anlaşılacak bir şey. Gene sonuç olarak katılmayabilirsiniz ama bu suçun temelinde yatan fikir doğrudan doğruya bir ifadeyi cezalandırmak değil, bu kadar büyük acıya maruz kalmış bir topluluğa hakaret anlamına, aşağılama, incitme anlamına gelecek bir şeyi yasaklamaktır. Çünkü Avrupa Yahudi soykırımından bir bütün olarak sorumlu. Sadece Naziler değil ve şimdi böyle bir şey bu kadar böyle bir soykırımın örneği çapı, yöntemi tarihte görülmemiş, görülmesi de çok zor. Zaten "Holokaustu inkar suçu" Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonuna kadar da gitti. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, bunu insan haklarına, düşünce özgürlüğüne aykırı bulmadı. Pek çok insan da "holokaustu inkar suçu"nu bu çerçevede değerlendirdi.

**KATILIMCI** : Yani bir çeşit günah çıkarma diyebilir miyiz?

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Ne dersiniz deyin olabilir ama ben bu günah çıkarmada niyetten bağımsız olarak bir de nesnel etkisine



bakmak isterim. Bu da tartışılabilir. Bana göre çok tutarlı bir düzenleme değil; kaldı ki her şeyi işlevselliği ile değerlendirmek doğru değil, ama işlevsel de değil. Yani Nazilerin uyguladığı çapta bir soykırım, bu kadar bilinen, bu kadar belgelenmiş, insanlık vicdanında bu kadar mahkum edilen bir soykırımın olmadığını iddia eden bir siyasi hareket ortaya çıksın, konuşsun gerçekten bunun kendisini kamuoyuna dürüstlükle sunmasını isterim. Benim demokratik anlayışım budur. Bu, bir de tehlikeyi görmek açısından önemli. Eğer bu parti bir toplumda %20'ye kadar oy çıkarabilirse, işte o zaman tehlike çanları çalıyor demektir. Yani düşünce özgürlüğünün bir de böyle bir tarafı var hani bir endikatör (gösterge) tarafı var. Diğeri ise bana çok sorunlu geliyor. Soykırımı inkar suçu genel olarak pek çok ülkeye uyarlandığında çok ciddi sorunlar çıkar. Ben bunun yasalarla halledilecek bir sorun olduğunu düşünmüyorum . Yani; Fransa'nın böyle bir kanun çıkarmasında çok samimi olduğunu da düşünmüyorum. Böyle bir düzenlemeye karşı hükümet yetkililerinin, resmi temsilcilerin sanki Türkiye düşünce özgürlüğü konusunda dünyanın en büyük hamisiymiş gibi, şampiyonuymuş gibi Fransa'yı düşünce özgürlüğünden vurmaya çalışmalarını da anlamıyorum. Böyle bir hükmün Fransa'da da uygulanması kolay değil orda da ciddi tepkiler doğurur zaten. Şimdi bile bir tartışma var zaten; Hürriyet manşetlere çıkarıyor. Yanlış da değil; şu kadarını söyleyeyim oralarda o tarihçiler mesela "soykırım olmamıştır." demiyor. Görüşlerini bildiğim kaç tane isim yazılarında, kitaplarında açıkça "ermenî soykırımı" diyor . Onların derdi: " ben soykırım diyebileyim"; ama "soykırım yoktur" diyen de desin, tartışsın.

**KATILIMCI** : Benim sormak istediğim başka bir şey var. Biraz önce dediniz ki, 10.madde bağlamında ayrılmayı talep etme hakkı da 10. maddeye uygun,

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Ama şartları da var yani hangi şartlar altında söylendiği önemli. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları açısından genelleme yapmak çok riskli. Bir defa bu sözleşmeyle haşır neşir olan herkesin bunu kesin bilmesi gerekiyor.





Ayrılığı savunma diye bir hakkı tanımıyor. Şu şartlarda şu etki potansiyeline sahip bir ifade kullanıldığında bunun siyasi partilerin kapatılması için gerekçe olarak kullanılmasını sözleşmeye aykırı buluyor.

**KATILIMCI** : Ama bir de esas önemli olan nokta var; biz Gümrük Birliğine girerken bunu davulla zurnayla kutlamıştık. Şimdi Avrupa Birliğine de girme öncesinde Avrupa Birliği rüzgarına kapılmışken göz ardı ettiğimiz çok önemli bir temel var, "Ulusal Birlik". Bu, "ayrılmayı talep etme hakkı"yla ulusal birlik örtüşüyor mu sizce? Bence tam bir çelişki var.

**Prof. Dr. Mithat SANCAR** : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çok açık bir ifadesi var; "bunun suç olmadığını söylemek, buna katılmak anlamına gelmez". Bu birkaç kararında var; yani bu fikri onaylıyorum demek değildir bu. Bu fikrin hukuk korumasından yararlanması gerektiğini söylemesi, mahkemenin o fikrin içeriğine katıldığı, onayladığı anlamına gelmez. Aynı şey burada da geçerli yani ben Rotha Cowsteringer suçu da biraz sorunlu dediğimde benim net bir fikrim var, pek çok konuda da kendi fikirlerim var, sorun o değil ki... "Serbest kalsın" dediğimiz fikri; bu fikri onayladığımız anlamına gelecek şekilde yorumlamak, çok tehlikeli bir muhakemedir.

Evet, son olarak siz, çok ısrar ettiniz, buyurun,

**KATILIMCI** : Dinleyicilerin de sabrını çok fazla tüketmeden, çok kısa olarak özetlemeye çalışayım; Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerle ilgili verdiği karardan bahsettiniz. Anayasamızın sert bir anayasa olduğu malum; hem içerik açısından hem de biçimsel açıdan sert bir anayasa. Eğer siyasi partilerin bu tür sert bir anayasanın niteliklerine kuruluş sözleşmelerinde yer vermemeleri hoş karşılanırsa ve bu durum sözleşmenin 10. maddesine uygun bulunursa o zaman sert anayasa- yumuşak anayasa ya da asli kurucu iktidar- tâli kurucu iktidar gibi kavramlar Anayasa hukuku literatüründen çıkarılmalı mı? Devleti canlı bir organizma gibi düşünürsek; hiçbir organizma kendi varlığını tehlikeye atacak bir düzenlemeye müsaade eder mi? Bunu önleyici bir meşru müdafaa olarak kabul etmek gerekir mi?



