



KÜRESEL BAKIŞ

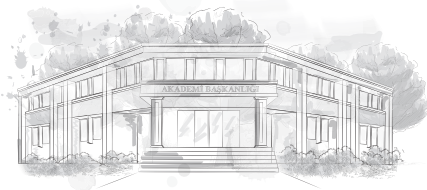
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Altı Ayda Bir Yayınlanır)

20

YIL:6, SAYI:20, Haziran 2016

ISSN: 2146-1376



SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Mustafa ARTUÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

Ahmet ŞANSAL
İnsan Kaynakları ve Destek Hizmetleri Daire Başkanı

Prof. İbrahim AYDINLI
İş Hukuku Öğretim Üyesi

Prof. İlhan ÜZÜLMEZ
Ceza Hukuku Öğretim Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESING

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlalılbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya - Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- * Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- * Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- * Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
- * Çevirilerin öncelikle www.taa.gov.tr internet sitesinden "makale ve çeviri gönder" bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- * Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk atr aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- * Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- * Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- * Yazarlara ve hakemlere "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- * Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

- * Hatalı veya izinsiz çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargin
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Sühâ Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tefvik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1992 Tarih ve BVerfGe 88, 5 Sayılı Anayasa Şikayeti Kararı.....	1
<i>Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. Didem YILMAZ – Arş. Gör. Şebnem KILIÇ</i>	
Alman Anayasa Mahkemesinin Hakim Reddine İlişkin Kararı.....	11
<i>Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ</i>	
İyi Anayasa	23
Yazar: Sir John LAWS	
<i>Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK</i>	
İnsan Hakları Konseyi, 25/4. Yargı Sisteminin Bütünlüğü Hakkındaki Kararı.....	41
<i>Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ</i>	
Avrupa Birliği Adalet Divanı Beşinci Daire'sinin Smart Technologies/OHIM Kararı	45
<i>Çeviren: Mehmet ŞEKER</i>	
Polis Dosyalarındaki Radikallerin Psikolojik Sorun ve Davranış Bozuklukları	59
Yazar: Anton W. WEENINK	
<i>Çeviren: Süleyman ÖZAR</i>	
Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 35 Nolu Genel Yorumu (Madde 9: Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği).....	81
<i>Çeviren: Caner GÜRÜHAN</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Bölüm Fâbiân/Macaristan Davası Kararı.....	109
<i>Çeviren: Gökçe GÜLTEKİN</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Bölüm Borg V. Malta Davası Kararı.....	119
<i>Çeviren: Gökhan ÇAYAN</i>	

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



**(Hak Arayanlara Hukuki Danışma Yardımı Sağlanmasını
Öngören İlgili Kanun Hükmünde İş Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların
İstisna Edilmesine İlişkin)**

**ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1992 TARİH ve BVerfGe 88, 5 SAYILI
ANAYASA ŞİKAYETİ KARARI**

Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. Didem YILMAZ – Arş. Gör. Şebnem KILIÇ***

*Danışma yardımının iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dışarıda bırakılması,
Alman Anayasası'nın madde 3/fıkra 1 hükmünü ihlal etmektedir.*

KARAR***

*2 Aralık 1992 tarihli Birinci Senato Kararı
-- 1 BvR 296/88 --*

Bay (M)'nin Anayasa şikayeti üzerine açılan davada – Vekiller: Avukat Walter Gelbe ve Britta Hohn-Grab, Breslauer Straße 23, Espelkamp – 1. Dolaylı şikayet konusu: a) Rahden asliye mahkemesinin 22 Ocak 1988 tarih ve 3 II 137/86 sayılı kararı, b) Rahden asliye mahkemesinin 20 Mart 1987 tarih ve 3 II 137/86 sayılı kararı, 2. Doğrudan şikayet konusu: 18 Haziran 1980 tarihli (BGBl. I S. 689) Dar Gelirli Vatandaşlara Yönelik Hukuki Danışmaya ve Temsile İlişkin Kanun'un (Danışma Yardımı Kanunu'nun) 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendi

Hüküm Fıkrası:

I. 18 Haziran 1980 tarihli (Bundesgesetzbl. I Seite 689) Dar Gelirli Vatandaşlara Yönelik Hukuki Danışmaya ve Temsile İlişkin Kanun'un (Danışma Yardımı Kanunu) 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendi, iş mahkemelerinin münhasıran yetkili merci olduğu uyuşmazlıklarda danışma yardımını sağlamadığı takdirde Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasıyla bağdaşmazdır.

II. 20 Mart 1987 ve 22 Ocak 1988 tarih ve 3 II 137/86 sayılı asliye mahkemesinin kararları, başvuruçunun Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasından doğan temel hakkını ihlal etmiştir. Kararlar bozulmalıdır. Uyuşmazlık, asliye mahkemesine geri gönderilmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı:
didem.yilmaz@law.bau.edu.tr

** Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı:
sebnem.kilic@law.bau.edu.tr

*** Dipnotlar çevirmenlere aittir.

III. Nordrhein-Westfalen Eyaleti yapılan gerekli harcamaları başvurucaya ödemelidir.

Gerekçeler:

A.

Anayasa şikayeti, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hiçbir şekilde danışma yardımı sağlamayan ilgili kanun düzenlemesine ilişkindir.

I.

1. 18 Haziran 1980 tarihli (BGBl. I S. 689) Dar Gelirli Vatandaşlara Yönelik Hukuki Danışmaya ve Temsile İlişkin Kanun (Danışma Yardımı Kanunu), mahkeme önünde görülen bir dava süreci dışında kalan hakları kullanmaya yönelik yardımlar sağlamaktadır. Buna göre hakkını arayan kişi, kişisel ve ekonomik durumu itibariyle gerekli çareleri geliştiremiyorsa, kişinin elinde başka hiçbir makul yardım olanağı bulunmuyorsa ve bu hak kötüye kullanılmıyorsa, kendi talebi üzerine danışma yardımı alabilir (Danışma Yardımı Kanunu 1. paragraf). Danışma yardımı asliye mahkemesinden istenir. Hakkını aramak için danışma yardımı alan kişi tarafından avukata cüzi bir ücret ödenir, avukat bunun haricinde eyalet sandığından bir ödeme alır.

Danışma yardımı sağlanabilen hukuk alanları Kanun'un 2. paragrafında aşağıdaki gibi belirlenmiştir. Düzenleme şöyledir:

'(1) Danışma yardımı, danışmaya ve şayet gerekliyse hukuki temsile ilişkindir.

(2) Kanuna göre danışma yardımı,

1. İş mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu uyuşmazlıklar dışındaki medeni hukuk uyuşmazlıklarında,

2. İdari uyuşmazlıklarda,

3. Anayasa uyuşmazlıklarında,

sağlanır.

Ceza yargılamasına ve kabahatlere ilişkin uyuşmazlıklarda sadece danışma sağlanır. Gerekli olduğu takdirde diğer hukuk alanlarının tümünde de danışma yardımı sağlanır.

(3) Başka eyaletin hukukunun uygulandığı uyuşmazlıklarda konunun eyaletin iç hukuku ile bağlantısı kurulamıyorsa bu Kanun uyarınca danışma yardımı sağlanmaz.'

2. Kanunlaşma sürecinde iş hukuku ve sosyal hukuka ilişkin uyumsuzluklarda da danışma yardımı sağlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalıydı. CDU/CSU Grubu'nun (BTDrucks. 8/1713¹) tasarısı bu konuda bir istisna öngörmemiş iken, hükümetin tasarısı (BTDrucks. 8/3311²) iş hukuku ve sosyal hukuk açısından danışma yardımı sağlanmasını dışarıda bırakmıştı. Bu düzenlemenin gerekçesinde, bazı eyaletler tarafından yürütülen pilot uygulamalarda taleplerin toplamına oranla iş hukukuna ilişkin danışma yardımı taleplerinin yüzde 2,26 ilâ 7,76; sosyal haklara ilişkin olanların ise yüzde 1,9 ilâ 7,7 arasında bir paya sahip olduğu ifade edilmişti. Danışma yardımının sendikalar ve sosyal örgütler aracılığıyla sağlandığına işaret edilerek hukuki tavsiyeye ilişkin bu sınırlı ihtiyacın halihazırda mevcut olan arzla açıklanabildiği belirtilmişti. Buna karşılık, özellikle medeni hukuk alanında olmak üzere, ceza hukuku ve kabahatler hukuku ve aynı şekilde idare hukuku alanlarında da, danışma olanaklarında önemli bir eksiklik saptanmıştı. Kamu kaynaklarının belli hukuk alanları üzerinde toplanması, tasarımın danışma yardımının diğer danışma olanaklarının yerine geçmemesi, aksine mevcut olan diğer uzmanlıkları kullanarak bunlara eklenmesi yönündeki amacıyla uyumlu bulunmuştu. Bu nedenlerle danışma yardımının, diğer danışma olanaklarının eksikliği nedeniyle açık bir danışma ihtiyacı ortaya çıkan hukuk alanlarıyla sınırlandırılması mümkün ve gerekli görülmüştür (a.a.O., S. 11f.).

Meclis'in hükümetin bu konudaki önerisine uygun kanunlaştırma kararı alması üzerine Senato, başka amaçların yanı sıra danışma yardımının iş hukuku ve sosyal hukuk alanına genişletilmesi maksadıyla uzlaştırma komisyonuna (Vermittlungsausschuß) başvurmuştur. Senato'ya göre danışma yardımının bu hukuk alanlarını dışarıda bırakması Kanun'un amacı ile bağdaşmamakta, pilot uygulamaların sonuçları böylesi bir istisnayı haklı kılmamakta, toplum için bu hukuk alanlarının önemi dikkate alındığında danışma yardımının bu alanlarda da sağlanması gerekmektedir (Ek-BTDrucks. 115/80 [Beschluss], S. 1 f.).

Uzlaştırma komisyonunun tavsiyesi uyarınca ise Kanun, Senato ve Meclis tarafından değiştirilmeksizin kabul edilmiştir³. Bununla birlikte raportörler iş ve sosyal hukuka ilişkin uyumsuzluklardaki bu boşluğun eyaletler tarafından doldurulabileceği konusunda hemfikir olmuştur (karş. StenBer. BT., 8. WP, 214. Sitzung, S. 17152; BRProt. 486. Sitzung, S. 176). Bavyera, Aşağı Saksonya, Renanya-Palatina ve Saarland eyaletleri bu imkanı kullanmıştır. Bremen ve Hamburg'da Danışma Yardımı Kanunu'nun yürürlüğünden sonra Kanun'un 14. paragrafının

¹ <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/08/017/0801713.pdf>. Erişim tarihi: 11.2.2016.

² <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/08/033/0803311.pdf>. Erişim tarihi: 11.2.2016.

³ <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/08/038/0803855.pdf>. Erişim tarihi: 11.2.2016.

1. fıkrası uyarınca kamusal hukuki danışma (Rechtsberatung), danışma yardımının yerini almış; Berlin'de ise hak arayanların Danışma Yardımı Kanunu'nun 14. paragrafının 2. fıkrası uyarınca kamusal hukuki danışma ile avukata danışma arasında seçim yapabilmesi mümkün olmuştur. Kamusal hukuki danışma Berlin ve Hamburg'da iş hukuku alanını da kapsamına almakta; Bremen'de ise işçi ve memur kuruluşları çalışanlara bu alanda tavsiye vermektedir.

Danışma Yardımı Kanunu, Birleşme Anlaşması'nın⁴ Ek I Kısım III Bölüm A Ayırım III Numara 10 hükmüyle bağlantılı olarak Anlaşma'nın 8. maddesi uyarınca 3 Ekim 1990 tarihinde iş ve sosyal hukuka ilişkin uyumsuzluklarda da danışma yardımı sağlanacak şekilde düzenlenerek yürürlüğe girmiştir.

II.

1. Hiçbir sendikaya üye olmayan başvuru, meslek sahibi olmayan eşine ve ergin olmayan çocuğuna bakmakla yükümlüdür. Kendisi, 1986 yılında ağırlıklı olarak işsizlik yardımından ve tamamlayıcı olarak da sosyal yardımlardan yararlanmış. İşveren, 1986 Ağustos ortasında feshedilen iş ilişkisinin Ağustos 18 itibariyle sona erdiğini 19 Ağustos 1986 tarihli bir yazıyla bildirmiştir. Bunun üzerine başvuru bir avukata danışmıştır. Avukatın verdiği yazı üzerine işveren, iş ilişkisini yasal sürelerle uygun olarak 3 Eylül 1986 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere feshetmiş ve başvurucuya toplam 836,39 Alman Markı tutarında bir ödeme yapmıştır.

Asliye mahkemesi, Danışma Yardımı Kanunu'nun 4. paragrafının 2. fıkrasının 4. cümlesine dayanılarak ileri sürülmüş olan danışma yardımı sağlanması talebini, Kanun'un 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendine dayanarak geri çevirmiştir. Başvurucunun itirazı sonuçsuz kalmıştır. Asliye mahkemesi, başvurucunun iş hukukundaki danışma yardımına ilişkin kanuni istisnaya yönelik anayasal itirazlarını dayanaksız bulmuştur.

2. Başvuru, Anayasa'nın madde 3/1, madde 19/4 ve madde 103/1 hükümlerinden doğan haklarının ihlal edildiğini anayasa şikayeti yoluyla iddia etmiştir. (İddiaya göre) Danışma yardımının iş hukuku alanından esirgenmesi bu anayasal normlarla bağdaşmamaktadır. İş hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda herhangi bir mesleki kuruluş üyeliği bulunmayan hak arayanların mahkeme dışında hukuki danışma alma imkanı bulunmamaktadır. Artan danışma yardımı taleplerinin gösterdiği gibi özellikle de mahkeme dışı alanda, danışma yardımına önemli bir gereksinim duyulmaktadır.

⁴ Doğu-Batı Almanya'yı birleştiren anlaşma kastedilmektedir.

(Başvurucuya göre) Danışma Yardımı Kanunu, fırsat eşitliğine hizmet etmelidir ve bu yolla da sosyal devlet kuralını ve eşitlik ilkesini göz önünde tutmalıdır. Bu Anayasal ilkeler, maddi imkanları olmayanların durumlarının, maddi imkanları olanlarınkine geniş ölçüde uydurulmasını gerektirmektedir. Kanun, iş hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta herhangi bir sendikaya üye olmayan ve yoksul olan hak arayanlardan mahkeme dışı hukuki danışmanlığı esirgediğinde, bu durum onların maddi imkanları olan hak arayanlara kıyasla hukuki takibat ve savunmalarını orantısız ölçüde zorlaştırır. Bunun yanı sıra sendikaların düzenli bir üyelik aidatı talep etmesi ve tüzüklerinde bundan muafiyet öngörülmemesi de dikkate alınmalıdır. Günübirlik çalışanlar ve en düşük gelir grubuna dahil olanlar bu ek masraftan kaçınmaktadır.

III.

1. Hükümet adına söz alan Adalet Bakanı, Danışma Yardımı Kanunu'nun 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendinin Anayasa ile bağdaştığını ileri sürmüştür. Eşitlik ilkesi, insan gruplarının haksız biçimde farklı muameleye tabi tutulması yasağı dışında hayat ilişkilerini ve insan davranışlarını farklı şekilde düzenleme konusunda kanun koyucuya geniş bir özgürlük tanımaktadır. Düzenleme yapma özgürlüğü, sosyal hakların temininde özellikle geniş olmalıdır. Bunun sınırları burada aşılmamıştır.

Kanuni düzenlemenin altında yatan fikir; danışma yardımına hasredilen kamu kaynaklarının, bilhassa bedelsiz veya bedeli oldukça cüzi tutulmuş hukuki tavsiyeye yönelik belirgin bir ihtiyacın duyulduğu alanlarda toplanmasının gerektiğidir. Uzun zamandan beri iş hukukunun sınırlı alanında kalmak kaydıyla işçi ve işveren sendikaları içinde iş hukukuna ilişkin konularda üyelerine bedelsiz tavsiye veren ve onları temsil eden önemli organizasyonlar bulunmaktadır. Medeni hukukun genelinin, ceza ve idare hukukunun aksine, iş hukukunda dava dışı hukuki tavsiyenin bedelsiz verilmesi öteden beri bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, standart haline gelen bir yöntemle dayanarak danışma yardımını sınırlandırabilir. Buna ek olarak İş Hukuku davalarının özellikleri, danışma yardımının ulaştığı alanların iş hukuku uyuşmazlıklarını kapsamamasını da haklı çıkarmaktadır.

2. Alman İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DGB) Adalet Bakanı'nın görüşünü kabul etmiş ve ekleyerek şunları ifade etmiştir:

Bir iş ya da sosyal güvenlik ilişkisinden kaynaklanan tüm meselelerde danışma ve temsil, ezelden beri sendikaların birincil sorumluluk alanıdır. Devletin finansmanıya sağlanan hukuki korumanın avukatlara tevdi edilmesi zorunluluğu

bulunmamaktadır. Daha ziyade burada sivil toplumun ve sendikaların geleneksel faaliyet alanlarına yönelik hiçbir şekilde haklı çıkarılmayan bir müdahale bulunmaktadır. Her bir çalışan bir sendikaya üye olma ve bu sayede sendikal hukuki korumadan yararlanma imkanına sahiptir. Üyelik aidatı yüzünden üye olmaya razı olmayan kişi, üyeliğe sahip olmanın masrafını genele (kamuya) yükleyerek bunun telafi edilmesini talep edemez.

Ayrıca asliye mahkemesinin hak arayanı yönlendirdiği sıradan bir avukatın uzmanlık isteyen bir danışmanlığı yerine getirip getiremeyeceği, özellikle iş hukukunun diğer hukuk alanlarının aksine sadece kanun koyucu tarafından değil, büyük oranda toplu iş sözleşmeleri ve sıklıkla da işyeri anlaşmaları yoluyla düzenlenmesi yüzünden, tartışmalıdır. İşçi ve işveren kuruluşları ile sürekli bir iletişimi olmayan bir avukat, somut vakadaki hukuki sorunu uygun olarak değerlendirmeye çoğu kez muktedir olmayabilecektir.

3. Alman İşveren Sendikaları Konfederasyonu da kanuni düzenlemeyi Anayasa'ya uygun görmüştür. (Konfederasyona göre) Kanun koyucu, danışma yardımını iş hukukuna ilişkin uyumsuzlıklardan istisna ederken çalışan ve işverenlerin mali yük olmaksızın hukuki tavsiye alma imkanına yeteri kadar sahip olduğu gerçeğini dikkate almıştır. Etkili bir hukuki koruma talebi makul olmayacak şekilde kısıtlanmamıştır; sendika üyesi olmayan bir çalışan da her zaman işverene karşı yargı yoluna başvurabilir ve bunun için İş Mahkemesi Kanunu (ArbGG) § 11 a uyarınca dava masrafları için yardım talep edebilir.

Keza Anayasa'nın 9. maddesinin 3. fıkrasının ihlali de mevcut değildir. Olumsuz sendika özgürlüğü bir sendikaya üye olma ya da olmama hakkının her sınırlandırılmasında ihlal edilmiş olmaz. Örgütlenmemiş bir işçinin bedelsiz olarak dava dışı hukuki danışmanlık alamadığı gerçeği bir sendikaya üye olmaya zorlayıcı etki doğurmaz.

4. Alman Federal Barosu başvuruyu haklı bulmuştur. Danışma yardımının iş hukukundan istisna edilmesi Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile bağdaşmamaktadır. Sosyal devlet kuralı, mahkeme dışındaki hukuki yardım açısından da devleti varlıklı kimselerle sosyal olarak zayıf olanlar arasındaki fırsat eşitliğini sağlamakla yükümlü kılar. Gerçi kanun koyucu halihazırda özel kuruluşlarca yürütülen danışmanlık hizmetine atıfta bulunmaktadır. Yine de bu atıf, hak arayanın bedelsiz hukuki tavsiyeyi sadece bir kuruluşa üye olduğu ve üyelik aidatı ödediği halde alabilmesinden dolayı fırsat eşitliğini bütünüyle sağlamamaktadır. Hiçbir sendikaya üye olmayan hak arayan kişi, Danışma Yardımı Kanunu'na göre iş hukukuna ilişkin uyumsuzlıklarda bu yardımdan mahrum bırakılarak cezalan-

dırılmamalıdır. Bu tür –yalnızca dolaylı dahi olsa- bir baskı Alman Anayasası'nın 9. maddesinin 3. fıkrası bakımından caiz görülmez.

B.

Anayasa şikayeti haklıdır. Söz konusu kararlar, Danışma Yardımı Kanunu'nun 2. paragrafı 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendinde iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar için danışma yardımının istisna edilmesine dayanmaktadır. Bu düzenleme eşitlik hükmüyle bağdaşmamaktadır. Danışma yardımının söz konusu düzenlemeye dayanarak reddedilmesiyle başvuruçunun Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasından doğan temel hakkı ihlal edilmektedir.

I.

1. Genel eşitlik düzenlemesinden, düzenleme konusuna ve farklılaştırmanın sebebine göre kanuni düzenlemelere ilişkin farklı durumlar ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucunun düzenleme yapma özgürlüğü, hayat ilişkilerini farklı ele aldığı ve mağdurlar davranışlarıyla kendilerini bu farklı düzenlemeye uydurabildiğinde (karş. BVerfGE 55, 72 [89]) azami oranda genişler. Buna karşılık, farklı muamele Anayasa tarafından garanti altına alınan özgürlükleri ne kadar çok etkilerse (karş. BVerfGE 82, 126 [146]) ve her bir kimse ortaya çıkan olumsuz etkileri kendi davranışları yoluyla ne kadar az bertaraf edebilirse (düzenleme yapma özgürlüğü) o kadar daralır. Özellikle normun yöneldiği iki grup arasında ayrımı haklı kılabilir türde ve ağırlıkta hiçbir farklılık bulunmamasına rağmen gruplardan biri diğerlerine kıyasla farklı ele alındığında (karş. BVerfGE 55, 72 [8]; 82, 126 [146]) Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasından doğan aşağıda belirtilen sınırlar aşılmış olur.

Bu ölçüt burada kullanılabilir. Gerçi Danışma Yardımı Kanunu'nun 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendi hükmü, sözüne (lafzına) göre ayrımı kişi grupları arasında yapmamakta, aksine ayrımı iş mahkemelerinin yetkilerine dayandırmaktadır. Fakat özünde, iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin olarak işçiler ve işverenler açısından özel bir düzenlemeyi bu suretle içermiş olmaktadır.

Danışma yardımının istisna edilmesi iş hukukunu var eden özellikleri hesaba katmamaktadır. Yasalaştırma sürecinde, pilot uygulamalar çerçevesinde bu hukuk alanındaki danışmaya ilişkin görece az talep oranına işaret edildiği sürece (karş. BTDrucks. 8/3311, S. 11 f.), iş hukuku uyuşmazlıklarının somut özellikleri görünür olamaz. Buna ek olarak idare hukukundaki oran iş hukukuyla hemen hemen aynı olduğu halde (iş hukuku için % 2,26'dan % 7,76'ya kadar olan orana karşılık idare hukukunda % 2,4 ilâ 7,5 arasında, karş. BTDrucks. 8/3311, S. 12) bu durum idare hukukunun da danışma yardımının dışında tutulması için bir sebep olarak görülmemiştir. Danışma Yardımı Kanunu'nun 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin

1. bendi hükmündeki istisna düzenlemesi, hem işçi hem de işveren sendikaları kendi üyelerine hukuki danışmanlık sunduğundan, esas olarak diğerlerinden daha fazla işçi ve işverenlerin başka danışma imkanlarına sahip oldukları fikrine dayanmaktadır (karş. BTDrucks. 8/3311, S. 12'deki işçi sendikalarının danışmanlığına atfen). Sonuç olarak bu farklı muamele, tam da normun işaret ettiği ilgili çevreye açık tutulmuş olan danışma imkanlarına dayandırılmış olmaktadır.

2. Diğer hak arayanlara danışma yardımı tanınması yoluyla işçi ve işverenlerin aynı durumda olan diğer hak arayanlara kıyasla dezavantajlı hale gelmesi yeterli somut gerekçelerle haklılaştırılmamıştır.

a) Farklı muamelenin etkileri dikkat çekicidir. Danışma yardımı sağlanması için aranan kanuni koşulları sağlayan ve dolayısıyla gelir durumları nedeniyle mahkeme süreci içindeki masraflara kendi katkıları olmaksızın kendilerine adli yardım sağlanması gereken işçi ve işverenler mağdur olmuştur. Özellikle işçi grupları içerisindeki 'seyrek de olsa ancak en düşük ücretle iş bulan ve daha büyük aileleri geçindiren işsizlerden' biri olmaya çoğunlukla daha yatkın olan kısmi zamanlı veya geçici süreli çalışma yapanlar, bunun için öngörülmüş olan dar kanuni sınırlar açısından dikkate alınmıştır (karş. Alman Medeni Usul Kanunu paragraf 114'e ilişkin Ek 1'deki liste). Bu işçiler çoğunlukla, Danışma Yardımı Kanunu'nun sağladığı uzmanlık gerektiren danışma ve temsile tipik olarak muhtaç olan kişilerdir.

Özellikle iş hukuku alanındaki bedelsiz veya en azından cüzi bedelli hukuki danışmanlığın eksikliği, sendikasız işçiler açısından hayati önemi haiz olduğundan önemli mağduriyetler yaratabilir. Bu durum fesih hallerinde aleni olur, ama özellikle de burada sorun edilen sosyal gruplar için ve iş ilişkilerinden doğan bireysel taleplerde de söz konusu olabilir. Değerlendirme için eşitlik ilkesi ölçü alındığı sürece, danışma yardımının kanunen dışarıda tutulmasının sonuçları, iş hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda muhtaç durumda olan işçilerin adli yardım talep edebilecek olmasıyla da hafifletilemez. Bir taraftan dava dışı danışmanlıktaki farklı muamele, dava sürecinde yardım sağlanması yoluyla dengelenemez. Diğer taraftan gerektiği zamanda uzmanlık gerektiren tavsiye alınamadığında belli bir süre içinde kullanılması gereken hakların daha mahkeme önüne gelmeden önce kaybedilebilecek olması, iş hukukuna ilişkin uyumsuzluklar açısından özellikle ağır basmaktadır.

b) Bir tarafta dar gelirli işçi ve işverenlerin arasındaki, diğer tarafta bunlarla dar gelirli diğer hak arayanlar arasındaki farklar, bu çapta bir farklı muameleyi haklı çıkartacak türde ve ağırlıkta değildir. Bu noktada, Alman Anayasası'nın madde 9, fıkra 3 hükmünden çıkarılan olumsuz sendika özgürlüğünden (karş. BVerfGE 84, 212) kamu kaynaklarından sağlanan desteklerin, bu özgürlükten hareketle esirgenemeyeceğine dair genel bir temel ilke çıkarılıp çıkarılmayacağı sorusu akla

gelebilir. Bu durumda, bu örgütlerin sunduğu danışmanlıkların, aynı maddi durumdaki diğer hak arayanlara danışma yardımı sağlanırken geliri veya malvarlığı az olan mağdur işçi ve işverenlerden esirgenmesi, her hâlükârda sağlam temelden yoksundur. Kanun koyucu, ele alınan düzenlemenin danışma yardımını esirgediği insanların onlara danışma yardımı sunan bir örgüte üye olmasından ya da hiç olmazsa zorluk olmaksızın üye olabilecek olmasından yola çıkamaz. Kanun'un danışma yardımının sağlanması sonucunu bağladığı gelir sınırları, asgari geçim standardı içinde kalmaktadır. Bu tür gelire sahip işçi ve işverenler çoğunlukla bir işçi veya işveren sendikası için düzenli olarak üyelik aidatı ödemeye istekli ya da muktedir olmazlar. Bu nedenle diğer danışma olanaklarının -geçici süreli, kısmi zamanlı ya da çok çocuklu işçiler gibi- mağdurların hizmetinde olması ya da onların bu olanaklara makul şartlar dahilinde ulaşabilmesi az olasıdır. Aynı şekilde, bu işçilerin, bir uyuşmazlık sırasında uzmanlık gerektiren hukuki danışmanlığın temini için harcayabileceği mali kaynakları sendikaya üyelik aidatından feragat ederek biriktirebilmesi de düşük olasılıktır.

c) Kanun koyucunun tercihi de, devletin finanse ettiği danışma yardımının sendikaların faaliyet imkanlarını sekteye uğratabileceği fikrini desteklememektedir.

İş hukukunun istisna tutulduğu düzenleme, örgütlenme özgürlüğünü korumak için emredici değildir. Gerçi üyelere mahkeme dışında danışmanlık sağlanması, mahkeme sürecinde üyelerinin yasal temsilinde olduğu gibi sendikaların geleneksel faaliyet konularındandır ve sendikal eylem benzeri bir faaliyet olarak Alman Anayasası'nın madde 9, fıkra 3 hükmüyle korunmaktadır (karş. BVerfGE 38, 281 [306]). Devletin finanse ettiği danışmanlığın, sunduğu hukuki koruma dolayısıyla bir sendikaya üye olmaya yönelik teşviki azalttığı iddia edilebilir. Yine de diğer danışma yardımlarını devletin finanse etmesinin, örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale sayılıp sayılamayacağına ilişkin karar vermeye gerek yoktur. Zira Danışma Yardımı Kanunu'nun paragraf 1, madde 1, numara 1 ve madde 2 hükümleri çerçevesinde dar gelirli işçilere danışma yardımı sağlanması, her halükârda sendikaların faaliyetlerini ciddi şekilde etkilemeyecektir. Kaldı ki, sendikaların faaliyet imkanlarının sınırlı etkisi de, dar gelirli hak arayanlar için fırsat eşitliğini kapsamlı şekilde gerçekleştirme amacıyla haklı çıkarılabilirdi. Danışma yardımı sağlanması için aranan maddi koşulların (karş. Alman Medeni Usul Kanunu paragraf 114'e ilişkin Ek 1'deki liste) işçi ve memurların ortalama gelir durumlarıyla (karş. 1991 yılı İstatistik Almanlığı, s. 563 ve 570) karşılaştırmasının gösterdiği gibi, bütün işçilerin sadece çok küçük bir bölümü danışma yardımının temini için kanun tarafından aranan gelir koşullarını sağlamaktadır. Bu işçilerin büyük bir bölümü mali gerekçelerle ya da süresiz çalışmaları dolayısıyla halihazırda zaten bir sendikaya üye olmaya hemen hiç hazır değildir.

Bir taraftan danışma yardımı düzenlemesine iş hukuku dahil edilerek sendikaların zayıflatılmaları, diğer taraftan dar gelire veya az malvarlığına sahip işçi ve işverenler için iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda danışma yardımının sağlanmamasının önemli olumsuz sonuçları dikkate alındığında, anayasal yükümlülüklerden bağımsız bir sendikal örgütlenmeyi geliştirme amacı farklı muameleyi haklı çıkarmaz. Bu nedenle yasanın kabulü sırasında yasa koyucu tarafından açıkça vurgulandığı gibi Danışma Yardımı Kanunu'ndaki örgütlenme özgürlüğünün korunmasını sağlamaya yönelik istisna, ancak eyaletlerin federal yasada bırakılan boşluğu doldurma yetkisini haiz olması koşuluyla uygun görülebilir.

Nihayetinde Danışma Yardımı Kanunu'nun 2. paragrafının 2. fıkrasının 1. cümlesinin 1. bendi danışma yardımının sağlanmasını iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dışarda tuttuğu sürece anayasaya aykırıdır. Anayasa'nın madde 3/fıkra 1 hükmüyle bağdaşmazlık, diğer dar gelirli hak arayanlardan farklı olarak işçi ve işverenlerin makul bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır; bu nedenle, eşit davranma ilkesi ve sosyal devlet kuralından mahkeme dışında hukuki koruma için yoksullar ile varlıklarının durumlarını uyumlaştırılmaya yönelik bir yükümlülüğün türetilip türetilmeyeceği sorusunu incelemeye gerek yoktur.

II.

Bir norm Anayasa ile uyumlu olmadığında, kural olarak normun hükümsüz olduğu kabul edilmelidir (§ 82 md. 1 i.V.m. § 78 cümle 1 BVerfGG). Kanun koyucu anayasaya aykırılığı başka şekilde giderebilme imkanlarına sahip olduğunda ise durum değişir. Burada bu durum söz konusudur. Kanun koyucu pekala, danışma yardımını farklılaştırmadan iş hukukuna yayabilir ya da kanun uyarınca sağlanan danışmanlığa işçi ve işveren sendikalarını dahil ederek sendikaların var olan uzmanlıklarından faydalanılması taleplerini dikkate alabilirdi (karş. BTDrucks. 8/3311, S. 12). Kanun koyucunun, yasada öngörülmüş durumları farklı koşullara uyarlaması konusunda bir engeli bulunmamaktadır. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi ayrımcı düzenlemenin anayasaya aykırılığını açıklarken kendini sınırlamak zorundadır. Kanun koyucu ivedilikle hukuki durumu anayasaya uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Yeni bir düzenleme yapıncaya kadar bu norma ilişkin anayasaya aykırılık kararıyla ilgili olan yargılamalar askıdadır. Geçiş için kısa bir süreliğine bu duruma katlanılmalıdır.

Herzog, Henschel, Seidl, Grimm, Sollner, Dieterich, Kühling, Seibert

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN HAKİMİN REDDİNE İLİŞKİN

**1 BvR 471/10 Sayılı ve
26. Şubat. 2014 Tarihli Kararı**

Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI
Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ***

I. Genel Olarak

İlk derece mahkemelerinde veya temyiz ya da istinaf kanun yolu aşamasında, davaya bakan hakimın reddedilmesi veya bu hakimın davaya bakmaktan çekinmesi karşılaşılabilecek bir durum olabilir. Ancak Anayasa mahkemesi üyelerinin davadan çekilmesi veya bu hakimlerin reddedilmesi çok rastlanılan bir durum değildir.

Bir Anayasa mahkemesi üyesinin reddine ilişkin sorun, kamuoyunda türban kararı¹ olarak da bilinen yargılama esnasında Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde ortaya çıkmış ve Alman Anayasa Mahkemesi esas dava hakkında karar vermeden önce, ön sorun olarak ortaya çıkan hakimın reddi talebi hakkında karar vermiştir.

Federal Anayasada din özgürlüğü, özellikle bireyin temel hakları bölümünde güvence altına alınmıştır. Burada belirlenen din özgürlüğüne bu açıdan bakıldığında memurların ve öğretmenlerin başörtüsü takmasının yasaklanması, anayasanın belirlediği din özgürlüğü düzenlemesi ile çelişmektedir. Kamu görevlilerinin, bilhassa öğretmenlerin hukuk mücadelesi, siyasal tartışmaların odak noktası olmuştur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi esas dava ile ilgili olarak anayasa şikayetçilerinin gerekçelerini yerinde bulmuş ve anayasal güvence altında olan din özgürlüğünün Kuzey Ren Vestfalya Eyaletince ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, eyalet kanunlarının belirlediği şekilde sembolik anlamlar yüklenen kıyafetler, okul düzenine halel getirecek somut bir tehlike oluşturmaz. Eğitimcilerin inançlarından ötürü giydikleri kıyafetlerine (başörtüsü, kippa, takke vb.) yönelik yasaklama da Anayasanın amir hükümlerinden olan din özgürlüğü-

* Gazi Üniversitesi Ceza Hukuku Merkezi. ihsanyilmaz@gazi.edu.tr

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
ahmethulusiakkas@gmail.com

¹ 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 27.Ocak.2015 tarihli karar

nü düzenleyen 4. maddesine aykırılık teşkil eder ve bu durum devletin tarafsızlık ilkesini de ihlal eder. Mahkemeye göre, bir yasağın konusu “*okul nizamını bozacak derecede somut tehlike*” teşkil ediyorsa bu yasak hukuka uygundur. Ayrıca, “*Soyut bir tehlike, bir yasaklama için yeterli değildir*”.

Mahkeme, özeti verilen bu gerekçelerle **A)** 15. Şubat.2005 tarihli “Kuzey Ren Vestfalya Okul Kanunu”nun 13.Haziran.2006 tarihinde değiştirilen 57. maddesinin 4. fıkrasının 3. cümlesini, Federal Anayasa’nın 3. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesine, ayrıca 33. maddesinin 3. fıkrasına aykırı bulmuş; **B)** 57. maddenin 4. fıkrasının 1. ve 2. cümlesi ile 58. maddesinin 2. cümlesinde bahsedilen sembollerin anayasanın genel ilkeleri ile uyduğuna hükmetmiştir. **C)** Başvurucuların Anayasanın 4. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirlenen ve temel haklardan olan din özgürlüklerinin Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Hakimin reddine ilişkin kararın sadece çevirisini vermek yerine, meselenin daha anlaşılabilir kılınması için Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun ilgili hükümlerinin de çevirisinin yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht-BVerfGG) hakimin yasaklılığı ve reddine ilişkin düzenlemeleri şu şekildedir:

§ 18

(1) Anayasa mahkemesi üyesi bir hakim, görevini icradan men edilir. Eğer,

1. olaya katılmış veya olaya katılmış kişi ile daha önceden bile olsa evli ise, hayat birlikteliği sürmüş veya sürüyor ise; olaya katılmış kimse ile kayın hısımlığı da olsa alt soy- üst soy ilişkisi var ise; ya da üçüncü dereceye kadar kan veya ikinci dereceye kadar kayın hısımlığı var ise,

2. aynı davada daha önce vazifeli veya mesleki olarak görev üstlenmiş ise,

(2) Bir kimsenin ailevi durumundan, mesleğinden, kökeninden, bir partiye üye olmasından veya benzer genel nedenlerden dolayı bir yargılamanın gidişatı ile ilgilenmesi davaya katılma olarak değerlendirilmez.

(3) Aşağıdaki durumlar 1. fıkranın 2 numaralı alt bendi anlamında aynı işte çalışma olarak değerlendirilmezler.

1. Kanun yapım sürecine katılma

2. Yargılama için önemli sayılabilecek bir durum hakkında hukuki görüş açıklama

§ 19

(1) Bir Anayasa Mahkemesi üyesi tarafsızlığın şüpheye düşmesi nedeniyle reddedildiği zaman, reddedilen üye oylamaya katılmaksızın karar verilir. Oyların eşitliği durumunda başkanın oyu sonucu belirler.

(2) Reddin gerekçeli olması gerekir. Reddi istenen hakim konu hakkında açıklamada bulunabilir. Sözlü yargılama başlayıncaya kadar yapılmayan red talepleri, dikkate alınmazlar.

(3) Hakim reddedilmeden tarafsızlığının şüpheye düştüğünü açıklaması durumunda birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Anayasa Mahkemesi, hakim reddi veya çekilmesini uygun bulursa, bu hakim yerine diğer senatolardan bir hakim üye olarak kura ile belirlenir. Diğer senato başkanları üye olarak görevlendirilemez. Ayrıntılı hususlar yönetmelikte düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabulü ile Anayasa Mahkemesinin sadece bir norm denetleyen mahkeme olmaktan çıkması, benzer durumların ülkemizde de yaşanabilme ihtimalini kuvvetlendirmiştir.

Anayasa mahkemesinin hakim reddine ilişkin kararının metnine hem şeklen hem de içerik olarak sadık kalınmıştır.

II. Alman Anayasa Mahkemesinin İlgili Kararı Halk adına Anayasa Şikayeti Üzerine Yapılan Yargılamada

I. Bayan A.,

- Vekil: Prof. Dr. Christian Walter,

Prof. –Huber-Platz 2, 80539 München-

1. Doğrudan,

a) Federal İş Mahkemesinin 20 Ağustos 2009 tarih ve 2 AZR 499/08 sayılı kararı

b) Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesinin 10 Nisan 2008 tarih ve 5 Sa 1836/07 sayılı kararı

c) Düsseldorf İş Mahkemesinin 29 Haziran 2007 tarih ve 12 Ca 175/07 sayılı kararı

2. Dolaylı olarak,

13. Haziran. 2006 tarihli Kanun ile değiştirilmiş 15. Şubat. 2005 tarihli Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası ve 58. maddesinin 2. cümlesinin ilk metni

şikayet konusu edilmiştir.

-BvR 471/10

Bayan A.,

-Vekil: Wieland Avukatlık Bürosu, GbR; Rheinweg 23, 53113 Bonn

1. Doğrudan,

a) Federal İş Mahkemesinin 10 Aralık 2009 tarih ve 2 AZR 55/09 sayılı kararı

b) Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 16 Ekim 2008 tarih ve 11 Sa 572/08 sayılı kararı

c) Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 16 Ekim 2008 tarih ve 11 Sa 280/08 sayılı kararı

d) Herne İş Mahkemesinin 21 Şubat 2008 tarih ve 6 Ca 649/07 sayılı kararı

e) Herne İş Mahkemesinin 7 Mart 2007 tarih ve 4 Ca 3415/06 sayılı kararı

2. Dolaylı olarak,

13 Haziran 2006 tarihli Kanun (GV. NW. S. 270) ile değiştirilmiş 15 Şubat 2005 (GV. NW. S. 102) tarihli Kuzey Ren Vestfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası,

- 1 BvR 1181/10-

burada: 26 Şubat 2014 tarihinde Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Birinci Senatosu hakimleri

**Gaier,
Eichberger**

**Schluckebier,
Masing**

**Paulus,
Baer**

Britz'in

katılımlarıyla başkan yardımcısı Kirchhof'un da bulunduğu toplantıda şu karara varılmıştır:

1. Başkan yardımcısı Kirchhof hakimlik mesleğini icradan yasaklanmamıştır.

2. Başkan yardımcısı Kirchhof'un, 27. Mart. 2013 tarihli açıklaması ve Anayasa

başvurucularının hakim reddine ilişkin dilekçelerinde ileri sürdükleri gerekçeler, hakim tarafsızlığını şüpheye düşürmüştür.

Gerekçeler

A.

I.

1. Anayasa şikayetleri, 2 numaralı şikayetçinin iş akdinin feshi ve Kuzey Ren Vestfalya Eyaletindeki işveren tarafından şikayetçilere çekilen ihtar hakkında iş mahkemesinin vermiş olduğu kararları konu etmektedir. Bir devlet okulunda memur olarak çalışan şikayetçiler dini nedenlerden ötürü islami başörtüsü ve onun yerine ikame edilen yün boneyi çıkarmayı reddetmişlerdir.

2. Her iki şikayetçi de müslümandır. 1 numaralı şikayetçi sosyal pedagoğtur. 2 numaralı şikayetçi ise öğretmen olarak çalışmaktaydı. Aynı zamanda anayasa şikayetleri, doğrudan Anayasa Mahkemesinin İkinci Senatosunun 24 Eylül 2003 tarihli kararı doğrultusunda (BVerfGE 108, 282), Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinde çıkarılan ve okullarda çalışan kişilerin dini vecibelerine mücade ve bunların sınırına ilişkin kanuni düzenlemeler ile alakalı anayasal denetime yöneliktir. Başlangıç davasına konu edilen iş hukuku tedbirleri bu davanın çıkış noktasıdır. Şikayetçilerin ihtar ve iş akdinin feshine yönelik davaları ve bunların Federal İş Mahkemesi nezdindeki temyizleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Hem Federal İş Mahkemesi hem de ilk derece mahkemeleri her iki vakıda uygulanma kabiliyeti bulan Kuzey Westfalya Eyaleti Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrasını anayasaya uygun bulmuştur. Hükmün birinci cümlesine göre öğretmenler okulda siyasi, dini, dünya görüşü veya benzerini yansıtan işaretler bulunduramaz. Sözü edilen işaretler öğrenciler ve ebeveynleri nezdinde eyaletin tarafsızlığını yada okulun siyasi, dini yada dünya görüşü ile ilgili düzenini tehlikeye düşürmemeyecek ve bozmayacak nitelikte olmalıdır. Diğer taraftan Kuzey Ren Vestfalya anayasasının hıristiyan ve garp eğitim ve kültür değerleri veya gelenekleri ile ilgili davranış biçimlerini belirleyen 1. cümlesi, 7. maddesi ve 12. maddenin 6. fıkrasına² göre eğitim düzenlemelerinin anlamı söz konusu hükmün üçüncü cümlesi ile çakışmaktadır. Bu düzenlemeler kamu hizmetinde eğitim ve öğretimde pedagoğ ve sosyalpedagoğ olarak çalışanlar için geçerlidir (§ 58 SchulG NW).

3. Şikayetçiler, iş mahkemeleri hükümleri ve mahkeme hükümlerinin doğrudan dayandığı kanunlar çerçevesinde temel haklarının ihlal edildiğini düşünmektedir. Onlar, inanç hürriyeti ile çalışma özgürlüklerinin ihlal edildiğinden şikayet etmektedirler. Başvuruculara göre hıristiyan ve garp eğitim ve kültür değerleri

² 12. madde son olarak 25. Ekim. 2011 tarihinde değiştirilmiş (GV. NRW. S. 499) ve bu kanun değişikliği 29. Ekim. 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Çevirmenin Notu).

lehine istisna oluşturulması, dinler arasında eşitsizlik teşkil ettiği için anayasaya aykırıdır.

4. Şikayetçiler, bir konuşmasında konuya ilişkin ihsas-ı reyde bulunduğundan dolayı, başkan yardımcısı Kirchhof'un reddini talep etmişlerdir. (BVerfGG madde 18). I numaralı şikayetçi devamlı, bu konuda "BVerfGG'nin 19. maddesinin uygulanma alanı bulacağını" iddia etmiştir. Söz konusu hüküm bir hakimin taraflı olduğu şüphesini uyandıran halleri düzenlemektedir. II numaralı şikayetçi ise Başkan Yardımcısı Kirchhof'un dile getirdiği düşüncelerinin 19. maddenin uygulama alanı kapsamında "bir yargı" ortaya koyduğunu ifade etmektedir. Bu nedenlerden dolayı hakimin "şikayet üzerine verilecek karara katılımı engellenmelidir".

5. Aynı şekilde başkan yardımcısı Kirchhof da BVerfGG'nin 19. maddesi çerçevesinde karar verilmesini talep etmiştir.

II.

6. 1. Başkan Yardımcısı Kirchhof'un karara katılmasına ilişkin sorun çerçevesinde her iki şikayetçinin talepleri de temelde birbirine yakındır:

7. Zira Başkan Yardımcısı Kirchhof, Anayasa Mahkemesi üyeliğine atanmadan önceki öğretim üyeliği zamanında, eğitimcilerin başörtüsü taşıması husundaki yasağını desteklediğini bir çok defa dile getirmiştir. Zaten Kirchhof, Anayasa Mahkemesi huzurundaki ilk başörtüsü davasında (BVerfGE 108, 282), Baden-Württemberg eyaletini avukat olarak temsil etmiştir. Baden-Württemberg eyaletinde, idare mahkemesinde görülen, mesai saatleri içerisinde başörtüsü takan memur bir öğretmene ilişkin davada sunmuş olduğu istinaf dilekçesinde; islami başörtüsü ile hıristiyan rahibelerin giydiği kıyafetlerin farklı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. I numaralı şikayetçi dilekçesinde devamlı, kendisi tarafından Düsseldorf İş Mahkemesinde açılan davada, Kuzey Ren Vestfalya Eyaletinin verdiği cevap dilekçesinde Başkan Yardımcısı Kirchhof'un gerekçelerinin büyük bir kısmını kelime kelime temel aldığı ifade etmiştir. Bu şekilde bir iktibas onun onayı olmadan yapılamaz. Böyle bir durum, BVerfGG'nin 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendi kapsamına girmesi nedeniyle Hakim Kirchhof'un reddini gerektirmektedir. Sözü edilen hükmün uygulanmayacağı kabul edilse dahi, 19. maddenin burada değerlendirilmesi düşünülmelidir.

8. Her iki şikayetçi devamlı; Başkan Yardımcısı Kirchhof'un Baden Württemberg eyaletinde yürürlükte olan ve burada denetime tabi tutulan Kuzey Ren Westfalya eyaleti okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası ile birebir örtüşen okul personelinin dini sembollerinin yasaklanmasını öngören (§ 38 Abs. 2 SchG

BW) düzenlemenin manevi fikir babası olarak kabul edilebileceğini belirtmişlerdir. Federal Anayasa Mahkemesinin 24 Eylül 2003 tarihli (BVerfGE 108, 282) başörtüsü kararına dayanan Baden Württemberg eyaletindeki düzenlemeyi eyalet adına kaleme almıştır. Kirchhof, Hessen Eyaleti yanında diğer tüm eyaletlerde olduğu gibi Kuzey Ren Westfalya eyaletinde de eyalet meclis komisyonlarında başörtüsü yasağının anayasaya uygunluğunu konu eden görüşmelerde genel olarak başörtüsü yasağını desteklemiş ve aynı zamanda hıristiyan ve yahudi sembollerin ayrıcalıklı olması gerektiğini de savunmuştur. Tüm bunlara ilaveten anaokullarında da bütüncül bir başörtüsü yasağının olması gerektiğini beyan etmesi, Baden Württemberg eyaletindeki sözü edilen kanunun yürürlüğe girmesinde de etkin olduğunu göstermektedir. Kirchhof, Kuzey Ren Westfalya Eyalet meclisine sunmuş olduğu mütalahasında planlanan Okul Kanununun 57. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde hem dini sembollerin yasaklanmasını hem de hıristiyan ve batı dünyasının kültür değerlerinin ayrıcalıkları ile alakalı 57. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinin anayasaya uygun olduğunu telakki etmiştir (bkz. Eyalet Meclis Tutanakları 14/150).

İl numaralı şikayetçi, Başkan Yardımcısı Kirchhof'un sonuçsuz kalsa da bu konularda uzun mesai harcadığını bunun ise Anayasa Mahkemesi Kanununun 18 ve 19. maddelerinin anlam ve hedefleri kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Şikayetçiye göre, bundan hareketle konu hakkında ihsas-ı reyde bulunan Kirchhof hakkında Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi uygulanma kabiliyetine sahiptir.

10. 2. Bunlar dışında, Başkan Yardımcısı Kirchhof 27.Mart. 2013 tarihinde aşağıdaki açıklamaları yapmıştır:

11. "Ben, Baden Württemberg eyaletinde idare mahkemeleri önünde görülen davalar ve eğitim hizmetlerinde başörtüsü takılmasına ilişkin davalarda ve Anayasa şikayetine ilişkin 108 ve 282 sayılı kararlarda anayasa mahkemesi nezdinde anılan eyaleti temsil ettim. Anayasa Mahkemesinin başörtüsü yasağına ilişkin kararlarından sonra BadenWürttemberg eyaleti için gerekli kanunun taslağını hazırladım ve kanunun çıkma sürecinde danışmanlık yaptım. Baden Württemberg eyaletindeki kanun metni esas alınarak hazırlanan Hessen ve Kuzey Ren Westfalya eyaletlerindeki kanun yapma sürecinde her iki eyalet meclisinde de görüş bildirdim.

Önümüzdeki anayasa şikayetine ilişkin 1 BvR 471/10 numaralı başlangıç davasında, davalı eyaletlerin avukatları 30. Nisan. 2007 tarihinde Düsseldorf iş mahkemesine sundukları dilekçede tarafımdan Baden Württemberg eyaleti

idare mahkemesine hitaben formüle edilen anayasa şikayetinin kabul edilemezliğine ilişkin bir yazıdan bölümleri kelime kelime kendi argumanları olarak kullanmışlardır. Baden Württemberg eyaletinin ilgili bakanlığının başvurusu üzerine, önceki görüşlerimin belirli bir davada değil de genel olarak kullanılmasına müsaade ettim.

Önümüzdeki başlangıç davasında ne danışman ne de konuyu kaleme alan oldum.

Burada konu edilen önceki meşguliyetlerim nedeniyle, Senatodan Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi çerçevesinde bir karar vermesini talep ediyorum.”

12. 3. Başkan yardımcısı Kirchhof’un savunmasına karşı I numaralı şikayetçi; Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. alt bendine göre kanun yapım sürecinde yer alması hakim reddini gerektirmese dahi, eyalette öğretmenler için başörtüsü yasağının kabulü yönünde kapsamlı danışmanlık hizmeti sunulmasının mantıklı bir değerlendirme ile her halükarda hakim önyargısız olmasından şüphe edilmesi yönünde bir sebep teşkil edeceği açıklamasını yapmıştır.

13. Açıklama yetkisine sahip kişilere, her iki anayasa şikayetine ilişkin davada da görüş bildirme imkanı sunulmuştur.

B.

14. Başkan Yardımcısı Kirchhof, kanun hükmü gereğince her iki anayasa şikayeti ile ilgili davalarda reddedilmemiştir (§ 18 BVerfGG). Halbuki, anayasa şikayetçilerinin burada öne sürülen fikirleri çerçevesinde yapılan mantıklı bir değerlendirme ile her halükarda hakim objektif ve önyargısız yaklaşımı hususunda şüphe edilmesi gerekir (§ 19 BVerfGG).

I.

15. Başkan Yardımcısı Kirchhof, kanun hükmü gereğince söz konusu davalarda reddedilmemiştir (§ 18 BVerfGG).

16. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. alt bendi uyarınca anayasa mahkemesinde görevli bir hakim, aynı konuda mesleği veya görevi icabı çalışmışsa yasaklanır.

17. Yasaklılık kuralı, istisnai nitelik oluşturduğundan dar yorumlanması gerekir. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. alt bendindeki “aynı konuda” ifadesi, somut ve katı biçimde diğer muhakeme düzenle-

melerindeki yasaklılık kuralları ve muhakemenin içeriği ile daima uyumlu olarak anlaşılmalıdır. Hakimın yasaklanması, yalnızca anayasa mahkemesinde yapılan bir yargılamaya katılması ya da mahkeme önündeki yargılamaya öngelen yargılamada görev yapması hukuka uygundur (bkz. BVerfGE 47, 105 <108>; 72,278 <288>; 78, 331 <336>; 82, 30 <35 f.>; 109, 130 <131>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. März 2013 1 BvR 2635/12 ,NJW 2013, S. 1587 <1588>).

18. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendindeki düzenlemeye göre kanun yapma sürecinde görev almak, 18. maddenin 1. altbendi anlamında katılma olarak kabul edilemez. Buna ilaveten, yargılama için önem taşıyan hukuki bir konuda bilimsel açıklamada bulunmak, 18. maddenin 3. fıkrasının 2. altbendindeki belirlemelere göre “aynı olaya” katılma anlamı taşımaz (bkz. BVerfGE 82, 30 <35 ff.> m.w.N.).

19. Buna ilaveten, Başkan Yardımcısı Kirchhof Federal Anayasa Mahkemesinde hakim olarak işe başlamadan önce Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1. fıkrasının 2. altbendi çerçevesinde “aynı olaya” mesleki olarak katılmış sayılmaz. Önümüzdeki her iki anayasa şikayetine konu olan iş mahkemesinde görülen başlangıç davasında Kirchhof ne vekil sıfatıyla ne de herhangi başka sıfatla yargılamaya katılmıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi, Kirchhof’un en azından herhangi bir şekilde bilgisi ve isteği doğrultusunda yargılamaya ilişkin somut bir çalışmada yer almasını gerektirir. Oysa ki durum böyle değildir. I numaralı şikayetçi tarafından Kuzey Ren Westfalya eyaleti iş mahkemesinde açılan başlangıç davasında, Kirchhof’un idare mahkemesindeki yargılamada Baden Württemberg eyaletinin vekili olarak sunmuş olduğu mütalaaya geniş kapsamlı olarak atıfta bulunulması onun Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 1 fıkrasının 2. altbendi kapsamında “aynı olayda” görev alması olarak değerlendirilemez. Burada Başkan Yardımcısı Kirchhof’un açıklamalarından anlaşılacağı gibi, somut yargılamada kendisinden alıntı yapılmış olması, kendisinin buna müsaade ettiği anlamına gelmez. Mütalaasının başka yerlerde genelde kullanılmasına müsaade etmiş olması da bu kabulü değiştirmez. Başlangıç davası dilekçesinin yazımında, herhangi bir dahli olmadan ondan alıntı yapılmış olması, onun bu olayda çalıştığını göstermez.

20. Başkan yardımcısı Kirchhof’un bir yüksek okul hocası olarak, Baden Württemberg, Hessen ve Kuzey Ren Westfalya Eyaletlerinde olduğu gibi, bir çok eyalette kanun yapma sürecinde aynı konudaki düzenlemelere müdahil olmasını, kanun koyucu açıkça hakimın yasaklılığı olarak görmektedir (§ 18 Abs. 3 BVerfGG). Bu durum, burada dolaylı olarak konu edilen Kuzey Ren Westfalya Okul Kanunu yapım sürecinde olduğu gibi, Eyalet meclisi komisyonlarındaki yapılan görüşme-

ler ve yazılı mütalaalar için de geçerlidir (§ 57 Abs. 4, § 58 SchulG NW). Gerçi başkan yardımcısı Kirchhof kendi mütalaasında kanun taslağının anayasaya uygun olduğunu onaylamıştır (LTStellungnahme 14/150). Kanun yapma sürecinde, uzman görüşüne başvurulması ve mütalaa talep edilmesi gibi durumlarda şekli bir iştirak sözkonusu olduğundan, sonuç değişmeyecektir (konu için bkz. § 57 Geschäftsordnung LT NW i.V.m. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 Verf NW).

21. Burada konu edilen kanuni düzenleme ile aynı içeriğe sahip Baden Württemberg hükümetinin hazırladığı dini sembollerin yasaklanmasıyla ilgili kanun tasarısı hazırlanmasına ve ayrıca kanun yapım sürecine danışmanlık niteliğinde katılım, kanun yapım sürecine müdahil olmak şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendinin uygulama alanı, yasama organı üyelerinin katılımı ile sınırlı değildir. Başkan Yardımcısı Kirchhof'un önceleri Yüksek okul hocası olarak yasamaya dahil bir organ tarafından kanun tasarısı hazırlama için görevlendirilmesi ile kanun yapım sürecine müdahil olmak, aynı anlama gelmektedir. Bir yüksek okul hocasının, kanun yapım sürecinde, anayasal organlar tarafından görevlendirilerek yasamaya dahil olması, Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasının 1. altbendi kapsamında kanun yapım sürecine iştirak şeklinde anlaşılmalıdır; zira bu, bir hukuki konu hakkında burada konu edilen davada mühim bilimsel açıklama olarak anlaşılmalı ve bundan dolayı bu bakış açısıyla aynı işte görev almak hakim in yasalılığı olarak kabul edilmelidir (§ 18 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG; ayrıca bkz. BVerfGE 82, 30 <37>).

II.

22. Başkan yardımcısı Kirchhof ve anayasa şikayetçileri tarafından ileri sürülen sebepler her halükarda anayasa şikayetçilerine hakim in tarafsızlığını şüpheye düşürecek kabul edilebilir gerekçeler vermektedir (§ 19 BVerfGG).

23. 1. Mantıklı bir anlayışla anayasa şikayetçisi I'nin talebi gibi anlaşılan anayasa şikayetçisi II'nin hakimi ret dilekçesi yanında, başkan yardımcısı Kirchhof'un da ricası göz önüne alındığında ve ayrıca onun bu konuda tarafgir olduğu endişesi, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 19'uncu maddesi çerçevesinde bir kararın verilmesini gerektirmektedir (karşılaştırınız BVerfGE 95, 189 <191>).

24. 2. Anayasa Mahkemesi Kanununun 19'uncu maddesine göre hakim in reddi, tarafsızlığını kötüye kullanacağını gösteren bir nedenin ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bu durumda hakim in gerçekten "yanlı" veya "tarafli" ya da kendi çıkarına tutum takınmış olup olmaması önemli değildir. Her halükarda önemli olan, mantıklı bir değerlendirme ile yargılamaya katılan bir kişinin haki-

min tarafsızlığından şüphe etmesidir (bkz. BVerfGE 73, 330 <335>; 82, 30 <37 f.>).

25. Şüphesiz ki, Anayasa Mahkemesi Kanununun 19. maddesi mucibince hakim tarafsızlığından şüphe edilmesi genel gerekçelere dayandırılmaz. Anayasa Mahkemesi Kanununun 18. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan mutlak düzenlemeler hakim tarafsızlığını haklı kılmaz. Tarafsızlığını şüpheye düşüren bir halin bulunmasının hakim tarafsızlığını gerektiren bir sebep olması, bir çelişkiyi ifade eder. Bundan dolayı, hakim kanun yapma çalışmalarında etkili olması ve önemli hukuki konularda bilimsel açıklamalar yapması her zaman reddini gerektirmez, hakim reddi için ilave hususların bulunması gerekir ki böylece tarafsızlığından duyulan şüphe gerekçelendirilmiş olsun. (bkz. BVerfGE 82, 30 <38 f.> m.w.N.).

