



KÜRESEL BAKIŞ

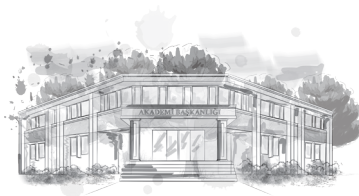
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

13

YIL: 4, SAYI: 13, NİSAN 2014

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

Bahdiyar ÇOBAN
Hâkim

*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Bahdiyar ÇOBAN
Hâkim

*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Gürsel ÖZKAN
Ankara İdare Mahkemesi Başkanı

*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

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

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

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr
www.taayayinlari.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 yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılırlar. 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 çevrilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin tüm telif hakları yazarında değilse, telif hakkı sahibinden de söz konusu makalenin Türkçe'ye çevrilerek 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.taayayinlari.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 orijinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11,5 Times New Roman, 6nk satır aralığı, iki yana yaslı, kenarlar dan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- * Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelenmek 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, mobil telefon numarası, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- * Yazarlara ve hakemlere “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif 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 çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

DANIŐMA 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 Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
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 Özbek
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik 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

Yeniden Suç İşleme Riskinin Cezaların Türü ve Miktarını Belirlemede Rolü	1
<i>Prof. Dr. Peter J.P.TAK</i> <i>Çeviren: Mahmut ERDEMLİ</i>	
Siberalemdede Sınır Aşan Nefret Söylemleri Konusunda Avrupa Düzenlemeleri: Yasal Düzenlemenin Sınırları	33
<i>James BANKS</i> <i>Çeviren: Celalettin DÖNMEZ</i>	
Maden Kullanım Haklarının Güvenliği: Süre Tahditleri	49
<i>James OTTO</i> <i>Çeviren: Mehmet Zelkifli YILDIRIM</i>	
Veri Koruma Direktifi'nin Tüzük İle Değiştirilmesinin Sonuçları – Yasal Bir Yaklaşım	75
<i>Henri De WAELE</i> <i>Çeviren: Nurullah TEKİN</i>	
Almanya Yüksek İdare Mahkemesi'nin 11 Haziran 2013 Tarihli, 4 CN 8.12 Sayılı Kararı	81
<i>Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ, Av. Muhammet KIZIL</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Daire'nin Sophia Hansen V. Türkiye Kararı	89
<i>Çevirenler: Tuğçe TAKCI, Ahmet TAKCI</i>	
İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 16 No.lu Protokol	115
<i>Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ</i>	
Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar ile Yetişkinlerin Korunması Hakkında Lahey Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 İsviçre Federal Kanunu Türkçe Çevirisi	119
<i>Çeviren: Ar. Gör. Belkıs VURAL</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi'nin DİNÇ ve ÇAKIR / Türkiye Davası ile İlgili Çocuk Olan Başvuranların Uzun Süre Tutuklu Kalmaları Hakkında Kararı	125
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi'nin SEPİL / Türkiye Davası ile İlgili Gizli Bir Operasyon Bağlamında Suça Teşvik Yoluyla Elde Edilen Delillerin Kullanılması Hakkında Kararı	147
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi'nin Sayfı SARISÜLÜK ve diğerleri / Türkiye ile İlgili İç Hukuk Yollarının Tüketilmemesi Nedeniyle Kabul Edilmezlik Hakkında Kararı	161

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



YENİDEN SUÇ İŞLEME RİSKİNİN CEZALARIN TÜRÜ VE MİKTARINI BELİRLEMEDE ROLÜ*

Prof. Dr. Peter J.P.TAK**

*Çeviren: Mahmut ERDEMLİ****

GİRİŞ

Bazı kavramların tarifleri ile başlayayım. Bu raporda yüksek risk taşıyan suçlar yerine tehlikeli suçlardan bahsedeceğim. Yüksek risk taşıyan suçlu terimi, tehlikeli suçlu teriminden çok daha uygun görünmektedir. Bununla birlikte, tehlikeli suçlu terimini, halk arasında ve popüler tartışmalarda ve Avrupa içindeki yasama belgeleri ile politik belgelerde oldukça sık kullanılıyor oluşu nedeniyle eş anlamlı olarak kullanacağım. Tehlikeli suçlar, organize suçlu grupları üyeleri, teröristler ve cinsel suç ve şiddet suçları failerini de içeren mükerrer ciddi suç işleme esaslı riski bulunan yüksek risk taşıyan suçlar gibidirler.

Yüksek risk taşıyan veya tehlikeli suçluların cezalandırılmaları sırasındaki ve sonrasındaki yönetimi, bunların yeniden suç işlemeleri kamunun tepkisine yol açacağı ve toplumda düzensizliğe neden olacağı gerekçesiyle, Avrupa'daki hükümetlerin esaslı olarak üzerinde durdukları bir konudur. Bu nedenle, son zamanlarda, bazı Batı Avrupa ülkelerinde, tehlikeli suçluların yönetimi için yeni yasalar önerilmiş veya kabul edilmiştir. Bazı ülkelerde, bu yasalar, en ciddi suçlar için cezanın üst sınırının esaslı şekilde artırılmasına veya mükerrirlik halinde hapis cezası verilmesine odaklanmıştır.

Fransa ve İngiltere'de, mükerrirlik halinde zorunlu hapis cezası öngören yeni yasalar son zamanlarda yürürlüğe girmiştir.¹ Bir dizi Amerikan federal

* Eser Profesör Peter J.P. Tak'ın Yeni Zelanda'da yaptığı konuşmadan oluşmaktadır. Yayınlanmasına izin vermesi nedeniyle kendisine içten teşekkürlerimizi iletiriz.

** Hollanda Nijmegen Üniversitesinde Profesör. E-mail adresi: p.tak@jur.ru.nl

*** İstanbul Anadolu Adliyesi 29. Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi.

¹ 2007'den beri bu konu suç problemleri Avrupa Komitesi'nin gündeminde olmuştur. N.Padfield tarafından etkiliyeci bir rapor yazılmıştır: 'Tehlikeli' Suçluların Cezalandırılma-

devletinde uygulandığı üzere, ‘Üç suç ve dışarıdasın’² kuralından esinlenildiği reddedilemez.³ Bu yeni yasaların esaslı unsurları nelerdir?

Zamanın Adalet Bakanı döneminde ‘Loi Dati’ olarak adlandırılan ve 2007 yılında kabul edilen Fransız Yasası’na göre, üç yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçlardan yeniden mahkumiyet kararı verilmesi halinde, mahkeme; yasada belirtilen minimum hapis cezasına hükmetmek zorundadır. Bu hapis cezası zorunlu olup; mahkemelerin, yasada belirtilen minimum cezanın altında karar vermek takdir hakkına sahip olduğunu söylemek neredeyse imkansızdır.

2012 Suçluların Cezalandırılması ve Adli Yardım Yasası’nın Tehlikeli Suçlular hakkındaki 15. Bölüm’ünde; İngiltere, davanın tüm şartları dikkate alındığında adaletsiz olacağına inanılmıyorsa, mükerrir suçlular tarafından işlenen şiddet suçları ile cinsel suçlar hakkında müebbet hapis cezası öngören kuralları kabul etmiştir. (Mad. 122). Gerçekten de, bu; üç suç değil iki suç işledin ve dışarıdasın kuralıdır.

Hollanda’da, parlamento üyelerince, mükerrirlik halinde çok ciddi zorunlu hapis cezaları önerilmiştir. Bunlara göre, şiddet suçları ve diğer ciddi suçlar için verilecek zorunlu hapis cezaları yüzde 250 artırılabilecekti. Bundan başka, parlamento üyelerinin kanun teklifi, matematik kurallarına göre hesaplanması zorunlu minimum hapis cezaları önermişti. Sistem, suçun değişken işleniş şekillerini kasıtlı olarak dikkate almamıştı.⁴ Kanun teklifinin kabulü, mahkemeleri aşırı sert hapis cezaları vermeye zorlayacağından, yargı için ciddi problemler doğuracaktı. Hükümetteki değişiklik nedeniyle söz konusu kanun teklifi kabul edilmeyecektir. Zorunlu minimum hapis cezala-

sı, Yönetimi ve Onlara Yapılacak Muamele, PC-CP (2010) 10 rev 5, Strasbourg 20 Aralık 2010, s. 32 Fransızca versiyonu için bkz. *Loi Dati* 10 Ağustos 2007, J.Pradel, *Enfin des lignes directrice pour sanctionner les délinquants récidivistes*, Dalloz 2007 s. 2247-2256.

² Çevirmenin notu: Bu deyim, Amerika’nın bazı federe devletlerinde uygulanan ve daha önceden üç veya daha fazla sayıda ciddi suç işleyen kişilerin ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmesini öngören yasal prensibi ifade etmektedir.

³ R. Ward, O. Davies, *The Criminal Justice Act 2003/2003 Ceza Adaleti Yasası*, Uygulayıcının El Kitabı, Jordan Publ, Bristol 2004, s. 206.

⁴ Bkz. Peter J.P.Tak, *De minimumstraf opnieuw bezien. Een geactuali Bkz.rde beknopte rechtsvergelijking*, Research Memorandum 4/2010, Raad voor de rechtspraak, SDU Den Haag, s.46 (Zorunlu minimum hapis cezasının yeniden değerlendirilmesi. Hollanda Yargı Konseyi için güncel, kısa ve açık karşılaştırmalı hukuk raporu).

rına ilişkin katılık düzeyi daha düşük bir teklif Parlamento'da görüşülmeyi beklemektedir.

Pek çok hukuk sisteminde, suçlunun tehlikeliliği, cezanın tespiti ve infazında bir etkiye sahiptir. Bir taraftan, yeniden mahkum edildiğinde veya mahkemece cezanın infazından sonra yeniden suç işleme riski olduğu kanaatine varıldığında, suçluların tehlikeliliği nedeniyle hapis cezaları artırılmaktadır. Diğer taraftan, suçluların tehlikeliliği, genel olarak, hem onların cezalarını çekme şartlarında hem de cezalarında indirim yapılması veya erken tahliye imkanlarından yararlanmalarında etkili olmaktadır. Dolayısıyla, suçlunun tehlikeliliği, onun geçmişteki davranışları ile gelecekteki olası davranışlarını dikkate almaktadır.

I. RAPORUN ÇERÇEVESİ

Raporum, gelecekteki olası suçların mahkemelerce cezalandırılmasına etkileri, hükümlünün cezaevinde cezasını çekeceği süre ile ilgili olup üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, işlediği ve yargılanacağı suçtan dolayı cezai sorumluluğu tam olan tehlikeli suçluların cezalandırılmasını inceleyeceğim. Üç soruyu cevaplayacağım:

- Mahkeme cezalandırmaya karar verirken, suçlunun tehlikeliliği hakkında ki hangi olasılıkları dikkate almak zorundadır?

- Suçlunun gelecekteki tehlikeliliği erken ve denetimli serbestliğe tabi tutulmak üzere tahliyesini hangi suretlerle etkileyecektir? Ve soru üç;

- Mahkeme, hapis cezasının tamamen infazı ve hapis cezası süresinin bitmesi sonrasında, suçlunun tehlikeliliği nedeniyle özgürlüğün sınırlanması süresini fiilen uzatan hangi tedbirlere hükmedebilir?

İkinci bölümde, inceleme konusunu değiştirerek, akli bozukluğu veya akıl hastalığı nedeniyle tehlikeli olan suçlunun cezalandırılmasındaki olasılıklara odaklanacağım. Suçlulara özgü güvenlik tedbirleri var mıdır? Bu yöntemler, tehlikeliliğin devam ettiği sürece sürer mi? Tehlikeliliğe ilişkin kararı kim verir?

Son bölümde, tehlikeli suçluların yönetimine ilişkin bazı esaslı sorular cevaplayacağım. Bu sorular, zorunlu minimum hapis cezalarının etkililiğini, risk değerlendirme yöntemlerinin, enstrümanlarının güvenilirliğini ve riskten kaçınma ceza politikasını ilgilendirmektedir.

Raporum, karşılaştırmalı ceza hukuku niteliğinde olduğundan, tehlikeli suçluların mahkemelerce yönetimine odaklanan ve Danimarka, İngiltere, Fransa, Almanya ve Hollanda'da cezalandırma hakkındaki yasaların içerdiği spesifik kuralları tartışacağım.

II. BÖLÜM 1: MAHKEMELERİN CEZALANDIRMA SIRASINDA DİKKATE ALMAK ZORUNDA OLDUĞU SUÇLUNUN GELECEKTEKİ TEHLİKELİLİĞİNE İLİŞKİN OLASILIKLAR

Ceza mahkemelerinin, suçluların gelecekteki tehlikeliliğini dikkate almasının pek çok yolu vardır. Bir yolu, dikkate değer uzunlukta hapis cezalarına hükmetmektir. Pek çok ülke ceza kanunları ömür boyu hapis cezasını en uzun hapis cezası olarak bilir. Ancak, ömür boyu hapis cezası nadiren hayat boyu özgürlükten yoksun kılmalıdır.

A. Ömür Boyu Hapis

Pek çok ülkede, mahkemeler, suçlunun toplum için bir risk olduğu ve yeni ciddi suç işleme ihtimali bulunduğu zaman; yasa maddesinde ömür boyu hapis cezası öngörülen suçlar için bu cezaya hükmederler. O, toplumdan uzun süre uzak tutulması gereken tehlikeli bir suçludur. Bununla birlikte, pek çok ülkede, ömür boyu hapis cezası gerçekten ömür boyu hapis cezası değildir. Yıllar sonra, hükümlü, şartlı tahliye veya denetimli serbestlik için başvurabilir. Avrupa ülkelerindeki tahliye sistemleri büyük değişkenlikler göstermektedir.⁵ Ancak, kural olarak, ömür boyu hapis cezası hükümlüleri, cezalarının önemli bölümünü çektikten sonra tahliye edilebilirler. Ancak, hükümlünün yeniden suç işleyip işlemeyeceğine ilişkin risk değerlendirmesi tahliye olup olmayacağına ilişkin karara bazı ülkelerde önemli ölçüde etki eder. Bunu Almanya ve İngiltere için açıklayacağım.

⁵ N.Padfield,D.van Zyll Smit,F.Duenkel (editörler) *Cezaevinden tahliye: Avrupa politikası ve uygulaması*, Willan 2010.

Ömür boyu hapis cezası, 1965 yılında idam cezasının kaldırılmasından sonra, İngiliz mahkemelerince hükmolunabilecek en ciddi cezadır. Adam öldürme, zorunlu ömür boyu hapis cezası gerektiren tek suçtur. Öngörülen diğer tüm ömür boyu hapis cezaları takdire bağlıdır. Kural olarak ömür boyu hapis cezası hükümlünün ölümüne kadar devam etmez. Zorunlu ömür boyu hapis cezası hükümlüleri ortalama 14 yıl, takdire bağlı ömür boyu hapis cezası hükümlüleri dokuz yıl civarında cezaevinde kalırlar.

2005 yılında, tehlikeli suçlular kavramını getiren Ceza Adaleti Kanunu 2003'te yürürlüğe girdi. Cinsel suçlar ve şiddet suçları failleri için kamunun korunması için belirsiz süreli hapis cezası (IPP) ve uzatılmış belirli süreli hapis cezaları kabul edildi. Yasada ömür boyu veya on yıl veya daha uzun süreli hapis cezaları gerektiren bazı suçlar için öngörülen zorunlu hapis cezasına ilişkin kurallar kabul edildi. 2002 yılında, kamunun korunması için belirsiz hapis cezaları ve uzatılmış hapis cezaları içeren bir dizi hüküm Adli Yardım, Suçluların Hapis ve Para Cezalarına Mahkumiyetine İlişkin Kanun ile yürürlükten kaldırıldı. Bu hükümlerin yerini, ikinci ciddi suç için öngörülen ömür boyu hapis cezası ve uzatılmış hapis cezası öngören hükümler aldı.

Bu yeni kuralların esası, kişinin daha önceden işlediği bir başka suçtan dolayı ömür boyu hapis veya süreli hapis cezasına mahkum edilmiş ve eldeki davaya konu olup Yasa'da belirtilen⁶ ve on yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suçu işlemiş olması halinde, mahkemenin ömür boyu hapis cezasına hükmetmesi gerekliliğidir. Suçlunun, hükümlülüğünün ilk beş yılı içinde serbest bırakılmasının mümkün olmadığı ömür boyu hapis cezası dikkate alınır. Hapis cezasının on yıl veya daha fazla olması durumunda hapis cezası dikkate alınır. Ancak, mahkeme, eldeki veya daha önce işlenen suça veya suçluya ilişkin spesifik şartlar tümüyle dikkate alındığında gayri adil bir sonuca yol açacağı kanaatindeyse ömür boyu hapis cezasına hükmetmekle yükümlü değildir. (Madde 224, ikinci suç için ömür boyu hapis cezası)

⁶ 2003 Ceza Adaleti Yasası'nın 15 B nolu listesinin birinci bölümünde sayılan, adam öldürme, insan hayatını tehlikeye atma niyetiyle ateşli silah bulundurma, silahlı gasp, ırza geçme, çocuklara karşı cinsel davranış ve terörizm gibi suçlar.

Suçlunun tehlikeliliğinin ceza üzerindeki etkisi yeni madde 226A'da bahsedilmektedir. Bu madde, mahkemenin, suçlunun yeniden suç işleyerek bireyle-
rin ciddi zararına yol açması riski taşıdığı kanaatine varması halinde, spesifik olarak belirtilen cinsel suçlar ve şiddet suçları ile ilgili olarak hükümlenilecek yeni uzatılmış hapis cezaları getirmiştir. Buna ek bir şart daha vardır. Ya mahkeme hali hazırdaki suçun en az dört yıl hapis cezası gerektirecek ciddiyette olduğu kanaatine varmalı veya eldeki suçun işlendiği zaman itibarıyla suçlu yasaca belirlenen bir suçtan mahkum olmuş bulunmalıdır. Bu koşullar gerçekleştiğinde, mahkeme, hükümlünün cezaevinde geçirmesi gereken hapis cezasına ve serbest bırakılmasından sonra denetimlik serbestlik altında olacağı uzatılmış hapis cezasına hükmeder. Serbest bırakılması üzerine, suçlu, denetimli serbestlik kararında ortaya konulan koşullara, bu uzatılmış hapis cezası döneminde uymak zorundadır. Bu dönem, şiddet suçları için beş, cinsel suçlar için sekiz yıla kadardır (Madde 226 (8) Ceza Adaleti Kanunu). Cezaevinde geçirilecek ve uzatılmış hapis cezasına ilişkin sürenin toplamının Yasa'da belirtilen cezanın üst sınırını geçmemesi gerekir.

Bu, gerçekten de mahkeme tarafından yapılan bir risk değerlendirmesi anlamına gelmektedir. Mahkemenin suçlunun tehlikeli olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Bu nasıl gerçekleşir ve mahkeme riski değerlendirirken hangi meseleleri dikkate almak zorundadır. 2008'den önce, gelecek suçlar hakkındaki risk değerlendirmesi esas itibarıyla önceki mahkumiyetlere dayanırdı. Önceki spesifik suçlara ilişkin mahkumiyet hükümlerinin varlığı tehlikeliliğin varsayılmasıydı. Bu artık geçerli değildir. Ancak önceki mahkumiyetler tehlikeliliğin değerlendirilmesinde hala çok etkilidir. 2008 Ceza Adaleti ve Göç Yasası'nın 17. maddesi ile değiştirilen Ceza Adaleti Kanunu'nun 229 (2) madde ve fıkrası hükmüne göre, mahkemenin, eldeki suçun niteliği ve şartlarına ilişkin elde edilen tüm bilgileri dikkate alması gerektiği gibi, daha önce mahkum edildiği suça ilişkin bu nitelikteki bilgileri de dikkate alabilir. Ayrıca, mahkeme, suçlu ve onun suçlarının bir parçasını oluşturan davranış şekillerini dikkate alabilir.⁷

⁷ kz.:www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_and_dangerous_ovd.enders/#a01

Almanya’da ömür boyu hapis cezası öldürme suçu için yasaca öngörülen zorunlu cezadır. Bu, Alman Ceza Kanunu’nda (Ceza Kanunu) bilinen tek zorunlu ömür boyu hapis cezasıdır. Diğer bütün ömür boyu hapis cezaları, ırza tecavüz, hürriyeti sınırlama, yangın çıkarma gibi suçtan zarar görenin ölümüne neden olan yirmi civarında suç için mahkemenin takdirine bağlı olmak üzere öngörülmüştür. İngiltere’de olduğunun aksine, bütünüyle cezaevinde kalacak hükümlüler bilinmezler. Tüm ömür boyu hapis cezası hükümlüleri prensip olarak erken tahliye imkanına sahip olmakla birlikte, daha sonra açıklanacağı üzere, erken tahliye kararı her zaman verilmez.

Hollanda’da ömür boyu hapis cezası, gerçekten de, tam bir hayat boyu cezadır. Bu ölene kadar cezaevinde kalmak demektir. Hollanda CK, erken tahliyeye ilişkin bir dizi kural içerir (Maddeler 14a ff)⁸. Ancak bu kurallar ömür boyu hapis cezası ile ilgili olarak uygulanamaz. Hollanda’da ömür boyu hapis cezalarının sayısının halen düşük olmasına karşın, ömür boyu hapis hükümlüsünün herhangi bir ümidinin olmaması veya ömür boyu hapis cezasının mahkeme tarafından yeniden ele alınmasının veya cezanın infazına devam edilmesi gerekip gerekmediği hususunun değerlendirilmesinin mümkün bulunmayışı üzerinde durulmalıdır. Geçmiş on yıllarda, bir dizi ömür boyu hapis cezası kararlarının, sadece maksimum yirmi yıl sabit hapis cezasının mahkemelerce yeterli görülmemesinden kaynaklandığı dikkate alınırsa, bu değerlendirme ihtiyacı bugün daha fazladır. Bugün, maksimum sabit hapis cezasının otuz yıla çıkarılması nedeniyle, hükümlenen ömür boyu hapis cezası kararlarının sayısı esaslı miktarda düşmüştür.