**Prof. Dr. Mithat SANCAR :** Önleyici meşru müdafanın en iyi örneğini bu kavramı kullanan pek çok çevrenin en çok suçladığı ülke ve doktrin kullanıyor: "Amerika". Önleyici meşru müdafanın insanlığa neye mâl olduğunu görmek için hiç başka bir şeye bakmaya gerek yok, önleyici meşru müdafaa, şüphelendiğiniz insanı vurmaya da gidebilir. Önleyici meşru müdafanın teorisyenleri arasında, adını böyle koymasa da Nazi döneminin en önemli teorisyenlerinden biri, Carl Schmitt de vardır. İnsanlığın bu teorilerden ne çektiği 1945'de ortaya çıktı. Önleyici meşru müdafaa çok tehlikeli bir kavramdır. Bütün hukuk düzeninde hiçbir sağlam ayak bırakmamak demektir. Amerika bunu yapıyor; bunu açıkça ilan etti; önleyici meşru müdafaa, kendi ulusal güvenlik doktrininde var, belgesinde var. İran'a da silah üretmeden önce, "üretirse beni vuracak, o zaman ben şimdiden vurayım" temellendirmesi neticesinde saldırdı. Devletlerin kendilerini şiddete karşı koruma hakları var. Zaten bu farklılık da orada doğuyor, neye karşı? Fikirlere karşı mı yoksa fiillere karşı mı? Fiillere karşı dediğimizde de elbette şiddet fiilleriyle bağlantılı olan fikirlere karşı da (doğrudan doğruya şiddeti tahrik, teşvik, şiddete çağrı niteliği taşıyan fikirlere karşı) korurlar kendilerini. Burada korudukları kendileri değil, demokrasidir. Bir de bir ayırım yapmak gerekiyor: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası sert anayasa, haklısınız. Hani kurucu iktidar devreden çıkıyor mu tartışması yapılabilir, anayasalar artık içtihatlarla şekil değiştireceklerse, kurucu iktidar nerede kalır sorusu tartışılabilir, ancak bir şeye dikkat etmek lazım; burada anayasanın koruduğu devlet kendi başına devlet değil, 2. maddede nitelikleri sayılmış olan devlettir. Ne var bunun içinde? Demokrasi var, hukuk devleti var, sosyal devlet var, peki bunlar nitelik değil mi? Başlı başına devleti koruma, faşist doktrinin açık ifadesidir; bununla Mussolini'nin faşist doktrinini kast ediyorum. Herhangi bir sıfattan yoksun, tek başına devlet, yüce bir değerdir; ama demokratik sistemlerde tek başına "devletin kendi varlığını koruması" diye bir kavram yok. Devletin kendini anayasada sayılan nitelikleriyle birlikte koruması gerekiyor yani demokrasiyi atıp, "ben devleti koruyorum" diyerek bir şey yaptığınızda aslında anayasayı iptal etmiş oluyorsunuz. Bu niteliklerden bağımsız bir devlet yok. Anayasa



hukukunda pek çok yorum yöntemi vardır. Mesela "ülkenin bölünmez bütünlüğünü" nasıl yorumlarsınız? Ben bunu fiziksel bir bütünlük olarak yorumlarım ama Anayasa Mahkemesi, "tek millet, tek dil, tek bayrak" olarak yorumlamış; farklı bir etnik topluluğunun varlığını iddia etmeyi, onların haklarından söz etmeyi, bölünmez bütünlüğe aykırı görmüştür. Oysa bu kavram pekâla ve hatta çok mantıklı olarak fiziksel bölünmezlik olarak anlaşılır. Ülkenin topraklarından bir bölümünü ayırma hedefi olarak... Federasyon bölünme midir? Niye bölünme olsun? Federasyon bugün üniter devlet şekillerinin örgütlenme şekillerinden biridir yani bugün Almanya'da farklı uygulanıyor, İsviçre'de farklı uygulanıyor, Amerika Birleşik Devletlerinde farklı uygulanıyor yani Anayasa Mahkemesi, federasyon talebini, bölünmez bütünlüğe aykırı görmek zorunda değil. Hatta kelimelerin anlamından hareketle yapılacak bir yorum ile tersi sonuca bile varabilir, varmalıdır da bana göre. Yani; bana göre federasyonlar demokrasiye aykırı değil; yine federasyon bir ülkenin bölünmez bütünlüğünü ıslah eden bir şey de değil. Ben federasyonu istemem, siz istersiniz, o istemez ayrı; ama bu fikir bu şekilde savunulduğunda bölünmez bütünlüğe aykırı görünmek zorunda değil, böyle bir otomatik sonuç çıkmaz bundan. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi aslında Anayasa'nın çok daha ötesine giden bir sınırlayıcı yaklaşımla karar verdi bu olayda. Galiba bu sondu. Teşekkürler.





**ANKARA  
BAROSU**

**İNSAN  
HAKLARI  
MERKEZİ**

# III. İNSAN HAKLARI EĞİTİM PROGRAMI

Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi tarafından planlanan III. İnsan Hakları Eğitim Programı 14 Nisan - 26 Mayıs tarihleri arasında uygulamaya konulacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında tartışılacağı bu eğitim programıyla, daha önce düzenlenen I ve II. İnsan Hakları Eğitimi Programı bütünlüğüne ve hukukçuların insan hakları mücadelesinin teknik boyutu ve ulusal/ulusalüstü hukuki süreçleriyle ilgili bilgileri zenginleşmiş olacaktır.

Değerli hukukçuların yürüteceği bu programı izleyenlere "Katılım Belgesi" verilecektir.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KONFERANSLAR