26. 3. Başkan yardımcısı Kirchhof'un tarafsızlığını gerektirmeyen konular da dahil edildiğinde, oluşan somut durumun tüm detayları önümüzdeki davayı karakterize etmektedir. Kanun yapmanın ötesinde bu sürece sadece dahil olmak tek başına tarafsızlık için yeterli değildir, bu çalışmalar sadece genel katılım niteliğinde olup, özellikle bu düzenlemelerin anayasaya uygunluğu güvencesi tam da burada konu edilen noktalara temas etmektedir.

27. Burada konu edilen şartlar çerçevesinde sadece kanun yapım sürecine etki edilmesi ve bilimsel görüşlerin açıklanması görmezlikten gelinemez. Anayasa şikayetçilerinin cephesinden genel olarak bakıldığında, belirli ölçütler çerçevesinde hakim tarafsızlığından şüphe edilmesinde haklılık payı vardır. Böylece Anayasa Mahkemesi huzurunda adı geçen davada Kanun tasarısı hazırlama inisiyatifine sahip olan Baden Württemberg Eyalet hükümetini temsil eden hakim, açık bir şekilde hristiyan batı dünyası kültür değerlerini ve eğitimini esas alan özel bir düzenleme içeren kanun taslağını hazırladı. İkinci Senatonun 24. Eylül. 2003 tarihli hükmüne dayanan (BVerfGE 108, 282) anayasaya uygun bir kanuni düzenleme taslağı hazırlamak üzere Baden Württemberg hükümeti tarafından görevlendirilmiş olduğu açıktır (vgl. zu diesem Aspekt BVerfGE 82, 30 <39>). Bu nedenlerle Yüksek okul hocası olarak Başkan Yardımcısı Kirchhof o zamanlar kanun yapım sürecinde, kanun tasarısı hazırlanırken danışmanlık hizmeti sunmuştur. Baden Württemberg eyaletinde bu şekilde ortaya çıkan düzenleme, Kuzey Ren Westfalya eyaleti yasama organına ilham kaynağı olduğu açıktır (bkz. LTDrucks 14/569 S. 7). Burada karar verilecek konu olan Kuzey Ren Westfalya Eyaleti okul kanunu düzenlemeleri hakim tarafından tasarlananla geniş oranda paralellik arz etmektedir. Başkan yardımcısı Kirchhof Kuzey Ren Westfalya Eyalet Meclisindeki mütalaasında bu düzenlemelerin açıkça anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir

(LTStellungnahme 14/150). Bu konulardaki daimi tutumunu çeşitli parlamenter müzakerelerde savunmuş ve savunmalarında farklı dini inanışların sembol ve değerlerinin farklı olması gerektiğini düşünmekte, tam da bu düzenlemelerin eşitliğe aykırı olduğu anayasa şikayetçilerinin çıkış noktasıdır (bkz. Landtag von Baden Württemberg, Protokoll der Sachverständigenanhörung vom 12. März 2004, S. 2, 12 f., S. 80, 81 f., 83; ayrıca bkz. Hessen: LTAusschussvorlage KPA 16/14, S. 358 ff.). Buna ilaveten hakim, yargılamalar esnasında düzenlemelerin konseptini ısrarla savunmuştur. Başlangıç davasında, başkan yardımcısı Kirchhof tarafından idari yargılamada ileri sürülen görüşlerden alıntı yapıldığı, I numaralı anayasa şikayetçisinin davaya cevabında vurgulanmıştır. Kanun yapım sürecindeki mutata etkinin ve ilgili hukuki meseleye ilişkin bilimsel düşünce açıklamalarının ötesinde, onun yapmış olduğu faaliyet burada konu edilen konsept için bir nevi müelliflik olarak görülebilir. Bu durumda o, anayasa şikayetçilerinin gözünde, anayasa şikayetine konu olan ve mücadele edilen düzenlemelerin ve onların somut uygulamasının çok özel bir temsilcisidir.

28. Bu şartlar altında, anayasa şikayetçilerinin, hakimin söz konusu edilen hukuki meselede her halükarda tarafsız bir şekilde karar veremeyeceği kuşkusu kabul edilebilir bir gerçekliktir (ayrıca bkz. BVerfGE 95, 189 <192>).

III.

29. Karar oybirliği ile alınmıştır.

Gaier, Eichberger, Schluckebier, Masing Paulus, Baer, Britz

İYİ ANAYASA

Yazar: Sir John LAWS¹

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Galip Engin ŞİMŞEK*

I. Giriş

İyi bir anayasa nedir? Bu soru toplumda yaşayan herkesi ilgilendirir; bu yüzden hepimizin -Pericles'in yararsız adamı, *idiotis*², hariç hepimizin- bunu bulmakta menfaati vardır. Bu konuşmada iyi bir anayasanın önemli bir unsuru olduğunu düşündüğüm şeyi tanımlayacağım: bir anayasanın iki politik ahlakı içermesi ki bunlara hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı diyeceğim.

“Anayasa” terimi ile egemen bir devlette yöneten ile yönetilen arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar dizisini kastediyorum. Bu nedenle bir anayasa yöneteni tanımlayan, devletin temel organlarını tayin eden (Batı modelinde yasama, yürütme ve yargı), ve bunların yetki ve yükümlülüklerini tespit eden koşulları ortaya koymalıdır. İyi bir anayasa makul erkek ve kadınların rıza göstereceği bir özelliğe haiz olmalıdır ki bu yönetenin devletin gücünü kendisinin değil halkın menfaatine kullanmasıdır. Ancak insanlığın haşarı doğası gereği neyin halkın yararına olduğu her zaman tartışmalıdır. Kamusal iynin kesin olarak tespit edilebilen tek bir fikirler setine bağlı olduğu iddiası akıl ve bilim tarafından yalanlanmaktadır. Böyle bir iddia yalnızca seküler veya dini bir inanç gereği mümkün görülebilir. Böyle bir inanç ise sadece baskıcı ve keyfi bir idarenin sahte meşruiyetine geçerlilik kazandırır: tekelci bilgelik iddiasındaki bir yönetici zorunlu olarak zorbalığa özenir zira tanım gereği her zaman haklıdır. İnsanlar bazen bu tür iddialara kolayca kendilerini kaptırabilmektedir. Bir dönüm noktası olan eseri, *The Power of The Powerless*'da, Vaclav Havel'in dediği gibi:

İdeoloji dünya ile ilişki kurmanın aldatıcı bir yoludur. İnsanlara bir kimlik, onur ve ahlak hayali verirken aynı zamanda bunlardan yoksun kalmalarını da kolaylaştırır.³

* Yrd. Doç. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.gesimsek@hotmail.com.

¹ Bu yazı Kraliyet Mahkemesi Yargıcı Lord Laws tarafından 4 Mayıs 2012 tarihinde Cambridge'de verilen 12. Sir David Williams Konuşması'nın revize edilmiş halidir. Orijinal makalenin referansı: John Laws, Sir (2012). THE GOOD CONSTITUTION. The Cambridge Law Journal, 71, s. 567-582 doi:10.1017/S0008197312000827; http://journals.cambridge.org/abstract_S0008197312000827.

² The Funeral Speech: Thucydides, History of the Peloponnesian War, trans. R.Crawley (London 1910), 2.40.

³ Trans. Paul Wilson, (London 1985), Section III.

Bu nedenle insanların menfaatini sağlama almak ve zorbalıktan kaçınmak için iyi bir anayasa farklılık ve tartışmaya müsaade etmelidir; yani kısaca çoğulculuğa. Çoğulculuk mecburiyeti demokratik yönetimin en iyi gerekçesidir. Demokrasi bir sonuç değil bir araçtır. Çoğulculuğu teşvik eder ve olası zorbaları engeller, zira seçim sandığının onayı düzeltici bir ilaçtır: gerçi bir panzehirden ziyade bir kusturucudur.

O halde içinde hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı şeklinde iki politik ahlakı bulduran iyi anayasa demokratik bir anayasadır. Mevcut demokratik düzenlemelerimiz tartışmanın başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Kamusal meselelerimiz son zamanlarda mahkemeler ile seçilmiş hükümet arasındaki bir yetki mücadelesini gösteren tartışmalarla damgalanmıştır. Bir mahkeme cezasını çekmekte olan mahkumlara seçme hakkı verme yetkisine sahip olmalı mıdır? Yoksa bu mesele seçilmiş hükümete mi bırakılmalıdır? Bir mahkeme yabancı bir suçlunun İngiliz vatandaşı bir çocuğun babası olduğu için burada kalmasına izin verilmesi gerektiğine karar vermede tamamen serbest bırakılmalı mıdır? Ülkenin milli güvenliğine tehdit oluşturan birisinin başına bir şey gelmesi ihtimali nedeniyle başka bir ülkeye sınır dışı edilmekten kurtulması kararını kim vermelidir? Şayet hem yürütmenin hem mahkemelerin oynaması gereken bir rol varsa, bu roller nasıl paylaşılmalıdır? İyi bir anayasa bu konularda neler söyleyebilir?

Bu tartışmalara üç farklı soyutlama seviyesinden bakılabilir. Tartışmalar genellikle birinci bazen de ikinci seviyede ele alınmaktadır. Bu konuşma üçüncü soyutlama seviyesi üzerindedir. Burada amaç iki değer arasındaki tezatı ortaya çıkarmaktır. Bunlar iki farklı politik ahlak alanı olan hukuk ahlakı ve yönetim ahlakıdır. Birinci ve ikinci seviyeler bu iki politik ahlaka başvurmadan tam olarak anlaşılabilir. Bu yüzden bunların iyi bir anayasanın doğası hakkında öğretecek çok şeyi vardır.

II. Üç Soyutlama Seviyesi

Son dönem tartışmalarımızın ele alınabileceği soyutlama seviyelerinin ilki bunların, ister Strasbourg Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ister 1998 İnsan Hakları Kanunu'nun yürürlüğe girişinden itibaren bizim kendi mahkemelerimiz tarafından uygulansın, insan hakları hukukunun bir fonksiyonu olduğu algısıdır. Bu konuda mahkemelerimizin kendi insan hakları hukukumuzu Strasbourg içtihatlarına biraz fazla sıkıca bağlamış olup olmadığı sorusu üzerine değerli katkılarını yapıldığı⁴ ve benim de birşeyler söylemek istediğim canlı ve önemli bir

⁴ Bkz., örnek olarak Savcı'nın 24 Ekim 2011'de Lincoln Inn'de yaptığı konuşma: *The European Convention on Human Rights: Current Challenges* (<http://www.attorneygeneral.gov.uk>, 25

tartışma bulunmaktadır. Ancak bu soyutlama seviyesinde kamu oyundaki ifadeler özellikle insan haklarının gerçekleşmesi zor idealleri için zamanı az olanlar tarafından sıkça yapılan düşüncesizce bir retoriğin izlerini taşımaktadır. 22 Nisan 2012'de *The Sunday Telegraph*'da okuduğum mektubun yazarının şu ifadesi moralimi bozmuştu: “Burası bir demokrasidir. Şayet çoğunluk Abu Qatada'nın ülkeden gönderilmesini isterse, Hükümet bunu yapmak zorundadır. Hükümet bu ülkeyi veya bu halkı umursamayan bir mahkeme tarafından yıldırlılmamalıdır.” Bu demokrasiye yapılan bir gönderme değildir. Bu Yunanlıların oklokrasi dediği yığınların yönetimine dair bir ifadedir.

Amacım açısından bu ilk soyutlama seviyesi değinmiş olduğum tartışmalar bakımından yalnızca bir vesile ancak çok önemli bir vesile sunmaktadır. İyi bir anayasanın kökleri çok derinlerdedir. İkinci soyutlama seviyesi bizi bunun merkezine daha yaklaştırır. Bu şu şekilde tanımlanabilir. Tartışmalar anayasal bir fenomenin belirtileridir: yani anayasamızın doğasının parlamenter üstünlükten anayasal üstünlüğe doğru geçişi. *International Transport Roth GmbH v. Secretary of State* davasında,⁵ Kanada Yüksek Mahkemesi'nden Yargıç Iacobucci'nin yorumuna⁶ referansla şunu söylemiştim:

Uzun olmayan bir zaman önce, İngiliz sistemi saf ve basit bir parlamenter üstünlüğe dayalıydı. O zamanlarda, anayasal hakların kendi başına ileri sürülmesi yanlış bir kullanım olurdu, zira genelde bir haklar hiyerarşisi, 'anayasal' ve diğer haklar arasında bir ayırım yoktu. Parlamentonun her kanunu diğerleri ile hukuken aynı mertebededeydi, hakimlerin yaptığı hukukça verilmiş haklar bakımından ise bunların kanunların statüsü ile yarışması söz konusu değildi. Mahkemeler bazı temel özgürlüklerin korunması lehine yorum kuralları geliştirmiş olsalar da esas olarak Parlamento temel haklara dair bu iddialarla sınırlanmaksızın yasama yapabiliirdi. Şu andaki evrimsel durumda, Kanada davasındaki dili kullanmak gerekirse, İngiliz sisteminin parlamenter üstünlük ile anayasal üstünlük arasında ortada bir yerde durduğu söylenebilir. Parlamento egemen yasa koyucu olarak devam etmektedir; uyması gereken daha üst bir belge yoktur (Avrupa Birliğine üyeliğimizin ardından gelen güncelleştirmeleri bir kenara koyuyorum); hukuken yapamayacağı hiçbir kanun yoktur. Ancak aynı zamanda teamüli hukukumuz da

Eylül 2012; Lord Irvine of Lairg, *A British Interpretation of Convention Rights*, UCL Judicial Institute and the Bingham Center for the Rule of Law, 14 Aralık 2011 (http://www.biiicl.org/files/5786_lord_irvine_convention_rights.pdf, 25 Eylül 2012); ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üzerine Brighton Konferansı raporu, Nisan 2012 (bkz <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Reform+of+the+Court/Conferences>, 25 Eylül 2012)

⁵ [2003] Q.B. 728.

⁶ *Vriend* [1998] S.C.R. 493, 563.

anayasal veya temel haklar kavramını tanımakta ve onaylamaktadır. Bunlar genel olarak Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Konvansiyonu'nda ifade edilmiş olan haklardır..., ancak bunların tanınması teamüli hukukun kendisi tarafından yapılmaktadır...

Bununla beraber parlamentlerden anayasal üstünlüğe doğru geçişte temel hakların hukuken tanınması çabası önemli bir zorlukla karşılaşmaktadır. Temel haklar ve yönetim politikaları birbirleri ile çatışma içine düşebilmektedir. Temel haklar hukuki bir kurgu olarak genellikle yargıçların elindedir. Yönetim politikası ise elbette yürütmenin elindedir. Bu yüzden Strasbourg Konvansiyonu'nun sonuçları bir yana, parlamentlerden anayasal üstünlüğe doğru ilerleyiş mahkemeler ile politikacılar arasında ortaya çıkan yetki savaşının başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Profesör Vernon Bogdanor *The New British Constitution*⁷ adlı kitabında Sir Stephen Sedley'in "Kraliyet'in Parlamentodaki hakimiyeti ve mahkemelerdeki hakimiyetinden oluşan çift-kutuplu egemenliğine [dair] yeni ve henüz ortaya çıkmakta olan bir paradigma"ya yaptığı referansı hatırlatmaktadır. Bogdanov şöyle devam ediyor⁸:

Böyle bir paradigmanın güçlüğü elbette şudur ki yeni çift-kutuplu egemenliğin iki ucu yetkinin paylaşılması için işbirliği yapmak yerine çok kolaylıkla çatışma içine düşebilir.

Mevcut veya potansiyel bu çatışma ışığında bu ikinci soyutlama seviyesinin-parlamentlerden anayasal üstünlüğe ilerleyiş- bahsetmiş olduğum tartışmalara ilişkin düşüncelere yakın zamandaki katkılarını eklemek faydalı olur. Jonathan Sumption geçen yıl Lincoln's Inn'deki F. A. Mann Konuşması'nda⁹ şu soruyu sormuştu: "Bir demokraside yargısal denetim hükümetin ve yasamanın düzgün çalışmasına tecavüz etmeden nereye kadar gidebilir?" Daha sonra da şu soruyu: "Hukuk nerede biter ve politika nerede başlar?" Bu sorulara genel olarak cevabı yargıçları politik alana tecavüz etmemeye davet eden bir yargısal kendini sınırlama çağrısıydı:

Demokratik kurumlarımızın düzgün işlemesi hakkında kaygı duyanlar açısından, özünde politik olan meselelerin yargısal olarak çözümünü savunmak zordur. Kamusal rızada bunun meşru bir temeli yoktur, zira yargıçlar kararları bakımından haklı olarak kamuya karşı sorumlu değildir... Mahkemelerin ge-

⁷ (Oxford 2009), ch. 3, s. 82.

⁸ a.y.

⁹ *Judicial and Political Decision-Making: The Uncertain Boundary* (http://www.legalweek.com/digital_assets/3704/MANNLECTURE_final.pdf.)

leneksel olarak karışmaktan imtina ettiği politika-yapım alanlarındaki çekimser tavırlarına ilişkin en ikna edici neden uzun zamandır devam eden anayasal geleneklere göre bunların yürütme veya yasamanın özel alanı içinde yer almalarıdır. Asıl meselenin devletin farklı organlarınca yapılan kamu tercihlerinin uygunluğu olduğunda, demokratik hesap verilebilirlik, bu yaklaşımın hükümet faaliyetlerinin bütün alanlarına genelleştirilmesi için bir neden olmalıdır.

Lord Sumption kendi görüşüne göre bu imtina kuralının dikkate alınmadığı örnekleri de vermektedir. Bu durumun İnsan Hakları Kanunu'nun işlemeye başlaması ile kötüleşmeye başladığına açıkça inanmakta ve Strasbourg mahkemesinin içtihatları hakkında da söyleyecek şeyleri bulunmaktadır, ancak yargısal geri çekilmeyi savunması bunu geleneksel anayasal alana saygı duyma erdemi olarak görmesine dayanmaktadır.

Lord Sumption'ın tezi bu yılın Şubat'ındaki *London Review of Books*'da¹⁰ Sir Stephen Sedley tarafından eleştirilmiştir. Sir Stephen, Lord Stumption'ın Fransa ve Birleşik Devletler'deki anayasal ilerleme yorumuna ciddi bir eleştiri getirmiştir ve bütün saygıyla aralarındaki bu tarihsel tartışmanın canlanmasını temenni ederim. Sir Stephen kendi adına kamu hukukumuzu idare eden yargıçların bulunmamaları gereken bir alanı ihlal edecek bir geçiş yapmadıklarına yönelik güçlü ve ciddi bir tezi savunmaktadır. Lord Sumption'ın bu konuda aksi yöndeki örneklerini de inkar etmektedir. Bu açıdan şunu söylemekte:

Mahkemeler Parlamento'nun anayasal üstünlüğüne saygı duymak için ellerinden geleni yapmaktadır; Sumption aksini gösteren hiçbir ciddi örnek vermemektedir. Bakanların yönettiği devlet departmanlarından -yarı hükümet dışı kuruluşlar ve yerel idareler dahil-oluşan yürütme kamu hukukunun kontrollerine tabidir.

Kanaatimce Lord Sumption birincil yasama ile idari eylem arasındaki farkın ve mahkemelerin birinciye devam edegelen saygısının hakkını vermemektedir; ve yasamanın İnsan Hakları Kanunu ile yargıya stratejik konular diyebileceğimiz meselelere girmekten başka seçenek bırakmadığı gerçeğine, her ne kadar kabul etse de, gereğinden az bir önem vermektedir. Ancak Sir Stephen da kendi adına parlamentodan anayasal üstünlüğe ilerleyiş ve bunun yargı ve politik otoriteler arasında devlet gücünün dağılımına etkisiyle açıkça yüzleşmemektedir.

Bunlar mahkemeler ve politikacılar arasındaki ihtilafı tartışabileceğimiz ilk iki soyutlama seviyeleridir: insan hakları hukukunun etkisi ve parlamentlerden

¹⁰ Sir Stephen Sedley, *Judicial Politics*, London Review of Books Vol.34 No.4, 23 Şubat 2012.

anayasal üstünlüğe ilerleyiş. Ancak bu soyutlamalar cevaplar sunmaktansa ikilemler ortaya çıkarmaktadır. Şayet iyi bir anayasa yönünde daha fazla kavrayış elde etmek istiyorsak zannediyorum hem bu ihtilaflar bakımından hem de genel olarak iki politik ahlak alanıyla yüzleşmeli ve bunları anlamalıyız: hukuk ahlakı ve yönetim ahlakı. Bu da üçüncü soyutlama seviyesidir.

III. İki Politik Ahlak

Bu iki ahlak nedir? Bunlar iyi bir anayasaya göre Devlet otoritesinin kararlarını verirken veya onaylarken çaba göstermesi gereken iki zıt değerdir. Bunları şöyle özetleyebiliriz (1) her bir bireyin irade özgürlüğü ve (2) halkın bir bütün olarak menfaatleri. Bunlar hukuk ve yönetime ait ahlak alanlarıdır. Bunların ilki ister devletin veya vatandaşların genel menfaatini iyileştirsün veya aksi olsun, borçların ifa edilmesi ve hakların korunması gerektiği kavramı ile alakalıdır. Ancak ikinci ahlak alanı devletin ve vatandaşların refahını merkeze alır: “en fazla kişiye en fazla mutluluk”. Açıktır ki bunlar birbirleri ile kolaylıkla çatışabilir.

Bu iki ahlak Profesör Ronald Dworkin’in prensip ve politika arasındaki meşhur ayrımının yakın ve güçlü izlerini taşır.¹¹ Daha geniş olarak da ahlak felsefesinin Aydınlanma sonrası iki temel ve oldukça tanıdık geleneklerini yansıtır: bir yanda haklar ve borçlar felsefesi, diğer yanda faydacılık felsefesi: Kant ve Bentham. Bu gelenekler karmaşık ve zordur. Mesela Kant’ın kategorik zorunluluk fikri ile ilişkili pek çok problem vardır; bu fikrin bir biçimi şöyle ifade edilmekte “Aynı zamanda evrensel bir kural olmasını isteyeceğin bir ilkeye göre hareket et”.¹² Bununla alakalı kişilere bir araç olarak değil bir amaç olarak muamele edilmesi fikri de ancak ciddi koşulların bulunması halinde ikna edicidir. Faydacılık da teorik ayarlamalara ve kural-faydacılığı ve eylem-faydacılığı olarak adlandırılan sonuçlara götüren kötü şöhretli problemler ile kuşatılmıştır.

Bu birbirine muhalif teorilerin üzerinde düşünürken filozofların çetin zorluklarla karşılaşmalarının bir nedeni de Teklik Kutsal Kadehi’ni aramadaki ısrarlarıdır-bütün durumlar için doğru olduğu gösterilebilen tek bir ahlak teorisi arayışı. Nitekim, şimdiden büyük felsefi önemde bir çalışma olarak kabul edilen yeni kitabı ‘*On What Matters*’da,¹³ Derek Parft, Kantçılık, sözleşmecilik ve (faydacı-

¹¹ Örnek olarak bkz., *Law’s Empire* revised edition (Oxford 1998), s. 221-4, 243-4, 310-12, 338-9, 381.

¹² Metinde referans gösterdiğim *On What Matters*’da (Oxford 2011), Derek Parfit bu ilkenin değiştirilmiş bir versiyonu olan “Herkes rasyonel olarak herkesin isteyeceği evrensel olarak kabul gören prensipleri takip etmelidir” ilkesinin Kant’ın bulmaya çalıştığı şey olabileceğini: üstün ahlak prensibi” ifade etmektedir (ch.14, s. 342).

¹³ Örnek olarak bkz., Peter Singer’in 20 Mayıs 2011 *Times Literary Supplement*’daki yorumu.

lığın bir çeşidi olan) sonuççuluktan oluşan üç temel normatif geleneği sentezleyerek 'Triple Theory' adını verdiği tekçi bir bütüne ulaşmaya çalışmaktadır.¹⁴ Ancak teklik kadehi arayışına devam etmeyi önermediğimden bunu yapanların karşılaştıkları kavramsal zorluklar hakkında her hangi bir şey söyleme ihtiyacı duymuyorum. Bireyin irade özgürlüğü ve halkın bir bütün olarak menfaatleri şeklinde iki değer arasında pratikte karşılaşılan zıtlığı anlamak için bunlara temel oluşturan iki politik ahlaka işaret etmem yeterli olacaktır. Bu ikisinden her birinin kuşatıcı bir ahlaki teori olarak problemleri ne olursa olsun, bunlar farklı değerler olarak kendi içlerinde tamamen tutarlıdır ve aralarındaki zıtlık kesin olmasa da tamamen gerçektir.

İyi bir anayasayı anlamak için bu zıt değerlerin olası sonuçlarını açıklığa kavuşturmakla ilgileniyorum. İnsan hakları hukuku ve parlamenterden anayasal üstünlüğe ilerleyişe dair başlangıçtaki karşı görüşlerin ele alınabileceği ilk iki soyutlama seviyesindeki konular ve tartışmalar bu iki politik ahlak arasındaki gerilimin bir fonksiyonudur. Bunun daha fazlası: anayasamızın genel anlamı, yöneten ve yönetilen arasındaki ilişkiler hukukumuzun bu iki ahlaka verdiği izafi ağırlığa göre belirlenir. İyi anayasa bu iki politik ahlakın uyum içinde olmasını, her birinin diğerine en az zarar verecek şekilde korunmasını zorunlu kılar.

IV. İki Ahlak Arasındaki Tezat

İki ahlak alanı arasındaki tezadı ve dolayısıyla bunların her birinin doğasını daha fazla açıklamalıyım. İlk olarak, her bir bireyin irade özgürlüğünün adaletin bir fonksiyonu olduğu ve bu nedenle mahkemelerin doğal yetki alanı içinde olduğu artık bariz şekilde ortada olduğu gibi halkın bir bütün olarak menfaatleri de demokratik yönetimin bir fonksiyonudur ve bu nedenle politikacıların doğal yetki alanına dahildir. Devletin bu iki temsilcisinin diğerinin alanına tecavüz edebilecek olması tartışmamın önmeli bir kısmını oluşturacak olup yetki alanının bunlar arasında paylaşımı esas paradigmadır.

İkinci olarak, mahkemelerin doğal yetki alanı en azından geniş biçimde Kantçı felsefe tarafından belirlenirken yönetimin alanının faydacı felsefe tarafından belirlenmesi sürpriz değildir. Adaletin idaresi zorunlu olarak belli bir davada, haklar ve borçların yerleşmiş kural ve prensiplere göre kararlaştırılmasıyla ilgilidir. Faydacı bir felsefenin sistematik olarak uygulanması bu yargısal fonksiyon ile çelişkili olabilecektir. Bu durum yargıçların kamunun menfaatine olduğunu düşünmeleri halinde varsayılan daha büyük bir iyi adına uygulanması gereken

¹⁴ Parfit, age., s. 411-17.

hukuku bir kenara bırakmalarına yol açabilir. Ancak bu adaletin inkarı olur; hukukun inkarı olur.

Buna karşı politikacılar, yönetimler zorunlu olarak faydacıdır. Zira bunların özel vazifesi yerleşik hakları ve borçları değil -hastaneler ve okullar arasında, sosyal güvenlik ve savunma arasında, yüksek ve düşük vergi politikalarıyla ilgili zıt talepler arasında- çatışan ve çoğunlukla stratejik olan *menfaatleri* dikkate almaktır. Elbette yönetimin zaman zaman haklar ve borçlarla ve yargının idaresi ile (her ne kadar bu konuya bireysel adalet ile kolay uyuşmayan faydacı politikaları uygulasalar da) ilgilenebileceğini ve ilgilendiğini kabul ediyorum. Gerçekten de ceza avukatları ve yargıçlar sıklıkla ceza hukukunu karmaşık hale sokan yasa fazlalığından şikayet etmektedir. Ayrıca yönetim her konuda söz söyleyebileceği (veya eylemde bulunabileceği) için bütün politika ve yasaların arkasındaki itici gücün ister faydacı veya aksi olsun tek bir normlar setine indirgenemeyeceğini de kabul ediyorum. Yine de özellikle demokratik bir yönetimin fonksiyonu her alanda genel menfaat açısından en iyi *sonuç* olarak gördüğü şeyi teşvik veya temin etmektir. Bu ise sonuca yönelik bir pozisyonudur ve faydacı olarak adlandırılabilir, zira halkın bütünü veya her halükarda dikkate alınan sınıf veya sınıfların bütün üyeleri bakımından en iyi sonucu gözetir.

Bu cihetle politikanın felsefi paradigması faydacılığın itici gücüne dayanır. Dolayısıyla haklar ve borçlar zorunlu ve haklı olarak adaletin ve bu nedenle hukukun ahlaki dili iken faydacılık zorunlu ve haklı olarak yönetimin ahlaki dilidir.

Burada politik ahlakların kendi içerikleri hakkında bir hususa değinmek gerekiyor. Elbette her iki ahlak da eksikliği halinde diğer her şeyin boşa gideceği akıl ve samimiyeti varsayar. Ancak şu zıtlığa dikkat: hukuk ahlakına yerleşmiş prensipler vasıtasıyla etki kazandırılır fakat yönetim ahlakında bu yoktur. Hukuk ahlakını ifade eden prensipler nadiren tartışmalıdır. Bunların arasında tutarlılık, orantılılık, adil süreç ve özgürlük varsayımı bulunur. Hukuk prensiplere dayanmak zorundadır, zira bu olmazsa, sonuç yargıcın basit tercihlerinden başka bir şey olmaz ki bu da hukuk değil yalnızca güç kullanımıdır. Fakat yönetim ahlakının bir parçası olan böyle prensipler yoktur. Daha önce söylediğim gibi neyin halkın genel menfaatine olduğu her zaman tartışmalıdır ve rekabet halindeki iddialar bütün rakiplerin kabul edeceği yerleşik prensiplere indirgenemez veya bir takım prensiplerden çıkartılamaz. Elbette küçümseyici bir anlamda yönetim sürecinin genel olarak kuralsız olduğunu hiçbir şekilde iddia etmiyorum. Yönetim bir çok faktörle sınırlanabilir: seçim sandığı, partiler, parlamenter aritmetik, dış koşullar, kamu oyu ve politik aktörlerin taahhütleri. Politik muhalifler de kendilerine ait güçlü prensiplere sahiptir; ancak bunlar zorunlu ve haklı olarak partizanca

olup değişkenlik gösterebilir. Politik bölünmeler arasında gezinen önemli özellikler vardır: bunların arasında akıl ve samimiyetin yanında iyiniyet varsayımı ve liyakat çabası bulunur. Ancak bunlar kararlara uygulanan prensipler değildir. Bunlar karar alıcıların kişisel özellikleridir.

Özet olarak: politikacılar tekerleği yeniden icat edebilir, yargıçlar edemez. Hukuk evrimcidir. Politika devrimcidir. Hem hukuk hem de yönetim yeni icatlar çıkarabilir; ancak hukuk ve özellikle teamül hukuku yeni bir icadı eskisinden yola çıkarak yapmak zorundadır. Bu nedenlerden ötürü yönetim ahlakı hukuk ahlakından çok daha fazla açıktır. Hukuk ahlakının temel prensipleri -tutarlılık, orantılılık, adil süreç ve özgürlük varsayımı- tabiatları itibarıyla bireysel haklar ve borçların tayini ile çok yakından ilgilenmek zorundadır ve ilgili oldukları ölçüde yargısal kararların sonucuna doğrudan etki ederler. Fakat yönetim ahlakının temel özellikleri -iyiniyet ve liyakat- her ne kadar çok önemli olsalar da yönetim faaliyetinin sonucu olan politika yapımı üzerinde sadece stratejik etkiye sahiptir. Hukuk yönetime kıyasla çok daha evcil bir yaratıktır.

V. İki Ahlakın İyi Anayasa Açısından Sonuçları

Bunlar hukuk ahlakı ve yönetim ahlakının başlıca zıt hatlarıdır. Şimdi bunların iyi anayasa açısından sonuçlarına değinmemeye izin verin. Burada en kolay soru şudur: her iki ahlakın da yer almadığı bir anayasa neye benzer? Bu artık bir anayasa olamaz, ya da bu ismi hakeden bir şey sayılamaz. Bu gibi bir durumda şayet hukuk denen bir şey kalırsa bu her türlü prensip bakımından eksik bir şey olacaktır. Şayet yönetim diye bir şey kalırsa bu da acımasız ve gayri insani olacaktır. Acımasız bir otokrasinin işareti her iki ahlak bakımından eksik olmasıdır.

Araştırmamızla daha yakından alakalı bir başka soru ise şudur: politik ahlaklardan her birinin diğerine göre daha yüksek veya daha yumuşak bir sese sahip olması halinde anayasal meseleler ne halde olur? Şurası açıktır ki iyi anayasa iki ahlaktan her birinin devlet gücünün dağılımında esaslı ağırlık taşıdığı bir dengeyi gerektirir. Şayet biri diğerinin öne çıkışı ile tamamen ortadan kalkıyorsa iyi anayasa artık iyi olmaktan çıkar. Her iki uç noktayı ele alalım. İlk olarak yönetim ahlakının hukuk ahlakından çok daha büyük bir güç olduğu durumu ele alalım. Böyle bir durumda bireysel haklar -adalet talepleri- yönetimin faydacı öncelikleri tarafından ezilebilecektir. Aksi durumu düşünürsek: yani hukuk ahlakı yönetim ahlakından çok daha büyük bir güce sahip ise. Bu halde de genel kamu menfaatinin sesi boğulacaktır: yani onun sesi yarışan bireysel taleplerin patirtisinde duyulmayacaktır.

O halde iyi anayasanın her birinin esaslı bir ağırlığa haiz olduğu iki ahlak ara-

sında bir dengeyi gerektirdiğine dair hiçbir şüphe yoktur. Hukuk ahlakı bireysel taleplerin toplum üzerindeki etkisini unutmamalıdır; ve yönetim ahlakı da toplumsal taleplerin bireyler üzerindeki etkisini unutmamalıdır. Ancak her iki ahlaka da yalnızca kendi iyiliği için ihtiyaç duyulmaz. Zira her bir uç durumda hakim olan ahlak kendi içsel zayıflığı yüzünden yozlaşır. Bu zayıflıklar nelerdir? Yönetim ahlakının zayıflığı demokrasi ilacının iyileştirici gücünün yan etkisidir: seçim sandığının bedeli olan popülizm. Fakat uygulanabilir hakların tesisinin pratikteki etkilerine bakıldığında hukuk ahlakının da kendi zayıflığı vardır. Büyük Amerikan hukukçusu Oliver Wendell Holmes 1908’de Yüksek Mahkeme önündeki bir davada şöyle söylüyordu “bütün haklar kendi mantıksal uç noktalarında kendilerini mutlak ilan etmeye eğilimlidir”.¹⁵ Bu kesinlikle doğrudur. Hakların doğasında bir santim verildiğinde bir kilometre talep etme vardır.

Bu zayıflıkların her biri ait oldukları ahlakın kesin olarak yükselişte olduğu zamanlarda en güçlü hale gelebilir. Ancak yönetim hukuku ve hukuk da yönetimi sınırlar. Bu sayede popüler baskı bireysel hakların aşırı taleplerini frenler. Aynı şekilde bireysel davalardaki adalet popülist aşırılıkların ateşlediği tedbirleri frenlemeye meyillidir. Şu halde iyi anayasa hem kendi iyilikleri için hem de her biri diğerinin zayıflığını azalttığı için her iki ahlaka da ihtiyaç duyar.

İngiltere’de bu esaslı denge en azından bir dereceye kadar A.V. Dicey’in ikizleri adı verilen parlamenter egemenlik ve hukukun üstünlüğü tarafından korunmaktadır. Hukukun üstünlüğü ortak kullanımına rağmen zorluğu yüzünden kötü şöhretli bir kavramdır. Bu konuda bir “ince” teori vardır: buna göre devletin eylemleri geriye yürümeyen yayınlanmış yasalara dayanmalıdır, ancak bu teori yasaların içeriği ve niteliği hakkında hiçbir şey söylemez. Bir de “kalın” teori vardır. Buna göre hukukun üstünlüğü yalnızca bir yasa eğer belli açılardan esaslı bir biçimde erdemli ise ortaya çıkar.¹⁶ Ancak her ne kadar kalın teorisinin taraftarları genellikle bireysel otonominin ateşli savunucuları olsalar da, nasıl anlaşılırsa anlaşılırsın Dicey’in ikili yapısının iki politik ahlak arasındaki zıtlığı ve bunları dengelemek üzere bir anayasa ihtiyacını yeterince aydınlatmadığını düşünmüyorum.

Bu zıtlıklar başlamış olduğum tartışmaların ele alınabileceği ikinci soyutlama seviyesi tarafından aydınlatılır: yani parlamenterden anayasal üstünlüğe ilerleyiş; zira bu yönetim ahlakından hukuk ahlakına bir geçişi temsil eder. Bu geçiş

¹⁵ *Hudson County Water Co v McCarter*, 209 US 349, 355 (1908).

¹⁶ Bkz., genel olarak T. Bingham, *The Rule of Law* (London 2010). Ch. 7 (s. 66). Lord Bingham “ince” teori konusunda Joseph Raz’a atıf vermektedir (J.Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford 1979), s. 211, 221). Lord Bingham’ın kendisi tamamen “kalın” teori kampındadır: bkz. *The Rule of Law*, s. 67.

son on bir yıl içinde ve özellikle İnsan Hakları Kanunu'nun Ekim 2000'de yürürlüğe girmesinden itibaren çok daha fazla ileri gitmiştir. Profesör Bogdanov'un şu düşüncesi¹⁷ ile bir benzetme yapacak olunursa "anayasal reformlar 1997'den beri [İnsan Hakları Kanunu'nu da eklemektedir] İngiltere'nin Avrupa Birliği'ne üyeliği ile birlikte bize yeni bir İngiliz anayasası sunmuştur".

O halde demokratik bir devlette politik ahlak alanları arasındaki denge nasıl kurulmalıdır? Bu denge koşulların etkisi altında değişkenlik göstermeye mahkumdur. Milli bir tehlike zamanında yönetim ahlakının sesi haklı olarak daha güçlü çıkacaktır. Ancak yine de bir denge kurulmalıdır; güvenliğin talepleri ve bireysel hakların talepleri arasındaki gerilim hem gerekli hem de alışıldaktır;¹⁸ ve tam da başlamış olduğum tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Genel olarak denge devletten devlete geçecek farklı kültürel ve politik geleneklerin etkisi altında şu veya bu yola yönelecektir. Her devletin özeneceği tek bir mükemmel denge noktası, evrensel bir ideal yoktur. Bir anayasa için hiçbir Platonik Form mevcut değildir. Bu durumun kendisi anlamlıdır: özellikle bu iki ahlakın bir devletten diğerine farklılaşan paylaşırılışı, anayasalar arasındaki bu farklılıklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına yol gösteren takdir payı doktrini meşrulaşmakta ve gerekli hale getirmektedir: Lord Sumption'un düşüncesine göre¹⁹ Strasbourg mahkemesi tarafından "neredeyse yok" hükmüne düşürülmüş bir doktrin. Ancak bir anayasa için hiçbir Platonik form bulunmaması nedeniyle, takdir payı doktrini taraf devletlerin milletlerarası insan hakları mahkemesine güven duymaları koşulunun tam olarak kendisidir.

Bundan sonra şunu vurgulamalıyım politik ahlaklar arasında birinin diğerini ezmemesi için bir denge bulunmasında önemli bir zorluk vardır. Önceden öngördüğüm üzere her biri diğerinin alanını bir seviyeye kadar işgal edecektir. Meşhur bir örneği ele alırsak: Avrupa Konvansiyonu'nu iç hukukda kabul etmiş olmamız nedeniyle, Madde 8 altındaki haklarını talep eden istenmeyen yabancıların geri gönderilmesinde orantılılığın mahkemeler tarafından değerlendirilmesi gerekli hale gelmiştir. Bu yargıçları yönetim ahlakının alanına davet etmiştir. Hükümetin buna cevabı politika adına bireysel haklar üstüne baskı uygulayarak hukuk ahlakının alanını işgal etmek olmuştur. Bu karşılıklı işgaller Strasbourg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dahil bütün mahkemeler ile hükümetler arasında gö-

¹⁷ Age., s. 271.

¹⁸ Bkz., diğer konuşmalar arasında, Professor Aharon Barak, Human Rights and their Limitations: The Role of Proportionality, FLJS Annual Lecture in Law and Society, 4 Haziran 2009 (<http://www.fljs.org>).

¹⁹ Age.

rünürdeki yetki alanı savaşının gerçek nedenidir. Ancak bütün bunlar devletin huzurunu bozmaya da meyillidir. Söylediğim gibi iki politik ahlak biri diğerine en az zararı verecek şekilde uygulanarak uyum içinde bulunmalıdır.

Madde 8'e ilişkin talepler elbette bu alansal tecavüzlerin oldukça canlı da olsa yalnızca küçük bir örneğidir. Ancak her bir ahlakın diğerinin alanını işgal etme eğilimi bunlardan her birine esaslı ağırlık atfetmenin genel bir sonucudur. Bunu akılda tutarak, politik ahlaklar arasında dengeyi bulmak için önemli olan, İngiltere'de devlet gücünün dağılımına dair düzenlemelerin belirli özelliklerini ele almama izin verin.

VI. İngiltere Anayasası'nda İki Ahlak

Yerel özelliklerden ilki yazılı, kodifiye bir anayasaya, egemen bir belgeye sahip olmayışımızdır. Bu sunumda böyle bir belge ile daha iyi bir durumda olmuyoruz meselesine fazla girmeyeceğim. Yalnızca şunu söyleyeceğim üç nedenden ötürü kendi adıma böyle olabileceğimizi düşünmüyorum. Birincisi yazılı bir anayasa esasa dair soruları yoruma dair sorulara dönüştürmeye meğillidir. İkincisi anayasanın kurucu babaların saf sesi veya yaşayan bir belge olarak mı ele alınması gerektiği tartışmasına çok fazla zaman harcanabilir ve bu da çok fazla gerilim üretilir. Üçüncüsü teamül hukukunun esnekliği ve uyum yeteneği zarar görebilir. Ancak ben burada sadece böyle bir egemen belge eksikliğimizin önemli bir sonucu ile ilgileniyorum. Bu yargıçların iki ahlak arasında dengeyi bulmak üzere ağır bir sorumluluk taşımak zorunda olmasıdır. Parlamento yasa çıkartabilir fakat teamül hukukunun evrimci metodu böyle hassas bir şeyi şekillendirmede daha iyi bir araçtır. Parlamento'nun kanunu bir defada ve tek bir sesle konuşur, gerçi yeniden konuşabilir de. Hukuk ise zaman içinde ve bir çok sesle konuşur. Bu bağlamda yargısal rol fenomeninin yazılı bir anayasa yokluğunun gerçek önemini ortaya koyan başka bir olası sonucu vardır. Konvansiyon davalarına nasıl yaklaşılacağına karar verirken yalnızca İnsan Hakları Kanunu'nun bize dediklerini yapmıyoruz. İki politik ahlak arasında bir denge de buluyoruz; ve bu sayede kendi anayasamızı da şekillendiriyoruz. Bu kendi mahkemelerimizin niçin bir yerel insan hakları hukuku geliştirmeleri gerektiğine dair güçlü bir nedendir. Bu konuda *R v Special Adjudicator ex parte Ullah* davasında,²⁰ Lord Bingham'ın mütalahasındaki şu tavsiyelere saygı duymakla birlikte dikkatle yaklaşmamız gerekiyor: "Milli mahkemelerin görevi zaman içinde evrimleşen Strasbourg içtihatları ile uygun adım gitmektir: ne daha fazla, fakat ne de kesinlikle daha az." Kendi ana-

²⁰ [2004] 2 A.C. 323 [20].

yasamızdaki yetki dağılımını şekillendirmek, kendi anayasamıza biçim vermek *her şeyden önce* yerel bir sorumluluktur.

Dengeyi kurarken aklımızda tutmamız gereken kendi düzenlemelerimizin ikinci özelliği bu hukuk düzeninde her iki politik ahlakın da çok güçlü geleneklere oturduğudur. Politik geleneğimizin en belirgin özelliği, her ne kadar özellikle Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu hukukunun çifte etkisiyle ve ayrıca parlamenterden anayasal demokrasiye doğru genel ilerleyişin gücüyle artan bir değişime uğrasa da, yasamanın egemenliğine dayalı olmasıdır.²¹ Hukuki geleneğimiz de teamül hukukunun çekişmeli yargılama adaletine ve yargının yürütmeden tam ve tartışmasız bağımsızlığına dayanır. Bu kuvvetli gelenekler bize hukuk mahkemeleri ve yürütme arasında bariz ve belirgin bir ayırım sunmaktadır. Politika sanatının uygulayıcıları hakkında mevcut şüpheciliğin derinliği ne olursa olsun ortak iyiye dair faydacı soruları yargıçların yetki alanına teslim etmeye yönelik hiçbir etkili kamusal istek yoktur. Ne de böyle olması gereklidir.

Bu gelenekler iki ahlak arasındaki ideal uyuma ek bir ağırlık katmaktadır. Bu geleneklerin gücüne, erdemi de diyebiliriz, ahlaklardan her birinin diğerinin alanını işgal etme ihtimalini arttırmak yerine azaltacak bir dengeyi gözeterek en iyi şekilde hizmet edilir. Aynı şekilde kanaatimce anayasal düzenlemelerimiz, mahkemeler yönetim ahlakının alanına doğru işgal girişiminde bulduklarında, mahkemelerin kendilerini sınırlaması gerekliliğine hizmet etmelidir. Bu gereklilik yargıçlar bu alana İnsan Hakları Kanunu gibi bir kanunun buyruğu ile girdikleri için daha az önemli hale gelmez. Bu anayasal geleneklerimizin oluşturduğu arka plan açısından da meşrudur zira yönetim ahlakının bekçileri seçilmiş gücün meşruiyeti ve seçim sandığının otoritesidir. Yargının kendini sınırlaması yalnızca bir demokratik hesap verebilirlik sorunu değildir. Daha önce çizmiş olduğum iki ahlak arasındaki zıtlığı hatırlayacaksınız: hukuk ahlakına yerleşik prensipler yoluyla etki tanınırken yönetim ahlakında durum böyle değildir. Bu nedenle yargıçlar diğerinin alanına girdiklerinde, hukuku savunmak için kullandıkları yerleşik hukuk prensipleri cephaneliği onlara yardımcı olamaz. O alanda işleyen şey genel menfaatin faydacı algılanışıdır; ve bu yargıçların *işi* değildir.

Kendi kendini sınırlama emrini nasıl uygulamalı? Bu açıdan bir prensipler cephaneliği ihtiyacının kendisi bir cevap önermektedir. Yargıçlar yönetim politikalarına verilecek güç veya ağırlığı ölçmek için kendilerine ait hiç bir araca sahip olmadıklarından, bu konulara ilişkin yargıları müdahale edici olmaktan çok

²¹ Lord Steyn ve Lord Hope'un *Jackson & Ors v Attorney General* 'deki görüşleri [2005] UKHL 56 [102] ve [159].

mesafeli olmalıdır. Mesela bir Madde 8 davasında sıkı bir göçmen kontrol politikasına verilecek ağırlık veya yabancı suçluların geri gönderilmesinin kabul edilebilirliği yargıçların haklar ve yükümlülükleri tayin ederken uyguladıkları hukuk prensipleri çeşidine referansla ölçülemez; zira bu konular bu türde prensiplere bağlı değildir. Bu tür politika konuları yönetimin faydacı tercihlerine bağlı olup yargıçların bu bakımdan kendine ait bir sözü olamaz. Aynı şekilde bir politika hukuka aykırı olmadıkça (ki bu tamamen farklı bir durum olur), buna verilecek güç veya ağırlık verili bir şeye, bir aksiyoma benzer bir şeydir ve mahkemelerin de genel olarak onu böyle ele almaları gerekir.

Bu bakımdan açıktır ki mahkemeler bir yönetim politikasının etkilerinin orantılılığı sorularına karar vermek üzere çağrıldıklarında seçilmiş gücün meşruiyetinin ve politikayı yargılayacak prensip eksikliğinin akılda sıkıca tutulması gerekmektedir. Bu politik haklar olarak adlandırılan şeyleri garanti eden Konvansiyon'un 8-11. Maddeleri altındaki taleplerin yargılanması sırasında tipik olarak ortaya çıkan bir meseledir. Ancak politika ve buna verilecek ağırlık aksiyom olarak doğru olsa veya olması gerekse de yönetim kendi politikasının taslağını çizer ve uygularken mahkemeler bu politikanın müdahale ettiği haklara uygun ehemmiyetin verilmiş olduğundan da emin olmalıdır. Bu açıdan kendini sınırlama veya sınırlamama üzerinde bir çeşit denge bulunmak zorundadır. İnsan Hakları Kanunu ve gerçekte teamül hukuku da en azından bunu talep etmektedir. Zorluk bu dengeyi kendi kendini sınırlama zorunluluğu ile uyumlu şekilde ortaya koyacak bir yöntemi bulmaktadır. Politik haklara dair orantılılık meselelerini yargılarken sorun politikanın hakka nereye kadar müdahale ettiği ile ilgili gibi görünmektedir. 8-11. Maddelerin her birinin 2. paragrafı böyle bir soru açısından düzenlenmiştir. Genel olarak içtihatlar da bu yöndedir. Acaba teleskobun öbür ucundan durum nasıl görünüyor? Kendi kendini sınırlama ihtiyacı dikkate alındığında karşı soru için bir yer açmak mümkün ve uygun olur mu, yani haklar politikaya nereye kadar müdahale edebilir? Özel hak ile kamusal menfaat arasında kesin veya katı önyargılar olmaksızın dengeye varabilecek bir içtihatın geliştirilmesi mahkemelerimize bırakılmalı mıdır?

Hatırlayın: bu sorular yalnızca İnsan Hakları Kanunu veya Avrupa Konvansiyonu'nun yorumu ile alakalı meseleler değildir; bunlar bizim anayasamızı da ilgilendiren meselelerdir. Mahkemelerin yaklaşımındaki böyle bir değişiklik bizi, sanırım, idari eylemin meşruiyeti için *Wednesbury*²² aşırılığı adı verilen klasik kamu hukuku testine yaklaştırır ve bu test de buradaki ve Strasbourg'daki

²² *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223.

modern Konvansiyon içtihadının çok uzağına düşmektedir. *Wednesbury*'e döneceğimize ihtimal vermiyor ve bunun böyle olması gerektiğini de söylemiyorum. Ancak o davanın da kesinlikle hukuk mahkemeleri ve yürütme, nihai olarak da iki politik ahlak arasındaki belirgin ve açık bir ayrıma ilişkin kuvvetli geleneğimizden doğduğunu düşünmekte fayda var.

O halde yargıçlar yürütmenin ahlak alanına istemeden sürüklendiklerinde bir kendi kendini sınırlama buyruğunu uygulamalıdır. Bunun nasıl yapılacağı, ifade ettiğim üzere, gelecek için çok önemli bir sorundur. Ancak kendi alanlarında, yani hukuk ahlakı alanında, yargıçların yetkisi geniştir ve böyle de olmalıdır. Madde 2 (hayat hakkı), 3 (işkence yasağı), 5 (hukuksuz tutuklama), 6 (adil ve makul yargılanma hakkı) ve 7 (suçların geriye yürümezliği) hepsi bu alana aittir. 5. Madde İkinci Dünya Savaşı'nın zirvesinde 1943'de Winston Churchill'in önleyici tutuklama hakkında iyi bilinen sözlerini anımsatmaktadır:

Yönetimin bir insanı hukuken bilinen herhangi bir suçlama formüle etmeksizin hapse atma gücü, ve özellikle kendi akranları tarafından yapılacak bir yargılamadan mahrum bırakması, en üst seviyede nefret uyandırıcıdır ve Nazi veya Komünistlerinki gibi tamamen totaliter bir yönetimin temelini oluşturur.²³

Mahkemeler kendi alanlarında etkin olmaya -isterseniz aktivistliğe diyelim- devam edecektir. Politik haklar arasında, gerçi bunlara yürütme tarafından kamusal fayda temelinde müdahale edilebilir, Madde 10 -ifade özgürlüğü- bulunmaktadır; ve bu hukuk ahlakının tam temelinde, bireyin özerkliğinde içkin olan bir haktır. Bu madde 9. Madde'deki düşünce ve din özgürlüğü ile birlikte hukukun temel prensiplerinden birininin -özgürlük varsayımı; ve iyi bir anayasanın başlangıçta ifade ettiğim zorunlu özelliklerinin: farklılık ve tartışma, yani çoğulculuğun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu yüzden yargıçların özel korumasına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca zannediyorum ki şu anda tehdit altındadır. Geçtiğimiz yıllarda bazı ifadelerin incitici olması nedeniyle yasaklanması gerektiğine ilişkin sinsi bir eğilim ortaya çıkmıştır. İncitici bir ifadenin yalnızca incitici olması gerekçesiyle hukuken yasaklanması gerektiğini düşünmüyorum.

Politik ahlaklar arasındaki denge için önemli olan Birleşik Krallık'daki devlet gücünün dağılımına dair düzenlemelerin belirleyici özelliklerini ele alacağımı söyledim. Bunların yalnızca ikisini tartıştım: yazılı bir anayasa ihtiyacı ve mahkemeler ile yürütme arasındaki ayrıma ilişkin güçlü gelenek. Bunların derin sonuçları vardır: insan hakları yargısında olduğu gibi yargıçlar yönetimin ahlaki alanına

²³ Referans veren A.W.B. Simpson, *In the Highest Degree Odious: Detention without trial in War-time Britain* (Oxford 1992), 391.

çekildiklerinde ve iki ahlak arasında bir denge tutturulması gerektiğinde sadece Parlamento'nun bir kanununu uygulamakla kalmadıklarını; anayasamızı şekillendirdiklerini; yönetim ahlakı konularında kendilerini sınırlamaya zorlayan bir gerekliliği; ve hukuk ahlakı alanında da canlılık ve aktivizmin olabileceğini kabul etmelidirler.

Bütün bunlarda teamül hukukunun araç ve yöntemleri yardım sağlar. Bu yaratıcı bir süreçtir. Bu gün bile kanunları Parlamento'nun yaptığının ve yargıçların onları yorumlamaktan başka bir şey yapmadıklarının -veya yapmamaları gerektiğinin- söylendiğini duyarsınız. Ancak bu hemen hemen daima yanlış veya en azından kısmen doğru bir ifadedir ve bu nedenle yanıltıcıdır. Teamül hukukunu yargıçlar yapar ve bu daima yaratıcı bir faaliyettir. Bu her zaman böyle kabul edilmese de 1970lerin başlarından itibaren buradaki sis dağılmaya başlamıştır. Lord Reid'in 1972'deki aforizmasını hatırlayacaksınız:

Bir zamanlar yargıçların hukuk yaptığını ileri sürmenin neredeyse ahlaksızlık olduğu düşünülürdü -onlar hukuku yalnızca ortaya koyardı. Masallardan hoşlanan birileri Alaaddin'in mağarası gibi bir yerde Teamül Hukukunun bütün görkemi ile saklı olduğunu ve yargıcın görevlendirilmesi üzerine Açıl Susam kelimeleri hakkında sihirli bir bilginin yargıca indiğini düşünmüş olmalı... Ancak bizler artık masallara inanmıyoruz.²⁴

Elbette masallar değil; ancak gerçeklik bize herhangi bir masaldan daha fazla yol gösterir. Önümüzdeki görev anayasamızı şekillendirirken hukuk ahlakı ve yönetim ahlakından her birinin esaslı bir rol oynaması; ve bunu uyum içinde yapmalarının sağlanmasıdır. Bu eskilerden yeni icatlar çıkaran ve bir zaman süreci içinde, bir çok sesle konuşan teamül hukuku tarafından gerçekleştirilebilecek bir amaçtır.

Son olarak çalınacak daha yumuşak bir nota daha var. İyi bir anayasadan ne-ler ummalıyız? Platon'un diyalogu *Euthyphro*'daki meşhur ikilemi hatırlayacaksınız: ahlaki eylemler iyi olduğu için mi Allah tarafından istenir, yoksa Allah istediği için mi bunlar iyidir? Immanuel Kant'ın da aklında benzer bir soru vardı ve cevap olarak şunu söylemişti:²⁵

Onu yapanlar ahlaklı insanlar olduğu için iyi bir anayasanın yapılacağını ummamalıyız. Daha ziyade iyi bir anayasa sayesinde ahlaklı insanlardan oluşan bir toplumu umabiliriz.

²⁴ Lord Reid, "The Judge as Lawmaker" (1972) 12 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* 22.

²⁵ Alıntılayan Lon Fuller, *The Morality of Law*, revised edition (New Haven 1969), 152.

Bu düşünceden çok emin değilim. Sanırım insanların karakteri de oldukça belirleyicidir. İnsanlar demokrasilerinin kıymetini bilmeli: zira onsuz hukuk yalnızca zorbanın isteklerinin kuklasıdır. Ancak onlar hukukun da kıymetini bilmeli: zira onsuz demokrasi yalnızca çoğunluğun zorbalığıdır.

**İNSAN HAKLARI KONSEYİ,
25/4. YARGI SİSTEMİNİN BÜTÜNLÜĞÜ HAKKINDAKİ KARARI**

10 Nisan 2014
A/HRC/RES/25/4
Dağıtım: Genel

Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ¹

İnsan Hakları Konseyi Tarafından Kabul Edilen Karar²

Gündem Maddesi 3

Medenî, siyasî, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile kalkınma hakkı dahil tüm insan haklarının teşviki ve korunması

İnsan Hakları Konseyi,

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5, 6, 7, 8, 10 ve 11. maddeleri ve Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşmenin 2, 4, 6, 7, 10, 14, 15, 16 ve 26. maddelerini rehber edinerek ve Viyana Deklarasyonu ile Eylem Programını hatırd tutarak,

İşkence ve diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Ceza Karşı Sözleşmeyi ve Herkesin Zorla Kaybettirmelere Karşı Korunması İçin Uluslararası Sözleşmeyi hatırlayarak,

BM'nin çeşitli forumları tarafından benimsenen yargının bütünlüğü meselesi hakkındaki diğer önemli belgeleri; özellikle Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Temel Prensipler, Hukukçuların Rolü Hakkındaki Temel Prensipler, Savcıların Rolü Hak-

¹ Dr. Ahmet ULUTAŞ, Adalet Müşaviri, BM Cenevre Ofisi Nezdinde Türkiye Daimi Temsilciliği. ahmetulutas1@gmail.com

² BM İnsan Hakları Konseyi, insan haklarından sorumlu olan, Cenevre'de yerleşik ve 47 üye ülkeden oluşan, hükümetlerarası bir BM organıdır. BM İnsan Hakları Komisyonu'nun görevleri, mekanizmaları, fonksiyonları ve sorumluluklarını üstlenmek üzere 60/251 sayılı BM Genel Kurulu kararı ile kurulmuştur. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Komisyon döneminde olduğu gibi, İnsan Hakları Konseyi'nin sekreteryaya işlerini görür. Konsey yılda 10 haftadan az olmamak üzere ve genellikle de en az üç oturum halinde toplanır ve özel oturumlar da yapabilir. Komisyon, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in (ECOSOC) alt organı olarak kurulmuş iken, Konsey BM Genel Kurulu'nun alt organı olarak kurulmuştur. Konseyin rolü genel olarak büyük ve sistematik olanlar da dahil olmak üzere dünya çapında insan hakları ihlalleri ile ilgilenmenin yanı sıra BM sistemi içinde de insan haklarının etkili korunmasının koordinasyonu ve uygulanmasını da kapsar. İlave bilgi için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx>; Erişim: 26.10.2015.

kindaki Rehber İlkeler, Suç ve İstismar Mağdurları İçin Adaletin Temel Prensipleri Deklarasyonu, Mahkûmlara Muamele Hakkındaki Standart Asgari Kurallar, Mahkûmlara Muamele Hakkındaki Temel Prensipler, Bangalore Yargı Etiği Prensipleri dahil Her Türlü Tutukluluk veya Mahkûmiyet Altındaki Herkesin Korunması ve İdam Cezası ile Karşı Karşıya Olanların Haklarının Korunmasını Garanti Eden Güvencelere Dair Prensipler Demetini hatırlayarak,

19/31 sayılı ve 23 Mart 2012 tarihli kararını ve İnsan Hakları Komisyonu hakkındaki daha önceki kararlarını hatırlayarak,

Yargı sisteminin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile birlikte bütünlüğünün, insan hakları ve temel hürriyetlerinin korunması, hukukun üstünlüğü ve demokrasinin desteklenmesi ve adalet yönetiminde ayrımcılık yapılmamasının temini için zaruri bir ön şart olduğuna ikna olmuş olarak,

Yargının bütünlüğünün daima gözetilmesi gerektiğini vurgulayarak;

1. Hâkimlerin ve Hukukçuların Bağımsızlığı Özel Raportörü'nün Genel Kurulun 68.Oturumuna sunulan askeri mahkemelerden dolayı adalet yönetimine ilişkin raporunu not ederek;³

2. Özel Raportörün Raporundaki sonuçları ve tavsiyeleri, özellikle de mevcut olduklarında askeri mahkemelerin, genel yargı sisteminin bütüncül bir parçası olması ve adil yargılanma hakkına ve olağan kanun yolu teminatlarının uygulanmasına saygı da dahil olmak üzere insan hakları standartlarına uygun olarak çalışmaları gerektiğini not ederek;

3. Herkesin, yasa önünde bir kişi olarak her yerde tanınma hakkını tekrar teyit ederek;

4. Medenî ve Siyasî Haklara Dair Uluslararası Sözleşmenin 14. maddesinde belirtildiği gibi herkesin, hakları ve yükümlülükleri ile kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın tayini için, kanunla kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, tam bir eşitlik içinde, adil ve kamuya açık yargılanma ve yasa uyarınca suçluluğu kanıtlanıncaya değin masumiyet karinesinden yararlanma hakkına sahip olduğunu yineleyerek;

5. Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Temel İlkelerin 5.paragrafı uyarınca, herkesin yerleşik yasal prosedürleri kullanan genel divan veya mahkemelerde yargılanma hakkı olduğunu ve yasal süreçlerin yerleşik prosedürlerini kullanmayan divanların, genel mahkemeler veya yargısal divanlara ait yargı yetkisini değiştirmek için ihdas edilmemesi gerektiğini not eder;

³ A/68/285.