Kimisinde suçlunun cezasını azaltan nedenlerin varlığı dolayısıyla cezai tedbirlerin de eşlik ettiği Hollanda mahkemelerince verilen bir dizi ömür boyu veya uzun süreli hapis cezasına ilişkin kararlarda, yeniden suç işleme endişesi gerekçe gösterilerek ömür boyu veya uzun süreli hapis cezalarına hükmedilmiştir.

⁸ Detay için bkz, Peter J.P.Tak, The Dutch Criminal Justice System. Organization and Operation/ Hollanda Ceza Adaleti Sistemi. Organizasyon ve İşletim, WLP Nijmegen, 2008 Bl.11.

Hali hazırda tehlikeli suçluların cezalandırılmasına ilişkin yasal çerçeveden bahsetmiş bulunuyoruz. Şimdi, mahkeme tarafından tehlikeli olduğu değerlendirilmesinde bulunulan bu suçluların, cezaevinden salıverilmesi ve denetimli serbestliğe tabi tutulmasının incelenmesi gerekiyor. Hollanda, Almanya ve İngiltere’de tehlikeli suçluların tahliyesine ilişkin herhangi bir kural var mıdır?

Ömür Boyu Hapis Cezasına Hükmedilmesi Halinde, Gelecekteki Tehlikeliliğin Erken Tahliye veya Denetimli Serbestlik Kararlarına Etkisi

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, şartlı tahliye olanağı olmayan ömür boyu hapis cezasını, Anayasa’nın 3. maddesinde belirtilen insan saygınlığı yönünden etik dışı bulmuştur. Bu, ömür boyu hapis cezasına mahkum olan herkesin, uzunca bir süre cezaevinde kaldıktan sonra serbest bırakılmak zorunda olduğu anlamına gelmemekte fakat; bu kişilerin artık tehlikeli olmadıklarının değerlendirilmesi halinde ileriki bir tarihte tahliye olmaları yönünde en azından gerçekçi bir ihtimalinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir.⁹

Almanya’da ömür boyu hapis cezasına mahkum edilen bütün hükümlüler, onbeş yıl cezaevinde kalmaları sonrasında şartlı tahliye için başvurabilirler (Madde 57a CK). Şartlı tahliye kararı verilir verilmeyeceğine ilişkin süreç karmaşıktır ve bu karar şartlı tahliye mahkemesi olan *Strafvollstreckungskammer* tarafından verilir. Bu mahkeme, hükümlünün 15 yıl hapsedilmesinin, mahkumiyetine neden olan spesifik eylemi ile karşılaştırıldığında yeterince ciddi bir karşılık olup olmadığına ve CK’nun 57 (1,2) maddelerinde ifade edildiği üzere suçlunun toplum için risk oluşturmaya devam edip etmediğine karar verecektir.

Mahkeme 5 yıl hapis cezasının yeterli olup olmadığına nasıl karar verecektir? Federal Anayasa Mahkemesi, asıl cezayı veren mahkemenin, suçlunun suç tarihinde asli kusurlu olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğuna karar vermiştir.¹⁰ Hükümlünün asli kusurlu olmadığı kanaatine varılırsa, mahkeme kararını yoğunlukla topluma karşı risk olgusuna dayandırabilir. Mahkeme 5 yıl hapis cezasının yeterli olup olmadığına nasıl karar verecektir?

⁹ Anayasa Mahkemesi, 21 Haziran 1977, BVerfGE.Bd 45 s.187 vd.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 03 Haziran 1992, BVerfGE.Bd 86 s.288 vd.

Federal Anayasa Mahkemesi, asıl cezayı veren mahkemenin, suçlunun suç tarihinde asli kusurlu olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğuna karar vermiştir.¹¹ Hükümlünün asli kusurlu olmadığı kanaatine varılmışsa, mahkeme kararını sadece topluma karşı risk olgusuna dayandırabilir. Mahkeme hükümlünün asli kusurlu olduğu kanaatine varmış ise, şartlı tahliye mahkemesi ayrıca suça ilişkin özellikleri ve hak yoksunluğu amaçlarını da dikkate almalıdır. Şartlı tahliye mahkemesi tahliye talebini reddederse iki yıl içinde yeniden başvuru mümkündür (Madde 57 (IV) CK). Şartlı tahliyeye ilişkin ilk başvuruyu, suçun ciddiyeti (*besondere Schwere der Schuld*) ve hükümlüdeki gelişmeler ışığında reddederken, mahkeme, hükümlünün yeniden şartlı tahliye başvurusu yapmak için daha kaç yıl cezaevinde kalmak zorunda olduğunda da karar verir. Bu hususta bir sınırlama yoktur. Ancak, genellikle bu beş yıldır.

Hükümlünün toplum için risk oluşturmaya devam edip etmediğine kim karar verir? Hükümlünün tahliyesi konusunda Adalet Bakanı veya Cezaevi Yönetimi söz hakkına sahip midir? Anayasa'nın 104 (2) ve 2 (2) maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özgürlükten herhangi bir mahrumiyete veya mahrumiyetin sona ermesine ilişkin olarak ancak hakim karar verir. Anayasa Mahkemesi, 30 Nisan 2009 tarihli kararı şu şekildedir 'Cezaevinde geçirilmesi gereken minimum sürenin bitimi sonrasında, cezaevinde kalmanın devamının gerekip gerekmediğine şartlı tahliye mahkemesi karar verir. Bu, ancak, mahkemenin kararının öngörüye dayalı temellerini bağımsız olarak açıklığa kavuşturması ve bunu üçüncü şahıslara (cezaevi müdürü, psikiyatrist bilirkişi gibi) bırakmamasıyla garantiye alınmış olur. Özellikle, mahkeme, tahliyenin içeriği ve sonuçlarını önceden belirleyerek, yürütmenin yargısal karar üzerindeki denmemiş ve muhtemelen yasadışı etkide bulunmasını engeller.'¹²

İngiltere'de 2003 Ceza Adaleti Kanunu öldürme suçu faillerinin şartlı tahliye hakkını kazanması için ne süreyle cezaevinde kalması gerektiğine ilişkin ilkeler belirlemiştir. Ömür boyu hapis cezasına hükmederken, mahkeme, hak etme ve pişmanlık gerekliliklerini karşılamak üzere şartlı tahliye öncesinde suçlunun cezaevinde geçirmek zorunda olduğu liste olarak adlandırılan mi-

¹¹ Anayasa Mahkemesi, 03 Haziran 1992, BVerfGE.Bd 86 s.288 vd.

¹² Anayasa Mahkemesi, 30 Nisan 2009 tarihli karar, NJW 2009, s.1941 vd.

nimum bir süre belirleyebilir. Cinsel saldırı da içeren birden çok öldürme, öldürme suçundan mükerrirlik, ciddi ihanet gibi bazı suçlar için mahkeme hükümlünün hiçbir zaman şartlı tahliye olamayacağına karar verebilir. Bu tam müebbet olarak bilinir. Tam müebbet, hastalık ve aşırı yaşlılıktan kaynaklanan insanî sebepler gibi istisnai durumlar haricinde, hükümlünün ölüncüye kadar cezaevinde kalması anlamına gelir. İngiltere’de de bu adla bilinen bir tam müebbet ceza, son zamanlarda Vinter ve diğerleri Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM’de şikayete konu oldu. Strasbourg Mahkemesi, ‘tam müebbet cezanın mahkemece her bir davanın gerçeklerinin dikkate alınarak mahkemece hükümlünün insani sebeplere dayalı tahliye başvurusu hakkının bulunması nedenleriyle insan hakları ihlaline yol açmadığına’ hükmetti.¹³

B. Uzatılmış veya Sabit Hapis Cezalarına Hükmedilmesi Halinde Erken veya Şartlı Tahliye Konusunda Tehlikeliliğin Etkisi

2012 Adli Yardım, Suçluların Hapis ve Para Cezalarına Mahkumiyetine İlişkin Kanun yeni uzatılmış hapis cezaları için tahliye düzenlemelerine ilişkin kuralları belirlemiştir. Hapis cezasının verilmesine neden olan suçun ciddiyetine bağlı olarak farklı tahliye düzenlemeleri uygulanacaktır. Liste 15 B’nin 1 ve 3. bölümlerinde yer alan suçları işlemiş olanlar veya suçu 10 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirenler, cezalarının 2/3’ünü cezaevinde geçirdikten sonra, Şartlı Tahliye Kurulu tarafından şartlı tahliye yönünden değerlendirilecek ve bu süre sonunda otomatik olarak tahliye edileceklerdir.

Liste 15 B kapsamında suç işlemeyen fakat işlediği suçun cezası on yıl hapis altında olan hükümlüler, hükmedilen hapis cezasının 2/3’ünü cezaevinde geçirdikten sonra otomatik olarak tahliye edileceklerdir (Madde 246A Ceza Adaleti Kanunu). Kural olarak, sabit hapis cezaları için tahliye cezanın yarısının çekilmesinden sonra mümkün olmasına rağmen, 2012 Adli Yardım, Suçluların Hapis ve Para Cezalarına Mahkumiyetine İlişkin Kanun’daki hükümlünün tehlikeliliği temelindeki düzenlemeler önemli rol oynar ve şartlı tahliyenin ertelenmesine ve daha uzun denetim süresi belirlenmesine yol açabilir.

¹³ 17 Ocak 2012 Başvuruların numaraları, (66069/09, 130/10 ve 3896/10).

Almanya’da hükümlünün tehlikeliliği erken tahliye konusunda etkili olabilir.

Kural olarak, kamu güvenliği yararı yönünden haklı olması ve hükmolunan cezanın 2/3’ünün cezaevinde geçirilmesi şartları gerçekleştiğinde tahliyeye şartlı tahliye mahkemesince karar verilir. Şartlı tahliye mahkemesi diğer hususların yanında, hükümlünün kişiliğini, önceki hayatını, suçun işlenmesine ilişkin şartları ve mükerrirlik halinde suçun ciddiyet düzeyini dikkate almak zorundadır. Tahliyesinden sonraki hükümlünün rehabilitasyonuna ilişkin öngörüler hükümlünün lehinde olmalı, ancak yeniden suç işlemesi riski bir ölçüye kadar kabul edilmelidir. Mahkeme şartlı tahliyeyi kabul ederken davranışsal nitelikte şartlar öngörebilir. Kural olarak bunlara uymamak şartlı tahliyenin iptaline yol açar.

Cezasının tamamını çektikten sonra hala toplum için tehlike oluşturuyorsa, hükümlü önleyici nitelikte olarak cezaevinde tutulabilir. Bu önlem Almanya’da oldukça tartışmalı olup raflar dolusu yayımlar yapılmasına ceza davalarına bakan en yüksek Federal Mahkeme *Bundesgerichtshof*, Anayasal davalara bakan en yüksek Federal Mahkeme *Bundesverfassungsgericht* ve son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok sayıda kararlar verilmesine neden olmuştur. Bu nedenle, önleyici hapis tedbiri konusuna bir ölçüde daha yakından bakalım.

C. Güvenli Önleyici Hapis

Pek çok Avrupa Ülkesinde, tehlikeli suçluların durumuna özgü düzenlemeler getiren kurallar vardır. Daha ileri açıklamaları gerektiren kamunun korunmasına ilişkin bir tedbir vardır: Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, Almaya ve Norveç gibi pek çok ülkede de bilinen ve düzenli gözden geçirme ve tahliye imkanı içermesine karşın, belki belirsiz ceza olarak nitelendirilebilecek olan güvenli önleyici hapis. Burada Danimarka, Fransa, Almanya ve Norveç’teki güvenli önleyici hapsi inceleyeceğim.

Danimarka’da tehlikeli olarak kabul edilen hükümlüler, güvenlik hapsine mahkum edilebilirler ve tehlikesizliği kabul edilecek zamana kadar cezaevinde

tutulabilirler.¹⁴ Tahliye edildikten sonra, beş yıl süreyle denetim altında kalırlar. Güvenlik hapsi bir belirsiz hapis cezasıdır. Pratikte, güvenlik hapsi esas olarak akli rahatsızlığı olan hükümlüler için kullanılır.¹⁵ Güvenlik hapsi ancak takip eden üç şartın gerçekleşmesi halinde kullanılabilir:

- Hükümlü öldürme (teşebbüs dahil), gasp, ırza tecavüz ve diğer ciddi cinsel saldırı suçları, ciddi şiddet suçları, ciddi tehdit suçları, yangın çıkarma suçlarından birinden dolayı mahkum edilmiş olmalıdır.
- Hükümlü, işlenen suçun niteliğinden ve özellikle sabıka kaydı olmak üzere hakkında kişiliğine ilişkin edinilen bilgilerden anlaşıldığı üzere başkalarının hayatına, sağlığına, vücuduna ve özgürlüklerine açık tehlike oluşturmaktadır.
- Önleyici hapis bu tehlikeden kaçınmak için gerekli kabul edilmelidir (Madde 70 CK).

Güvenli hapis cezalarının çoğunluğu, hükümlülerin psikiyatrik ve psikolojik tedavi gördükleri Herstedvester cezaevinde çektirilir. Ciddi cinsel suçların failleri psikoterapi görür ve anti-hormon ilaçlarıyla tedavi edilebilirler.¹⁶

Norveç'te durum biraz farklıdır. Norveç, 1985 yılında ömür boyu hapis cezasını kaldırmış olup, mahkemelerin verebileceği en yüksek hapis cezası 21 yıl olabilir. Bir suçlunun çok ciddi bir suç işlemesi halinde, hapis cezası toplumun korunması yönünden yetersiz ve suçlunun her an yeni bir suç işleme riski olduğu kabul edilir. Mahkeme, hükümlüyü güvenli önleyici hapse mahkum edebilir (*Forvaring*, maddeler 39c vd. CK 1902, 40 vd. CK 2005¹⁷).

Güvenli hapse ilişkin kurallar son zamanlarda 20 Ocak 2012 tarihinde kabul edilen Kanun'la çocuk suçlular hakkında güvenli hapis uygulamasıyla sınırlı

¹⁴ Bkz.: H. Hansen, Treating the “Untreatable” in Denmark: past and present/Danimarka'da “tedavi edilemezlerin” tedavisi, in/iletten: T. Millon ve diğerleri, (Editörler) Psychopathy. Antisocial, Criminal and violent Behavior/Psikopat davranış. Anti sosyal, ceza gerektiren ve vahşi davranış, Guilford Press New York 1998, s. 458-477.

¹⁵ Daha fazla detay için bkz., L. Langsted, P. Garde, V. Greve, Criminal Law/Ceza hukuku Denmark/Danimarka, DJO/f Copenhagen/Kopenhag, 2004, s.106-107.

¹⁶ H. Hansen, L. Lucke-Olesen, Treatment of dangerous sexual offenders in Denmark/Tehlikeli cinsel suç faillerinin tedavisi, Journal of Forensic Psychiatry, Cilt.8, 199, s.195-199.

¹⁷ 2005 CK, veri problemleri yüzünden 2017 yılına kadar 1902 CK'nun yerine geçmeyecek.

olarak yeniden gözden geçirilmiştir.¹⁸ Onlar için bu yöntem ancak sıradışı şartlar altında kullanılabilir. Utoya adasında Oslo hükümet binasındaki bombalı saldırı ile rastgele etrafa ateş açarak 77 kişiyi öldüren *Anders Behring Breivik* güvenli hapis cezasına mahkum edildi. CK'nun 39c (2005 CK md. 43) maddesine göre, güvenli önleyici hapse ilişkin cezanın tercihen 15 yılı ancak her halükarda 21 yılı geçmemek üzere sabit şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme, aynı zamanda, cezaevinde geçirilmesi gereken ve 10 yıldan fazla olamayacak bir süre belirlemelidir. Ancak, mahkeme, savcının güvenli önleyici hapis süresinin bitmesinden üç ay önce yapacağı başvurusu üzerine, hükümlünün yeniden suç işlemesi yönünde ciddi risk bulunduğu değerlendirildiği sürece güvenli önleyici hapis cezası beş yıl süreyle uzatılabilir. Bu, sabit hapis infazından sonra, hükümlünün yeniden ciddi suç işlemesinin önlenmesi için, özgürlüğün sınırlandırılmasına devam edebilir. Önleyici hapis cezası belirsiz süre ve çok ciddi durumlarda hayat boyu devam edebilir.¹⁹

Güvenli önleyici hapis, tehlikeli suçlular için öngörülen bir adli ceza olduğu gibi aynı zamanda kamunun korunması için bir önlemdir. Mahkemenin buna hükmedebilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gereklidir: (md.39c CK 1902, md. 40 CK 2005). İlk şart, genel kamunun korunması bakımından, yasal hapis cezası süresinin yetersiz olduğu değerlendirilmesidir. İkinci şart, işlenen veya işlenmesine teşebbüs edilen suçun, şiddet suçu, cinsel suç, yangın çıkarma veya kişilerin hayat, sağlık, veya özgürlüklerini ihlal eden veya onları tehlikeye atan diğer katalog suçlar kapsamında olmasıdır. Üçüncü şart, hükümlünün yeni bir ciddi suç işleyeceği yönünde yakın bir tehlikenin bulunmasıdır. Bu risk değerlendirmesi, uzmanlar tarafından yapılır. Risk değerlendirmesi için, hükümlünün davranışı ve onun sosyal ve kişisel fonksiyonları özellikle incelenmelidir.

Güncelliğini yitirmiş önceki önleyici hapis sistemi ile yer değiştiren hali hazırdaki güvenli önleyici hapse ilişkin Yasa 2002'de yürürlüğe girdiğinde,

¹⁸ www.Lovdata.no/all/tl-20050520-028-008.html. Bkz. CPT'nin 15 Aralık 2011 tarihli Norveç hükümetine sunduğu raporu, CPT92011)70 s.23-24 ve ABD Hukuk Kütüphane Kongresinin, Norveç Ceza Hukuku ve www.loc.gov/law/help/norway web adresinden erişilebilecek Temmuz 22,2011, Katliam, s.5-7

¹⁹ UN Committee against Torture/BM İşkenceye Karşı Suçlar, CAT/C/NOR?6-730 january/Ocak 2012, s.6-8.

hapis hem özel bir cezai yaptırım hem de ceza fonksiyonuna sahip idi. Özel cezai yaptırımın esaslı özellikleri, toplumu yeniden ciddi suçlar işleme riski bulunanlardan koruma amacı ve belirsiz uzunluktaki yaptırımdır. Günümüzde, cezai yaptırım unsurları ortadan kayboldu ve güvenli önleyici hapis artık sadece bir ceza olarak değerlendirilmektedir. Önleyici hapse ilişkin cezanın uzatılabilir ve bu suretle özgürlüğün hayat boyu sınırlanmasına yol açabilir oluşu nedeniyle, toplumun belirsiz süreli hak yoksunlukları suretiyle korunması ihtiyacı ile suçun ciddiyet düzeyi ile orantılı cezaya ilişkin felsefi talep arasında bir çatışma bulunmaktadır.²⁰ Ancak, bugüne kadar, Norveç'te güvenli önleyici hapis hiçbir zaman ömür boyu uygulanmamıştır.

Önleyici hapse ilişkin tasarımı hazırlayan hukuk komisyonuna göre, önleyici hapsin belirsiz niteliği, mahkumiyet tarihi itibarıyla suçlunun başka bir suç işlemesi tehlikesinin ne kadar süreceğinin tahmininin mümkün olmaması nedeniyle kabul edilmiştir.²¹ Diğer gerekçe ise, önleyici hapse veya cezanın uzatılmasına hükmetmek için önemli sebepler bulunması gerekliliğidir. Bir hükümlü, cezaevinde bulunması gereken minimum süre geçtikten sonra yılda bir kez geçici tahliye talebinde bulunma hakkına sahiptir (md.39f CK 1902, md 44 CK 2005). Geçici tahliye talebi, hükümlünün artık toplum için tehlike arz etmediği kanaatine varılırsa kabul edilebilir. Denetim süresi bir yıl ila beş yıl arasındadır. Mahkeme geçici tahliye kararını davranışsal ve diğer şartlara bağlayacaktır (md. 39g CK 1902, md. 45 CK 2005). Şartlara uymama şartlı tahliyenin geri alınmasına yol açacaktır.

2008'de, bir uzman komite (Mæland Çalışma Grubu) tarafından önleyici hapis sisteminin yapılan bir değerlendirmesi, önleyici hapse tabi tutulan hükümlülerin geçici tahliyesi ile onların geçici tahliye için kademeli olarak hazırlanması sisteminin tatmin edici olmaması ve önleyici hapis hükümlülerinin

²⁰ Bkz. B. Johnson, SForvaring-fra saerreaksjon og 'straff' til lovens strengeste straff:Ett skritt frem eller et tilbake?
Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab,2011,98e argang nr 1 s.2-16(Önleyici hapis-güvenlik tedbirinden en ciddi cezaya).

²¹ Ot.prp.nr.87(1993-1994)om lov om endringer i straffeloven m.v.(strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner,section 8.7.3)(Akli bozuklukları olan suçlular için tedbir veya ceza)

topluma tahliye sonrasında yeniden intibakının daha zor olması nedenleriyle sorunlu bir husus olduğunu göstermiştir. Ayrıca, komitenin raporu, büyük bölümü ciddi kişilik bozukluklarına sahip kişiler olarak sınıflandırılan bu kişilerin davranışlarını topluma artık risk oluşturmayacak düzeyde değiştirme yeteneğine sahip olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmıştır.²² Pratikte, davaların önemli miktardaki kısmında, mahkemeler, yeterli ilerleme gösterilmediği gerekçesiyle cezaevi yönetimi ve denetimli serbestlik birimlerince aksi yöndeki önerilere rağmen, güvenli önleyici hapse mahkum edilen suçluların tahliyesi veya şartlı tahliyesi yönünde karar vermişlerdir.²³

Anders Behring Breivik'in hiçbir zaman şartla tahliyesine karar verilmeyecek bir hükümlü olması beklenmektedir. 21 yıl sabit hapis cezasıyla birlikte önleyici hapse mahkum edilmiş bulunmaktadır. Berivik'in cezalandırılmasında, Oslo Mahkemesi, davranış uzmanlarının raporları ile kendisinin duruşma sırasındaki mahkemede kendi beyanlarına atıfta bulunmak suretiyle önleyici hapse gerek bulunduğu karar vermiştir. Breivik, önceki başbakanın kafasını kesmek ve daha aşırı şiddet içeren davranışları gerçekleştirmek gibi daha çok öldürme kabiliyetine sahip olduğunu bildirmişti. Mahkeme tarafından atanan uzmanlar, onun ciddi akli bozuklukları yüzünden gelecekte şiddet içeren davranışlarda bulunma riskinin çok yüksek olduğu sonucuna varmışlardır.²⁴

Sunumumun birinci bölümünde, bir dizi ülkede, bazıları daha çok yakın tarihte olmak üzere, hapis cezaları ve cezai yaptırımlar uygularken mahkemelere suçlunun gelecekte ciddi suç işleme riskini dikkate alma yetkisini veren düzenlemeler ve özel kuralların kabul edildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, erken tahliye ve şartlı tahliyeye ilişkin talepler hakkında karar verilmek zorunluluğu olduğunda, mahkemeler, kararlarlarını, başvuran tarafından gelecekte suç işlenmesi riskine ilişkin kendi değerlendirmelerinden bağımsız olarak verebilirler.