**14 Nisan 2006**

**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (M. 8)**

**Av. Güney Dinç  
İzmir Barosu**

**21 Nisan 2006**

**Adil Yargılanma Hakkı (M. 6)**

**Rıza Türmen  
AİHM Yargıçs**

**28 Nisan 2006**

**İşkence Yasası (M. 3)**

**Prof. Dr. Semih Gemalmaz  
İstanbul Üniversitesi**

**12 Mayıs 2006**

**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü-İfade Özgürlüğü (M. 9-10)**

**Doç. Dr. Mithat Sancar  
Ankara Üniversitesi**

**26 Mayıs 2006**

**Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (M. 5)**

**Prof. Dr. Köksal Bayraktar  
Galatasaray Üniversitesi**

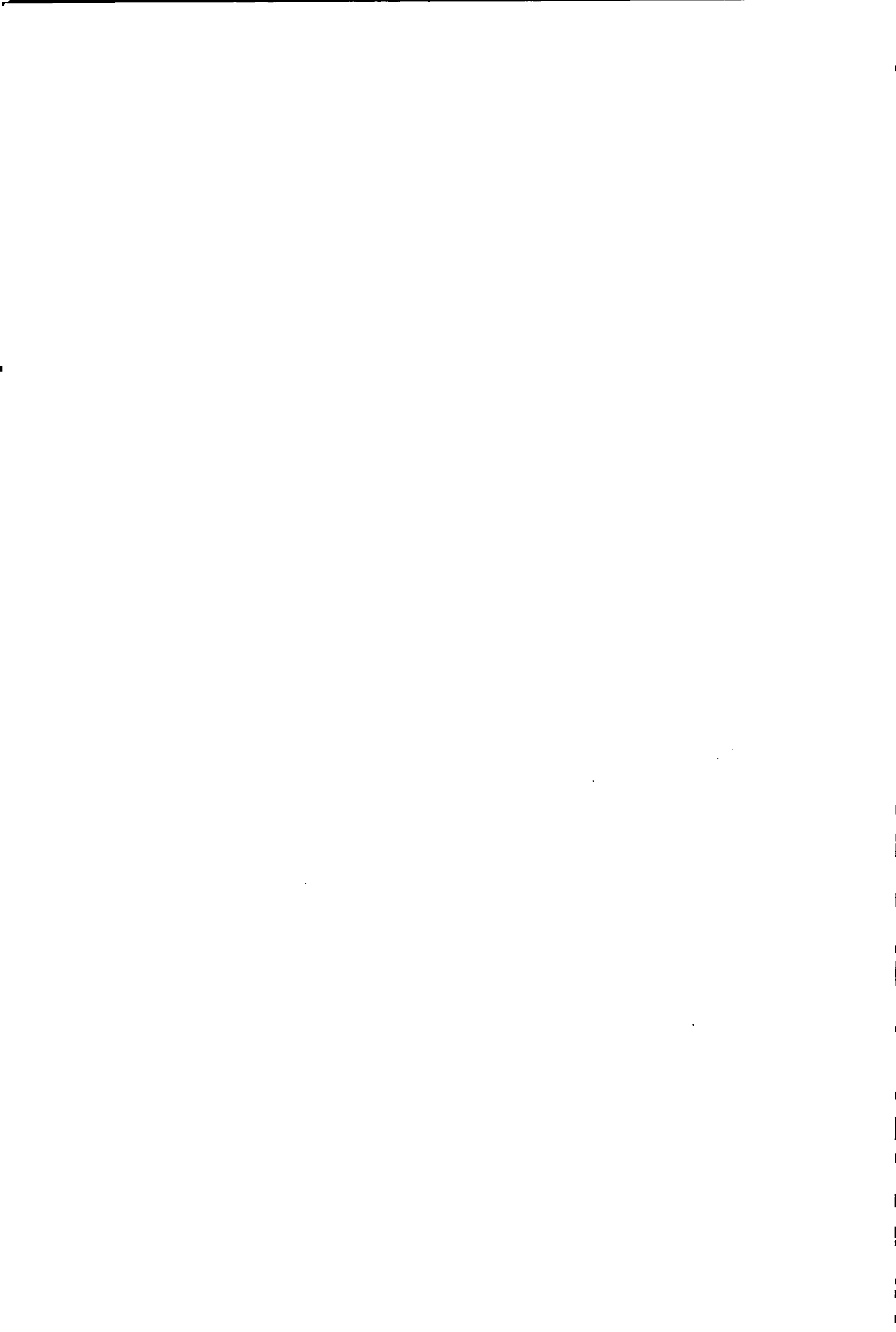


**Tüm Program için  
Saat: 16.00 - 16.40  
(çay arası)  
16.50 - 17.30**



**Program için Başvuru Formları  
ABİHM'den (Necatibey Cad. No: 51 Kat: 7)  
ve  
Baro kaleminden temin edilebilir**

**Yer : Ankara Barosu Eğitim Merkezi (İhlamur Sokak No: 1 Yenışehir/ANKARA)  
Katılım Belgesi Kokteyli: 26 Mayıs 2006, Saat: 18.00**





ankarabarusu

**İNSAN HAKLARI HUKUKU**

araştırma uygulama  
danışma<sup>ve</sup> merkezi

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ  
KARARLARI IŞIĞINDA**

**"ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI"**

**KONUŞMACI**

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**  
Galatasaray Üniversitesi

**26 Mayıs 2006**





---

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA "ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI"

---

**SUNUCU** : Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi'nce düzenlenen III. İnsan Hakları Eğitimi Programının son konferansına hoşgeldiniz. Bugünkü konuğumuz, Profesör Doktor Köksal Bayraktar. Konumuz "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı". Değerli Hocamızı kürsüye davet ediyorum.

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : Hepinizi saygı ve sevgi ile selamlarım. Bu konuyu, aziz dostum, Erdal Merdol benden rica edince severek kabul ettim; bugün de karşınızdayım. Ben insan hakları uzmanı değilim, bunu belirtmek isterim, ben sadece ceza hukukçusuyum, onun için, konuşmamda yer yer insan hakları ayrıntıları eksik olabilir, ama elimden geldiğince size bazı şeyleri açıklamak istiyorum. Bugünkü konuşmada izlenecek yöntem şöyle olacak: önce doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne girmeden "kişi güvenliği, kişi



özgürlüğü nedir", soruları giriş bölümünü oluşturacak, sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konumuzla ilgili, ünlü 5. maddesinin içeriği açıklanacaktır. Daha sonra 1982 Anayasası'nın 19. maddesi ve 38. madde ile AIHS'nin 5. maddesinin genel bir karşılaştırması yapılacaktır. Nihayet Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "yakalama, tutuklama" ve bir parça da "adli kontrol" ile ilgili bölümlerine çok genel hatları ile değinilecektir. Bu açıklamalar sırasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Mahkemesinden bazı örnek olayları da örnek olarak belirtilecektir.

Bildiğiniz gibi "kişi güvenliği" son derece önemli bir kavram, insanın serbestçe ve korkusuzca yaşayabilmesini ifade ediyor... Toplum içerisinde yaşayan bireyin tutuklanma, yakalanma endişesi taşımaksızın hayatını sürdürebilme olanağını belirtiyor kişi güvenliği. Diğer özgürlük nitelermelerinde yer almayan bir hususun burada açıklandığını görüyoruz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği"ni birlikte ele alıyor.....Bildiğiniz gibi bu kavram aslında 17. yüzyılda ortaya çıkmıştır ve bunun anavatanı İngiltere'dir. Nasıl demokrasi denilince akla "Magna Cartum Libertatum" gelirse, aynı şekilde kişi güvenliği denilince de 1679 tarihli "Habeas Corpus Act" hatırlanmaktadır. Bu tarihte İngiltere'de II. Charles, bu Act'ın ikinci bölümünün beş ve altıncı paragraflarında, aynen şunları söylemişti : ".....ve tutukluyu ya da gözaltında bulundurulmuş kişiyi bizzat Lord Kansleri'ni, Lord mührünü taşıyan kişinin önüne ya da sözü edilen celp emrinin verildiği mahkemenin yargıçlarının ya da baronlarının ya da celp emrinde belirtilen kişi ya da kişilerin önüne çıkaracaklar ya da çıkmalarını sağlayacaklardır. Ve eğer sözü edilen durumdaki kişilerin tutuklanmaları böyle bir mahkemenin ya da bir yetkili kişinin ikâmet ettiği ya da edeceği yerden ya da yerlerden 20 mil uzakta ise tutuklamanın gerçek nedenleri de hiç vakit kaybetmeden tasdik ettirilecektir". Bu basit belirlemelerde açıkça şu husus ortaya konulmaktadır : "Hiç kimse bir kere celp emri olmaksızın tutuklanmayacak, yakalanmayacak ve celp emri varsa, hakim de uzakta ise, hiç vakit kaybetmeksizin yakalamanın ya da tutuklamanın gerçek



nedenlerini hemen ilgiliye bildireceklerdir". Bir süre sonra Petition of Rights'ı görüyoruz, orada da gene hatalı tutuklamanın ya da yanlış tutuklamanın olmayacağını Kral tebaasına vaat ediyordu. Daha sonra Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 7., 8. ve 9. maddelerinde kişi güvenliği ile ilgili ayrıntılı kurallar bulunmakta idi. Aynı durum 1793 Bildirisi'nde de yer almıştı ve gene kişi güvenliği, tutuklama ve yakalama ile bağlantılı olarak ifade edilmişti.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde bu kavramı belirleyen ilk metnin Gülhane Hattı Hümayunu olduğu söylenir, ama bugün, bizim anladığımız anlamda, kişi güvenliği, Gülhane Hattı Hümayunu'nda yer almaz. Bunda, Padişah, tebaasının can ve mal güvenliğini teminat altına almaktadır ve kendisini de sorumlu tutmaktadır, ama hiç kimsenin lüzumsuz yere hapsedilmesi ya da tutuklanması yönünde önleyici bir güvenceyi ileri sürmemektedir. Gülhane Hattı Hümayunu'nda biz, bunun zımnen, belirsiz bir biçimde ortaya konulduğunu görüyoruz, ama başka bir şey görmüyoruz. Buna karşılık bildiğiniz gibi pek çok şeyin ilk olarak gerçekleştirildiği Cumhuriyetin ilk yıllarında 1924 Anayasası'nın 72. maddesinde kişi güvenliğini açıkça görüyoruz. Bakın, "kanunun muayyen olan ahval ve eşkalden başka bir suretle hiç kimse derdest ve tevkif edilemez" 1924 Anayasası'nda. 1961 Türk Anayasası'nın 30. maddesinde de biz, kişi güvenliğinin ortaya konulduğunu ve Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda yer alan tutuklama ile ilgili sürelerin Anayasa'nın içerisine getirildiğini görüyoruz. Burada, özellikle "24 saat içerisinde yargıç önüne getirilme" kuralının ilk defa 1961 Anayasası'nda yer aldığı görüyoruz. Ne var ki, 1971'de 24 saatlik sürenin 48 saate çıkarıldığını ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin, görevine giren suçlarda da 15 güne çıkarıldığını görebiliyoruz.