6. Suç teşkil eden bir eylemle suçlanan bir kişiyi yargılayan mahkemenin, yetkili, bağımsız ve tarafsız olması gerektiğinin altını çizer;

7. Devletleri yetki alanlarındaki mahkeme veya divanlar önüne yargılanmak için getirilen herkesin; yargılanmada hazır bulunma, şahsen veya kendi seçtikleri hukuki yardım yoluyla kendilerini savunma ve yasal savunmaları için gereken tüm teminatlara malik olma haklarına sahip olmalarını garanti etmeye teşvik eder;

8. Devletlere, yargılananlara aleyhlerindeki tanıkları sorgulama veya sorgulattırma imkânı tanıyarak ve aleyhlerine olan tanıklarla aynı koşullar altında lehlerindeki tanıkları sorgulamalarını ve hazır bulunmalarını sağlayarak, yargı sistemlerinde mahkemeler ve yasa önünde eşitlik prensibine saygı duyulmasını temin etmeleri çağrısı yapar;

9. Her hükümlünün, kendi mahkûmiyeti veya cezasının yasa uyarınca yetkili, bağımsız ve tarafsız yargı yetkisine sahip bir divan tarafından yeniden incelenmesini talep etme hakkına sahip olması gerektiğini tekrar teyit eder;

10. Suç faillerini yargılamak için askeri mahkemeleri veya özel divanları olan devletlere, bu tür organların genel yargı sisteminin entegre bir parçası olmasını ve bu türdeki mahkemelerin bir mahkûmiyet veya cezayı temyiz etme hakkı da dahil adil yargılanma garantileri olarak uluslararası hukuk uyarınca tanınmış usulleri uygulamalarını sağlamaları çağrısı yapar,

11. Hürriyetinden yoksun kılınan kişilerin korunmasının güçlendirilmesi amacıyla ulusal yargı sistemleri arasındaki işbirliğinin geliştirilmesinin önemini vurgular;

12. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinden, İnsan Hakları Konseyinin 28. Oturumundan önce; devletlerin, Hâkimlerin ve Hukukçuların Bağımsızlığı Özel Raportörü dahil özel prosedür temsilcilerinin, Zorla veya İrade dışı Kaybolmalar Çalışma Grubu ve Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu raportörleri ve başkanının, sözleşme organları ve bölgesel insan hakları mekanizmaları, sivil toplum örgütleri ve ulusal insan hakları kurumları temsilcilerinin katılımıyla; askeri mahkemeler bağlamında adalet yönetiminde insan hakları meselelerinin değerlendirilmesi ve insan hakları ihlalleriyle mücadelede bütüncül yargı sisteminin rolü konusunda görüş alışverişinde bulunulması amacıyla bir uzman danışmaları toplantısı yapmasını talep eder;

13. Yüksek Komiserden, uzman danışmaları için gerekli olan tüm yardım ve desteği sağlamasını talep eder;

14. Yüksek Komiserden, uzman danışmaları sırasındaki tartışmaların bir özeti İnsan Hakları Konseyinin 28.Oturumuna sunmasını talep eder;

15. Hâkimlerin ve Hukukçuların Bağımsızlığı Özel Raportörünü, görevini yerine getirirken işbu Kararı tam olarak gözönüne almaya davet eder;

16. Yıllık çalışma programına uygun olarak, bu meseleyi değerlendirmeyi sürdürmeye karar verir.

54. Toplantı, 27 Mart 2014⁴

⁴ [27 kabul, 1 karşı oy ve 19 çekimser oy ile kabul edilmiştir]. Oylama sonucu aşağıdaki gibidir: **Kabul:** Cezayir, Arjantin, Botsvana, Brezilya, Burkina Faso, Şili, Çin, Kongo, Kosta Rika, Küba, Etiyopya, Hindistan, Endonezya, Kazakistan, Kuveyt, Meksika, Fas, Namibya, Pakistan, Peru, Filipinler, Rusya Federasyonu, Sierra Leone, Güney Afrika, BAE, Venezuela, Viet-Nam, **Ret:** ABD, **Çekimser:** Avusturya, Benin, Fildişi Sahili, Çekya, Estonya, Fransa, Gabon, Almanya, İrlanda, İtalya, Japonya, Kenya, Maldivler, Karadağ, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Suudi Arabistan, Makedonya, Birleşik Krallık.

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ BEŞİNCİ DAİRE’SİNİN
SMART TECHNOLOGIES/OHİM KARARI*
(Dava: C-311/11 P, 12 Temmuz 2012)

*Çeviren: Mehmet ŞEKER***

(Temyiz Mahkemesi — Topluluk markası — Tüzük (EC) No 40/94 — Madde 7(1)(b) — Sözcük Markası WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH — Bir reklam sloganı içeren marka — Ayırt edici karakter — Tescilin reddi)

C-311/11 P sayılı dava, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün 56. maddesi uyarınca 17 Haziran 2011 tarihinde açılmıştır.

Smart Technologies ULC, Kuruluş; Calgary (Canada), Temsilci; M. Edenborough QC ve T. Elias (Avukat), Başvuru sahibi.

Davanın diğer tarafı: Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHİM), Temsilci; J. Crespo Carrillo, vekil sıfatıyla, İlk merci de davalı.

MAHKEME (Beşinci Daire)

M. Safjan (Daire Başkanı), M. Ilešič (Raportör) ve J.-J. Kasel Hakimlerinden oluşmaktadır.

Hukuk sözcüsü: N. Jääskinen,

Sicil Memuru: K. Malacek, Yönetici,

1 Mart 2012’de yazılı usul ve duruşmaya istinaden, Hukuk sözcüsü dinlenildikten sonra, mütalaa edilmeksizin yargılamaya devam edilmesine karar verildi ve aşağıdaki şekilde hüküm kuruldu.

Hüküm

1. Smart Technologies ULC (Smart Technologies), T-523/09 sayılı Smart Technologies / OHİM davasında (WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH) (çekişmeye konu yargılama) Avrupa Birliği Genel Mahkemelerinde yapılan yargılama neticesinde verilen kararın, temyiz yolu ile bozulmasını talep etmektedir. Söz konusu davada Mahkeme, -kelime işareti olan “WIR MACHEN DAS BESONDERE

* <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-311/11%20P#>

** Araştırma Görevlisi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD, mehmetseker07@hotmail.com. Çevirinin son okumalarını yaparken yardımlarını esirgemeyen Araştırma Görevlisi Sayın Büşra Akdoğan’a teşekkür ediyorum.

EINFACH” (çekişmeye konu karar)’ın topluluk markası olarak tescili talebine istinaden, 29 Eylöl 2009 tarihli (R 554/2009-2 sayılı Dosya) Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)’in ikinci dairesinin kararının bozulması talebini reddetmiştir.

Hukuki Çerçeve

2. Topluluk Markası Hakkındaki (OJ 1994 L 11, p. 1) 20 Aralık 1993 tarihli Konsey Tüzüğü (EC) No 40/94 yürürlükten kaldırılmış ve yerine 13 Nisan 2009’da yürürlüğe giren Topluluk Markası Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC) No 207/2009 (OJ 2009 L 78, p.1) kabul edilmiştir. Fakat tescil başvurusu için verilen tarihin belirlenmesi ile birlikte, mevcut uyuşmazlığa Tüzük No 40/94 uygulanacaktır.

3. Tüzük No 40/94 madde 7/(1)’de belirtilen:

‘Aşağıdaki hallerde tescil yapılamaz:

...

(b) herhangi bir şekilde ayırt edici karakterden yoksun markalar;

...’

Uyuşmazlığın ve çekişmeli kararın evveliyatı

4. 17 Ekim 2008 tarihinde, Smart Technologies kelime işareti olan ‘WIR MAC-HEN DAS BESONDERE EINFACH’ın (Biz özel olanı basitleştiririz) topluluk markası olarak tescili için Tüzük No 40/94 uyarınca OHIM’e başvuruda bulunmuştur. Tescilin arandığı söz konusu mallar, 15 Haziran 1957 tarihli Markaların Tescili Amaçlı, Malların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşmasında 9. sınıf içerisinde bulunmaktadır. Bu husus gözden geçirilmiş, eklenmiş ve müteakiben karşılığını bulmaktadır:

‘Düzenli girdileri, grafik olarak adlandırılanları, yazıyı, çizimi ve vücut hareketlerini yakalamak için, kalemi, mili, parmağı veya eli kullanarak görüntü üreten bilgisayarla iletişim sağlamak amacıyla bilgisayarla donatılan sistemler; önden gösterim, geriden gösterim ve doğrudan gösterim ile kullanılmak için düzenli girdileri yakalayan cihazlar; sayısallaştırıcı, dokunmatik yüzeyli, dokunmatik panelli, görüntü göstermeli veya gösterim ile ilgili alanda bulunan şeyler ile etkileşimi sağlayan sensörlere dayalı makine yahut optik kullanan mutlak ve göreceli konumları tespit eden cihazlar; pasif ve/veya aktif girdi araçları ile düzenlenen girdiler ile ölçeklenebilir durum tespit sistemleri; metin ve grafik resimleri yakalamak için oluşturulan görüntüleme sistemleri; metin ve grafik resimleri işlemek için oluşturulan ve metin ve grafik resimleri bilgisayar ağı üzerinden paylaşan

veya depolayan yazılım; birlikte çalışma bilgilerini ve resimleri bölgesel ve coğrafi olarak dağılık konumlarda paylaşmak için oluşturulan yazılım; bilgilerin ve resimlerin bölgesel veya coğrafi olarak dağılık konumlarda incelenmesi, düzenlenmesi ve paylaşılması için oluşturulan yazılımlar.'

5. Denetçi, 21 Ocak 2009 tarihli fax ile Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b) uyarınca başvurusu yapılmış markanın tesciline yönelik itirazlarını ortaya koymuştur. 19 Mart 2009 tarihinde posta yoluyla, başvuru sahibi, denetçinin itirazlarını cevaplamıştır.

6. 7 Nisan 2009 tarihli karar ile denetçi Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b)'ye istinaden, başvuruda belirtilen tüm mallarla ilgili olarak, ayırt edici karakterden yoksunluk sebebiyle marka başvurusunu reddetmiştir.

7. OHIM'in öncelikli temyiz kurulu, denetçinin kararına karşı, meseleye ilişkin verdiği karar ile Smart Technologies'in davasını reddetmiştir.

Genel mahkemeden ve temyize konu yargılamadan önceki yargılama

8. Temyize konu yargılama ile Genel Mahkeme çekişmeye konu karara karşı 23 Aralık 2009'da Smart Technologies tarafından mahkemeye taşınan davayı reddetmiştir. Temyiz Kurulu hatalı bir şekilde ayırt edici karakter olmadığını tespit ettiğinden Genel Mahkeme de böylece Tüzük No 207/2009 md. 7(1)(b)'yi ihlal iddiası gerekçesine dayanarak başvuru sahibinin tek savunmasını reddetmiştir.

9. Öncelikle, dava uyarınca yapılan yargılamanın 22 ila 31. paragraflarında, Genel Mahkeme, reklam sloganı içeren markanın ayırt edici karakteri ile ilişkili olarak, C-398/08 P sayılı Audi / OHIM [2010] ECR I-535 davası özelinde bir markanın ayırt edici karakteri olup olmadığına ilişkin konu ile ilgili içtihadını anımsatmıştır. Bu bağlamda, Genel Mahkeme, yukarıda bahsi geçen yargılamanın 25 ila 27. paragrafları arasında, diğer işaret türlerine uygulanabilir olanlara göre, daha sıkı slogan ölçütlerinin bahsedilen markaya uygulanması isabetsiz olsa bile, söz konusu olasılığın belirli kıstaslardaki markalara istinaden ayırt edilebilirliğin oluşturulmasının daha zor olduğunu ispatlayabilen ve reklam sloganı içeren kelime markası ile de bağlantılı olabilen mevzubahis içtihat hukukunun hariç tutulmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

10. Bu bağlamda Genel Mahkeme dava kapsamındaki yargılamanın 29. paragrafında bizatihi, aynı markanın ayırt edici karakterden yoksun olduğu sonucunu desteklemek için sadece bir markanın, tanıtımla ilgili formül olarak ilgililer tarafından anlaşılmasının yeterli olmadığına dikkat çekmiştir. Böyle bir marka,

İlgililer tarafından hem tanıtımla ilgili formül hem de ilgili malların veya hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak dikkate alınabilir. Genel Mahkeme böylelikle yargılamanın 30. paragrafında, markanın tanıtımsal bir formülü içerdiği ve o şekilde anlaşıldığı vurgusunu yapmak için ayırt edici karakterin tahlilinde ilgililerin algısının yeterli olmadığına karar vermiştir.

11. Genel Mahkeme dava kapsamındaki yargılamanın 31. paragrafında, reklam sloganı içeren markanın ilgililer tarafından salt tanıtımla alakalı formül olarak algılanması ihtimaline binaen, reklam sloganı içeren bir markanın ayırt edici karakterden yoksun olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Fakat böyle bir marka, markanın tanıtımla ilgili işlevinden bağımsız olarak, söz konusu malların veya hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi gibi algılanması halinde ayırt edicilik unsuruna sahip kabul edilecektir.

12. İkinci olarak, dava kapsamındaki yargılamanın 32 ila 42. paragraflarında, Genel Mahkeme markanın ayırt edici karaktere sahip olarak başvuruya konu edilip edilmediğini incelemiştir. 33. ve 34. paragraflarda, ilgililerin bilgisayar alanında uzman, Almanca konuşan kişilerden oluşacağı ve tescilin istenildiği markanın beş standart Almanca kelimenin birleşiminden oluştuğunu anımsatan Genel mahkeme, markayı, yargılamanın 35. ve 36. paragraflarında, övücü bir mesaj içeren reklam sloganı olarak tanımlamış ancak bu tanımın kapsamında Almanca sözdizimi ve dilbilgisi kuralları bağlamında alışılmışın dışında bir farklılık bulunmadığını ifade etmiştir.

13. Bu bağlamda Genel Mahkeme öncelikle, yürütölen davanın 37. paragrafında, ilgili kişilerin zihinlerinde başvuru yapılan markanın ayırt edici karakterine gönderme yaparak sloganın öz mahiyetinin ve terimlerinin, hiçbir kelime oyunu veya kavramsal merak yahut hayret uyandıran bir şey ortaya koymadığına hükmetmiştir. Genel Mahkeme, halkın gözünde söz konusu marka ile ilgili ürünün kalitesini öven önemsiz bir reklam mesajından başka bir şey yapmadığını ve markanın şahsi özelliklerinin özgün olmadığını veya ilgili kişilerin zihinlerini harekete geçirme veya çağrışım, markayı oluşturmak için bilişsel bir süreç veya açıklayıcı bir gayret oluşturmadığını ortaya koymaktadır. Dahası, yargılamanın 38. paragrafında, Genel Mahkeme, bir internet araştırmasının üçüncü kişiler tarafından aynı markanın herhangi bir kullanımını ortaya koymadığını ve markanın yalnızca ürünlerin kalitesine gönderme yapan bir reklam sloganı olduğunu tespit etmiş ve bu durumun sorgulamaya konu edilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır.

14. Devamla, yargılamanın 39 ila 40. paragraflarında, Genel Mahkeme Smart Technologies'in dayandığı, markanın kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin ticari

menşeyini gösteren, başvuru markasının “biz” (wir) unsurunu kullanan imalatçıya göndermede bulunduğu yönündeki iddiayı reddetmiştir. Özellikle paragraf 40'ta, Genel Mahkeme şuna dikkat çekmektedir: Marka diğer alanlarda olduğu gibi bilgisayar alanında da herhangi bir tacir tarafından kullanılabilir önemsiz bir reklam sloganı olarak kalacaktır ve tanıtıcı bilginin ötesinde, ilgili kişiler, ürünlerin ticari menşeyini gösteren herhangi özel bir göstergenin varlığını algılama eğiliminde olmayacaklardır. Söz konusu unsurun kullanımı ise bunlardan başka bir şey ortaya koymamaktadır.

15. Netice itibarıyla, Smart Technologies tarafından ortaya atılan savunmalara gelindiğinde, temyiz kurulu, delillerle desteklemeksizin kesin beyanlarda bulunmuş, Genel Mahkeme ise, yargılamanın 41. paragrafında, aynen ürünlerinin kullanımı kolay olan veya müşterilerinin kısa, derli toplu ve etkili reklam mesajlarına alışkın olduğu ve bu tarz iddialara karşı marka değeri ile uyum içinde olmayan akıllı teknolojilerin, kendi reklamlarında farklı girişimlerde bulunduğu gibi, hiçbir şeyin OHIM'i, değerlendirmelerinde maruf vakıaları dikkate almasından menedemeyeceğine hükmetmiştir.

Talep formları

16. Smart Technologies, başvuru markasının tescili hususunda yetkilendirilmesi amacıyla davanın reddedilmesini ve uyuşmazlığa konu kararın değiştirilmesini veyahut da seçenek yaptırım olarak masrafların OHIM'e yüklenmesini ve yine davanın reddedilmesini talep etmektedir.

17. OHIM, Mahkemenin davayı reddetmesi ve Smart Technologies'in masrafları ödemesine hükmetmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Dava

18. Smart Technologies davasını desteklemek için iddiasını sırasıyla Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b)'nin ihlal edildiği ve her ne kadar delillerle desteklenmesinde Genel Mahkeme tarafından olayın kesin bulgularının herkesçe maruf olarak tanımlandığı şeklindeki iki temele dayandırmaktadır.

İlk Temyiz Gerekçesi; Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b)'nin İhlal Edilmesi

19. Temyizin ilk gerekçesi üç kısma ayrılmaktadır. Bu kısımlardan ilkinde göre, Smart Technologies, Genel Mahkemenin başvuru markasının ayırt edici karakteri olduğunu değerlendirirken yanlış kıstasları uyguladığını ileri sürmektedir. İkinci kısma göre Şirket, Genel Mahkemenin slogan olarak markanın sınıflandırılmasında ve diğer marka çeşitlerine göre reklam sloganı olan markanın ayırt edici

karakterinin oluşturulmasının daha zor olduğu gerçeğini dikkate alırken hukuki hata yaptığını öne sürmektedir. Üçüncü kısımda, başvuru sahibi, mahkemeyi ilgili kişilerin uzman kişiler olduğundan hareketle, bahsedilen markanın ayırt ediciliğinin düşük düzeyli olmasının yeterli olacağı sonucuna varmaması hususunda eleştirmektedir.

İlk temyiz gerekçesinin ilk kısmı

– Tarafların iddiaları

20. İlk temyiz gerekçesinin ilk kısmına göre Smart Technologies, Genel Mahkemeyi, markanın ilgili kişiler tarafından önemsiz reklam formülü olarak algılanıp algılanmadığını inceleyerek, başvuru sahibi, mahkemeyi ilgili kişilerin uzman kişiler olduğundan hareketle, bahsedilen markanın ayırt edici karakterini tahlil etmek ile kendisini kısıtlamasını eleştirmektedir. Genel Mahkeme bu şekilde yaparak, Audi / OHİM davasındaki yargılamasında Adalet Divanı'nın hüküm altına aldığı reklam sloganının ayırt edici karakterinin değerlendirilmesindeki kıstaslarını yanlış uygulamıştır. Daha belirgin bir biçimde başvuru sahibi, Adalet Divanı'nın söz konusu paragrafta markanın reklam formülü olarak anlaşıldığı gerçeğinin ayırt edici karakterle bir ilgisi olmadığını temel aldığından, yargılamaya konu davanın 31. paragrafının Audi / OHİM davasındaki 45. paragraf ile geliştiğini ortaya koymuştur. Dahası aynı hukuki hata, Genel Mahkemenin, reklam fonksiyonuna bakmaksızın markanın, herhangi bir ayırt edici özelliğe sahip olup olmadığına yoğunlaşması gerekirken markanın yalnızca reklam sloganı olarak algılanıp algılanmadığı üzerine yoğunlaşması, yargılamaya konu davanın 37. ve 38. paragraflarında da devam ettirilmiştir.

21. OHİM yargılamaya konu davanın 31. paragrafının hukuki hata ile geçersiz kılınmadığını düşünmektedir. Çünkü marka, doğrudan doğruya bahsedilen ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeinin bir göstergesi olarak algılanırsa, reklam sloganı içeren markanın ayırt edicilik unsuruna sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple söz konusu paragrafın ilk cümlesi devam eden cümle ışığında okunmak zorundadır. OHİM, yargılamanın 37. ve 38. paragraflarında, başvuru sahibi, mahkemeyi ilgili kişilerin uzman kişiler olduğundan hareketle, bahsedilen markanın ayırt ediciliğini açıkça incelemiştir. Bu bağlamda Genel Mahkeme ilgili ürüne ve hizmete gönderme yapmış ve işaretin halk tarafından, malların ticari menşeinin bir göstergesi olarak algılanmamasını göz önünde bulundurmıştır.

– Mahkemenin Gerekçeleri

22. Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b) herhangi bir ayırt edici karakterden yoksun markanın tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir.

23. İçtihat hukuku uyarınca, bahsi geçen maddenin amacı kapsamında mar-

kanın ayırt ediciliği; belirli vaatler barındıran, tescili talep edilen ürünleri tanımlama ve böylece bu ürünleri diğer vaatleri barındıran ürünlerden ayırt etme, manasına gelmektedir. (Birleştirilmiş Davalar C-468/01 P, C-472/01 P Procter & Gamble / OHİM [2004] ECR I-5141, paragraf 32; Dava C-64/02 P OHİM / Erpo Möbelwerk [2004] ECR I-10031, paragraf 42; Dava C-304/06 P Eurohypo / OHİM [2008] ECR I-3297, paragraf 66 ve Audi / OHİM, paragraf 33).

24. Ayrıca, içtihatlar uyarınca böyle bir ayırt edicilik sadece tescili talep edilen ürünlere ve hizmetlere göre ve ikinci olarak da söz konusu işaretin ilgili kişilerdeki algılanış biçimine göre değerlendirilebilecektir. (Procter & Gamble / OHİM, paragraf 33; Eurohypo / OHİM, paragraf 67 ve Audi / OHİM, paragraf 34).

25. Markaların, reklam sloganı olarak da kullanılan işaretler ve göstergelerden, kalite emaresinden veya markaların kullanıldığı ürünleri veya hizmetleri almaya teşvik etmesinden bir araya gelmesi halinde, bu tip markaların tescili, söz konusu kullanımların (OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 41 ve Audi / OHİM, paragraf 35) dışında tutulmaz. Bahsedilen markaların ayırt edici karakterlerinin değerlendirilmesine gelince, markaya, diğer türdeki işaretlere uygulanabilir olanlardan daha sıkı şartlara tabi slogan kıstaslarının uygulanması yerinde değildir (OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 32 ve Audi / OHİM, paragraf 36).

26. Markanın çeşitli kategoriler için ayırt edicilik unsurunu değerlendirme kriterleri aynı değerdir. Söz konusu kriterler uygulandığında diğer kategorilerden her biri ile bağlantılı olarak ilgili kişilerin algısı aynı olmayabilir ve dahası diğer kategorilere nazaran belirli bazı kategorilerdeki markaların ayırt ediciliğini oluşturmak daha zor olabilir. İşte bütün bu hususlar Mahkemenin içtihat hukukundan ortaya çıkmaktadır (Procter & Gamble / OHİM, paragraf 36; OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 34 ve Audi / OHİM, paragraf 37).

27. Mahkeme, belirli şartlar altında söz konusu içtihadın reklam sloganlarından oluşan kelime markaları ile ilgili olabileceği ihtimalini kapsam dışında değerlendirmemiştir. Mahkeme yine de, doğaları gereği reklam sloganı içeren kelime markaları ile bağlantılı olan ayırt ediciliği oluşturmanın zorluğunun, -hukuka uygun hale getirirken dikkate alınması gereken zorluklar- aynen mevcut yargılamanın 23. ve 24. paragraflara gönderme yapan ve bu göndermenin yapıldığı içtihat yorumlandığı gibi ayırt edicilik kıstaslarını ihlal etme veya ona ek belirli bazı kıstaslar koyma hususunda bir haklılık payı olmadığına hükmetmiştir (bakınız OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 35 ve 36, ve Audi / OHİM, paragraf 38).

28. Mahkeme aynı zamanda reklam sloganınının, Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b) kapsamında aranan ayırt ediciliğin minimum düzeyde olması için "yaratıcılık" ve

hatta “şaşkınlık yaratabilecek ve de çarpıcı bir intiba uyandıran kavramsal heyecanı” ortaya koyması gerekmeyeceğine hükmetmiştir (OHIM / Erpo Möbelwerk, paragraf 31 ve 32 ve Audi / OHIM, paragraf 39).

29. Buna ek olarak, başvuru markaya ilişkin, belirli taahhütlerle ortaya çıkan bir markanın, yalnızca ürünler ve hizmetleri tanımlamaya hizmet etmesinden dolayı ayırt edicilik karakterine sahip olması gerekirken, sırf markanın ilgili kişiler tarafından reklam formülü olarak algılanması ve övücü doğaya sahip olması nedeniyle kural olarak diğer taahhütler ile kullanılabilmesi, söz konusu markanın başlı başına ayırt edici karakterden yoksun olduğu sonucunu ortaya koymak için yeterli olmayacaktır. Söz konusu durum Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır (Audi / OHIM, paragraf 44).

30. Bu noktada Mahkeme tarafından, kelime markasının övücü ifadesinin ve markanın kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin menşeyini müşterilere karşı garanti etme amacını taşımasının uygunsuz olacağı anlamına gelmeyeceği dikkate alınmıştır. Nitekim böyle bir marka, ilgili kişiler tarafından hem bir reklam formülü olarak hem de ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanabilecektir. Buradan da anlaşıldığı gibi halk markayı menşeyinin bir göstergesi olarak algıladığından, markanın aynı anda –belki de esasen- reklam formülü olarak algılanması, onun ayırt edici karakteri ile ilgili değildir (Audi / OHIM, paragraf 45).

31. Smart Technologies tarafından ileri sürülen temyiz gerekçesinin ilk kısmı bu kurallar ışığında incelenmelidir.

32. Halkın markayı üzerinde kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin menşeyinin bir göstergesi olarak algılamasından dolayı markanın aynı anda –belki de esasen- reklam formülü olarak algılandığı, bu durum ile markanın ayırt edici karakteri arasında bir bağlantının söz konusu olmadığı şeklinde hükümlenen Audi / OHIM davasının 45. paragrafının yanı sıra, Smart Technologies'in talebinin aksine, temyizde incelenen davanın 31. paragrafında yer alan Genel Mahkemenin tespitleri, Adalet Divanı tarafından oluşturulan prensiplerin yanlış okunduğunu ortaya koymamaktadır. Bu bağlamda ifade edilen hususlar hüküm altına alınmamıştır.

33. Temyizdeki davanın 31. paragrafında Genel Mahkeme tarafından kullanılan yöntem Audi / OHIM yargılamasının 45. paragrafında kullanılan farklı olmasına rağmen, mevcut durum kendi şartlarında okunarak, söz konusu yöntemle, markanın aynı kişiler tarafından hem reklam formülü hem de ticari menşeyinin bir göstergesi olarak anlaşılmasının aksine, Genel Mahkeme başvuru

markanın ayırt ediciliğinin ilgili kişiler tarafından, ilgili ürünler ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanıp algılanmadığına bağlı olduğunu kabul etmiştir.

34. Bu kapsamda, şu durum dikkate alınmalıdır ki: temyizdeki yargılamanın 29. paragrafında, Genel Mahkeme, sadece Audi / OHIM davasındaki 44. ve 45. paragraflarda geçen noktalara değil aynı zamanda davanın 32. paragrafında ve devam eden paragraflarında söz konusu noktalara dayanan, başvuru markasının ayırt ediciliğini inceleyen hususlara gönderme yapmaktadır. Hususiyetle, davaya konu yargılamanın 40. paragrafından anlaşıldığı üzere, Genel Mahkemenin ulaştığı sonuca göre; söz konusu işareti okuyan ilgililer, bahsi geçen hizmetlerin karmaşık işleri basitçe yapma performansı göstermesinin ötesinde, işaretin hiçbir şekilde ticari menşeyinin göstergesini algılamaya eğilimli olmayacaklardır.

35. Genel Mahkemenin yaptığı analizden, markanın sadece reklam formülü olmasından değil, ilgililer tarafından, sözü geçen ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanmayacakları gerekçesiyle markanın ayırt edicilikten yoksun olduğu sonucuna ulaştığı açıkça anlaşılmaktadır.

36. Böylece, ilk temyiz gerekçesinin ilk kısmının temelsiz olması dolayısıyla reddedilmesi gerekmektedir.

İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmı

– Tarafların iddiaları

37. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmı iki ayrı fasıla ayrılabilir. İlk fasıl kapsamında Smart Technologies, Genel Mahkemede başvuru marka için ortaya koyulan “slogan”ın alt türlerinin, Tüzük No 40/94 md. 4’de bahsedilmediği gibi, topluluk markasını hüküm altına alan tüzüklerde de bulunmadığını göz önünde tutarak, davaya konu yargılamanın hukuki hata ile hükümsüz kılındığını iddia etmektedir. İkinci fasıl kapsamında, temyiz eden taraf, Genel Mahkemenin yargılamaya konu davanın 26. ve 27. paragraflarında, diğer marka türleri ile ilişkisine göre, üç boyutlu markalarda olduğu gibi reklam sloganı ile bağlantılı olan markaların ayırt ediciliğinin kurulmasının daha zor olduğuna hükmetmesini, burada bir hukuki hata yapıldığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu bakımdan, temyiz eden taraf üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin oluşturulabilmesinin, simge içeren markalardan veya kelime markalarından daha zor olabileceği hususu bağlamında, OHIM / Erpo Möbelwerk davasının 35. paragrafında kabul edilmiş olan durumu kıyas yoluyla, reklam sloganları içeren kelime markalarına, yani Procter & Gamble / OHIM davasının 36. paragrafında Mahkemenin gerekçesine uygulayarak, söz konusu ihtimali tartışmaktadır.

38. OHIM, temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslına göre, Genel Mahkemenin “sloganlar” ile ilgili markaların alt türlerini uygulamadığını, fakat yargılamaya konu davanın 24 ila 29. paragraflarında kabul edildiği üzere, söz konusu kelime markasına slogan olarak atıfta bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu kısmın ikinci faslına göre, OHIM, yargılamaya konu davanın 27. paragrafında Genel Mahkemenin tespitleri ile hukuki hata içermeyen OHIM / Erpo Möberwerk davasının 35. paragrafının içeriğinin kelimesi kelimesine aynı olması dolayısıyla, bu hususun açıkça kabul edilemez olarak hüküm altına alınması gerektiğini savunmaktadır.

– Mahkemenin Tespitleri

39. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ilk faslına göre, ilk olarak Smart Technologies'in iddialarının aksine, Genel Mahkeme slogan olarak tescili için başvurulmuş markayı tanımlayarak, herhangi bir alt tür belirlemedi ve hatta başvurusu yapılan markayı diğer kelime markalarından ayırmamıştır. Bilakis, bu tanımlama ile Genel Mahkeme bunun, aynen yargılamanın 35. paragrafında belirtilenlerin yanı sıra övgü dolu bir mesajı ilgililere ileten bir kelime markası olduğunu ve dahası söz konusu yargılamanın 37. paragrafında belirtildiği gibi marka başvurusu ile markanın kapsadığı ürünlerin kalitesini yücelten bir kelime markası olduğunu hüküm altına almıştır.

40. Bunun yanı sıra, slogan olan ibarenin Tüzük No 40/94'de açık bir şekilde kullanılmaması durumu, Genel Mahkemenin, reklam sloganını markanın alt türü olarak nitelendirdiği şeklindeki hükmü ile aynı nitelikte değildir. Tüzük md. 4'de, Tüzüğün amacı içerisinde markayı oluşturmaya eğilimli işaret türlerinin meydana getirildiği listede, işaretlerden oluşan markaların farklı türleri oluşturan veya tanımlayan bir amacı bulunmadığı yer almaktadır. Kelime işaretleri özel bir alt tür olarak ve dahası belirli bir tür olarak dikkate alınmaksızın, ‘kelime işareti’ veya ‘kelime markası’ gibi olan bir “slogan”ın yer aldığı marka fikri, söz konusu Tüzüğün yorumlanması üzerine içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Mahkeme birçok kez, kelime işaretlerini slogan gibi övgü dolu çağrışımlar olarak sınıflandırmıştır. (Ayrıca bkz. C-517/99 sayılı Merz & Krell [2001] ECR I-6959 davası, paragraf 39 ile 40; OHIM / Erpo Möbelwerk paragraf 35, 36, 41 ve 44 ve Audi / OHIM, paragraf 56, 58, ve 59).

41. Sonuç olarak, Genel Mahkeme markayı, reklam sloganı olarak başvurulmuş marka şeklinde nitelendirse de, herhangi bir olayda, Genel Mahkemenin, ayırt edici karakteri değerlendirmek adına diğer kelime işaretleri için kullanılanlardan farklı kıstasları kullanmadığı ifade edilmelidir. Bilakis, yargılamaya konu davanın

24. ve 28. paragrafları ile birlikte okunması halinde, 25. paragrafından açıkça anlaşıldığı gibi, Genel Mahkeme diğer işaret türlerini içeren markalara uygulanabilen kıstaslardan daha sıkı şartlara tabi olan slogan kıstaslarının markaya uygulanmasının uygun olmayacağını mütalaa etmiştir.

42. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslı temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

43. Bu kısmın ikinci faslına göre şu husus dikkate alınmalıdır: Genel Mahkeme davaya konu yargılamanın 26. ve 27. paragraflarında, reklam sloganlarının ayırt ediciliğinin tespit edilmesinin zor olacağı belirli bazı durumlarda, bu zorluğun kapsam dışında tutulmaması ihtimali uyarınca yine mevcut yargılamanın 26. ve 27. paragraflarında tekrar edildiği gibi Adalet Divanının içtihat hukukuna atıf yapmasına rağmen, Mahkeme, başvuru markasının ayırt ediciliğinin özel olarak incelenmesinde, hükmünü, marka işaretinin ayırt ediciliğini belirlemenin diğer kelime markalarına göre daha zor olması varsayımına dayandırmamaktadır.

44. Devamla, kelime işaretinin ayırt edici karakteri konusunda içtihat hukukunun doğruluğunu sorgulamak için çabalayan Smart Technologies tarafından açılan davanın ilk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslı temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı

– Tarafların Savunmaları

45. İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı uyarınca, Smart Technologies, devam eden davada, genellikle talep edilene göre düşük ayırt edicilik seviyesinin markanın tescili için başvuru yapılmasına imkân vermek açısından yeterli olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda da ilgililerin, ortalama bir tüketiciye nazaran, ilgi ve bilgi seviyesi olarak uzman kişiler olduğunu ifade etmektedir. Söz konusu gerekçe, internette yapılan araştırmanın gösterdiği gibi bu tarz bir markanın tek kullanıcısının olduğunu ortaya koymaktadır ve bu markanın ayırt ediciliğe dair alt sınırın genişletilmesi için yeteri kadar özgün olduğunu ve ilgili malların ve hizmetlerin menşei olarak da ürünü tanımlayacak seviyede olduğunu ispat etmektedir.

46. OHIM, Smart Technologies'in, ilk savunmasının ilk kısmına göre, Genel Mahkeme tarafından yapılan vaka değerlendirmesinin doğruluğunu sorgulamak istediğini iddia etmektedir. Olayların ve delillerin hiçbir surette saptırılmaması durumu temyiz eden tarafından ileri sürülmediğinden ve mevcut davada ise ileri

sürülemediğinden, ilk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı, OHIM'e göre, açıkça kabul edilemez olarak beyan edilmelidir.

– Mahkemenin Tespitleri

47. İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı göz önünde bulundurulduğunda, yargılamaya konu davanın 33. paragrafında Genel Mahkeme, ilgililerin bilgisayar konusunda uzman Almanca konuşan kimselerden oluştuğu ve bu kişilerin söz konusu alandaki bilgi seviyelerinin ortalama bir ilgiliden daha fazla olduğu sonucuna varmıştır.

48. Bu kapsamda, ilgililerin uzman kişiler olduğu ve bu kişilerin işaretin ayırt edici karakterini belirlemede kullanılan yasal kıstaslar üzerinde kesin bir etkiye sahip olmadıkları hüküm altına alınmalıdır. Doğası gereği alanında uzman ilgililerin alaka seviyelerinin ortalama bir ilgiliden daha yüksek olmasına rağmen, ilgili kişilerin uzman olduğu hallerde, işaretin düşük seviyedeki ayırt edici karakterinin, muhakkak yeterli düzeyde olması gerekmeyecektir.

49. Mahkemenin içtihatları uyarınca, markanın ayırt edici karaktere sahip olup olmadığını belirlemek için tüm etkinin dikkate alınması gerekmektedir (Ayrıca bkz. Procter & Gamble, paragraf 44; C-286/04 P sayılı Eurocermex / OHIM [2005] ECR I-5797 davası, paragraf 22 ve C-238/06 P sayılı Develey / OHIM [2007] ECR I-9375 davası, paragraf 82).

50. Buna rağmen kelime işaretinin ayırt edicilik sınırı genellikle ilgili kişilerin uzmanlık alanlarının seviyesine bağlı olduğundan söz konusu kural geri planda kalabilir.

51. Herhangi bir olayda, başvuru markanın ayırt edicilik sınırına ulaşım ulaşmadığı sorusuna gelince, vakanın değerlendirilmesinde, ilgililerin dikkatleri, algıları ve davranışları ile olan ilişkinin tespitine işaret edilmelidir (Bu etkiye ilişkin olarak bkz. C-144/06 P sayılı Henkel / OHIM [2007] ECR I-8109 davası, paragraf 51; 9 Temmuz 2010 tarihli C-461/09 P sayılı The Wellcome Foundation / OHIM davası, paragraf 20 ve C-87/11 P sayılı Fidelio / OHIM davası, paragraf 66).

52. TFEU md. 256(1) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün 58. maddesinin ilk paragrafı uyarınca, bir dava sadece hukukilik üzerine kurulmuş olmalıdır. Genel Mahkeme böylece ilgili gerçekleri değerlendirmek, bulmak ve delilleri belirlemek için geniş bir yargılama yapabilir. Gerçeklerin ve delillerin çarpıtılması halinde, gerçekler ortaya çıkarılamayacak ve kanıtlar değerlendirilemeyecek, hukuki meselenin unsurları bir araya getirilemeyecek, hal böyle olunca da söz konusu husus, dava kapsamında Adalet Divanı tarafından incelenemeyecektir

(Ayrıca bkz. C-16/06 P sayılı Les Éditions Albert René / OHİM [2008] ECR I-10053 davası, paragraf 68; C-254/09 P sayılı Calvin Klein Trademark Trust / OHİM [2010] ECR I-7989 davası, paragraf 49 ve C-88/11 P sayılı LG Electronics / OHİM [2011] ECR I-0000 davası, paragraf 36).

53. Bu tarz bir çarpıtma, vakıaların ve delillerin yeniden değerlendirilmesine gerek kalmaksızın, Mahkemenin dosyasında bulunan evraklardan açıkça anlaşıl- maktadır (Bkz. Les Éditions Albert René / OHİM, paragraf 69; Calvin Klein Trade- mark Trust / OHİM, paragraf 50; and LG Electronics / OHİM, paragraf 37).

54. Temyiz eden taraf, Genel Mahkemenin başvuru markanın ayırt edi- ciliğinin belirlenmesi hususunda gerçekleri saptırmadığını belirtip, kanıt ileri sürmediğinden dolayı ilk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmının kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddedilmesi ve böylece davanın bozulması gerekmektedir.

İkinci temyiz gerekçesi; delil yokluğunda Genel Mahkemenin vakıaları tespiti

Tarafların İddiaları

55. İkinci temyiz gerekçesi uyarınca, Smart Technologies; Genel Mahkeme- nin, yargılamaya konu davanın 41. paragrafında yer alan, herhangi bir delil ile desteklenmeksizin Temyiz Kurulu tarafından ortaya atılan vakıaların mutlak ola- rak tespit edilmesini ve özellikle de Genel Mahkeme tarafından maruf olarak tanımlanan vakıaların onaylanmasını; tüketicilerin markanın piyasa taahhütleri hakkındaki değeri ile eşdeğer düzeyde olmamasını eleştirmiştir. Halbuki Audi / OHİM davasının 59. paragrafına göre tüketiciler, slogan üzerinden ürünün men- Őei hakkında çıkarımlar yapabilirler. Sonuç olarak bu durumun herkesçe bilinen bir gerçek şeklinde dikkate alınmaması mümkün değildir. Herkesçe bilinen ger- çek ise, tüketicilerin piyasa taahhütlerini markaları içerecek şekilde algılayama- yabilecekleri durumudur.

56. OHİM, tüketicilerin kısa, öz ve vurucu reklamsal mesajlara alışık olduğu- nu ve bu mesajların her şeyden önce övgü dolu reklam iddiaları olarak algılandı- ğını -ki genellikle de markanın değeri ile uyum sağlamazlar- ve bunların herkesçe bilinen bir gerçek olduğunu savunmaktadır. Ancak, markanın sadece reklamsal ve övgü dolu tanımlamalardan oluşmaması, ayırt edici karakterden yoksun ol- maması ya da kullanımla ayırt edici karakter kazanması koşuluyla OHİM, bu tarz mesajların ürünlerin menşelerini gösterir şekilde algılanabildiğini reddetme- mektedir. Sloganın, tanınılırlık olduğu Audi / OHİM davasında bu durum dava konusu olmuştur ancak mevcut dava bunun tam aksinedir.

Mahkemenin Tespitleri

Davasını desteklemek adına Smart Technologies'in dayandığı ikinci temyiz gerekçesi uyarınca, hatırlanmalıdır ki, Mahkemenin içtihat hukukuna göre, Genel Mahkeme tarafından OHIM'in temyiz kurulunun kararına dayanak teşkil eden bulguların tanınmış olup olmadığına yönelik yapılan tespit, gerçekçi bir değerlendirmedir ve bu değerlendirme bulgular veya delillerin tahrif edilmesi dışında Adalet Divanı Temyiz Mahkemesi tarafından yeniden incelemeye konu edilemez (C-25/05 P sayılı Storck / OHIM [2006] ECR I-5719 davası, paragraf 53; 3 Haziran 2009 tarihli, C-394/08 P sayılı Zipcar / OHIM davası, paragraf 42 ve 15 Ocak 2010 tarihli C-579/08 P sayılı Messer Group / Air Products and Chemicals davası, paragraf 37).

58. Şu kadar ki Smart Technologies, yargılamanın 41. paragrafında yer alan Temyiz Kurulunun, kanıtlarla desteklenmeksizin kesin sonuçlara ulaştığı ve temyiz gerekçesini ortaya atarak, özellikle Genel Mahkemenin yetki alanı içinde yer alan hususun tespitinin yerindeliliğini sorguladığı incelemeyi yeterli bulduğu görüşünü reddetmesi dolayısıyla Genel Mahkemeyi eleştirmektedir.

59. Bu tespitler ışığında Genel Mahkemeye sunulan olayların ve delillerin çarpıtılmaması talep edildiğinden, davasını desteklemek adına Smart Technologies tarafından ortaya atılan ikinci temyiz gerekçesinin temelsiz kalması dolayısıyla dava reddedilmelidir.

60. Şöyle ki, yukarıda geçen değerlendirmelerden de anlaşıldığı gibi temyiz eden tarafından, davasını desteklemek adına yapılan her iki temyiz gerekçesi de yerinde değildir ve davanın reddi gerekir.

Masraflar

61. Temyiz usulüne uygulanacak madde 118'e uygun olarak, Usul Kuralları'nın 69(2) maddesi uyarınca, davayı kazanan tarafın dilekçesinde talep edilmiş ise, davayı kaybeden tarafın masrafları ödemesine hükmedilecektir. OHIM, Smart Technologies'e karşı yapılan ödemeler için bir emir çıkartmış, ancak mevcut durumda takip semeresiz kaldığından, masrafların ödenmesi için hüküm kurulması gerekmiştir.

Bu kapsamda, Mahkeme (Beşinci Daire) işbu vesile ile:

1. Davayı reddetmiştir;

2. Smart Technologies ULC'nin masrafları ödemesine hükmetmiştir.

[İmzalar]

POLİS DOSYALARINDAKİ RADİKALLERİN PSİKOLOJİK SORUN VE DAVRANIŞ BOZUKLUKLARI

Yazar: Anton W. WEENİNK*

*Çeviren: Süleyman ÖZAR***

“Bu tarz davranışlar sergileyenleri her ne şekilde etiketlersek etiketleyelim, temel önceliğimiz onların davranışları ve bunları geliştirme yolları üzerine olmalıdır.” John Horgan¹

Özet:

Bu makalede, Hollanda polisi tarafından halihazırda veya potansiyel cihadist olarak bilinen radikal islamistler örneğinde davranış bozuklukları ve problemlerinin hangi ölçüde bulunabileceği ortaya konulacaktır². Amacımız, ilkin, terörizm çalışmalarında teröristlerin sürpriz bir şekilde normal kişiler olduğu konsensüsünün sözkonusu örnekler bakımından da doğru olup olmadığını değerlendirmek; ikinci olarak da cihadistlerin davranış geçmişinin polisin onlara yaklaşımında ipucu verme ihtimalini ortaya koymaya çalışmaktır. Hollanda’dan Suriye’ye gittiği düşünülen ya da Suriye’ye gitmek üzere hazırlık içinde olduğu bilgisi poliste bulunan 140 kişinin kişisel bilgileri polis kayıtlarına girmiştir. İlk sonuçlar, geçmişte davranış bozuklukları ve problemleri yaşamış olan kişi sayısının hayli fazla olduğunu göstermektedir. Sonuçlar teröristlerin ‘normal’ olduğu yönündeki konsensüse pek uymamaktadır. Bireylerin psikolojileri üzerine yoğunlaşmak,

* Hollanda Ulusal Polisi Merkez Birimi’nde uzman araştırmacı. Yazarın bu çalışması ile Aralık 2015’te Malta’da gerçekleştirilen “Yabancı Terörist Savaşçıların Soruşturulması” çalıştayında yaptığı sunumla vakıf olduk. Çevirisini okumakta olduğunuz bu makale, “Perspectives on Terrorism” dergisinin Nisan 2015 sayısında “Behavioral Problems and Disorders among Radicals in Police Files” başlığıyla yayınlanmış olup, eserin pdf. ve HTML formatlı özgün haline <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/416> web adresinden ulaşılabilir. Çalışmanın başlığında sadece davranışsal (behavioral) kelimesi kullanılmış ise de biz metnin genel kontekstini, başlığın muradını ve Türkçe’deki yaygın çağrışımlarını göz önünde bulundurarak ‘psikolojik’ kelimesini de ilave ettik. Metnin tercüme edilmiş hali üzerinden yazara ya da bağlı bulunduğu Hollanda Ulusal Polis Kurumuna sorumluluk ilave edilemez. Makalenin çevirisine izin verdikleri için yazara ve kurumuna teşekkür ederim.

** Hakim, Malta Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü Başkanışmanı. ozarsuleyman@gmail.com.

¹ John Horgan (2014), The Psychology of Terrorism. Gözden geçirilmiş, güncellenmiş 2. Baskı, London & New York: Routledge, s.159.

² Çevirenin notu: Metinde geçen cihat, cihatçı, islamizm, islamcı, İslam Devleti gibi kavram ve kurumlara metnin lafzına ve manasına uygun biçimde, makalenin bağlamından ayrılmadan aynen yer verilmiştir.

radikalleşmeye yönelik sosyo-psikolojik yaklaşımı tamamlayabilir. Bu çaba ayrıca politikacıların ve polis yetkililerinin radikalleşme sürecinin kesilmesi çabalarının bireylere tam olarak uygulanabilmesine dair farkındalıklarının artmasına yardımcı olabilir ve bu noktada zihin sağlığı uzmanları rol alabilirler.

Anahtar Kelimeler: Cihadist, Hollanda, terörist psikolojisi, zihinsel sağlık, kriminoloji.

Giriş

Bu makalenin gerisindeki başlangıç noktası, “teröristlerin en belirgin ortak özelliği onların normal birer insan oluşudur”³ ve “teröristler mental düzensizlikten muzdarip değillerdir” şeklindeki yaygın anlayışlara duyulan endişedir⁴. Hollanda Ulusal Polisi’nin terörizm ve ekstremizm dosyaları bazı teröristlerin kişilik bozukluğu ya da zihinsel hastalıklardan ziyade problemlili davranışlarının bulunduğunu göstermektedir. Sorunlu kişiliklerin olduğundan fazla gösterilip gösterilmediği kesin değildi. Bunun için ve çünkü -neyin hangi sıklıkta olduğuna dair istatistikleri çok önemsemeyen- polis radikal bireylere nasıl yaklaşacağını bilmeye ihtiyaç duyar; biz de çoğu araştırmacının hallolduğunu düşündüğü bu meseleye daha yakından bakmaya karar verdik⁵.

³ Martha Crenshaw (1981), “The Causes of Terrorism”, *Comparative Politics*, Vol. 13, No. 4, 1981, s. 390. Bu görüş başka yazarlarca da paylaşılmıştır:

- Randy Borum, (2004), *Psychology of Terrorism*, Tampa: University of South Florida.

- John Horgan, (2003), “The Search for the Terrorist Personality”, in: Andrew Silke (ed.), 2003, *Terrorists, Victims and Society: Psychological Perspectives on Terrorism and its Consequences*, London: John Wiley & Sons, Ltd.; ayrıca bkz. Horgan (2014).

- Roel W. Meertens, Yvonne R.A. Prins & Bertjan Doosje, (2006, In iedereen schuilt een terrorist. Een sociaal-psychologische analyse van terroristische sekten en aanslagen [“A terrorist is hidden in all of us. A social-psychological analysis of terrorist sects and attacks”], Schiedam: Scriptum; cf. “Schokkend normaal. Interview Bertjan Doosje” [“Shocking normal. Interview Bertjan Doosje”], *De Psycholoog*, Mayıs 2013.

- Jerrold M. Post (2005), “When Hatred is Bred in the Bone: Psycho-cultural Foundations of Contemporary Terrorism”, *Political Psychology*, Volume 26, Issue 4, s. 615–636.

- Marc Sageman, (2004), *Understanding Terror Networks*, Philadelphia, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press; 2008, *Leaderless Jihad. Terror Networks in the Twenty-First Century*, Philadelphia, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press; 2014, “The Stagnation in Terrorism Research”, *Terrorism and Political Violence* 26, pp.565–580, <http://dx.doi.org/10.1080/09546553.2014.895649>.

- Andrew Silke, (1998), “Cheshire-cat logic: The recurring theme of terrorist abnormality in psychological research”, *Psychology, Crime & Law*, Volume 4, Issue 1; 2008, “Holy Warriors. Exploring the Psychological Processes of Jihadi Radicalization”, *European Journal of Criminology*, Vol. 5 (1), s. 99-123.

⁴ Sageman (2014, s. 566).

⁵ Araştırma talebimiz fazla yokuşa sürülmeden kabul edildi. Hollanda’da bazı araştırmacılar gizli terörizm dosyalarına daha önce de erişmişti:

Konsensüs

1980'lerin başından itibaren, teröristlerin 'normal' bir geçmişe sahip oldukları ve zihinsel bozukluklarının bulunmadığı görüşü terörizm araştırmalarında büyük oranda kabul görmüştür. İtalyan, Alman ve İrlandalı teröristler, herhangi bir psikopatoloji ya da kişilik tahlili için delil kaynağı olmakta başarısız olmuşlardır; hatta çoğu terörist olağan ve orta sınıf bir arkaplana sahipti⁶. 11 Eylül'den sonra cihadi terörizmle ilgili çalışmalarda da aynı eğilim görülmektedir. Teröristlerin patolojik narsizm, paranoya ya da otoriteryen kişilik bozukluğundan muzdarip olduğu savını ortaya koyan Neo-Freudyen teorileri göz ardı eden Sageman "zihin sağlığı bakımından teröristler şaşırtıcı bir şekilde normaldir." sonucuna varmıştır⁷. Silke de, cihadistlerin psikolojisi üzerine yapılmış çalışmalar -özellikle Sageman⁸ ve Bakker'inkiler⁹- üzerine görüşlerinde aynı sonuca varmıştır¹⁰.

İnsanları politik şiddet¹¹e ya da terörizme bulaşmaya¹² iten süreç olarak tanımlanan radikalizasyon kavramını açıklama girişiminde bazı araştırmacılar sosyal psikoloji adında alternatif bir yaklaşım sergilemektedirler. Örneğin Sageman, mikro ve makro düzeyde radikalizasyonu açıklayan teorileri reddederek, daha orta ölçekli bir teori önerir. Bu teorinin dört ana unsuru bulunmaktadır: bireyin grup içinde algılanan savaşı; önemli bazı adaletsizliklerde bulunan ahlak dışılık, kişisel tecrübelerle direniş ve halihazırda politik olarak aktif olan bir ilişkiler ağı tarafın mobilize edilmek.¹³ İnternet, radikalizasyon ve kişinin kendi kendine

- C.J. De Poot, & A. Sonnenschein et.al., 2011, Jihadi terrorism in the Netherlands. A description based on closed criminal investigations, The Hague: WODC & Meppel: Boom Juridische Uitgevers; www.wodc.nl;

- Jasper L. De Bie, Christianne J. de Poot, & Joanne van der Leun, 2014, "Jihadi networks and the involvement of vulnerable immigrants: reconsidering the ideological and pragmatic value", Global Crime, <http://dx.doi.org/10.1080/17440572.2014.930349>;

- Bart Schuurman, Quirine Eijkman & Edwin Bakker, 2014, "The Hofstadgroup Revisited: Questioning its Status as a "Quintessential" Homegrown Jihadist Network", Terrorism and Political Violence, <http://www.tandfonline.com/loi/ftpv20>.

⁶ J. Horgan (2003); M. Sageman (2004); Alex P. Schmid (Ed.), 2011, The Routledge Handbook of Terrorism Research, s. 214-217; J. Post (2005), s. 616-617.

⁷ Sageman (2004, s. 83).

⁸ Sageman (2004).

⁹ Edwin Bakker, (2006), Jihadi terrorists in Europe, their characteristics and the circumstances in which they joined the jihad: An exploratory study. The Hague: Clingendael Institute.

¹⁰ Silke (2008).

¹¹ Cf. Sageman (2004).

¹² Horgan (2014).

¹³ Sageman (2008); cf. John M. Venhaus, 2010, Why Youth Join al-Qaeda, Washington D.C.: United States Institute of Peace.

gruba üye olma sürecinin alttan yukarı doğru hızla ilerlemesini sağlar¹⁴. Teröristlerin bazı açılarından heterojen olmaları gerçeği, belli bir terörist kişiliği ya da genel bir terörist profili çıkarmayı sağlayan hususi özellikleri bulmanın imkansızlığını doğrulamaya yaramaktadır¹⁵. Horgan ve Bjorgo, farklı motivasyonlara ve çeşitli düzeylerde görülen ve bireyleri terörizme dahil olmasını, terörist kalmasını, terörden uzaklaşmasını ya da mükerrir suçlu olmasını sağlayan psikolojik süreçlere dikkat çekmişler; ayrıca faillerin farklılıklarının eylemlerdeki farklılıkları da beraberinde getirdiğini vurgulamışlardır¹⁶. Çeşitli mekanizmalar, grupların nasıl radikalize olduklarını da izah eder¹⁷. Terörist irrasyonelitesi varsayımına yer yoktur, zira teröristin genel normalitesinde bir mantık bulunmaktadır: Zihinsel rahatsızlık gizli gruplara sadakat anlamına gelebilir¹⁸. Bu ayrıca kendi başına eylem yapan ve terörist normalitesi kuralına istisna teşkil eden teröristlerin (“yalnız kurtlar”) neden yalnız eylem yaptıklarını da açıklar¹⁹.

Şüphesiz, sosyo-psikolojik araştırmalar radikalleşme sürecine yönelik bilgilerimizi zenginleştirir. Genç mültecilerin kimlik sorunlarının ve şikayetlerinin kabul edilmesi ve de rollerinin, durumlarının ve motivasyonlarının tefrik edilmesi politika yapıcılarının radikalleşmeye daha eksiksiz karşılık vermesine yardımcı olabilir. Genel geçer bir terörist “*personası*” göstermenin ya da bir terörist profili çıkarmanın mümkün olmaması etkisiz, hatta insanları

¹⁴ Sageman (2008).

¹⁵ Andrew Silke, 2001, “Chasing ghosts: Offender profiling and terrorism,” *Sex and violence: The psychology of crime and risk assessment*. London: Routledge.

¹⁶ Horgan (2014 ve daha erken çalışmaları); Tore Bjørgo and John Horgan (Eds.), 2009, *Leaving Terrorism Behind. Individual and collective disengagement*, Oxon and New York: Routledge; Horgan (2014).

¹⁷ Clark McCauley and Sophia Moskalkenko, (2008), “Mechanisms of Political Radicalization: Pathways Toward Terrorism”, *Terrorism and Political Violence* 20, pp.415–433, <http://dx.doi.org/10.1080/09546550802073367>.

¹⁸ Sageman (2004), s. 81); Silke (2008), s. 104).

¹⁹ Ramón Spaaij, (2012), *Understanding Lone Wolf Terrorism. Global Patterns, Motivations and Prevention*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, s. 50. Cf. Paul Gill, John Horgan, and Paige Deckert, (2014), “Bombing Alone: Tracing the Motivations and Antecedent Behaviors of Lone-Actor Terrorists”, *Journal of Forensic Sciences*, Vol. 59, No. 2, 425-435 (p.432). McCauley & Moskalkenko (2008, p.419); Stefan Bogaerts, Pinar Okur, Michelle Willems & Leontien van der Knaap, m.m.v. Marinus Spreen & Ivo Aertsen, (2012), *Solistische dreigers: Ontwikkeling van een instrument voor risicotaxatie van solistische dreigers, [Solistic threateners. Developing an instrument for risk evaluation in solistic threateners]*, Tilburg: Tilburg University & Den Haag: Ministerie van Veiligheid & Justitie / WODC, s. 43.; Tek başına terörizm hakkında ayrıntılı bir inceleme için: Raffaello Pantucci, Clare Ellis, and Lorien Chaplais, (2015), “Countering Lone Actor Terrorism – Literature Review”, bu makale Tek Başına Terörizmine İlişkin Tanımsal Çalıştay’ da sunulmuştur (Leiden University Campus The Hague / International Centre for Counter-Terrorism, The Hague, 14-15 January 2015).

lekelemeye yol açarak ters tepki yapan politikalara girişi de önler.