²² CAT/c/nor/6-7 op.cit. sayfa 7.

²³ CPT Raporu 15 Aralık 2011,CPT(2011)70 s.24.

²⁴ Kararın tamamı takip eden kaynakta yayınlanmıştır: www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Herer-hele-dommer-mot-Anders-Behring-Breivik.

III. BÖLÜM 2: AKLÎ BOZUKLUKLARI NEDENİYLE TELİKE ARZ EDEN SUÇLUNUN CEZALANDIRILMASINDA MAHKEMENİN SAHİP OLDUĞU OLASILIKLAR

Şimdi, akli bozukluğu nedeniyle toplum için tehlikeli olan suçluyu değerlendirirken mahkemenin hükmedebileceği güvenlik tedbirlerini incelememin sırası geldi. Neredeyse her ceza hukuku sisteminde mahkemeler hükümlülere yeniden suç işleme riski taşımaları nedeniyle psikiyatri hastanelerine gönderme olanağına sahiptirler. Pek çok ülkede bu tür hastanelere yerleştirme sınırlı süre ile olur. Ancak, Almanya gibi bazı ülkelerde, zaman sınırlaması yoktur (md. 63 CK). Bu bölümde, biri Fransa'da 2008'den itibaren kabul edilen önleyici güvenlik tedbiri, diğeri Hollanda'da 1928'den beri CK'da yer alan başkasına, başkasının güvencesine bırakma kararı olmak üzere iki güvenlik tedbirini tartışacağım.

A. Önleyici Güvenlik Hapsi

Fransa'da, önleyici güvenlik hapsi, hapis cezası sonrası güvenlik hapsi ve akli bozukluk nedeniyle azaltılmış ceza sorumluluğu konularındaki 2008 Yasa'sı ile kabul edilmiştir.²⁵ Bu Yasa, cezalarının infazı sırasında hükümlüler tarafından işlenen bazı çok ciddi suçlardan esinlenerek kabul edilmiştir. Yasa, mahkemeye, hapis cezasının infazından sonra güvenlik hapsine hükmetme yetkisini vermesi nedeniyle oldukça tartışmalıdır.²⁶

Bu tür hapis, ceza olarak değil ve fakat mahkumiyetlerine karar verilmesinden sonra yapılan incelemelerinde ciddi kişilik bozuklukları nedeniyle yeniden suç işleme yüksek riskine sahip olduğu değerlendirilen tehlikeli suçlular aleyhine hükmolunan cezai tedbirdir.

Önlem, hükümlünün yeniden suç işleme riski taşıdığı sürece yenilenebilir oluşu nedeniyle belirsiz uzunluktadır (madde 706-53-13 Ceza Usul Kanunu).

²⁵ Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental de 25 Février 2008.

²⁶ Bkz. J.Pradel, Une double révolution en droit pénal français avec la loi de 25 février 2008 sur les criminels dangereux, Recueil Dalloz 15, s.1000-1012 ve A.Wyvekens, La rétention de sûreté en France: une défense sociale en trompe-l'œil (ou les habits neufs de l'empereur), Déviance et société, 2010 s.503-525.

Yasa'nın çok tartışmalı bir bölümü bu önlemin geriye dönük olarak uygulanabilmesiydi. Başka deyişle, Yasa'nın yayınlanmasından önce işlenen suçlardan mahkum olan kişiler aleyhine de hükümlunabiliyordu. Yasa'nın bu bölümü, Anayasa Konseyi tarafından Anayasa'ya aykırı olarak kabul edildi.²⁷ 2008 Yasa'sı, mükerrirlik riskinin azaltılması hakkındaki 2010 Yasa'sı ile desteklenmişti.²⁸ Bu Yasa, diğer hususların yanında, hükümlün cezasının infazı sırasında akli bozuklukları ile ilgili olarak sosyal, tıbbi ve/veya psikolojik tedaviye tabi tutulmuş olması şartıyla ceza sonrası güvenlik hapsine mahkum edilebileceğini öngörüyordu.²⁹

Güvenlik hapsi kararının verilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi, önlemin, öldürme, ırza geçme, çocuğun kaçırılması gibi ciddi suçlar ile ağırlaştırıcı sebepleri gerektiren suçlar gibi katalog suçlara ilişkin davalar veya failin ciddi suçlardan mükerrir olduğu haller ile sınırlı olarak uygulanmasıdır. İkincisi, hapis cezasının en az onbeş yıl olması ve üçüncüsü mahkemenin (*Cour d'Assizes*) kararında önleme açıkça yer vermesidir.

Hükümlünün hapis cezasının infazının bitmesinden en az bir yıl önce, birden çok uzmanlık alanına ilişkin kişilerden oluşan güvenlik tedbirleri komitesinin hükümlüyü ve onun tehlikelilik durumunu incelemesi ve onun kişiliğinin yeniden ciddi suç işlemesi riskini ortaya çıkardığını beyan etmesi gerekir. Güvenli önleyici hapis bir yıl sürmekle birlikte uzatılabilir. Hükümlü üç ayda bir tedbirin devamına itirazda bulunabilir.

Alman Ceza Kanunu kamunun korunması ve tehlikeli suçluların yönetimi aracı olarak görülebilecek bir cezai tedbir içermektedir. Bu cezai tedbir önleyici hapis olarak adlandırılmakta olup 1933 tarihli Suçu Alışkanlık Edinmiş Tehlikeli Suçlular ve Bunların Rehabilitesine ve Önlenmesine İlişkin Tebirlere

²⁷ Bkz. Fransız Anayasa Konseyi'nin 21 Şubat 2008 tarihli kararı (Journal Officielle 26 Février 2008 s.3272.)

²⁸ Loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

²⁹ Bkz.: A. G. Robert, Loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé 2010-4pp 929 vd.

İlişkin Yasa ile kabul edilmiştir.³⁰ Hükümlünün toplum için hali hazırda ve açık bir tehlike arz ettiği kanaatine varılırsa hüküm asıl hapis cezasının infaz edilmesinden sonra uygulanmak üzere güvenli önleyici hapse (*Sicherungsverwahrung*) ilişkin bir hüküm de içerebilir.

1988'e kadar, mahkeme, takip eden üç şartın gerçekleşmesi ve kasıtlı suçtan bir yıldan daha fazla hapis cezasına mahkumiyet kararı vermesi halinde, önleyici hapse hükmetmek zorundaydı.

1) Hükümlünün bir yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı suçtan dolayı daha önce iki kez mahkum edilmiş bulunması,

2) Daha önce hapis cezası çekmiş veya en az iki yıl tutuklu kalmış olması,

3) Hükümlü ve onun davranışları hakkındaki kapsamlı bir değerlendirme, onun özellikle mağdurlara fiziksel veya mental zararlar veren ciddi suçlar işleme eğilimi (Almanca'da *Hang*) nedeniyle toplum için tehlike oluşturduğunu ortaya çıkarmış olması (madde 66 CK).

Mahkeme, ayrıca, hükümlünün suç işlemeye eğilimli oluşu nedeniyle daha önceden her biri bir yıldan fazla hapis cezası gerektiren üç kasıtlı suç işlemiş ve üç yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkum edilmiş olması halinde önleyici hapis kararı verme yetkisine de sahipti. Mahkemece kabul edilebilir bulunması veya hükümlünün yeniden suç işleme riskinin artık söz konusu olmaması halinde şartlı tahliye mümkün idi.

Önleyici hapis düzenlemesi, Franz von Liszt'in suçu alışkanlık haline getirenler hakkındaki görüşlerinden esinlenmiş idi. İki yönlü yaptırım sistemi (cezalar ve tedbirler) halen ciddi mükerrir suçlar işleyen kişilerden toplumu korumanın gerekli araçları olarak değerlendirilmektedir. Önleyici hapis, hapis cezasının infazı sonunda, hapis cezalarının infazından sorumlu mahkemenin, (*Strafvollstreckungsgericht*) hükümlü kişinin, tahliye edildiğinde ciddi suçlar işlemesi olası bulunup bulunmadığı konusunda uzman görüşü alması gerekli-

³⁰ Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung.

liği nedeniyle otomatik olarak infaz edilmez. *Strafvollstreckungsgericht*'nin yaptığı duruşmada hükümlü mahkeme tarafından atanan bir savunma avukatı tarafından temsil edilir. Gözden geçirme sonrasında önleyici hapis süresi iki yılda bir uzatılabilir. Bu, hükümlünün artık başka suç işlemesinin olası bulunmadığı kanaatine varılana kadar devam eder. Başlangıçta önleyici hapsin toplam süresi on yıl ile sınırlanmıştı.

Bazı ciddi şiddet suçları ile cinsel suçlardan mükerrirlik ve kamunun tepkisi nedeniyle 1998'de, hapis cezasının infazından sonra güvenlik nedeniyle hürriyetin kısıtlanmasının devamını mümkün kılan Cinsel Suç Failleri ve Tehlikeli Suçlular ile Mücadele Yasası³¹ kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu Yasa'nın kabulünden sonra, hükümlünün daha önceden üç yıldan daha fazla hapse mahkum edilmiş bulunması, yeni işlediği ciddi bir suç nedeniyle (ırza geçme ve çocukların cinsel yönden kötüye kullanılmasını da içeren) en az iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiş bulunması ve toplum için tehlike arz etmesi şartlarıyla önleyici hapse hükmolunabilmektedir. Önleyici hapsin on yıllık maksimum süresi yürürlükten kaldırılmış ve önleyici hapsin geriye etkili olarak hükmolunması mümkün kılınmıştır. Böylece hapis cezalarının infazı tamamlanmış tüm suçluların önleyici hapsi, on yıl ile sınırlı olmak yerine süresiz hale gelmiştir. Ancak, hapis cezalarının infazından sorumlu mahkeme, hükümlünün mağdura fiziksel veya mental zarar veren ciddi suç işleme eğilimi nedeniyle bir tehlikenin artık bulunmaması halinde, on yıl sonra önleyici hapsin infazını sonlandıracaktır (madde 67d (3) CK).

Bu Kanun, tahliye edilmesi gereken tarih itibariyle tehlikeli olarak değerlendirilen hükümlünün önleyici hapse mahkum edilmediği hallerde problem olmaya devam etmiştir. Bu problem, Alman Parlamentosu'nda tartışılmış ve yeni bir Yasa teklif edilmiş ancak Parlamento'dan geçmemiştir.³² Bazı Alman Federe Devletleri'nde, mahkemelere, hapis cezasına hükmedilmesi sonrasında ayrı bir yargılama ile önleyici hapis konusunda karar verme yetkisi veren Yasa

³¹ Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten of 26 Ocak 1998.

³² Detaylı bilgi için bkz.,O.Milde,Die Entwicklung der Normen zur Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Jahren von 1998 bis 2004,Verlag Dr Kovac,Hamburg 2006.

çıkarılmıştır. Bu, *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, olarak adlandırılan geriye etkili önleyici haptir.³³

Başlangıçta, ömür boyu hapis cezası ile birlikte önleyici hapse hükmolunamıyordu. Ancak, erteli önleyici hapis hakkındaki 2002 Yasası'ndan beri³⁴, mahkemeler, erteli önleyici hapis ve ömür boyu hapis cezasına birlikte hükmedebilmektedir. Bu arada, geriye yürürlük ve süresiz önleyici hapis, bunların Anayasa'ya uygunluğu konusundaki Anayasa Mahkemesi'nin iki ayrı yargılamasında ciddi olarak eleştirildi. 2004 Şubat başlarında, Mahkeme, süresizlik ve geriye yürürlüğün Alman Anayasa'sının (*Grundgesetz*) herhangi bir hükmü ile çelişki içinde olmadığına karar verdi.³⁵

Bir hafta sonra, Mahkeme, federe devletlerin önleyici hapse ilişkin olarak yasa yapma yetkisine sahip olmadığına ve bunun Federasyon'un yasama yetkisinde olduğuna karar verdi.³⁶ 2004 Temmuz ayında, Federal Parlamento, CK'nun 66. maddesinde geriye etkili önleyici hapsi kabul etti.³⁷ Mahkeme, bir yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren hayata, vücut bütünlüğüne, kişisel özgürlüklere veya cinsel tercih hakkına veya diğer katalog suçlara ilişkin hükmolunan cezanın infazından önce, hükümlünün kamuya karşı tehlike arz ettiğine ilişkin delil ortaya çıkarsa önleyici hapse geriye etkili olarak hükmedebilir.

Geriye etkili Yasa ve geçmişteki suçlara uygulanabilir önleyici hapis Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına da konu olmuştur. M/Almanya davasında, Mahkeme, AİHS'nin beşinci maddesi kapsamında önleyici hapsin başlangıçta haklılığı bulunmasına karşın, on yıl geçmesinden sonra beşinci maddenin herhangi bir fıkrası kapsamında haklı olmadığına hükmetmiştir. Bu

³³ Önleyici hapsin yasal boyutu için bkz, A. Boetticher and J. Feest, German criminal and prison policy, in Peter J. P. Tak and Manon Jendly (Eds) Prison policy and prisoners'rights/A. Boetticher ve J. Feest, Alman Ceza ve Cezaevi Politikası, iletlen: Peter J. P. Tak ve Manon Jendly (Editörler) Cezaevi Politikası ve Hükümlülerin Hakları, WLP 2008, s. 361-365 ve J.Kinzig, Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter.Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung, Duncker & Humblot, Berlin 2010.

³⁴ Gesetz zur Einführung der vorbehaltene Sicherungsverwahrung vom 7 Juni 2002.

³⁵ BVerfG.Urteil 2.2.2004, BVerfGE.Bd.109, s.190 vd.

³⁶ BVerfG Urteil 5.2.2004, BVerfGE.Bd.109 s.133 vd.

³⁷ Gesetz zur Einführung der nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 28 Temmuz 2004.

özellikle, ulusal Mahkeme'nin hükümlünün akıl hastası olduğunu tespit etmemesi nedeniyle 5 (1)-e maddesi ve tahliyesinden sonra hükümlünün yeni ciddi suçlar işleyeceği tehlikesi konusunda açık bir tespitte bulunmamış olması nedeniyle 5 (1)-c maddeleri için de geçerlidir.

Ayrıca, Mahkeme, maksimum on yıllık önleyici hapis ile yer değiştiren ve süresiz bir dönem öngören Yasa'nın geriye etkili olmasının Sözleşme'nin cezanın geriye etkili artırılmasını yasaklayan 7. madde hükmünü ihlal ettiğine karar verdi. Almanya'da önleyici hapsin ceza değil cezai tedbir olarak değerlendirilmesine karşın, Mahkeme, önleyici hapsin etkisinin, psikolojik ve psikiyatrik bakım ve tedavi olmaksızın düzenli hapis olarak infaz edilmesi karşısında, ceza niteliğinde olduğu görüşüne vardı.³⁸

Haidn/Almanya³⁹ davasında, Mahkeme, geriye dönük önleyici hapsin, Sözleşme'nin 5(1). madde ve fıkrasının a'dan f'ye kadarki bentlerinden birine dayanması gerektiğine karar vermiştir. a) bendi gereğince meşru olması için, cezai mahkumiyet ile önleyici hapis arasında tespit edilen yeni suçtan kaynaklanan bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Geriye dönük hapis, bununla birlikte, mahkumiyet nedeniyle hükmolunan ve verilen hapis cezasına ek önleyici hapis niteliğinde değildi. Bu c) bendi kapsamında da meşru değildi. (önleyici hapis yargılama öncesi tutukluluğa eşit değildir, hükümlü hızlı şekilde hakim önüne çıkarılıp yargılanmaz) Meşruiyet e) bendi kapsamında da yoktur. Zira, objektif tıbbi uzmanlık raporuna dayanan gerçek bir akli bozukluk ta yetkili makamlar önünde kanıtlanmamıştı. Böyle bir durum olsaydı, hükümlü bir psikiyatri veya akıl hastanesine yerleştirilirdi. Mahkeme, bu nedenle, bu olayda önleyici hapsin 5. maddenin herhangi bir fıkrası kapsamında meşru olmadığına ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar verdi.

04 Mayıs 2011 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesi, önleyici hapsin her türünü Anayasa'ya aykırılığına ve Anayasa'nın 2. maddesi aracılığıyla 140 ve Anayasa'nın 2. maddesi aracılığıyla 20. Maddesi ile çelişki halinde olduğuna karar verdi. Mahkeme, önleyici hapse ilişkin mevzuatın, özgürlük ve tedavi

³⁸ M/Almanya davası (Başvuru no.19359/04) 17 Aralık 2009 tarihli karar

³⁹ Haidn/Almanya davası (Başvuru no.6587/04) 13 Ocak 2011 tarihli kararı

merkezli olacak şekilde 2013 Mayıs ayına kadar hükümet tarafından reforma tabi tutulmasına karar verdi.⁴⁰

AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına reaksiyon olarak yeni kurallar kabul edildi. 01 Ocak 2012'de, AİHS'nin 5 (1)-e (akıl hastası kişiler) maddesine uygun olarak geriye dönük önleyici hapsi meşrulaştıran *Therapieunterbringungsgesetz* (Terapi Amaçlı Barındırma Kanunu) yürürlüğe girdi. Bu, AİHM kararları nedeniyle tahliye edilmek zorunda ve fakat toplum için halen risk oluşturanlara uygulanabilecek tek Kanun'dur.

Ocak 2013'te, Almanya'da, erteli önleyici hapsin önemini daha da artıracak yeni bir Kanun yürürlüğe girecektir. Bu Kanun, Almanya'da yüksek riskli suçluların ileride yönetimi konusunda dönüm noktası olacaktır. Şüphe halinde, mahkemeler, ileride bir tarihte güvenlik hapsine hükmetme yetkisini saklı tutacaktır. Mahkemelere bu yetki verilmek suretiyle, Alman yasa koyucu, AİHM'nin mahkumiyet ve önleyici hapis arasındaki illiyet bağı bulunması gerektiğine ilişkin prensipleriyle uyum içinde olmayı ummaktadır.

B. Başkasının Güvencesine Bırakma Kararı

Almanya gibi Hollanda Ceza Kanunu da cezalar ve tedbirler arasında ayırım yapmaktadır. Cezalar cezalandırmayı, genel önleyici tedbirler ise suçlulara karşı toplumun güvenliğinin ve korunmasının desteklenmesini amaçlamaktadır. Sağlık hizmeti eşliğinde başkasının güvencesine bırakma kararı⁴¹ Hollanda Ceza Kanunu kapsamında esaslı ve en sıkı güvenlik tedbiridir. Bu tedbir, topluma geri dönüşlerini sağlamak amacıyla, akli bozuklukları olan suçluları hem hapsedmek hem de tıbbi, psikolojik ve psikiyatrik bakım ve tedavi altına almak suretiyle, toplumu koruma amacını taşımaktadır.⁴² Başkasının güvencesine bı-

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi. 2BvR 2365/09.

⁴¹ Hemşirelik hizmeti olmaksızın başkasının güvencesine bırakma kararı da mevcuttur. Bu karar başkalarının güvenliğini korumak amacıyla dayalı diğer şartlar ile birleştirilmiştir. (Md.38CK).

⁴² Hollanda başkasının güvencesine bırakma kararı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. :Peter J.P.Tak, *Essays on Dutch Criminal Policy/Hollanda Ceza Politikası Hakkında Makaleler*, WLP 2002, s. 175-207 ve Peter J.P.Tak, *Die 'Überlassung mit behördlicher Unterbringung'-Die niederländische Sicherheitsmassnahme gegen gefährliche Straftäter*, *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*,/Sağlık hizmeti eşliğinde başkasının güvencesine bırakma kararı, tehlikeli suçlular hakkında Hollanda güvenlik tedbiri)2011 s.296-314.

rakma kararı 1928’de kabul edilmiş olup, toplumu tehlikeli suçlulara karşı korumanın etkili bir yolu olarak değerlendirilmektedir. Daha önceden başkasının güvencesine bırakılan suçlular tarafından işlenen bazı çok ciddi suçlar nedeniyle, son zamanlarda, ceza mahkemesi tarafından toplumu tehlikeli suçlulara karşı korumak için hükmolunabilecek daha uygun tedbirler alınması talebi daha güçlü seslendirilmeye başlamıştır. 2005’te, bu nedenle, kararın etkililiği ve tahliye kuralları, Parlamento Araştırma Komitesi tarafından tartışıldı. Araştırmanın sonuçları, kararın güvenliğe ilişkin etkilerini iyileştirme amacıyla başkasının güvencesine bırakma ve tahliye sistemleri ile ilgili esaslı reforma gidilmesine neden oldu.