Peki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne var? Müsaade ederseniz Sözleşme'nin 5. maddesini ana hatları ile belirtmek istiyorum; özellikle genç kuşaklar için şunu söylemek istiyorum ki, kişi güvenliği yalnız sebepsiz tutuklanma ya da sebepsiz yakalanma değildir. Kişi güvenliği içerisinde başka haller de var. Dolayısıyla bütün bunları



bilmek bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hayli uzun olan, beş ayrı fıkradan meydana gelen 5. maddesini genel hatlarıyla belirlemede, yarar olduğunu düşünüyorum. Öncelikle madde diyor ki, "herkesin özgürlük ve güvenlik hakkı vardır". Biraz önce söylediğim gibi kişi güvenliği ile kişinin özgürlüğü birbirinden ayrılmaz iki nokta. Bu diğer özgürlük çeşitlerinde böylesine belirgin biçimde belirtilmemiştir.....Kişi güvenliği, özgürlükle beraber dikkate alınmaktadır. Gene Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi diyor ki, "aşağıda belirtilen haller dışında kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz". Böylece özgürlükten yoksun bırakılmamanın bir çeşit özgürlük ve güvenlik olduğunu kolayca anlayabiliyoruz. Bu haller altı bölüm içerisinde yer alıyor, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında altı ayrı bent görüyoruz. Bu bentler ayrı ayrı, özgürlüklerin yoksun kılınma sebeplerini ortaya koyuyor. Bunlardan birincisi şu ; "yetkili mahkeme tarafından mahkûmiyetten sonra usulüne uygun olarak hapsedilme" yani bunun karşı anlamı hiç kimse usulüne uygun olarak mahkûmiyet kararı verilmeksizin hapsedilemez. Bu bir özgürlük ve bu güvenliğin ifade biçimidir.

İkinci hal, mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilmiş ve yasanın koymuş olduğu şartlara uygun olarak hükmedilmiş "tutulma"yı öngörmektedir. Sözleşme'nin 1. fıkrasının 2. bendinde, "ancak kişi güvenliği usulüne uygun ve kanundaki şartlara riayet edilerek verilmiş tutuklama kararının varlığını gerekli kılar". Bunun dışındaki tutuklama ve yakalama halleri kişi güvenliğine aykırıdır. Bu yakalama ile ilgili: "suç işlendiği hususunda geçerli ve akla uygun nedenlerin bulunması halinde bir kişinin yakalanmasında kişi güvenliğinin ihlâlinden söz edilemez". Dolayısıyla suç şüphesi olmaksızın, bir kimsenin yakalanması ve kolluk tarafından karakola götürülmesi, daha sonra gözaltına alınması kişi güvenliğini zedeleyici bir durum olarak ortaya çıkıyor.

Nihayet, size ilginç gelebilecek noktalara geliyorum: Bir küçüğün, eğitimi ya da yetkili bir mercii önüne çıkarılmasını gerektiren bir karar nedeniyle, "tutulması halleri" kişi güvenliğinin ihlâli anlamını taşımamaktadır, yani bu çocuğun eğitimini sağlayabilmek için idari bir



tedbirle, hürriyetinden yoksun kılınması durumunda kişi güvenliğinin ihlâlinden söz edilemez. Benzer bir durum, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek veya akıl hastasını, alkol tutkununu veya uyuşturucu madde bağımlısını tedavi veya evsiz, barksız kişinin belirli bir süre gözetim altında tutulmasını sağlayabilmek için usulüne uygun idari bir tedbirin alınması ve bu kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması kişi güvenliğini zedeleyici olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla tıpkı, tutuklama, yakalama gibi, küçük çocukların, akıl hastalarının ve bulaşıcı hastalığa yakalanmış kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması kişi güvenliğini ihlâl etmez. Nihayet, bir kişinin usule aykırı olarak bir ülkeye girmesi ya da sınır dışı edilmesi veya geri verilmesi durumlarında tutulması da kişi güvenliği içinde ele alınmaktadır. Dolayısıyla kişi güvenliği kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaması olarak kabul edildiğini, ama birtakım istisnaların da ayrı ayrı sıralandığını, bunların başında tutuklama ile yakalamanın bulunduğunu, küçük çocuğun, eğitim amacı ile tutulması, akıl hastasının akıl hastanesine kapatılması veya sınır dışı edilecek olan kişinin idari veya yargı kararı ile belirli bir süre tutulmasını görmekteyiz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında, "yakalama nedenleri en kısa zamanda yakalanan kişiye kendi dilinde bildirilir" denilmekte ve yakalanan kişinin en kısa zamanda yargıç önüne çıkarılacağı ve makul süre içerisinde yargılanma ya da kovuşturulmasının sağlanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla yakalanan ya da tutuklanan kişinin makul süre içerisinde bir an önce soruşturulmasının ya da kovuşturulmasının tamamlanmasını isteme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında ortaya konulmuştur. Ayrıca gene yakalanan ya da tutuklananların, aynı maddenin 4. fıkrasında; "mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu" belirtilmektedir. Nihayet hukuka aykırı işlemler karşısında yakalanan veya tutuklanan kişiye karşı tazminat talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.



Şimdi bütün bunları açıklamamın nedeni nedir? Birinci neden; gördüğünüz gibi Sözleşme tıpkı, Habeas Corpus Act gibi bir çeşit pragmatik bir düzenlemedir. 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde biz bu pragmatist yaklaşımı, yani faydacı ve olaycı yaklaşımı hep görmekteyiz. Nedir bu, bu pragmatist yaklaşım? Suç işleyen kişiyi yakalayabilirsin veya tutuklayabilirsin ve yapmak zorundasın. Türkiye'de tutuklanıp yıllarca cezaevinde kalan insanlar var ve onun için Türkiye ancak bunları XX. yüzyıl sonlarında öğrenebildi. Makul süre içerisinde yargının tamamlanması kavramı ancak son yıllarda gündeme gelebildi.

Başka bir husus; tazminat talep etme hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat edip dava kazanıldığında, kişi kendi devletinden uluslararası bir yargılama sonucunda tazminat talep edebilmektedir. Dolayısıyla biz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kapılarının bu şekilde de açıldığını görüyoruz. Açıklayageldiğimiz 5. maddeyi tamamlayan bir diğer madde, Sözleşme'nin Ek 4 numaralı protokolüdür. Bu protokole; Sözleşme'den doğan bir yükümlülük nedeniyle kişinin özgürlükten yoksun bırakılmayacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın son değişikliğinde benzer bir hüküm 38. maddesine girmiş ve fakat uygulama içeriği tam olarak tespit edilebilmiş değildir.