Bununla birlikte, radikal islami teröristlerin normalliğine ilişkin deliller yaygın kanının aksine daha az kuvvetlidir. Örneğin Bakker, Avrupalı cihatçılar örneğinde zihinsel hastalık önermesinin olması gerektiğinden fazla yer tuttuğu kanısındadır²⁰. Venhaus, çok geniş bir yabancı savaşçılar örnekleme içerisinde herhangi bir klinik psikoz işaretine rastlamamıştır, fakat tümünde antisosyal davranışların bulunduğunu not etmiştir²¹. Keza Merari, intihar saldırısı faili olmaya hazırlanan şüphelilerin hiçbirinde nevrotik psikoz teşhis etmemiş, çoğunda onları intihar saldırısı yapma misyonunu seve seve üstlenmeyi sağlayan karakter özellikleri tespit etmiştir²². Hollanda’da cihatçı örgütlenme araştırmalarına dayanan incelemelerinde De Poot ve Sonnenschein çoğu sujenin sabıka kaydının bulunduğunu, madde bağımlısı ve düşük tahsilli olduklarını ortaya koymuşlardır²³. Almanya’da çeşitli ekstremist veya terörist ideolojik gruplara mensup 39 hükümlü (24’ü aşırı sağcı, 9’u aşırı solcu ve 6’sı aşırı İslamcı) ile yaptığı görüşmelerden Lützinger, bunların patolojik bir özellik taşımadıkları, ancak tamamının tıpkı diğer adi suçlular gibi düzensiz bir çocukluk ve gençliği tecrübe ettiklerini, ayrıca ilk (aile) ve ikinci (okul) sosyalleşme süreçlerinde sapkın davranışlar gösterdikleri sonucuna varmıştır²⁴. Bouzar, Fransa örneğinde cihatçıların yüzde kırkının depresyon hastalığının bulunduğunu ifade etmiştir²⁵. Bu çalışmalar, yapılış tarzı ve sonuçları itibariyle farklılık gösterse de, son tahlilde, teröristlerin sosyal ve psikolojik arkaplanı ortalamanın dışına çıkmaya eğilimlidir. Radikal islamcılar daha az ayrıcalıklı toplumsal tabakalardan çıkmaktadır²⁶ ve çoğu zihinsel bir maraza sahip olmasa da, problemlili davranış ve sıkıntılı tecrübelerle dolu bir geçmişe

²⁰ Bakker (2006), s. 40.

²¹ Venhaus (2010), p. 4.

²² “İki temel kişilik özelliği ayırd ediciydi: bağımlı-çekingen kişilik (bunların yüzde 60’ı intihara meyilli) ve fevri-dengesiz kişilik (yüzde 26.7).” Merari, Ariel, 2010, Driven to Death. Psychological and Social Aspects of Suicide Terrorism, Oxford: Oxford University Press, s. 268.

²³ De Poot and Sonnenschein et.al. (2011).

²⁴ Saskia Lützinger (2012), The Other Side of the Story. Ekstremis ve teröristlerin biyografilerine dair kaliteli bir çalışmal için: Wiesbaden: Bundeskriminalamt, s. 60.

http://www.bka.de/nn_205960/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Publikationsreihen/01PolizeiUndForschung/1__40__TheOtherSideOfTheStory.html

²⁵ Dounia Bouzar, Christophe Caupenne & Suleyman Valsan (2014), La Métamorphose opérée chez le jeune par les nouveaux discours terroristes. France: le Centre de Prévention contre les Dérives Sectaires liées à l’Islam (CPDSI). <http://www.bouzar-expertises.fr/metamorphose>

²⁶ Bouzar’s örnekleri istisnadır, onlar çoğunlukla orta sınıf ailelerden gelmektedir. Fakat belki de bu bir tercih meselesidir, çünkü onun ortaya koyduğu örnekler daha çok sözkonusu kişilerin bizzat yakınları tarafından Bouzar’ın enstitüsünün dikkatine sunulmuş olaylara dayanmaktadır.

sahiptir. Bu makalede sözkonusu bulguların Hollanda’da ortaya çıkan yeni dalga (cihatçı gruplara katılmak için Ortadoğu’ya giden) radikal İslamcılara da tatbik edilip edilemeyeceğini değerlendireceğiz.

Araştırmanın Odak Noktası

Araştırma sorusu, tanımlar ve hedefler

Bu makale Şubat 2014-Kasım 2014 tarihleri arasında yapılan keşfedici araştırmanın sonucunda ortaya çıkmıştır. Yeri geldikçe günce bilgileri de ilave edeceğiz. Araştırma sorumuz şudur: *Cihatçılar hangi ölçüde problemlili davranış ve zihinsel bozukluk geçmişine sahiptir?* Bu bağlamda Hollanda Ulusal Polisindeki verileri analiz ederek şüpheli statüsündeki cihatçıların kişisel bilgilerine eriştik. Cihatçıların davranış problemlerine ilişkin bulguların yanısıra, zihinsel teşevvüş ya da engel teşhisini (davranış bozukluğu, kişilik bozukluğu, zihinsel hastalık, bilişsel yetersizlik) gösteren bilgileri araştırdık. Davranış problemi kavramı, yetişkinler için de kullanılabilirse de, genellikle çocuklarda uyumsuz/zor davranışları kastetmektedir; bu kavramı saldırganlık, suç ve şiddet eylemleri gibi sosyal normlardan sapma, zarara neden olma ya da kendine veya başkalarına acı verme gibi durumları karşılayan bir çeşit şemsiye tabir olarak kullanıyoruz²⁷. Odak noktamız, kendini kontrol etme yoksunluğu olarak tanımlanabilecek uyumsuz davranışlardır (Metod başlığı altındaki açıklamalarımıza da bakınız)²⁸. Bir kimse bu tür davranışlar sergilemekte ısrarcı olursa, antisosyal kişilik bozukluğu ya da zihinsel hastalık gibi bir çeşit psikopatoloji sinyali veriyor demektir. Cihatçı, cihat koşullarının mevcut olduğunu düşündüğü eyleme katılan radikal İslamcılar için kullandığımız bir terimdir: “İslam düşmanlarına” karşı kutsal savaş. (Bazı zihinsel sağlık problemlerinin yansması olabilecek nitelikteki süregelen ortalama bir

²⁷ Açıkçası hoş olmayan tüm davranışlar ‘davranış sorunu’ olarak düşünülemez: “Bir çocuk zaman zaman öfke nöbeti geçirebilir, taşkınlık yapabilir ya da yıkıcı davranış sergileyebilir, fakat bütün bunlar endişelenmek için genellikle bir şey ifade etmez. Davranışsal sorunlar çocuklarda her yaşta görülebilir. Bazı çocuklar ciddi davranış problemlerine sahiptir. Bunun işaretleri olarak, çocuğun kötü davranışlara birkaç ay veya daha fazla süreyle devam etmesi, uyumsuz, yaramaz ve agresif tavırları tekrar tekrar takınması, kural dışı davranışlarının okuldaki veya evdeki düzenin tamamen dışında olması gösterilebilir. Bu durum olağan haylazlıklardan ya da ergen isyankarlığından farklı ve fazla bir şeydir. Bu tarz davranışlar, çocuğun gelişimini etkileyebilecek ve onun normal bir hayat sürme yeteneğiyle ilişkili olabilecektir. Eğer bir davranış daha ziyade bir sorundan ileri geliyorsa, davranış bozukluğu olarak adlandırılır.” (“Behavioural problems and conduct disorder: information for parents, carers and anyone who works with young people”, rcpsych.ac.uk/healthadvice/parentsandyouthinfo/parents/carers/behaviouralproblems.aspx).

²⁸ Cf. Matthew B. Robinson and Kevin M. Beaver, 2009, Why Crime? An Interdisciplinary Approach to Explaining Criminal Behavior, Durham NC: Carolina Academic Press, ss. 14 -15.

davranış düzeyinden sapma olarak radikal davranışları işlemeyi düşünmüyoruz.) Zihinsel sağlık problemlerine ek olarak, Hollandalı cihatçıların normal ve sorunsuz bir sosyal arkaplana sahip olup olmadıkları tartışmasına katkıda bulunacak çeşitli kişisel bilgileri de (yaş, cinsiyet, vatandaşlık, ve kaynaklarımız izin verdiği ölçüde sosyo-ekonomik özellikler) irdeleyeceğiz. Eğer bir kimsenin ailesiyle ve arkadaşlarıyla ilişkisi dengesizse; okulu bitiremediyse, iş bulamadıysa, evsizse vs. o kişinin geçmişinin daha problemlili olduğu düşüncesindeyiz.

Araştırmamız iki amaca hizmet etmektedir: cihatçıların görece 'sorunlu' kişiler olup olmadığını ortaya koymak ve de onları anlamaya yardımcı olacağını düşündüğümüz bireysel öykülerin altını çizmek. Bu araştırmadan sonraki adımda, şiddete varan radikalleşme potansiyeli taşıyan, aşırı sağcı ve aşırı solcu gruplar ya da başlı başına bir mesele olarak ekstremizm hakkında da benzer metodla analiz yapmayı planlıyoruz.

Emsal

Üzerine çalıştığımız örneklem, Suriye'de yabancı savaşçı olarak bulunmak eylemi nedeniyle Hollanda Polisi tarafından şüpheli olarak ele geçirilen ya da (niyetlerini açıkça beyan ettikleri için) potansiyel yabancı savaşçı olarak düşünülen radikal İslamcılarının kişisel detaylarını içeren bir listedir. Bu liste Hollanda Ulusal Polisi'nin merkez birimindeki Terörle Mücadele ve Ekstremizm (TME) şubesi tarafından derlenen ulusal "Seyahat Edenler Listesi" (SEL). Verilerin ilk çıkış yeri taşra polis birimleridir. Taşrada polis birimi bir kimsenin Suriye'ye gitmek üzere ikametinden ayrıldığını ya da potansiyel yolcu olduğunu yahut da Suriye'den dönüş yaptığını tespit ederse, onun kişisel bilgilerini merkezdeki TME şubesi ile paylaşır. Sözkonusu kişilerin çoğu 'yabancı savaşçı' olarak düşünülebilirse de, biz daha itidalli bir kavram olarak 'seyahat eden' tabirini kullanacağız. Bu tercihimiz, oralara savaşmak için gidenler ile başka rolleri (evlenmek veya insani yardım) üstlenmek için gidenler arasında ayırım yapmayı da mümkün kılacaktır. Altını çizmek gerekir ki, bu kavram henüz yola çıkmamış olanları da kapsar. 2014 yılı itibarıyla oluşan SEL araştırma konusu olarak seçildi, ki bu liste çalışmaya başlandığı sıradaki en güncel listeydi. Bu SEL, çalışmada 'S Listesi' olarak geçecektir. S Listesi 140 kişinin kişisel detaylarını mündemiçtir.

SEL'deki kişi sayısı neredeyse her gün değişmektedir. İslamcılar arasında Suriye'ye gidip savaşmanın popüler olması 2012 sonu itibarıyla başlar; 2014'te Irak da cihat için gidilen ülkelerden biri olmuştur²⁹. Kasım 2014 itibarıyla SEL yak-

²⁹ [AIVD, 2014, Transformatie van het jihadisme in Nederland. Zwermodynamiek en nieuwe slagkracht, [Transformation of jihadism in the Netherlands. Swarm dynamics and new clout]

laşık 300 ‘seyahat edenin’ kişisel bilgilerini içermekteydi. Açıkçası, üzerine çalıştığımız listedeki kişi sayısının toplam seyahat eden kişi sayısına oranı araştırma sürecinde yüzde yüzden yüzde elliye kadar düşmüştür. Buna ilaveten, çatışma bölgelerine seyahat eden kişilerin statüsü de ölüm, tutuklanma vs gibi nedenlerle değişmiştir. Şubat 2014’te 8 seyahatçi Suriye’de hayatını kaybetmiştir; Ocak 2015 itibarıyla de yaralıların sayısı 21’e yükselmiştir.

Veritabanı

Çalışmada birkaç ayrı kolluk veritabanı kullandık. Bilgi temini için, dört farklı veri tabanına sahip internet sitesine listedeki süljelerin tam adını ve doğum tarihini girdik. Sözkonusu veri tabanları (harflerin açılımı olmaksızın) şunlardır:

BVH: Lokal polis ünitelerinden edinilen dosyalar: Örneğin kişinin şikayet konusu olması halinde yerel polis memurlarının hazırladığı polis raporlarında ev ziyareti, vatandaşlık bilgileri, tanık beyanları gibi hususlar yer alır. BVH ayrıca listedeki kişilerin ve onların yakınlarının ifade ve görüşmelerine de içermektedir. BVH en önemli bilgi kaynağımız olmuştur.

HKS: Yetişkinlerin işlediği ve hakkında polisin savcıya fezleke hazırladığı suçlar: HKS savcının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verip vermediğini göstermez. Ayrıca bir fezleke birden fazla suç için düzenlenmiş olabilir.

GBA: Vatandaşlık kaydı (adres ve göçmenlik)

VIP: İkamet geçmişi, evsiz kalmışsa ya da tutuklanmışsa tarihleri, periyodu.

Ayrıca süljelerin suç ve kabahatlerini gösteren JD-Online suç veritabanına da başvurduk.

Metot

Altını çizerek belirtmek gerekir ki, herhangi teşhis veya tanıda bulunmuyoruz³⁰. Ayrıca polis dosyaları ilgililerin tıbbi dosyalarını içermediği gibi, zihinsel hastalığın çeşidine dair detaylı bilgi de bulunmamaktadır. Araştırma konusu kişilerini, edindiğimiz bilgiler ışığında sadece şu kategorilere göre ayırd ettik:

A Kategorisi (Sorunsuz)

Takibi gerekli problemlili davranışı ya da zihinsel rahatsızlığı bulunmayan kişileri bu kategoride değerlendirdik. Alt kategoriler olarak da;

Den Haag: Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst.

³⁰ APA, 2013, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, Arlington VA: American Psychiatric Association.

A.1 Davranış sorununa rastlanmadı

A.2 Davranış sorunu yok, ancak problemlili sosyal çevre var

A.2 kategorisi kişide herhangi bir soruna, sıkıntıya rastlamadığımız, fakat ciddi sosyal çevre sorunlarının bulunduğu dair kanıtların olduğu durumlarda bu kişilerin geçmişine doğru iz sürmeye olanak tanır.

B Kategorisi (Davranış Sorunu)

B.1 Hafif Problemlili Davranış: sınırlı sayıda hafif suçlar ve kabahatler, vandalizm, borca batmak vs

B.2 Davranış Sorunu: Suç işleme ısrarı

B.3 Ciddi davranış sorunu: ısrarla ciddi suçlar işleme (kişi zihinsel teşevvüs içindeyse ya da bir teşhis bulunamaksızın görünüşe göre bir zihinsel hastalık ya da kişilik bozukluğuna düşerse)

Suç kaydında ciddi nitelikte suç bulunmayan ve bu kayıtların çok kabarık olmadığı (en fazla 9 mahkumiyet veya suç isnadı³¹) kişiler başkaca bir davranış sorununa rastlanmamışsa B1 kategorisi içinde mütalaa edilmiştir. Lokal polisin suç işlemeye meyilli gençler arasında değerlendirdiği bireyler de B1’de kategorize edilmiştir. B2 ise daha ciddi suçlardan sanık ya da hükümlü olanları ve hafif de olsa en az 10 suçtan kaydı olan sùjeleri içermektedir. B3 kategorisi açıkça ciddi ve ısrarlı davranış sorunları bulunanları kapsamaktadır. Ciddi davranış sorunu, ısrarla yasa ihlali ile ilişkidir fakat tekrar eden şiddet suçu, aile ve komşularla tırmanan uyumsuzluk ve geçimsizlik durumu, çocuk istismarı ve tacizi gibi ilave faktörle birlikte düşünölmelidir. B3 kategorisi psikiyatrik bir tanı elde edilemeksizin gözlem evine alınan bireylerle birlikte bilişsel yetersizliği olanları da ihata etmektedir.

C Kategorisi: Zihinsel bir sağlık sorununun bulunması

Klinik olarak bozukluk olduğu tanısı konulan kişileri C kategorisinde topladık. Bu noktada ana kaynağımız polis raporları olup, o raporlarda yer alan belge ve bulguları diğeri VIP gibi kaynaklarımızla ve mahkeme kararları ile doğrulamaya çalıştık. Belirtmek gerekir ki, zihinsel bir sağlık sorunun sahip olmak her zaman ciddi davranış bozukluğui içinde bulunduğu ya da B kategorisindekilerden daha tehlikeli olunacağı anlamına gelmez.

Sonraki çalışmalarımızda Adli tıp uzmanları ile işbirliği içinde onların kate-

³¹ HKS kayıtları henüz tamamlanmamış iken, bir kısım mahkumiyet hükümlerini hesaba kattık.

gorizasyonu ve kodlama sistemlerini kullanmayı umuyoruz. Aşağıda, ulaştığımız sonuçları DSM V'deki oranlarla ve Hollanda zihinsel sağlık servisi ile karşılaştıracğız. Şu aşamada bir kontrol grubuna sahip değiliz.

Uzmanlar

Araştırma konusu kişilerin özneliği uzmanların metedoları ve bulguları paylaşması sonucunda ortaya çıkarılmıştır. Plan ve sonuçlar iki sosyal bilimci, bir adli tıp psikiyatru ve Ulusal Polis'ten bazı araştırmacılar ile birlikte tartışılmıştır. Yukarıda tarif ettiğimiz sınıflandırma bir davranış bilimi uzmanı tarafından tavsiye edilmiştir. Suç analistleri, kolluk görevlileri ve terörlle mücadele birimindeki Arap araştırma departmanı uzmanları, bu sahadaki yılların birikimiyle, bilgi ve tecrübe paylaşımında bulunarak, araştırmamızın sonuçlarını bizimle tartıştılar. İlk sonuçlar Terörlle Mücadele Birimi ve Ulusal Polis'teki adli psikiyatru uzmanları ile tartışıldı. Adli tıptan bir psikiyatruk saplık servisi uzmanı sonuçlarımız üzerine değerlendirmeler yaparak nitel ve nicel bulgularımızı paylaştı.

Kısıtlamalar

Okuyucunun bizi kısıtlayan birkaç olgudan haberdar olması gerekmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere, psikiyatruk raporlara giriş iznimiz yoktu ve tıp çalışanları kişilerin zihin sağlığına ilişkin tespitleri çok sıkı şartlar haricinde kollukla paylaşmaya mezun değillerdi.³² Keza biz de özel bazı durumları tartışma yetkisini haiz değildik. Diğer sınırlanış sebeplerimiz ise veri tabanının eksiksizliğine ve kalitesine ilişkindir. 5 yıldan fazla süredir açık olan lokal polis dosyalarına başvurmak sağlıklı olmayacaktı, öte yandan polis suç kayıt sistemi listemizdeki kişilerin 18 yaş öncesine dair verilerini genellikle içermemektedir. Bu konuda sistemin tamamlanmadığı ve bazı kayıtların eksik tutulduğu gözlenmiştir. Ayrıca, polis sűjelerin sosyo-ekonomik ve eğitim statülerini sistematik bir şekilde kaydetmemektedir.

Sonuçlar

Sonuçları iki ayrı başlık altında vereceğiz. İlk aşamada, seyahat edenlerin demografik özelliklerini, sonrasında davranışsal veya zihinsel sağlık problemlerini ele alacağız.

Demografik Çeşitlilikler

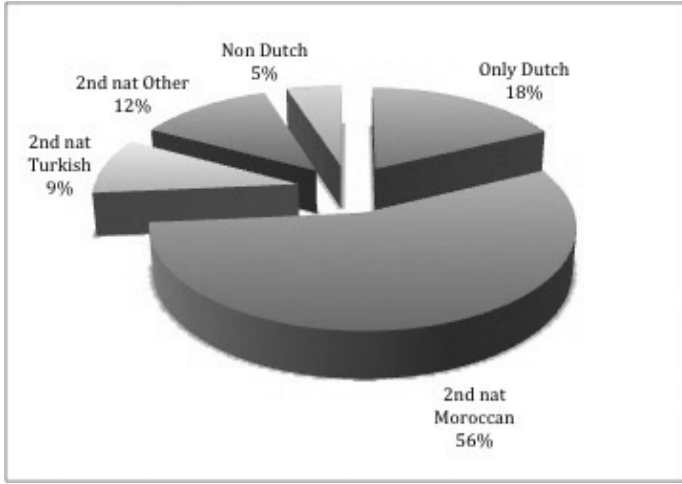
Üzerinde çalıştığımız liste; vatandaşlık yaş, cinsiyet ve diğer sosyla ve ekono-

³² Bir psikiyatruk, hastasının kendisi veya başkaları için ciddi tehlike arz edebileceğini düşünürse, bulunduğu kurumdaki mesai arkadaşlarına danıştıktan sonra detayları polisle paylaşmaya karar verebilir.

mik özellikler bakımından ortalama bir nüfus kesitini temsil etmemektedir.

- *Vatandaşlık*

Hollanda’da çifte vatandaşlık mümkündür. İkinci bir vatandaşlığa sahip olmak, aynı zamanda o kişinin veya ailesinin göçmen statüsüne sahip olduğunun da bir göstergesidir. Baktığımız 140 yabancı savaşçı arasında 108’i (%77) çifte vatandaş, 25’i (%18) sadece Hollanda vatandaşı, 7’si (%5) başka ülke vatandaşıdır.



Çifte vatandaşlıkta ikinci vatandaşlık olarak Faslılar (78 kişi, %56) ve Türkler (13 kişi, %9) ağırlıktadır. Bu yüzdelerin genel liste içindeki oranı, toplumda var olan göçmen nüfusunun genel nüfus içindeki oranından daha fazladır; zira 1 Ocak 2014 itibarıyla göçmenler 16.8 milyonluk genel nüfusun yüzde 2’sine tekabül etmektedir³³. Faslı cihatçıların bu örnekte bir hayli fazla yer tuttuğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Bununla birlikte görüştüğümüz 78 kişi Fas toplumunda cihat için savaşmaya gidenlerin bir hayli az olduğunu ifade etmişlerdir.

- *Yaş ve Cinsiyet*

Cihat için gidenlerin yaş dağılımı genelde önceki terörizm araştırmalarıyla benzerlik taşımaktadır. Ana yaş grubu 24’tür. Ortalama yaş erkeklerde kadınlardan daha yüksektir (25’e 21). 140 yabancı savaşçının 117’si (%84) erkek, 23’ü (%16) kadındır. Cihat yolcuları genelde gençtir, ama genelde delilkanlı yaşlarda

³³ Merkezi İstatistik Bürosu verilerine göre 375 bin Fas vatandaşı, 396 bin de Türk bulunmaktadır. (Son görülme: 10 Aralık 2014)

da değiller³⁴. 1 Ocak 2014 itibarıyla sadece 10 kişi 18 yaş altındaydı. Kadınların 18 yaş altı oranı yüzde 17 iken erkeklerde bu oran yüzde 5'e düşmektedir. Bu çocuk yaştaki cihatçılardan sadece biri, 16 yaşında bir erkek cihada etkin katılmış ve çatışmada ölmüştür.

- *Sosyal ve Ekonomik Özellikler*

Bazı bulgulara erişmek zor oldu, zira listemizdeki cihatçıların çoğu parçalanmış ailelerin çocuğu; ayrıca 6'sı anne-babasını kaybetmiş, bunların ikisininin intihar etmiş. Buna ilaveten eğitim seviyeleri ve başarıları da hayli düşük görünmektedir. Listemizde yüksek öğrenim görmüş bir kişiye bile rastlamış değiliz. İnceleme konusu cihatçılar yüksek okulu bitiremeyen ya da terk eden işsizlerden oluşuyor. Aynı şekilde düzgün bir kariyeri olan örneğimiz de bulunmamakta, işi olanların yaptığı da düzensiz yarım zamanlı işler olarak görünmektedir. Daha önce bahsettiğimiz gibi bazı evsizler de bulunmaktadır; bunların 6'sı LOP'a kısa veya uzun süre için kaydolmuş durumdadır. Evsizliğin nedeni olarak, aileyle yaşanan çatışma ya da hapis sonrası kalacak yer bulamama gibi olgular gösterilebilir.

Bu demografik özellikler Hollanda toplumunun ortalama bir kesitini oluşturmamaktadır. Göçmen ve toplumsal olarak zayıf bir arkaplana sahip, yirmili yaşların ortasındaki erkekler, araştırma konusu kişilerimizin ağırlığını oluşturmaktadır.

Davranış Sorun ve Bozuklukları

- *Suç*

Suç verilerimiz suça bulaşmayı tüm yönleriyle tartışmaya izin vermeyen yetersizliklerle maluldür. 66 seyahatçiyi (listenin %47'si) birden fazla polis raporunda bulduk. Polis kayıtlarında suçu bulunan bu cihatçıların yüzde 23'ü 22 yaş altıdır³⁵. Bu oranlar Hollanda'daki suç işleme potansiyeli yüksek kesimlerle ve Faslı genç suçluluk oranı ile yakınlık göstermektedir. Fas'ın listedeki yerinin bir

³⁴ Moffitt'in yaşam boyu isyankarlık ile delikanlı çağına mahsus suçluluğa ilişkin ayrımı için: Terrie E. Moffitt, 1993. "Adolescence-limited and life-course persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy." *Psychol. Rev.* 100, s. 674-701.

³⁵ "1984 doğumlu, 22 yaş erkeklerin yüzde 23'ünün, kadınların yüzde 5'inin en az bir sabıka kaydı bulunmaktadır. Hollanda vatandaşı olmayan genç nüfus polis kayıtlarında hayli fazla yer kaplamaktadır. Bunların içinde de Fas vatandaşları ağırlığı teşkil etmektedir. Yaşı 12 ila 22 arasında değişen Faslıların yüzde 54'ü en az bir kez polis kayıtlarında yer almaktadır, ki bu 5'te 3'lük bir dilimi oluşturmaktadır."

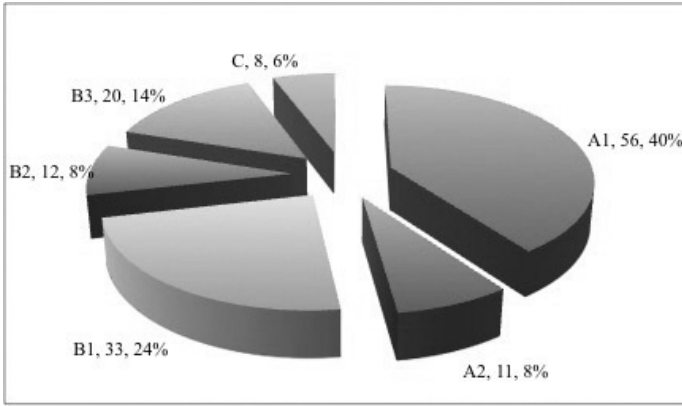
(Arjan Blokland, Kim Grimbergen, Wim Bernasco & Paul Nieuwbeerta (2010), "Criminaliteit en etniciteit. Criminele carrières van autochtone en allochtone jongeren uit het geboortecohort 1984" [Crime and ethnicity. Criminal careers of native and immigrant youngsters from birth cohort, 1984], *Tijdschrift voor Criminologie* 52/2, s. 122-152.

hayli geniş olduğunu yukarıda belirtmiştik, ancak bu durum listede yüksek suç oranını açıklamaya yetmez³⁶.

Listemizdeki kadınların yüzde 26'sı sabıkalıdır; Hollanda'da genelinde 22 yaş altı kadın suçluluğu yüzde 5 olduğuna göre, cihatçı kadınların suça bulaşma oranı diğer kadınlardan beş kat daha fazladır³⁷.

- *Davranış Sorun ve Bozuklukları*

Yukarıda belirttiğimiz sınıflandırma uyarınca her bir sınıf hakkında ulaştığımız veriler aşağıdaki şekilde gösterilmiştir:



Bu sonuçlar, Suriye'ye gidenlerin %60'ında psikososyal bir problem bulunduğunu göstermektedir. Söjelerimizin yarıya yakınında (%46) davranış sorunu (B kategorisi) bulunmaktadır. Listemizdekilerin beşte birinde ciddi bir davranış sorunu (B.3 %14) ya da tanı konulmuş kişilik bozukluğu veya zihinsel hastalık (C kategorisi %6) tespit edilmiştir. Aşağıda B.3 ve C kategorisindeki cihatçılara dair detayları vereceğiz.

- *Kategori B.3*

20 cihatçıda (5 kadın 15 erkek) ciddi davranış sorunu ya da tanısı konulmamış zihin sağlığına delalet eden göstergeler olarak şunları tespit ettik (her biri bakımından ayrı ayrı) :

1. Zihni teşevvüş (genellikle görülen)
2. Psikiyatrik gözlem altında olan. Post-travmatik stres bozukluğu (PTSB).

³⁶ Erkeklerin 66'sı (% 47) Faslı ve bunların 34'ü (%52) en az bir suç kaydına sahip.

³⁷ Blokland et.al. (2010).

3. Özel eğitim. Hastalık sonrası radikalleşme.
4. Suçta ısrar. Şiddet suçu. Aşırı şiddet eylemlerine düşkün olmak.
5. Çocuk istismarı. Tehdit.
6. Sabıkalı. Gözlem ve muayene altındaki zihinsel yeterlilik.
7. Sınırdaki kişilik bozukluğu.
8. Öfke kontrolü için psikiyatrik yardım.
9. Psikiyatrik tedavi tavsiyesinin gözardı edilmesi.
10. Obsesif bozukluklar. Otistik/şizofren
11. Çocuk olarak idare edilemeyen. Gençlerin sosyal amaçlarla işe alımı. Öfke nöbeti.
12. Otizm. Çocukluk travması.
13. Davranış sorunu nedeniyle özel eğitim.
14. Hafif bozukluk, öfke nöbeti.
15. Garip davranış. Ebeveyne karşı agresif tutum.
16. Zihni teşevvüş. Sabıkalı. Agresif. Birçok kere gözlem altına alınmış.
17. Birkaç kez gençlik cezaevinde tutulmuş.
18. Suçta ısrar. Evsiz. PTSB.
19. Psikiyatrik meseleler (büyük ihtimalle depresyon)
20. Zihni teşevvüş. Agresif.

• *C Kategorisi*

8 cihatçıda (2 kadın 6 erkek) tanı konulmuş bozukluk olarak şunlar bulunmaktadır.

1. Psikotik
2. Narsistik. Madde bağımlılığı. 13 yaşından beri suçun içinde olmak.
3. Dikkat eksikliği, hiperaktivite bozukluğu. İlaç tedavisi. Basit suç, kabahat, uzun süren evsizlik.
4. Dikkat eksikliği, şifozreni, ilaç tedavisini ret.
5. Psikoz. İlaç tedavisi ve psikiyatrik yardım.

6. Şizofreni³⁸

7. Otizm, yaygın gelişim bozukluğu. Agresif.

8. PTSS. Suç işleme ısrarı. Evsiz. İdare edilemez çocuk.

Bu tanımlar çoğu süjude eş zamanlı olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca birçoğunun çok problemlili ailelerden geldiğini de hatırlatmalıyız.

İkinci Grup Cihatçıların Davranış Sorunları ve Bozuklukları

Mart 2014-Nisan 2015 periyodunda Suriye'ye giden veya gitmeye hazırlanan 158 kişiyi daha listeledik. Şimdiye dek bunların 32'si erkek, 11'i kadın olmak üzere 43'ünü (%27) analiz edebildik.

Kategori	2. Gruptaki Kişiler	158 kişi içindeki oranı	Erkek	Kadın
A.1	5	3.2	3	2
A.2	0	0.0	0	0
B.1	7	4.4	6	1
B.2	5	3.2	4	1
B.3	17	10.8	12	5
C	9	5.7	7	2
Toplam	43	27.3	32	11

2. Gruptaki 158 kişiden seçilen 43 kişideki davranışsal problem ve düzensizlikler tablosu.

Tüm kategoriler içindeki %16.4 lük payı ile B.3 ve C kategorileri her nasılsa en düşük paya sahiptir; fakat bu ikinci grubun sadece %27'sini kullandık. Bu nedenle, sözkonusu kategorilerin daha fazla yükseleceğini umabiliriz. B.3 kategorisindekilerin hemen hemen hepsi bir şekilde psikiyatrik yardım almış görünüyor. "Seçici önyargı" nedeniyle ikinci gruptaki örnekler göreceli olarak ağırlıklıdır. Bu süjelere terörle mücadele bürosu bunların da çalışmayla ilgili olabileceğini düşünerek isimlerini önümüze getirdikten sonra çalıştık. Dolayısıyla, davranış sorunu olmayan cihatçıları olduğundan az görünmektedir. Cihadistlerin davranış bozukluğu ve problemine dair izlenimimizi güçlendirdiği için ikinci gruba ilişkin çalışmamızın ilk sonuçlarını paylaşmaya karar verdik.

³⁸ Bu sınıfları bulduğumuz şekilde kullanıyor, psikiyatrideki tartışmalı sınıflandırmalardan, mesela şizofreninin 'normal' bir psikotik düzensizlik olup olmayacağına ilişkin tartışmalardan kaçınıyoruz.

Cihat Zonu Sorunlu Kişilerden mi Oluşuyor?

Teröristlerin niçin normal olduğunun düşünüldüğüne dair ilk sebep ancak zihinsel dengesi yerinde olmayan birinin terör saldırısında rol alabileceğinin sanılmasıdır. Bu doğru olsaydı, birçok sorunlu gencin tek başına çatışma bölgesine ulaşip IŞİD gibi, El Nusra gibi gruplara katılmasını bekleyemezdik. B.3 ve C olarak kategorize ettiğimiz bazı kişiler sözkonusu gruplara katılmaya çalışmışlar ancak başarılı olamamışlardır. Bununla birlikte her bu iki kategoride toplam yüzde 75 Suriye'ye ulaşabilmiştir (15 kişi B kategorisinden, 6 kişi C kategorisinden), ki bu oran listeninin genelindeki ulaşma oranından (%73) az da olsa yüksektir³⁹.

Terörist Eylemlere İştirak

Polis verileri ve açık kaynaklar Hollandalı cihatçıların esirlerin idam edilmesinin yanısıra kafa kesme, recm, kırbaçlama gibi zalimane eylemlere katıldığını göstermektedir. S Listesinden iki cihatçı intihar saldırısında ölmüştür. İkinci gruptan da iki kişi intihar saldırganı olmuştur. Yani Hollanda'dan bazı cihadistlerin terörist eylemlere iştirak ettiği anlaşılmaktadır. Bu eylemlerin failleri arasında C kategorimize ait kişileri de görmekteyiz. Onlar zihinsel bir hastalık tanısı konmuş olan teröristlerdir.

Sonuçların Test Edilmesi

Yaygınlık

Teşhis edilmiş zihinsel hastalık veya bozukluğu olan kişi sayımız (8, yüzde 6) cihatçılar arasında zihinsel problemlerin toplumun geneline göre daha yaygın olduğunu göstermektedir. Listemizde 3 kişi (%2) şizofreni hastasıdır. Bu oran toplum içinde yüzde 0.7'dir⁴⁰. Aynı şekilde, incelediğimiz cihatçılar grubunda psikoz hastası 2 kişi (%1.4) de toplumun genel oranından (%0.5) yüksektir⁴¹. İkinci grupta da şimdiye dek 5 psikoz vakasına rastladık. 298 cihatçı arasında toplam 7 psikozun varlığı bizi %2.3 gibi bir orana ulaştırmaktadır. Gerek psikoz, gerekse şizofreni cihatçılar arasında normalin çok üstünde gibi görünse de kesin bir yargıya varabilmek için yeterli süjeye sahip değiliz. Vardığımız sonuçları daha öngörülebilir kontrol grupları ile test etmedik. Öte yandan, B.1 ve B.3 kategorilerini aydınlatacak daha detaylı araştırmalar yapmayı umuyoruz. Bu çalışma sonucun-

³⁹ Bu oran, giden ya da dönen ya da orada ölen tüm cihatçıları içermektedir.

⁴⁰ APA (2013, s. 102).

⁴¹ APA (2013, s. 116-117). Psikotik düzensizlik ilaç/madde kışkırtmasıyla da ortaya çıkabilir. “Başka bir ilaca bağlı psikotik düzensizlik” sıklıkla görülür ve tahmini güçtür, zira altında yatan sebep maddelerin çok çeşitli olmasından ileri gelmektedir.

da vardığımız sonuçların kısıtlı bir grubu temsil ettiği zihin sağlığı servisinde de teyid edilmiştir.

Zihin Sağlığı Servisinin Bulguları

Ocak 2015'te bulgularımızı zihin sağlığı servisi ile tartıştık. Servis, psikiyatri hastalarına rehberlik ve tedavi hizmeti uygulayan psikiyatristleri istihdam etmekte olup, akıl sağlığı yerinde olmayan suçluları tedavi eden adli tıp departmanına da sahiptir. Servis, yerel otoritelerden edindiği kişisel bilgileri elinde bulunduran ve cihadist sayısı bakımından bu alanda önemli bir yeri bulunan şehirlerden birindeki Radikalleşme Üzerine Çok Yönlü Politikalar Platformuna da katılmıştır. Ne var ki Servis, sadece ilgilinin zihinsel bir tedavi alıp almadığını "evet-hayır" olarak cevaplamakla yetkilidir. Bu şehirden olan cihatçılar bakımından şimdikiye dek 31 dosyada (%60) 'evet' cevabı verilmiştir. Psikiyatrik tedavi altındaki kişiler bağlamında her hafta iki veya üç dosya listeye eklenmektedir. Bir başka şehirde, radikal olduğu tespit edilen 25 kişiden 19'u (%76) Çocuk Koruma Servisi'nin denetimi altındadır. Dolayısıyla bizim araştırmamızdaki rakamlar, radikallerin genel tablosu içindeki oranlara göre daha düşük çıkmıştır diyebiliriz⁴².

Suriye'ye gidenlere ilişkin olarak, neredeyse hepsinin mağdur ya da fail ya da ikisi birden olarak aile içi şiddet deneyimine sahip olduklarını görmekteyiz. Cihada katılmamış ya da henüz katılmamış radikallerin çoğunda zihin sağlığı problemi veya kişilik bozukluğu bulunmakta ise de modeller arasında bir farklılığa gidilmesi gerekmektedir. İdeologlar ve macera arayanlar bulunmaktadır. Başka dinden İslam'geçen birçok kişiyi içeren ideologlar zayıf bir egodan muzdarip olma eğilimindedirler. Maceraperestler de göğüs göğüseye çatışma için çoğu zaman İslamcılara cazip görünmemektedirler; genelde sabıkalı olup, zihin sağlığı problemi veya zihni teşevvüş içindedirler. Suriye'den dönenler çatışma bölgesinde tanık oldukları yüzünden ciddi bir tahribata içerisindedirler; onların radikalılığı ile mücadele etmekten çok tırmanmış olan tansiyonlarını bir şekilde

⁴² Normal bir toplulukta yüzde 50'lik bir oran pek öngörülebilir değildir, ama cezaevindeki bir topluluk için daha muhtemeldir: "Şüphesiz genel İngiliz toplumu içindeki yüzde 4'lük kişilik bozukluğu oranı (Coid et al., 2006) suç işleme oranlarının yüksek olduğu popülasyonlarda daha da artmaktadır. 12 ülke cezaevindeki 62 ankete sistematik bir inceleme yapan Fazel ve Danesh (2002) 18530 erkek mahkumun yüzde 60'ının kişilik bozukluğunun bulunduğunu, bunların da yüzde 47'sinin antisosyal kişilik bozukluğu içinde olduğunu rapor etmişlerdir. Kadınlarda bu oranlar yüzde 42 ve yüzde 21 olarak ifade edilmiştir." (Richard Howard and Conor Duggan, "Mentally Disordered Offenders. Personality Disorders", in Graham J. Towl and David A. Crighton (2010), *Forensic Psychology*, Chichester: BPS Blackwell / John Wiley and Sons, s. 320-321.)

düşürmek gerekmektedir⁴³. Zihin Sağlığı Servisindeki muhataplarımız iki sonuç gözleminde bulunmuşlardır: Birincisi, dikkat çekmenin kesin bir yolu olarak radikal İslam retoriğini kullanan psikozlu bireyler bulunmaktadır; bunlar makul radikallerden ayırt edilmelidir. İkinci olarak da radikal islamcılar arasındaki sorunların çoğu aşırı sağcı gruplar içinde de görülebilir; bu da bizim listemizin bir kısmına dair başlangıçtaki intibamızı doğrulamaktadır⁴⁴.

Sonuç

Bu araştırma sorumuza verilecek birincil cevap, tanısı konulmuş bir zihinsel sağlık problemi olan yüzde 6'lık oranın tahminimizin üzerinde olduğudur. Yüzde 46'lık kısım ise davranış sorunu olan gruptur. İncelediğimiz grubun yüzde 48'inde ise herhangi bir davranış sorununa ya da zihinsel sağlık sorununa rastlamadık, ancak bu kısımdakilerin de yüzde 8'lik bir bölümünde problemlili bir sosyal arkaplan sözkonusudur. Bu sonuçların davranışsal ya da zihinsel bozukluğu olan teröristlerin kısıtlı bir kesimini yansıttığını düşünme eğilimindeyiz, zira 1) tıbbi dosyalara erişemedik 2) polis kaynakları tamamlanmış değil ve 3) bir sağlık kuruluşu ellerindeki dosyalardaki radikal islamcılarının yüzde 60'ının psikiyatrik tedavi gördüğünü ortaya koymuştur.

Tartışma

Çalışmada vardığımız sonuçlar ve kullandığımız kategoriler salt tanımlayıcı olup, sebeplere ilişkin bir şey söylememektedir. Davranışsal ya da zihinsel bozukluklar, bireysel gelişimi etkileyen biyofizyolojik faktörlerden doğabilir. Bununla birlikte, bilimsel çalışmalar çoğunlukla cihadistlerin sağlıklı bireyler olduğu tezini çok tutmadığı için, bunun niçin baz alınabileceğine dair aklımıza gelen soruları burada tartışmak istiyoruz:

1. Pek çok araştırmacının şikayetçi olduğu veri eksikliği problemini düşünürsek, teröristlerin normal bireyler olduğu tezi için henüz erkendir⁴⁵. Victoroff'un gözlemine göre: "yayımlanmış teoriler, ampirik çalışmaların sayısını aşmış durumdadır ve hiçbir bireysel faktör terörist olma riskini açığa vuramaz şeklindeki iddia tamamen yetersiz araştırmaya dayanmaktadır."⁴⁶

2. Terörist psikolojisine ilişkin teoriler, belli bir "terörist kişiliği" ve "terörist

⁴³ Cf. J. Horgan (2014), s.133.

⁴⁴ Şu ana kadar, B.1 kategorisindeki 'açık' listede 6, B.2'de 4, B.3'te sıfır, C kategorisinde ise 1 aşırı sağ not edilmiştir. Aile içi şiddete maruz kalmak bunların ortak özelliği gibi görünmektedir.

⁴⁵ Sageman (2014), s. 569-570) bunun yeni bir örneğidir.

⁴⁶ Jeff Victoroff, (2005), "The Mind of the Terrorist. A Review and Critique of Psychological Approaches." Journal of Conflict Resolution, 2005/49, s. 35.

profili” tanımlamaya izin veren tek bir psikolojik karakteristiğinin olmadığı yönündeki hakim eğilim ile çürütülmüş bulunmaktadır. Bizim bulgularımız da zihinsel sorunların çeşitlilik gösterdiğini doğrulamaktadır, fakat terörist psikolojisinin niçin her bir örnekte benzer tuhafıklar bulmaya ilişkin olması gerektiği konusunda herhangi sebep göremiyoruz. Bu konuda, Batı Alman teröristlerinin yüzde 33’ünün anne ve/veya babasını yitirdiği şeklindeki gerçekten hiç etkilenmeyen Silke’nin tespitleri iyi bir örnek olabilir: “Eğer onların yüzde 92’si 14 yaşından önce ailesini yitirmiş olsaydı bu durum dikkate alınabilirdi, fakat yüzde 33 belirsiz önemde bir orandır. Bu oran sonuçta hala yüzde 67’lik bir kısmı ailesiyle birlikte bırakmakta ve onların içinden de terörist çıkmaya devam etmektedir.” Peki ya yüzde 67’lik kısmın içinde de radikalleşme sürecine katkıda bulunacak başka sorunlar varsa?⁴⁷

3. Bireysel ve toplumsal psikoloji çoğu zaman en hayati açıklama mercii olarak düşünülür ama biz bunları daha ziyade analizin tamamlayıcı parçaları olarak görmekteyiz.⁴⁸ Ne olursa olsun, sosyo-psikolojik yaklaşımlar sosyal risk gruplarından olan gençlerin büyük çoğunluğunun niçin radikalleşmekten kaçındıklarını ve cihada gitmediklerini açıklama noktasında zayıf bir donanıma sahiptirler.⁴⁹ Açıkça görülmektedir ki gençlerin çok azı radikalleşmeye karşı kırılğan bir bünyeye sahiptirler. Burada şöyle bir çıkarımda bulunabiliriz, psikolojik problemlerle radikalleşme arasındaki nedensel bağ, sadece toplumdaki değil, aileden, akraba ve arkadaşlardan izole bir yaşantı eğilimi olarak ortaya çıkan “davranış sorunu” noktasında görülebilir. Sosyo-psikolojik yaklaşımların ifade ettiği üzere, toplumsal izolasyon genellikle radikalleşmenin başlangıç noktasıdır. İzole bireyler yoldaşlık ihtiyacı içindedirler ve radikal bir grup içerisinde kimlik, bünye ve hatta alternatif bir aile bulurlar⁵⁰.

4. Literatürdeki zihinsel hastalıklara olan yoğunlaşma, reşit olmayanlarda gö-

⁴⁷ Silke (1998), s.65-66); cf. Sageman’ın (2004) Freüdyen açıklamalardaki -hepsi de radikalleşmeyi izah etmekten uzak olan- birkaç faktöre ilişkin tartışmaları da aynı mantığa yatkın olduğunu göstermektedir. Biz araştırmadıklarının kaçının buradaki değişkenlerin hiçbirine uymadığını öğrenmek isterdik.

⁴⁸ Bu konuda bkz Victoroff, yazar terörizmin tek bir psikolojisinin olduğunu iddia eden redaksiyonist pozisyon ile terörizmin psikolojik tüm açıklamalarını reddeden nihilist pozisyon arasında bir orta zemin arayışını tavsiye eder (2005, s. 31)

⁴⁹ Ayrıca bkz. Boutwell, yazar delikanlılık yıllarına mahsus başkaldırı ruhu ve yaşam boyu isyankarlık dışında üçüncü bir kategoriye ayırt eder: asla suç işlemeyen/işlememiş kişiler (Brian Boutwell, J.C. Barnes, Raelynn Deaton, Kevin M. Beaver, 2013, “On the evolutionary origins of life-course persistent offending: A theoretical scaffold for Moffitt’s developmental taxonomy”, *Journal of Theoretical Biology*, 322, s. 72–80.

⁵⁰ Lützinger (2012), s. 56); ayrıca bkz. McCauley & Moskaleiko (2008).

rülen zihinsel sorunların gereğinden az gözönünde bulundurulmasına yol açabilir. Çalışmamızdaki bulgularda zihinsel hastalıklar çok daha fazla yer tutmasına rağmen, daha önce göndermede bulunduğumuz Merari'nin Avrupalı radikallere ilişkin çalışmasında gösterildiği üzere ergin olmayanlarda problemler daha sık görülebilir. Bununla birlikte Silke, bu gruptaki zihinsel problemlerin tümünü sinsi ve yanıltıcı bulur. O, 1998'te "ikinci dalga", "teröristleri toplumun geri kalanından psikolojik olarak ayrı tutmaya yönelik ikinci büyük girişim" gördü; ona göre bu "girişimin" etkisi ancak teröristlerin anormal bireyler oldukları yönündeki teoriye muafiyet kazandırmak olabilir⁵¹. Buna katılmıyoruz. Muafiyet sadece ergin olmayanların meselelerinin yeni, test edilebilir hipotezler üretilmesinden alıkoymasına odaklandığı zaman bir risktir; fakat buna karşıt doneler çalışmamızda bulunmaktadır. Belki de, kişilerin karakter ya da mizaçlarındaki çeşitliliğin -bizi bir sonraki noktaya getiren- farklı radikal ideolojilere ve davranışlara karşı kırılganlığı etkileyip etkilemediği yönündeki soruyu kuşatabilmek için bu tartışma daha ilerilere götürülmelidir⁵².

5. 2005'te, Victoroff terörizmin psikolojik boyutunda nöroloji biliminin verileriyle eşgüdüm içerisinde çalışmak gerektiğini önermiş ise de, bu görüşü fazla yankı bulmamıştır⁵³. Bu noktada terörizm araştırmalarının; biyososyal kriminolojistlerin özellikle antisosyal davranışlar ve şiddet suçu için nörobiyolojik risk faktörlerini belirlemeye çalıştıkları kriminolojik bilimsel gelişmelerin gerisinde kaldığını ifade edebiliriz⁵⁴. Bu risk faktörleri teröristlerin şiddet eylemlerinde de

⁵¹ Silke (1998), s. 66.

⁵² Örneğin, psikolojik problemlerinin doğasının ve görülüş sıklığının farklı ideolojik ajandalara sahip radikaller arasında farklılık gösterdiğine dair şüphelerimiz var. İdeologların kişisel özelliklerindeki farklar ve macera arayanlar da dikkate layıktırlar. Reşit olmayanların macera arayışında kendilerine hakim olamayışı gibi özel bazı durumlar da radikalleşme için bir risk faktörü olabilecektir. Bu noktada, terörizm araştırmalarında terörist motivasyon ve karakteristiklerinin çok da bilinmediğini düşünen Freilich'e katılıyoruz. (Joshua D. Freilich, Steven M. Chermak & Jeff Gruenewald, 2014, "The future of terrorism research: a review essay", International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice. <http://www.tandfonline.com/loi/rcac20> 23 Mayıs 2014.)

⁵³ Victoroff (2005, s. 34-35).

⁵⁴ Cf. Moffitt (1993, s. 680): "the link between neuropsychological impairment and antisocial outcomes is one of the most robust effects in the study of antisocial behavior". Ayrıca bakınız: - Kevin M. Beaver, and Anthony Walsh (eds.), 2011, *The Ashgate Research Companion to Biosocial Theories of Crime*, Franham (UK) and Burlington (USA): Ashgate; - Noémie Bouhana, 2013, "The reasoning criminal vs. Homer Simpson: conceptual challenges for crime science", *Frontiers in Human Neuroscience*, 23 October 2013. - C.H. De Kogel, 2008, *De hersenen in beeld. Neurobiologisch onderzoek en vraagstukken op het gebied van verklaring, reductie en preventie van criminaliteit* [Brain mechanisms and antisocial behavior. Neurobiological research and issues concerning the explanation, reduction and prevention of criminality], *Onderzoek en beleid* 270, Den Haag: Ministerie van Justitie /

rol oynayabilir. Konu bilhassa belli bazı cinayet örneklerini ve bazı bireylerdeki gaddarlık eğilimini açıklamaya gelince, teorizm araştırmaları ile nöroloji bilimi arasındaki karşılıklı faydalanma noktalarını bulmak çok zor olmayacaktır⁵⁵. Bir başka karşılıklı istifade konusu bakımından, birçok radikal islamcının mağduru oldukları ve onların nörolojik gelişimini etkilediği bilinen çocuk istismarı ve ihmali suçlarının rolü üzerine düşünülmelidir⁵⁶. Fakat bu, nöroloji biliminin terörist davranışa ya da radikalleşmeye doğrudan doğruya artırıcı etkide bulunan biyolojik risk faktörlerini tamamen kapsayacağı anlamına gelmemektedir⁵⁷, sadece diyoruz ki bu faktörler pazılın önemli birer parçası olarak düşünülmelidir⁵⁸.

6. Dünya teröristlerin -mesela RAF (Kızıl Ordu Fraksiyonu) üyeleri, Kızıl Tuğaylar ve hatta 90'ların Mücahitleri- görece anormal olduklarına dair geçmişteki bulgularımızı genellemekte tereddüt ettiren bir yöne doğru değişmektedir. İnternet ile birlikte bu fark giderek tahminlerimizin ötesindedir. Sageman'ın vurguladığı gibi internet, tabandan tavana üye alım süreci oluşturmaktadır⁵⁹. Artık internet, bundan 20 yıl önce sorunlu münzeviler için sadece bir rüya olan yoldaş bulma anlamını taşımaktadır. İnternette tanışılan radikal arkadaşlarla gerçek hayatta da buluşmak ile birlikte grup dinamikleri başlamış olur. Bunun da ötesinde,

WODC en Boom Juridische Uitgevers.

- Adrian Raine (2013), *The Anatomy of Violence. The Biological Roots of Crime*, New York: Pantheon Books.

- Dick Swaab, (2010), *Wij zijn ons brein. Van baarmoeder tot Alzheimer [We are our brains. From the womb to Alzheimer's]*, Amsterdam & Antwerpen: Uitgeverij Contact.

⁵⁵ Ayrıca bkz. Victor Nell (2006), "Cruelty's rewards: The gratifications of perpetrators and spectators", *Behavioral and Brain Sciences* 29, s. 211–257.

⁵⁶ "Araştırmalar, istismar ve ihmali suçlarının çocuğun gelişimi ve hormonal stres sistemi (aktif olmayan stres sistemi antisosyal davranışlara yol açabilirken, aşırı aktif stres sistemi de depresyona neden olabilir) ve sosyal öğrenme süreci (örneğin başkalarının davranışını hemen bir tehdit ya da düşmanlık olarak algılamak) üzerinde sonuçlarının olduğunu göstermektedir" (De Kogel, 2008, s. 147).

⁵⁷ Van der Gronde kapsamlı araştırmasında, kişilerin saldırgan tutumlarında biyolojik risk faktörleri tespit edilmiş ise de, tekil örneklerin her zaman çevresel etkileri ve yaşam öyküsünü de hesaba katmayı gerektirdiğini ortaya koymuştur : "Halihazırdaki sosyolojik ve psikolojik bilgilerimize gelecekte nörolojik bilgilerin de entegre edilmesi; risk analiz araçlarının gelişmesine, suçluların ıslahı ve iyileştirilmesine ve tabii mükerrer suçluluğun azaltılmasına katkıda bulunacaktır." (Toon Van der Gronde, Maaik Kempes, Carla van El, Thomas Rinne & Toine Pieters, 2014, "Neurobiological Correlates in Forensic Assessment: A Systematic Review", *PLOS One* 9(10): e110672. Doi: 10.1371/journal.pone.0110672).

⁵⁸ "Farklı biyolojik, psikolojik ve sosyal risk faktörleri gerek şiddet gerekse kişinin kendini feda etme kahramanlığı konusunda karşılıklı etkileşim içerisinde olabilirler. Şiddet ve terörizm sadece düşük psikolojik uyarılara ilişkin değildir, hatta diğer bileşenlerle bir araya geldiğinde bizi Kaczynski gibi katilleri tam olarak anlamaya yönelebilecek aktif unsurlardan biri olabilir." (Raine, 2013, s. 133).

⁵⁹ Sageman (2008).

halihazırda çatışma bölgelerinde savaşılan cihatçılarla gerçek bir iletişim imkânı sunan sosyal medya sayesinde radikalize olmuş bireyler için “cihat köprüsü” bulmak çok daha kolay hale gelmiştir. İletişim kanallarının hayli artmış olması, daha önceki çalışmalarda olması gerektiği gibi, radikalleşmenin niçin tedricen gerçekleşen bir süreç olmadığını gözler önüne seren örnekleri açıklayabilmektedir. İnsanların radikalize olup Suriye veya Irak’a gitmesi sadece birkaç hafta meselesidir. Örgüte üye alım sürecinin sonunda bazı şeylerde değişecektir. Belli bir bölgeyi hakimiyeti altına almak için savaşılan isyankâr bir hareket olarak İŞİD gibi organizasyonlar, geleneksel gizli-kapaklı terörist gruplarına benzememektedir. Başkadıran bir organizasyon için, sorunlu “yabancılar” yükümlü olmama ihtiyacı içerisindedirler. Onlar, savaşta ön saftaki erler olarak ya da cinsel birliktelik için yahut da gönüllü intihar saldırıları için gerek çatışma bölgesinde, gerekse yaşadıkları ülkede “tek başına eylemci” olarak kullanılabilirler. Davranışsal ya da zihinsel sorunlardan muzdarib kişiler için organize terör eylemlerine giriş eşiği çok daha düşüktür.

Bu çalışma, radikallerin senin benim gibi insanlar olduğu ve çevrenin radikalleşmeyi tamamen açıkladığı fikrinde sebat eden sosyal psikologların *tabula rasa* yaklaşımına yeni küçük bir oda teklif etmektedir. Politika yapıcılar ve kolluk görevlileri için, bir çıkarımımız radikalleşmeyi önleme ya da radikalleri dengeye kavuşturma noktasında ufuk açıcı tek bir reçete bulunmadığıdır. Polisler içinse, bulgularımız radikalleşme ve radikallere yaklaşım üzerine faaliyet gösteren zihin sağlığı servisleri ile işbirliği içinde olmanın altını çizmektedir. Bunun için, başka ülkelerdeki emniyet birimlerinin de radikallerin davranışsal ve zihinsel öyküsüne ilişkin bilimsel araştırmalara izin vermesinin de yararlı olacağını düşünmekteyiz. Belki, radikalleşmede psikopatolojik boyutun ele alınmasına dair daha yüksek bir hassasiyet, bu konuda alınacak mesafeyi bir şekilde artıracaktır. Bu nokta biraz aciliyet taşımaktadır.

Yazar Hakkında: Anton Weenink Hollanda Ulusal Polisi Merkez Birimi’nde uzman araştırmacıdır.

Açıklamalar

Yazar bu araştırmaya ve makalenin başlangıçtaki taslak haline pek çok yararlı katkı yapan uzman ve eleştirmenlere teşekkürlerini sunar. Elbette, otaya çıkan son metin tamamen yazarın sorumluluğu altındadır.

Not

Buradaki görüşler yazara ait olup, Hollanda Ulusal Polisi’ni bağlamamaktadır.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİ'NİN
35 NOLU GENEL YORUMU
(MADDE 9: KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ)*

*Çeviren: Caner GÜRÜHAN***

I. Genel Görüşler

1. Bu genel yorum 1982 yılında benimsenen (on altıncı oturum) 8 Nolu genel yorumun yerine geçer.

2. 9'uncu madde hem kişi özgürlüğünü hem de kişi güvenliğini korur ve tanıır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 3'üncü maddesi, herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği ile yaşam hakkına sahip olduğunu bildirir. Bu, bir bütün olarak, hem toplum hem de bireyler için Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin temel önemini belirten Evrensel Beyanname'nin koruduğu ilk temel haktır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği, bu iki kavramın kendilerine ait niteliklerinin yanı sıra, bunların sınırlandırılmasının, tarihsel olarak bakıldığında, diğer haklardan faydalanmayı olumsuz yönde etkilemenin başlıca yolu olması nedeniyle de önemlidir.

3. Kişi özgürlüğü genel bir hareket serbestisi değil, kişinin hapisten muafiyetiyle ilgilidir¹. Kişi güvenliği ise daha çok aşağıdaki 9'uncu paragrafta tartışılan bedensel ve zihinsel bütünlük ya da beden ve akıl hastalıklarından muafiyet ile ilgilidir. 9'uncu madde bu hakları herkese yönelik olarak güvence altına alır. "Herkes" kavramı, bu anlamda, kadınlar ve erkekleri, askerleri, engelli kişileri, lezbiyen, gay, biseksüel ve transeksüel kişileri, yabancı, göçmen ve mültecileri, vatansızları, göçmen işçileri, suçtan hüküm giyenleri ve terör faaliyetleriyle bağlantısı olan kişileri içerir.

4. 9'uncu maddenin 2 ila 5'inci paragrafları kişi özgürlüğü ve güvenliğinin korunması için belirli tedbirleri düzenlemektedir. 9'uncu maddedeki hükümlerin bazıları (2'nci paragrafın bir kısmı ve 3'üncü paragrafın tamamı) yalnızca ceza soruşturmasıyla bağlantılı olarak uygulanır. Ancak geri kalanlar, özellikle 4'üncü paragrafta belirlenen önemli güvenceler, başka bir deyişle tutuklamanın hukuka

* Komitenin 112. oturumunda benimsenmiştir (7-31 Ekim 2014).

** Yargıtay 5. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi, canerguruhan@gmail.com; Kaynak metin İngilizce özgün halinin bulunduğu http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=8&DocTypeID=11 sitesinden temin edilmiş olup, çalışmada Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Türkçe resmi çevirisi esas alınmıştır.

¹ 854/1999, *Wackenheim v. France*, para.6.3.

uygunluğunun mahkeme tarafından gözden geçirilmesi hakkı, özgürlüğünden toksun bırakılan tüm kişilere uygulanır.