Hollanda ceza hukukunun esaslı bir prensibi, suçlanabilirlik olmadan ceza sorumluluğu olmayacağıdır. Ceza sorumluluğu olmadığı kabul edilen bir suçlu cezalandırılmaz. Ancak, toplum için tehlike arzetmesi halinde, mahkeme onun psikiyatrik bir hastaneye gönderilmesine karar verir. Mahkeme, akli arızası veya bozukluklarına rağmen, bir sanığın azaltılmış olsa da cezai sorumluluğu bulunduğu kanaatine varır ise, .başkalarının veya genel olarak kamunun veya mülkiyet haklarının güvenliğinin gerekli kılması ve en az dört yıl hapis cezasını gerektiren suçtan mahkum olması veya eylemin tehdit, taksirle ölüme neden olma gibi katalog suç oluşturması halinde, hapis cezasına ek olarak, zorunlu sağlık hizmeti içeren başkasının güvencesine bırakma kararı verir.

Cezanın suç atfedilebilme düzeyi ile orantılı olması gerektiği yönündeki prensip Hollanda ceza hukukunda uygulanmaz. Ceza verirken, mahkeme; suçlunun tehlikeliliğini dikkate alır. Bu nedenle, azaltılmış ceza sorumluluğu söz konusu olduğunda, mahkemeler, ciddi suçlarla ilgili olarak uzun hapis cezaları ile birlikte başkasının güvencesine bırakma kararlarına hükmedebilmektedirler. Ancak, bir sınırlandırma da vardır. Mahkeme, ömür boyu hapis cezasının amacına aykırı olması nedeniyle, bu ceza ile birlikte, suçluyu topluma geri dönüşe hazırlamayı amaçlayan başkasının güvencesine bırakma kararı vermez.⁴³

⁴³ Hollanda Yargıtayı 14 Mart 2006,N.J.2007,345 (Lucia de B)

Başkasının güvencesine bırakma kararı, ancak, suçluyu incelemiş bulunan iki davranış uzmanının görüşlerini sunması sonrasında verilebilir. Suçlunun böyle bir incelemeyi reddetmesi hali istisnadır. Mahkeme, davranış uzmanlarının raporlarıyla bağlı olmayıp kendi takdir yetkisini kullanarak karar verir⁴⁴. Kararın gerekleri, suçlunun psikolojik ve psikiyatrik bakım suretiyle tedavi edileceği özel veya devlet özel güvenli psikiyatrik kurumunda yerine getirilir (madde 37a CK). Hükümlü, başkasının güvencesine bırakma kararının yerine getirilmesi öncesinde hükmolunan hapis cezasını çekmek zorundadır. Psikiyatrik kurumların sayılarının sınırlı olması nedeniyle, hükümlüler kural olarak, tedavilerinin başlamasını beklemek zorundadırlar. Tedavileri sırasında hükümlüler hasta olarak sıfatlandırılırlar.

Başkasının güvencesine bırakma en fazla dört yıl sürer. Ancak, karar cinsel suç veya şiddet suçu nedeniyle verilmişse, mahkeme, savcılığın talebi üzerine, başkalarının güvenliği bunu gerektirdiği sürece bir defada iki yıl olmak üzere bu süreyi uzatabilir. Hükümlünün tedavi gördüğü psikiyatrik kurum yöneticisi, bir uzatmanın gerekli olup olmadığı konusunda gerekçeli bir görüş bildirir. Başkasının güvencesine bırakma kararı, her altı yılda bir, yakın zamanda edilmiş davranış uzmanları raporu ışığında, tümüyle yeniden gözden geçirilmek zorundadır. Mahkemenin uzatmaya veya bu talebin reddine ilişkin kararı, C. savcısı veya psikiyatri hastası tarafından Arnhem Temyiz mahkemesi'nin ıslah edileceklerine ilişkin dairesi nezdinde temyiz edilebilir. Bu daire üç hakim ve yargı üyesi olmayan iki davranış bilimi uzmanından oluşur.

Son yıllarda, psikiyatrik kurumlar büyük baskı altında kaldılar. Mahkemelerin başkasının güvencesine devretme kararlarının artmasına karşın haklarında bu karar uygulanan psikiyatrik hastalardan tahliye edilenlerin sayısı azaldı. Bu trendin temel sebebi, başta şiddet suçları ve cinsel suçlar olmak üzere ciddi suçların işlenmesindeki ve alkol ve uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle ciddi düzeyde akli bozuklukları olan suçluların sayısındaki artıştır. Bu faktörler, ortalama tedavi döneminin uzamasına yol açmıştır (sekiz yıldan dokuz yıla kadar). Uzun süreli tedaviye rağmen, bir dizi akli bozuklukları olan psikiyatri

⁴⁴ Hollanda Yargıtayı 20 Ocak 2009, LJN BF 2089.

hastaları toplumda tehlike oluşturmaya devam etmekte ve bu nedenle tahliye edilememektedir. Bu ısrarla tehlikeli olmaya devam eden psikiyatri hastaları için ek yapılar açılmıştır. Bu ek yapılarda, psikiyatrik tedavi düşük önceliğe sahiptir. Bu uzun süreli Psikiyatri hastaları için iyileşme şansı daha düşüktür. 12 yıldan fazla süre bu tedaviye tutulanlar kronik ihlal yapan psikiyatrik hasta haline gelme eğilimindedir. Psikiyatrik kurumlardaki hasta nüfusunun üçte birinin uzun süreli tedaviye ihtiyaç duyduğu tahmin edilmektedir. Uzun süreli tedavi ek yapılarının kurulmasıyla, başkasının güvencesine bırakma kararının pratikte ömür boyu hapis anlamına geldiği mahkemelerce ve psikiyatristlerce kabul edilmektedir.

Tedavi edilmesinden sonra artık toplum için tehlike oluşturmadığı değerlendirilen hastalar kademeli olarak serbest bırakılırlar ve sonucunda sağlık hizmeti şartlı olarak sona erdirilecektir. Sağlık hizmetinin şartlı sona erdirilmesi (madde 38g CK), psikiyatrik kurumda tedaviye tabi tutulmaktan tam bir özgürlüğe ve topluma geri dönüşe yumuşak bir geçiş olanağı sunmaktadır. Bir kademeli geçiş ve özgürlüklerdeki artış mümkün hale gelir. Şartlı serbestlik bir yıl sürer ve iki defaya mahsus bir yıl süreyle uzatılabilir. Sağlık hizmetinin şartlı sonlandırılması sırasında, başkasının güvencesine bırakma kararı halen geçerli olup mahkeme tarafından uzatılabilir. Şartlı sonlandırma, dokuz yıl sürecek denetim döneminde uyulması gereken davranışsal talimatlar ile birleşir. Bu dönemin sonunda, örneğin, psikolojik ilaçların kullanımını gözlemlemek gibi hastanın tedavisi, denetleme ve mükerrirlik olasılığını düşürmek suretiyle hastaya yardım etme olanağı artık yoktur. Yakınlarda yapılan bir araştırma göstermiştir ki, başkasının gözetimi altına alınmasına karar verilen ve nihayetinde serbest bırakılan cinsel suçluların mükerrirliği dokuz yılın sonunda denetleme ve kontrolün olmaması durumunda esaslı düzeydedir.⁴⁵ Bunların 30,5%'lik bölümü, onsekiz yıl sonra, yeniden sekiz yıl ve daha fazla hapis cezası gerekti-

⁴⁵ H.J.M.Schönberger en C.H.de Kogel, Kenmerken en recidivecijfers van ex-terbeschikkinggestelden met een zedendelict, Memorandum 2012-1, WODC Den Haag 2012, (Characteristics and figures on reconviction for sexual offences by former entrustment order patients)/(Başkasının Güvencesine Bırakılan Hastalar Tarafından İşlenen Cinsel Suçlar İçin Yeniden Mahkumiyet Sayıları ve Karakteristik Özellikleri.)

ren ciddi suç işlemişlerdir.⁴⁶ Dolayısıyla dokuz yılın sonunda dahi denetim ve kontrole devam edilmesi gerektiği düşünülebilir.

C. Hayat Boyu Denetim

Yakın tarihte, Hollanda Güvenlik ve Adalet Bakanı, başkasının güvencesine bırakma süresinin bitmesiyle serbest bırakılan hükümlülerin hayat boyu denetime tabi tutulmasını mümkün kılan bir kanun tasarısı hazırladı. Hali hazırda bu denetim süresi dokuz yıldır. Başkasının güvencesine bırakılan cinsel suçluların mükerrirliği konusundaki araştırmalar, yüzde otuzunun onsekiz yıl sonra dahi yeniden suç işleme riski bulunduğunu göstermiştir. Hapis cezalarını çektikten sonra halen yeni ciddi suçlar işleme riski taşıyan akli bozuklukları bulunan suçlular için İngiltere’de de hali hazırda hayat boyu denetim bulunduğu bilinmektedir. Hayat boyu denetimi amaçlayan ve hükmedilebilecek birbirinden farklı pek çok karar türü vardır. İngiltere’de akli bozuklukları olan suçlular için kısıtlama kararları,⁴⁷ ömür boyu hapis cezası infaz edildikten sonra tahliye edilen suçlular için öngörülen hayat boyu denetimli serbestlik, tehlikeli suçlular için bilgi verme yükümlülükleri ve sınırlandırmaya tabi hastaların durumları belirsiz uzunlukta olabilir.⁴⁸ Ülkelerin çoğunluğunda, cezaevinden tahliye sonrasındaki denetim kural olarak beş yılı geçmeyecek şekilde belirli bir süre ile sınırlıdır.

Sunumumun ikinci bölümünden çıkan sonuç, Strasbourg Mahkemesi’nin Alman *Sicherungsverwahrung* hakkındaki içtihat hukukunun, Danimarka, Fransa, Norveç ve Hollanda’da uygulanan benzer enstrümanları da etkileyebileceğidir. Hapis cezası infaz edilen hükümlüyü özgürlükten yoksun bırakmanın devamlı tehlikeliliği nedeniyle herhangi bir şekilde uzatılması, AİHS’nin 5. maddesindeki gerekçelerden birine dayanmalıdır. Hollanda’daki uzun süre psikiyatri kurumunda kalma, Norveç’teki 21 yıl hapis cezasının infazından sonra uygulanan güvenli önleyici hapis ve Fransa’daki güvenlik hapsi tartış-

⁴⁶ Schönberger ve Kogel, Kenmerken op.cit. s.36.

⁴⁷ Bkz. Reference Guide to the Mental Health Act 1983, Dept. of Health/1983 Akıl Sağlığı Kılavuzuna Referans, Sağlıkın Derinliği, TSO London, 2008, s.53 vd.

⁴⁸ D.Middleton, The requirements for notification by sexual offenders in England and Wales/ İngiltere ve Galler’de cinsel suç failerin bilgilendirme yükümlülükleri, UNAFEI Resource Materials Series/Kaynak materyaller serileri 72, Tokyo 2006, s. 60-70.

malı görünmekte olup AİHS'nin 5. maddesi ile çatışmaya sebebiyet verebilir. Devam eden tehlikelilik geçerli bir gerekçe değildir.

IV. BÖLÜM 3: TEHLİKELİ SUÇLULAR HAKKINDAKİ BAZI ESASLI SORULAR

Bir kısım ülke mahkemelerinin, ceza verirken ve ceza sonrasında hükümlünün yeniden suç işleme riski taşıması gerekçesiyle tahliyesini ertelemesi sırasında, mahkemelerin hükümlülerin gelecekteki suç işleme riskini değerlendirirken sahip oldukları bir dizi olasılıklara ilişkin sunumunun hemen sonrasında bazı sorular ortaya çıkmaktadır. Bu soruların üçü ile ilgili açıklamalar yapacağım.

1. Bu olanakların kullanımının ciddi suçlarda özellikle ciddi suçlardan mükerrirlik vakıalarında düşüşe neden olup olmadığı konusunda ulaşılabilecek bir araştırma sonucu var mıdır?

Daha önceki Avrupa'daki zorunlu hapis cezalarına ilişkin karşılaştırmalı hukuk raporumda, mükerrirlik ve ciddi suç işlemede zorunlu hapis cezalarının etkilerine ilişkin araştırmalar aramıştım. Mükerrirlik ile savaş konusunda zorunlu hapis cezalarını yakınlarda kabul eden hiçbir ülkede, zorunlu hapis cezalarının mükerrirliğe etkisi konusunda bir araştırma mevcut değildir. Kriminoloji literatürü, cezaevlerindeki nüfustaki ve hapis cezalarının uygulanmasının maliyetindeki büyük artışta⁴⁹ ve zorunlu hapis cezalarının sıkı şekilde uygulanması aleyhine yargı içindeki direnç gösterilmesinde⁵⁰ incelenilen yasal düzenlemelerin etkisini incelemektedir.

Zorunlu hapis, ikinci ciddi suç için öngörülen zorunlu müebbet hapis ve önleyici güvenlik hapsi, kamunun büyük kesiminde, sayısı azalmış ciddi suçların başa çıkılabilir ve sert ceza ve tedbirlerin suçluluğu azaltmakta etkili olduğu yönünde bir kanaat oluşturmuştur. Bu kanaat, güvenilir olmadığı gibi doğru bir

⁴⁹ Bkz.:Story of the prison population 1995-2009 England and Wales, Ministry of Justice Statistic Bulletin, July 2009/İngiltere ve Gallerde 1995-2009 cezaevi nüfusunun hikayesi, Adalet Bakanlığı Bülteni, Temmuz 2009 ve P.V.Tournier, L'impact de la loi 'Dati' renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Centre d'histoire sociale du XXe siècle. UMR CNRS 8058 juillet 200, s. 40.

⁵⁰ Tak, De minimumstraf opnieuw bezien, op.cit.s.36-38.

kriminolojik araştırmaya da dayanmamaktadır. Bu yanıltılmışlık doğrultusunda halk, yeniden ciddi suçlar işlendiğinde, daha sert yasaların kabul edilmesini talep edecektir. Kamu, toplumun tümüyle bir tehlike içinde yaşamasına karşın, bu tehlikenin ciddi suçların işlenmesinden çok daha fazla, trafik, hava kirliliği, yemekler ve hastalıklardan gelmekte olduğu yönünde bilgilendirilmelidir.

2. Hükümlünün cezasını çektikten sonra yeniden suç işleme riskini değerlendirecek güvenilir metodlar var mıdır?

Devam edegelen tehlikelilik riskini değerlendirmenin iki temel yolu bulunmaktadır. İlki, yapılandırılmamış kilinik karar yaklaşımı (UCJ). Psikiyatristler, psikologlar, ve diğer davranış uzmanları, akıl hastanesindeki kalmaları sırasında veya öncesinde hükümlüyü gözlem altına alırlar. Temel olarak bu gözlemden kaynaklanan kanaatle, mahkemeye, ne karar verilmesi gerektiği, tahliye ve şartlı tahliye konularında tavsiyede bulunulur. Avrupa'da geniş şekilde kullanılan riskin bu şekilde değerlendirilmesi yönteminin,⁵¹ yapılandırılmış profesyonel karar verme yaklaşımı (SPJ). ile karşılaştırıldığında, daha az güvenilir olduğu değerlendirilir. Bu risk değerlendirilmesi, deneysel olarak edinilen risk faktörleri ile tarihi ve dinamik risk faktörleri hesaplarına dayalı enstrümanlarını içeren standart incelenenler listesi değerlendirmesi suretiyle adli tıp uzmanları tarafından gerçekleştirilir. HCR-20 (Tarihi, Klinik Risk Değerlendirme Planı)⁵², CKL-R (Psikopat Davranış Gözden Geçirilmişler Listesi)⁵³ ve Şiddet Riski Tahmin Kılavuzu (VRAG)⁵⁴ gibi bir dizi incelenenler listesi vardır.

⁵¹ Bkz. the comparative research by/Karşılaştırmalı Araştırma, D.Giovannangeli, J-P. Cornet, C.Mormont, Etude comparative dans les 15 pays de l'Union Européenne:Les méthodes et les techniques d'évaluation de la dangerosité et du risque de récidence des personnes présumées ou avérées délinquants sexuels(Résumé) Liege, 2000.

⁵² R.D.Hare, The Psychopathy Checklist Revised,Toronto;Multi Health System 2003./Psikopat Davranış Kontrol Listesinin Gözden Geçirilmesi, Toronto, Çoklu Sağlık Sistemi 2003

⁵³ C.D.Webster et al.HCR-20:Assessing Risk for Violence (Version 2)Vancouver:Mental Health/Şiddete Başvuru Riski (Versiyon 2), Vancouver: Akıl Sağlığı, Law and Public Institute,Simon Fraser University,1997.

⁵⁴ V.L.Quinsey et al.,Violent Offenders:Appraising and Managing Risks/Şiddet Suçu Failleri:Riskin Değerlendirilmesi ve Yönetimi,Washington DC,American Psychological Association 2005.

Bu enstrümanlar, deneysel olarak (cinsel) şiddet davranışına ilişkin risk faktörlerine dayanarak geliştirilmiştir. Bazı risk faktörlerine dayalı risk değerlendirme enstrümanları, cinsel suçlular gibi bazı suçlular grubuna özgüdür. Hali hazırda, cinsel suçlular için 25'ten fazla risk değerlendirme enstrümanı vardır. Bunlardan Cinsel Şiddet Riski 20 (SVR 20), Cinsel Suç Faili Risk Tahmin Kılavuzu (SORAG), Cinsel Suç Faili İhtiyaç Değerlendirme Düzeyi (SONAR)⁵⁵ gibi cinsel şiddet suçluları için öngörülen beş enstrüman, yeniden suç işleme riskini değerlendirmek bakımından geniş şekilde uygulanmaktadır.

Bir dizi değerlendirme metodunun güvenilirlik ve geçerliliği bazen zayıftır ve ciddi geliştirilme ihtiyacı vardır. Bununla birlikte, mükerrirlik riskinin tahmininde risk değerlendirme enstrümanlarının kullanımı, pek çok subjektif unsur taşıyan salt klinik değerlendirmeden daha tercihe şayandır.⁵⁶

3. Gelecekte bir gün ciddi suçun işlenmesinden kaçınmak mümkün olacak mıdır? Güvenlik tedbirlerinin sadece halkı tatmin etmek amacıyla alınmasından nasıl kaçınılabilir?

Bu soruyu yöneltmenin pek çok sebebi vardır. Bunun bir önemli sebebi, suçluluğu ve özellikle mükerrirliği azaltmayı amaçlayan önemli sayıda yasa-ma faaliyetinin, suçluluğu ve mükerrirliği azaltmaya yönelik daha sert cezalandırmanın etkileri hakkındaki esaslı araştırmaların sonuçlarını ihmal ediyor oluşudur. Bu alandaki sayısız deneysel araştırmaların sonuçlarını özetleyen iki esaslı araştırma, uzun hapis cezaları ve hapisten daha fazla cezalandırıcı yöntemlerin mükerrirliği azaltmaya yol açmadığı sonucuna varmıştır. Bununla

⁵⁵ R.K.Hanson,A.Harris,The Sex Offender Need Assessment Rating(SONAR):A Method for Measuring change in risk levels.Ottawa:Dept of the Solicitor General of Canada./Cinsel Suç İhtiyaç Değerlendirme Düzeyi (SONAR). Ottawa:Kanada Adalet Bakanı Hukuk Müşavirliğinin Derinliği

⁵⁶ Bkz. e.g. M. Rettenberger, R. Eher, Predicting Reoffence in Sexual Offender Subtypes:A Prospective Validation Study of the German Version of the Sexual Offender Risk Appraisal Guide (SORAG) Sexual Offender Treatment 2007, Issue2/Cinsel Suçlu Alt Kategorileri ArasındaYeniden Suç İşlenmesinin Tahmini: Cinsel Suç Faili Risk Değerlendirme Kılavuzu Alman Versiyonunun Test Edilmesine İlişkin Beklenen Çalışma Cinsel Suç Failinin Tedavisi M. Rettenberger, S. J. Hucker, D. P. Boer, R. Eher, The Reliability of the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20): An International Review, Sexual Offender Treatment, 2009, Issue 2./ / Cinsel Şiddet Risk-20 (SVR-20)'nin Güvenilirliği: Bir Uluslararası Değerlendirme, Cinsel Suç Failinin Tedavisi

birlikte, algısal davranış programları bu azalmayı sağlamada başarılıdır.⁵⁷

Bu soruyu yöneltmenin diğer önemli sebebi, kimin gelecekte tehlikeli suç işleyeceği hakkında net bir tahminde bulunmanın imkansızlığıdır. Zayıf tahminler, sadece pek çok kişinin gereksiz yere hapsediliyor olabileceği değil, ayrıca kamunun korunmasında başarısız olmak anlamına gelir ve daha büyük endişeye yol açar.

SONUÇLAR

Genel sonuç, tehlikeli suçlular tarafından yeniden suç işlenmesi riskinin düşürülmesinin mümkün bulunmasına karşın, literatür ve araştırmalar göstermiştir ki yeni ve sert cezaların bu riskin düşürülmesine hizmet etmesi neredeyse imkansızdır. Bu sonuç, politika belirleyicilerin, suçluluğun kabul edilebilir düzeyde muhafazası ve tehlikeli suçluların topluma yeniden entegrasyonunu sağlamak amaçlarıyla, cezalarını çekmeleri sırasında, eğitim, sosyal, psikolojik, tıbbi ve psikiyatrik hizmet vermek yönünde ellerinden gelenin en iyisini yapmaları gerekmediği anlamına gelmez. Akli bozuklukları nedeniyle toplum için risk arz edenler için, cezalandırma zorunluluk değil tedbir olmalıdır. Tedaviye rağmen, doğru yapılan psikolojik ve psikiyatrik incelemelerin, suçlunun yeniden suç işleyeceğine ilişkin hali hazırda ve açık bir tehlike olduğuna ilişkin ciddi göstergeler olduğu sonucunu istisnaen doğurduğu durumlarda, özgürlükten yoksun bırakmanın devamı, bunun için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gerekliliklerini dikkate almaksuretiyle mümkündür.