Türk Anayasası'na gelecek olursak; kişi güvenliği 1982 Anayasası'nda 19. maddede düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 19. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin hemen hemen tekrarıdır. 1950 yılında başlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin serüveni insanı kurtarıcı, insan güvenliğini sağlayıcı bir yoldan hayli ilerlemişken 1982 Anayasası'nda aynı madde var olmasına rağmen, neden aynı süreç Türkiye'de izlenmemiştir? Neden aynı süreci biz yaşamadık? Bunu Türk Hukukçuları, yargıçları, savcıları, avukatları sormak zorundadır.

Yakalama, tutuklama, küçüğün gözlem altına alınması, akıl hastası hakkında tedbirin uygulanması, ülkeye girme-çıkma, tutuklama hakkında kuvvetli belirtiler, kaçma şüphesi, delilleri yok etme,



yakalamanın ancak suçüstü olabilmesi ve bundan sonra da makul süre içinde yargılanma gibi durumlar bizim Anayasamızda da var, ama biz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çizgisini ve sürecini izleyebilmiş değiliz. Başka bir noktadan da izleyebilmiş değiliz, bunu açıkça belirtmekte fayda var, Türk Ceza yargılamasında kanayan yaralardan biri "tutuklama ve tutuklamanın devam ettirilmesi" ile ilgili kararlar son derece basmakalıp ve son derece yüzeysel, gerekçe niteliğini taşımayan birtakım cümlelerden ibarettir. Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulunduğu mahkeme kararlarında farklı hususlarla karşılaşıyoruz, farklı kıstasların ortaya konulduğunu görebiliyoruz. Şimdi bunların içerisinde özellikle yakalama ve daha sonra tutuklama ve son Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlüğe giren, uygulamaya başlatılan adli kontrol bizim konumuzla yakından ilgili ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ya da eskiden olduğu gibi Komisyonu kararlarının aktarılmasını gerektiren birtakım kavramları içermektedir.

Bildiğiniz gibi yakalama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinden başlayıp 97. maddeye kadar devam eden bir bölümünde yer almaktadır. Yakalamada suç işleyen kişiyi, toplumdaki bireyler veya kolluk güçleri yakalar ve onu hürriyetinden belirli bir süre için yoksun bırakır ve bu kişiyi kolluk güçlerine teslim eder. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesine göre, suçüstü halinde veya suçüstü halinin hemen devamında, kaçma durumunda bulunan şüpheliyi veya suçüstü halinde yakalanan ama kimliğini belirtemeyen kişiyi herkes yakalayabilir. Doğaldır ki, yakalanan kişi hemen sonra kolluk kuvvetlerine teslim edilecektir. Kolluk ise suçüstü halinde, hem kaçma durumunda veya kimliğini gösteremeyen kişiyi hal ve şartın gerekli kıldığı ölçüde yakalayacak ve karakola götürecektir. Ayrıca Cumhuriyet Savcısına haber veremediği bir durumda herhangi bir suçluyu bizzat gördüğü zaman ya da amirine haber veremediği zaman şüpheliyi gördüğünde, bulunduğu, buna rastladığında gene yakalayabilecektir. Biz 90. maddede ilginç bir düzenleme daha görüyoruz. Bildiğiniz gibi gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu'nda çocuklar, akıl hastaları, güçsüzler, maluller özel bir himaye altına



alınmışlar. 90.maddede, bu kişilerle ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, çocuklara, akıl hastalarına, malul ve güçsüzlere karşı bir suç işlenip de suç şikayete bağlı ise ve şikayet de henüz yapılmamışsa, yakalama herkes tarafından yapılabilecektir. Yakalanan kişi hakkında ne yapılacaktır? Bildiğiniz gibi yakalanan şahıs kural olarak kolluk güçlerinin bulunduğu yere götürülür ya da savcının emri varsa doğrudan doğruya savcının huzuruna çıkarılır, ama genellikle önce karakola götürülmesidir ve burada belirli bir süre tutulmasıdır; biz buna son üç yılda kullanılan terimle "gözaltına alma" diyoruz. Yakalanan kişi, suçunun ve kişisel konumunun çeşitli özelliklerine göre 24 saate kadar karakolda tutulabilir. 1 saat de tutulur, 15 dakika da tutulur, 2 saat de tutulur ama bunun azami süresi 24 saattir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şöyle bir belirleme var: Eğer karakoldan ilgili kişinin savcının önüne kadar veya mahkemeye kadar götürme mesafesi çok uzaksa, bu durumdaki kişi ile ilgili işlem 24 saatin dışında, 12 saatten fazla sürmez. Bu kuralın bizim konumuzla ilgisi nedir? İlgisi şu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İtalya'ya karşı açılmış Labite Kararı'nda ve Almanya'ya karşı açılmış "K" kararında 24 saatin aşılması gerektiği vurgulanmıştır. İtalya'da 11 saat, Almanya'da 10 saat aşılması ve gene Almanya'da bir olayda, bir idari tedbirle ilgili olarak 12 saatlik gözaltında tutulma süresinin 40 dakika aşılmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişi güvenliğine aykırı bulmuştur ve bunu bir ihlal olarak nitelemiştir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki 24 saatten sonra bir de 12 saatin öngörülebilmesi, meşru karşılanabilmesi, herhalde önümüzdeki yıllarda tartışılacak konu olacaktır.

Gözaltında tutmak acaba bir denetime, kurala bağlı mıdır? Kolluk güçleri, kişiyi, şüpheliyi, diledikleri gibi gözaltına alabilirler mi ve burada uzun süre ya da belirli süre tutabilirler mi? Bu konuda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ve bizim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ancak zorunluluk olması durumunda gözaltının mümkün olduğu ve suç işleme yönünde emarelerin bulunduğu durumda buna gidilebileceği belirtilmektedir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesine göre, toplu suçlarda,





şüphelilerin fazla olmasında, delillerin toplanmasında güçlük olmasında her defasında savcının vereceği kararla birer defa olmak üzere, "1"er gün uzatılabilir. Daha açık ifade edeyim; 24 saat en fazla "3" defa olmak üzere bir gün, daha sonra bir gün, daha sonra bir gün, toplam üç gün uzatılabilir. Burada bir sorun ortaya çıkıyor : Acaba ilk 24 saat üç günün içinde mi, değil mi? Bu olasılık farklı biçimlerde yorumlanabilir. Ama Kanun'un yazımı daha çok 24 artı birer günden toplam üç gün gibi, yani 3 gün artı 24 saat gibi geliyor. Kanunun 91. maddesinin 4. fıkrasına göre gözaltına alınan kişinin itirazda bulunma hakkı vardır; gözaltının kaldırılması için Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edilebilir. Sulh Ceza Mahkemesi 24 saat içerisinde karar vermek zorundadır.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91/5. maddesine göre, bir kimse bir suçtan dolayı gözaltında tutulduktan sonra serbest bırakıldığında, yeni ve yeterli delil ortaya çıkmadıkça, yeniden aynı suçtan dolayı yakalanamayacaktır. Gözaltının sona ermesinden sonra suç ile ilgili olarak yeni bir delil çıkmadıkça, o suçtan dolayı ikinci defa gözaltına almak mümkün değildir. Nasıl, hiç kimse bir fiilden dolayı iki defa yargılanamaz ise (non bis in idem), hiç kimse de aynı fiilden dolayı, aynı deliller içinde iki defa gözaltına alınamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bununla ilgili ilginç kararlar var. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aynı ilkeyi benimsiyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Size örnekler vereceğim. Bozano / İtalya Kararı'nda, İtalya tarafından istenen bir şahsın Fransa'ya girmesi ve Fransa'da iltica talep etmesinde idari makamların tedbir uygulayıp gözaltına almalarından sonra, İtalya'ya geri verilemeyeceğinin anlaşılmasından sonra yapılan işlemler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bulunmuştur. Fransa, İtalya tarafından talep edilen kişiyi serbest bıraktıktan sonra da bu kişi hakkında sınır dışı etme kararı almış ve İspanya sınırında bulunan Bozano'yu İsviçre sınırında sınırdışı etmiş. İsviçre de daha sonra hemen İtalya'ya Bozano'yu iade etmiştir. Şimdi bir yerde neyi görüyoruz? Kanuna karşı hile!