5. Özgürlükten yoksun bırakma salt 12'nci madde kapsamındaki hareket özgürlüğü ile çakışandan daha dar bir alandaki daha ciddi hareket sınırlanmalarını içerir². Özgürlükten yoksun bırakma polis gözetimi, *arraigo*³, tutuklama, mahkumiyet sonrası tutma, ev hapsi⁴, idari gözetim, zorunlu tedavi⁵, çocukların kamusal gözetimi ve bir havaalanının sınırlı bir bölümünde hapsedilmenin⁶ yanı sıra gönülsüz olarak nakledilme⁷ gibi örnekleri kapsar. Sınırlamalar aynı zamanda, örneğin fiziksel sınırlama tedbirlerinin⁸ kullanılması ya da hücre hapsi gibi zaten tutuklanmış olan bir kişinin özgürlüğünün daha ileri boyutta sınırlanmasını içerir. Askerlik hizmeti süresince, özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelen sınırlamalar hayatın olağan koşullarından sapma göstermez ya da genel askerlik hizmetinin zorunluluklarını aşmazsa, bir sivil için özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelmeyebilir⁹.

6. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması rızaya bağlıdır. Bir soruşturma kapsamında gönüllü olarak polis merkezine giden ve istedikleri zaman ayrılmakta özgür olduğunu bilen kişiler özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olmaz¹⁰.

7. Taraf devletlerin kişi özgürlüğü hakkının üçüncü kişiler tarafından sınırlanmasını önlemek için uygun tedbirler alma görevleri vardır¹¹. Taraf devletler kendi bölgelerinde faaliyet gösteren silahlı veya terörist grupları içeren yasa dışı gruplar ya da suçlular tarafından alikonma veya kaçırılmalara karşı kişileri korumalıdır. Bu devletlerin ayrıca işverenler, okullar ve hastaneler gibi yasal kuruluşlar tarafından yapılan haksız sınırlamalara karşı da kişileri korumaları gerekmektedir. Taraf devletler, diğere devletlerin kendi bölgelerindeki uygulamalarıyla kişilerin

² 263/1987, *Gonzales del Rio v. Peru*, para.5.1; 833/1998, *Karker v. France*, para. 8.5.

³ Sonuç gözlemleri için bakınız: Meksika (CCPR/C/MEX/CO/5, 2010), para. 15.

⁴ 1134/2002, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, para. 5.4; sonuç gözlemleri için bakınız: Birleşik Krallık (CCPR/C/GBR/CO/6, 2008), para. 17 (16 saate kadar sokağa çıkma yasağı içeren kontrol tedbirleri).

⁵ 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.2 (akıl sağlığı); sonuç gözlemleri için bakınız: Moldova Cumhuriyeti (CCPR/C/MDA/CO/2, 2009), para. 13 (bulaşıcı hastalık).

⁶ Sonuç gözlemleri için bakınız: Belçika (CCPR/CO/81/BEL, 2004), para. 17 (sınırdışı edilmeyi bekleyen göçmenlerin tutuklanması).

⁷ R.12/52, *Saldias de Lopez v. Uruguay*, para. 13.

⁸ Sonuç gözlemleri için bakınız: Çek Cumhuriyeti (CCPR/C/CZE/CO/2, 2007), para. 13; ve Kore Cumhuriyeti (CCPR/C/KOR/CO/3, 2006), para. 13.

⁹ 265/1987, *Vuolanne v. Finland*, para. 9.4.

¹⁰ 1758/2008, *Jessop v. New Zealand*, para. 7.9-7.10.

¹¹ Sonuç gözlemleri için bakınız: Yemen (CCPR/C/YEM/CO/5, 2012), para. 24.

özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını önlemek amacıyla ellerinden gelen uygun önlemleri almalıdır¹².

8. Bir taraf devlet tarafından gerçek veya tüzel kişilere gözaltına alma ya da tutma izni veya yetkisi verildiğinde, bu devlet 9'uncu maddeye katılım sağlama ve taraf olma konusunda sorumlu olur. Bu taraf devlet anılan yetkileri katı bir biçimde sınırlandırmalı ve kötüye kullanılmamalarını sağlamak için sıkı ve etkili kontrol gerçekleştirmeli, keyfi ya da hukuka aykırı gözaltı veya tutmaya sebebiyet vermemelidir. Ayrıca bu devlet keyfi ya da hukuka aykırı gözaltı veya tutma ortaya çıkarsa, mağdurlar için etkili yasal yollar sağlamalıdır¹³.

9. Kişi güvenliği hakkı mağdurun tutuklanıp tutuklanmadığına bakılmaksızın, bireyleri kasıtlı mental veya fiziksel zararlara karşı korur. Örneğin taraf devlet yetkilileri hukuka aykırı bir şekilde fiziksel zarara yol açarsa kişi güvenliği hakkı ihlal edilmiş olur¹⁴. Kişi güvenliği hakkı, taraf devletleri, ayrıca kamusal alandaki insanlara yönelik ölüm tehdidinde müdahalede uygun tedbirleri almak ve daha genel olarak resmi veya özel faillerin davranışları nedeniyle kişileri yaşamsal ve fiziksel bütünlüklerine yönelik öngörülebilir tehditlerden korumak zorunda bırakır¹⁵. Taraf devletler hem gelecekteki zararları engellemek için önlemler almalı, hem de geçmişte meydana gelen zararlara karşılık olarak ceza kanunlarının yürürlüğe konulması gibi geçmişte etkili önlemler almalıdır. Örneğin taraf devletler gazetecilerin ve insan hakları savunucularının sindirilmesi, tanıklardan intikam alınması, aile içi şiddeti de içeren kadınlara karşı şiddet, silahlı kuvvetlerde aske-re alınanların bezdirilmesi, çocuklara karşı şiddet, cinsel kimlikleri¹⁶ ya da cinsel yönelimleri temelinde insanlara karşı şiddet ve engelli insanlara¹⁷ karşı şiddet gibi mağdur kategorilerine karşı şiddet modellerine uygun bir şekilde karşılık vermelidir. Onlar ayrıca hukuk uygulamasında yersiz güç kullanımını telafi etmeli ve önlemeli¹⁸, risk altındakileri ateşli silahların aşırı derecede bulundurulmasına ve insanların özel güvenlik güçleri tarafından yapılan suiistimallere karşı koru-

¹² 319/1988, *Canon Garcia v. Ecuador*, para. 5.1-5.2.

¹³ Sonuç gözlemleri için bakınız: Guatemala (CCPR/C/GTM/CO/3, 2012), para. 16.

¹⁴ 613/1995, *Leehong v. Jamaica*, para. 9.3.

¹⁵ 1560/2007, *Marcellana and Gumanoy v. Philippines*, para. 7.7. Ayrıca taraf devletler bir fetva çıkararak veya benzer şekilde idam hükmü ile mağdurun öldürülmesine izin vererek kendi bölgeleri dışındaki bir insan üzerinde yargı yetkisi kullandıkları izlenimi oluşturlarsa kişi güvenliği hakkını ihlal ederler. Sonuç gözlemleri için bakınız: İran İslam Cumhuriyeti (CCPR/C/79/Add.25, 1993), para. 9; aşağıda 63'üncü paragraf (sınır ötesi uygulamalar tartışılmakta).

¹⁶ Sonuç gözlemleri için bakınız: El Salvador (CCPR/CO/78/SLV, 2003), para. 16.

¹⁷ Sonuç gözlemleri için bakınız: Norveç (CCPR/C/NOR/CO/6, 2011), para. 10.

¹⁸ 613/1995, *Leehong v. Jamaica*, para. 9.3; bakınız Kolluk Güçleri Görevlileri Tarafından Kuvvet ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler (1990).

malıdır¹⁹. Kişi güvenliği hakkı fiziksel veya mental sağlığa yönelik tüm riskleri ele almaz ve sivil veya cezai soruşturmanın dolaylı sağlık etkilerini kapsamaz²⁰.

II. Keyfi Tutma ve Hukuka Aykırı Tutma

10. Kişi özgürlüğü hakkı mutlak değildir. 9'uncu madde, örneğin ceza kanunları uygulandığında, bazen özgürlükten yoksun bırakmayı haklı kabul eder. 1'inci paragraf özgürlükten yoksun bırakmanın keyfi olmamasını ve hukuk kuralları esas alınarak yerine getirilmesini gerektirir.

11. 1'inci paragrafın ikinci cümlesi keyfi gözaltı ve tutmayı yasaklarken, üçüncü cümle özgürlüğün hukuka aykırı olarak sınırlandırılmasını yasaklar, başka bir deyişle, özgürlükten yoksun bırakma bu gerekçelerle uygulanmaz ve bunlara uygun olarak kanun tarafından gerçekleştirilir. Gözaltı veya tutmalar ilgili mevzuatı ihlal ettiğinden dolayı iki yasaklama birbiriyle örtüşür, ancak keyfi değildir veya buna yasal olarak izin verilmiştir, ancak keyfidir ya da hem keyfidir, hem de hukuka aykırıdır. Herhangi bir yasal dayanağı eksik olan gözaltı veya tutma aynı zamanda keyfidir²¹. Hükümlülerin yetkisiz olarak mahkumiyet sürelerinden daha fazla hapsedilmesi keyfi olmasının yanı sıra hukuka aykırıdır²²; tutmanın diğer biçimlerinin yetkisiz bir şekilde uzatılması bakımından da durum aynıdır. Serbest bırakılmalarını sağlayan yargısal bir kararın hiçe sayılarak tutukluların tutulmaya devam edilmesi keyfi olmasının yanı sıra hukuka aykırıdır²³.

12. Bir gözaltı veya tutma işlemi iç hukuk tarafından izin verilmiş olmasına rağmen keyfi olabilir. "Keyfilik" kavramı "hukuka aykırılık" kavramı ile eşit tutulmamalı; bundan ziyade, uygunsuzluk, adaletsizlik, öngörülebilirlik eksikliği²⁴ ile yasal sürecin zorunlu unsurları makullük, gereklilik ve orantılılığı içerecek şekilde daha geniş bir şekilde yorumlanmalıdır. Örneğin ceza soruşturması sırasında gözaltında tutma her koşulda makul ve gerekli olmalıdır²⁵. Belirli dönemler için yargısal olarak uygulanan hapis dışında, tutmanın devamı için gösterilen gerekçelerin periyodik olarak yeniden değerlendirilmesi söz konusu değilse, bir kişinin herhangi bir şekilde tutulması kararı keyfidir²⁶.

¹⁹ Sonuç gözlemleri için bakınız: Filipinler (CCPR/C/PHL/CO/4, 2012), para. 14.

²⁰ 1124/2002, *Obodzinsky v. Canada*, para. 8.5.

²¹ 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, para. 6.5.

²² Sonuç gözlemleri için bakınız: Brezilya (CCPR/C/BRA/CO/2, 2005), para. 16.

²³ 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.3.

²⁴ 1134/2002, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, para. 5.1; 305/1988, *Van Alphen v. Netherlands*, para. 5.8.

²⁵ 1369/2005, *Kulov v. Kyrgyzstan*, para. 8.3. Ceza davalarında duruşma öncesi tutma aşağıda 4'üncü bölümde daha fazla tartışılmıştır.

²⁶ 1324/2004, *Shafiq v. Australia*, para. 7.2.

13. “Gözaltı” terimi özgürlüğünden yoksun bırakılmaya başlayan bir kişinin herhangi bir şekilde alıkonulmasını, “tutma” terimi ise gözaltı ile başlayıp tutukluluktan saliverilmeye kadar devam eden özgürlükten yoksun bırakmayı ifade eder²⁷. Gözaltına alınanın, 9’uncu maddenin anlamı dahilinde, iç hukukta tanımlandığı haliyle resmi bir gözaltına almayı içermesi şart değildir²⁸. Zaten hapiste bulunan bir kişiye fazladan özgürlük sınırlaması uygulandığında, örneğin ceza soruşturmasıyla bağlantısız bir şekilde tutulduğunda, özgürlüğün sınırlanmaya başlaması aynı zamanda gözaltı anlamına gelir²⁹.

14. Sözleşme kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması konusunda bir izin verilen sebepler listesi öngörmez. 9’uncu madde kişilerin ceza soruşturması sırasında alıkonulabileceklerini açıkça kabul eder ve 11’inci madde sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hapsedilmeyi açıkça yasaklar³⁰. Özgürlükten yoksun bırakmayı içeren diğer rejimler ayrıca kanunla kurulmuş olmalı ve keyfi tutmayı önleyen usulleri beraberinde getirmelidir. Kanunla belirlenmiş usul ve gerekçeler kişi özgürlüğüne hakına zarar verici nitelikte olmamalıdır³¹. Rejim, uygun yöntemler olmaksızın cezai yaptırımın karşılığını öngörmek suretiyle, ceza yargılaması sisteminin sınırlarından kaçınılması sonucuna yol açmamalıdır³². Tutmanın koşulları, esas olarak, 7 ve 10’uncu maddeler tarafından ele alınmasına rağmen, tutulanlara, bunun görünüşteki amacı ile ilgisi olmayan bir biçimde muamele edildiği takdirde, tutma keyfi olabilir³³. Mahkeme kararına uyulmadığı için yeterli açıklama ve bağımsız usuli korumalar olmaksızın acımasız bir hapis cezası ile cezalandırma keyfidir³⁴.

15. Taraf devletlerin bir cezai soruşturmayı sürdürme düşüncesi olmadan güvencilik tutmasını (bazen idari gözetim ya da göz hapsi olarak bilinir) uygulama-

²⁷ 631/1995, *Spakmo v. Norway*, para. 6.3.

²⁸ 1460/2006, *Yklymova v. Turkmenistan*, para. 7.2-7.3 (fili ev hapsi); 1096/2002, *Kurbanova v. Tajikistan*, para. 7.2 (gözaltı müzekkeresi öncesi tutma).

²⁹ 635/1995, *Morrison v. Jamaica*, para. 22.2-22.3; 1397/2005, *Engo v. Cameroon*, para. 7.3.

³⁰ Medeni hukuktan kaynaklanan borçla bağlantılı olarak dolandırıcılık gibi ceza gerektiren bir suçun işlenmesi nedeniyle tutma 11’inci maddeyi ihlal etmez ve keyfi tutma anlamına gelmez. 1342/2005, *Gavrilin v. Belarus*, para. 7.3.

³¹ 1629/2007, *Fardon v. Australia*, para. 7.3.

³² Aynı yerde, para. 7.4 (a)–7.4 (c); sonuç gözlemleri için bakınız: Amerika Birleşik Devletleri (CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 2006), para. 19; genel yorum No. 32, para. 15 ve 18.

³³ 1629/2007 *Fardon v. Australia*, para. 7.4 (a) (aynı cezaevi rejimi altında mahkumiyet hükmü öncesinde sözde bireysel tutma); sonuç gözlemleri için bakınız: Belçika (CCPR/CO/81/BEL, 2004), para. 18 (cezaevindeki psikiyatri bölümlerine yerleştirme), ve Birleşik Krallık (CCPR/CO/73/UK, 2001), para. 16 (cezaevlerinde mültecilerin tutulması).

³⁴ 1189/2003, *Fernando v. Sri Lanka*, para. 9.2; 1373/2005, *Dissanakye v. Sri Lanka*, para. 8.3.

ları halinde³⁵, Komite böyle bir tutmanın özgürlüğün keyfi olarak sınırlandırıldığına dair ciddi riskler ortaya koyduğunu düşünür³⁶. Böyle bir tutma ceza yargılaması sistemi dahil olmak üzere, tehditleri karşılayan diğer etkili önlemler nedeniyle genellikle keyfi tutma anlamına gelecektir. En olağanüstü durumlarda bile, mevcut, doğrudan ve kaçınılmaz bir tehdit, bunu ortaya koyduğu düşünülen kişilerin tutulmasını haklı göstermeye başlamışsa, bu husustaki ispat yükü, ilgili kişinin tehdit arz ettiği ve bu durumun alternatif önlemlerle karşılanamayacağını gösterilmesi suretiyle taraf devlete ait olup, bu yük tutma süresi uzadıkça bununla paralel olarak artar. Taraf devletler aynı zamanda tutmanın gerekli olandan daha uzun olmadığını, tutmanın muhtemel uzunluğunun sınırlandırıldığını ve her durumda 9'uncu maddeyle sağlanan güvencelere tamamen saygı duyulduğunu göstermek zorundadırlar. Bir mahkeme ya da adli olarak tarafsızlık ve bağımsızlık açısından aynı nitelikleri taşıyan diğer yargı yerlerince tutuklular tarafından isteğe bağlı olarak seçilen bağımsız yasal danışmanlığa erişim ve tutukluya en azından alınan karardaki kanıtların mahiyetinin açıklanması gibi koşulların garanti edilmesi bir gerekliliktir³⁷.

16. Suçlu olduğu iddia edilen kişinin herhangi bir kötü davranışla suçlamadığı aile bireylerinin tutuklanması, zorla rüşvet almak için veya diğer benzer suçların işlenmesi amacıyla gözaltına alınanların ve tutuklananların tutulmasına devam edilmesi keyfi tutmanın en korkunç örneklerini oluşturur.

17. Düşünce ve ifade özgürlüğü (mad. 19)³⁸, toplantı özgürlüğü (mad. 21), dernek kurma özgürlüğü (mad. 22), din özgürlüğü (mad. 18) ve özel hayatın gizliliğini (mad. 17) içeren Sözleşme'nin garanti altına aldığı hakların hukuka uygun bir şekilde kullanılmasına yönelik bir yaptırım olarak, cezalandırma amacıyla gözaltına alma veya tutma keyfidir. 2'nci maddenin 1'inci paragrafını, 3'üncü maddeyi veya 26'ncı maddeyi ihlal edecek şekilde ayrımcı gerekçelerle gözaltına alma veya tutma da kural olarak keyfidir³⁹. Tutma yoluyla 15'inci maddeyi ihlal

³⁵ Bu paragraf güvenlik tutması ile ilgili olup, aşağıdaki 21'inci paragrafta gönderme yapılan mahkumiyet sonrası önleyici tutma ya da suçluların iadesi veya göç kontrolü amacıyla yapılan tutmanın bir şekli değildir, bakınız aşağıdaki 18'inci paragraf.

³⁶ Sonuç gözlemleri için bakınız: Kolombiya (CCPR/C/COL/CO/6, 2010), para. 20 ve Ürdün (CCPR/C/JOR/CO/4, 2010), para. 11.

³⁷ Sözleşme'nin 4 ila 9'uncu maddeleri ile uluslararası insanlı hukuk ilişki halindedir, bakınız aşağıdaki 67 ila 67'inci paragraflar.

³⁸ 328/1988, *Zelaya Blanco v. Nicaragua*, para. 10.3.

³⁹ 1314/2004, *O'Neill and Quinn v. Ireland*, para 8.5 (ihlal bulunmadı); sonuç gözlemleri için bakınız: Honduras (CCPR/C/HND/CO/1, 2006), para. 13 (cinsel eğilim temelli tutma), ve Kamerun (CCPR/C/CMR/CO/4, 2010), para. 12 (yetişkinlerin karşılıklı rızaya dayanan eşcinsel birliktelikleri nedeniyle hapsedilmeleri).

edecek şekilde suçlunun geriye dönük cezalandırılması keyfi tutma anlamına gelir⁴⁰. Zorla kaybedilme Sözleşme'nin pek çok maddesini ve usul hükmünü ihlal eder ve özellikle keyfi tutmanın ağırlaşmış bir şeklini oluşturur. Açıkça adaletsiz bir yargılamadan sonraki tutukluluk keyfidir, ancak 14'üncü maddede sanıklar için kabul edilen belirli usuli güvencelerin her ihlali keyfi tutmayla sonuçlanmaz⁴¹.

18. Göç kontrolü sürecinin işleyişindeki tutma yalnız başına keyfi değildir, ancak şartlar göz önüne alındığında, tutma makul, gerekli ve ölçülü bir şekilde gerçekleştirilmeli ve zamanla uzadıkça yeniden değerlendirilmelidir⁴². Taraf devletlerden birinin toprağına hukuka aykırı olarak giren mülteciler girişlerinin belgelendirilmesi, şikayetlerinin kayda geçirilmesi ve henüz belli değilse kimliklerinin belirlenmesi amacıyla kısa bir başlangıç periyodu için alıkonulabilirler⁴³. Şahsileştirilmiş kaçma ihtimali, üçüncü kişilere karşı suç işleme tehlikesi veya ulusal güvenliğe yönelik eylem riski gibi kişiye özgü özel nedenler bulunmadığı halde, iddialarının karara bağlanması sürecinde tutulanların daha fazla alıkonulması keyfi olacaktır⁴⁴. Karar, her duruma göre konuyla ilgili unsurları dikkate alınmalı, geniş bir kategoriye kapsayan emredici bir hükme dayanmamalı, kaçmanın engellenmesi amacıyla yükümlülükler, teminatlar ve diğer durumların raporlanması gibi aynı hedeflere ulaşmayı daha az engelleyen yöntemler göz önünde bulundurulmalı ve periyodik yeniden değerlendirme ile yargısal denetime tabi olmalıdır⁴⁵. Göçmenlerin tutulmasına ilişkin kararlar aynı zamanda tutmanın onların fiziksel ve mental sağlıklarına etkisini de hesaba katmalıdır⁴⁶. Gereklilik arz eden herhangi bir tutma uygun, sağlık koşullarını taşıyan ve cezalandırma amacına yönelik olmayan tesislerde gerçekleştirilmeli, hapishaneler bu amaçla kullanılmamalıdır. Bir taraf devletin vatansızlık veya diğer engeller yüzünden bir kişiyi sınırdışı etme konusundaki yetersizliği süresiz tutmayı haklı kılmaz⁴⁷. Tutmanın

⁴⁰ 1629/2007, *Fardon v. Australia*, para. 7.4 (b).

⁴¹ 1007/2001, *Sineiro Fernandez v. Spain*, para. 6.3 (hapsedilmenin yüksek mahkeme tarafından gözden geçirilmesinin bulunmayışı 14'üncü maddenin 5'inci paragrafını ihlal etmiş, ancak 9'uncü maddenin 1'inci paragrafını ihlal etmemiştir).

⁴² 560/1993, *A. v. Australia*, para. 9.3-9.4; 794/1998, *Jalloh v. Netherlands*, para. 8.2; 1557/2007, *Nystrom v. Australia*, para. 7.2-7.3.

⁴³ 1069/2002, *Bakhtiyari v. Australia*, para. 9.2-9.3.

⁴⁴ 1551/2007, *Tarlue v. Canada*, para. 3.3 ve 7.6; 1051/2002, *Ahani v. Canada*, para. 10.2.

⁴⁵ 1014/2001, *Baban v. Australia*, para. 7.2; 1069/2002, *Bakhtiyari v. Australia*, para. 9.2-9.3; bkz. UNHCR (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği), Mültecilerin Tutulmasına İlişkin Uygulanabilir Kriterler ve Standartlar ile Tutulmaya Alternatiflerde İlkeler (2012), ilke 4.3 ve ek A (tutulmaya alternatiflerin tanımlanması).

⁴⁶ 1324/2004, *Shafiq v. Australia*, para. 7.3; *C. v. Australia*, para. 8.2 ve 8.4.

⁴⁷ 2094/2011, *F.K.A.G. v. Australia*, para. 9.3.

süresi ve koşullarına ilişkin temel bir düşünce anlamında, çocukların üstün yararları hesaba katılmalı ve aynı zamanda refakatçisi olmayanların bakım ihtiyaçları ve aşırı hassasiyetleri göz önünde bulundurulmalı, zorunlu olduğu takdirde bu yola uygun olan en kısa zaman dilimi için başvurulmalı ve bir son çare önlemi olması haricinde çocuklar özgürlüğünden yoksun bırakılmamalıdır⁴⁸.

19. Taraf devletler keyfi tutmadan kaçınmak amacıyla akıl sağlığı alanında günün şartlarına uymayan kanun ve uygulamaları gözden geçirmelidir. Komite her özgürlükten yoksun bırakmanın doğasında bulunan zararların yanı sıra zorunlu tedavi durumuyla sonuçlanabilen özel zararlara vurgu yapmaktadır. Taraf devletler tutmaya oranla daha az kısıtlayıcı alternatifler sağlamak amacıyla psikososyal rahatsızlığı bulunan kişiler için toplumsal temelli veya alternatif sosyal bakımevlerini yeterli derecede hazır bulundurmalıdır⁴⁹. Kişinin kendisinde bir rahatsızlığın bulunması özgürlükten yoksun bırakmayı haklı çıkarmamalı, aksine özgürlükten yoksun bırakma, kişileri ciddi zararlardan koruyan ve üçüncü kişilere yönelik yaralanmaları engelleyen amaçlar için gerekli ve orantılı olmalıdır⁵⁰. Tutma yalnızca bir son çare önlemi olarak ve uygun olan en kısa zaman dilimi için uygulanmalı, kanunla kurulmuş yeterli usuli ve maddi güvenceleri beraberinde getirmelidir⁵¹. Prosedürler kişilerin görüşlerine saygı duyulmasını garanti etmeli ve onların istek ve çıkarlarını gerçekten koruyan ve temsil eden temsilcilerin varlığını güvence altına almalıdır⁵². Taraf devletler tutmayı hukuka uygun hale getirmek için ileri sürülen gerekleri yerine getiren tedavi ve rehabilitasyon programlarını bakımevlerine konulmuş kişilere sunmalıdır⁵³. Özgürlükten yoksun bırakma sürekli ihtiyaçlara istinaden uygun zaman aralıklarında yeniden değerlendirilmelidir⁵⁴. Tutmanın hukuka uygunluğunun ilk başta ve periyodik olarak yargısal denetimini içeren haklarının korunması ve Sözleşme ile bağdaşmayan tutma şartlarının engellenmesi için etkili yollara erişimin sağlanmasında kişilere yardımcı olunmalıdır⁵⁵.

⁴⁸ 1050/2002, *D. and E. v. Australia*, para. 7.2; 794/1998, *Jalloh v. Netherlands*, para. 8.2-8.3; ayrıca bakınız Çocuk Hakları Sözleşmesi, mad. 3, para. 1 ve mad. 37 (b).

⁴⁹ Sonuç gözlemleri için bakınız: Letonya (CCPR/C/LVA/CO/3, 2014), para. 16.

⁵⁰ 1061/2002, *Fijalkowska v. Poland*, para. 8.3; *Fardon v. Australia*, para. 7.3; sonuç gözlemleri için bakınız: Rusya Federasyonu (CCPR/C/RUS/CO/6, 2009), para. 19; Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, mad. 14, para. 1 (b).

⁵¹ 1061/2002, *Fijalkowska v. Poland*, para. 8.3.

⁵² Sonuç gözlemleri için bakınız: Çek Cumhuriyeti (CCPR/C/CZE/CO/2, 2007), para. 14; ayrıca bakınız Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 9, para. 48.

⁵³ Sonuç gözlemleri için bakınız: Bulgaristan (CCPR/C/BGR/CO/3, 2011), para. 10.

⁵⁴ 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.2; bakınız Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 9, para. 50.

⁵⁵ 1061/2002, *Fijalkowska v. Poland*, para. 8.3-8.4; 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.3; genel

20. Sözleşme ceza davalarında verilen hükümler için çeşitli projelerle uyum içerisindedir. Cezaevindeki hükümlüler, ceza sürelerinin iç hukuka uygun olarak yerine getirilmesi hakkına sahiptir. Şartlı tahliye ve erken tahliyenin diğer biçimleri için yapılacak değerlendirme iç hukukla uyumlu olmalı⁵⁶ ve tahliye 9'uncu maddenin anlamı dahilinde keyfi olduğu gerekçesiyle reddedilmemelidir. Böyle bir salıverilme, şartları onaylandıktan sonra sözde koşullara aykırılık yüzünden iptal edilirse, o zaman iptal işlemi hukuka uygun olarak uygulanmalı, keyfi ve özellikle ihlalin ciddiliğiyle orantısız olmamalıdır. Hükümlünün gelecekteki davranışları ile ilgili bir tahmin, erken salıverilmenin onaylanıp onaylanmadığına karar verilmesiyle bağlantılı bir faktör olabilir⁵⁷.

21. Bir ceza hükmü, öncelikle diğer bireylerin güvenliğinin korunmasına yönelik olarak cezalandırma amacı taşımayan bir dönemin ardından bir ceza süresi içermekte olup⁵⁸, ceza amaçlı hapis yerine getirildikten sonra, ek tutma uygulaması, keyfilik önlenmesi amacıyla, işlenmiş olan suçların ağırlığından ve tutulan kişinin ileride benzer suçları tekrar işleme ihtimalinden kaynaklanan zorunlu nedenlerle gerekçelendirilmek zorundadır. Devletler böyle bir tutmaya yalnızca son çare olarak başvurmalı ve bağımsız mahkemeler tarafından düzenli dönemsel gözden geçirmeler yoluyla devam eden tutmanın hukuka uygun olup olmadığı konusunda karar verilmesini temin etmelidir⁵⁹. Taraf devletler gelecekteki tehlikelerin önlenmesinde gerekli tedbirleri uygulamaya sokmalı ve uygun güvenceler sağlamalıdır⁶⁰. Bu amaçla gerçekleştirilecek tutmanın koşulları bir ceza hükmünü yerine getiren cezaevindeki hükümlünün koşullarından farklı olmalı ve tutuklunun toplumla yeniden bütünleşmesini ve rehabilitasyonunu amaçlamalıdır⁶¹. Bir hükümlü verilen hapis cezasını mahkumiyet süresi içerisinde tamamen yerine getirirse, 9 ve 15'inci maddeler hapis cezasında geçmişe etkili bir artış yasaklar ve bir taraf devlet sivil tutma etiketi altında ceza kabilinden hapisle eşdeğer bir tutmanın uygulanması yasağını geçiştiremez⁶².

22. 9'uncu maddenin 1'inci paragrafının üçüncü cümlesi kanunla kurulmuş

yorum No. 31, para. 15.

⁵⁶ 1388/2005, *De Leon Castro v. Spain*, para. 9.3.

⁵⁷ 1492/2006, *Van Der Plaat v. New Zealand*, para. 6.3.

⁵⁸ Farklı hukuk sistemlerinde böyle bir tutma "retention de surete", "Sicherungsverwahrung" ya da İngilizce'de "preventive detention" olarak bilinebilir; bakınız 1090/2002, *Rameka v. New Zealand*.

⁵⁹ Aynı yerde, para. 7.3.

⁶⁰ Sonuç gözlemleri için bakınız: Almanya (CCPR/C/DEU/CO/6, 2012), para. 14.

⁶¹ 1512/2006, *Dean v. New Zealand*, para. 7.5.

⁶² 1629/2007, *Fardon v. Australia*, para. 7.4.

bu usuller uyarınca ve anılan gerekçeler haricinde hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını temin eder. Gözaltına alma veya tutmanın maddi şartları kanunda gösterilmeli ve aşırı derecede geniş ve keyfi yorum ve uygulamalardan kaçınmak için yeterli hassasiyet gösterilmelidir⁶³. Yasal bir yetkilendirme olmaksızın özgürlükten yoksun bırakılma hukuka aykırıdır⁶⁴. Süreli tutma, işleyen (*executoire*) bir yargısal salıverilme düzenine veya geçerli bir affa rağmen hukuka aykırıdır⁶⁵.

23. 9'uncu madde, hukuken izin verilen özgürlükten yoksun bırakmanın yerine getirilmesi için önerilen usullerin kanuna göre kurulmasını ve taraf devletlerin yasal olarak öngörülen usullere uygun şekilde bunu garanti etmelerini gerektirir. 9'uncu madde bunun da ötesinde gözaltı⁶⁶ konusunda yetkilendirilen resmi makamlarca tanımlanan veya bir yakalama kararına ne zaman ihtiyaç duyulduğunu belirleyen prosedürlerin iç hukuka uygun olmasını gerektirir⁶⁷. 9'uncu madde, aynı zamanda, bir hakim veya diğer bir resmi görevliden temin edilmesi gereken tutmanın devamı konusundaki iznin ne zaman verildiğinin⁶⁸, kişilerin nerede tutulabileceklerinin⁶⁹, yakalanan kişilerin mahkemeye ne zaman getirilmesi gerektiğinin⁷⁰ ve tutulma süresinin yasal sınırlarının⁷¹ iç hukuka uygun şekilde tanımlanmasını gerektirir. Madde ayrıca gözaltına alınmanın kayda geçirilmesi⁷² ve hukuki yardıma erişime izin verilmesi⁷³ gibi gözaltına alınan kişiler için sağlanan önemli güvencelerin iç hukuka uygun olmasını gerektirir. Böyle bir konuyla ilgisi olmayan iç hukuk kurallarının ihlali, 9'uncu maddede düzenlenen bir konunun mutlaka gündeme gelmesini gerektirmez⁷⁴.

⁶³ Sonuç gözlemleri için bakınız: Filipinler (CCPR/CO/79/PHL, 2003), para. 14 (serserilik hukuku şüphelisi), Mauritius Cumhuriyeti (CCPR/CO/83/MUS, 2005), para. 12 (terör kanunu), Rusya Federasyonu (CCPR/C/RUS/CO/6, 2009), para. 24 ("aşırı eylem"), ve Honduras (CCPR/C/HND/CO/1, 2006), para. 13 ("hukuka aykırı dernek").

⁶⁴ 702/1996, *McLawrence v. Jamaica*, para. 5.5; "Bir kişi iç hukukun açıkça öngörmediği sebeplerle gözaltına alınmış veya tutulmuşsa kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olur".

⁶⁵ 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.3; 138/1981, *Mpandanjila et. al. v. Zaire*, para. 10.

⁶⁶ 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006, 1477/2006, *Maksudov et. al. v. Kyrgyzstan*, para. 12.2.

⁶⁷ 1110/2002, *Rolando v. The Philippines*, para. 5.5.

⁶⁸ 770/1997, *Gridin v. Russian Federation*, para. 8.1.

⁶⁹ 1449/2006, *Umarow v. Uzbekistan*, para. 8.4.

⁷⁰ 981/2001, *Gomez Casafranca v. Peru*, para. 7.2.

⁷¹ 2024/2011, *İsrail v. Kazakistan*, para. 9.2.

⁷² 1208/2003, *Kurbanov v. Tajikistan*, para. 6.5.

⁷³ 1412/2005, *Butovenko v. Ukraine*, para. 7.6.

⁷⁴ 1425/2005, *Marz v. Russian Federation*, para. 5.3.

III. Suç İsnadı ve Gözaltına Alma Nedenlerinin Bildirilmesi

24. 9'uncu maddenin 2'nci paragrafı özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yararı için iki gerekliliği düzenler. Birincisi, gözaltına alınanlar, gözaltına alındıkları sırada, bunun nedenleri hakkında bilgilendirilecektir. İkincisi, gözaltına alınanlar, kendilerine yönelik isnatlarla ilgili derhal haberdar edilecektir. İlk gereklilik her özgürlükten yoksun bırakma için kapsamlı bir şekilde uygulanır. Gözaltına alma, özgürlükten yoksun bırakmanın başlangıcı anlamına geldiği için, bu gereklilik, temelindeki nedenlerin hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın gerçekleştirilen gözaltı işleminin hukuka uygun veya aykırı olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır⁷⁵. İkincisi, ek zorunluluk yalnızca ceza soruşturması ile ilgili bilgilendirmede uygulanır⁷⁶. Bir ceza soruşturması kapsamında zaten tutuklanmış olan kişi aynı zamanda bununla bağlantısız bir suç isnadı yüzünden tutuklandıysa, bu isnatla ilgili olarak derhal bilgilendirilmelidir⁷⁷.

25. Gözaltına alınan tüm kişilerin gözaltına alma nedenleri hakkında bilgilendirilmesi gerekliliğinin temel amacı, gözaltına alınanlar gösterilen bu nedenlerin geçersiz ve temelsiz olduğuna inanıyorlarsa, onlara serbest bırakılmalarını isteme hakkının sağlanmasıdır⁷⁸. Bu nedenler yalnızca gözaltına almanın genel hukuki dayanaklarını değil, aynı zamanda hukuka aykırı fiil ve zarar gördüğü iddia edilenlerin kimliği gibi suçlamanın içeriğini gösteren yeterli fiili detayları da içermelidir⁷⁹. Bu nedenler gözaltına alma işlemini gerçekleştiren yetkililerin kişisel düşünceleri ile ilgili değil, gözaltına almanın yasal dayanakları ile ilgilidir⁸⁰.

26. Gözaltına alma nedenlerinin sözlü bildirim gereksinimlere cevap verir. Bu nedenler gözaltına alınan kişinin anladığı bir dilde verilmiş olmalıdır⁸¹.

27. Bu bilgilendirme gözaltına alma üzerine derhal yapılmalıdır. Ancak istisnai durumlarda derhal bilgilendirme mümkün olmayabilir. Örneğin tercüman hazır bulunmadan önce bir gecikme gerçekleşmiş olabilir, ancak bu şekildeki her gecikme mutlak asgari gereklilikte tutulmalıdır⁸².

⁷⁵ 1460/2006, *Yklymova v. Turkmenistan*, para. 7.2 (fili ev hapsi); 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, para. 6.5 (başkanlık emri).

⁷⁶ Örneğin bakınız, Ahmadou Sadio Diallo ile ilgili dava (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), I.C.J (Uluslararası Adalet Divanı) Raporları 2010, s. 639, para. 77 (Komite'nin 8 Nolu genel yorumuna atıfta bulunmakta).

⁷⁷ 635/1995, *Morrison v. Jamaica*, para. 22.2-22.3; 1397/2005, *Engo v. Cameroon*, para. 7.3.

⁷⁸ 248/1987, *Campbell v. Jamaica*, para. 6.3.

⁷⁹ 1177/2003, *Ilombe and Shandwe v. Democratic Republic of the Congo*, para. 6.2.

⁸⁰ 1812/2008, *Levinov v. Belarus*, para. 7.5.

⁸¹ 868/1999, *Wilson v. Philippines*, para. 3.3 ve 7.5.

⁸² 526/1993, *Hill and Hill v. Spain*, para. 12.2.

28. Korunmasız bazı insan kategorileri için, gözaltına alınan kişilerin doğrudan bilgilendirilmesi gereklidir, ancak yeterli değildir. Çocuklar gözaltına alındığında, gözaltına alma ve nedenleri aynı zamanda onların ailelerine, vasilerine veya yasal temsilcilerine de bildirilmelidir⁸³. Zihinsel özürlü bazı kişiler için gözaltına alma ve nedenlerinin bildirilmesi, aynı zamanda onların belirlenmiş ya da uygun aile bireylerine de doğrudan sağlanmalıdır. Konuyla ilgili üçüncü kişilerle irtibata geçilmesi ve kimlik tespiti amacıyla ek süre gerekli olabilir, ancak mümkün olduğu sürece bilgi verilmelidir.

29. 2'nci paragrafın ikinci gerekliliği suç isnadının bildirilmesiyle ilgilidir. İşlemiş olabilecekleri suçların soruşturulması veya haklarındaki ceza davasıyla ilgili karar verilmesi amacıyla gözaltına alınan kişiler şüpheli veya sanık oldukları suçlarla ilgili olarak derhal bilgilendirilmelidir. Bu hak, adi suç soruşturmaları ve aynı zamanda askeri soruşturmalar ya da suçlunun doğrudan cezalandırılmasını öngören diğer özel rejimlerle bağlantılı olarak uygulanır⁸⁴.

30. 2'nci paragraf gözaltına alınan kişinin "gözaltı anında" gerekli olmayan her isnatla ilgili "derhal" bilgilendirilmesini gerektirir. Belirli suçlamaların baştan öngörüldüğü hallerde, gözaltına alma işlemini gerçekleştiren yetkililer hem gözaltına alma sebepleri hem de isnat edilen suçlar hakkında kişileri bilgilendirebilir ya da bunun uygulanmasını izleyen birkaç saat içerisinde tutmanın hukuki dayanağını açıklayabilir. Bu sebepler gözaltına alınanların anlayabilecekleri bir dilde verilmelidir⁸⁵. 2'nci paragraftaki isnat edilen suçlar hakkında bildirimde bulunma gerekliliği, geçici tutmanın uygun olup olmadığının belirlenmesini kolaylaştırma amacına yönelik olup, bu yüzden 2'nci paragraf, gözaltına alınan kişiye isnat edilen suçla ilgili, sonradan duruşmaya hazırlanmaya ihtiyaç duyulması ölçüsünde detayların verilmesini gerektirmez⁸⁶. Yetkililer gözaltı yapılmadan önce soruşturma konusu suçlamalarla ilgili bireyi zaten bilgilendirmişlerse, o zaman 2'nci paragraf, yetkililer gözaltına alma nedenlerini bildirmedikçe, resmi suçlamaların hemen tekrar edilmesini gerektirmez⁸⁷. Aynı değerlendirmeler azınlıklar ya da korunmasız diğer insanlar gözaltına alındığında, herhangi bir suç isnadıyla ilgili derhal bilgilendirilmeyi

⁸³ 1402/2005, *Krasnov v. Kyrgyzstan*, para. 8.5; genel yorum No. 32, para. 42; bakınız Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 48.

⁸⁴ 1782/2008, *Aboufaied v. Libya*, para. 7.6. Herhangi bir suç isnadı hakkında bilgilendirme yapılması gerekliliği, tutma duruşmasının Sözleşme'nin 14'üncü maddesince yasaklanan askeri bir mahkeme tarafından yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, muhtemel askeri soruşturmalar için tutulmalarda uygulanır. 1640/2007, *El Abani v. Algeria*, para. 7.6 ve 7.8.

⁸⁵ 493/1992, *Griffin v. Spain*, para. 9.2.

⁸⁶ Genel yorum No. 32, para. 31; 702/1996, *McLawrence v. Jamaica*, para. 5.9.

⁸⁷ 712/1996, *Smirnova v. Russian Federation*, para. 10.3.

içeren yukarıdaki 28'inci paragraf bakımından da söz konusudur.

IV. Suç İsnadıyla Bağlantılı Tutmanın Yargısal Denetimi

31. 3'üncü paragrafın ilk cümlesi bir suç isnadı nedeniyle gözaltına alınan veya tutulan insanlara ilişkin iken, ikinci cümle bir ceza soruşturmasında yargılamayı bekleyen kişilerle ilgilidir. 3'üncü paragraf adi suç soruşturmaları, askeri soruşturmalar ve suçun doğrudan cezalandırılmasına ilişkin diğer özel rejimlerle ilgilidir⁸⁸.

32. 3'üncü paragraf, ilk olarak, bir suç işlediği iddiasıyla gözaltına alınan veya tutulan her kişinin derhal bir hakim veya kanunla yargı yetkisini kullanmaya yetkili kılınmış diğer bir resmi görevlinin önüne çıkarılmasını gerekli kılar. Bu gereklilik istisna olmaksızın tüm olaylarda uygulanır ve bunu ileri süren tutukluların ehliyetine ya da tercihine bağlı değildir⁸⁹. Bu gereklilik, kişinin bir suç faaliyeti şüphesiyle gözaltına alınması veya tutuklanması koşuluyla, resmi suçlamalar ile sürülmeden önce dahi uygulanır⁹⁰. Bu hak bir ceza soruşturması veya yargısal denetime tabi bir soruşturmada kişinin tutulmak üzere getirilmesini amaçlar⁹¹. Bir ceza soruşturmasında zaten tutuklanmış olan kişinin aynı zamanda bununla bağlantısız bir suç isnadı nedeniyle tutuklanmasına karar verilmişse, bu kişi ikinci tutuklamanın yargısal denetimi için derhal bir hakimin önüne çıkarılmalıdır⁹². Değinen konularla ilgili olarak bağımsız, objektif ve tarafsız bir yetkili makam tarafından yargı yetkisinin kullanması esastır⁹³. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı 3'üncü paragraftaki yargı yetkisini kullanmaya yetkili kılınmış bir görevli olarak düşünülemez⁹⁴.

33. “Derhal” kavramının anlamı objektif koşullara bağlı olarak değişebilir-

⁸⁸ 1782/2008, *Aboufaied v. Libya*, para. 7.6. 3'üncü paragraf Sözleşme'nin 14'üncü maddesiyle yasaklanmış bir askeri mahkeme tarafından tutuklunun yargılanıp yargılanmadığına bakılmaksızın, muhtemel askeri soruşturmadaki tutma bakımından uygulanır. 1813/2008, *Akwanga v. Cameroon*, para. 7.4-7.5. Uluslararası silahlı çatışmalarda, askeri soruşturmaların yürütülmesiyle ilgili uluslararası insancıl hukukun ayrıntılı kuralları, aynı zamanda, uygulanması devam eden 9'uncu maddenin 3'üncü paragrafının yorumlanmasıyla ilgilidir. Bakınız aşağıdaki 64'üncü paragraf.

⁸⁹ 1787/2008, *Kovsh v. Belarus*, para. 7.3-7.5.

⁹⁰ 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 6.3-6.4; 1096/2002, *Kurbanova v. Tajikistan*, para. 7.2.

⁹¹ 1914-1916/2009, *Musaev v. Uzbekistan*, para. 9.3.

⁹² 635/1995, *Morrison v. Jamaica*, para. 22.2-22.3; 762/1997, *Jensen v. Australia*, para. 6.3

⁹³ 521/1992, *Kulomin v. Hungary*, para. 11.3.

⁹⁴ Bakınız aynı yerde; 1547/2007, *Torobekov v. Kyrgyzstan*, para. 6.2; 1278/2004, *Reshetnikov v. Russian Federation*, para. 8.2; sonuç gözlemleri: Tajikistan (CCPR/CO/84/TJK, 2005), para. 12.

ken⁹⁵, gecikmeler gözaltı anından itibaren birkaç günü geçemez⁹⁶. Komite'ye göre kişilerin nakli ve duruşmaya hazırlanmaları için 48 saat genellikle yeterlidir⁹⁷, 48 saatten daha uzun gecikmeler tamamen istisna kalmalı ve bu şartlar altında haklı gösterilmelidir⁹⁸. Yargısal denetim olmaksızın emniyet görevlilerinin gözetimindeki daha uzun tutmalar, insanlık dışı davranış riskini arttırır⁹⁹. Taraf devletlerin çoğu, hukuk sistemlerinde 48 saatten daha kısa zaman dilimleri belirlemişlerdir ve bu limitler aşılmamalıdır. Seriliğin 24 saat gibi sıkı standartlara bağlanması özellikle çocuk davalarında geçerli olmalıdır¹⁰⁰.

34. Kişi hakim ya da kanunla yargı yetkisini kullanmaya yetkilendirilmiş diğer bir resmi görevlinin önüne fiziksel olarak bizzat görünmek üzere getirilmelidir¹⁰¹. Tutukluların duruşmadaki fiziksel varlıkları gözetim altındaki davranışlarının sorgulanması açısından fırsat verir¹⁰² ve tutmanın devamına karar verilirse, cezaevine hızlı bir şekilde alınmayı kolaylaştırır. Bu yüzden kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile işkence ve zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı davranış yasağına bir güvence olarak hizmet eder. Hakim takip eden duruşma ve sonraki duruşmalarda tutmanın hukuka uygunluğunu ve gerekliliğini değerlendirir, kişinin kural olarak tercih ettiği avukat tarafından verilecek adli yardımdan yararlanma hakkı vardır¹⁰³.

35. Derhal bir hakim önüne çıkarılmayı engelleyen hücre hapsi, doğası gereği 3'üncü paragrafta aykırıdır¹⁰⁴. Hücre hapsi, süresine ve diğer faktörlere bağlı olarak, aynı zamanda Sözleşme'nin 6, 7, 10 ve 14'üncü maddelerinde düzenlenen diğer hakları da ihlal eder¹⁰⁵. Taraf devletler, ceza davalarında, tutulmalarının

⁹⁵ 702/1996, *McLawrence v. Jamaica*, para. 5.6; 2120/2011, *Kovalev v. Belarus*, para. 11.3.

⁹⁶ 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 6.3; 277/1988, *Teran Jijon v. Ecuador*, para. 5.3 (beş gün derhal değildir); 625/1995, *Freemantle v. Jamaica*, para. 7.4 (dört gün derhal değildir).

⁹⁷ 1787/2008, *Kovsh v. Belarus*, para. 7.3-7.5.

⁹⁸ Aynı yerde; ayrıca bakınız 336/1988, *Fillastre and Bizouarn v. Bolivia*, para. 6.4 (Bütçe kısıtlamaları 10 günlük gecikmeyi haklı kılmaz).

⁹⁹ Sonuç gözlemleri için bakınız: Macaristan (CCPR/CO/74/HUN, 2002), para. 8.

¹⁰⁰ Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 83.

¹⁰¹ 289/1988, *Wolf v. Panama*, para. 6.2; 613/1995, *Leehong v. Jamaica*, para. 9.5. "Kanunla yargı yetkisini kullanmaya yetkili kılınmış diğer görevli" ifadesiyle ilgili bakınız yukarıdaki 32'nci paragraf.

¹⁰² Bakınız Genel Kurul'un 43/173 sayılı kararıyla onaylanan Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü.

¹⁰³ Sonuç gözlemleri için bkz. Kenya (CCPR/C/KEN/CO/3, 2012), para. 19; ayrıca bakınız madde 14, paragraf 3 (d); Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102'nci dipnot), prensip 11.

¹⁰⁴ 1297/2004, *Medjnoune v. Algeria*, para. 8.7.

¹⁰⁵ 1781/2008, *Berzig v. Algeria*, para. 8.4, 8.5 ve 8.8; 176/1984, *Lafuente Penarrieta v. Bolivia*, para. 16.

başlangıcından itibaren tutukluların avukata erişimine izin vermeli ve bunu kolaylaştırmalıdır¹⁰⁶.

36. Kişi bir kez hakim önüne çıkarıldığında, hakim kişinin salıverilip verilmeyeceğine ya da ek soruşturma için tutukluluğun devam edip etmeyeceğine veya duruşmanın beklenip beklenmeyeceğine karar vermelidir. Tutmanın devamı için hukuka uygun dayanaklar yoksa, hakim salıverilmeye karar vermelidir¹⁰⁷. Ek soruşturma ya da yargılamanın haklı gerekçelerinin söz konusu olduğu takdirde, hakim, 3'üncü paragrafın ikinci cümlesinde daha kapsamlı bir şekilde ele alınan tutmanın gerekli olmaması nedeniyle, yargılamanın sonraki aşamaları tamamlanıncaya kadar kişinin salıverilip verilmemesi gerektiğine (belli koşullarla birlikte veya onlar olmaksızın) karar vermelidir. Komitenin görüşüne göre, devamına karar verilen tutma polis gözetimine dönüşmeyi içermemeli, tutulanlar, haklarına ilişkin risklerin daha kolay azaltılabileceği, farklı bir yetkili makamın idaresindeki ayrı bir tesise götürülmelidir.

37. 3'üncü paragrafın ilk cümlesinde açıklanan ikinci gereklilik alıkonulan kişinin salıverilmesi ya da makul bir süre içinde mahkemeye çıkma hakkının bulunmasıdır. Bu gereklilik özellikle duruşma öncesi tutma periyodunu, yani gözaltı anı ile ilk mahkemede yargılanma zamanı arasındaki tutmayı içerir¹⁰⁸. Aşırı derecede uzatılmış duruşma öncesi tutma 14'üncü maddenin 2'nci paragrafında düzenlenen masumiyet karinesini riske atabilir¹⁰⁹. Uzatmanın savunma haklarıyla orantılı olması için tutuksuz olarak yargılanmayan kişilerin mümkün oldukça hızlı bir şekilde yargılanmaları mümkün olmalıdır¹¹⁰. Mahkemeye getirilmedeki herhangi bir gecikmenin makullüğü davanın karmaşıklığı, yargılama boyunca suçlamanın yönetilmesi ve idari ve yargısal makamlar tarafından uğraşılan meseleler hesaba katılarak her bir davanın koşulları içinde değerlendirilmelidir¹¹¹. Soruş-

¹⁰⁶ Genel yorum No. 32, para. 32, 34 ve 38; sonuç gözlemleri: Togo (CCPR/C/TGO/CO/4, 2011), para. 19; aşağıdaki 58'inci paragraf.

¹⁰⁷ Sonuç gözlemleri için bakınız: Tajikistan (CCPR/CO/84/TJK, 2005), para. 12; 647/1995, *Pen-nant v. Jamaica*, para. 8.2.

¹⁰⁸ 1397/2005, *Engo v. Cameroon*, para. 7.2. 9'uncu maddenin 3'üncü paragrafı ve 14'üncü maddenin 3 (c) paragrafı ile ilişkili, bu açıdan bakınız genel yorum No. 32, para. 61.

¹⁰⁹ 788/1997, *Caqas v. Philippines*, para. 7.3.

¹¹⁰ Genel yorum No. 32, para. 35; 818/1998, *Sextus v. Trinidad and Tobago*, para. 7.2.

¹¹¹ 1085/2002, *Taright v. Algeria*, para. 8.2-8.4; 386/1989, *Kone v. Senegal*, para. 8.6; ayrıca bakınız 677/1996, *Teesdale v. Trinidad and Tobago*, para. 9.3 (On yedi haftalık gecikmenin 3'üncü paragrafı ihlal ettiği); 614/1995, *Thomas v. Jamaica*, para. 9.6 (yaklaşık on dört haftalık gecikmenin 3'üncü paragrafı ihlal etmediği); genel yorum No. 32, para. 35 (ceza soruşturmalarındaki gecikmenin makullüğü ile ilgili faktörlerin tartışılması).

turmanın tamamlanmasındaki engeller ek süreyi haklı gösterebilir¹¹², ancak personel yetersizliği ya da bütçe kısıtlamalarının genel koşulları bu eksikliği haklı göstermez¹¹³. Erteleme gerekli hale geldiğinde, hakim duruşma öncesi tutmaya alternatifleri yeniden değerlendirmelidir¹¹⁴. Çocukların duruşma öncesi tutulmalarından kaçınılmalıdır, ancak mahkemede bulunma hakları ortaya çıktığında, özellikle 10'uncu maddenin 2 (b) paragrafına hızlı bir şekilde uyulmalıdır¹¹⁵.

38. 9'uncu maddenin 3'üncü paragrafının ikinci cümlesi yargılanmayı bekleyen kişilerin tutuklanmasının kuraldan ziyade istisna olmasını gerektirir. Bu, aynı zamanda, tahliyenin duruşmada hazır bulunma, yargılamanın herhangi bir aşamasında hazır bulunma ve (gerektiğinde) yargılamanın yürütülmesi için hazır bulunmayı içeren hazır bulunma güvencesine bağlı olabileceğini belirtir. Bu cümle, ceza soruşturmasında, yani sanık suçlandıktan sonra, yargılanmayı bekleyen kişiler bakımından geçerlidir, ancak benzer bir gereklilik suçlamadan önce 1'inci paragraftaki keyfi tutma yasağından kaynaklanmaktadır¹¹⁶. Sanıkların duruşma öncesi tutmaya konu edilmeleri genel bir uygulama olmamalıdır. Duruşma sırasında tutma kaçmanın, kanıtlara müdahale edilmesinin ya da suçun yinelenmesinin önlenmesi gibi amaçlarla, tüm koşullar hesaba katılarak, makul ve zorunlu bir şekilde belirlenen bir şahıslıştırmeye dayanmalıdır¹¹⁷. Konuyla ilgili faktörler kanunda belirtilmeli ve "kamu güvenliği" gibi belirsiz ve geniş kapsamlı standartlara yer verilmemelidir¹¹⁸. Duruşma öncesi tutma kişisel durumlar göz önüne alınmadan belli bir suçla suçlanan tüm sanıklar bakımından geçerli standartlar içermemelidir¹¹⁹. Hiçbir duruşma öncesi tutmaya ihtiyacın belirlenmesinden ziyade, isnat edilen suç için potansiyel mahkeme kararına dayanan bir süre için hükmedilmemelidir. Mahkemeler belli durumlarda tutmayı gereksiz hale getiren kefaletle serbest bırakma, elektronik kelepçe veya diğer durumlar gibi duruşma öncesi tutmanın alternatifleri olup olmadığını sorgulamalıdır¹²⁰. Sanığın yabancı uyruklu olması halinde, bu durum onun yargılamadan kaçabi-

¹¹² 721/1997, *Boodoo v. Trinidad and Tobago*, para. 6.2.

¹¹³ 336/1988, *Fillastre and Bizouarn v. Bolivia*, para. 6.5; 818/1998, *Sextus v. Trinidad and Tobago*, para. 4.2 ve 7.2.

¹¹⁴ 1085/2002, *Taright v. Algeria*, para. 8.3.

¹¹⁵ Genel yorum No. 21, para. 13; ayrıca bakınız genel yorum No. 32, para. 42; Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 83.

¹¹⁶ 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 6.1 ve 6.4.

¹¹⁷ 1502/2006, *Marinich v. Belarus*, para. 10.4; 1940/2010, *Cedeno v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 7.10; 1547/2007, *Torobekov v. Kyrgyzstan*, para. 6.3.

¹¹⁸ Sonuç gözlemleri için bakınız: *Bosnia and Herzegovina* (CCPR/C/BIH/CO/1, 2006), para. 18.

¹¹⁹ Sonuç gözlemleri için bakınız: *Argentina* (CCPR/CO/70/ARG, 2000), para. 10; *Sri Lanka* (CCPR/CO/79/LKA, 2003), para. 13.

¹²⁰ 1178/2003, *Smantser v. Belarus*, para. 10.3.

leceğinin tespiti için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemelidir¹²¹. Duruşma öncesi tutmanın gerekli olduğuna ilişkin ilk değerlendirmeden sonra, muhtemel alternatifler ışığında, bunun devamının gerekli ve makul olup olmadığına ilişkin periyodik yeniden incelemeler bulunmalıdır¹²². Sanığın tutulma süresinin uzunluğu isnat edilen suç için verilecek azami cezanın uzunluğuna ulaşmışsa, sanık salıverilmelidir. Çocukların duruşma öncesi tutulmasından tamamen kaçınılmalıdır¹²³.

V. Hukuka Aykırı ve Keyfi Tutmadan Salıverilme İçin Başvuru Hakkı

39. 9'uncu maddenin 4'üncü paragrafı, gözaltına alma veya tutma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin, mahkemenin gecikmeksizin tutmanın hukuka uygunluğu konusunda karar vermesi ve tutmanın hukuka uygun olmaması halinde salıverilmesini kararlaştırması için bir mahkemeye başvuru hakkı olduğuna imkan tanır. Bu paragraf habeas corpus ilkesini kutsal olarak kabul eder¹²⁴. Tutmanın gerçek temellerine ilişkin gözden geçirme, uygun hal ve koşullarda, önceki tespitin makullüğünün incelenmesi ile sınırlı tutulabilir¹²⁵.

40. Bu hak ceza kovuşturmasıyla bağlantılı tutma, askeri tutma, güvenlik tutması, terörizm karşıtı tutma, zorunlu tedavi, göç tutması, suçluların iadesi için tutma ve tamamen temelsiz gözaltına almaları içeren resmi işlemler ya da resmi yetkilendirme yoluyla gerçekleştirilen tüm tutmalarla ilgilidir¹²⁶. Bu, aynı zamanda serserilik veya uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle tutma, çocukların hukuka aykırı şekilde eğitim amaçlı tutulmaları¹²⁷ ve idari tutmanın diğer biçimleriyle de ilgilidir¹²⁸. Tutma, 4'üncü paragrafın anlamı dahilinde, aynı zamanda ev hapsi ve hücre hapsini de içerir¹²⁹. Bir hükümlü belirli zaman dilimleri için ya da potansiyel daha uzun hapis cezasının belli bir bölümü olarak verilen mahkumiyet kararından sonra mahkemece verilen hapis cezasının asgari süresini yattığın-

¹²¹ 526/1993, *Hill and Hill v. Spain*, para. 12.3.

¹²² 1085/2002, *Taright v. Algeria*, para. 8.3-8.4.

¹²³ Genel yorum No. 32, para. 42; bakınız Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 80.

¹²⁴ 1342/2005, *Gavrilin v. Belarus*, para. 7.4.

¹²⁵ 1051/2002, *Ahani v. Canada*, para. 10.2; 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.3.

¹²⁶ 248/1987, *Campbell v. Jamaica*, para. 6.4; 962/2001, *Mulezi v. Democratic Republic of the Congo*, para. 5.2; 1051/2002, *Ahani v. Canada*, para. 10.2; 1061/2002, *Fijkowska v. Poland*, para. 8.4; 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.4; 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, para. 6.5.

¹²⁷ 265/1987, *Vuolanne v. Finland*, para. 9.5; karş. sonuç gözlemleri için bakınız: Ruanda (CCPR/C/RWA/CO/3, 2009), para. 16 (serserilik nedeniyle tutmanın ortadan kaldırılması tavsiye ediliyor).

¹²⁸ Sonuç gözlemleri için bakınız: Moldova Cumhuriyeti (CCPR/CO/75/MDA, 2002), para. 11.