Strasbourg içtihat hukukunun tehlikeli suçlular aleyhine uygulanacak güvenlik tedbirleri yönünden çok önemli olması nedeniyle İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları üzerinde yoğun olarak durdum. Güvenli önleyici

⁵⁷ D. L. MacKenzie, What Works in Corrections-Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents/ Rehabilitate Merkezlerinde İşe Yarayan Nedir- Suçluların Suç Oluşturan Eylemlerinin Azaltılması, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s.331-346 ve J.McGuire, Integrating Findings from Research Reviews, in: McGuire (ed.) Offender Rehabilitation ve Treatment-Effective Programmes, Wiley series in forensic clinical psychology, / Araştırmaların Gözden Geçirilmesi Suretiyle Tespit Edilen Hususların Entegrasyonu, İleten: McGuire (ed.) Suçlu Rehabilitasyonu ve Tedavi Etkili Programlar, Adli Klinik Psikoloji İçinde Wiley serileri, Chichester 2003, s.3-38. Bkz. ayrıca, H. Kury, M. Brandenstein ve T. Yoshida, Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen-Zur neuen Punitivität im Ausland (ABD, Finlandiya, ve Japonya), ZStW 2009, s.190-238.

hapse ilişkin Almanya aleyhine verilen AIHM kararlarından bazı sonuçlar çıkarılabilir:

- Mahkemece hapis cezasına ek veya onun yerine hükmolunan güvenli önleyici hapis, ‘mahkumiyetten sonra yetkili mahkeme tarafından hükmolunan hapis’ niteliğinde değerlendirilir (Md.5 (1)(a) AIHS).
- AIHS’nin madde 5(1)-a maddesinin amacı yönünden, cezayı veren mahkeme dışında bir mahkeme tarafından hükmolunan güvenli önleyici hapis mahkumiyetin gereklilikleri ile uyumlu değildir.
- Belirli bir anda, güvenli önleyici hapsin devamı nedeniyle önceki mahkumiyet ile özgürlüğün fazladan kısıtlanması arasındaki illiyet bağı zayıflayabilir ve başlangıçtaki hapsin amaçları ile çelişir hale gelebilir. Böyle bir durumda, özgürlükten mahrum bırakmanın devamı keyfi niteliğe bürünebilir.
- Sıradan hükümlülere yapılan muamele ile karşılaştırıldığında esaslı bir farklılık taşımayan özgürlük mahkumiyetinden ibaret güvenli önleyici hapis cezalandırıcı niteliktedir ve cezai tedbir olarak değerlendirilmez. Geriye yürümezlik ilkesinin (madde 7 AIHS) uygulanması gerekir.

SİBERALEMDE SINIR AŞAN NEFRET SÖYLEMLERİ KONUSUNDA AVRUPA DÜZENLEMELERİ: YASAL DÜZENLEMENİN SINIRLARI*

James BANKS**

Çeviren: Celalettin DÖNMEZ***

1. Sunuş

Eşitlikçi iletişim aracı olarak internet; sınırları aşma, mesafeleri kaldırma ve gerçek dünyadaki engelleri yok etme yeteneğine sahiptir.¹ Küresel, ademi merkezîyetçi ve interaktif özellikleri ile bilgisayar ağları; bilginin ve fikirlerin serbest şekilde dolaşımını engelleyecek hükümet düzenlemelerinden arı, teknolojik bir alan sunmaktadır.² Ne var ki, İnternetin muazzam gelişimine; internetteki içeriğin ve davranışların devlet, toplum ve özel aktörler tarafından giderek artan kontrolü eşlik etmiştir. Son zamanlarda Avrupa devletlerinin nefret içerikli propaganda yayınlarını suç olarak tanımlamalarını, kişilerin ırkçı ve yabancı düşmanlığı konulu materyallerin internet ortamında yayılması nedeni ile soruşturulmaları takip etmiştir.³

* Bu makale; 'European Regulation of Cross-Border Hate Speech in Cyberspace: The Limits of Legislation' başlığı ile 'European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice' Dergisinin 2011 yılında çıkan 19. Sayısında 1-13 sayfalar arasında yayınlanmıştır. Atıf için: Banks, J. (2011) 'European Regulation of Cross-Border Hate Speech in Cyberspace: The Limits of Legislation', European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 19: 1-13.

** İngiltere Sheffield Hallam Üniversitesi Kriminoloji bölümünde öğretim üyesi olup aynı zamanda Hallam Toplum Adaleti Merkezi'nde araştırmacıdır. E-mail: J.Banks@shu.ac.uk.

*** Hâkim, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, AB Proje Uygulamaları Dairesi Başkanı. e-mail: cdonmez@adalet.gov.tr

¹ D. R. Johnson and D. Post, 'Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace', Stanford Law Review, 48 (1996), 1367-1402.

² Ibid.; J. R. Reidenberg, 'Governing Networks and Rule-making in Cyberspace', Emory Law Journal, 45 (1996), 911-929; J. T. Delacourt, 'The International Impact of Internet Regulation', Harvard International Law Journal, 38 (1997), 207-235.

³ Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna, Hırvatistan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda, Norveç, Romanya, Rusya, Sırbistan, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık.

Bu makale, internet ortamında nefret söylemini yasal çerçevede düzenlemenin karmaşıklığını ele almaktadır. Ayrıca makale, interneti düzenlemede tek taraflı ulusal yasal düzenlemelerin yetersizliğini ve çok taraflı girişimlerin zorluğunu da göstermektedir. Makale ABD'nin ifade hürriyetine bağlılığının, Avrupa'nın dört başı mamur bir uluslararası düzenleyici sistem inşası yolundaki gayretlerini nasıl zayıflattığına dikkat çekmektedir. Makalede; teknoloji, eğitim ve yasal araçları kullanan vatandaşlar, iş dünyası ve hükümetten oluşacak geniş bir koalisyonun, Avrupa sınırlarının dışından kaynaklanan nefret söyleminin etkilerini sınırlamakta en etkin yaklaşım olabileceği ileri sürülmektedir.

2. Nefret Söylemi

2.1. Tanımlar

Hakkında devletler, akademisyenler ve kuruluşlarca farklı tanımlar verilen nefret söylemi tartışmalı bir kavramdır. Örneğin Coliver '*nefret söylemi*' ve '*nefret ifadesi*'nin, kötüleyici, aşağılayıcı, tehditkâr, mütecaviz ve/veya kişinin '*ırk, etnisite, tabiyet veya din*' ekseninde bir grupla bağlantısına bağlı tanımlanarak şiddete, nefrete veya ayrımcılığa teşvik eden bir ifade olduğuna işaret etmektedir.⁴ Weintraub-Reiter bu tanımlamayı '*ırksal, etnik, dini veya kadınlar; lezbiyenler veya homoseksüeller de dâhil olmak üzere diğer farklı gruplara karşı saldırgan, ırkçı, nefret dolu söylemleri*' de dâhil ederek genişletmektedir.⁵ Açık olan bir husus ise 'nefret söylemi' kavramının sürekli olarak geliştiğidir:

Geleneksel olarak bu kavram, herhangi bir ırksal, dini, etnik veya ulusal gruba karşı saldırgan nitelikli her türlü ifadeyi kapsamaktaydı. 1980lerde bazı kampus konuşmaları cinsiyet, yaş, cinsel tercihler, medeni durum, fiziksel görünüş ya da diğer kategorileri de kapsayacak şekilde bu kavramı genişletmiştir. İnsan Hakları İzleme Örgütü nefret söylemini; '*ırksal, etnik veya dini gruplara ve farklı azınlıklar ve kadınlara karşı saldırgan kabul edilebilecek her tür-*

⁴ S. Coliver, *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination* (London: University of Essex press, 1992), 363.

⁵ R. Wenraub-Reiter, 'Note: Hate Speech over the Internet: A Traditional Constitutional Analysis or a New Cyber Constitution?', *Boston Public Interest Law Journal*, 8 (1998), 145.

lü ifade açıklaması’ olarak tanımlamaktadır. Rodney Smolla ise bu kavramı *‘ırk, etnisite, din ve cinsel yönelim ya da tercihler temelinde sözlü saldırıları*’ içeren genel bir tanım olarak görmektedir. Tarihsel olarak nefret söylemi farklı tanımlara atfedilmiştir. 1920 ve 1930’ların başlarında nefret söylemi *‘ırk nefreti*’ olarak bilinmekteydi. 1940’ların başında ise bu kavram genellikle *‘grupların aşağılanması*’ olarak tanımlanmış ve bireylere hakaret konusunda koruma sağlayan hukukun gruplar için de genişletilip genişletilemeyeceği konusunda bir hukuki soruyu ortaya çıkarmıştır. 1980’lerde ise *‘nefret söylemi*’ ve *‘ırkçısöylem*’en yaygın terimler olmuştur.⁶

Bununla birlikte, internet ortamında nefret söylemi konusundaki akademik tartışmaların çoğunluğu, ırk ve yabancı düşmanlığına odaklanmıştır.⁷ Bu makaledetartışma, makalenin de amacı ile uyumlu olarak internet ortamındaki ırkçı ve yabancı düşmanlığı içeren içeriğin düzenlenmesine odaklanacaktır.

2.2. Ne Kadar Nefret?

İnternette anonim olabilme, anlık ve global etkili olma özelliği ile ekstremistler (aşırı uçlar) ve nefreti yayma arzusu olan kişiler için internet ideal bir araç olmuştur. Teknolojinin globalleşmesi, internet ortamında oluşan nefret gruplarının ve nefret eylemlerinin sayısının sürekli bir artış göstermesini beraberinde getirmiştir.⁸ Bilgisayarların fiyatının giderek ucuzlaması, kullanmaya hazır şekilde sunulması ve kullanımının kolaylaşması, bağınaz kişilerin propagandalarını yaymak için modern teknolojiyi kullanma fırsatını da artırmıştır.⁹ Ucuz ve engellere tabi olmayan yapısıyla internet, nefretin yayılması için yeni bir *‘mevzi*’ olmuştur.¹⁰ Saniyeler içinde, milyonlarca kişiye erişebilme

⁶ S. Walker, *Hate Speech: The History of an American Controversy* (Nebraska, University of Nebraska, 1994).

⁷ I. Nemes, ‘Regulating Hate Speech in Cyberspace: Issues of Desirability and Efficacy’, *Information and Communications Technology and Law*, 11, no. 3 (2002), 193–220; F. Brennan, ‘Legislating against Internet race hate’, *Information and Communications Technology and Law*, 18, no 2. (2009), 123–153.

⁸ B. Perry and P. Olsson, ‘Cyberhate: The Globalization of Hate’, *Information and Communications Technology and Law*, 18, no. 2 (2009), 185–199

⁹ Anti-Defamation League, *Hi-tech hate: Extremist use of the Internet* (New York: ADL, 1997)

¹⁰ Anti-Defamation League, *Combating Extremism in Cyberspace: The Legal Issues Affecting Internet Hate Speech* (New York: ADL, 2000)

imkânıyla internet önceden dağınık ve parçalı yapıdaki grupların kollektif bir kimlik oluşturma ve topluluk bilinciyle hareket etmeye yol açacak şekilde temas kurmalarına imkân tanımaktadır. Sonuç olarak, internet ortamında oluşan ‘*global ırkçı alt kültür*’¹¹, daha evvelindevarolan aşırı sağcı partilerin izole edilmiş ve birbirinden kopuk üyelerinin yerini almıştır.¹²

Nefret içerikli sitelerin değişken karakteri, doğru bir nicel belirlemeyi oldukça güçleştirmektedir. Bununla birlikte, sorunu sayılarla belirginleştirme girişimleri bu nitelikteki sitelerin alarm verici düzeyde büyüme gösterdiğini ortaya koymaktadır.¹³ Beyazların ırk üstünlüğünü savunan milliyetçi ve eski Ku Klux Klan örgütü üyesi Donald Black, Nisan 1995’te stormfront.org adresinden hizmet veren ilk aşırı uçtaki websitesini faaliyete geçirmiştir. Bu tarihten itibaren nefret içerikli sitelerin sayısı çok artmıştır. Bu sitelerin sayılarını tespate yönelik ilk girişimler, ‘Yüksek Teknoloji Ortamında Nefret’in hızla yayıldığı göstermiştir.¹⁴

Perry’nin nefret hareketi konusundaki ilk yayını 1997 yılında yaklaşık 120 nefret içerikli sitenin varlığını belirlerken¹⁵ Anti-Defamation League (ADL) bu kapsamdaki sitelerin sayısının 250 civarında olduğunu tahmin etmekteydi.¹⁶ Yeni yüzyılın başında nefret içerikli sitelerin sayısının 400’e ulaştığı kaydedilmiştir.¹⁷

On yıl sonra ise nefret içerikli sitelerin sayısının şaşırtıcı şekilde 8.000’lere çıktığı söylenmektedir.¹⁸ Irkçılar ve aşırı sağcı gruplar da kendi propagandalarını yaymak için Facebook ve Myspace gibi sosyal paylaşım ağlarını kul-

¹¹ L. Back., M. Keith and J. Solomos, ‘Racism on the Internet: Mapping neo-fascist subcultures in space’, in J. Kaplan and T. Bjorgo (eds.), *Nation and Race* (Boston: Northeastern University Press, 1998), 73–101

¹² Perry and Olson, ‘Cyberhate: the globalization of hate’, 190.

¹³ Ibid.; Simon Wiesenthal Center, *Digital Terrorism and Hate 2.0* (Los Angeles: SWC, 2008).

¹⁴ Anti-Defamation League, *Hi-tech hate: Extremist use of the Internet*

¹⁵ B. Perry, ‘Defenders of the Faith: Hate Groups and Ideologies of Power’, *Patterns of Prejudice*, 32, no. 3 (1998), 32–54.

¹⁶ Anti-Defamation League, *Hi-tech hate: Extremist use of the Internet*.

¹⁷ B. Levin, ‘Cyberhate: A Legal and Historical Analysis of Extremists’ Use of Computer Networks in America’, *American Behavioural Scientist*, 45, no. 6 (2002), 958–988

¹⁸ Simon Wiesenthal Center, *Digital Terrorism and Hate 2.0*.

lanmaya başlamışlardır.¹⁹ 200 milyondan fazla kullanıcısıyla sosyal paylaşım ağları, aşırı uçlar için fikirlerini ve inançlarını yaymak, başkalarını eğitmek ve gösteri ve yürüyüşleri yönlendirmek üzere önemli bir platform sunmaktadır. Doğal olarak, *'Myspace, YouTube ve özellikle Facebook gibi sitelere giderek daha fazla kişi erişim sağlarken, aşırı uçtaki kişiler de tamamen aynı ortamda bulunmaktadır.'*²⁰ İnternet siteleri, özel mesaj araçları, abonelerine elektronik mesaj ve postaları dağıtan uygulamalar ve e-posta iletişimi de aşırıcılar ve nefreti yayma arzusunda olan kişilere; retoriklerinin ve stratejilerinin propagandasını yapma, üye kazanma, organize olma ve biraraya gelme imkânını sağlamaktadır.

Daha da ötesi, internet tarafından sağlanan korunma 'tehdit veya taciz sözlerinin failinin, mağdura karşı gerçekleştirilen saldırı esnasında gerçek suç mahallinde bulunması gerekmemesi (hatta fail ile mağdur arasında 5000 millik mesafe de olabilir)' anlamına gelmektedir.²¹ İnternet ortamında gerçekleşen nefret söylemi, taciz, sindirme ve ayrımcılık eylemlerindeki artış, bu ortamdaki nefret gruplarının ve forumlar, bloglar ve e-postalar vasıtasıyla saldırılan bireylerin sayısının büyümesini yansıtmaktadır.²² İnternet ortamında nefret söyleminin polisçe sınırlı şekilde takip edilmesi, bu tarz faaliyetlerin iyice artmasına neden olmaktadır, öyle ki; ceza adaleti sistemi dahilindeki kurumlar bu suçları soruşturmakta yetersiz kalmakta ya da önemli bir kamusal öncelik olarak görmediklerinden zaman ve para harcamak konusunda isteksiz görünmektedirler. Böylece polis, internet ortamındaki nefret söylemi için, spesifik bir suç ihbar edilmedikçe çok nadiren harekete geçmektedir. Bununla birlikte, bahsedilen sorunlara rağmen her geçen gün daha fazla devlet, internet ortamında nefretin yaygınlaştırılması ve nefret söylemi konusunda yasal düzenlemeler yapmaktadır.

¹⁹ MailOnline, Facebook campaigners call for tougher controls on racist 'cyberhate' groups, Erişim Adresi: <www.dailymail.co.uk/news/article-1172799/Facebook-campaigners-tougher-controlsracist-cyberhate-groups.html> (12 Kasım 2009)

²⁰ C. McCarthy, Hate speech on Facebook: How much is too much?, Erişim Adresi: <news.cnet.com/8301-13577_3-10239926-36.html> (14 Şubat 2010)

²¹ J.E. Kaplan, M. P. Moss., M.L. Lieberman and S. Wessler, Investigating hate crimes on the Internet (Washington: Partners Against Hate, 2003)

²² Perry and Olson, 'Cyberhate: the globalization of hate', 190

3. Avrupa’da Devlet Düzenlemelerinin Sınırları

İnternetin coğrafi sınırlar bakımından belirsizliğine rağmen, Avrupa devletleri internet ortamındaki nefret söylemini düzenlemek maksadıyla siber dünyada sanal sınırlar oluşturma arayışında olmuştur. Ancak, egemenlik alanının sınırları ve devletlerin kanunlarını, diğer devletlerin egemenlik sahasına taşıyacak şekilde uygulaması halinde ortaya çıkacak ihtilaflar, internet ortamında suç içerikli materyaller hakkında yasal düzenleme yapma çabalarını engellemektedir. İfade özgürlüğü konusunda ülkelerin her birinin kendine has tarihi, felsefi ve anayasal gelenekleri olduğu dikkate alındığında, nefret kavramı konusunda ulusal kanunların çok farklılaşması sürpriz olmamalıdır.²³ Amerika Birleşik Devletleri [Anayasası] Birinci Değişikliği*, diğer ulusların nefret söylemi yaklaşımının aksine, Amerika orijinli web sitelerinden neşet eden nefret için önemli bir koruma sağlaması ile en dikkat çeken düzenlemedir.²⁴

Sanal aleme coğrafi sınırlar empoze etmeye çalışan ulus devletler ve ulusal sınırlarının ötesinden internete yüklenen materyallere karşı kendi kanunlarını uygulama yoluyla egemenlik alanlarını sınırlarının ötesine taşıma gayretinde olan Avrupa devletlerinin karşılaştığı zorluklar için *Yahoo! Davası* tipik bir örnektir.

Yahoo!, Inc v. la Ligue Contre le Racisme et l’Antisemitisme Davasında iki Fransız öğrenci örgütü, Yahoo’nun açık artırma sayfasında Nazi hatıra eşyalarını satışa sunarak Ceza Kanunu’nun 645-5. Maddesini ihlal ettiğini iddia etmiş ve İnternet Servis Sağlayıcısının Fransız hukukunu çiğnediği için soruşturma açılmasını istemiştir. Ceza Kanununun 645-1. Maddesi insanlığa karşı suçlardan sorumlu olan bir örgütün veya kişinin arma, amblem veya üniformasını giyen veya kamuya gösteren kişilerin bu hareketlerini ‘*halka, devlete*

²³ C. Harris., J. Rowbotham, K. Stevenson, ‘Truth, law and hate in the virtual marketplace of ideas: perspectives on the regulation of Internet content’, *Information and Communications Technology and Law*, 18, no. 2 (2009), 155–184

* Ç.N.: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası üzerinde ilk değişiklik 15 Aralık 1791 tarihinde gerçekleşmiş ve ‘First Amendment’ olarak adlandırılmıştır.

²⁴ Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünün, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükunet içinde toplanma ve şikâyete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır.

veya kamu güvenliğine karşı' ciddi bir suç olarak düzenleyerek yasaklamıştır.²⁵

İnternet sayfasının içeriği ABD'de oluşturulduğundan ve bu eylem ABD Anayasası'nın Birinci Değişikliği ile koruma altına alındığından *Yahoo!* bu davada eylemlerin Fransız yargı yetkisinin dışında olduğunu savunmuştur. Bu iddiaları reddeden Hakim Jean-Jacques Gomes *Yahoo!*'nun sorumlu olduğunu ve Nazi objelerini, hatıra eşyalarını, arma, amblem ve bayraklarını satışa sunan *Yahoo.com* açık artırma sayfasına 'Fransız vatandaşlarının' erişiminin engellenmesini kararlaştırmıştır.²⁶Gomes bu davada, yazılı normlara dayanmadan yargı yetkisi bahşeden etki temelli yargı yetkisi analizi yapmış ve Nazi hatıra eşyasının görselliğinin lokal etkisine ilaveten kasıtlı olarak gerçekleştirilen iletişimin, yargı yetkisinin varlığı için yeterli gerekçeler oluşturduğuna karar vermiştir. Yargıç Gomes, *Yahoo!* hizmet kullanıcılarının milliyetlerini bildirmemi ve coğrafi yer tespitini sağlayan teknolojinin birlikte kullanımıyla Fransız vatandaşlarının %90'ının filtre edilebileceğinin altını çizerek, bu şekilde Nazi ürünlerine ulaşımın azaltılabileceğini açıklamıştır. Üç ay içinde mahkeme kararına uygun şekilde hareket etmeme halinde *Yahoo!* her gün için 100.000 Frank karşılığı bir ceza ile karşılaşacaktı.