Başka bir yaklaşımı, Litvanya'ya karşı açılmış Jecius Kararı'nda görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kararda çok açık olarak diyor ki, bir suç ithamı altında bulunan kişinin bu ithamla ilgili bir delil bulunmaması halinde başka bir ithamdan gözaltına alınması bir sözleşme ihlalidir.

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, gözaltının savcı tarafından denetleneceği belirtilmektedir. Cumhuriyet Savcısı gözaltı mahallerini tetkik edecek, gözaltına alınan kişilerle ilgili defter tutacak ya da tutulan defterleri kontrol edecek, gözaltı kurumlarını belirli bir şekilde disipline etmeye çalışacaktır. Ancak 93. madde bana göre Türkiye'deki bir uygulamayı devam ettiriyor, yönetmeliklerdeki hükmün Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 93. maddesine getirildiğini görüyoruz. 93. maddedeki hükmü size söylemek istiyorum; gözaltında bulunan şahıs, mahkeme önüne ya da savcılığa nakledilirken gerekiyorsa kelepçe takılabilir, kanunda görüyoruz bunu.

Bundan 10 yıl ya da 15 yıl öncesine kadar nezaret altına alınma kavramı Türk Hukukunda çok önemli değildi. Bugün gözaltına almak Ceza Muhakemesi Kanunu'na geçen bir kavram olmuştur. Hatta gözaltı ya da gözlem terimleri üzerinde tam bir anlaşma yoktur. Ama ne olursa olsun gözaltı kavramının kanuna girmesi yararlı bir hal olmuştur. Gözaltına alınan kişi yargıcın önüne çıktıktan sonra yargıç tarafından sorguya çekildiği zaman şayet kuvvetli suç şüphesi varsa, tutuklanabiliyor.

Ceza Hukukunda şöyle bir tartışma var; bu tartışmayı özellikle Galatasaray Üniversitesi'nde birlikte çalıştığım değerli bilim adamı Yarsuvat yapmaktadır. Buna göre, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bir tarafta "emare" terimi, öte tarafta "şüphe" terimi kullanılıyor. Anayasa'da ise "belirti" kelimesi kullanılıyor. Emare ve belirti objektif anlam taşır ve emare ile belirti maddi vakaya dayanır. Şüphe ise kişiseldir, mantıkidir ve insanın düşünsel yapısı ile ilgilidir. Nedense, Ceza Muhakemesi Kanunu 100. maddesinde "kuvvetli suç şüphesi" diyor. Dolayısıyla yargıca geniş bir takdir hakkı tanıyor bunu ifade etmemiz gerekir.



Tutuklama ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilginç ve ilke değerinde kararları var. Örneğin, Bulgaristan'a karşı açılan Lukanov Kararı'nda suçluluğa ilişkin somut kanıtlar olmaksızın tutuklamaya karar verilmesi Sözleşme'ye aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Aynı yönde Steel / Birleşik Krallık Kararı görülmektedir: Bir nümayişçi olan Steel, birtakım siyasetçilere karşı gösteri yaparken yakalanmış, gözaltına alınmış sonra tutuklanmıştır; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu kişinin tutuklanabilmesi için siyasetçilere karşı can güvenlikleri veya mal varlıklarını tehlike içine sokan bir durum yaratması gerekirdi. Dolayısıyla bir kişinin yalnız nümayişçi olması, yalnız gösterici olması tutuklama için bir sebep telakki edilemez.

Bunun dışında gene Lukanov / Bulgaristan Kararı'nın başka bir bölümünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlüğün kısıtlanabilmesi için ve tutukluluk halinin mazur görülebilmesi için bunun kanunda belirtilmesi ve isnat edilen suçun unsurlarına ilişkin kanıtların somut olayda bulunması gerekir demiştir. Bunun dışında bildiğiniz gibi 100. maddede bilinen nedenler belirtilmektedir. Sanığın kaçma şüphesinin bulunması, saklanma halinin bulunması, daha önce kaçması, daha önceki hayatında gene benzer suçtan kaçması ve bir daha yakalanamaması, delilleri yok etmesi ve gizlemesi, değiştirmesi, tanık ve mağdur üzerine ya da başkaları üzerinde baskı yapması durumları da gene tutuklama sebepleri olarak sayılıyor.

Şimdi bir tartışmayı ortaya koyuyorum ve taraf tuttuğumu da belirtmek istiyorum. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda tutuklama sebepleri içerisinde 100. maddede bildiğiniz gibi bazı suçları da tutuklama yönünden bir çeşit karine kabul edercesine tutuklama yönünde yargıca işaret verilmektedir. Bu suçların varlığı halinde tutuklama nedenlerinin varsayıldığı kabul edilmektedir. Bu son derece tehlikeli! Yargıç bağımsızlığı yönünden tehlikeli. Kişi güvenliği yönünden tehlikeli, savunma hakkı yönünden tehlikeli. Bu kabul edilemez. Bir kanun koyucusunun yargıçları, savcılarını, avukatları ve toplumu adeta baskı altında tutmak için geleceğe ipotek koyarcasına, birtakım maddeleri sıralamaya hakkı yok. Böyle bir şey olmaz!



Bazı kararları söylemek istiyorum; bakın üç karar var. Bunlardan biri Türkiye'ye karşı verilmiş Kurt Kararı. Öteki Polonya'ya karşı verilmiş Witold Litwo Kararı ve üçüncüsü de Yunanistan'a karşı verilmiş Tsirlis - Kouloumpes Kararı. Bu kararlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki; tutuklama gerekli olmalıdır. Şayet başka türlü amaca ulaşma söz konusu olabiliyorsa kişi özgürlüğünden mahrum kılınmamalıdır.