¹²⁹ 1172/2003, *Madani v. Algeria*, para. 8.5; 265/1987, *Vuolanne v. Finland*, para. 9.5.

da, 4'üncü paragraf, tutmanın takip eden gözden geçirilmesini gerektirmez¹³⁰.

41. Bu hakkın konusu devam eden hukuka aykırı tutmadan (koşulsuz veya koşullu olarak)¹³¹ salıverilmedir; zaten sona ermiş olan hukuka aykırı tutma için tazminat 5'inci paragrafta gönderme yapar. 4'üncü paragraf gözden geçirmeyi yapan mahkemenin hukuka aykırı tutmadan salıverme kararı verme yetkisine sahip olmasını gerektirir¹³². 4'üncü paragraf gereğince yargısal bir salıverme kararı verilmesi işler (executoire) hale geldiğinde, gereği derhal yerine getirilmelidir, buna rağmen devam eden tutma 9'uncu maddenin 1'inci paragrafını ihlal edecek şekilde keyfi olacaktır¹³³.

42. Başvurma hakkı kural olarak gözaltı anından itibaren uygulanır ve tutuklunun tutmaya karşı ilk itirazından önceki bekleme süresi yasaktır¹³⁴. Özellikle tutmanın hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesi bakımından faydalı olacağı ya da tutuklunun kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin şüphelerin ortaya çıktığı durumlarda, tutuklu şahsen ve bizzat mahkemede bulunma hakkına sahiptir¹³⁵. Mahkeme, duruşmada bulunmak üzere davet edilip edilmediğine bakmaksızın, tutuklunun önüne getirilmesine karar verme yetkisine sahip olmalıdır.

43. Hukuka aykırı tutma başlangıcında hukuka uygun olan, ancak hapis cezasının çekilmesinin tamamlanması ya da hukuka uygun tutmanın değişen koşulları nedeniyle hukuka aykırı hale gelen tutmayı içerir¹³⁶. Mahkemece mevcut koşulların tutma gerekçesi bakımından yeterli olduğu tespit edildikten sonra, kişinin benzer gerekçelerle yeniden başvurma hakkına sahip olması öncesinde, ilgili koşulların mahiyetine bağlı olarak belli bir süre geçebilir¹³⁷.

44. "Hukuka aykırı" tutma hem iç hukuku ihlal eden tutmayı, hem de 9'uncu maddenin 1'inci paragrafının gerekleri veya Sözleşme'nin diğer ilgili hükümleriyle bağdaşmayan tutmayı içerir¹³⁸. İç hukuk sistemleri tutmanın mahkemece

¹³⁰ 954/2000, *Minogue v. Australia*, para. 6.4; 1342/2005, *Gavrilin v. Belarus*, para. 7.4. Buna rağmen 14'üncü maddenin 5'inci paragrafı, mahkumiyetin başından itibaren sanıkların bir yüksek mahkemeye tek başına temyiz hakkını güvence altına alır (genel yorum No. 32, para. 45).

¹³¹ 473/1991, *Borroso v. Panama*, para. 2.4 ve 8.2 (kefaletle serbest bırakılma için habeas corpus)

¹³² 1324/2004, *Shafiq v. Australia*, para. 7.4.

¹³³ 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.2.

¹³⁴ 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.2 (yedi gün).

¹³⁵ Bakınız Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102 Nolu dipnot), prensip 32, para. 2; genel yorum No. 29, para. 16.

¹³⁶ 1090/2002, *Rameka v. New Zealand*, para. 7.3-7.4.

¹³⁷ Aynı yerde (mahkumiyet sonrası önleyici tutmanın yıllık gözden geçirilmesi); 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 7.3 (hastaneye yatırılmanın düzenli gözden geçirilmesi); 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.4 (suçluların iadesi için her iki haftada bir gözden geçirilmesi).

¹³⁸ 1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270, 1288/2004, *Shams et. al. v. Australia*, para. 7.3.

gözden geçirilmesini güvence altına almak için farklı yöntemler belirleyebilirken, 4'üncü paragraf bu usullerden birinin hukuka aykırı olduğu her tutma için yargısal yollar bulunmasını gerektirir¹³⁹. Örneğin bir aile mahkemesinin, tutulan çocuğun üstün yararına hizmet etmeyen tutma halinden salıverilmesine karar verme yetkisi, ilgili davalar bakımından, 4'üncü paragrafta öngörülen gerekleri karşılayabilir¹⁴⁰.

45. 4'üncü paragraf, genel yargı düzeni içinde yer alan "bir mahkeme"ye başvurma hakkı tanır. İstisnai olarak, tutmanın bazı biçimleri için mevzuat, kanunla kurulması veya yasama ve yürütme organlarından bağımsız olması gereken ya da doğası gereği yargısal olan dava işlemlerinin karara bağlanmasında, yargı bağımsızlığına sahip olması gereken ihtisas mahkemelerine başvurulmasını öngörebilir¹⁴¹.

46. 4'üncü paragraf tutuklanan bir kişinin durumunun yetkililerce gözden geçirilmesinin kendiliğinden başlamasını gerektirmeyen 3'üncü paragrafın aksine, tutuklanan kişilere ya da onlar adına hareket edenlere başvurma tercihi sunar¹⁴². 4'üncü paragrafın gözden geçirmeyi gerekli kıldığı belli bir tutuklu kategorisini hariç tutan kanunlar Sözleşme'yi ihlal eder¹⁴³. Hücre hapsi gibi, kişilerin etkili bir şekilde kullanamadığı gözden geçirmeyi içeren uygulamalar da ayrıca ihlal anlamına gelir¹⁴⁴. Etkili bir gözden geçirmenin kolaylaştırılması için, tutuklular hızlı ve düzenli bir şekilde avukata erişebilmelidir. Tutuklular tutmanın yasallığı konusunda bir karar verilmesi için başvuru yapma hakları konusunda anladıkları bir dilde bilgilendirilmelidir¹⁴⁵.

47. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler yalnızca başvuru yapma değil, aynı zamanda gecikmeksizin bir karar alınması hakkına da sahiptir. Tutuklu bir kişinin salıverilmesine ilişkin talebi hakkında yetkili mahkeme tarafından bir karar

¹³⁹ Aynı yerde.

¹⁴⁰ 1069/2002, *Bakhtiyari v. Australia*, para. 9.5.

¹⁴¹ 1090/2002, *Rameka v. New Zealand*, para. 7.4 (Şartla Tahliye Kurulu'nun bir mahkeme olarak yargısal biçimde hareket etme yetkisi tartışılıyor); 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.2 (İçişleri Bakanı tarafından yapılan gözden geçirme yetersiz bulunuyor); 265/1987, *Vuolanne v. Finland*, para. 9.6 (Üst bir askeri yetkili tarafından yapılan gözden geçirme yetersiz bulunuyor); genel yorum No. 32, para. 18-22.

¹⁴² 373/1989, *Stephens v. Jamaica*, para. 9.7.

¹⁴³ R. 1/4, *Torres Ramirez v. Uruguay*, para. 18; 1449/2006, *Umarov v. Uzbekistan*, para. 8.6.

¹⁴⁴ R. 1/5, *Hernandez Valentini de Bazzano et al. v. Uruguay*, para. 10; 1751/2008, *Aboussedra v. Libyan Arab Jamahiriya*, para. 7.6; 1061/2002, *Fijalkowska v. Poland*, para. 8.4 (Bir hastanın zorla akıl hastanesine gönderilmeye itiraz etme yetkisinin engellenmesi Devletin kusurudur).

¹⁴⁵ Bakınız Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102 Nolu dipnot), prensip 13-14.

verilmesinin reddi, 4'üncü paragrafı ihlal eder¹⁴⁶. Başvurunun karara bağlanması mümkün olduğunca hızlı bir şekilde gerçekleşmelidir¹⁴⁷. Başvurucuya atfedilebilen gecikmeler yargısal bir gecikme olarak kabul edilmez¹⁴⁸.

48. Sözleşme, tutmanın yasallığını onaylayan mahkeme kararının temyize tabi olmasını gerektirmez. Bir taraf devlet temyiz ya da daha ileri bir kanun yolu örneği sağlarsa, gecikme, yargılamanın mahiyetinin değiştiğini ifade edebilir ve her halükarda aşırı olmamalıdır¹⁴⁹.

VI. Hukuka Aykırı veya Keyfi Gözaltı ya da Tutma Nedeniyle Tazminat Hakkı

49. Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin 5'inci paragrafı hukuka aykırı gözaltı veya tutma işleminden mağdur olan herkese icrası mümkün bir tazminat hakkı sağlar. 4'üncü paragraf gibi 5'inci paragraf da, taraf devletlerin sağlaması gereken insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik etkili yolların belli bir örneğini düzenlemektedir. Bu yollar birbirlerinin yerine geçmez, ancak bunların yanı sıra Sözleşme'nin 2'nci maddesinin 3'üncü paragrafıyla hukuka aykırı ya da keyfi gözaltı veya tutmanın mağduru için belli durumlarda başka yollar da gerekli görülebilir¹⁵⁰. 4'üncü paragraf devam eden hukuka aykırı tutma halinden saliverilme için hızlı bir çare sağlarken, 5'inci paragraf hukuka aykırı gözaltı veya tutmanın mağdurunun aynı zamanda nakdi tazminata hak kazandığını açıklığa kavuşturur.

50. 5'inci paragraf, taraf devletleri bir takdir veya lütuf olarak değil, icrası mümkün bir hak olarak mağdurlara tazminat ödenmesini içeren yasal bir çerçeveye oluşturmak zorunda bırakır. Bu yol yalnızca teoride var olmamalı, etkili bir şekilde işlemeli ve ödeme makul bir zaman periyodu içinde yapılmalıdır. 5'inci paragraf, etkili oldukları sürece, ihlalden sorumlu devlet görevlilerine ya da taraf devletlerin kendilerine yönelik çareler içeren kuralların kesin bir şeklini belirlemez¹⁵¹. 5'inci paragraf hukuka aykırı gözaltına alınan tüm görüşleri için tazminat ödenmesini sağlayan tek bir usul belirlenmesini zorunlu kılmaz, yalnızca

¹⁴⁶ 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 6.5.

¹⁴⁷ 291/1988, *Torres v. Finland*, para. 7.3.

¹⁴⁸ 1051/2002, *Ahani v. Canada*, para. 10.3.

¹⁴⁹ 1752/2008, *J.S. v. New Zealand*, para. 6.3-6.4 (ilk aşamada sekiz günlük, ikinci aşamada üç haftalık ve üçüncü aşamada iki aylık periyotlar bu bağlamda kabul edilebilir bulunuyor).

¹⁵⁰ Genel yorum No. 31, para. 16 ve 18; 238/1987, *Bolanos v. Ecuador*, para. 10; 962/2001, *Mulezi v. Democratic Republic of the Congo*, para. 7.

¹⁵¹ Sonuç gözlemleri için bakınız: Kamerun (CCPR/C/CMR/CO/4, 2010), para. 19; Guyana (CCPR/C/79/Add.121, 2000), para. 15; Amerika Birleşik Devletleri (A/50/40, 1995), para. 299; Arjantin (A/50/40, 1995), para. 153; karşı. 1885/2009, *Horvath v. Australia*, para. 8.7 (çarenin etkililiği tartışılıyor); 1432/2005, *Gunaratna v. Sri Lanka*, para. 7.4; genel yorum No. 32, para. 52 (haksız mahkumiyetler için tazminatın gerekliliği).

5'inci paragrafın kapsadığı tüm olaylarda tazminat ödenmesini sağlayan etkili bir kurallar sisteminin varlığını gerektirir. 5'inci paragraf, hakimin kendi takdiri ile mağdurlara tazmin ve telafide bulunulması konusunda taraf devletlere bir yükümlülük yüklemekten ziyade, bu taleple ilgili işlem tesis edilmesini mağdurun inisiyatifine bırakmalarına izin vermektedir¹⁵².

51. 5'inci paragrafın anlamı dahilinde, hukuka aykırı gözaltı ve tutma hem cezai hem de cezai olmayan soruşturmalarda ya da tüm bu soruşturmaların yokluğunda ortaya çıkan gözaltı ve tutmayı içerir¹⁵³. Gözaltı veya tutmanın "hukuka aykırı" karakteri, sürekli bir biçimde uygulanan keyfi tutma ile 9'uncu maddenin diğer paragraflarının usuli gereklerini ihlal eden tutma gibi Sözleşme'nin kendisinin ihlali ya da iç hukuk kurallarının ihlalden kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Buna rağmen sanık yargılama süreci sonrasında, ilk derece veya temyiz aşamasında suçsuz bulunduğu, bundan önceki herhangi bir tutmayı tek başına "hukuka aykırı" hale getirmez¹⁵⁵.

52. 5'inci paragrafın gerektirdiği nakdi tazminat öncelikle hukuka aykırı gözaltı ya da tutmadan kaynaklanan, parayla ölçülen veya ölçülemeyen zararlarla ilgilidir¹⁵⁶. Gözaltına alınan hukuka aykırılığı ifade özgürlüğü gibi diğer insan haklarının ihlalden kaynaklandığında, taraf devletin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin 3'üncü paragrafının gerektirdiği şekilde, bunun gibi diğer ihlallere ilişkin tazminat veya diğer telafilerin sağlanmasından daha öte zorunlulukları vardır¹⁵⁷.

VII. 9'uncu Maddenin Sözleşme'nin Diğer Maddeleriyle İlişkisi

53. 9'uncu maddenin usuli ve maddi güvenceleri, Sözleşme'nin diğer güvenceleriyle örtüşür ve iletişim halindedir. Tutuklu sanığın duruşmaya getirilmesindeki gecikmeler gibi, başlı başına 9'uncu maddenin ve diğer maddelerin ihlali anlamına gelen bazı davranış şekilleri hem 9'uncu maddenin 3'üncü paragrafını, hem de 14'üncü maddenin 3 (c) paragrafını ihlal eder. Bazen 9'uncu maddenin

¹⁵² 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, para. 6.5; 962/2001, *Mulezi v. Democratic Republic of the Congo*, para. 5.2.

¹⁵³ 754/1997, *A. v. New Zealand*, para. 6.7 ve 7.4; 188/1984, *Martinez v. Portorreal v. Dominican Republic*, para. 11; 962/2001, *Mulezi v. Democratic Republic of the Congo*, para. 5.2.

¹⁵⁴ 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 6.6; ayrıca bakınız 328/1988, *Zelaya Blanco v. Nicaragua*, para. 10.3 (keyfi tutma); 728/1996, *Sahadeo v. Guyana*, para. 11 (9'uncu maddenin 3'üncü paragrafının ihlali); R.2/9, *Santullo Valcada v. Uruguay*, para. 12 (9'uncu maddenin 4'üncü paragrafının ihlali).

¹⁵⁵ 432/1990, *W.B.E. v. Netherlands*, para. 6.5; 963/2001, *Uebergang v. Australia*, para. 4.4.

¹⁵⁶ 1157/2003, *Coleman v. Australia*, para. 6.3.

¹⁵⁷ Aynı yerde, para. 9; 1128/2002, *Marques de Morais v. Angola*, para. 8; genel yorum No. 31, para. 16.

1'inci paragrafının içeriği diğer maddeler tarafından harekete geçirilir, örneğin tutma 19'uncu maddeyi ihlal edecek şekilde ifade özgürlüğü bakımından cezalandırma anlamına geldiği için keyfi olabilir¹⁵⁸.

54. 9'uncu madde, aynı zamanda Komite ile işbirliği ve iletişimde bulunarak, kişileri fiziksel sindirme ve kişi özgürlüğüne yönelik tehditler gibi misillemelere karşı korumak amacıyla Sözleşme ve İhtiyari Protokol kapsamında taraf devletlerin zorunluluklarını pekiştirir¹⁵⁹.

55. 6'ncı maddenin 1'inci paragrafı kapsamında yaşamın korunması hakkını içeren Sözleşme'nin 6'ncı maddesiyle güvence altına alınan yaşam hakkı, kişi güvenliği hakkı ile örtüşebilir. Kişi güvenliği hakkı, aynı zamanda yaşamı tehdit etmeyen yaralanmalara gönderme yaptığı ölçüde, daha kapsamlı düşünülebilir. Başta zorla kaybedilmeler olmak üzere, yaşamı tehdit eden keyfi tutmanın aşırı görünüş biçimleri, yaşamın korunması hakkının yanı sıra kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarını da ihlal eder¹⁶⁰.

56. Keyfi tutma, işkence ve kötü muamele ile bu muhtemel riskleri azaltmaya hizmet eden 9'uncu maddedeki usuli güvencelerin bazılarına yönelik riskler yaratır. Uzatılmış hücre hapsi 9'uncu maddeyi ihlal eder ve genellikle 7'nci maddenin ihlali olarak kabul edilir¹⁶¹. Aynı zamanda 7'nci madde tarafından korunan fiziksel ve mental bütünlük de kişi güvenliği hakkının korunmasıyla ilgilidir¹⁶².

57. Bir kişinin, uzatılmış keyfi tutma gibi kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ağır biçimde ihlal edilmesine yönelik gerçek bir riskle karşı karşıya olduğuna ilişkin somut bir gerekçenin bulunması durumunda, bu riski ortaya koyan bir ülkeye iade edilmesi, Sözleşme'nin 7'nci maddesiyle yasaklanan insanlık dışı muamelelerin ortaya çıkmasına yol açabilir¹⁶³.

58. İşkencenin önlenmesi için gerekli çoğu güvence, aynı zamanda keyfi tutma ve kişi güvenliğinin ihlaline karşı tutmanın herhangi bir şeklinde, kişilerin

¹⁵⁸ Ayrıca bakınız yukarıdaki 17'nci paragraf.

¹⁵⁹ Genel yorum, No. 32, para. 4; 241 ve 242/1987, *Birindwa ci Birhashwirwa and Tshisekedi wa Mulumba v. Zaire*, para. 12.5; sonuç gözlemleri için bakınız: Maldivler (CCPR/C/MDV/CO/1, 2012), para. 26.

¹⁶⁰ 449/1991, *Mojica v. Dominican Republic*, para. 5.4; 1753/2008, *Guezout et al. v. Algeria*, para. 8.4 veit 8.7.

¹⁶¹ 1782/2008, *Aboufaied v. Libya*, para. 7.4 ve 7.6; 440/1990, *El-Megreisi v. Libyan Arab Jamahiriya*, para. 5.4.

¹⁶² Genel yorum No. 20, para. 2.

¹⁶³ Karş. genel yorum No. 31, para. 12.

korunması için gereklidir. Takip eden örnekler kapsamlı değildir¹⁶⁴. Tutulanlar yalnızca resmen tutma yeri olarak kabul edilen tesislerde tutulmalıdır. Tutma uygulamasına tabi kişilerin ad ve soyadları ile bu uygulamanın gerçekleştirildiği yerleri, bu yerlere varış ve buralardan ayrılış saatlerini ve uygulamadan sorumlu kişilerin ad ve soyadlarını içeren merkezi bir resmi kayıt tutulmalı ve bu kayıt tutulan kişilerin yakınları dahil, ilgililerin erişimine açık hale getirilmelidir¹⁶⁵. Bağımsız tıbbi personel ve avukatlar ile tutmanın meşru amacının gerektirdiği hallerde, uygun denetim altında, aile bireyleri bu kayıtlara derhal ve mevzuata uygun erişim imkanına sahip olmalıdır¹⁶⁶. Tutulanlar anladıkları bir dilde hakları konusunda derhal bilgilendirilmelidir;¹⁶⁷ Braille alfabesini de içeren uygun bir dildeki bilgilendirme broşürleri yoluyla bilgi desteği konusunda tutukluyla sıklıkla yardımcı olunabilir. Yabancı uyruklu tutulanlar konsolosluk yetkilileri ya da mülteci olaylarında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'yle haberleşme hakları konusunda bilgilendirilmelidir¹⁶⁸. Akıl sağlığı kurumlarını da içeren tüm tutma yerlerinin ziyaret edilmesi ve denetlenmesi amacıyla bağımsız ve tarafsız mekanizmalar oluşturulmalıdır.

59. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler için tutma koşullarına gönderme yapan Sözleşme'nin 10'uncu maddesi, esas olarak tutma olgusuna gönderme yapan 9'uncu maddeyi tamamlar. 9'uncu maddenin 1'inci paragrafındaki kişi güvenliği hakkı, aynı zamanda, hem alıkonulan hem de alıkonulmayan kişilerin tedavisi ile ilgilidir. Tutmada hüküm süren koşulların uygunluğu, 9'uncu maddenin anlamı dahilinde, tutmanın keyfi olup olmadığının belirlenmesinde bazen bir faktördür¹⁶⁹. Tutmanın belli koşulları (avukata ve aileye erişimin reddedilmesi gibi) 9'uncu maddenin 3'üncü ve 4'üncü paragraflarının usuli ihlalleriyle sonuçlanabilir. 10'uncu maddenin 2 (b) paragrafı, duruşma öncesi tutulanların mahkemeye hızlı bir şekilde getirilmesine ilişkin 9'uncu maddenin 3'üncü paragrafındaki gerekliliği çocuklar bakımından destekler.

60. Sözleşme'nin 12'nci maddesiyle korunan hareket özgürlüğü ile 9'uncu maddesi tarafından korunan kişi özgürlüğü birbirlerini tamamlar. Tutma özel-

¹⁶⁴ Genel yorum No. 20, para. 11; İşkenceye karşı Komite, genel yorum No. 2, para. 13.

¹⁶⁵ Sonuç gözlemleri için bakınız: Cezayir (CCPR/C/DZA/CO/3, 2007), para. 11.

¹⁶⁶ Bakınız Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102 Nolu dipnot), prensip 17-19 ve 24; Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 87.

¹⁶⁷ Bakınız Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102 Nolu dipnot), prensip 13-14; Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları, para. 24-25, Genel Kurul'un 45/113 teklif sayılı kararıyla benimsendi (tutuklanan çocuklara haklarının açıklanmasıyla ilgili).

¹⁶⁸ Bakınız Prensipler Bütünü (yukarıdaki 102 Nolu dipnot), prensip 16, para. 2.

¹⁶⁹ Bakınız yukarıdaki 14, 18 ve 21'inci paragraflar.

likle hareket özgürlüğünden yoksun bırakmanın özel bir biçimdir, ancak bazı konularda her iki madde birlikte etkili olur¹⁷⁰. Bir göçmenin gönülsüz olarak nakli sırasındaki tutma sık sık hareket özgürlüğünden zorla yoksun bırakma yoluyla uygulanır. 9'uncu madde ihraç, sınırışı etme ve suçluların iadesinin uygulanması sırasında gerçekleştirilen tutma kullanımına gönderme yapar.

61. Hukuk ve ceza yargılamalarıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 9'uncu ve 14'üncü maddeleri arasındaki ilişki zaten açıklanmıştı¹⁷¹. 9'uncu madde, 14'üncü madde kapsamındaki hukuk ve ceza yargılamalarıyla bağlantısı bulunan yalnızca bazı durumlarda özgürlükten yoksun bırakılmaya gönderme yapar. 9'uncu maddenin 2 ila 5'inci paragraflarının bu usuli gerekleri, fiili gözaltı veya tutma meydana geldiğinde, 14'üncü madde kapsamında yer alan dava işlemleriyle bağlantılı olarak uygulanır¹⁷².

62. Sözleşme'nin 24'üncü maddesinin 1'inci paragrafı her çocuğa "ailesi, çevresi ve ülkesinin tarafında, en azından kendi konumunun gereği olarak bazı koruma tedbirleri" hakkı tanır. Bu madde 9'uncu maddenin herkes için gerektirdiği genel tedbirlere ek olarak, her çocuğun özgürlük ve güvenlik hakkının korunması için özel tedbirlerin benimsenmesini gerektirir¹⁷³. Bir çocuk yalnızca son çare olarak ve uygun olan en kısa dilimi için özgürlüğünden yoksun bırakılmalıdır¹⁷⁴. Özgürlükten yoksun bırakmanın her bir kategorisi için diğer uygun gerekliliklere ek olarak, başlayan veya devam eden her yoksunluk kararında, çocuğun üstün yararının korunması temel bir düşünce olmalıdır¹⁷⁵. Komite bazen çocuğun kendi üstün yararının korunması için özel bir özgürlükten yoksun bırakmayı kabul eder. Çocuğun bir bakım kurumuna yerleştirilmesi, 9'uncu maddenin anlamı dahilinde, bir özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelir¹⁷⁶. Bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması

¹⁷⁰ Genel yorum No. 27, para. 7; 1134/2002, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, para. 5.4-5.5 (ev hapsi); 138/1983, *Mpandanjila et al. v. Zaire*, para. 8 ve 10.

¹⁷¹ Bakınız yukarıdaki 38 ve 53'üncü paragraflar.

¹⁷² 263/1987, *Gonzales del Rio v. Peru*, para. 5.1; 1758/2008, *Jessop v. New Zealand*, para. 7.9-7.10.

¹⁷³ Bakınız genel yorum No. 17, para. 1 ve genel yorum No. 32, para. 42-44.

¹⁷⁴ Sonuçlanan araştırmalar için bakınız: Çek Cumhuriyeti (CCPR/C/CZE/CO/3, 2013), para. 17; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 (b) maddesi.

¹⁷⁵ 1069/2002, *Bakhtiyari v. Australia*, para. 9.7; bakınız Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin 1'inci paragrafı.

¹⁷⁶ Bakınız Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 10, para. 11; Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları, para 11 (b). Aksine, çocukların aileleri veya ebeveynleri tarafından normal gözetimi, özellikle yaşı daha küçük çocukların hareketleri üzerinde, yetişkinler için uygun olmayan, ancak bir özgürlükten yoksun bırakma oluşturmayan, bir derece kontrol içerebilir, bunların hiçbiri, bir özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelen günlük okula devam etmenin olağan gereklilikleri değildir.

kararı, devam etmesinin uygunluk ve gerekliliğinin periyodik olarak gözden geçirilmesine bağlı olmalıdır¹⁷⁷. Çocuk özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin bir kararla ilgili doğrudan ya da yasal veya diğer uygun destekler yoluyla bir duyulma hakkına sahiptir ve işletilen prosedürler çocuğa uygun olmalıdır¹⁷⁸. Hukuka aykırı tutmadan salıverilme hakkı çocuğun hapisten basit bir şekilde serbest bırakılmasından ziyade, onun üstün yararına uygun düşen alternatif bir hizmet birimine yerleştirilmesi veya ailesine dönmesiyle sonuçlanabilir¹⁷⁹.

63. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin 1'inci paragrafı ışığında, taraf devletlerin, kendi bölgelerindeki veya yargı sınırlarına tabi tüm insanlara karşı 9'uncu maddede kapsamındaki haklara saygı duyma ve onları garanti etme zorunlulukları vardır¹⁸⁰. Tutmanın kişiyi devletin etkin kontrolüne tabi hale getirmesi nedeniyle, taraf devletler keyfi ya da hukuka aykırı tutmayı kendi bölgeleri dışındaki kişilere uygulamamalıdır¹⁸¹. Taraf devletler, buna ek olarak, kendi bölgeleri dışındaki insanları uzatılmış hücre hapsine veya tutulmalarının hukuka uygunluğunun gözden geçirilmesini sınırlandıran uygulamalara konu etmemelidir¹⁸². Gözaltına alınmanın sınır ötesi yerlerde gerçekleşmesi, 3'üncü paragraf kapsamındaki seriliğin değerlendirilmesinde bir koşul olabilir.

64. Sözleşme'nin 4'üncü maddesi bakımından, Komite ilk olarak, Sözleşme'nin diğer hükümleri gibi, 9'uncu maddenin de uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin uygulanabildiği silahlı çatışma durumlarıyla ilgili olduğunu gözlemler¹⁸³. Uluslararası insancıl hukuk kuralları 9'uncu maddenin yorumlanması amacına yönelik olmasına karşın, her iki hukuk alanı birbirlerini dışlamaz, aksine tamamlar¹⁸⁴. Uluslararası insancıl hukuk kurallarına uygun olan ve bu kurallar tarafından yetkilendirilen ve düzenlenen güvenlik tutması keyfi değildir. İhtilaf durumlarının

¹⁷⁷ Bakınız yukarıdaki 12'nci paragraf; Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 (d) ve 25'inci maddeleri.

¹⁷⁸ Genel yorum No. 32, para. 42-44; Çocuk Hakları Komitesi, genel yorum No. 12, para. 32-37.

¹⁷⁹ Karş. UNHCR (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği), Tutma Rehberi (yukarıdaki 45 Nolu dipnot), ("mümkün olması halinde [refakatsiz veya ailelerinden ayrı çocuklar] sığınılan ülkede zaten ikamet eden aile bireylerinin gözetiminden salıverilmelidir. Bunun mümkün olmadığı yerde, yetkili çocuk bakımı makamları tarafından çocuğun uygun gözetim altına alınmasını garanti eden bakım yerleri ya da huzurevleri gibi alternatif bakım düzenlemeleri yapılmalıdır").

¹⁸⁰ Genel yorum No. 31, para. 10.

¹⁸¹ Bakınız aynı yerde; 52/1979, *Saldias de Lopez v. Uruguay*, para. 12.1-13; R.13/56, *Celiberti de Casariego v. Uruguay*, para. 10.1-11; 623, 624, 626, 627/1995, *Domukovsky et al. v. Georgia*, para. 18.12.

¹⁸² Sonuç gözlemleri için bakınız: Amerika Birleşik Devletleri (CCPR/C/USA/CO/3, 2006), para. 12 ve 18.

¹⁸³ Genel yorum No. 31, para. 11 ve genel yorum No. 29, para. 3.

¹⁸⁴ Genel yorum No. 31, para. 11 ve genel yorum No. 29, para. 3, 12 ve 16.

da, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin tüm tutma yerlerine erişimi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı için önemli bir ek güvence olur.

65. 9'uncu madde Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin 2'nci paragrafında yer alan bir sınırlanamayan haklar listesi içermez, ancak taraf devletlerin askıya alma yetkilerini sınırlar. Taraf devletler silahlı çatışma veya diğer olağanüstü durumlarda, durumun gerektirdiği ölçüde ve sınırı aşmayacak şekilde, 9'uncu maddenin gerektirdiği normal usullerden ayrılan tedbirler alabilir¹⁸⁵. Derogasyon tedbirleri, bir taraf devletin özgürlükten yoksun bırakmayla ilgili uluslararası insanlı hukuk hükümlerini içeren ve ayrımcı olmayan uluslararası hukuk kapsamındaki diğer zorunluluklarıyla aynı yönde olmalıdır¹⁸⁶. Rehine alma, insan kaçırma ya da kabul edilmeyen tutmaya karşı yasaklamalar bu yüzden derogasyona konu olmaz¹⁸⁷.

66. 9'uncu maddede, Komite'nin 4'üncü madde kapsamındaki hukuka uygun derogasyonlara bağlı olmayacağı görüşünde olduğu diğer ilkeler vardır. Bu şartlar altında makul olmayan ve gereksiz bir özgürlükten yoksun bırakma, 4'üncü madde kapsamındaki diğer durumlarda dahi haklı gösterilemeyeceği gibi, keyfi tutmaya karşı genel güvenceler askıya alınamaz¹⁸⁸. Bununla birlikte, halkın yaşamını tehdit eden bir olağanüstü halin varlığı ve mahiyeti, belirli bir gözaltı veya tutmanın keyfi olup olmadığının tespit edilmesinde belirleyici olabilir. Bir özgürlükten yoksun bırakma Sözleşme tarafından korunan diğer haklarla çakışması yüzünden keyfi olarak nitelendirildiğinde, geçerli derogasyonlar aynı zamanda sınırlanabilen diğer haklarla ilgili olabilir. Uluslararası silahlı çatışma süresince, keyfi tutma riskinin azaltılmasına yardımcı olması dolayısıyla, uluslararası insanlı hukukun maddi ve usuli kuralları yürürlükte kalır ve askıya alma kabiliyeti sınırlanır¹⁸⁹. Bunun dışında, yukarıdaki 45'inci paragrafın anlamı dahilinde, bir mahkeme tarafından gözden geçirmeyi içeren, yukarıdaki 15'inci paragrafta açıklanan¹⁹⁰, keyfi uygulamanın önlenmesine yönelik usullere eşlik eden ve bu süreçte sınırlanması gereken güvenlik tutmasını içeren her derogasyon tedbiri durumun gerektirdiği ölçüde ve orantılı olarak uygulanır¹⁹¹.

¹⁸⁵ Genel yorum No. 29, para. 4-5. Taraf devletin silahlı güçlerinin yurtdışında bir barışı koruma görevine katılımdan kaynaklanan derogasyon tedbirleri acil durumlarda meşru hale geldiğinde, derogasyon tedbirlerinin maddi ve coğrafi alanı, barışı koruma görevinin zorunluluğunu sınırlamalıdır.

¹⁸⁶ Genel yorum No. 29, para. 8-9.

¹⁸⁷ Aynı yerde, para. 13 (b).

¹⁸⁸ Aynı yerde, para. 4 ve 11.

¹⁸⁹ Aynı yerde, para. 3.

¹⁹⁰ Aynı yerde, para. 4, 11 ve 15.

¹⁹¹ Aynı yerde, para. 16; aşağıdaki 67'nci paragraf.

67. Kişi özgürlüğünü koruyan usuli güvenceler asla sınırlanabilen hakların korunmasını önleyen derogasyon tedbirlerinin konusu olamaz¹⁹². 6 ve 7'nci maddelerin içerdiği sınırlanabilen hakların korunması amacıyla tutmanın hukuka uygunluğunun mahkemece gecikmeksizin karara bağlanabilmesine olanak sağlayan başvurma hakkı derogasyon tedbirleriyle kısıtlanmamalıdır¹⁹³.

68. 9'uncu maddenin bazı hükümlerine ilişkin çekinceler kabul edilebilir olmasına karşın, bir taraf devletin kişileri keyfi olarak gözaltına alma veya tutma hakkını saklı tutması, Sözleşme'nin amaç ve hedefleriyle bağdaşmayacaktır¹⁹⁴.

¹⁹² Genel yorum No. 32, para. 6.

¹⁹³ Genel yorum No. 29, para. 16.

¹⁹⁴ Genel yorum No. 32, para. 8.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FÂBİÂN/MACARİSTAN DAVASI

(Başvuru No: 78117/13)

KARAR

STRASBOURG

15 ARALIK 2015

*Çeviren: Gökçe GÜLTEKİN**

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup şekli bazı değişikliklere tabi tutulabilir.

Fâbiân/Macaristan davasında

Başkan,

Vincent A. De Gaetano,

Hakimler,

András Sajó,

Boštjan M. Zupančič,

Nona Tsotsoria,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Krzysztof Wojtyczek,

Iulia Antoanella Motoc ve Dördüncü Bölüm Yazı İşleri Müdürü Françoise Elens-Passos'un katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) heyeti, 24 Kasım 2015 tarihinde gerçekleştirdiği müzakerelerin ardından yine aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Macaristan aleyhine yapılan (78117/13 no.lu) başvurunun temelinde, Macaristan vatandaşı olan Gyula Fábíán'ın (başvurucu), 5 Aralık 2013 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı. gokce.gultekin@anayasa.gov.tr

2. Başvurucu, Mahkeme önünde, Budapeşte’de görevini icra eden Avukat A. Grád tarafından temsil edilmiştir. Macaristan (Hükûmet) ise kendi yetkilisi Z. Tallódi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, almakta olduğu emekli aylığı ödemelerinin, emeklilik sonrası çalışmaya başladığı süre boyunca durdurulmasının Sözleşmeye Ek (1) Numaralı Protokol’ün 1. maddesi ve bununla birlikte Sözleşmenin 14. maddesi kapsamında mülkiyet hakkına yönelik hukuka aykırı ve ayrımcılığa dayalı müdahale anlamına geldiğinden şikâyet etmektedir.

4. Başvuru, 25 Ağustos 2014 tarihinde Hükûmete tebliğ edilmiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvurucu 1953 yılında doğmuştur ve Budapeşte’de yaşamaktadır.

6. Başvurucu, yaşlılık aylığı almakta iken, 1 Temmuz 2012 tarihinde Budapeşte 13. Bölge Belediyesinde memur olarak çalışmaya başlamıştır.

7. 1997 tarihli Emeklilik Kanunu’nda 1 Ocak 2013 tarihinde yapılan değişiklik yürürlüğe girmiş, buna göre yaşlılık aylığı ödemesinden faydalanıp aynı zamanda kamu sektöründeki belirli pozisyonlarda çalışan kimselerin almakta olduğu yaşlılık aylığı ödemelerinin çalıştıkları süre boyunca durdurulması düzenlenmiştir. Özel sektörde çalışanlardan yaşlılık aylığı almakta olanlar hakkında ise bu yönde bir sınırlama getirilmemiştir.

8. Bu yeni kuralın uygulanması üzerine, başvurucuya yapılan yaşlılık aylığı ödemesi 2 Temmuz 2013 tarihinde durdurulmuştur. Başvurucunun Ulusal Emeklilik Kuruluna yaptığı idari temyiz başvurusu ise sonuçsuz kalmıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

9. Macaristan Anayasası şöyledir:

Madde XII

“(1) Herkes çalışma alanını, mesleğini serbestçe seçme ve özel teşebbüs faaliyetinde bulunma hakkına sahiptir. Herkes, yeteneğine ve imkânına göre çalışarak toplumun zenginleşmesine katkıda bulunmakla yükümlüdür.

(2) Macaristan devleti çalışabilecek durumda olan veya çalışmak isteyen herkesin bunu gerçekleştirme imkânına sahip olmasını sağlayacak koşulları oluşturmaya çaba gösterir.

10. 1997 tarihli ve LXXXI (81) numaralı Sosyal Güvenlik Aylık ve Yardımları Kanunu (SGAYK) şöyledir:

Paragraf 83/C

“(1) Emekli aylığı almakta olan kimsenin, memur, hükûmet yetkilisi, üst düzey kamu görevlisi, kamu görevlisi, kamu kurumlarında görevli personel, hakim, adliye veya savcılık memuru, silahlı kuvvetler uzmanı, Macaristan Savunma Kuvvetleri uzmanı yada sözleşmeli personeli olarak çalışmaya başlaması halinde emekli aylığı ödemesi durdurulur.

...

(3) Emekli aylığı ödemesinin durdurulduğu dönem boyunca, kişi emeklilik statüsünü korur.

(4) Yararlanan kişinin, (1) numaralı fıkrada belirtilen hizmet akdinin sona erdirildiğini ispatlaması halinde, emeklinin talebi üzerine emekli aylığı ödemesine devam edilir.

...”

Paragraf 102/1

“(1) Emekli aylığı almakta olanlardan 1 Ocak 2013 tarihi itibarıyla Bölüm 83/C(1) de sayılan işlerde çalışan kimseler, 30 Nisan 2013 tarihine kadar yaşlılık aylığı aldığı kuruluşu bilgilendirecektir.

(2) Emekli aylığı almakta olan kişilerin, 1 Ocak 2013 tarihinde Bölüm 83/C (1) de sayılan herhangi bir işte çalışmaya devam etmeleri halinde, Temmuz 2013 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı ödemeleri durdurulur.

11. Bölüm 83/C'nin kanun gerekçesi şöyledir:

“Değişiklikle, memur, hükûmet yetkilisi, üst düzey kamu görevlisi, kamu görevlisi, kamu kurumlarında görevli personel, hakim, adliye veya savcılık memuru, silahlı kuvvetler uzmanı, Macaristan Savunma Kuvvetleri uzmanı yada sözleşmeli personeli olarak iş ilişkisi kurulanların çift maaş almasının yasaklanması düzenlenmektedir. Buna göre, belirtilen işlerde çalışan kimseler emekli aylığı alamayacaklardır... ücretlerine ek olarak aldıkları bu ödemeler yaşlılık aylığı aldığı kuruluşlar tarafından çalıştıkları dönem boyunca durdurulacaktır.

III. İLGİLİ ULUSLARASI HUKUK

I. SÖZLEŞME'YE EK (1) NO'LU PROTOKOL'UN 1. MADDESİNİN TEK BAŞINA VEYA SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİYLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

12. Başvurucu, devlet memurluğu yaptığı dönem boyunca emekli aylığı ödemelerinin durdurulması yönündeki yükümlülüğün mülkiyet hakkı üzerinde adil olmayan ve ayrımcılığa dayalı bir müdahale sonucu doğurduğundan şikâyet etmektedir. Sözleşme'ye ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ve Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

Sözleşmenin 14. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

13. Hükûmet başvurusunun iddialarına itiraz etmektedir.

A. Kabul Edilebilirlik

14. Mahkeme bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafının a) fıkrası bağlamında, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka herhangi bir kabul edilemezlik nedeni görmediğini kaydetmektedir. Mahkeme, bu nedenle başvurusunun kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir.

B. Esas Hakkında

1. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu, iç hukuk tarafından korunan emekli aylığı alma hakkı üzerinde ihtilaf bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu hakkının elinden alınmasının inandırıcı gerekçelere dayanması halinde adil olabileceğini, somut olgular ya da koşullar

belirtilmeden sadece kamu yararına dayanarak hakkın sınırlandırılmasının yetersiz olduğunu belirtmiş, çift maaş alımının yasaklanmasının, kamu borcunun düşürülmesi amacını taşıyan tedbirlerin bir parçası olduğu ve Avrupa Birliğinin yoğun mali açık prosedüründen kurtulmaya yardımcı olacağı yönündeki Hükûmet iddiasının; bu önlem sayesinde fiili olarak tasarruf sağlandığı ya da elde edilen kazancın amacına uygun olarak kullanıldığı konusunda hiçbir ögenin delil olarak ileri sürülmemesi nedeniyle dayanaktan yoksun olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, her durumda uygulanan kuraldan etkilenen insan sayısının (bkz. prg. 20), Macaristan'daki iki milyonu geçen toplam emekli sayısının sadece küçük bir kısmını oluşturduğunu belirtmiştir. Bu kadar küçük bir grubun emekli aylığından elde edilen tasarrufunun, kamu borcunun düşürülmesi ya da mali açık prosedüründen kurtulma konusunda etkili olamayacağını belirtmiştir.

16. Bundan da öte başvurucu, hükûmet tarafından belirlenen kanuni süreye rağmen, temel hakkına yönelik yapılan bu müdahalenin geçmişe etkili olduğunu (bkz prg. 22) çünkü emeklilik yaşına ulaşmakla elde edilmiş olan hakkın kısıtlandığını, üstelik (i) kamu alanı-özel alan, (ii) kamuda çalışan belirli kategoriler ve diğerleri şeklinde (örneğin devlet bakanları ya da belediye başkanları kuralın dışında tutulmuştur) farklı muameleler ön görülmesi nedeniyle ayrımcılık yapıldığını ileri sürmüştür. Gerçekten de başvurunun emekli aylığı ödemelerinin durdurulmasına karşın, kamuda çalışan ve maaş alan diğer bir kısım emekliler yaşlılık aylığı da almaktadır çünkü emekli maaşı ödemelerinin durdurulması sadece kanunda sayılan memur ve kamu görevlisi gibi statülerdeki emeklileri ilgilendirmektedir.

17. Benzer yöndeki kuralın var olduğu bazı OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) ülkelerine dayanarak başvurucu, birçok hukuk düzeninde böyle sınırlamaların olduğunu kabullenmiş fakat bildiği kadarıyla hiç birinin çeşitli devlet çalışanları arasında bu yönde bir ayırım gözetmediğini ileri sürmüştür.

18. Son olarak başvurucu, yeni kuralların mesleği ile emekli aylığı arasında etkili bir seçim yapma durumuna düşmesi sonucunu doğurduğunu, her iki durumda da gelirinin hemen hemen yarısını kaybedeceğini, bunun bireye yüklenen katlanması ağır bir yük olduğunu iddia etmiştir.

2. Hükûmetin İddiaları

19. Hükûmet, başvurunun Sözleşme'ye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesiyle korunan hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olduğunu ve kamu yararına dayandığını vurgulamıştır. Kamu sektöründe "çift maaş" alımının ortadan kaldırılmasının kamu borcunun düşürülmesi amacını taşıyan tedbirlerin bir parça-

sı olduğu ve Avrupa Birliğinin yoğun mali açık prosedüründen kurtulmaya yardımcı olacağı ileri sürülmüştür. 1700/2012 sayılı Kararname ile Devlet denetimindeki kuruluşlardan yaşlılık aylığı alan kimselerin çalıştırılmasının yasaklandığı, bu yolla boşaltılan yerlerin ancak bazı istisnai durumlarda doldurulabileceğinin ön görüldüğü ifade edilmiştir. Dahası, SGAYK'nın 83/C paragrafının; merkezi bütçeden karşılanan maaş ödemesi ile yaşlılık aylığı ödemesinin eş zamanlı olarak yapılmasının yasaklandığı belirtilmiştir. Şu kadar ki, kamu sektöründe benzer tedbirlerin diğer 15 OECD üyesi ülkeler tarafından da uygulandığı Hükûmetçe bilinmektedir.

20. Bu kuralın ağırlıklı olarak, emeklilik yaşı uygulanmasından birkaç on yıl önce emeklilik aylığı almaya başlayan silahlı kuvvetler kariyer memurlarını etkilediği belirtilmiştir. Bu ödemelerin, faydalanan kimselerin yaşlılıktaki geçimlerini güvence altına alma amacı taşımadığı, bu kişilere aktif bir yaşta emekli olma fırsatı sağladığı ifade edilmiştir. Kasım 2014 tarihinde ödemelerinin durdurulmasına ilişkin SGAYK'nın 83/C paragrafında yer alan düzenlemeden 4,259 kişinin etkilendiği bildirilmiştir.

21. Önlemin, başvurucuya orantısız nitelikte ağır bir yük yüklediği belirtilmiştir. Öncelikle, başvurucunun şikâyet ettiği yönde bir sınırlamaya tabi olmadan özel sektörde çalışması mümkündür. Dahası, Macaristan emeklilik sisteminde, sadece zorunlu sigortaya tabi iş ilişkileri sona eren kimseler emekli aylığı alabilmektedirler. Dolayısıyla, emekliler sadece yaşamlarının aktif döneminin sona ermesi halinde - bu da çalışarak elde edilen gelirin eksikliğine karşı bir miktar giderim sağlamaktadır- yaşlılık aylığından faydalanabilirler. Buna karşın, paragraf 83/C'nin kapsamında kalan kişiler, emekli aylığı almakta iken çalışmaya devam etmekte ve çalıştıkları iş nedeniyle de gelir elde etmektedirler, bu nedenle emekli aylığı ödemelerinin durdurulması geçimlerini tehlikeye düşürmemektedir.

22. Düzenlemeyle, kamuda çalışan emeklilerin yaşlılık aylığı ödemelerinin zorunlu olarak durdurulmasına hazırlanmaları için 1 Ocak 2013 tarihli 83/C paragrafın yürürlüğe girmesinden önce altı aylık etkili bir kanuni süre sağlandığı ifade edilmiştir.

23. Dahası, çift maaş alımının sadece kamu sektöründe yasaklanmasıyla adaletsiz bir ayırım yapılmamıştır. Bu grupta yer alan üyeler özel sektörde çalışanlar ile karşılaştırılmamalıdır, karşılaştırma yapılsa bile çalışanlara göre yapılan bu ayırım Sözleşme'nin 14. maddesinde yasaklanmamıştır. Ayırım makul gerekçelere dayanarak yapılmıştır, bu sektörde çalışanların esasen emeklilik yaşına ulaşılmasıyla yoksun kalınan gelirin giderimi amacı taşıyan emekli aylığını ve de maaşını devlet ödenmektedir. İtiraz edilen kural emeklilerin iş piyasasındaki varlıkları nedeniyle ya da çalışmaları sonucu elde ettikleri geliri almalarını engellemektedir. Bunun

yerine, bireylerin aynı kaynaktan iki farklı kanuni mülkiyete dayanarak gelir elde edebilmesini mümkün kılan kamu sektöründeki bir anormalliğin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Başvurucunun kanunda ön görülen süre boyunca Devlet bütçesinden çıkan kanuni mülkiyetleri arasında seçim yapmak için hem zamanı hem de imkânı olmuştur.

24. Özetle, başvurucunun Sözleşme'ye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesiyle korunan hakkına yapılan müdahalenin kamu yararına dayanan meşru bir amacının olduğu, gerekli ve ölçülü olduğu, başvurucuyu tahammül edilemez bir yük altına sokmadığı, kamu alanı ile özel alan arasında yapılan ayırımın sözleşmenin 14. maddesinin ihlali sonucunu doğurmadığı ileri sürülmüştür.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

25. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, 14. madde sadece Sözleşme ve Protokollerinin maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesi, sadece güvence altına alınan "*hak ve özgürlüklerden yararlanılması*" bağlamında uygulanmakta olup bağımsız bir şekilde uygulanmamaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, Sözleşme tarafından güvence altına alınan maddi haklardan birinin mutlak suretle ihlal edilmesini gerektirmemektedir- bu kapsamda otonomdur- Davaya konu olan olay ve olguların, Sözleşme'nin maddelerinden en azından birinin "*kapsamına*" girmesi gerekli ve yeterlidir (bkz., *Karlheinz Schmidt/Almanya*, 18 Temmuz 1994, §22).

26. Somut olayda, temel meselenin başvurucunun emekli aylığının ödenmesi olduğu konusunda- ve Mahkeme farklı bir değerlendirme yapmaya gerek olmadığını değerlendirmektedir- taraflar arasında anlaşmazlık bulunmamaktadır. Mahkeme, söz konusu emeklilik hakkının Sözleşmeye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında maddi bir hak olduğunu kanaatine varmıştır. Davadaki asıl mesele anılan hüküm kapsamında yer almaktadır.

27. Başvurucu, almakta olduğu yaşlılık aylığı ödemesinden eş zamanlı olarak kamu alanında çalışması nedeniyle mahrum bırakıldığından- bu da Sözleşmenin 14. maddesinde korunan 'diğer statüdekiler' olarak değerlendirilir- (benzer yönde bkz. *Carson ve Diğerleri/ Birleşik Krallık*, (BD), 42184/05, 16 Mart 2010, §70) - anılan hüküm uygulanabilir niteliktedir (bkz. *Gaygusuz/Avusturya*, 16 Eylül 1996, §41).

28. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, farklı muamele, tarafsız ve makul bir gerekçe olmadığı durumda, diğer bir deyişle, meşru bir amaç gütmendiğinde veya izlenilen yol ile varılmaya çalışılan hedef arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığında, Sözleşmenin 14. maddesi anlamında ayrımcılık teşkil etmektedir. Söz-

leşmeci Devletler, benzer durumlarda farklı bir muamelenin gerekip gerekmediği ve ölçüsü konusunda belirli bir takdir yetkisine sahiptir (bkz. yukarıda, *Gaygusuz*, § 42).

29. Mahkeme ilk olarak, Hükûmetin savunmasında yer alan ve yasal düzenlemenin meşru amacının olduğu, söz konusu farklı muamelenin kamu hazinesini koruma amacı taşıdığı yönündeki iddiasını dikkate almaktadır. Söz konusu önlemin- her ne kadar başvurusunun iddia ettiği gibi sınırlı sayıdaki emekliyi ilgilendirmekte ise de- gerçekten de bazı alanlardaki kamu harcamalarını azaltmaya imkân sağladığı, bu nedenle Hükûmet tarafından ifade edilen amacın meşru olduğu değerlendirilmelidir.

30. Başvurucu, farklı muamelenin: kamu alanı ve özel alan arasında ve dahası, çeşitli kamu çalışanları arasında olmak üzere iki yönlü olduğunu ileri sürmüştür. Hükûmet ise söz konusu Kanun hükmünün ayrımcı olmadığını, dikkat çekildiği üzere, farklı işverenlere dayanarak farklı muamele ön görülmesi nedeniyle Sözleşme'nin 14. maddesine göre ayrımcılık sayılmayacağını ve başvuru gibi emeklilerin aynı anda Devlet bütçesinden karşılanan iki gelirden faydalanması gibi belirli bir anormalliği hedef alması nedeniyle her durumda makul olduğunu iddia etmiştir.

31. Buna karşın, Mahkeme, bütün kamu çalışanlarının kanun kapsamına dahil edilmesi yerine, değişikliğin kapsamının hükümde sayılan kategorideki kamu çalışanlarıyla sınırlanmasına- gerçekten de bir sebep görülmemektedir- Hükûmetin ikna edici bir argüman ortaya koymadığını gözlemlemektedir. Başvurucu, emekli aylığı alan bakanların ve belediye başkanlarının sınırlama dışında tutulduğuna – ve bu iddiaya Hükûmet tarafından itiraz edilmemiştir- dikkat çekmiştir. Kamu harcamalarını azaltma perspektifinden bakınca Mahkeme, bu yönde bir farklı muamelenin adil bir tarafını görememektedir ve kapsam dışında tutulan kamu çalışanlarının başvurusunun bulunduğu durum ile kıyaslanabilir durumda olduklarını kabul etmektedir.

32. Dahası, ayrımcılık olduğu iddia edilen diğer kanat ile ilgili olarak, Mahkeme, kamu sektörü ve özel sektör çalışanları arasında ön görülen farklı muamelenin - sadece ilk grupta yer alan çalışanların kamu kaynaklarından çift maaş almaktan başışık tutulduğunun- doğru olduğunu değerlendirilmiştir. Hükûmet tarafından ileri sürülen esas savunmanın da aynı şekilde, (açıkça, çalışan kimsenin ikame maaşa ihtiyacı olmadığından, bu kimselere kamudan aylık ödenmemeli) özel sektörde çalışan emeklilerin özel sektörde çalışmalarına karşın maaş aldıklarının, doğru olduğu gözlemlenmiştir. Bu açıdan bakınca, özel sektörde çalışan emeklilere maaş ödenmesinin de gereksiz yere kamu harcamasına neden olduğu kabul edilebilir.

33. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet tarafından ileri sürülen argümanların ikna edici olmadığına kanaat getirmiştir. Kamuda ve özel sektörde çalışan emekliler arasında ön görülen farklı muamelenin, diğer yandan, farklı kategoride çalışan memurlar arasında yaşlılık aylığı ödemesine devam edilmesini ön gören ve başvuru-cunun mağduru olduğu farklı muamelenin Devletin bu alandaki takdir hakkının göz önünde bulundurulmasına rağmen tarafsız ve makul bir gerekçeye dayanmadığı değerlendirilmektedir.

34. Sonuç olarak, Sözleşme'ye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşmenin 14. maddesi ihlal edilmiştir. Yapılan tespitler ışığında Mahkeme, davadaki olayların tek başına Sözleşme'ye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde ihlal oluşturup oluşturmadığının incelenmesine gerek olmadığını değerlendirmektedir.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

35. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

36. Başvuran maddi ve manevi tazminat olarak sırasıyla 11,583.4 avro (emekli maaşının kaybı nedeniyle) ve 10.000 avro ödenmesini talep etmiştir.

37. Hükümet, talep edilen maddi tazminat miktarının dayanaksız olduğunu iddia etmiştir.

38. Mahkeme, başvuru-cunun maddi ve manevi tazminat alması gerektiğini değerlendirmekte, tüm taleplerine karşılık, hakkaniyet temeline dayanarak, 15.000 avro ödenmesine karar vermektedir.

B. Masraflar ve Giderler

38. Başvurucu ayrıca, Mahkemeden önceki yargılamadan kaynaklanan yargılama masraf ve giderleri için toplamda 3.000 avro talep etmektedir. Bu giderler başvuru-cunun avukatı tarafından belgelendirilmektedir.

39. Hükümet, bu talebe de itiraz etmiştir.

40. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvuru-cuya, masraf ve giderlerin ödenmesine karar verilebilmesi için, bu masraf ve giderlerin gerçek, zorunlu ve miktar

bakımından makul olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Mahkeme, somut olayda elinde bulundurduğu belgeleri ve yukarıda belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak, iddia ettiği tüm masrafların başvurucaya ödenmesinin makul olacağı kanısındadır.

C. Gecikme Faizi

41. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankasının kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

BU NEDENLERLE MAHKEME; OYBİRLİĞİYLE

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;

2. Sözleşmeye Ek (1) No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğine;

3. a) Davalı Hükümet tarafından başvurucaya, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi doğrultusunda, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden davalı devletin para birimine çevrilmek üzere;

i) her türlü vergiden muaf tutularak başvurucaya maddi ve manevi tazminat olarak, 15.000 avro ödenmesine,

ii) her türlü vergiden muaf tutularak, başvurucaya gider ve masraflar için 3.000 avro ödenmesine,

b)Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına karar verir.

4. Başvurucunun adil tazmine ilişkin taleplerinin geri kalanını reddeder.

İşbu karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. maddeleri uyarınca, 15 Aralık 2015 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Françoise Elens-Passos
Yazı İşleri Müdürü

Vincent A. De Gaetano
Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ*

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BORG V. MALTA DAVASI (Başvuru Numarası: 37537/13)

KARAR

STRAZBURG
12 Ocak 2016

*Çeviren: Gökhan ÇAYAN***

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Borg v. Malta davasında

Başkan,

András Sajó,

Hakimler,

Boštjan M. Zupančič,

Nona Tsotsoria,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Krzysztof Wojtyczek,

Egidijus Kūris,

Anna Felice,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü François Elens- Passos'un katılımıyla heyet olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm), 24 Kasım 2015 tarihli müzakerelerin ardından yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dördüncü Bölümü'nün bu kararı resmi İngilizce metinden çevrilmiştir.

** Ankara Hâkim Adayı. LL. M: Kırıkkale Üniversitesi; LL. B: Kırıkkale Üniversitesi; D. eP: Pazmany Peter Üniversitesi. İletişim: gcayan@yandex.com; www.gcayan.com.

USUL

1. Dava, 28 Mayıs 2013 tarihinde Malta vatandaşı olan Bay Mario Borg (“başvurucu”) tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Malta Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvurudan (no. 37537/13) meydana gelmektedir.

2. Başvurucu, Valetta’da avukatlık yapan Dr D. Camilleri, Dr M. Camilleri ve Dr J. Gatt tarafından temsil edilmiştir. Malta Hükümeti (“Hükümet”), kendi temsilcileri Dr P. Grech, Attorney General tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, duruşma öncesindeki soruşturma aşaması boyunca adli yardımdan yararlandırılmaması sebebiyle Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin üçüncü paragrafının (6 § 3), çelişkili kararlar sebebiyle de Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin birinci paragrafının (6 § 1) ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru 22 Ekim 2013 tarihinde Hükümete tebliğ edilmiştir.

5. Malta adına seçilmiş olan yargıç Bay Vincent A. De Gaetano’nun başvurunun görüşmelerine katılması mümkün değildir (Kural 28). Bu sebeple Başkan, yargıç Bayan Anna Felice’nin iş bu başvuru için (ad hoc olarak) görüşmelere katılmasına karar vermiştir (Kural 29 § 1(b)).

6. Başvurucu, davanın sözlü duruşma ile görülmesini talep etmiştir. 25 Kasım 2015 tarihinde söz konusu talebin gereği düşünülmüştür. Dava malzemeleri ve iddiaların incelenmesinden sözlü duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

OLAYLAR

DAVANIN SEYRİ (KOŞULLARI)

7. 1976 yılında doğan başvurucu, halen Paola’da bulunan Corradino Islah ve Tutukevi’nde tutuklu bulunmaktadır.

A. Davanın Geçmişi

8. Malta Parlamentosu tarafından 2002 yılında kabul edilen kanun ile duruşma öncesinde adli yardım hakkı tanınmıştır. Söz konusu düzenleme 35 numaralı yasal bildirimle 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Malta hukukunda 35 sayılı yasal bildirimden önce; soruşturma aşamasında, özellikle de sulh yargıcı tarafından yapılan ön soruşturma işlemleri ile polis tarafından yapılan araştırmalarda şüpheliye adli yardım imkânı verilmemekteydi. Soruşturma öncesinde şüphelilere hakları, yani soruşturma aşamasında sessiz kalma hakkının olduğu, bu aşama-

da vereceği ifadelerin aleyhine delil olarak kullanılabilmesi bildirilmekteydi. Bu aşamada ilgililerin sessiz kalması sebebiyle mahkeme, herhangi bir çıkarımda bulunamıyordu.

B. Ceza Davası

9. Başvurucu yirmi yedi yaşındayken, 2003 Mart ve Nisan aylarında, yasal olmayan ithalat ve hap ticareti (eroin) yaptığı gerekçesiyle 15 Nisan 2003 tarihinde gözaltına alınmıştır. 17 Nisan 2003 tarihinde, gözaltı hali devam ederken, polis tarafından yapılan sorgulamada, başvurucuya susma hakkının olduğu bildirilmiş, başvurucu polise ifade vermiş; fakat avukatının yokluğunda ifade tutanağını imzalamayı reddetmiştir.