Bunun karşısında *Yahoo!*, Birleşik Devletler Kuzey Kaliforniya Bölgesi Bölge Mahkemesi'ne başvurarak Fransız mahkeme kararının uygulanmasının Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliğinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmiş ve mahkeme bu yönde bir karar vermiştir. Bu kararında mahkeme, mevzu bahis ifadenin [internet içeriğinin] belirli bir kişiye, örgüte veya kuruma karşı direk, inandırıcı bir tehdit içermemesi veya yakın bir zamanda gerçekleşmesi muhtemel olan yasadışı bir eyleme teşvik oluşturmaması halinde, kanunilik testini geçmiş olacağını ve Anayasanın Birinci Değişiklik düzenlemesi altında korunacağını açıklamıştır.²⁷Bölge yargıç Jeremy Fogel yabancı mahkeme

²⁵ *La Ligue Contre La Racisme et L'Antisemitisme (LICRA) and Union des Etudiants Juifs de France (UEJF) v. Yahoo! Inc. and Yahoo France*. İngilizce tercümesi için bkz.:www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm (5 Şubat 2010).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C.D. Van Blarcum, 'Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven', in I. Carr (ed.), *Computer Crime*, (Aldershot: Ashgate, 2009), 327–376.

kararlarının icrasının ‘milletlerarası nezaket kuralları’²⁸ uyarınca gerçekleştiği ve mahkemenin ‘sınırları içinde teminat altına alınmış ifade hürriyetinin etkisinin sınırlandırılması suretiyle, Birleşik Devletler Anayasası tarafından korunan hakları ihlal etmesi durumunda yabancı talebi icra edemeyeceğine’ karar vermiştir.²⁹ Temyiz üzerine Dokuzuncu Bölge Mahkemesi, [temyiz talebinde bulunan] Irkçılık ve Anti Semitizmle Mücadele Birliği ve Fransız Yahudi Öğrenciler Birliği ile davanın açıldığı yer arasında yeterli bir bağlantı olmadığından yargı yetkisinin dayanağı olmadığına karar vermiştir.³⁰

Mahkeme tarafından verilen açıklayıcı karar* için alternatif bir neden Birleşik Devletler Ticaret Odası ve bir kısım sanayi birlikleri tarafından ABD Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesine sunulan katılma dilekçesinde gösterilmiştir.³¹ Burada *Yahoo!*’nın ‘Amerika Birleşik Devletlerinde yerleşik bilgisayarlılardan İngilizce dilinde İnternet hizmeti sunan, hedef kitlesinin Amerikan vatandaşları olan’ bir Amerikan şirketi olduğu ve Fransız mahkemelerinin yargı yetkisinin olmadığı belirtilmiştir. Dilekçe, yargı yetkisinin varlığı için gerekli olan ‘minimum temas’ testinin *Yahoo!* İnternet sitesi için neden olumsuz olduğunu göstermektedir. Şöyle ki; ‘uhdesinde pasif internet sitesi olması bir şirketin, faaliyetlerini bilinçli olarak yönlendirdiğini ve yetkili mahkemenin buna göre belirlenebileceğini hukuki açıdan³² göstermez’. Dilekçe, Birleşik Devletler Kuzey Kaliforniya Bölgesi için yetkili Dokuzuncu Bölge Mahkemesinin yabancı mahkeme kararının icrasının ifade özgürlüğünü sınırlayacağı yönündeki kararını tekrarlamıştır: ‘*Soruşturma korkusuyla, şirketler ve birey-*

²⁸ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l’Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d at 1192 (“Amerika Birleşik Devletleri veya eyaletlerden herhangi birinin yabancı bir mahkeme kararına geçerlilik tanınması ‘milletlerarası nezaket kuralları’na bağlı olarak takdir edilecektir.”) (*Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 (1895)).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Yahoo! Inc. v. la Ligue Contre le Racisme et l’Antisemitisme*, 379 F.3d 1120, 1123 (9th Cir. 2004).

* Ç.N.: **Açıklayıcı karar**, Amerikan hukukunda tarafların sadece haklarını açıklayan ancak herhangi bir icrai hüküm ya da yaptırım içermeyen kararı ifade etmektedir.

³¹ Blarcum, *Internet Hate Speech*.

³² Brief Amici Curiae of Chamber of Commerce of the United States et al., *Yahoo! Inc. v. la Ligue Contre Le Racisme et l’Antisemitisme*, at 20 (9th Cir. 2002) (Case No. 01-17424) (quoting *Cybersell, Inc v. Cybesell, Inc.*, 130 F.3d 414, 418 (9th Cir. 1997)) (emphasis added by brief).

*ler herhangi bir ülkede yasadışı olarak görülebilecek içeriği kaçınılmaz olarak internette kaldırma baskısı altında olacaklar ve bu durum dünyadaki en kısıtlayıcı ülkelere, sunulan internet içeriğini fiili olarak yasaklama yetkisini bahsetme anlamına gelecektir.*³³

İnternet ortamında sınıraşan ifade özgürlüğünü düzenleme girişimleri konusunda kültürel çekişmeler *Yahoo!* olayında ortaya konulmuştur. Fagin'in belirlediği üzere; '*Amerika'nın dolaylı tekyanlılığı ve buna Avrupa'nın etki temelli yargı yetkisi tanımasından kaynaklı karşı duruşu arasındaki mesafe, kolektif menfaatin gelişmesine imkan vermemekte ve bu durumda ortak girişim için teknolojik gelişmeleri desteklemek durumundayız.*'³⁴ Devletlerin, ulusal hukuklarının sınırlarının ötesine etki etmesindeki başarısızlık, bir ülkede ortaya çıkan fakat etkilerinin başka yerlerde de görüldüğü nefret söylemi konusunda hukuki boşluğun devam etmesi anlamına gelmektedir. Nefret söylemi failleri bu nedenle, ulusal hukuk otoritelerinin bir şekilde gerçekleşen olay bazındaki işbirliği çabalarını engellemekte ve kimliklerinin tespitinden ve akabinde soruşturmadan kurtulmaktadırlar.

Bu tarz sorunlara eğilmek üzere Avrupa Konseyi, bilgisayarlar aracılığı işlenen suçlara dair ortak minimum standartları benimsemek amacıyla ulusal hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması ve siberalemdede işlenen nefret suçlarının soruşturmasında işbirliğinin sağlanması için bir protokol sunmuştur.³⁵ Bundan sonraki bölümde bu konu ele alınacaktır.

4. Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi: Uluslararası Uyumlaştırmaya Doğru mu?

1949'da 10 kurucu devlet ile kurulan Avrupa Konseyi, 2010 yılı itibarıyla 47 üyeye ulaşmıştır. Avrupa Konseyi, demokrasiyi korumak ve insan hakları ihlallerini önlemek için antlaşmalar vasıtasıyla uluslararası koordinasyon ve

³³ Ibid. at 11.

³⁴ M. Fagin, *Regulating Speech Across Borders: Technology Vs. Values*, Erişim Adresi: <www.mttl.org/volnine/Fagin.pdf> (5 Şubat 2010).

³⁵ Council of Europe, '*Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of racist and xenophobic nature committed through computer systems, CETS 189*', Erişim Adresi: <conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/189.htm> (5 Şubat 2010).

işbirliğini geliştirmektedir. Ancak, anlaşmalar üye devletler tarafından imzalanıp onaylanmadıkça hukuki bir etkiye sahip olmamaktadır. Avrupa Konseyi Sibir suç Sözleşmesi, Avrupa devletlerinin ulusal hukuklarını ve soruşturma tekniklerini uyumlaştırmak suretiyle bilgisayar kaynaklı suçlarla mücadele-yi amaçlayan ilk çok taraflı anlaşmadır. Avrupalı olmayan devletler Konsey üyesi olamazken, birçoğu gözlemci statüsünde bulunmakta ve anlaşmaların kapsamı ve etkilerini genişletmek amacıyla Avrupalı olmayan devletler sıklıkla Konsey anlaşmalarına imza koymaya ve taraf olmaya davet edilmektedir. Çocuk pornografisi, fikri mülkiyet hakları ihlali ve sahtecilik de dâhil olmak üzere İnternet ortamında işlenen değişik suçlarla mücadele için çok taraflı bir çerçeve sunan Sibir suç Sözleşmesi ABD tarafından imzalanmış ve onaylanmış bulunmaktadır. Ancak, ABD'nin imzası ilk başta Sözleşmenin içinde yer alan fakat ABD'nin anayasasında korunan haklarla uyumlu olmayan İnternet ortamında nefret söylemiyle ilgili protokolün kapsam dışında bırakılmasıyla gerçekleştirilmiştir.

İnternet ortamında nefret söylemi ile ilgili ayrı bir protokolü hayata geçirmek için Avrupa Konseyi, imzacı devletlerin öncelikle bilgisayar sistemleri aracılığıyla işlenen ırkçılık ve yabancı düşmanlığı eylemlerini suç olarak düzenlemelerini şart koşmuştur. Protokol'ün tanımlamasına göre *'ırkçı ve yabancı düşmanlığı içeren materyal'* herhangi bir kişiye veya bireylerden oluşan gruplara karşı ırk, renk, soy, din ya da ulus veya etnik temele dayalı olarak nefret, ayrımcılık veya şiddeti savunan, destekleyen ya da teşvik eden fikirleri ya da teorileri temsil eden herhangi bir yazılı, görsel veya başkaca materyal' anlamına gelmektedir.

Protokol, bahsi geçen materyali ceza kapsamına almanın yanında Sözleşmenin suçlunun iadesi hükümlerinin kapsamını İnternet ortamında gerçekleştirilen nefret söylemini içerecek şekilde genişletmiştir.

2010 yılının başı itibariyle Sibir suç Sözleşmesinin Ek Protokolü 32 üye devlet tarafından imzalanmış ve 15'i tarafından onaylanmıştır.³⁶ Ne var ki

³⁶ Avrupa Konseyi, 'Siber Suç Sözleşmesi'nin Bilgisayar Sistemleri Üzerinden Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı İçeren Eylemlerin Cezalandırılması Hakkında Ek Protokolü', CETS 189, İmzacı Devletlerin Listesi İçin bkz.: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/>

ABD, Anayasasının Birinci Değişikliği'ne aykırılık içerdiği için Protokol'e taraf olmayacağını Konsey'e bildirmiştir. Nefret içerikli sitelerin çoğunluğu ABD kaynaklı olduğu için bunların yargı yetkisi konusunda dolaylı tekyanlılığa bağlılıkları oldukça sorunludur. ABD'nin, Avrupa ülkeleri ile suçluların iadesi konusunda iki taraflı sözleşmesi bulunmamaktadır ve bu nedenle nefret suçu işlemiş şüphelileri teslim konusunda ABD için bir yükümlülük söz konusu olamaz. Avrupalı ülkelerin ceza soruşturması için Amerikalı failleri teslim alamaması ve hukuk davalarının sonuçlarını Amerikan mahkemeleri nezdinde icra edememeleri, ABD'yi nefret söylemi failleri için güvenli bir barınak haline getirmektedir.³⁷ Bu şekilde, Avrupa'da bir internet sitesinin kapatılması sürekli bir sansür sonucu doğurmamaktadır. İnternet ortamında nefret söylemini soruşturmak ya da bir ülkede bir internet sitesini kapatmak girişimi, buna neden olan içeriğin ABD'de yerleşik bir kişi tarafından sunulması halinde sonuçsuz kalabilir ya da engellenen içerik ABD'deki bir internet servis sağlayıcının açtığı bir sitede yeniden erişime sunulabilir.³⁸

Ek Protokol övgüyü hak eden bir çaba olmasına rağmen, nefret söylemi konusunda gerçekte devletlerin farklı yaklaşımlarını gidermek ve nefret söylemini azaltmak konusunda bir yasal çerçeve oluşturmak yolundaki etkisinin sınırlı olduğu kuşkudan uzaktır. Avrupa Konseyi'nin internet ortamında gerçekleşen nefret söylemi konusunda çabaları, nefret söylemini yayanlar için güvenli bir liman sağlayan ABD Anayasasının Birinci Değişikliği tarafından etkisizleştirilmektedir. Avrupa ülkelerinde artan hukuki düzenlemeler, işbirliği ve koordinasyonun, nefret söylemini engellemekten ziyade sadece sunum yerinin değişmesi sonucunu ortaya çıkarması karşısında, bu konuda kanuni düzenlemenin tek başına etkili araç olmayacağı görülmektedir.

5. Siberalemde Nefret Söylemi Konusunda Hukuki Düzenlemenin Ötesi

Perry and Olsson'un doğru şekilde belirttiği üzere *'Siber nefretle mücadele-*

ChercheSig.asp?N T=189&CM=8&DF=17/02/2006&CL=ENG (11 February 2010).

³⁷ Blarcum, Internet Hate Speech.

³⁸ C. Wolf, 'Hate speech on the Internet and the law', erişim adresi: http://adl.org/osce/osce_legal_analysis.pdf (5 Şubat 2010).

*le konusunda kanun yalnız veya en etkin silah değildir.*³⁹ Detayları yukarıda verildiği üzere internetin tek taraflı veya çok taraflı hukuki düzenlemesindeki güçlükler Avrupa milletlerinin internet üzerinden nefretin etkin şekilde kontrolünü sınırlamaktadır. Bu nedenle, internet kullanıcılarının eğitiminin yanında kullanıcı ve hizmet sunucu tarafında teknolojik düzenlemelere başvurmak internet ortamında nefret söyleminin gönderim ve alımının en az seviyeye düşürülmesinde daha etkili bir araç olarak görülebilir.

5.1. İnternet Servis Sağlayıcılarının Kendi Düzenlemeleri

İnternet servis sağlayıcıları, internet kullanıcılarının zararlı içeriğe erişimlerinin ve bu tarz içeriğin etkilerinin sınırlanmasında önemli bir rol oynayabilir. Etik kuralları veya hizmet şartları anlaşmaları, internet servis sağlayıcılarına, kendi üzerlerinden sunulan içeriği görme ve kendi politikalarına aykırı zararlı ya da saldırgan içeriği kaldırma yetkisi tanımaktadır. Sonuç olarak, kullanıcıların hizmet sunum şartları hakkındaki anlaşmalarına uymamaları durumunda, internet servis sağlayıcıları içeriği silebilmekte veya hizmet sunumunu iptal edebilmektedir.

Bir takım internet servis sağlayıcıları nefret söylemini aktif şekilde düzenlemenin arayışı içinde oldular ve saldırgan materyalleri sunucularından (server) çıkartıp, aşırılık içeren (ekstremist) siteleri kapattılar. Örneğin, America Online bir Neo-Nazi internet sitesi olan Nationalist Online’ı, ırksal veya etnik saldırgan içeriği yasaklayan hizmet sunum anlaşmasını ihlal ettiği gerekçesiyle kendi sunucusundan sildi. Birleşik Krallık ve Almanya’da internet servis sağlayıcılarınca, nefret söylemini yasaklayıcı etik kuralları geliştiren sektör örgütleri oluşturulmuştur. Örneğin, Birleşik Krallık İnternet Servis Sağlayıcıları Birliği’nin Uygulama Kuralları, İngiliz internet servis sağlayıcılarının karşılamakla yükümlü olduğu ‘sunulan hizmetler ve promosyonel materyalin, çocukları istismar eden görüntü içeriği veya şiddeti, zalimlik veya ırkçı nefreti teşvik eden materyal içermemesini sağlamak için gerekli imkânları kullanacaktır.’ şeklinde açık rehberler kabul etmiştir.⁴⁰

³⁹ Perry and Olson, ‘Cyberhate: the globalization of hate’, 196.

⁴⁰ Code of Practice of the Internet Service Providers Association, ‘ISPA Code of Practice’ (İnternet Servis Sağlayıcıları Birliği Davranış Kuralları), Erişim Adresi: <www.ispa.org.uk/

Servis sağlayıcılarının kendi istekleri ile geliştirdikleri ve müşterilerin uymaya rıza gösterdiği davranış ilkeleri ABD Anayasası Birinci Değişikliğini dolanarak, ABD’den hizmet sunan ve internet sitelerini düzenlemek adına önemli bir araç sunmaktadır. Ancak ABD’nde bir sektörü tamamen kapsayan düzenleyici kuruluşlar bulunmamaktadır ve binlerce internet servis sağlayıcısının çoğunluğu nefret söylemine karşı bir düzenleme yapmamaktadır. Hizmet sunum anlaşmalarının çoğu oldukça dar düzenlendiğinden, aşağılayıcı ve hakaret içeren sözler yasaklansa da bu yasaklama, ABD Anayasası Birinci Değişikliği’nin düşünce özgürlüğü korumasında olan eylemlere tesir etmemektedir. İletişim Kuralları Kanunu’nun 230. Maddesi uyarınca internet servis sağlayıcılarına, kendi suncuları üzerinden sunulan içerik nedeniyle cezai sorumluluk yüklenemez. Bu nedenle internet servis sağlayıcılarının kendi kendilerine düzenlemeler getirmesi için çok az bir motivasyon unsuru bulunmaktadır. Daha da ötesi, içeriğin kaldırılması ticari menfaatler ve fiyatlarla bağlantılı olduğundan, çoğu servis sağlayıcı zararlı içeriği kaldırma noktasında istekli görünmemektedir. Sonuç olarak, nefret söylemi içeren sitelerin önemli çoğunluğu ABD’den hizmet sunduğundan, internet servis sağlayıcıları üzerinden uygulanacak teknolojik düzenlemeler Avrupa devletleri için ciddi sorunlar içermektedir.

5.2. Filtreleme

Alternatif olarak, Avrupa hükümetleri kendi ulusal kanunları ile uyumlu olmayan ve sınırları dışından hizmet veren internet sitelerini bloke etme arayışında olabilmektedir. İspanya hakimlere, İspanyol orijinli internet sitelerini kapatma ve kendi ulusal kanunları ile uyumlu olmayan ABD’den hizmet sunan internet sitelerine erişimi engellemeye yetki veren bir kanunu kabul etmek suretiyle böylesi bir yaklaşımı benimseyen ülkelerden biri olmuştur.⁴¹Hem erişimi engelleme hem de nefret içerikli materyali filtre etmek için kullanılacak coğrafi yer belirleme teknolojisinin uygulanması; kullanıcıların IP adreslerinin

about_us/page_16.html> (11 Şubat 2010).

⁴¹ J. Scheeres, ‘Europeans Outlaw Net Hate Speech’, Erişim Adresi:<www.wired.com/news/business/0,1367,56294,00.html> (9 Şubat 2010).

belirlenmesi yoluyla, hizmet sunucuları ve devletlerin, internette bilgi akışının kontrolüne imkan sağlayabilecektir.

Bireysel kullanıcılar, ateşduvarı (firewall) gibi özel yazılımlar kullanarak belirli söylemleri içeren siteleri filtre edebilir. Hâlihazırda, internet filtreleme amaçlı birçok ticari yazılım piyasadadır ve kolayca bilgisayarlara yüklenebilir. Örneğin 1998’de, ADL, nefreti teşvik eden siteleri engellemekle kalmayan aynı zamanda ırkçılığın mahiyetini ve bu tarz sitelerin neden reddedilmesi gerektiğini anlatarak kullanıcıları eğiten bir filtre yazılım programı olan Hatefilter’i piyasaya sunmuştur.⁴² Benzer şekilde, Surfwatch kumar sitelerinin ve açık cinsel içeriğin yanında nefret söylemini bloke ederken Bess and Cyber-Patrol da, anti-Semitic, ırkçı ve diğer nefret içerikli söylem şekillerine erişimi engelleyen filtreler sunmaktadır.

5.3. Eğitim

İnternet ortamında nefret söylemi karşısında bireysel çözüm arayışları, söz konusu materyale erişim konusunda sınırlı bir etkiye sahiptir. Ancak bireysel kullanıcılara sorumluluk yüklenmesi hem internet ortamında nefret söylemine karşı hoşgörüsüzlük kültürünü geliştirir hem de interneti ıslah etme gayretlerine katkı sağlar.⁴³ ADL, Simon Wiesenthal Merkezi ve Güneyde Yoksulluk Hukuk Merkezi (Southern Poverty Law Center) kamuoyunu internet ortamında nefret söylemi konusunda bilinçlendirmek amacıyla yüksek profilli birkaç eğitim faaliyeti düzenlemiş ve bu tarz içerikle mücadele için kamuoyuna stratejiler sunmuştur. Örneğin, ADL ebeveynler için internette nefret konusunu içeren ‘Çocuğunuza İnternette Güvenli Şekilde Bilgi Araması için Yardım Etme’ isimli kitap hazırlayarak, ebeveynlerin çocuklarına tartışma ve eğitim yoluyla internette nefret söylemini anlatmasını teşvik etmektedir.

5.4. İzleme

Kullanıcılar, güvenlik güçlerinin müdahalesine de yetki tanıyabilecek şe-

⁴² Anti Defamation League, ‘Hatefilter’, Erişim Adresi: <www.adl.org/hate-patrol/main.html> (11Şubat 2010).

⁴³ J. Bailey, ‘Strategic Alliances: The inter-related roles of citizens, industry and government in combating Internet hate’, Canadian Issues, Spring (2006), 56–59.

kilde internet içeriğini izleme ve sibernefret olayları konusunda ilgili makamları uyurma konusunda önemli bir rol oynamaktadır. Nefret söylemi acil yardım hatları, davranış kurallarını çiğneyen materyal konusunda internet servis sağlayıcılarını uyaracak veya sibernefret olayları veya siteleri ile ilgili olarak kanun uygulayıcılarının takip ve soruşturma başlatmalarını sağlayabilecek etkin bir araç haline gelmiştir. ADL ve Simon Wiesenthal Center gibi izleme kuruluşları hizmet sunum sözleşmelerine aykırı olan, nefret içerikleri, mesajlar ve materyalin belirlenmesi ve kaldırılması konusunda internet servis sağlayıcıları ile yakın şekilde çalışmaya devam etmektedir. ADL aynı zamanda içerik itibarıyla zararlı materyale dikkat çekme çabasında olmuş ve özellikle kamuoyuna internet ortamındaki nefret materyali ile ilgili bilgi sağlamada başarılı olmuştur. 2004 yılında Google, kullanıcıların arama sonuçlarında ekstremist sitelerin neden görüldüğünü açıklayan ‘nefret içerikli arama sonucu’ başlıklı bir linkle Anti-Defamation League’in (ADL) anti-semitik internet sitesi olan ‘Jew Watch’a erişim konusundaki endişelerine cevap vermiştir. Daha yakın bir zamanda YouTube nefret söylemi ile mücadele konusunda ADL tarafından kaleme alınmış bir rehberi ‘Kötüye Kullanma ve Güvenlik Merkezi’nde kullanıcılara sunmuştur.