Polonya'da cereyan etmiş olay sonucunda bu nitelikte karar verilmiştir : Witold Litwo adlı şahıs her gece ve her gün sarhoş dolaşan bir kişidir ve bunun hakkında gözlem altına alınma kararı verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen olayda Yüksek Mahkeme, bu amaca başka yolla ulaşmanın mümkün olduğu olayda, hürriyeti sınırlayıcı sonuca gidilmemelidir demiştir. Tsirlis / Yunanistan Kararı'nda, askere gitmeyi reddeden ve bir Yahova şahidi olan Tsirlis'in tutuklanması karşısında, önceki yıllarda Yunanistan'da gene Yahova Şahitleri ile ilgili askere gitmemekle ilgili olarak mahkemelerce bu yargılama tedbirine gidilmemesi üzerine uygulanan tutuklama tedbirini insan haklarına aykırı bulmuştur. Kurt / Türkiye Kararı'nda diyor ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlükten mahrumiyet sadece ulusal hukuka uygun olmakla kalmamalı Sözleşme'ye de uygun olmalıdır. Şayet tutuklama kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve onun içtihatlarına aykırı ise Türk Kanunlarına uygun olsa bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık söz konusu olur demiştir.

Şimdi bunun ötesinde bazı hususlar üzerinde de durmak gerekiyor. Hep olumsuz yönlerden bahsetmeyelim, olumlu yönlerden de bahsedelim. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu sadece adli para cezası ve en çok bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama olmayacağını belirtmiştir. Tutuklama kararı ile ilgili olarak gelelim Türk Hukukunun önemli yarasına. Bu da şu arkadaşlar; tutuklamadaki kararın gerekçesinin var olup olmaması ve nasıl olması gerektiği..... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda üç önemli kararı var. Bu kararlardan bir tanesi, Denizci / Kıbrıs Kararı'dır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki bu kararda, gerekçenin gösterilmemesi yanlıştır.



Başka bir karar da Mansur / Türkiye Kararı'dır. Bakın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'deki bir kararı şöyle eleştiriyor; aynı ifadeler, aynı kalıplar kullanılarak kişinin alıkonulmasına tutukluluk halinin devamına karar verilmesi uygun değildir; Bu nitelikteki bir karar kolluğun işleminin onaylanması anlamından başka bir anlam ifade etmez. Aynı şekilde başka bir karar var, gene Steel / Birleşik Krallık Kararı'nda, genel hükümlere, terimlere dayanılarak tutuklama kararı verilmemelidir deniliyor.

Şimdi başka önemli bir karar da Van der Leer / Hollanda Kararı'dır. Kişinin ifadesi alınmadan tutuklama kararı ya da alıkoyma kararı verilmiş. Mahkeme bu durumu Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.

Tutukluluk süresi, bildiğiniz gibi, Yeni Ceza Kanunu'nda belirtilmiştir. Buna göre, ağır ceza mahkemelerinin dışında tutukluluk süresi 6 aydır, bu en fazla 4 ay arttırılabilir. Ağır cezalı davalarda tutukluluk süresi en fazla iki yıldır ve burada soru işaretli bir nokta geliyor. Kanunda sürenin uzatılabileceği, uzatmanın toplam üç yılı geçemeyeceği belirtilmektedir. Üç yıl, iki yıla eklenecek midir, yoksa bunun içinde iki yıl var mıdır? Bu tartışma devam edip gider ama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nu hazırlayanların düşüncesi daha çok iki artı üç üzerinedir. Bu kabul edilebilecek bir yaklaşım değil. Çünkü diğer türlü Ağır Ceza Mahkemesinde 5 yıllık bir tutuklama süresi ile karşılaşyoruz, ama tartışılabilir bir durumdur bu. Bolland / İngiltere Kararı'nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin kendi evinde tutulmasını, kişinin otomobilinde tutulması halini gözaltı olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla siz gözaltına almayı serbest hareket etmenin dışındaki bütün hallere yaymak zorundasınız. Bu hal mevcut uygulamaya sanıyorum ve umuyorum ki son verecektir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararı gerçekten ilginç bir karardır.

Kısaca, adli kontrolden bahsetmek istiyorum. Adli kontrol Türkiye'de önemli bir müessesedir. Hele genç arkadaşlar, sizlerin hiçbir zaman aklınızdan uzak tutmamanız gereken bir kavramdır. Eğer müvekkiliniz tutuklanmışsa yargıca karşı şunu söylemek zorundasınız;



efendim kanunda adli kontrol var; Bunlara müracaat edin, tutuklamaya gitmeye gerek yok. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gene başka bir kararında diyor ki, eğer kişi hakkında daha hafif tedbir alınarak amaca ulaşmak mümkünse ya da yargılamayı sürdürmek mümkünse daha ağır tedbire gitmek doğru değildir. İşte her olayda tutuklama olmamalıdır. Nedir bu adli kontrol? Bir kere onu söyleyeyim. Üst sınırı üç yıl hapis cezasını gerektirebilecek suçlar için söz konusudur ve gene tutuklama sebepleri burada olacak. Burada yurt dışına çıkmamak da bir adli kontroldür. Bu, maalesef çok uygulanan suiistimal edilen tedbirdir. Ama nedense bugünlerde, savcıların ve yargıçların çok sevdiği adli kontrolde sadece bilinen bu! Ama başka şeyler de var. Kişinin belirli yerlere müracaat ederek belirli işlemleri yerine getirmesi. Bu da bir tedbir olarak öngörülüyor. Kişinin mesleğini ifa ederken belirli bir kontrol altında tutulması, taşıt kullanamaması, taşıt kullanma ehliyetinin geri alınması, hastaneye kişinin yatırılması ve kişiden yani şüpheliden bir güvence alınması. Yani teminat karşılığında serbest kalması ya da serbest bırakılması ya da hiç tutuklanmadan serbestçe hareket etmesine imkan tanınması. Bu konuda da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilginç bir kararı var. Diyor ki bu kararında; her şeyden önce güvence miktarı bir amaç olmamalıdır, tazminat niteliğini taşımamalıdır yani çok yüksek olmamalıdır. Kefalet ya da tazminat ve güvence miktarı, kişinin yargılamayı sürdürmesini sağlama ölçüsünde alınmalı. Yani kişinin her duruşmaya gelmesini sağlayıcı ölçüde olmalı. Bunun ötesinde alabildiğine yüksek ve alabildiğine kişiyi iktisadi bakımdan zora sokucu bir durum içerisinde tutmamalıdır. Adli kontrol kararına karşı da itiraz mümkündür ve adli kontrol kararı alındıktan sonra uymama durumunda tutuklama mümkündür.

Gördüğünüz gibi ben burada yakalama, gözaltına alma, tutuklama ve nihayet son olarak adli kontrol müesseselerini genel hatları ile size söyledim. Şimdi gördüğünüz gibi kişi güvenliğinin bir yönünü bugün size anlatmış bulunuyorum. Kişi güvenliği hep tutuklama ve yakalama ile anılır. Yalnız geçtiğimiz yıl öyle zannediyorum Ankara Barosu'nun düzenlemiş olduğu artık gelenekselleşmiş olan Hukuk



Kurultay'ında ben basit bir tebliğ sunmuştum. Bu tebliğin sonunda da dedim ki; kişi güvenliği bu gibi durumları içinde bulundurur. Yani kişinin bu önlemler karşısında güvence içinde bulunmasını ifade eder. Ama gerçek anlamda kişi güvenliği bana göre kişinin korkusuzca yaşamasıdır. Yani kolluk gücünü gördüğünde, jandarma gördüğünde, karakol gördüğünde korku içerisine düşmemesini ifade eder. Kişinin serbestçe gece yarısı saat 04:00'de Ankara sokaklarında ya da İstanbul caddelerinde dolaşabilmesidir. Eğer bu psikolojiyi devlet sağlayabiliyorsa ancak o takdirde kişi güvenliği vardır. Ama kişi güvenliğinin gene konumuz yönünden, kişide öyle bir psikolojinin de yerleşebilmesi için hemen devlete gitmeye gerek yok. Yargıçların, savcılarının, hukukçularının, savunmanın kişiye, sokaktaki insana böyle bir düşünceyi aşılması, böyle bir düşüncenin kişinin içinde yeşermesine fırsat vermesi hatta bu imkanı tanıması gerekir. Hepinize beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

**Av. Erdal MERDOL** : Evet, birkaç tane soru alabiliriz Sayın Hocam, arzu eden varsa,

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : Evet. Buyurun.