10. Başvurucu ifadesi sırasında Taylandlı bir bayanla evli olduğunu ve bir tane beyaz Ford Escort marka arabası bulunduğunu söylemiştir. Sorulan soru üzerine başvurucu, N. ve M. ve diğer üç Türk vatandaşını (K., R., ve M.I.) kesin olarak tanımadığını, onların 3 Mart 2003 günü nerede olduğunu bilmediğini ve söz konusu isimlerden asla para almadığını ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca Türkiye'yi aramadığını, oradan gelen aramaları da cevaplandırmadığını belirtmiştir. Başvurucu, 4 Mart 2003 tarihinde Pacaeville'de yabancılarla temas kurduğu, M.'den anılan günde bir şeyler teslim aldığı ve polis tarafından gösterilen iki numara ile telefonda görüştüğü iddialarını reddetmiştir. 5 Mart 2003 günü başvurucunun eşiyle birlikte kendi arabasıyla Paceville'ye gittiği, M. ile irtibat kurduğu ve M.'nin kendisine, eşinin yanında heroin kapsüllerini verdiğine ilişkin iddialar da inkâr edilmiştir. Başvurucu, arabasının teybini çalan kişiyi aramak için saat 10'da Pacaeville'ye gittiğini iddia etmiştir. Başvurucu hiç heroin kullanıp kullanmadığı, kullandıysa en son ne zaman heroin aldığı ve uyuşturucudan kaynaklanan bir probleminin olup olmadığı soruları için sessiz kalma hakkını kullanmıştır. Arabasında bulunan kâğıtta yazılı iki ismin ne anlamına geldiğinin sorulması üzerine başvurucu, iki ismi tanımadığını, söz konusu kâğıdın uzun zamandan beri arabasında olduğunu ve herhangi bir anlam ifade etmediğini, söz konusu kâğıtta yazan isimlerin amacının ne olduğunu bilmediğini ifade etmiştir.

11. Aynı gün (17 Nisan 2003 tarihinde) başvurucu, Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Hâkimliği önüne çıkarılmış ve yukarıdaki ifade başvurucunun aleyhine delil olarak dikkate alınmıştır. Aynı suçtan dolayı itham edilip tutuklanmış olan ve polis tarafından yapılan incelemede hukuki yardımdan yararlandırılmayan iki tanığın (Türk vatandaşı iki kadın kurye olan N. ve M., yukarıda bahsedilen kişiler) ifadeleri sonucunda, kavuşturma aşamasında başvurucuyu suçlayan iki durum daha ortaya çıkmıştır.

12. Bu arada, 15 Nisan 2003 tarihinde başvurucunun yakalandığı, onun ikametgâhında yapılan aramalarda bazı bulguların (öğelerin- delillerin) elde edildiği görevli sulh hâkimine (M.) bildirilmiştir. Sulh hâkimi, elde edilen bulguların değerlendirilmesi için birkaç uzman görevlendirmiş ve değerlendirme neticesinin üç gün içerisinde mahkemeye sunulmasını talep etmiştir (bakınız Ceza Kanunu madde 546- 548, ilgili iç hukuk, paragraf 31 altı). İzleyen gün, söz konusu telefon numaralarının ait olduğu operatör şirketlerden soruşturma ile ilgili tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenilmiştir. Sunulan raporlarda suç ile ilgili herhangi bir kanıt rastlanılmadığı ifade edilmiştir.

13. Aynı sulh hâkimi, Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesi'nde de görev almıştır. Nihayetinde söz konusu sulh hâkimi, başvurucu hakkında iddianame düzenlenmesi için - soruşturma raporunun Başsavcılığa gönderilmesi hususunda - yeterli kanıtın bulunduğu karar vermiştir. Hazırlanan iddianame tasarısı 14 Haziran 2006 tarihinde Başsavcılıkça kayda geçirilmiştir.

14. Sonuç olarak başvurucu, Ocak 2008'de jüri ve 16. Ceza Mahkemesi hâkimi tarafından muhakeme edilerek; eroin ithalatını sağlayıcı işlemlerde bulunduğu, Şubat ve 15 Nisan 2003 tarihleri arasında eroin ithalatına katkı sağladığı, Şubat ve 15 Nisan 2003 tarihleri arasında diğer kişilerle ithalat için ilişki kurduğu, yasa dışı ticari ilişkiyi örgütlediği ve finanse ettiği; aynı periyotta şahsi kullanımı aşacak miktarda eroin bulundurduğu gerekçeleriyle eroin satmak veya eroin trafiğine aracı olmak ya da söz konusu trafiği organize etmekten suçlu bulunmuştur. Ceza mahkemesi başvurucuyu 21 yıl hapis ve 70.000 AVRO (AVR) adli para cezasına mahkûm etmiştir. Bu işlemler sırasında başvurucu, çeşitli gerekçelerle N. ve M. tarafından verilen ifadelerle itiraz etmiş, fakat tanıklardan (diğer şüphelilerden) huzurunda alınmayan ifadelerin kabul edilemeyeceğine ilişkin iddiası dışındaki diğer itirazları 30 Ekim 2006 tarihinde geri çekmiştir.

15. Başvurucu, hukukun yanlış uygulandığını (buradaki iddia hukuki yardım verilmemesi ile ilgili değildir), gerçeklerin yanlış değerlendirildiğini ve verilen cezanın orantısız olduğunu ileri sürerek karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur.

16. Temyiz incelemesi sırasında başvurucu, Yargıtay Ceza Dairesi'nden anayasal hükümler gereğince anayasa mahkemesine başvurulmasını ve davanın anayasa mahkemesine taşınmasını talep etmiştir (buradaki talep aşağıdakinden farklıdır). Yargıtay Ceza Dairesi, 20 Kasım 2008 tarihinde başvurucunun söz konusu iddiasını mesnetsiz (ve üzücü- Daireyi aşağılayıcı) bulmuş ve talebi reddetmiştir.

17. 19 Mayıs 2011 tarihinde Yargıtay Ceza Dairesi, (üçüncü itiraza ilişkin hafif bir değişiklik dışında) ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bularak temyiz talebini reddetmiştir.

18. Mahkeme, amaca uygun olarak, jürinin tüm tanıkları görme ve işitme imkânına sahip olduğunu ve başvurucunun anlattığı olaylarla bağlı kalmaksızın karar verdiğini belirtmiştir. İlk olarak jüri, iki kuryenin (N. ve M.) Mart 2003'de başvurucuyla görüştükları ifadesini göz önüne almıştır. Bu konuyla ilgili olarak başvurucu, polise verdiği ifadede anılan kişileri tanımadığını; Türkiye'den gelen hiçbir telefona cevap vermediğini ve orayı aramadığını belirtmiş, söz konusu kişilerin kim olduğunu bilmediğini söyleyerek kuryeleri tanıdığı yönündeki iddaiyı inkâr etmiştir. Fakat iki kurye (N. ve M.), N.'ye yiyecek, eldiven, dezenfekte, müshil ilacı temin eden ve midelerinden çıkarttıkları eroin kapsüllerini (haplarını) kendilerinden teslim alan kişinin başvurucu olduğunu ifade etmişlerdir. Birkaç faktör birlikte değerlendirildiğinde kuryelerin başvurucuyu tanıdığına kanaat getirilmiştir, bu faktörler şöyledir: (i) tanıkların toplantının koşullarına ilişkin olarak verdiği bilgilerde, kendilerinden eroin kapsüllerini alan kişinin dört kapılı beyaz bir araba kullandığı ve görüşmenin söz konusu kişinin Asyalı eşinin şirketinde gerçekleştiği ifadeleri yer almıştır; (ii) başvurucu, dört kapılı beyaz bir Ford Escort marka araba kullandığını ve Taylandlı bir bayan ile evli olduğunu kabul etmiştir; (iii) N. ve M. tutuklanmalarının akabinde, kendilerine gösterilen fotoğraftan söz konusu kişiyi ayrı ayrı teşhis etmişlerdir; (iv) dahası, sulh hâkimliğince yapılan kimlik tespiti sırasında iki tanık, başvurucuyu teşhis etmiş ve gizli yüzleştirme sırasında başvurucuyu görür görmez aynı anda söz konusu kişinin başvurucu olduğunu doğrulamışlardır. Bu faktörler (durumlar) bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Mart 2003'de kuryelerle görüşen ve kapsülleri (eroin haplarını) teslim alan kişinin sanık olduğu kabul edilmiştir.

19. Bunun sonucunda jüri, eroin kapsüllerinin başvurucuya teslim edilip edilmediği ve polis tarafından Nisan 2003 tarihinde tespit edilen teslimatla başvurucunun bağlantısının olup olmadığı hususunda karar vermiştir. Tanıklar kapsüllerin eroin içerdiğini kabul etmişlerdir. Yapılan diğer incelenmeler, söz konusu kuryelerin eroin, kokain ve bazı zamanlarda da ecstasy sebebiyle başvurucuyla irtibat kurduklarını göstermiş; bu sebeple başvurucunun kapsüllerin içinde ke-nevir olduğuna dair iddiası reddedilmiş ve (ilgililerce) Türkiye'nin Avrupa'ya eroinin ulaştırılması için uygun (anahtar) bir rota olarak düşünüldüğü anlaşılmıştır.

20. İki bayandan elde edilen bilgiler ışığında, onların Nisan 2003'de Malta'ya ikinci kez giriş yaparak eroin ithal ettikleri anlaşılmıştır. Mart ayında M. uçuş sırasında kusak birçok kapsülü kaybetmiş; bu sebeple de kuryeler geri dönmek

zorunda kalmıştır. Mahkeme, alıcının söz konusu eroinleri M.'nin hatası yüzünden elde edememesi neticesinde tedarikçinin yeniden harekete geçtiğini ve kur-yeleri ikinci kez ülkeye gönderdiğini, ülkede muhtemel bir alıcının bulunduğunu düşünmüştür. Tanıkların ifadeleri ve N. ve M.'nin Mart 2003'de eroin taşıması birlikte değerlendirildiğinde jürinin kararı netleşmiştir. Söz konusu eroinlerin başvuru için yola çıktığı anlaşılmıştır. Gerçekten de M., alıcının başvuru ol-duğunu doğrulamıştır. Bu sebeple başvurunun itirazı reddedilmiştir.

21. Mahkeme daha sonra -15 Nisan 2003'de- M.'nin tutuklanmasından kısa bir zaman önce, polisin olay mahallinde başvuru beyaz Ford Escort marka aracını sürerken gördüğünü (en az üç kez), bu durumda teslimatın gerçekleş-tiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Ayrıca jüri üyeleri, başvurunun Paceville'ye (olay mahalline) arabasının teybini çalan kişiyi bulmak için gittiği yönündeki ifadesini inandırıcı bulmamıştır. Dahası, başvurunun arabasında Türk vatan-daşlarının isminin yazılı olduğu bir kâğıt bulunması ve telefonda Türk vatandaşı bir kişiyle konuştuğunun N. tarafından doğrulanması nedeniyle başvurunun ifadesinde Türkiye ile irtibat kurduğu iddialarını yalanlaması da jüri üyeleri tara-fından göz ardı edilmemiştir.

22. Yargıtay, yukarıda değinilen hususlar ile elde edilen deliller ışığında ve-rilen kararın birinci ve ikinci itham açısından makul ve hukuka uygun olduğuna; başvurunun Nisan 2003'de eroin kapsüllerini teslim almaması sebebiyle üçüncü ithamın bu kısmı bakımından kararın hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

C. Anayasal Başvuru Sistemi

23. Başvuru, soruşturma ve sorgulama aşamasında hukuki (adli) yardım-dan yararlandırılmaması ve tanıkların sorgulaması sırasında haklarına saygı gösterilmemesi (zor kullanılması) sebebiyle adil yargılanma hakkının (Madde 6/ 3 (c)) ihlal edildiğini iddia ederek anayasal çözüm (bireysel başvuru) yolu-na başvurmuştur. Başvuru ayrıca, aynı sulh hâkiminin hem soruşturma hem de delillerin ikamesi aşamasında görev yapmasından da (tarafsızlık açısından) şikâyetçidir. Başvuru ceza takibatının iptali ile uğradığı zararın tazmin edilme-sini talep etmiştir.

24. 4 Haziran 2012 tarihinde (İlk Derece- İlk İnceleme Makamı sıfatıyla) Hu-kuk Mahkemesi başvurunun söz konusu taleplerini reddetmiştir.

25. 17 Nisan 2003'de başvuru tarafından verilen ifadelere ilişkin hususlar Hukuk Mahkemesince aşağıdaki şekilde kayda geçirilmiştir: (i) ceza davası sona

ermeden önce başvurucu tarafından iddiaların gündeme getirilmediği ve şikâyet edilen mahkeme kararının halen yürürlükte *res judicate* (bir mahkeme kararıyla kesin olarak çözümlenmiş uyumsuzluk) olduğu; (ii) Yargıtay Ceza Dairesi'nden önce de taleplerin gündeme getirilmediği; (iii) başvurucunun suçluluğuna kendi ifadeleri neticesinde hükmedilmediği, onun iddialarının ilaç (uyuşturucu madde) trafiğine katılmadığı veya N. ve M.'yi tanımadığına ilişkin olduğu, uyuşturucu kullanıp kullanmadığına ilişkin soruda da susma hakkını kullandığı (iv) Yargıtay Ceza Dairesi'nin yaptığı incelemede başvurucunun ifadelerinden diğer bulgulara kadar her şeyi dikkate aldığı, başvurucunun mahkûmiyet kararının N. ve M. tarafından sorgu ve kimlik tespiti sırasında verilen bilgilere dayandığı; gerçekten de başvurucunun şikâyet amacına uygun olarak herhangi bir ifadesinin bulunmadığı belirtilmiştir.

26. Mahkeme, itirazların sonuçlandırılabilmesi için yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Yargılama boyunca başvurucunun avukatla temsil edildiği, başvurucuya delil sunma fırsatı verildiği, delillerin ona karşı sunulmasıyla çekişmenin sağlandığı ve sadece sorgulama aşamasında adli yardım (avukatla temsil) imkânının sağlanmamasının savunma hakkının ihlal edildiğine karar verilebilmesi için tek başına yeterli olmadığı ifade edilmiştir.

27. Mahkeme, tanıkların sorgulanması sırasında başvurucuya adli yardım imkanının sağlanmadığı yönündeki şikayeti reddetmiştir. Dahası, tanıkların ifadeleri her zaman sabit kalmış; yargılama sürecinde başvurucunun tanık ifadelerine itiraz etme imkânı olmasına rağmen konuyla ilgili herhangi bir itirazda bulunulmamıştır.

28. Son olarak, üçüncü şikâyet açısından mahkeme, sulh hakiminin polis incelemesinden bağımsız olarak muhakemeyi incelediğini, bir savcı olarak hareket etmediğini ve salt olarak polis incelemesi yeterli kabul edilerek anılan hükmün kurulmadığını da belirtmiştir. Başvurucunun davası önce jüri tarafından daha sonra da Yargıtay Ceza Dairesi tarafından muhakeme edilmiştir. Üstelik başvurucu, 2003 yılında ceza yargılaması devam ederken şikâyet konusu durumları gündeme getirmemiştir – gerçekten ceza muhakemesinden önce konuyla ilgili itirazlar, birisi hariç olmak üzere, 30 Ekim 2006 tarihinde geri çekilmiştir- ve başvurucu yargılamada kendi pasif durumundan yararlanılmasına izin vermeyebilirdi.

29. 25 Ocak 2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi, başvurucunun iddiaları ile itirazlarını reddeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Salduz v. Türkiye [BD] (no. 36391/02, AİHM 2008) davasında, başvurucunun ifadeleri sırasında

savunmasız kalması (zorlanması) durumunun bakılan davanın koşullarına göre doğru bir şekilde değerlendirildiği belirtilmiştir. Bakılan davada, başvuru- cunun ifadesini baskı altında verdiği veya başkaca bir durum sebebiyle ifadesinin alın- ması sırasında savunmasız bırakıldığı iddia edilmemiştir. Her ne kadar, başvuru- cunun bu aşamada şikâyet etmesine usulü bir engel bulunmasa da, yani, ceza yargılamasında söz konusu şikâyetlerin gündeme getirilmemiş olmasına rağmen savunma faktörlerinin başvuru- cunun davasında eksik olması, onun haklarının ihlal edilmesine sebep olabilse de, avukata erişim hakkının amacı, başvuru- cunun davası açısından gerçekleşmemiştir. Anayasa Mahkemesi, baskı altında elde edilmiş olmadıkça sorgulama sırasında verilen ifadelerin kullanılmasının hukuka aykırı olmadığını; itiraz edilen davada başvuru- cunun ifadelerinin hüküm kurul- masında tek başına yeterli kabul edilmediğini ve başvuru- cunun ifadesinin de baskı altında alınmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte davada başvuru- cu, ifa- desinde hiçbir durumu kabul etmemiş ve Yargıtay Ceza Dairesi kararında sadece jürinin başvuru- cunun ifadelerine inanmadığını ifade etmiştir. Bu bulguların ya- nında diğer kanıtlar da başvuru- cunun suçluluğuna işaret etmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, avukat yokluğunda alınan ifadelerin kullanılamayacağı, sırf bu nedenle ifadelerin sakat olacağı ve 6. maddenin ihlal edileceği yönündeki genel görüşe katılmamıştır.

30. Tanıklara ilişkin şikâyeti mahkeme, tanıkların ifadelerinin zorla alınması halinde devreye girecek olan *locus standi* (erişim hakkı) açısından ele almıştır. Söz konusu ifadelerin kabul edildiği de ayrıca belirtilmiştir. Son olarak, başvuru- cunun hâkimin tarafsızlığına ilişkin itirazı hakkında ilk derece mahkemesi tarafın- dan verilen karar doğru bulunmuştur.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. “Genel” Soruşturma ve Tahkikat

31. İlgili Ceza Kanunu maddeleri, Malta Hukuku 9. Fasil, aşağıdaki gibidir:

Madde 546

“(1) Üç yıl hapis cezasını gerektiren bir suçla ilgili olarak herhangi bir rapor, bilgi veya şikâyetin bulunması halinde aşağıdaki fıkra hükümleri uygulanır, ve suç konusu halen mevcutsa konu devlet tarafından belirli bir şekilde bildirilir ve aynı zamanda suç konusunun doğuracağı etkiler de gösterilir. Böyle bir soruşturma sebebiyle yapılacak tahkikatta: ...”

Madde 547

“(1) Tahkikat bir sulh yargıcı tarafından yürütülür...”

Madde 548

“(1) Soruşturma amacının gerektirmesi halinde bilirkişiye başvurulabilir, ... ve bir soruşturma raporu *proces- verbal* hazırlanır: ...”

Madde 549

“(1) Soruşturma raporu *proces- verbal* sulh yargıcı veya araştırmayı yürüten memur tarafından imza edilir.

(2) Usulüne uygun olarak yemin eden bilirkişiler görüşlerini yazılı bir raporla sunarlarsa, bu rapor soruşturma raporuna *proces- verbal* eklenir ve soruşturma raporunun bir parçası haline gelir.

(3) Soruşturma aşamasında dinlenen tanıklardan elde edilen bulgular da soruşturma raporuna *proces- verbal* eklenir.

(4) Bu bulgular, ceza soruşturmasında mahkeme tarafından tanıkların incelenmesinde uygulanacak usule göre elde edilir ve bu şekilde elde edilen bulgularla aynı etkiye sahip olur.”

Madde 550 (2006 Değişik)

“(1) Soruşturma raporu *proces- verbal* muhakemede kanıt olarak kullanılabilir, Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesinden önce, soruşturma raporu *proces- verbal* usulüne uygun olarak düzenlenmemişse soruşturma aşamasında tanıklardan, bilirkişilerden ve olayla ilgisi bulunan diğer kişilerden elde edilen bulgular kullanılamaz.

(2) Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nden önce birinci fıkradaki düzenlemeye aykırı olarak polis tarafından alınan belirli konulardaki ifadeler, iddianamede 405. maddeye uygun olarak gösterilirse geçerli kabul edilir. Çapraz sorguyla elde edilen bulgularda da aynı kural geçerlidir.

(3) Mahkeme veya soruşturma makamları aynı şekilde soruşturma raporunun *proces- verbal* hazırlanması için bilirkişi veya tanık ifadelerinden birine işlerlik kazandırabilir- kabul edebilir-; bu durumun gerçekleşebilmesi için bulgularını değerlendiren bilirkişinin ya da tanıkların Başsavcılık tarafından hazırlanan listede gösterilmiş olması ve bunlardan elde edilen bulguların kullanılmasının soruşturmanın selameti açısından gerekli olması zorunludur.

(4) Usulüne uygun olarak elde edilerek muhafaza altına alınan bütün bulgular ve diğer malzemeler de soruşturma raporu *proces-verbal* ile birlikte muhakemede kullanılabilir.

(5) Soruşturma raporunda *proces-verbal*, raporun kısa bir özeti, bilgi ve şikayetler, dinlenen tanıklar ve toplanılan delillerin listesi ve soruşturma yargıcının elde ettiği diğer bulguları içeren sonuç bölümü yer alıyorsa rapor, usulüne uygun olarak hazırlanmış sayılır.”

Madde 554

“(1) Soruşturma aşamasında sulh yargıcı, suçluluğu ispatlanan veya hakkında yeterli delil bulunan kişilerin yakalanmasına; gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu olan herhangi bir belgeye, varlığa veya diğer objelere el konulmasına karar verebilir. Yukarıda geçen delillerin elde edileceği yönünde kanaat oluşması halinde sulh yargıcı, suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere ait olsa bile herhangi bir evin, binanın veya bunların eklentilerinin aranmasına da karar verebilir.

(2) Şüphelinin fotoğrafının veya ağırlığının ya da parmak izinin alınmasına veya vücudunda ya da giysilerinde bilirkişilerce inceleme yapılmasına, aşağıdaki amaç ve koşullarda sulh yargıcı tarafından karar verilebilir: soruşturmanın selameti gerektiriyorsa şüphelinin fotoğrafının (kara kalem veya basılı fotoğrafının), vücut özelliklerinin, parmak izinin kaydedilmesine ; ve organ veya giysilerden elde edilen herhangi bir şeyin incelenmesine karar verilebilir; elde edilen bulgu ve bilgiler gerekli incelemelerin yapılmasından sonra ya yok edilir ya da ilgisizine teslim edilir.

(3) Sulh hâkimi bu başlık altındaki düzenlemelerin uygulanmasında, Sulh Ceza Mahkemesi başkanının görev ve ayrıcalıklarına sahiptir.

B. Soruşturma- Yargılama Usulü (*kumpilazzjoni*)

32. İlgili Ceza Kanunu hükümleri, Malta Hukuku 9. Fası, aşağıdaki gibidir:

Madde 389

“(1) Sulh Mahkemesi, Sulh Ceza Mahkemesinin yargı yetkisini aşan davalarda ancak tahkikat için zorunlu olan işlemleri yapabilir.”

Madde 390

“(1) Mahkeme, polis memurunca hazırlanan araştırma raporunu yemin verdirmek suretiyle dinler, sanığın ifadesi ise yeminsiz olarak dinlenir ve raporu destekleyen her türlü kanıt incelenir. Her şey yazılı olarak kayıt altına alınır.”

Madde 401

“(1) Tahkikatın sonunda mahkeme, sanığın iddianamede gösterilen suçu işlediği konusunda yeterli delil olup olmadığına karar verir. Birinci durum halinde sanık, Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilir; ikinci durum halinde sanığın beraatına karar verilir.”

C. Yargılama Öncesi Soruşturma Aşamasında Adli Yardım

33. 2010 tarihli 35 sayılı yasal bildirimle, adli yardım hakkını düzenleyen 2002 tarihli (Değişik) Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu bildirim aşağıdaki gibidir:

“2002 tarihli (Değişik) Ceza Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aralarında 355AT, 355AU, 355AX. maddenin 2. fıkrasının (b) ve (c) bendi, 3. ve 4. fıkrası da bulunan 74 madde; Adalet Bakanlığı ve İç İşleri Bakanlığı tarafından 10 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.”

34. Yukarıdaki bildirim uyarınca yürürlüğe giren ilgili madde, Ceza Kanunu’nun 355AT maddesi, bugünkü haliyle aşağıdaki gibidir:

“(1) Üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak üzere, tutuklunun ve polis karakolunda gözaltında tutulananın ya da diğer makamlarca alıkonularının, istemesi halinde, en kısa zamanda avukatıyla veya özel danışmanıyla bir saati geçmemek koşuluyla yüz yüze ya da telefonda görüşmesine izin verilir. Polis tarafından sorgulanmasına başlanmadan önce yakalanan kişiye bu fıkradaki hakları bildirilir.

D. Yerel İçtihatlar

1. 2011 Tarihli İçtihat

35. Yeni yasanın ardından, sanıkların birçoğu ceza yargılaması sırasında anayasal başvuru yoluna gitmiş veya ilgili Ceza Mahkemesi’nden Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasını istemiştir. 11 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Alvin Privitera, 12 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Ebron Pullicino ve 12 Nisan 2011 tarihinde Polis v. Mark Lombordi olmak üzere 2011 yılında üç dava için Anayasa Mahkemesi tarafından (benzer olmayan üç yargılama usulü hakkında) karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi üç davada da, adli yardım sağlanmaması sebebiyle Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine, bu ihlal sebebiyle davacıların zarar gördüğüne karar vermiştir. Ayrıntılar aşağıdaki gibidir:

Polis v. Alvin Privitera, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:

36. Dava, 18 yaşında olan şüphelinin avukat yokluğunda sorgulanmasıyla ilgilidir. Sorgulama boyunca şüpheli (yüksek dozdan ölen) X' e eroin sattığı yönündeki iddiayı reddetmiş fakat ona kenevir sattığını kabul etmiştir. Daha sonra şüpheli, soruşturma memurlarının zor kullanmaları sebebiyle söz konusu iddiayı kabul ettiğini ileri sürmüştür. Şüpheli tarafından verilen ifade, başvuru aleyhine savcılık tarafından itham edilen uyuşturucu bulundurma ve kaçakçılık suçlarının tek delili niteliğindedir.

37. Anayasa Mahkemesi, somut olayda Büyük Dairenin Salduz ve Türkiye kararı ile aynı çizgide olan diğer kararlarının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Yapılan muhakemede, özellikle adil yargılanma hakkının yeterince "pratik ve etkili" şekilde tesis edilmesi gerektiği, 6. maddenin 1. fıkrasında, kural olarak, polis tarafından yapılan ilk sorgulamadan itibaren avukata erişim hakkının güvence altına alındığı üzerinde durulmuştur. Olağanüstü zorlayıcı durumlar, avukata erişim hakkının sınırlandırılmasını haklı kılsa bile, 6. madde uyarınca bu sınırlandırmalar – gerekçesi ne olursa olsun – sanığın haklarına zarar getirmemelidir. Polis sorgulaması sırasında avukat yokluğunda verilen ifadelerin mahkûmiyet için kullanılması, sanığın savunma hakkını geri dönüşü olmayan bir biçimde ihlal edecektir. Soruşturma aşamasında avukata erişimin tanınmadığı takdirde sanığın uğrayacağı zarar göz önüne alındığından mahkeme, bir ihlali gösteren yeterli nedenlerin söz konusu olmadığını, davanın esasının incelenmesi amacıyla ceza yargılamasının sonunun beklenmesi gerektiğini düşünmüştür.

38. Hükümetin, başvuru savcısı tarafından delillerin gönderilmesine kadar söz konusu konuyu gündeme getirmediği, bu şekilde bir iddiada bulunmadığı yönündeki savunması Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasal hakların ileri sürülmesinin bir süreyle sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Hükümetin, başvuru savcısının ifadesini verirken baskı altında tutulmadığına ve sanığa haklarının bildirildiğine ilişkin iddiası Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları özellikle de Salduz kararı gereğince mesnetsiz bulunmuştur.

39. Avukata erişim hakkı, sanığın kendi aleyhine delil göstermemesi hakkıyla bağlantılıdır; bu hak sanık haklarıyla kovuşturmanın selameti arasında denge kurulmasına izin vermektedir. Bu denge dikkate alınmazsa, savcılığın bir mahkûmiyeti kanıtlamak için zorlanacağı yönünde bir iddia ileri sürülmüştür. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Bay Salduz'un genç yaşta olmasının alınan karar için belirleyici

faktör olmadığını, kararın temelinde başkaca faktörlerin bulunduğunu belirtmiştir. Dahası söz konusu davada elde edilen bulgular gereğince, sorgulama sırasında avukat yokluğunun haklı bir zorlayıcı sebepten meydana gelip gelmediğinin incelenmesine gerek yoktur; bu tür kısıtlamalar davaya helal getirmeyecektir; olay tarihindeki ilgili Malta yasalarına göre, önsoruşturma aşamasında avukata erişim hakkının sağlanmasına gerek yoktur ve sanık tarafından bu durumun gündeme getirilmesi önemli değildir. Öte yandan olay tarihinde yürürlükte bulunan ilgili yasa hükmü, bir avukata erişim hakkının tanınması konusunda sistematik bir sınırlandırma da getirmemiştir. Bu sebeple 6. maddenin 1. fıkrasıyla bağlantılı olarak 6. Maddenin 3. fıkrasının (c) bendinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

40. Anayasa Mahkemesi ayrıca, sorgulamada ifade verilmesinden önce sanığın, bir avukata erişim hakkının tanınması gerektiğini; ancak bu durumun sanığın sorgulama sırasında avukat yardımı almasının mutlak bir zorunluluk şeklinde anlaşılması gerektiğini de belirtmiştir.

41. Anayasa Mahkemesi, alınan ifadelerin soruşturma kayıtlarından çıkartılmasına karar vermemiştir; buna rağmen Mahkeme, Ceza Mahkemesi tarafından ifadelerin geçerliliği ve kabul edilebilirliği yönünde inceleme yapılırken, bu karara göre değerlendirmelerin yapılmasının gerektiğine ve kararın ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmetmiştir.

Polis v. Eron Pullicino, Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:

42. Davanın seyri yukarıdaki dava ile benzerlik göstermektedir; şimdiye kadar yapılan açıklamalarda olduğu gibi burada da polis tarafından gözaltına alınan şüpheli, avukat yokluğunda sorgulanmıştır ve bu sorgulama mahkumiyetin tek kanıtı niteliğindedir. Dahası bu olayda şüpheli küçüktür. Anayasa Mahkemesi Alvin Privitera davasıyla aynı mantığın geçerli olduğunu belirterek, sorgulama sırasında avukata erişim hakkıyla ilgili olan mahkemenin görüşünü tekrar etmiştir (bakınız, paragraf § 40).

Polis v. Mark Lombardi, Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan 2011 Tarihli Kararı, Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Ceza Mahkemesi Tarafından Yapılan Başvuru Aşağıdaki Şekilde İncelenmiştir:

43. Bu davada sanık, avukat yokluğunda iki açıklamada bulunmuştur; ilk olarak sanık, uyuşturucu trafiğiyle ve olayla bağlantısı olduğu yönündeki iddiaları inkâr

etmiş; ve ikinci olarak ecstasy hap aldığını kabul etmiştir (yerel içtihatlarla göre uyuşturucu kullanan); olayla ilgisi bulunan üçüncü bir kişinin sanığın ismini vermesine ve onun uyuşturucu trafiğine karıştığını ifade etmesine rağmen uyuşturucu trafiğine karıştığı yönündeki iddialar sanık tarafından tekrar inkar edilmiştir.

44. Anayasa mahkemesi benzer sebepten kaynaklanan Alvin Privitera ve Eson Pullicino davalarında verdiği kararı tekrar etmiştir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Salduz kararında, şüphelinin gözaltı sırasında sessiz kalmasına (Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03, 13 Ekim 2009) ve avukat yokluğunda alınmış ifadelerin hükme esas alınmamasına (Yeşilkaya v. Türkiye, no: 59780/ 00, a Aralık 2009) rağmen ihlal kararı verildiği belirtilmiştir. Boz v. Türkiye (no: 2039/ 04, 9 Şubat 2010) davasında Mahkeme, avukata erişim hakkının kısıtlanmasının sistematik durumlardan meydana gelmesi halinde de 6. maddenin ihlal edilmiş olacağına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra, aynı uyuşmazlıktan doğan İskoç hukuk sistemindeki Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı davasında da Salduz kararının kabul edildiğini ifade etmiştir.

45. Anayasa Mahkemesi, görülen bir davada geriye dönük olarak Salduz kararının uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

2. Daha Sonraki İçtihatlar

46. Yukarıda anılan 2011 tarihli kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi, Salduz kararının istisnai durumlarda geçerli olduğunu ve söz konusu kararın uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerektiğini düşünmeye başlamıştır (bakınız, örneğin, Charles Stephen Muscat vs Başsavcılık, 8 Ekim 2012; Joseph Bugeja vs Başsavcılık, 14 Ocak 2013; Polis vs Tyron Fenech, 22 Şubat 2013; ve Polis vs Amanda Agius, 22 Şubat 201; ve Anayasa Mahkemesi'nin başvuru konusu kararı). Bunun sonucunda, avukat yardımından faydalanamayan sanıklara ilişkin bazı davaların Anayasa'yı ve Sözleşme'yi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır – çünkü söz konusu hak Malta Hukukunda düzenlenmemiştir - . Bununla birlikte, 12 Kasım 2012 tarihli Malta Cumhuriyeti vs. Alfred Camilleri davasında, davanın özel koşulları dikkate alınarak sanığın polis tarafından haklarından haberdar edilmemesi adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Daha sonraki bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, avukat yokluğunda ifade veren sanığın, ifadesinde polis tarafından zorlanmadığını, savunma hakkının tesisi için davadaki koşulların avukata erişim hakkının sağlanmasını gerektirmediğini ifade ederek ihlal bulunmadığına karar vermiş ve 31 Ocak 2014 tarihinde kararı onayarak yeniden yargılanma talebini reddetmiştir. Sanık elli beş yaşında yetişkin birisiydi. Sanık daha önce hapisaneyeye girmemiş ve sorgulanmamıştı, zaten küçük

bir suçtan dolayı mahkûm olmuştu. Son olarak, söz konusu tanığın ifadesi tek delil niteliğinde de değildi; ayrıca bazı polis memurları onun ilaç – eroin – kullandığına şahit olmuştu.

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 6 § 1 ve § 3 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

47. Başvurucu, Salduz v. Türkiye ((BD), no: 36391/ 02, AİHM 2008) kararındaki bulguların aksine, gözaltı süresi boyunca adli yardımdan yararlandırılmadığını iddia ederek 6. Maddenin 1. fıkrasına bağlı olarak 3. fıkranın ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bunun yanında başvurucu, aleyhine tanık olarak dinlenen üçüncü kişilerin avukat yardımından yararlandırılmadığını, bu durumda duruşmanın adaletini etkilediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, Sulh Hâkiminin soruşturma yetkilerini kullandığını, yani ön soruşturmayı yönettiğini, söz konusu hâkimin Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesince delillerin toplanmasında da görev aldığını ve muhakemede karara katıldığını, bu durumun Malta sisteminde objektif tarafsızlığı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İlgili hükümler aşağıdaki gibidir:

“(1) Bir suç ile itham edilen herkes, belirlenmesinde, adil yargılanma hakkına ... sahiptir.

(3) Bir suç ile itham edilen herkes şu asgari güvencelere sahiptir:

(c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin selameti gerektiriyorsa gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek.”

48. Hükümet bu şikâyetlere itiraz etmiştir.

A. Başvurucunun Adli Yardımdan Yararlanmaması

1. Kabul Edilebilirlik

49. Mahkeme, Sözleşme’nin 35/ 3- a maddesi uyarınca söz konusu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtir. Şikâyetin kabul edilemez olduğuna dair başkaca bir sebep de bulunmamaktadır. Bu nedenle şikâyetin kabul edilir bulunması gerekir.

2. Esas

(a) Tarafların İddiaları

50. Başvurucu, hukuk sistemindeki kısıtlamalar sebebiyle polis göz altısında

ve soruşturma boyunca avukat yardımından yararlandırılmadığını ileri sürmüştür. 2002 yılında yapılan değişikliğe rağmen söz konusu hüküm yürürlüğe girmemiştir.

51. Başvurucu, doksanlı yılların başında Mahkemece alınan kararların, özellikle de *Imbrioscia v. İsviçre* (24 Kasım 1993, Seri A, no: 275) kararının, ulusal mahkemeler ve Hükümet tarafından dikkate alınmadığını ve Mahkeme kararlarının dikkate alınmasında genel olarak başarısız olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, *John Murray v. Birleşik Krallık* (8 Şubat 1996, Yargı ve Karar Raporları, 1996- I) ve *Magee v. Birleşik Krallık* (no: 28135/ 95 AİHM 2000- IV) ve daha sonraki *Salduz* kararını (BD), özellikle de bu kararın 55'nci paragrafını emsal göstermiştir. *Pishchalnikov v. Rusya* (no: 7025/ 04, 24 Eylül 2009) kararında olduğu gibi avukat yokluğunda alınan ifadelerin tek delil olmamasına rağmen Mahkemece ihlal kararı verildiği, söz konusu ilkelerin diğer davalarda da tekrar edildiği, bu kararların ulusal mahkemelerce yanlış yorumlandığını ileri sürmüştür. Daha sonra başvurucu, *Dayanan v. Türkiye* (no. 7377/ 03, 13 Ekim 2009) başvurusunda, sorgulama sırasında sessiz kalınmış olmasına rağmen avukata erişim hakkının hukuk sistemince sınırlandırılması (Malta'daki gibi) sebebiyle Mahkeme'nin ihlal kararı verdiğini ifade etmiştir. Başvurucu *Yeşilkaya v. Türkiye* (no: 59780/ 00, 8 Aralık 2009), *Boz v. Türkiye* (no: 2039/ 04, 9 Şubat 2010), *Nachiparuk ve Yonkalo v. Ukrayna* (no:42310/ 04, 21 Nisan 2011) ve *Huseyn ve diğerleri v. Azerbaycan* (no: 35485/ 05, 45553105, 35680/ 05 ve 36085105, 26 Temmuz 2011) kararlarında da *Salduz* kararındaki (yukarıda anılan) yaklaşımın kabul edildiğini ifade etmiştir.

52. Başvurucu, mevcut içtihatların ışığında, sistemsel nedenlerle avukata erişimin kısıtlanmasına ilişkin olarak Hükümet tarafından sunulan itirazların yetersiz olduğunu ileri sürmüştür.

53. Hükümet, ilk aşamadaki polis soruşturmasında, avukata erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını, bu hakkın kısıtlamalara tabi tutulabileceğini savunmuştur. Hükümet, *Imbrioscia* davası (yukarıda anılan); *John Murray* (yukarıda anılan) ve *Ahmet Mete v. Türkiye* (no: 77649/ 01, 25 Nisan 2006) davası ile *Salduz* kararını (yukarıda anılan) emsal olarak göstermektedir. *Salduz* davasındaki durum ve bulgularla ilgili olarak Hükümet, *Salduz* kararının "şüphelinin sorgulama sırasında avukat yokluğunda verdiği ifadelerin mahkûmiyet açısından tek delil olarak kullanılması halinde ihlale karar verilebileceği" şeklinde yorumlanması gerektiğini tekrar etmiştir. Hükümete göre, söz konusu davanın başka bir şekilde yorumlanması hukuken mümkün değildir. Hükümet *Plonka v. Polonya* (no: 20310/ 02, 31 Mart 2009); *Aleksandr Zaichanko v. Rusya* (no: 39660/ 02,

18 Şubat 2010); Nechiporuk ve Yonkalo (yukarıda anılan); ve Huseyn ve diğerleri (yukarıda anılan) davalarında başvurucuların sadece avukatın yokluğunda alınan ifadelere dayanılarak mahkûm edilmesi sebebiyle ihlal kararı verildiğini emsal olarak göstermiştir.

54. Hükümet somut olayda başvurucunun yirmi yedi yaşında olduğunu, başvurucunun ithalat amacıyla iki kuryeyi Malta'ya getirdiğini, ilaçların (hapların) % 47'si saf olmak üzere 816 gram eroin içerdiğini ileri sürmüştür. Polis tarafından başvurucunun ikametgâhında yapılan aramalar neticesinde telefon ve yabancı kişilerinin isimlerinin yazılı olduğu bir kâğıt parçası ile eroin ithalatı ve trafiğiyle ilgili diğer bulguların da elde edildiği eklenmiştir. Başvurucunun ifadeleri sonucunda başkaca bulgular da elde edilmiş ve bu bulgular mahkemenin bilgisine sunulmuştur. Başvurucu ifadesini imzalamayı reddetmesine rağmen, sorgulama sırasında kendi isteğiyle ifade vermiş, sessiz kalma hakkının olduğu yönünde uyarılmış ve ifade vermesi amacıyla tehdit edilmemiş ya da baskı altında tutulmamıştır. Dahası başvurucu, bazı soruları yanıtlamış, bazı sorularda sessiz kalma hakkını kullanmış ve bazı iddialarda ise inkâr ifadesinde bulunmuştur. Bütün bu durumların yanı sıra, yapılan suçlama başvurucu hakkındaki ilk suçlama değildir; başvurucu daha önce de bir suç sebebiyle itham edilmiştir (bu itham emniyet kemeri olmaksızın otomobilin modifiye edilmesiyle ilgilidir).

55. Hükümet, Mahkemenin ihlal kararı verilebilmesi için başvurucunun sorgulamada suçlu kabul ettiğine ilişkin ifadesinin mahkûmiyetin tek delili olması gerektiği görüşündedir. Somut olayda, böyle bir durum söz konusu değildir. Aynı şekilde, Mahkemenin sanığın savunmasız bırakıldığına karar verebilmesi için ağırlıklı olarak sanığın yaşını değerlendirdiği ve yine somut olayda sanığın yetişkin bir kişi olduğu ve polis tarafından ifadesini verdiği sırada zorlanmadığı vurgulanmıştır. Sanık verdiği ifadelerin sonuçlarını anlayabilecek, kendi lehine hangi sorulara cevap vermesi gerektiğini seçebilecek ve sorgulamanın dikkat ve önemini anlayabilecek yeterliliktedir. Dahası, somut davada başvurucunun sessiz kaldığı durumlar için herhangi bir çıkarım yapılmamış ve mahkûm edilmesi sonucunu doğuracak bir açıklama da yapmamış olması hususuna özellikle dikkate alınmalıdır. Görüldüğü gibi mahkûmiyet kararı toplanan bütün deliller dikkate alınarak verilmiş, sadece başvurucu tarafından verilen ifadelere dayanılmamış, ifade vermemesi sebebiyle başvurucuya önyargıyla davranılmamıştır. Hükümet, açıklanan nedenlerle başvurucunun haklarının ihlal edilmediğini savunmuştur.

(b) Mahkemenin Değerlendirmesi

(i) Genel İlkeler

56. Mahkeme, avukata erişim hakkının özellikle kendi aleyhine tanıklık yapmama güvencesinin özünü etkileyen uygulamalardan bir olup olmadığını inceleyecektir. Söz konusu ilke özellikle ağır cezayı gerektiren suç ithamlarında önem arz eder; çünkü ağır cezalar karşısında adil yargılanma hakkına saygı, demokratik toplumlarda mümkün olan en yüksek derecede sağlanmalıdır (bakınız Salduz v. Türkiye (BD), no: 36391/ 02, § 54, AİHM 2008).

57. Mahkeme, bu bakımdan, 6/ 1'deki hakkın tatmin edici bir şekilde "somut ve etkin" olabilmesi için, somut olaydaki özel şartların bu hakkın kısıtlamasına ilişkin zorlayıcı bir nedenin varlığını ortaya koyması istisnası dışında, genel olarak şüpheliye ilk ifade almadan itibaren avukat yardımının sağlanması gerektiğini belirtir. Bu nedenler avukata erişimin kısıtlanmasını haklı çıkardığında bile, sebebi ne olursa olsun, aynı yöndeki bir kısıtlama sanığın 6. maddeden kaynaklanan haklarına haksız bir şekilde zarar vermemelidir. Kural olarak, sanığın polis huzurunda, imkân dâhilindeki avukat yardımı olmadan alınan ve kendini suçlayıcı şekilde verdiği ifadenin mahkûmiyete esas alınması savunma hakkının telafisi mümkün olmayacak bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir (bakınız Salduz, yukarıda anılan, § 55).

58. İlgili yasal hükümler gereğince sistemsel nedenlerle bir avukata erişimin reddedilmesi, 6. Maddenin gereklerine ters düşer (Salduz v. Türkiye § 56).

(ii) Mevcut Davada Uygulama

59. Mahkeme, yasal hükümlerdeki eksiklik veya iç hukukta açık olan bir yasak sebebiyle duruşma öncesi aşamada avukata erişimin engellenmesiyle, Hükümet'in emsal olarak gösterdiği Salduz kararının (paragraf 53 sonu) bir ilgisinin olmadığını belirtir.

60. Mahkeme, kanunun yürürlükte olmadığı gerekçesiyle gözaltında hukuki yardımın sağlanmamasından kaynaklanan başvurular hakkında farklı hukuk sistemleri için çeşitli ihlaller tespit edildiğini kaydeder (örneğin, bakınız, Salduz, yukarıda anılan, § 56; Navone ve diğerleri v. Monako, no: 62880/ 11, 62892/ 11 ve 62899/ 11, §§ 81- 85, 24 Ekim 2013; Brusco v. Fransa, no: 1466/ 07, § 54, 14 Ekim 2010 ve Stojkovic v. Fransa ve Belçika, no: 25303/ 08, § § 51- 57, 27 Ekim 2011). Mahkeme, ilgili yasal hükümlere dayanılarak böyle bir sistemsel kısıtlamanın yapılmasını Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali için yeterli görür (örneğin, bakınız, Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03 § § 31 33, 13 Ekim 2009; Yeşilkaya v.

Türkiye, no: 59780/ 00, 8 Aralık 2009; ve Fazlı Kaya v. Türkiye, no: 24820/ 05, 17 Eylül 2013).

61. Mevcut dava bağlamında Mahkeme, sanığa susma hakkının hatırlatıldığından bahisle yapılan bir iddiaya itibar edilemeyeceğini gözlemler (bakınız Salduz, yukarıda anılan, § 59); öte yandan, başvurunun söz konusu aşamada avukata erişim hakkından feragat etmediği de açıktır, hak iç hukukta tanınmış değildir. Bu bağlamda Mahkeme, yargılama aşamasından önce avukat yardımından yararlanmak isteyen tüm şüpheliler için iç hukukta genel bir yasağın bulunduğuna ilişkin iddiaya Hükümetin itiraz etmediğini de dikkate alır.

62. Somut olayda, başvurunun avukat yardımından yararlanma talebi, tüm şüpheliler için uygulanan sistematik bir kısıtlama sebebiyle reddedilmiştir. Her ne kadar soruşturma öncesi aşamada sadece zorlayıcı nedenlerle avukata erişim hakkı sınırlandırılabilir olsa da, somut olaydaki sınırlandırma 6. maddenin gereklerine uygun düşmez (bakınız Salduz, yukarıda anılan).

63. Bütün bunların sonucunda, Sözleşme'nin 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 – c maddesi ihlal edilmiştir.

B. Başvurucunun Aleyhine Tanıklık Yapan Üçüncü Kişilere Adli Yardım İmkânının Tanınmaması

1. Tarafların İddiaları

64. Başvurucu, aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere adli yardım imkânının tanınmaması sebebiyle duruşmanın adilliğinin etkilendiğini iddia etmiştir.

65. Başvurucu, ceza yargılaması boyunca tanıklara itiraz edemediğini, bu durumun 6. maddede düzenlenen haklarını ihlal ettiğini ve aynı durumun – haktan feragat ettiği - anlamına gelmeyeceğini ileri sürmüştür. “Prensip olarak bir haktan feragat edilecekse, bu feragatin bilinçli, bilerek, gönüllü ve akıllı bir şekilde yapılması gerekir. Sanığın davranışlarıyla 6. maddede tanınan önemli bir haktan zımnen feragat ettiğinin kabul edilmesinden önce, davranışları sonucunda ne ile karşılaştığı konusunda anlayacağı bir şekilde bilgilendirilmesi de gerekir (bakınız Talat Tunç v. Türkiye, no: 324321/ 96, 27 Mart 2007, § 59 ve Jones v. Birleşik Krallık (karar), no: 30900/ 02, 9 Eylül 2003),” şeklindeki içtihadın tekrar edildiği Damir Sibgatullin v. Rusya (no: 1413/ 05, 24 Nisan 2012) kararı, başvuru tarafından emsal olarak gösterilmiştir.

66. Başvurucu, Jalloh v. Almanya [BD] (no: 54810/ 00, AİHM 2006- IX) kararında olduğu gibi mevcut davada aleyhine kullanılan delil (iki tanık ifadeleri) sebebiyle Sözleşme’de tanınan çekirdek haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir. Baş-

vurucu, avukat yokluğunda verilen ifadelerin kendisi aleyhine kullanılmayacağı gibi; avukat yokluğunda tanık olarak dinlenen üçüncü kişiler tarafından verilen ifadelerin de kullanılmayacağını iddia etmiştir.

67. Hükümet, - eroin – haplarının başvuruca “teslim edilmesinden” önce M. ve N.’nin haplarla birlikte suçüstü yakalandığını ifade etmiştir. Tanıkların ifadelerini avukat yokluğunda verdiği doğru olmakla birlikte; başvuruca, söz konusu ifadelerin kabul edilemez olduğunu yargılama aşamasında iddia etmiş olsaydı, şuan böyle bir şikâyetle bulunma ihtiyacı duymayacağı da ayrıca ifade edilmiştir.

68. Hükümet, 6. maddenin ulusal hukukta delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili kurallar sevk etmediğini ve böylece Mahkeme’nin belirli bir delilin kabul edilmediğine veya başvuruca suçlu olup olmadığına karar veremeyeceğini iddia etmiştir. Mahkeme’nin muhakemenin adilliğinin sağlanıp sağlanmadığını veya savunma hakkına saygı gösterilip gösterilmediğini incelemek zorunda olduğu da ifade edilmiştir. Hükümet, Schenk v. İsviçre (12 Temmuz 1998, Seri A., no: 140) başvurusunu emsal olarak göstermiştir.

69. Daha sonra Hükümet, (başvuruca şikâyetçi olduğu) M. ve N.’nin ifadelerinin Ceza Kanunu’na uygun olarak alındığını ileri sürmüştür. Başvuruca 13 Haziran 2006 tarihinde yaptığı savunmada söz konusu ifadelerin kabul edilebilirliğine itiraz etmiş; fakat 30 Ekim 2006 tarihinde bu itirazları geri çekmiştir. Tekemmül eden muhakemede iki Türk vatandaşı ifade vermiş ve başvuruca her iki tanıkla da çapraz sorguya tabi tutulmuştur. Hükümet söz konusu tanık ifadeleri dışında, olay günü başvuruca nerede olduğuna dair polis memurunun tanıklık yaptığını, sanığın arabasında kâğıt parçası bulunduğunu ve mobil telefonu ile ikametgâhından elde edilen bulgular gibi diğer delillerin de bulunduğunu ifade etmiştir.

70. Hükümet, ifadelerin zorla elde edilmesine ilişkin olarak Jollah v. Almanya [BD] (yukarıda anılan) başvurusuyla, bakılan davayı birbirinden ayırmıştır. Bakılan mevcut davada, M. ve N. ile başvuruca ifadelerini gönüllü olarak vermiş (aynı zamanda soruşturmayı yürüten hâkim karşısında ifadeler yeminli olarak tekrar edilmiş), başvuruca ile M. ve N. çapraz olarak sorgulanmıştır. Ayrıca başvuruca, sadece ifadelerle değil; diğer delillerin de incelenmesiyle suçlu bulunmuş, bu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır; bu sebeple şikâyet konusu bulgular, mahkûmiyet kararı verilmesinde tek başına yeterli kabul edilmemiştir. Buna göre başvuruca, adil bir duruşmada yargılanmıştır.

2. Mahkeme’nin Değerlendirmesi

71. Mevcut davanın amaçları doğrultusunda Mahkeme, başvuruca

mağdur statüsüne sahip olduğunu kabul eder. Mahkeme söz konusu şikâyetin, Sözleşme'nin 35/ 3 – a maddesi uyarınca, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başkaca bir kabul edilemezlik nedeni görmediğini de kaydeder. Bu nedenle başvuru kabul edilir.

72. Ancak, yukarıda yer alan 63. paragraftaki tespitler dikkate alındığında Mahkeme, bu şikâyetin esastan incelenmesine gerek olmadığını kabul eder.

C. Tarafsızlık

1. Tarafların İddiaları

73. Başvurucu, Malta hukuk sisteminde yeterli delil olup olmadığını inceleyerek davanın açılmasına veya düşmesine karar verme yetkisine sahip olan sulh yargıcının, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi'nde de görev aldığını ifade etmiştir.

74. Başvurucu, soruşturmayı yürüten, önsoruşturmayı ikame ettiren (delilleri toplayan) yargıcın, Ceza Mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan Sulh Mahkemesi'ne katıldığı sürece, Malta hukuk sisteminden kaynaklanan eksikliğin kendi davasının tarafsızlığını da ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

75. Hükümet, söz konusu şikâyetin başvuru tarafından ceza yargılaması devam ederken de yapıldığını; daha sonra şikâyetin geri çekildiğini belirtmiştir.

76. Hükümet, Sulh Mahkemesi'nin suç isnadının esası hakkında karar verme yetkisine sahip olduğu zaman Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket ettiğini açıklamıştır. Bununla birlikte Sulh Mahkemesi, bu davada olduğu gibi, suç isnadının esası hakkında karar verme yetkisine sahip değilse, Ceza Önsoruşturma Mahkemesi sıfatıyla işlev görmektedir. Ulusal sistemde (genel araştırma amacıyla) önsoruşturma bir sulh hâkimi tarafından yürütülür (bakınız paragraf 36 yukarı); bu işlemlerle hareket eden hâkim, (diğer ülkelerden farklı olarak) emniyetin bir parçası değildir; böyle bir sulh hâkimi, sadece önsoruşturmanın polis tarafından yürütülmesinin uygun olmadığı durumlarda görevlendirilir. Hükümet, önsoruşturma işlemlerinin araştırmacı olarak hareket eden hâkimle birlikte polis tarafından (hem soruşturma hem de ceza muhakemesi açısından) yürütüldüğünü vurgulamıştır. Böylece önsoruşturmayı yürüten hâkim, polis ve Cumhuriyet savcısından bağımsızdır.

77. Hükümet, önsoruşturma boyunca yapılan işlemlerde düşmanca ve suçlayıcı tutum içinde bulunulmadığını – sulh hâkiminin görevinin önsoruşturma, delilleri toplama ve muhafaza altına alma ve sonraki aşamada delillerin kanıt

olarak kullanılabilirliğini inceleyen soruşturma raporunu *proces-verbal* hazırlama konularıyla sınırlı olduğunu açıklamıştır. Soruşturma raporu *proces-verbal* bir suçun işlenip işlenmediğinin tespiti amacıyla hazırlanır ve toplanan deliller bir kişinin suçluluğundan şüphe duyulmasını yeterli gösterirse suç itham edilir. Dahası delillerin toplanması ve soruşturma raporunun *proces-verbal* hazırlanmasıyla birlikte önsoruşturmayı yürüten hakimin görevi sona erer ve kanaat bildirmeyen hakim bu aşamada soruşturmaya ilgili bir görüş de ileri sürmez. Böylece her iki durumda da sulh hakimi, mahkumiyeti temel alan bulgularla sübjektif olarak bağlı olmaz.

78. Önsoruşturmayla ilgili olarak, bu aşamada zaten bir şüpheli vardır ve ilgili suçlarla itham edilmek üzeredir; önsoruşturmanın amacı sulh hâkimiyle toplanan delillere göre şüphelinin suçlandırılıp suçlandırılmayacağı – hakkında ceza davası açılıp açılmayacağı – tespit edilmesidir. Bu aşamada, tüm kanıtlar sanığın çekişmesine sunulmakta ve çapraz sorguya imkân tanınmaktadır. İlgiliye karşı yeterli şüphe oluşturabilecek delil elde edilirse, sulh hâkimi iddianamenin hazırlanması için soruşturma raporunu *proces-verbal* Başsavcılığa gönderir.

79. Suçluluk hakkında karar veren Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesince yapılan muhakemeyi yürüten hâkim ile asıl soruşturmaya yürüten hâkimin aynı kişi olması halinde bir sorun ortaya çıkabilir; zira bu durum, soruşturmaya yürüten kişinin aynı zamanda suçluluğu belirleyeceği anlamına gelir.

80. Hükümet, her halükarda başvuru açısından açıkça sübjektif taraflılığın bulunmadığını ileri sürmüştür.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

81. Mahkemenin suç isnadına ilişkin içtihadına göre, 6/ 1 maddesinde düzenlenen bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri, sadece suç isnadının esası hakkında karar verecek organlar için geçerlidir (bakınız Previti v. İtalya (kabul edilebilirlik), no: 45291/ 06, 18 Aralık 2009 ve Priebke v. İtalya (kabul edilebilirlik), no: 48799/ 99). Her şeye rağmen Sözleşme'nin 6/ 1 maddesinin birincil amacı ceza muhakemesine, yani "herhangi bir suç isnadı" hakkında karar vermeye yetkili "mahkeme" tarafından adil yargılanma hakkının sağlanmasına yönelik olsa bile, bu durum soruşturma öncesi aşamada maddenin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmez (bakınız Imbrioscia, yukarıda anılan, § 37).

82. Her ne kadar soruşturma hâkimleri bir "suç isnadı" hakkında karar vermese de, onlar tarafından yapılan işlemler sonraki aşamaların tekemmülünü ve adaletin tesisini doğrudan etkiler (muhakeme aşaması da dahil olmak üzere).

Bu nedenle madde 6/ 1 tarafından soruşturma işlemleri güvence altına alınmamış olsa bile, soruşturma yargıcı tarafından yürütülen işlemlerin 6/ 1 maddesine uygun olması gerekebilir (bakınız Vera Hernandez- Huidobro v. İspanya (no: 74181/ 01, § 110, 6 Ocak 2010). Mahkeme, soruşturma aşamasında elde edilen delillerin duruşmada kabul edilip edilmeyeceğinin tarafsızlık açısından önemli ölçüde belirleyici olduğunu vurgular (Vera Hernandez, § 111).

83. Şikâyet konusuyla ilgili Mahkeme, mevcut davada objektif tarafsızlık konusunda şüphe olduğunu; yani, hâkimin sübjektif tarafsızlığının – kişisel davranışlarının – tartışma konusu olmadığını; ancak burada aynı kişi tarafından aynı yargılama sürecinde farklı görevlerin icra edilmesi sebebiyle Sözleşme standartlarındaki objektif testin sağlanmadığını; bu nedenle, objektif tarafsızlık konusunda duyulan şüphenin makul olduğunu belirtir (bakınız Kyprianou v. Kıbrıs [BD], no: 737979/ 01; § 121, AİHM 2005- XIII; ve Morice v. Fransa [BD], no: 29369/ 10 § § 73- 78, 23 Nisan 2015).

84. Mahkeme, bu gibi fonksiyonel şikâyetlerin genellikle hâkimin mahkûmiyet kararını etkileyici bir yetkisinin bulunması halinde ortaya çıktığını gözlemler. Bu bağlamda mahkeme öncelikle, bir yargıcın sırf duruşma öncesi bir takım kararlar vermiş olmasının başlı başına onun tarafsızlığına ilişkin şüpheleri haklı göstermeyeceğini hatırlatır (bakınız Hauschildt v. Danimarka, § 50, 24 Mayıs 1989, Seri A, no: 154). Burada önemli olan hâkim tarafından duruşma öncesinden verilen kararın kapsamı ve doğasıdır (Fey v. Avusturya, 24 Şubat 1993, § 30, Seri A, no: 255- A). Bir taraftan önsoruşturma aşamasında kapsamlı bir araştırma ve sorgulama yapan hâkimin, diğer taraftan muhakemeyi yürüten mahkeme heyetine de katılması, 6. maddenin ihlal edildiği yönündeki bazı makul şüphelere zemin hazırlar (bakınız De Cubber v. Belçika, 26 Ekim 1984, § 130, Seri A, no: 86, ve Pfeifer ve Plankl v. Avusturya, 25 Şubat 1992, § 36, Seri A, no: 227). Diğer taraftan, soruşturma aşamasında suçlanan kişi hakkında esasa ulaşma amacı gütmeyen daha az külfetli görevler aynı sonuca yol açmayacaktır (bakınız Fey, yukarıda anılan, § § 31- 36).İlgili faktörlerden birisi de, söz konusu hâkimin önceden açıkladığı görüşlerle (başvurucunun suçluluğuyla) esas hakkında verilen kararı önemli ölçüde etkileyip etkilemediğidir.