6. Sonuç

İnternetin bir iletişim aracı olarak giderek büyümesini, aşırı sağcı ve ekstremist internet sitelerinin ve siberalemde nefret temelli faaliyetlerde aynı şekilde takip etmiştir. İnternetin sağladığı kimlik gizliliği ve yer değiştirme imkânı, soyut bir ortamda taciz ve nefret ifadelerini takipsiz ve geleneksel hukukun uygulama sahasının dışında bırakmıştır. Avrupa devletleri internet alanını klasik milli hukuk stratejisi doğrultusunda düzenlemenin arayışında oldular. Ne varki, internetin birden fazla ülkenin yetki sahasında oluşu, siberdünyaya coğrafi sınırlar getirme girişimlerini boşa çıkarmıştır. Yabancı ülkelere neşet eden nefret söylemini düzenleme konusunda tek taraflı girişimler yargı yetkisi ve kültürel açılardan çatışmaya yol açtığından, ulusal kanunları yabancı kuruluşlara uygulamak ciddi sınırlamalarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, anlaşmalarla ve supranasyonel kararlarla idare edilen uluslararası system, ulus devletler arasında düzenleme çatışmasını kaldıracak uygun bir araç sunacaktır.

Şu an için Avrupa Konseyi'nin işbirliğini sağlayacak girişimi, ABD'nin ifade özgürlüğü konusundaki [anayasal] taahhütleri nedeni ile ciddi şekilde etkisiz kılınmıştır. Yasal düzenleme konusunda ABD'nin tutumu azınlık görüşü olsa da, Avrupa'nın bu konuda etkin bir uluslararası düzenleyici sistem inşa etme çabaları bu dolaylı tek yanlılık nedeniyle zayıflamaktadır. Bu nedenle ABD, internet ortamında nefreti yayan birçokları için güvenli bir barınak sağlamaya devam etmektedir.

İnterneti tek taraflı veya çok taraflı ceza düzenlemeleri ile regüle etme girişimleri, internet ortamında nefret söyleminin etkilerini azaltmaya yeterli olmayacaktır. Bireysel kullanıcıları birbiri ardına soruşturmak da, internet ortamında nefret içerikli söylemi yayanları bunu yapmaktan alıkoymayacaktır. Bir ülkede kapatılan internet siteleri bir başkasında kolayca açılabilen ve dünya genelinde kullanıcıların erişimine açık kalabilmektedir. Daha da ötesi, internetin global özelliği, siber alemin hukuken bütüncül olarak düzenlenmesini imkansız kılmaktadır. Sonuç olarak, internet ortamında nefret söyleminin yayılmasını önleyecek ve bu tarz eylemlerin ortaya çıkaracağı zararları minimize edecek alternatifleri aramak gerekmektedir.

Hukuki müdahalenin; -izleme, internet servis sağlayıcı ve kullanıcı sözleşmeleri, internet kullanıcılarına yönelik yazılımlar ve acil yardım hatları- gibi teknolojik düzenleyici mekanizmalarla birleştirilmesi halinde internet yoluyla nefret söyleminin zararları azaltılabilir. Daha da ötesi, hukukun, teknolojinin, eğitimin ve rehberliğin itinalı şekilde entegrasyonu yoluyla; bilginin, düşüncelerin ve enformasyonun internette serbestçe dolaşımına olumsuz etki etmeden, internette nefret söyleminin yayılması ve etkisinin azaltılması sağlanabilir. Bailey'nin güzel şekilde özetlediği gibi *'bireyler, bireysel koalisyonlar, endüstri ve hükümetler arasındaki stratejik ittifakları kapsayacak geniş tabanlı girişimler, sibernefrete karşı somut ve halka hesap verebilir eylemler için sağlam bir temel oluşturur.'*⁴⁴ Böylesi bir ittifakın etkin şekilde işleyebilmesi için, hükümetler, iş dünyası ve vatandaşların hep birlikte internet ortamında nefret söylemini minimize edebilecek bireysel ve kolektif çözümlere odaklanması gerekmektedir.

⁴⁴ Bailey, Strategic Alliances, 58.

MADEN KULLANIM HAKLARININ GÜVENLİĞİ: SÜRE TAHDİTLERİ *

James OTTO**

Çeviren: Mehmet Zelkifli YILDIRIM***

ÖZET

Muhtelif ülkeler günümüzde lisanslamalara veya sözleşmelere dayalı yaklaşımlar yoluyla maden arama hakkını veya maden haklarını temin edecek maden kanunlarını veya düzenlemelerini geliştirmekle meşguldürler. Bu çabalarındaki bütüncü unsuru, maden arama ve işletme faaliyeti için temin edilen en uygun kullanım süresini belirleme işi oluşturmaktadır. Eski maden kanunlarının pek çoğu, küçük projeler için elverişli olmakla beraber, birçok büyük maden projeleri bakımından gerçeklerle bağdaşmayan görece kısa arama ve işletme süreleri öngörmektedir. Bu çalışmada yazar; büyük maden projelerindeki arama ve işletme sürelerinin on yıldan fazla bir süre istediğini; kısa arama ve işletme sürelerine yer veren maden kanunları ve politikalarının, büyük çaptaki madencilik yatırımlarını yıldırmaya yatkın olduğunu, düzenleyici idari makamların üzerine gereksiz bir yük yüklediğini ve projenin yerine getirilmesine engel olabileceğini iddia etmektedir. Arama ve işletme süreleri, arama faaliyetinin başlangıcından ticari üretimin başlamasına kadar devam eden süreçte geçen sürenin uzunluğu tasvir edilmek suretiyle, dünya çapındaki 50'yi aşkın maden ocağı dikkate alınarak ortaya konulmuştur.

* Bastida, Walde and Warden-Fernandez (eds.): *International and Comparative Mineral Law and Policy içinde*, s. 353-374 ©2005, Kluwer Law International. Hollanda'da basılmıştır.

** Bu makalenin yazarı olan James Otto, mühendis kökenli olmakla beraber, Denver Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktora çalışmasını 1982 yılında tamamlamış, Denver Üniversitesi Hukuk fakültesi, Lisansüstü Eğitim ve Araştırma bölümü, Tabii Kaynaklar ve Çevre Hukuku İleri Diploma Programları bölümünde Yönetici Profesör olarak çalışmıştır. Maden hukuku alanında uluslararası düzeyde pek çok yayını bulunan yazar, halen avukat ve ekonomist unvanlarıyla, serbest meslek mensubu olarak, özellikle maden hukuku, tabii kaynaklar ve çevre politikaları konularında, mevzuat, vergilendirme ve yatırım danışmanlığı gibi çeşitli hizmetler sunmaktadır. Kaynak: <http://www.ottomininglaw.com/CV.html>

*** Danıştay 8. Dairesi Tetkik Hâkimi

I. DÜZENLEYİCİLİKTEKİ İKİLEM

Her ülke, maden haklarının tahsisi konusunda kendi tutumuna sahiptir. Pek çok hükümet, maden arama, değerlendirme ve işletme faaliyetlerinin sonraya bırakılmadan bir an önce gerçekleşmesi doğrultusunda tutum geliştirmenin menfaatine olduğunu görmektedir. Kusursuz bir pazarda, arama zamanı ve yeri ile keşiflerin ticari faaliyet alanına sokulma zamanı hakkındaki kararları konusunda hükümetin şirketlere müdahalesi en az düzeyde söz konusu olacaktır. Nihai yatırım kararları genellikle pazarın hâkimiyeti altında olmakla beraber, hükümetler sık sık yatırım hadiselerinin zamanlamasını etkileyecek şekilde müdahil olabilmektedir.¹ Yalın bir şekilde ifade edersek, hükümetler çoğu kez “ya yaparsın ya da kaybedersin” şeklindeki politikalar yoluyla uygulamaya yön vermektedir.²

Arama ve işletme faaliyetlerinin gerçekleşme nispeti, kanunlar, düzenlemeler, sözleşmeler ve idari işlemler yoluyla uygulanan hükümet politikaları tarafından kısmen kontrol edilmektedir. İşletme faaliyetlerini daha hızlı hale getirmek amacıyla öngörülen tedbirlerin, şayet çok külfetli iseler, gerçekte işletmeyi geciktirebileceği hususu, politika belirleyici idari makamların karşı karşıya bulunduğu bir ikilemdir. Zira, politika belirleyicilerin şirketlerin işletme faaliyetlerini belli bir müddete bağlayan öngörülerini, her zaman yerinde olmayabilir. Şirketler, hükümetler tarafından gerçekçi olmayan müddet icaplarına mecburi bir şekilde maruz bırakıldıklarında, düşünülen yere yatırım yapmayı bırakıp başka yerlerdeki yatırım fırsatlarına yönelebilirler ya da tahsise konu kaynağın hak ettiği en uygun değerlendirme düzeyine çıkamayan acul yollara sürüklenebilirler.³

¹ Bu müdahale, özellikle madenlerin devletin mülkiyetinde olduğu hukuk sistemlerinde daha çok görülür. Diğer hukuk sistemlerinde ise bu durum, daha çok özel kişi maden sahibi ile maden arama veya işletme faaliyeti işiyle uğraşan şirket arasında kurulacak olan bir sözleşme ilişkisi yoluyla söz konusu olabilir. Bu ikinci durumla ilgili tartışma için *bkz.* Harries, 1994.

² Arama ve aramayı geliştirme faaliyetleri bakımından bütün hukuk sistemlerinde süre öngörülmüş değildir. Arama ve aramayı geliştirme faaliyetlerini sürelerle düzenlemek suretiyle doğrudan müdahil olmayı tercih etmeyen ülkelerin başını, Birleşik Devletler, Güney Afrika (reform sonrası), Peru ve Bolivya gibi önemli örnekler çekmektedir. Konunun daha kapsamlı işlenişi için *Bkz.* Otto ve Cordes.

³ Tanımlanmış faaliyetler bakımından kısıtlı süreler öngörülmesine yol açan “ya yaparsın ya

II. TİPİK MADENCİLİK PROJELERİNDE GEBELİK MÜDDETİ

A. Gebelik Müddeti

Bu çalışmanın amaçları bakımından “gebelik müddeti”, rezervin keşfi anından itibaren ticari üretimin başlaması anına kadar geçecek olan süreyi ifade etmektedir.

Eskiden gebelik müddeti haklı olarak kısaydı. Zira madencilik genellikle basit bir planlama, tasdik, ruhsat, finans ve pazarlama gerektirecek derecede küçük çaplı faaliyetlerden oluşuyordu ve arama işlemleri adeta maden cevher varlıklarının üzerini açmakla sınırlı bulunuyordu. Gebelik müddetinin eskiden ne kadar kısa olduğu hususu, madencilik tarihçiliğinin ortaya koyması gereken bir konu olduğu için, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.⁴ Bununla birlikte, 2 nci dünya savaşı öncesine kadar pek çok maden işinde üretim safhasına kadar devam eden gebelik müddetinin 10 yıldan az olduğunu söylemek haksızlık olmayacaktır.

Bugün için, orta ve büyük çaplı madencilik faaliyetleri bakımından gebelik müddeti kayda değer bir şekilde daha uzundur. Ulus aşırı madencilik şirketlerinin, arama çabalarını artık ekseriyetle altın haricindeki daha düşük gruplarda kalan birbirinden büyük çeşitli maden rezervlerine de yoğunlaştırmaları ve aramalarında gizli veya açık durumlardaki maden cevherlerini belirleme veya tanıma kapasitesine sahip arama araçlarıyla (jeolojik araştırmalar, tektonik ve yapısal yorumlama, havadan ve karadan yapılan jeofizik çalışmaları, akıntı tortusu ve toprak örnekleme, jeokimya, sondaj, jeolojik modelleme, vs) donatılmış karmaşık sistemleri kullanmaları, belli bir ilerlemeyi beraberinde getirmiştir.

Bir maden cevheri tanımlandıktan sonra, rezerv potansiyelini gösteren yeterli bilgi derlenecek, işletme muvafakatnamesi temin edilecek, ön fizibilite

da kaybedersin” kuralına zıt olarak, pek çok hukuk sitemi, özellikle ekonomileri sanayileşmiş olanlar, bazısının elde edilmesi birkaç yılı bulan bir ruhsat çeşitliliği uygulayabilmektedir.

⁴ 1800’lerin ortalarından 1980’li yıllara kadar açılan 200 civarındaki demir ve bakır madeni ocağı için öngörülen gebelik müddetleri hakkında ek bilgi için, *bkz.* Trocki, 1990. Sillitoe, 1995’te Asya-Pasifik bölgesinde keşfedilen rezervlere ilişkin öngörülen arama müddetleri hakkında bir çalışma yayımladı. O çalışmada varılan sonuçlar ile bu çalışmamızda Tablo 1’de verilen süreler, hemen hemen örtüşmektedir.

ve güvenilir fizibilite ile mühendislik etütleri hazırlanacak, çeşitli idari makamlardan izinler alınacak, mali kaynak ayarlanacak, müşteriler sıralanacak, ilgili menfaat gruplarıyla görüşmeler yapılacak, çevresel etki değerlendirmesi hazırlanacak ve en son maden ocağı inşa edilecektir.

Büyük ana metal madencilik faaliyetleri bakımından, arama işleminin başlangıcından ticari üretimim başlaması anına kadar 10 yıldan az bir gebelik müddetine rastlamak, zaman içinde neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

B. “Tipik” Maden Projesi Halkaları

Büyük ana metal projelerindeki arama ve işletme halkalarının tipik dizilimi Figür 1’de verilmiştir. İdeal olarak kabul edilen dizilim; arama ve işletme faaliyetlerinin, başlangıcından itibaren daha belirgin ardışık konumlar boyunca ilerleyerek, 13 yıllık bir süreye uzanacağı varsayımı üzerine kuruludur. Gerçekte ise, madencilik örneklerinin birçoğu, idealize edilen bu halden önemli bir şekilde sapabilmektedir. Önceden var olan kimi bilgilerin (mesela rezerv keşfedilmiştir ve yıllardır bilinmektedir) gebelik müddetinin kısa tutulmasını mümkün kıldığı pek çok halde, bir araya gelen bazı faktörler (çetin coğrafi şartlar, siyasi gelişmeler, ruhsatlama, mali sıkıntı, metalürjik sorunlar), gebelik müddetini numunede gösterilenin ötesinde uzatacaktır.

C. Maden Gebelik Müddetlerinin Cetvellendirilmesi

Geniş çaplı maden gebelik müddetleri için tipik bir ortalama belirlemeye dönük çalışmada bir yazar, 20 ülkeden 50’yi aşkın maden yönünden geçmişteki arama ve işletme profillerini özetleyen bir derleme yapmıştır (bkz. Tablo 1).⁵ Bu çalışmada verilerin üç farklı kaynaktan geldiği görülmektedir: Maden şirketleriyle kurulan kişisel irtibatlar,⁶ kitaplardan çıkarılan geçmişteki vaka bilgileri ve 1991 yılından bu yana Maden Magazin Dergisinde yayımlanan makalelerin taranması.⁷

⁵ Tablo 1’de sıralanan her bir örneğe ait arama ve aramayı geliştirme dönemlerinin geçmişi ile gebelik müddetleri belirlenirken kabul edilen öngörüler hakkında daha fazla bilgi için *bkz.* Otto 1995.

⁶ BHP, CRA, TECK, MIM ve Anglovaal.

⁷ Buradaki derlemede illa istatistiksel olarak temsil edici bir örnek set oluşturmak amaçlanmış değildir. Belli bir kaynaktan elde edilen bilginin, aramanın başladığı yaklaşık tarihi belirt-

Figür 1. Büyük ölçekli maden ocakları bakımından arama ve inkişaf ortalaması

Süre (Yıllar)	Madencilik Safhası	Saha Büyüklüğü (Azami)
0 1	1. Fikir <ul style="list-style-type: none">Literatür AraştırmasıUygun alanların seçimiBaşlangıç alan çalışması	1.000.000 km ²
2 3 4	2. Keşif <ul style="list-style-type: none">Zemine ilişkin jeolojik, jeokimyasal ve jeofizik etütler	100,000
5 6 7 8	3. Hedef değerlendirme ve Buluculuk <ul style="list-style-type: none">Yüzey incelemeleriAhali ile görüşmeleri başlatma3B Yüzey altı ModellemesiFizibilite çalışması/çalışmaları	<10,000 <1,000
9 11 11	4. İnkişaf (Aramayı Geliştirme) <ul style="list-style-type: none">Ruhsat (Gelişmiş ülkelerde 7-10 yıla kadar)İnkişaf ve tesisleşmeHalkla ilişkiler/Katılım planı	
13	5. Üretim ve Islah (Geri kazandırma) <ul style="list-style-type: none">10 ve 30 yıl veya daha fazla	

Kaynak: Eggert, 1987, s. 11'den alınan veriler Otto tarafından uyarlandı.

52 maden örneğine bakılarak gebelik müddetinin bir ortalamasını belirlemeye yönelik bir teşebbüse şimdiye kadar hiç rastlanmamıştır. Tipik gebelik müddeti, bir maden çeşidinden diğerine epeyce farklılık gösterebileceğinden, böylesi bir çaba yanıltıcı bir örnek de oluşturabilir (mesela, alüvyonlu altın madeni işletmeciliği, karmaşık som sülfür maden işletmeciliğine oranla daha

mesi ve ayrıca ticari üretimin başladığı fiili ya da tahmini tarihi (veya üretime geçilmeyen bir durumda buna ilişkin karar tarihini) vermesi gerektiği dışında, veri kaynaklarından seçilen ocaklar bakımından bir eleme ölçüsü uygulanmamıştır. Sunulan bilginin kesinliği, alıntı yapılan kaynağın sıhhatine bağlı olup, bazı vakalarda tam olarak doğru olmayabilir veya yorumdan yoruma değişkenlik gösterebilir. Mesela; 150 yıldan bu yana rezerv alanında madencilik yapılmakta olduğu bir vakada, rezervin ne zaman tanımlanmış olabileceğini veya arama sürecinin ne zaman başlamış olabileceğini söylemek güç olacaktır.

kısa gebelik müddetlerine yatkındır). Ayrıca, böylesi bir ortalama, cevherin jeolojik elverişliliği arama faaliyeti için gerekli görülen düzeyin farklı hukuki yetki alanlarına göre çeşitlenebilirliği dolayısıyla da yanıltıcı bir örnek oluşturabilir. Mesela, bir ana metal cevherini keşfetme işinin, Kanada’ya oranla Avustralya’da dört kat daha uzun sürdüğü tahmin edilmektedir.⁸ Burada tablo ile güdülen amaç, muhtelif madenlerin görece bir şekilde uzun gebelik müddetleri istediğini yalın bir şekilde göstermekten ibarettir.

Tablo 1. Madenler İçin Rapor Edilmiş Gebelik Müddetleri

Maden Ocağı Adı	Ülke	Maden Çeşidi	Kapasite (M ton ham cevher/yıl aksi belirtilmedikçe)	Yaklaşık Yıl adedi (aramadan üretime kadar)
Argyle ¹	Avustralya	Elmas	29M metric carats	14
Beenup ²	Avustralya	Titanyum	Unavailable	11
Boddington ¹	Avustralya	Altın	250,000oz/y	11
Cadjebut ²	Avustralya	Çinko, Kurşun	0.5	13
Cannington ²	Avustralya	Kurşun, Çinko, Gümüş	Unavailable	7+
Groote Eylandt ²	Avustralya	Manganez	3-3.5	5+
Honeymoon Well ¹	Avustralya	Nickel	Üretim devam etmiyor	26+
Kanowna-Belle ³	Avustralya	Altın	3	11
Mount Isa ⁴	Avustralya	Bakır, Kurşun, Çinko, Gümüş	11	9
Mt Whaleback ¹	Avustralya	Demir cevheri	7.4	13

⁸ İklim şartları nedeniyle yüzey jeolojisinin derinden yıpranmış oluşu ve ana metal rezervlerinin oldukça kısıtlı oluşu dolayısıyla, Avustralya’nın pek çok yerinde arama faaliyetinde bulunmanın çok zor olduğuna bakılarak, bu husus ileri sürülebilir. *Bkz.* Eggert, 1987, s. 69. Öte yandan bazı araştırmacılar, Avustralya’da, ekonomik bulunan bir ana metalin tanımlanması ve çizimlenmesi işinin, Kanada’ya nazaran iki kat uzun süreceğini belirtmişlerdir. *Bkz.* Mackenzie ve Woodall, 1987, s. 33.