**KATILIMCI** : Sayın Hocam, çok teşekkür ediyoruz, çok güzel bir konferansla bizleri aydınlattınız. Kişi güvenliği hakkında, daha çok tutuklama ile ilgili kişinin maddi güvenliğini yani bizzat fiziksel belleği ile ilgili güvenliğinden bahsettiniz. Ayrıca, güvenlik deyince, kişi güvenliği deyince kişinin bir manevi yönü de var, sadece maddi varlığı değil. Ayrıca kişinin bir de mal güvenliği var yani siz can güvenliğinden bahsettiniz. Acaba bir iki kelime de mal güvenliği ve manevi güvenliği ile ilgili konudan bahsederseniz memnun olurum.

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : Evet. Şimdi manevi güvenlik ile ilgili son olarak söyledim, kişinin korkusuzca yaşaması. Mal güvenliği ile ilgili ama bu soru enteresan, çok teşekkür ederim. Zaten bu konuyu hazırlarken de tespit ettim, aramanın da bu güvenlik kavramı içerisinde yer alması lazım. Arama ve arama ile elde edilen delillerin hukuka



uygunluğu, hukuka aykırılığının da artık bu kavram içerisinde düşünülmesi lazım. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde, bu mal güvenliği ile ilgili yani suç işlediği zannedilen kişinin evine girilmesi, evinde arama yapılması, birtakım eşyalarının götürülmesi ya da götürmemesi olgusunun daha çok işlenmesi gerekirdi, bu, bana göre bir çeşit boşluk. Belki adil yargılanma hakkı ile bu örtülüyor, kanuna aykırı delillere gidiliyor, o şekilde, Türkiye'de bildiğimiz gibi arama daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir ama pek o konuya girmedim, itiraf edeyim.

**Devrim AKYOL / ÖĞRENCİ :** Teşekkür ederim. Çankaya Hukuk Fakültesi, 3. sınıf. Hocam, çok teşekkür ederiz, gerçekten çok eğitici bir çalışmaydı. Öncelikle şunu sormak istiyorum; bir karardan bahsettiniz, İngiltere'de siyasetçilere karşı yapılan saldırıdan bahsettiniz. Bu kişi herhalde, tahmin ettiğim, bildiğim kadarıyla yumurta filan atıyordu, öyle bir saldırısı vardı ve mahkemenin bir karar verdiğinden bahsettiniz.

**Devrim AKYOL / ÖĞRENCİ :** Peki, mahkemenin vermiş olduğu bu karar üzerine şu da düşünülemez mi : Bu siyasetçilerin de şahsi varlığı var ve bundan dolayı birtakım suçların olduğunu biliyoruz. O zaman tutuklamaya gitmemek suçları ve cezaları da anlamsız hale getirmiyor mu?

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR :** Yok, hayır. Tutuklamada şöyle bir terim var, "tutuklama, hiçbir zaman ön ceza olarak kullanılmamalıdır" diyor. Yumurta atan kişi tabii yargılanacak, orada hiçbir kuşku duymayın, yumurta atan şahıs ceza mahkemesinde sanık olarak yargılanacak ama diyor ki mahkeme; "yumurta atan şahıs hemen tutuklaman doğru değildi, pekâlâ, onu serbest bırakarak da yargılayabilirdin....."

**KATILIMCI :** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulandığı diğer ülkelerde bu "kelepçe uygulamasının" yapılamaması yüzünden uygulanan diğer yöntemler neler acaba? Yakalanan bir küçüğe karşı?





**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : O konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde bir karara rastlamadım, kelepçe ile ilgili. Zaten kelepçe ile ilgili de bir karara rastlamadım.

**KATILIMCI** : Peki, şunu öğrenmek istiyorum Hocam yani kaçmamasına karşılık ne gibi bir tedbir uygulanıyor çünkü Ceza Muhakemesi Kanunu'nda diyor ki, "kelepçe takılmaz, diğer tedbirler uygulanır" diyor ama bu diğer tedbirler konusunda bir açıklık yok.

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : Çok sayıda kolluk gücü, zamanı ona göre ayarlıyor, daha kuvvetli araçlar yani birtakım pragmatik tedbirler ama yasal birtakım tedbirler yok.

**KATILIMCI** : Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR** : Buyurun.

**Av. Erdal MERDOL** : Değerli arkadaşlar, sevgili meslektaşlarım Merkezimizin düzenlediği III. İnsan Hakları Eğitimi Programının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ışığında beş ana özgürlüğün ve hakkın konuşulduğu III. Konferanslar dizimiz bitti. Daha önceki konuşmalarında ifade ettiğim gibi soyuttan somuta doğru ilerleyen bir süreçti. Bize bu konferanslarda çok değerli katkıda bulunan tüm konuşmacılara, meslektaşlarımıza, bilim adamlarına hepsine sizin ve şahsım adına, Merkezimin adına şükranlarımızı sunuyoruz. Bizleri yalnız bırakmadılar, her zaman telefonlarımızı çok ciddiye aldılar, eksik olmasınlar, iltifat ettiler buraya kadar teşrif ettiler, geldiler. Bundan sonra Merkezimizin düzenleyeceği bir konferans dizisi yok. Böyle bir öngörümüz, programımız Merkez Yürütme Kurulunda henüz oluşturulmuş değil. Zaten bizim Merkez olarak görevimiz Baro Yönetim Kurulu'nun görev süresiyle sınırlı, Yönetmeliği biz hazırladık, Merkezimiz hazırladı ve Yönetime de bu hükmü özellikle biz koyduk. Önümüzdeki dönemin, önümüzdeki ayların "Adli Tatil" denk geleceğini ve arkadaşlarımızın, meslektaşlarımızın ve genç kardeşlerimizin tatilde olacaklarını düşünüyoruz. O nedenle bundan



sonra ancak "Yeni Kitabımız" üzerinde çalışmalar sürdüreceğiz, bir türlü doğru dürüst rayına oturtamadığımız "işkenceyi önleme grubunun", bizim elimizde olmayan nedenlerle bir türlü realize edemediğimiz, kör-topal götürmeye çalıştığımız işkenceyi önleme grubunun çalışmalarını öncelikli bir ağırlıkla ele alacağız. Bundan sonra gelecek arkadaşlarımızın hepimizi çok aydınlatan bu tür eğitim programları ve konferanslar dizisini devam ettirmesini umuyoruz. Ben bir kez daha, beni kırmayarak buraya kadar teşrif eden çok değerli Hocam, bilim adamı Sayın Köksal Bayraktar'a içtenlikle şükranlarımı ve saygılarımı sunuyorum. Sizlere de buraya kadar geldiğiniz için Merkezim adına ve şahsım adına bir kez daha sevgi ve saygılar sunuyorum, sağ olun, var olun.