85. Mevcut davadaki şikâyet, önsoruşturma işlemlerini yapan ve delilleri toplayan sulh yargıcının, ceza mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesinde de görev almasının objektif tarafsızlığı ihlal ettiğine ilişkindir.

86. Söz konusu sulh hâkiminin önsoruşturma aşamasında icra ettiği görevler; polis raporlarının yeminli bir şekilde dinlenilmesi, suçluluğun incelenmesi,

suçlamayla bağlantılı olan delillerin tetkik edilmesi (çekişmeli davalarda) ve son olarak dava açılması için yeteli delil olup olmadığına karar verilmesi, yeterli delil yoksa sanığın salıverilmesidir. Ayrıca sulh hâkimi, sanık gözaltına alınmamış olsaydı, onun tutuklanmasına karar verme ve kefalet hakkında inceleme yapma yetkisine de sahip olacaktı. Mevcut davada sulh hâkimi, sanığın hakkında dava açılması için – soruşturma raporunun Başsavcılığa gönderilmesi için - yeterli delillerin mevcut olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, İspanyol sistemindeki özel düzenlemelere ilişkin olarak Fernandez Huidobro kararını – yani, soruşturma hâkiminin kararları temel hakları etkileyebileceğinden (duruşmalarda geçici tedbir kararı verilebileceğinden); İspanyol hukukunda soruşturma hâkiminin tarafsız olması gerekir; örneğin, soruşturma hâkimi duruşma öncesinde sanığın tutuklanmasına karar verebilir; söz konusu özel durum bağlamında, yani soruşturma hâkimi tarafsız olmak zorunda olduğu için başvuru, hâkim tarafından yalnızca yargılamanın bir aşamasında değerlendirilir- hatırlatır. Açıklanan nedenlerle söz konusu hüküm, ceza mahkemesi sıfatıyla görev yapan sulh mahkemesinin yaptığı yargılamalarda da geçerlidir.

87. Sonraki paragraflardan elde edilen bulgular gereğince, başvuruçunun ceza yargılaması aşamasında ilgili şikâyetleri geri çektiği yönündeki Hükümet itirazının incelenmesine gerek yoktur.

88. Mahkeme, başvuruçunun durumunun iç hukuk normlarına uygun olduğunu gözlemler. Yine de, söz konusu normlar, aynı yargılamada daha önce delil değerlendirmesi yapan ve daha sonra muhakemeye katılan yargıcın, başvuruçunun suçlu olduğuna dair önyargılı şekilde davranmasına sebep olabilir. Bu sebeple Mahkeme, yukarıda anılan kararlar ışığında, objektif tarafsızlığın ihlal edilmiş olabileceğini göz ardı etmez.

89. Bununla birlikte, mevcut davadaki özel durumlar gereğince Mahkeme, görevli sulh hâkiminin soruşturmanın hazırlayıcısı olan önsoruşturmayı tek başına yürütmediğini, önsoruşturmayı yürütme amacıyla bir polis atadığını, önsoruşturmanın tekemmülünde bilirkişilerin de katkı sağladığını belirtir. Polis tarafından telefon data bilgilerinin toplanması talebiyle yapılan başvuruyu, söz konusu sulh hakimi kabul etmiştir. Polis ve bilirkişilerin raporlarına sulh hâkimine sunduğu doğru olmakla birlikte, komiserin 21 Nisan 2013 günü önsoruşturmanın sonlandırılmasına yönelik başvurusu sebebiyle sulh hâkimi herhangi bir nihai karara varamamıştır (başvuruçunun suçlu olduğu yönünde bir beyanda da bulunmamıştır); öte yandan, önsoruşturma tamamlanmadan önce soruşturma aşaması da başlatılmıştır. Sonuç olarak, bu koşullarda Mahkeme, sulh hâkiminin başvuruçuya karşı önyargılı olduğunu söylememeyi kabul eder. Sulh hâkimi ne

muhakemeyi etkileyecek bir karar vermiştir; ne de soruşturmanın bir parçası olmuştur.

90. Sonuç olarak, sulh hâkimi C. Tarafından soruşturma öncesinde yapılan işlemler, onun muhakemede tarafsız olmadığına dair şüpheyi objektif olarak haklı göstermez.

91. Açıkça dayanaktan yoksun olan şikâyetin, Sözleşme'nin 35/ 3- (a) ve 35/ 4 maddeleri gereğince reddi gerekir.

II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI

92. Başvurucu, ulusal hukukta Salduz kararıyla ilgili olarak ülkenin en üst yargı mercii yani Anayasa Mahkemesi tarafından çelişkili kararlar verildiğini; bu durumunda Beian v. Romanya ((no. 1), no: 30658/ 05, AİHM 2007- V (esas)) kararında ifade edildiği gibi hukuki kesinlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

93. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Kabul Edilebilirlik

94. Hükümet, başvurunun iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin çelişkili kararlar verdiği iddiasıyla yaptığı şikâyete ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur. Daha sonra Hükümet, başvurunun bu şikâyetini iç hukukta hala ileri sürebileceğini; söz konusu şikâyetin ileri sürülmesinin anayasa yargısı tarafından iç hukukta herhangi bir süreyle sınırlandırılmadığını belirtmiştir.

95. Başvurucu, şikâyetin Anayasa Mahkemesi'nin kararından kaynaklandığını iddia etmiştir. Daha sonra başvuru, Mahkeme'nin yerleşik içtihatları gereğince söz konusu şikâyet sebebiyle Anayasal başvuru yolunun tüketilmesinin zorunlu olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu iddiası için Suso Musa v. Malta (n: 42337/ 12, 23 Temmuz 2013) ve Aden Ahmed v. Malta (no: 55352/ 12, 23 Temmuz 2013) kararlarını dayanak olarak göstermiştir. Dahası başvuru, hakkında çelişkili kararların verildiği ilk kişilerden birisi olduğunu da ifade etmiştir.

96. Mahkeme, başvurudan önce Malta hukukunda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının zaten tanındığını; Malta iç hukukunda kesin kararlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilse de, yargılama sürelerindeki uzunluk sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin iç hukukta etkili başvuru yolu olmaktan çıktığını ve iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin içinde bulunduğu bu özel durumun değerlendirilmesinden, onun tüketilmesi gereken bir çare olmadığını ifade eder (bakınız Saliba ve diğerleri v. Malta, no: 2028710, § 78, 22 Kasım 2011, Bellizzi v. Malta n: 46575/ 09, § 44, 21 Haziran 2011; ve Dimech, yukarıda anılan, § 53).

97. Bakılan davada, başvuru hakkındaki ceza prosedürü 2003 yılında başlamış ve 2011 yılında sona ermiş, buna müteakiben Anayasal tazminat usulünün tamamlanması da iki yıl sürmüştür. Dahası, şikâyetin doğası ve iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen özel durumu göz önüne alındığında Mahkeme, mevcut davadaki şikâyetin aksini düşünmek için herhangi bir gerekçe görmez.

98. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki Hükümet itirazının reddedilmesi gerekir.

99. Mahkeme, Sözleşme'nin 35/ 3- (a) hükmü gereğince şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtir. Ayrıca şikâyetin kabul edilmemesi hususunda başkaca bir sebep de mevcut değildir. Böylece, şikâyet kabul edilebilir bulunur.

B. ESAS

1. Tarafların İddiaları

(a) Başvurucu

100. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin 2012 ve 2013 yıllarında Salduz kararı hakkında yaptığı yorumu değiştirdiğini (bakınız ilgili iç hukuk) ve bu konuda farklı içtihatlar sevk ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, söz konusu çelişik kararlar sebebiyle hukuki kesinlik ilkesinin tesis edilemediğini iddia etmiştir. Hukuki kesinlik ilkesini tesis etmek Anayasa Mahkemesi'nin görevidir; bununla birlikte, mahkeme hala konuyla ilgili çelişkili kararlar vermeye devam etmektedir. Başvurucu bu iddiası için yukarıda anılan Beian kararını emsal olarak göstermiştir. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin 11 Nisan 2011 tarihli Polis v. Alvin Privitera; 12 Nisan 2011 tarihli Polis v. Mark Lombardi ve yine 12 Nisan 2011 tarihli Polis v. Eron Pullicino kararında, hukuki yardım eksikliği sebebiyle Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabul edildiğini ifade etmiştir. 14 Ocak 2013 tarihli Josph Bugeja v. Başsavcılık, 22 Şubat 2013 tarihli Polis v. Tyron Fenech; ve yine 22 Şubat 2013 tarihli Polis v. Amanda Agius ve kendi başvurusunda, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlardan ayrı bir yorum izlediğini belirtmiştir. 12 Kasım 2013 tarihli Malta Cumhuriyeti v. Alfred Camilleri başvuruda kararın yine değiştirildiğini ve bu başvurudan sonra da kararın bir kez daha değiştirildiğini ifade etmiştir.

101. Başvurucu, Hükümetin savunmasının aksine, söz konusu başvurulardan hala bir sonuç alınamadığını; ceza davalarına ilişkin anayasal prosedürün iç hukukta zamanında sonuçlandırılmadığını da iddia etmiştir.

(b) Hükümet

102. Hükümet, şikayetin hukukun yorumlanmasındaki bir belirsizlikle ilgili olmadığını, fakat mahkeme tarafından sonraki olaylar için verilen kararlar sebebiyle söz konusu şikayetin ileri sürüldüğünü savunmuştur. Hükümet, başvurunun davasında elde edilen bulgularla aynı fikirde olmadığı ve kararın yorumlanmasına dayanan durumların aydınlatılması girişiminde bulunduğu görüşündedir.

103. Hükümet, yargı kararlarının her davanın kendine özgü koşullarına göre yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. 2011 yılındaki kararlara ilişkin vakıaların, sonraki kararlara ilişkin vakılardan farklı olduğu belirtilmiştir.

104. Dahası Hükümet, yıllar içerisinde değişik durumlar sebebiyle kararlarda revize meydana gelmesinin yargı sisteminin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmiştir (bakınız Santos Pinto v. Portekiz, no: 39005/ 04, 20 Mayıs 2008). Hükümet, Albu ve diğerleri v. Romanya (no: 34796/ 04 ve diğerleri, 10 Mayıs 2012) davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı kararlarının çelişkili olmasıyla ilgili genel içtihatları tekrar ettiğini belirtmiştir. Söz konusu genel içtihatlarda Mahkeme, Sözleşme'de tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, ulusal mahkemelerce yapılan vakıaya veya hukuka ilişkin değerlendirmelerin Mahkeme tarafından incelenmeyeceğini vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme'nin, söz konusu kararında, mahkeme kararlarındaki farklılığın adli sistemin doğal bir özelliği olduğu yinelenmiş, ve önemli olan konunun ulusal mahkemelerde "köklü ve uzun süredir devam eden farklılıkları" fark edip etmediği, iç hukukun bu farklılıkları sabit kararlarla çözmek için uğraşıp uğraşmadığı ve sabit kararların devamlı olarak uygulanıp uygulanmadığı olduğu da belirtilmiştir. Yukarıdaki ifadelerin değerlendirilmesinde önemli olan husus, yasal durumlarda belirli bir istikrar sağlanıp sağlanmadığı; hukuki kesinliğin kamu güvenine katkı sağlayıp sağlamadığıdır. Bununla birlikte, hukuki kesinliğin sağlanması için mahkeme kararlarının mutlak bir şekilde tutarlı olması da gerekmez; içtihatların kendi kendisini geliştirmesi adaletin tecelli etmesine engel olmayacaktır. İchtihatlardaki tutarlılığın oturtulması zaman alabilir ve su sebeple çelişkili içtihat dönemlerinin hukuki kesinlik ilkesini ihlal ettiği düşünülmemelidir, buradaki tutarsızlıklar tolere edilebilir niteliğe sahiptir.

105. Hükümet, sona ermiş ceza davalarıyla hala devam eden ceza yargılamaları arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasal başvuru prosedürü yürütülürken başvurunun ceza davasında sona gelmiştir; başvurunun yukarıda ileri sürdüğü emsal kararlarda anayasal başvuru prosedürü ceza davasının sona ermesinden sonra başlatılmıştır ve bu sebeple onun durumuyla

ileri sürülen kararlar benzer değildir; başvurucuyla aynı durumda olanlar için şu kararlar verilmiştir : Hukuk Mahkemesi'nin (ilk inceleme) 27 Haziran 2012 tarihli Greogory Robert Eyre vs. Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2012 tarihli Xuereb vs. Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 14 Ocak 2013 tarihli Joseph Bugeja vs Başsavcılık kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 25 Şubat 2013 tarihli Matthew Lanzon vs. Polis Komitesi kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 31 Mayıs 2013 tarihli John Attard vs. Başsavcılık kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin 28 Haziran 2013 tarihli Geoffrey Galea vs. Başsavcılık kararıdır. Bütün bu kararlarda mahkemeler, söz konusu hükmün ihlal edilmediğine karar vermişlerdir. Böylece ceza davalarıyla ilgili olarak herhangi bir ihlal kararı bulunmamaktadır. Ayrıca, başvurucu tarafından yukarıda belirtilen kararların temel noktası, sanıkların yaş küçüklüğü sebebiyle savunmasız bırakılması ve sanıkların mahkûmiyetinin tek delili olarak avukat yokluğunda alınan ifadelerin kullanılmasıdır.

106. Hükümet, başvurucunun iddialarının aksine, Anayasa Mahkemesi'nin aynı uyuşmazlıklardan doğan benzer davalar için hukuki kesinlik ilkesini tesis ettiği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi'nin başkaca bir delil olmaksızın avukat yokluğunda alınan ifadelerle sanığın mahkûm edilmesinin savunma hakkını ihlal edeceği yönündeki sürekli içtihatları analiz edildiğinde bu durum ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi her vakıya ve iddia üzerinde ayrı ayrı inceleme yapmış ve kişi savunmasız bırakılmışsa ya da mahkûmiyete karar verilebilmesi için avukat yokluğunda alınan ifadeden başka bir delil bulunmuyorsa 6. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları arasında çelişki bulunmamaktadır.

2. Mahkemenin Değerlendirilmesi

(a) Genel Prensipler

107. Hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden birisi hukuki istikrarı sağlayan ve mahkemelere olan kamu güvenini tesis eden (bakınız Nejat Şahin ve Perihan Şahin v. Türkiye [BD], no: 13279/05, § 57, 20 Ekim 2011) hukuki kesinlik ilkesidir (bakınız Brumarescu v. Romanya [BD], no: 28342195, § 61, AİHM 1999-VIII). Kamu güveninin, hukukun üstünlüğüne dayanan devletin temel unsurlarından birisi olduğu açıktır; diğer taraftan birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının devam etmesi bu güvenin azalmasına neden olur (bakınız Vucinic ve diğerleri v. Sırbistan, no: 44698106 ve diğerleri, § 56, 1 Aralık 2009). Bununla birlikte, hukuki kesinlik ve kamu güvenin gerekleri kişilere, içtihatların tutarlılığı konusunda kazanılmış hak bahsetmez (bakınız Unedic v. Fransa, no: 20153/04, § 74, 18 Aralık 2008); ve öte yandan dinamik ve evrimsel yaklaşımın korunmasında

yapılacak bir hata, reform ya da gelişme hareketlerini engelleyebilecek bir riski meydana getireceğinden, içtihadın kendi içerisinde geliştirilmesi, adaletin doğru tecelli etmesine engel olmaz (bakınız Atanosovski v. Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, no: 36815/ 03, § 38, 14 Ocak 2010).

108. Mahkeme, çelişkili kararlar ile ilgili davaları incelemek için birkaç kez girişimde bulunmuş ve böylece ulusal yüksek mahkemelerin çelişkili kararları sebebiyle Sözleşme'nin 6/ 1 maddesinde güvence altına alınan hakların ihlal edilmesinin şartlarını değerlendirme fırsatı bulmuştur (bakınız: Paduraru v. Romanya, no: 63252/ 00, AİHM 2005- XII (esas); Beian, yukarıda anılan; Jordan Jordanov ve diğerleri v. Bulgaristan, no: 23520/ 02, 2 Temmuz 2009; Perez Arias v. İspanya, no: 32978/ 03, 28 Haziran 2007; Ştefan ve Ştef v. Romanya, no: 24428/ 03 ve 26977/ 03, 27 Ocak 2009; Taussik v. Çek Cumhuriyeti (kabul edilebilirlik), no: 42162/ 02, 2 Aralık 2008 ve Tudor Tudor v. Romanya, no: 21911/ 03, 24 Mart 2009). Bu değerlendirmeler neticesinde, yüksek mahkeme içtihatlarında “köklü ve uzun süredir devam eden farklılıkların” mevcut olup olmadığı, iç hukukun bu farklılıkları sabit kararlarla çözmek için uğraşıp uğraşmadığı, sabit kararların devamlı olarak uygulanıp uygulanmadığı kriterleri ortaya konulmuştur (bakınız Jordan Jordanov, yukarıda anılan, § § 49- 50).

(b) Mevcut Davada Uygulama

109. Hükümetin argümanlarına (paragraf 105 yukarı) cevap olarak Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin bulgularının başvuru davasının sona ermesiyle ilgili olmadığı yönünde karşılık verir. Gerçekten, anayasal başvurunun ilk incelemesinde, ifadelerden bağımsız olarak başvuru hakkında kesin hükmün bulunmaması tartışılmış, Anayasa Mahkemesi ise davanın detayı ve ilgili içtihatlar ışığında başvuru şikâyetinin esasının incelenmesi ve esas hakkında karar verilmesi yolunu seçmiştir. Böylece Mahkeme, somut olayda ileri sürülen, yukarıda anılan Dimech kararının incelenmesine gerek olmadığına karar verir.

110. Dikkate sunulan kararlar incelendiğinde Mahkeme, başvuru iddia ettiği şikâyetlerin değil; (içtihat temelinde, yani söz konusu mahkemenin içtihatları arasında) – tüm şikâyetler için geniş kapsamlı inceleme yapıldığı sürece – gerçek durumların ulusal mahkemeler tarafından incelendiğini gözlemler (Erol Uçar v. Türkiye, no: 12960/ 05, 29 Eylül 2009). Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin Salduz kararını doğru yorumladığı da görülür. Bununla birlikte, özellikle 2012 yılından itibaren bazı noktalarda Anayasa Mahkemesi, Salduz kararını “dar “olarak yorumlamış; bu durum Malta'daki sistemsel yasağa tabi olan ve sorgulamada avukat yardımıyla yararlanamayan bazı kişiler için mahkeme kararlarındaki aykırılıkların

giderilememesi sonucunu doğurmuştur. Kararın dar yorumlanmasına daha sonra da devam edilmiştir; başvuru tarafından sonraki tutarsızlıkları kanıtlamak için getirilen tek örnek , şikayet konusu davanın devam etmesine rağmen önceki içtihatlardan vazgeçilerek incelenen 12 Kasım 2012 tarihli Alfred Camilleri davasıdır.

111. Böylece Mahkeme, Beian kararından (yukarıda anılan) farklı olarak, son Dimech kararında (yukarıda anılan) olduğu gibi mevcut davanın, yüksek mahkemenin – Anayasa Mahkemesi Malta'nın en yüksek dereceli mahkemesidir – kesin olmayan içtihatlardan kaynaklanan hukuki yorum farklılıklarının, başvuru lehine yorumlanmasıyla bir ilgisinin olmadığı görüşündedir. Bakılan davada şikayetin konusu, mahkemenin içtihatlarından vazgeçmesiyle ilgilidir. Mahkeme, SS Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri v. Türkiye (no: 3573/ 05, 3617/ 05, 9667/ 05, 9884/ 05, 9891/ 05, 10167/ 05, 10228/ 05, 17258/ 05, 17260/ 05, 17262/ 05, 17275/ 05, 17290/ 05 ve 17293/ 05, 30 Kasım 2015) davasında da ifade edildiği gibi keyfi olmamak koşuluyla, özellikle (Malta gibi) yazılı hukuk kurallarına sahip olan ve teoride emsal içtihatların bağlayıcı olmadığı ülkelerde bir içtihattan vazgeçilmesinin ulusal mahkemelerin takdirinde olduğunu hatırlatır (bakınız ayrıca Torri ve diğerleri V. İtalya (kabul edilebilirlik), no: 11838/ 07 ve 12302/ 07, § 42, 24 Ocak 2012, ve Yiğit v. Türkiye (kabul edilebilirlik), no: 39529/ 10, §§ 21- 22, 14 Nisan 2014).

112. Dimech kararında bulunmayan durumlar incelendikten sonra, madde 6/ 1 hükmünü ihlal eden başkaca bir sebep olmadığı da görülür; bu açıdan da hükmün ihlal edilmediği düşünülür.

113. Mahkeme, bu davada görüşünden dönmek için herhangi bir sebep olmadığını belirtir. Bu nedenle madde 6/ 1 hükmü ihlal edilmemiştir.

III. 6. MADDEYLE BAĞLANTILI OLARAK SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

114. Başvurucu daha sonra Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak, objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın çelişkili Anayasal içtihatlarla, davasına diğer davalardan farklı muamele yapıldığını iddia etmiştir; anılan hüküm aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

115. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Tarafların İddiaları

116. Başvurucu, kendi durumunun avukat yardımından yararlanamayan kişilere benzer veya görece benzer olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin diğer davalardan farklı bir şekilde kendi lehine yorum yapmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu kararın sübjektif olması ve objektif temellere dayanmaması sebebiyle ayrımcılığa uğradığını ifade etmiştir. Başvurucu, uygulama farklılığının meşru bir zemine dayanmadığını; fakat mevcut davada, farklılığın sanığın yaşı sebebiyle Hükümet tarafından kabul edildiğini belirtmiştir.

117. Hükümet, başvurunun söz konusu şikâyetini ulusal mahkemelere taşımadığından bahisle iç hukuk yollarının tüketilmediğini savunmuştur. Daha sonra Hükümet, başvurunun ulusal mevzuatta süreyle sınırlı olmaksızın halen söz konusu şikâyet için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini belirtmiştir.

118. Hükümet, 14. maddeye aykırılık bulunmaması sebebiyle Mahkeme'nin ihlal kararı veremeyeceğini ileri sürmüştür. Dahası, başvuru 14. maddede düzenlenen ayrımcılığa uğramama hakkının ihlal edildiğini gerekçesiyle açıklamamış, kanıt sunmamıştır. Son olarak Hükümet, kendisiyle aynı durumda olanlara; yani soruşturma sırasında ifade veren ve suçluluğuna diğer delillere de dayanılarak hükmedilen kişilere farklı muamele edildiğinin başvuru tarafından ispatlanmadığını iddia etmiştir. Başvurucu kendi durumunda olanlarla aynı muameleyle tabi tutulmuş ve bu nedenle de herhangi bir ayrımcılığa uğramamıştır.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

119. Mahkeme, yukarıda belirtilen değerlendirmelerini tekrar eder (bakınız paragraf 96- 98 yukarı) ve bu yüzden Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin iddiasını kabul eder.

120. Mahkeme, 14. maddenin uygulanmasının Sözleşme ve Protokollerin diğer maddi hükümlerinin ihlali halinde devreye girme amacında olmadığını; – söz konusu maddenin özerk bir anlamı bulunduğunu – ifade edilen durumlardan bir veya daha fazlası gerçekleşmezse maddenin uygulanmayacağını hatırlatır (bakınız Mintoff v. Malta (kabul edilebilirlik), no: 4566/ 07, 26 Haziran 2007, ve Zammit Maempel v. Malta, no: 24202/ 10, § § 81, 82, 83, 22 Kasım 2011).

121. 14. maddenin uygulanabilmesi için sırasıyla benzer veya aynı durumda olan kişilere farklı işlemlerin uygulanmış olması gerekir (bakınız D. H ve diğerleri v. Çek Cumhuriyeti [BD], no: 57325/ 00, § 175, AİHM 2007 ve Burdan v. Birleşik Krallık [BD], no: 13378/ 05, § 60, AİHM, 2008). Farklı uygulamalar objektif ve makul gerekçeye sahip değilse; başka bir anlatımla, eğer meşru bir amaca

hizmet etmiyorsa veya kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa; bu tür farklılıklar ayrımcılığa sebep olur (bakınız Corsan ve diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], no: 42184/ 05, § 61, AİHM 2010). Mahkeme, söz konusu farklılıkların 14. madde uygulamasıyla ilgili olduğunu belirtir. Tanımlanabilir bir özelliğe veya “statüye” dayanan uygulama farklılıkları 14. madde anlamında ayrımcılığa sebep olabilir (bakınız O’ Donoghue ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no: 34848/ 07, § 101, AİHM, 2010 (esas)).

122. Mahkeme mevcut davada 6. madde gibi 14. maddenin de uygulanabileceğini ve şikâyetin kabul edilebilir olduğunu belirtir.

123. Mahkeme, başvurunun kendi durumunda olanlar gibi genel yasaktan etkilendiğini gözlemler. Burada ortak bir payda söz konusudur, ve başvurunun diğerleriyle benzer bir durumda olduğu kabul edilebilir. Ancak, ulusal yargı kararlarında, karşılaştırma konusu olan durumların başvurununkinden farklı olduğuna ilişkin atf doğrudur; özellikle, söz konusu durumlar soruşturma aşamasında ifade veren genç insanlarla, sona ermiş yargılamalarla ve mahkûmiyet için başka bir delil olmayan durumlarla ilgilidir. Böylece başvurunun doğumu – yaşı – sebebiyle ayrımcılığa uğradığı iddiasına rağmen Mahkeme, bu konunun yerel içtihatların farklılaşmasına sebep olan tek kıstas olmadığını dikkate alır (bakınız, Dimech, yukarıda anılan, § 79).

124. Dahası, başvurunun avukat yardımından faydalandırılmaması sonucunda 6. maddedeki haklarının ihlal edilmiş olduğunun tespit edilmesine (madde 6/ 1 ile bağlantılı olarak 6/ 3 (c) maddesi, bakınız paragraf 63 yukarı) rağmen Mahkeme, yerel mahkemelerin içtihatlarından dönmelerini – içtihatlarını değiştirmelerini – Sözleşme’nin uygulama alanı içerisinde görmediğini bildirir. Buna müteakip, içtihat değişikliği, aynı türden bütün olgular için aynı yasal ilke ve adli değerlendirme kriteri temelinde incelenerek ortaya çıkmıştır (bakınız Dimech, yukarıda anılan, § 80), şöyle ki, bu durum Mahkeme’nin içtihatlarının yeniden yorumlanmasıyla ilgilidir. Emsal kararların başvurunun davasıyla aynı olduğunun reddi gerektiği de ortaya çıkar.

125. Bunun akabinde devletin takdir yetkisine girdiği ve böylece 14. Maddeye aykırı olmadığı düşünülen durumlarda güvence (şüphe esasa ilişkin olsa bile); uygulamadaki herhangi bir farklılığın yerel mahkemelerce yapılan yeni yorumum objektif ve makul bir gerekçeye dayanmasıdır (bakınız Perez Arias, yukarıda anılan, § 28 ve Dimech, yukarıda anılan, § 81). Ayrıca dava dosyasında başvurunun ayrımcılığa uğradığına ilişkin başka bir kanıt da bulunmamaktadır

(bakınız benzer koşullar altında, ibid ve, David ve diğerleri v. Romanya (kabul edilebilirlik, no: 54577/ 07, 9 Nisan 2013).

126. Açıkça dayanaktan yoksun olan söz konusu şikayetin Sözleşmenin 35/ 3 (a) ve 35/ 4 maddeleri gereğince reddi gerekir.

IV. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI

127. Son olarak başvuru, Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davasının halen ceza mahkemesinde devam ettiğini ileri süren başvuru- cu, 6/ 1 ile bağlantılı olarak 6/ 3 (c) maddesinin ihlalinin giderilebilmesi için tek etkili çarenin; şikâyet konusu delilin kullanılmadığı yeni bir yargılama yapılması olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiği zaman ihlalin giderimi için en uygun çarenin Salduz kararında da ifade edildiği gibi; avukat yokluğunda elde edilmiş deliller olmadan başvuru- cunun yeniden yargılanması olduğunu belirtmiştir.

128. Mahkeme öncelikle, başvuru- cunun anayasal prosedüre başvurduğu anda ceza davasının sona ermeye yaklaştığını, devam eden ceza yargılamasıyla ilgili olarak yapılan argümanların yersiz olduğunu düşünür. İkinci olarak, başvuru- cunun argümanları anayasal yargının sadece lehine hareket edebileceği yö- nünde olduğu sürece, anayasal yargı tarafından çözümlenen telafi türüyle ilgili olan argümanlar yanlış olur. Şikayet, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru- cunun aleyhine karar verdiği davanın koşullarıyla ilgili küçük bir yer tutar ve böylece bakılan davada söz konusu durum meydana gelmez (bakınız Dimech, § 84).

129. Ayrıca, başvuru- cunun tarafından yapılan anayasal başvuru- nun, başarı imka- nı olmaması sebebiyle 13. maddenin uygulanamayacağı savunulmuştur. Mahke- me, son yargı içtihadının, başvuru- cunun aleyhinde olduğunun doğru olmasına rağmen Mahkemenin bilgisine göre ulusal mahkeme tarafından söz konusu şika- yetin reddedilmesi sebebiyle bir itirazda bulunulmadığını ve söz konusu içtihadın tutarlı bir şekilde uygulandığını gözlemler

130. Buna rağmen, söz konusu durum mevcut davaya ilişkin şartlarla yani ye- rel mahkemenin başvuru- cunun iddialarını reddetmesiyle ilgilidir, Mahkeme'nin içtihatlarına göre 13. madde anlamında bir başvuru- nun etkili olabilmesi için başvuru- cunun açısından olumlu bir sonucun gerçekleşmiş olması gerekmez (bakınız Sürmeli v. Almanya [BD], no: 75529/ 01, § 98, AİHM, 2006- VII) ve başvuru- cunun iddialarında başarısız olması, başvuru yolunun sırf bu nedenle etkisiz hale gelmesi sonucunu doğurmaz (bakınız Amann v. İsviçre, [BD], no: 27798/ 95, § § 88- 89, AİHM 2002- II).

131. Böylece, somut olayda, Anayasa Mahkemesi'nin başvurusunun iddiasını reddetmesi, hukuk yolunu etkisiz hale getirmez; açıkça dayanaktan yoksun olan söz konusu şikâyetin Sözleşme'nin 35/ 3 (a) ve 35/ 4 maddesi gereğince reddi gerekir.

V. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

132. Sözleşmenin 41. maddesine göre;

“Eğer mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldıracabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği halde, zarar göre taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. ZARAR

133. Başvurucu, “manevi zararların yanı sıra yerel mahkemelerde yapılan harcamalar sebebiyle maddi zarara uğradığını” iddia etmiştir.

134. Hükümet, manevi zarar konusunda başvurusunun iddiasının yeterli olmadığını savunmuştur. Hükümet, ihlalin tespit edilmesinin yeterli bir adli tazmin olduğunu ve bu halde dahi verilecek tazminatın 1,000 Avroyu geçmemesi gerektiğini belirtmiştir.

135. Mahkeme hakkaniyet temelinde başvurusuya 2,500 Avro manevi tazminat ödenmesine karar verir.

B. Masraflar ve Harcamalar

136. Başvurucu, anayasal tazminat başvurusuna ilişkin olarak yerel mahkemeler önünde 2,185 Avro masraf ve harcama yaptığını iddia etmiştir.

137. Hükümet, anayasal işlemler sırasında 1076 Avro tutarındaki maliyetin başvuru tarafından ödendiğine ilişkin iddianın ispat edilemediğini savunmuştur.

138. Mahkeme içtihatlarına göre, gerçek ve gerekli olması sebebiyle yapıldığının gösterildiği ve makul bir miktar olduğu sürece başvuru, harcadığı masraf ve giderleri talep etme hakkına sahiptir. Mevcut davada, elde bulunan belgeler ve yukarıdaki kriterler ile yurtiçinde Hükümet tarafından ödendiği – ödeneceği – belirtilen masraf ve harcamalar göz önüne alındığında Mahkeme, yerel mahkemelerde yapılan harcama ve masraflar için başvurusuya 2,185 Avro tazminat ödenmesinin uygun olduğuna karar verir.

C. Gecikme Faizi

139. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranın uygulanması gerektiğini düşünür.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Başvurucuya adli yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 maddesinin ihlal edildiği iddiasının, ceza davasında başvurucu aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere hukuki yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddenin ihlal edildiği iddiasının ve anayasal başvuru yoluna ilişkin iddianın oybirliği ile kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir;

2. Sözleşmenin 6/ 1 maddesiyle bağlantılı olarak 6/ 3 maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar verilmiştir;

3. Ceza yargılamasında başvurucu aleyhine tanıklık yapan üçüncü kişilere adli yardım sağlanmaması sebebiyle 6/ 1 maddenin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetin esasının incelenmesine gerek olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir;

4. Anayasal muhakemede hukuki kesinlik ilkesine saygı gösterilmediğine ilişkin iddia sebebiyle Sözleşmenin 6/ 1 maddesinin ihlal edilmediğine bire karşı altı oyla karar verilmiştir;

5. Oybirliğiyle,

(a) Davalı devlet tarafından başvurucuya, Sözleşme'nin 44/ 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde; ödeme tarihindeki döviz kurları üzerinden davalı devletin para birimine çevrilecek şekilde aşağıdaki miktarların ödenmesine,

(i) Manevi tazminat olarak, ortaya çıkabilecek ek yükümlülükler ve vergiler hariç olmak üzere, 2, 500 Avro (iki bin beş yüz avro) ödenmesine,

(ii) masraflar ve giderler için, başvurucu açısından ortaya çıkabilecek ek yükümlülükler ve vergiler hariç olmak üzere, 2, 185 Avro (iki bin yüz seksen beş avro) ödenmesine,

(b) Yukarıda ifade edilen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren, ödeme gününe kadar, Avrupa Birliği Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oranda, yukarıda bahsedilen meblağlara basit faiz uygulanmasına, karar verilmiştir.

İş bu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/ 2 ve 3 maddesi uyarınca 12 Ocak 2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Françoise Elens-Passos
Yazı İşleri Müdürü

AndrásSajó
Başkan

Sözleşme'nin 45/ 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/ 2 maddesi gereğince, Yargış Pinto de Albuquerque'ye ait azlık görüşü bu kararın ekinde sunulmuştur.

A. S.
F. E. P.

YARGIÇ PINTI DE ALBUQUERQUE KISMİ MUTABAKAT VE KISMI MUHALAEFET ŞERHİ

1. Borg davasının temel sorunu, Salduz¹ kararına bağlı olarak Malta Anyasa Mahkemesi'nin içtihatlarında hukuki kesinliğin sağlanamaması sorunudur. Anyasa Mahkemesi peş peşe üç davada tam anlamıyla Salduz kararını uygulamış olsa da daha sonra Büyük Dairenin içtihadını, Salduz kararının "istisnai durumlarda" ve "savunmasız" kişiler için uygulanacağını yorumlayarak söz konusu içtihadından vazgeçmiştir. Bu noktada kaçınılmaz olarak akla gelen önemli sorular şunlardır: Neden içtihat bu şekilde değiştirilmiştir? İctihadın bu şekilde terse çevrilmesi vatandaşların, avukatların ve sanıkların hukuki beklentileri ile uyumlu mudur? İctihat değişikliği yapmak davalı akit devletin takdir yetkisinde midir? İctihat değişikliği Salduz kararının ruhuna ve hukuki güvencesine uygun mudur?

2. Birbiriyle yakından bağlantılı olan bu sorular Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) tarafından verilen Dimech v. Malta kararı açısından incelendiğinde, daha da karmaşık bir hal almaktadır ve Dimech kararı² temelinde benzer şikâyetler tek yargıç tarafından reddedilmiştir. Mevcut davada Anyasa Mahkemesi'nin Sözleşme'yi yanlış yorumlaması sebebiyle Daire başvuruyu incelemiş ve Dimech yeniden yargılanmış ve daha özel olarak, yukarıda bahsedilen Büyük Daire kararı hukuki kesinlik ilkesi açısından tartışılmıştır. Daire Dimech kararında açıkça şu hususları belirtmiştir:

"Sözleşmenin 34. maddesi kapsamında Mahkemedен önce yerel otoritele-

¹ Salduz v. Türkiye [BD], no: 36391/ 02, AİHM 2008.

² Dimech v. Malta, no: 34373/ 13, 2 Nisan 2015.

rin, hakkı iç hukuk sisteminde incelemesi fırsatının ortadan kaldırılmasına ve başvurusunun bir dava açmaya zorlanmasına rağmen mevcut davada Anayasa Mahkemesi, Mahkeme tarafından belirtilen ilkelerden ayrılmıştır. Buna rağmen Mahkeme, yerel makamlarca iç hukukta Mahkemenin kararlarının uygulanmasının yolunun, hukuki açıdan kesin bir konunun gündeme getirilmemesiyle sağlanacağını ifade eder. En önemlisi Mahkeme, ulusal mahkemelerin davasında içtihatların uygulanmasıyla ilgili olarak herhangi bir gösterge olmadığını belirtir. Gerçekten bu içtihat, yerel mahkemelerin, tutarlı ve adli değerlendirme kriterine göre yaptığı özerk yorumlamalara saygı duyulması şeklinde anlaşılmalıdır.”

Bu koşullarda Mahkeme, söz konusu muhakemelerde hukuki kesinlik ilkesine nazaran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6/ 1 maddesi kapsamında bir konuyu gündeme getirmeyeceğini düşünmektedir. Dairenin oybirliğiyle verdiği karara göre, ilgili hüküm ihlal edilmemiştir. Bakılan davada çoğunluk da Büyük Dairenin, Dimech kararındaki 112. paragrafını emsal olarak aynı sonuca ulaştırmıştır.

3. Ben Borg başvurusu için bu sonuca karşı çıkıyorum, çünkü ben Dimech kararının insan haklarının korunması sistemini ciddi ölçüde sınırlandığını ve bu sebeple de geçersiz kılınması gerektiğini düşünüyorum. Ben Herrmann kararında ifade edildiği gibi, Mahkemece bir sonuca ulaşılan davada, yargıçlara özel bir yük getiren “çok ciddi bir meseleye” zorlanmasının³ hem yanlış değerlendirmelere hem de ek adımları kısıtlayıcı niteliğe dayandığını düşünüyorum. Ben ilerleyen sayfalarda söz konusu yükü karşılamaya çalışacağım.

Malta'da Salduz Kararının Uygulanması

4. Salduz v. Türkiye kararı, 6/ 1 maddede tanınan güvencelerin “pratik ve etkili” hale getirilmesi için polis tarafından sanığa yöneltilecek ilk sorudan itibaren kişilere avukata erişim hakkının tanınması gerektiği temeli üzerine kurulmuştur. Bu içtihat sonradan Fransa⁴, Belçika⁵ ve Monako⁶ gibi Sözleşme'ye taraf olan diğer akit devletlerce de teyit edilmiş ve daha sonra içtihat, polis göz altısı süresince başvurusunun sessiz kalmasına rağmen ihlal kararı verilen Dayanan kararında⁷, ve başvurusunun verdiği ifadelerin mahkûmiyette dayanak alınma-

³ Herrmann v. Almanya [BD], no: 9300/ 07, 26 Haziran 2012.

⁴ Brusco v. Fransa, no: 1466/ 07, § 54, 14 Ekim 2010.

⁵ Stojkoviç v. Fransa ve Belçika, no: 25303/ 08, § § 51- 57.

⁶ Novone ve diğerleri v. Monako, no: 62880/ 11; 62892/ 11 ve 62899/ 11, § § 81- 85, 24 Ekim 2013.

⁷ Dayanan v. Türkiye, no: 7377/ 03, 13 Ekim 2009.

masına rağmen ihlal kararı verilen Yeşilkaya kararında⁸ geliştirilmiştir.

5. 2012 tarihli III Kanun ile Malta Parlamentosu, önsoruşturma aşamasından itibaren adli yardım hakkını tanımıştır. Bununla birlikte kanun, 2010 tarihli 35 sayılı yasal bildirimle 2010 yılında yürürlüğe girmiştir. Ceza Kanunu'nun 355AT maddesinin ilgili hükümleri “yakalanan veya polis karakolunda gözaltına alınan ya da diğer yetkililerce tutulan bir kişi” ifadesine atıfta bulunularak geniş anlamda yorumlanmıştır.

6. On sekiz yaşında olan bir kişiye karşı açılan davaya ilişkin olan Alvin Privitera⁹ davasında Anayasa Mahkemesi açıkça, Salduz kararında bildirilen ihlal bulgusu için belirleyici kriterin yaş olmadığını, bu sebeple başka bir argümanın¹⁰ tartışılmasına gerek bulunmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu pozisyonu Eron Pullicino¹¹ davasında tekrar edilmiştir. Küçüğe veya savunmasız bırakılan bir kişiye ilişkin olmayan Mark Lombardi davasında¹², Anayasa Mahkemesi haklı olarak, Mahkemenin içtihadının Dayanan ve Yeşilkaya başvurularında değiştiğini ve bu değişikliğe rağmen İskoçya hukuk sisteminde aynı konuyla ilgili olan Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı davasında ve daha sonra da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında Salduz kararının takip edildiğini¹³ ifade etmiştir.

7. 2011 tarihli takdire layık kararlardan sonra Anayasa Mahkemesi, Salduz kararını “olağanüstü” durumlarda ve örneğin sadece yaş küçüklüğü gibi davalının “savunmasız” bırakılması halinde uygulanabileceğini düşünmeye başlamıştır¹⁴. Mahkemenin içtihadında bir değişiklik olmamasına rağmen beklenmedik bir anda aniden içtihatlar, sanıkların polis göz altısı veya soruşturma öncesi tutuklama ya da yakalanma halinde avukat hakkından mahrum bırakma sonucu doğuracak şekilde değiştirilmiştir. Mahkeme tarafından sanıklar için soruşturmanın başından ve özellikle polis göz altısında veya polis sorgusu boyunca avukata erişim hakkını güçlendirmeye yönelik olarak yapılan kristal berraklığındaki

⁸ Yeşilkaya v. Türkiye, no: 59780/00, 8 aralık 2009.

⁹ Polis vs. Alvin Privitera, 11 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

¹⁰ Bakınız mevcut davanın 39. paragrafı.

¹¹ Polis vs. Eron Pullicino, 12 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

¹² Polis vs. Mark Lombardi, 12 Nisan 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

¹³ Cadder v. Kraliçe'nin Avukatı [2010] BYM 4. Yüksek Mahkeme, polis tarafından yapılacak sorgulamanın öncesinde avukata erişim isteği reddedilen Bay Cadder'in AİHS'nin 6/1 maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁴ Bakınız örneğin, Charles Stephan Muscat vs. Başsavcılık, 8 Ekim 2012; Joseph Bugeja vs. Başsavcılık, 14 Ocak 2013; Polis vs. Tyron French, 22 Şubat 2013; ve Polis vs. Amanda Agius, 22 Şubat 2013.

yorumu rağmen Malta Anayasa Mahkemesi, açıkça çelişen yorumları seçmiş ve Büyük Dairenin kararının ruhuna aykırı olarak ilgili hakkın kapsamını dar bir sınırlandırmaya tabi tutmuştur: sanığın savunmasız bırakılması. Aynı Anayasa Mahkemesi'nin, Salduz kararındaki adli yardım hakkının yorumlanmasında özellikle yaşın veya savunmasız bırakılmanın belirleyici olmadığına ilişkin algısı hiçbir haklı gerekçeye dayanmaksızın radikal olarak değiştirilmiştir. Daha da kötüsü, savunmasız kişi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir kriter de ortaya konulmamıştır. Bu kırılgan içtihat temelinde, Büyük Dairenin içtihadının pratik açıdan "istisnai" bir durum olduğu kabul edilmiştir.

8. Salduz kararının uygulama alanın kısıtlayıcı yorum yöntemiyle ilgili olarak Hükümet, Anayasa Mahkemesi'nin adli yardımdan yararlanma hakkının ihlalinin sanığın savunmasız bırakılma ağırlığına göre belirlediğini iddia etmiştir. Hükümet, başvurucunun polis varlığından korkmayacağını, çünkü onun ilk kez sanık olmadığını ve daha önce de mahkûm olduğunu ileri sürmüştür. Dahası Hükümet, başvurucunun belirli sorulara cevap vermemeyi seçtiğini ve iki kurye ile bir bağlantısı olup olmadığına ilişkin soruyu reddettiğini; bu durumlarında başvurucunun sorgulama sırasında hangi soruya cevap vermesinin ya da vermemesinin daha lehine olduğunu anlayabilecek kudrette olduğunu ifade etmiştir. Hükümet, polis sorgusunda sessiz kalan kişinin aleyhine çıkarımlarda bulunmasına yasa tarafından izin verilmediğini de eklemiştir. Son olarak Hükümet, ifadenin temelinin mahkumiyet için tek delil olarak kullanıldığı davalarda Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı verdiğini; oysa, bakılan davada sanığın suç ithamını zaten reddettiğini ileri sürmüştür.

Hükümetin görüşüne göre, bütün bu faktörler mevcut dava ile Anayasa Mahkemesince sanığın adli yardımdan yararlanma hakkının ihlal edildiğine karar verilen önceki davalardan farklı olduğu görülür¹⁵. Bütün bu iddialar için söz konusu düşünce çizgisi mesnetsizdir. Davalı suçla ilgisi olduğu iddiasını inkâr ettiği zaman ayrıca avukat yardımından yararlanmasına gerek olmadığı kanıtlanmış olsa bile, bütün bu iddialar açısından söz konusu düşünce çizgisi Yeşilkaya kararı açısından yanlıştır. Dahası, Salduz kararının prensiplerinin temel noktası yaş veya sanığın savunmasız bırakılması değildir; Anayasa Mahkemesi'nin Alvin Privitera kararında da kabul edildiği gibi ne davalının önceki sabıka kaydı ne de sessiz kalmasının onun aleyhine sonuç doğurması, hakkın kapsamının belirlenmesinde temel nokta değildir.

En nihayetinde Hükümetin temel noktası Mahkeme'nin, "ulusal mahkeme-

¹⁵ Bakınız Hükümetin iddiaları, sayfa 11.

lerce bakılan davaların özel koşullara dayanılarak yorumlanması gerektiğidir. Böyle davadan davaya yapılan yorumlar hukuki kesinlik ilkesine aykırı değildir, zira taban tabana zıt yargılamalarda söz konusu farklı durumların var olduğu kabul edilir¹⁶ kararıdır. Başka bir deyişle Hükümet, Salduz kararının hukukun kati bir prensibi olmadığı ve böylece bir davanın kendine özgü koşullarının tam olarak Salduz davasıyla aynı olmadığı zaman ulusal mahkemelerin ondan ayrılabilceği görüşündedir. Bu görüş sadece Büyük Daire'nin verdiği kararı geçersiz kılmakta aynı zamanda daha da vahimi yanlış emsal alınmasına ve Mahkeme'nin metodolojisini endişelendirmekte ve kararların hukuki kuvvetini etkilemektedir.

Yerel Makamların Salduz Kararından Ayrılmasının Sonuçları

9. Gerçek şu ki, Dimech kararı Anayasa Mahkemesi'nin Salduz kararından ayrılmasını haklı göstermektedir¹⁷. Ancak daha uzatmadan, akit devletlerin Sözleşme'nin imzalanmasından önce olduğu gibi Mahkeme'nin içtihatlarından ayrılma "özgürlüğüne" sahip olduğunu kabul etmek gerekir¹⁸, ve hatta Büyük Daire'nin Salduz kararında olduğu gibi Mahkeme içtihatlarının yorumlanması akit devletlerin "kendi takdir yetkisi alanına" girer¹⁹.

10. Bu yorum doğru olsaydı, Sözleşme insan haklarının korunması sisteminde sadece bir yanılsama olurdu. Sözleşme'nin yerel makamlarca "özerk" yorumlanması, sonraki gelişmelerin ve Mahkeme içtihatlarının ruhunu göz ardı edebilecek kadar uzağa giderse, Mahkeme yargılama gücünden yoksun hale gelir. Takdir marjı ile Mahkeme kararlarının keyfi olarak kısıtlanmasına izin verilirse, Sözleşme'nin kurucularının "Evrensel Beyanname'de belirtilen bazı hakların kolektif olarak korunması" için "siyasi geleneklerin ortak mirası, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü" temelinde bir sistem kurma niyeti bertaraf edilmiş olur. Sözleşme'nin taraflarından her biri farklı tarihlerde Avrupa insan haklarını koruma sisteminin kalbi olan "insan haklarının... ortak anlayışı ve gözetilmesi" arzusunu seçmesine rağmen Mahkeme içtihatları, şimdiye kadar olduğu gibi ilgili Hükümetler veya yerel makamlarca keyfi olarak yorumlanırsa, taraflar arasında "büyük bir birliğe" ulaşılması gayesi hayali bir hedef olurdu. Mahkemenin incelemesinin yetki ikamesi prensipleri, Mahkeme içtihatlarının bu şekilde manipüle edilmesine, devletlerin kendilerine uygun içtihatları uygulaması ve uygun olmayan içtihatları göz ardı etmesine imkân sağlarsa, söz konusu adımlar insan

¹⁶ Bakınız Hükümetin iddialar, sayfa 20.

¹⁷ Dimech Kararı paragraf 68 yukarıda anılan: "Mevcut davada Anayasa Mahkemesi, Mahkeme'nin belirlediği kurallardan ayrılabilir".

¹⁸ Dimech paragraf 68 yukarıda anılan.

¹⁹ Dimech Paragraf 81 yukarıda anılan.

hakların ve temel özgürlüklerin korunduğunu zannettirir; Mahkeme ise akit devletlere tavsiye vermekle görevli bir organ konumuna düşmüş olur²⁰.

11. Anayasa Mahkemesi'nin yeni yorumu temelinde sanıklara farklı içtihatların uygulanması için objektif ve makul gerekçe olmaması 6. madde kapsamında görülmüştür; ben yeni, farklı bir durum ortaya çıkmasının 14. Madde kapsamında olduğunu düşünmüyorum. Bundan dolayı ben, Yasallık ilkesinin bertaraf edilmesinin bakılan davada insan haklarının korunması için yeterli olması nedeniyle 6. maddenin ihlaline zaten karar verildiği için 14. Maddeye ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğu yönünde oy kullandım.

12. Büyük Daire Dimech kararında, Anayasa Mahkemesi'nin yeni içtihadının ulusal sistemde ve güçte haklara ilişkin şikâyetlerin yapılması fırsatını ortadan kaldırılması nedeniyle başvurunun Strazburg'a geldiği sonucuna varmıştır²¹. Başka bir anlatımla, anayasal başvuru yolu yararsızdır. Yine, bu kararın 131. paragrafında Daire, Salduz kararındaki ihlali düzeltmek amacıyla, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak itirazların etkili olabilmesi için onun temyiz başvurusu olarak kabul edilmesi karşısında pozisyon almıştır. Bana öyle geliyor ki, Dimech kararının 68. paragrafı ile Borg kararının 131. paragrafı açıkça birbiriyle çelişmektedir. Dimech kararındaki kötümser yaklaşım neticesinde Borg kararındaki iyimser yaklaşım geri çekilmiştir. Bakılan davada çoğunluğun bilinçli bir şekilde Dimech kararının 68. paragrafını göz ardı etmesi neticesinde iki karar arasındaki tutarsızlık meydana getirilmiştir.

13. Ben 13. maddeye ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğunu sonucuna iki nedenle vardım: ilk olarak, çünkü şikâyetlerinde başvurunun kafası karışık, yani başvuru mahkeme önünde davasının hala devam ettiği yönünde bir iddia ileri sürmüştür; ikincisi, çünkü başvurunun şikâyetleri Hükümete tebliğ edilmemiştir. Başvurunun anayasal başvuru yolunun etkisiz olduğuna ilişkin iddiası Hükümete tebliğ edilmiş olsaydı, bu durumda ben ihlal kararı verebilirdim.

Ceza Mahkemesi Sıfatıyla Sulh Mahkemesinde Yargılama Yapan Sulh Hâkiminin Tarafsızlığının Etkisi

14. Başvurucu, önsoruşturmayı yürüten sulh hakimiyle, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi'ne katılan ve başvurunun suçluluğuna karar veren sulh yargıcının aynı kişi olduğunu iddia etmiştir. Bu senaryoda, Sulh Hâkiminin

²⁰ Loizidou vs. Türkiye (ilk itirazlar) [BD], no: 15318/ 89, § 75, 23 Mart 1995; Fabris v. Fransa [BD], no: 16574/ 08, 7 Şubat 2013, bakınız benim ayrık görüşüm için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Mahkeme Olarak Rolü.

²¹ Dimech kararı paragraf 68, yukarıda anılan.

objektif tarafsızlığı konusunda bir şüphenin meydana geldiğini kabul etmek gerekir²², Daire soruşturma hâkiminin sadece araştırmayı yürütmek için bir memur atadığını ve ona yardım edilmesi amacıyla bilirkişi görevlendirdiğini ve ilgili telefon kayıtlarının toplanmasını emrettiğini ancak “herhangi bir son bulgu elde etmediğini (ne de başvuruçunun suçlu olduğuna yönelik bir karar vermediğini)”²³ gerekçe göstererek “davanın kendine özgü koşulları” sebebiyle söz konusu şikâyeti reddetmiştir.

15. Ben Dairenin gerekçesine katılmıyorum²⁴. Benim görüşüme göre, tarafsızlıkla ilgili herhangi bir konu doğmamıştır ve Mahkeme, suçluluğa karar veremeyen Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde yapılan muhakemeye katılan sulh yargıcıyla ilgili basit nedenler için şikâyet hakkında karar vermek zorunda değildir. Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesinde bulunan sulh yargıcının görevi ile Ceza Mahkemesi sıfatıyla hareket eden Sulh Mahkemesi’nin yargıçlarının görevini birbiriyile karıştırmamak lazım gelir.

16. Böylece, soruşturmada Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’ne bizzat katılan sulh yargıcının, karara katılım derecesinin değerlendirilmesi gerekli değildir. Bu sulh yargıcının objektif tarafsızlığının değerlendirilmesinde; soruşturma işlemlerinin türü, onun üstlendiği veya soruşturma boyunca aldığı kararlar veya başkaca herhangi bir karar alıp almadığı ya da yargılama üzerinde bir etkisinin olup olmadığı önemli değildir. Yargılamanın soruşturma tamamlanmadan önce başlamış olması da belirleyici değildir.

17. Teorik açıdan ifade etmek gerekirse, sanığın ceza yargılaması sırasında Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde görev almış hakimin huzuruna çıkarılması halinde objektif tarafsızlık testi başarısız olur. Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nin başkanı ile soruşturmaya yürüten sulh yargıcı aynı kişi ise onun objektif tarafsızlığıyla ilgili ciddi bir şüphe doğabilir.

18. Farklı olarak, önsoruşturma aşamasında önsoruşturmacı olarak hareket eden ancak asıl ceza soruşturmasının tekemmülünde görev almayan hâkimin, Ceza Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesi’nde yapılan muhakemeye katılması objektif tarafsızlıkta mutla bir şüphe meydana gelmesine neden olmaz. Bu senaryoda önsoruşturma hakimi tarafından, önyargılı davranıldığı konusunda

²² Bakınız Karar Paragraf 89

²³ Bakınız Karar Paragraf 90

²⁴ Başvuruçunun, 13 Haziran 2006 tarihli Ceza Mahkemesi kayıtlarında açıkça görüldüğü gibi yargılama sırasında tarafsızlık eksikliğine ilişkin iddiasını geri çekmesi sonucunda ben bile burada çok şüpheli olan bu özel şikâyetin göz ardı edilmesinin başvuruçunun zararına olduğunu düşünmüyorum.

makul bir şüphe uyandırabilecek kararların türü, objektif tarafsızlık testinin esas noktası olacaktır. Örneğin; önsoruşturmada, itham edilmesi konusunda şüpheli hakkında yeterli delil olduğunu düşünerek onun yakalanmasına karar veren sulh yargıcı (Ceza Kanunu 554. madde), mümkün oldukça ceza muhakemesine katılmamalıdır çünkü bir önceki işlemler sebebiyle yargıcın objektif tarafsızlığı zarar görebilir.

19. Son olarak, Vera Fernandez- Huidoro davası, bakılan dava açısından önem taşımaktadır²⁵. Söz konusu davada Mahkeme, İç İşleri Bakanlığı bünyesinde merkezi bir soruşturma yürüten kişinin daha sonra hakim olarak görev alması ve akabinde bekleyen ceza davası soruşturmasını devralması hususunun tarafsızlığa etkisini incelemiştir. Soruşturmayı devralmak amacıyla siyasal makamdan ayrılan hakim, 6. maddenin gerektirdiği tarafsızlık kriterlerini sağlayamamıştır. Bu sebeple Yargıtay ve özellikle de bu mahkemenin Ceza Dairesi yeni bir soruşturmacı hakim atayarak yeniden soruşturma yaptırmış ve söz konusu aykırılığı gidermiştir. Bu işlemler sırasında, soruşturma işlemlerinin birçoğu yeniden yapılmış ve daha sonra birçok yeni ilave tedbirler alınmış ve taraflar hem soruşturma hâkimi önünde hem de Yargıtay'da gerekli olan tüm prosedürlerin sunulduğu duruşmada, daha önce kendisinden alınan ifadeleri serbestçe onaylama ya da inkar etme imkanına sahip olmuştur. Bundan dolayı, İç İşleri Bakanlığının dâhil olduğu yargılamada siyasi sebeplerle tarafsızlıktan yoksun kalınmış, kamu fonları kötü yönetilmiş ve hukuka aykırı olarak hürriyetten yoksun bırakma cezası uygulanmış olsa da, tüm bu durumlar Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali-ne karar verilebilmesi için yeterli görülmemiştir. Mahkeme üçe karşı dört oyla Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bakılan davada ne Ceza Soruşturma Mahkemesi sıfatıyla Sulh Mahkemesinde görevli hakimün üzerinde siyasi şüphe ne de onun tarafsızlığına yol açabilecek başkaca bir siyasi görevi bulunmaktadır.

Başvurucu Aleyhine Tanıklık Yapan Üçüncü Kişilerin Avukat Yardımından Faydalanmaması

20. Başvurucu, açık bir şekilde avukat yardımı olmaksızın tanıklardan elde edilen ifadelerin kendisi açısından güvenceli olmadığını şikayet etmiştir. Başvuru sahibinin hukuki yardım eksikliği bulgularını yanlış gerekçelerle göz ardı eden Daire, söz konusu şikayetin esastan incelenmesini gerekli görmemiştir. Benim görüşüme göre durum çok basittir: başvurucu 30 Ekim 2006 yılında savunması

²⁵ Vera Fernandez- Huidoro v. İspanya, no: 74181/ 01, 6 Ocak 2010, karar 83 ve 87 paragraflar civarı.

geri çektiği için onun hakkı ihlal edilmiş olmadı²⁶. Her durumda şikayet asılsızdır, soruşturmayı yürüten hakim önünde yeminli olarak ve yargılama sırasında yapılan çapraz sorguyla söz konusu tanık ifadeleri tekrar edilmiştir. Ben de bu gerekçelerle çoğunlukla aynı yönde oy kullandım.

Sonuç

21. Özetle, Malta Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan Salduz kararının yorumu, “Avrupa kamu düzeninin anayasal enstrümanını²⁷” ve onun “mutlak karakterini” ihlal etmiştir²⁸. Bakılan davada yanlış olan ve geri çekilen Dimech kararı yinelenmelidir. Dimech kararı hukuki kesinsizliğe kapı açıyorsa; bakılan davadaki karar da o kapıyı genişletmiş olmaktadır. Daire’nin, Mahkeme’nin otoritesini ciddi anlamda zarar veren yanlışlığı doğruya çevirme fırsatı vardı; fakat maalesef bu fırsat elden kaçırıldı. Her ne olursa olsun bu durum, Mahkeme tarafından Sözleşme’nin 6/ 3 – c maddesinin ihlali kararı ışığında, Malta Anayasa Mahkemesi yürüncesini düzeltmeli ve Salduz kararını Sözleşme’ye uygun olarak yorumlamalıdır. Bu davanın amacı için, Mahkeme’nin hem Salduz hem de Yeşil-kaya kararlarında belirttiği gibi, yeniden yargılamanın aykırılığın giderilmesi için tek çözüm olduğu tekrar edilmelidir.

²⁶ Bakınız Karar 14. Paragraf.

²⁷ Loizidou v. Türkiye (ilk itirazlar) [BD], yukarıda anılan, § 75.

²⁸ Bosphorus Hava Yolları, Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, no: 45036/ 98, § 154, 30 Haziran 2015.