Maden Ocağı Adı	lke	Maden eşidi	Kapasite (M ton ham cevher/yıl aksi belirtilmedikçe)	Yaklaşık Yıl adedi (ara- madan üretime kadar)
Olympic Dam ¹	Avustralya	Uranyum, Bakır, Altın, Gümüş	1.5	16
Yandicoogina ²	Avustralya	Demir cevheri	10-14	33
Selbi-Phikwe ⁵	Botswana	Bakır, Nickel, Kobalt	3	15
Carajas ⁶	Brazilya	Demir cevheri	35	18
Afton ^{10, 11}	Kanada	Altın, Bakır, Gümüş	3.3	29
David Bell ¹⁰	Kanada	Altın	0.5	6
Bullmoose ¹⁰	Kanada	Kömür	2.6 (bitti)	8
Louvicourt ¹⁰	Kanada	Bakır, inko, Altın	1.5	6
Seabee ¹⁸	Kanada	Altın	440t/d	42
Golden Bear ¹⁹	Kanada	Altın	50,000-70,000oz/y	lis
Cia Minera Zal- divar ²⁰	Şili	Bakır	14	17
La Escondida ^{21,22}	Şili	Bakır	35,000t/d	8
Refugio ²²	Şili	Altın	30,000t/d	10
Cerro Matoso ¹⁴	Kolombiya	Nikel	1	23
Omai ²³	Guyana	Altın	255,000oz/y	9
Rampura Agucha ²⁴	Hindistan	inko, Kurşun	1	14
Ertsberg ¹⁵	Endonezya	Bakır, Altın	5+	13
Kelian ¹	Endonezya	Altın, Gümüş	14.5t Au/y	17
Soroako ¹⁶ (PT Inco)	Endonezya	Nickel	45 million lbs/yr Ni matte	10

Maden Ocağı Adı	Ülke	Maden Çeşidi	Kapasite (M ton ham cevher/yıl aksi belirtilmedikçe)	Yaklaşık Yıl adedi (ara- madan üretime kadar)
ChadorMalu ²⁵	İran	Demir Cevheri	5.1 (concentrates)	28
Sar Cheshmeh ²⁶	İran	Bakır	14	15
Tara ²⁷	İrlanda	Çinko, Kurşun	2.6	8
Kedia ⁷	Moritanya	Demir cevheri	<12	28
Bismark ²⁸	Meksika	Çinko, Kurşun	2,400t/d	14
Real de Angeles ²⁹	Meksika	Gümüş, Kurşun, Çinko	22,000t/d	12
Hajar ³⁰	Fas	Çinko, Kurşun, Bakır	2,000t/d	9
Rössing ³¹	Namibya	Uranyum	5,000t/y oxide	48
Panguna ^{8,13,32,33,34}	P. Yeni Gine	Bakır, Altın, Gümüş	100,000t/d	13
OK Tedi ^{9,33,35}	P. Yeni Gine	Bakır	90,000t/d	16
Porgera ^{1,33,35}	P. Yeni Gine	Altın	10,000t/d	26
Cuajone ¹⁷	Peru	Bakır, Gümüş, Molib- den	58,000st/day	40
Co-0 ³⁷	Filipinler	Altın	.21	10
Hijo ³⁷	Filipinler	Altın	.12	.6
Tambis ³⁷	Filipinler	Altın, Gümüş	Unknown	77
Forzando ³⁸	Güney Afrika	Kömür	1	16
Nkomati ³⁶	Güney Afrika	Nickel	3	12
Prieska ³⁸	Güney Afrika	Bakır	3	4
Target ³⁸	Güney Afrika	Altın	2	11

Maden Ocağı Adı	lke	Maden eşidi	Kapasite (M ton ham cevher/yıl aksi belirtilmedikçe)	Yaklaşık Yıl adedi (ara- madan üretime kadar)
Barrick Goldstrike ³⁹	ABD	Altın	15,000t/d	28
Castle Mountain ⁴⁰	ABD	Altın	2	9
Quartz Hill ¹²	ABD	Molibden	not applicable	11
San Manuel Kalamazoo ⁴¹	ABD	Bakır	60,000t/d	>25

Not: Tabloda yer alan bilgiler, madencilikle ilgili dergilerden, geçmiş vakalar hakkındaki kitaplardan ve madencilik şirketleri ile kurulan bağlantılardan elde edilmiştir. Tablo incelenecek olursa, bazı rezervler bakımından yer verilen bilgilerin birbiriyle eliştii açıkça görülecektir. Bu çelişki, arama faaliyetinin başladığı nokta olarak alınabilecek zamanın farklı farklı gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Şayet okuyucu listede yer alan rezerv örnekleri hakkında daha tam ve daha doğru bir bilgiye ihtiyaç duyacak olursa, kendisine alıntı yaptığımız kaynaktan başlayarak daha ileri bir araştırma yapması gerektiğini öneririz.

Kaynaklar

1. Genel Müdür ile kişisel irtibat, CRA Exploration Pty. Limited, Box Hill, 10 March 1995.
2. Hukuk Müşaviri ile kişisel irtibat, Legal Dept., BHP Minerals, Melbourne, 21 February 1995.
3. Kennedy, A., ‘Kanowna Belle’ 169-6 Mining Magazine 307-310, December 1993.
4. Chadwick, J., ‘Mount Isa Mining’ 167-1 Mining Magazine 10-11, July 1992.
5. Bomsel, O., *Mining and Metallurgy Investment in the Third World* (OECD, 1990), pp. 117-137.

6. *Aynı yer. s. 53-68.*
7. *Aynı yer. s. 71-73.*
8. *Aynı yer. s. 152.*
9. *Aynı yer. s. 159-172.*
10. Teck Exploration Ltd. Başkan Yardımcısı ve Genel Müdürü ile yaptığım kişisel iletişim, Singapur, Şubat 1995 (not: tarihler reflect only exploration efforts by TECK şirketinin Afton Ocağı dışındaki arama faaliyetlerini yansıtmaktadır).
11. Hollister, R.F., Case Histories of Mineral Discoveries, Vol. 3 (Society for Mining, Metallurgy and Expl. Inc., Littleton, Colorado, 1991), pp. 63-65.
12. *Aynı yer. s. 173-174.*
13. *Aynı yer. s. 173-174.*
14. Mikesell, R., Foreign Investment in Mining Projects (Olgeschlager, Gunn and Hain, Cambridge MA, 1983), pp. 197-215.
15. *Aynı yer. s. 131-147.*
16. *Aynı yer. s. 149-169.*
17. *Aynı yer. s. 77-129.*
18. Schiller, E. A., ‘Seabee Gold Project’, 165-3 Mining Magazine, 121 -123, September 1991.
19. Scott, D., ‘Golden Bear’, 172-1 Mining Magazine 8-14, January 1995.
20. Chadwick, John, ‘Zaldivar’, Mining Magazine, Vol. 171 No. 5, November 1994, pp. 271-277.
21. Cline, W., *et al.*, ‘The Challenge of La Escondida’, 165-5 Mining Magazine 294-302, November 1991.
22. Brown, A. and Rayment, B., ‘Refugio Gold Project, Chile’, 165-5 Mining Magazine 306-312, November 1991.

23. Anon., ‘1993 Start-up for Omai, Guyana Gold Project?’ 165-3 Mining Magazine 118, September 1991, p.118.
24. HZL Staff, ‘Rampura-Agucha Mine’,167-6 Mining Magazine 372-375, December 1992.
25. Habibian, M., ‘ChadorMalu Iron Ore Project’, 167-2 Mining Magazine 89, August 1992.
26. Ellis, R., ‘Sar Cheshmeh’, 165-4 Mining Magazine 192-196, October 1991.
27. ‘TaraMine’, 171-1 Mining Magazine 14-15, July 1994.
28. ‘Mineral Bismark’ based on the paper ‘Bismark: Mexico’s Newest Major Zinc Mine’ by Hapstonstall, J.C., Mining Magazine, 171-4, Vol. 171, 195-201, October 1994.
29. Chadwick, J., ‘Real de Angeles - a new future’ 169-4 Mining Magazine 186-189,October 1993.
30. Anon., ‘Guemassa demonstrates Moroccan enterprise’ 169-2 Mining Magazine 76-81, August 1993.
31. Moody, R., The Gulliver File (Minewatch, London 1992), p. 654.
32. Mikesell, R., Foreign Investment in Copper Mining (John Hopkins University Press, Baltimore 1975), pp. 78-90.
33. Land, B, Conditions for Minerals Investment in Papua New Guinea (Mining Journal Books, London 1995).
34. Howard, M., Mining Politics and Development in the South Pacific (Westview Press, Boulder, 1991), pp. 53-54.
35. Pintz, S., Ok Tedi Evolution of a Third World Mining Project (Mining Journal Books, London, 1984).
36. Clifford, D., ‘PNG’s golden glow and the significance of Porgera’ 168-3 Mining Magazine 113-119, March 1993.
37. Anon., ‘The Philippines - Investment Opportunities for International Mining Companies’, Mining Journal for the United Nations Development

Programme, pp. 51 -54, January 1992.

38. Ocaklardan sorumlu Genel Müdür ile kişisel irtibat, Anglovaal Limited, Marshalltown, 27 January 1995.
39. ‘Barrick Goldstrike Mine’, 167-4 Mining Magazine 247-251, October 1992.
40. Jansons, U., ‘Finding Gold is Just the Beginning’, Minerals Today, December 1992, pp. 6-11.
41. Chadwick, J., ‘Magma’s lower K proceeds at last’, 171-4 Mining Magazine 186-192, October 1994.

Tablo 2. 52 Madene Ait Gebelik Müddetleri Derlemesi

Yıllar İtibariyle Gebelik Müddetleri	Proje Sayısı
5 veya daha az	2
6-10	14
11-15	17
16-20	6
>20	13

Tablo 2, Tablo 1’de yer alan maden profillerine ait gebelik müddetlerinin bir derlemesinden oluşmaktadır. Bu tablo, büyük ölçekli madenler bakımından beş yıl ve daha aşağı gebelik müddeti ortalamasının nadir görüldüğüne ve on yılı aşkın gebelik müddeti ortalamalarının ise yaygın olduğuna işaret etmektedir.

III. GEBELİK MÜDDETI İLE MADEN KULLANIM HAKKININ GÜVENLİĞİ VE DÜZENLEME

Arama ve işletme için bir maden şirketine verilen sürenin uzunluğu, o şirkete ait maden kullanım hakkının güvenliği üzerine etkilidir. En geniş anlamında “maden kullanım hakkının güvenliği” (*security of tenure*) ibaresi, madencilik endüstrisine uygun düşen kullanımı itibariyle, temin edilen hakkın, teselsül eden madencilik halkalarının faklı aşamaları boyunca geçerliliğini sürdürmesini ifade etmektedir.

Bu dizilimde -arama safhası, arama geliştirme/kurulum (*development*) safhası ve işletme (*mining*) safhası şeklinde- yer alan süreler, kural koyma anındaki ikilem bakımından özgül bir önem taşımaktadır. Pek çok hukuki yetki alanında tek tek aşamalar için öngörülen süre limitleri, ya maden mevzuatıyla ya da “beşikten mezara kadar” (maden varlığı süresince) kurulan bir madencilik sözleşmesi yoluyla belirlenmektedir.⁹

A. Arama Safhası Süresince Hakların Güvenliği

Arama safhası süresince hakların güvenliğine ilişkin temel soru şudur: özgül arama hakları verildikten sonra, bu haklar nasıl sona erecek veya erdirilecektir?

Kendisine bu türden haklar verilen şirketler, tahsis edilen sahada ticari anlamda ilgi çekici maden cevherlerinin yer alıp almadığını belirlemeye yetecek bir süre boyunca, bu hakların güvence altında olmasını isteyecektir. Hükümetlerin yaklaşımında ise şu husus öne çıkmaktadır: müstakil arama hakları verildiyse, şirket verili süre içinde sahadaki aramayı gerçekleştirmeli, aksi takdirde, saha mümkün olan en kısa zamanda muhtemel başka arayıcılara açık hale getirilmelidir. Hükümetler, arama hakları kendiliğinden sukut etmeden önce, aramaya tahsis edilmiş sürenin, verilebilecek en uzun zaman aralığı olup olmadığını kontrol etmek üzere, çeşitli metotlara sahiptir. Bazı dolaylı metotlara aşağıda 4 ncü bölümde kısaca değinilecektir.

B. Aramadan Madenciliğe Geçiş Süresince Hakların Güvenliği

Pek çok hukuki yetki alanında, bir maden cevheri keşfedildikten sonra, rezervi işletmeye almaya ve madeni çıkarmaya yönelik daha ileri hakları elde etmek üzere bir başvuru yapılmaktadır. Hükümetler, keşfedilmiş maden cevherlerinin tez elden üretime alınmasını garantiye almadaki yüksek önceliği herhalde gözden kaçırmayacaktır. Buna karşılık şirketler ise, yalnızca projenin yeterince karlı olacağı hususu tahmin edildikten sonra, bir sahayı üretime almak isteyeceklerdir. Böylece bir şirket, bir takım değerlendirmelere (ön fizibi-

⁹ “Beşikten mezara kadar” süren sözleşmeler, buluculuktan ocağın kapanışına kadar, maden safhalarının dizilimindeki tüm halkaları içerir. Örnek olarak *bkz.* “Endonezya Hükümeti ile X Arasında İş Sözleşmesi”, 8-3 Raw Materials Report (1992), s. 22.

lite ve fizibilite çalışmaları, yığın örnekleme ve metalürjik deneme, mühendislik ve çevre çalışmaları, gruplarla müşavere, pazarlama ve satış etütleri, mali ayarlamalar, vs.) girişmek ve ocağı inşa etmek için zamana ihtiyaç duyacaktır. Bazı vakalarda, özellikle de rezervin destekleyici altyapının bulunmadığı uzak bir bölgede yer aldığı hallerde, bu çalışmalar, oldukça ayrıntılı, kapsamlı ve zaman alıcı olabilir. Başka bazı vakalarda ise, pazarlama, ruhsatlama veya siyasete ilişkin şartlar, yakın vadede işletmeye engel teşkil edebilir. Rezervin keşfinden maden haklarının elde edilmesine kadar devam eden geçiş süreci, şirketler için büyük bir endişe kaynağı oluşturmaktadır. Maden şirketi yatırım kararı kriterlerinin 1992'deki bir sıralamasında, arama faaliyeti ile madencilik faaliyeti arasındaki maden hakkı kullanım süresi, liste başına doğru tırmanış içinde görülmektedir (*bkz.* Tablo 3). Bu noktada; hükümetler için, bağlanacaksa idari muvafakatlerin nasıl zamana bağlanacağı ve konulacaksa aramadan madencilığe geçiş aşamasında zaman limitlerinin ne şekilde konulacağı ikilemi ortaya çıkmaktadır.

Tablo 3. Madencilik şirketi yatırım kararı faktörlerinin arama ve madencilik aşamalarındaki sıralaması

Sıralanma*		
Arama Evresi	Madencilik Evresi	Dayanılan Karar Kriterleri
1	na	Hedef madenlere dönük jeolojik potansiyel
2	1	Maden kullanım haklarının güvenliği
3	2	Maden terk şartları bakımından karlılık
na	3	Karlılık oranları
4	9	Maden politikalarındaki tutarlılık ve istikrar
5	7	Şirketin idari kontrolünü elde bulundurması
6	11	Maden sahipliği
7	6	Yabancı para düzenlemelerinin gerçekçiliği
8	4	Arama/madencilik sürelerinin sabitliği
9	5	Vergi yükümlülüğünün önceden belirlenebilirliği
10	8	Çevre yükümlülüklerinin önceden belirlenebilirliği

* Kararlara ilişkin 60 kriter arasından seçilen; na = uygulanamaz (not applicable)

Kaynak: Otto, 1996. **Not:** Dayanak olarak, Birleşmiş Milletlerin 39 uluslararası madencilik şirketi hakkındaki incelemeleri alınmıştır; *bkz.* Otto, 1992 a ve b.

C. Madencilik Süresince Hakların Güvenliği

Maden hakları verildikten sonra bu haklar idari işlem yoluyla nasıl kaybedilebilir veya sürenin dolması yoluyla ne şekilde tükenebilir? Madencilik faaliyetlerinin projeleri doğrultusundaki devamlılığında ve üretimin durduğu halde ocaktaki üretimin yeniden başlaması için potansiyeli maksimize edecek adımların atılmasında hükümetlerin menfaatleri bulunmaktadır. Buna karşılık şirketlerin, yalnızca madencilik faaliyetleri karlı kalabildiği sürece, madencilik devamlılığında bir menfaatleri bulunmaktadır. Bu noktada, belki de şu soru, bir hükümet için en zor politika sorusu olmaktadır: fiyatların düşmesi nedeniyle üretimin durması halinde maden hakları sona erdirilmeli midir?

Bu çalışmada yer alan veri ve örnekler, madencilik sürecinin ilk iki aşaması olan arama ve işletme aşamaları ile sınırlıdır.¹⁰

D. Kural Koymadaki İnkilemin İfadeye Bağlanmasındaki Güçlükler

Hükümetlerin tümü, arama ve işletme faaliyetleri üzerine süre limiti koymuş değillerdir. Ancak, pek çok ülke, müstakil haklar verildikten sonra, şirketlerin doğal kaynağı arama ve işletme konusunda gereken çabuklukta harekete geçmemeleri halinde, bunun maden sektörünün büyümesini yavaşlatacağı noktasında endişelidir.¹¹ Bu nedenle, pek çok hukuki yetki alanında süre limitleri konulmuştur. Ancak, çoğu eski ve bazı yeni mevzuatlar kapsamında arama ve işletme için öngörülen zaman periyotları, birçok orta ve büyük ölçekli ana metal projeleri yönünden ihtiyaç duyulan gebelik müddetinin karşılanması için gereken süreden daha kısa kalmaktadır. Mesela, bazı ülkeler geçerliliği iki yıl

¹⁰ İşletme safhası süresince maden kullanım haklarının güvenliği hakkında bilgi için *bkz.* şu vaka çalışmaları: Bomsel, 1990, Mikesell, 1975, Mikesell, 1983, Pintz, 1984, ve Smith ve Wells, 1975.

¹¹ Bu, madenlere özel olarak sahip olunabilen ve böylece arama ve aramayı geliştirme faaliyetlerinin sözleşme hükümleriyle düzenlenebildiği ülkelerde, maden sahipleri tarafından da hissedilen bir endişedir. Bu türden sözleşmeler hakkında izahat için, *bkz.* Harries, 1994 ve 2003.

ile sınırlı olan arama/keşif lisansları vermekte, talebe bağlı olarak bir veya iki yıllık ek bir müddet imkânını ayrıca tanımaktadır. Tablo 1’de yer alan vakalara bakılacak olursa, çoğu büyük ölçekli arama projesi bakımından, bu sürelerin gerçekçi olmadığı kolayca görülebilir.

Hükümetlerin kendilerini gecikmeyi önlemek zorunda hissetmeleri nedeniyle, şirketlere getirilen pratik zaman icaplarını dengelemeye çalışan politika belirleyiciler, müddet konusunu etkileyen doğal bir takım sorunlar ile yüz yüze gelmektedirler. Bunların arasında, ölçek, hedeflenen rezervin cinsi ve yerel şartlar olmak üzere, her biri başlı başına zorlu olan üç sorun bulunmaktadır.

Hukuki yetki alanlarının çoğunda, hem küçük ve hem de büyük ölçekli arama ve madencilik projeleri mevcuttur. Küçük girişimler söz konusu iken bir ila dört yıl arasında kalan kısa bir müddet, arama için muhtemelen yeterli gelecektir. Ancak, tablo 1’de verilen örneklerde de görülebileceği gibi, uzatmalı aramalara dönük büyük ölçekli proje müddetleri, on yılı aşabilmektedir. Bu nedenle, süre limitleri koymak isteyen politika belirleyiciler, konulacak zaman limitlerini belirleme konusunda güçlük içindedirler. Çok kısa bir müddet, büyük arama projelerinin aksamasına veya engellenmesine yol açabilirken; çok uzun bir müddet, daha küçük arama girişimlerinin verimli bir şekilde tamamlanma garantisini etkisiz kılabilir.

Kimi türler itibariyle maden ve rezervleri araştırma, diğerlerine göre nispeten daha kolaydır. Mesela; kum, çakıl ve altın veya kalay gibi alüvyonlu metalleri arama işi, gizli bakır porfirlerini arama işine nazaran, daha kısa bir müddet içinde gerçekleştirilebilir. Şayet azami bir müddet, tek bir maden veya rezerv türü için geçerli olan en uygun azami müddet temel alınarak konulmuşsa, bu müddet, başka bir rezerv türü yönünden daha kısa veya daha uzun gelebilir.

Her jeolojik durum, kendine özgü benzersiz bir takım arama ve işletme güçlükleri arz ederek, diğerlerinden farklılık gösterir. Madencilik sürecindeki aşamalar için bir uçtan diğer uca gereken müddet, bu nedenle, projeden projeye ciddi bir şekilde farklılaşabilir.

Süre limitlerinin öngöröldüğu hukuki yetki alanlarındaki politika belirleyicileri açısından düzenleme zorluğu, projenin çapı, hedeflenen maden türü ve

jeolojik değişkenlik gibi faktörleri dikkate alacak böylesi limitlerin nasıl ayarlanacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Hepsi olmasa da bazı hükümetler, bu zorluğu isabetli bir şekilde düzenlemişlerdir. Arama aşaması boyunca müddet ikilemine ilişkin yaklaşım örneklerine bir sonraki bölümde değinilecektir.

IV. ARAMA AŞAMASINDAKİ MÜDDET İKİLEMİNİ DÜZENLEYEN KANUNİ YAKLAŞIM ÖRNEKLERİ

A. *Ad Hoc* Arama Tahsis Süresi

Bazı hukuki yetki alanlarında, arama/işletme safhalarına ait süre, takdir yetkisiyle donatılan idarelerce, belirli bir duruma (*ad hoc* = fiili) ve başvurucuya uygun düşen bir uzunlukta, başlangıca ilişkin olarak olaydan olaya göre belirlenebilmektedir. Bu yaklaşım, maden sözleşmelerini temel alan hukuki yetki alanlarında yaygın bir şekilde kullanıldığı gibi, maden kanunları ile öngördükleri bir lisanslama/lisans rejimini esas alan kimi hukuki yetki alanlarında da kullanılmaktadır. Bu ikinci gruptakilerin uygulamalarına bir örnek olarak; 147 sayılı Malezya Maden Kanunu mad. 49(1) hükmü,

“metallerin ve madenlerin ... aranmasına ilişkin lisans alımları için ... Kurul Başkanlığınca uygun görülen süreler..., Kurul Başkanlığı (*Ruler in Council*) tarafından onanmakla Girişimci (*Collector*) bakımından kanuni süreler haline gelir.”¹² şeklinde olup, sürenin her bir arama lisansı için tekil bir şekilde belirlenmesini öngörmektedir.

Bu yaklaşım, esnekliğe imkân sağlamakla beraber, bir belirsizlik unsurunu da beraberinde getirmektedir. Aramayı yapan işletmeci, ruhsat kesilmesi işlemi öncesinde izin verilecek sürenin uzunluğunu belirleme yetkisine sahip bulunmamaktadır. Ayrıca, ruhsat verecek olan makam da, ruhsat ile verilecek süreyi belirlemede güçlük yaşayabilir.

B. Açık Uçlu veya Uzun Süreli Kullanım Hakkı Tahsisleri

Bazı hukuki yetki alanları, arama aşamasına kesin bir süre tahdidi getirmektedir. Bazıları da, sırf başlangıca ilişkin olarak on yıldan uzun bir müddete

¹² 147 sayılı Malezya Maden Kanunu mad. 49 (1).

imkan tanımaktadır. Bu hukuki yetki alanları, süre tahdidi dışında kalan kimi tedbirlerle üstlenilen işin zamanında ve devamlı bir şekilde yapılmasını temin etmektedirler. Bu tedbirlerden bazıları şunlardır: yıllık asgari iş vaadi, yıllık asgari iş vaadi tezyidi, arazi kira veya erişim ücretleri, arazi kira tezyidi, çalışma bölgesi terk programı, onaylanmış iş planı. Maden sektörüne ilişkin mevzuat ile benimsenen yaklaşıma göre, bu tedbirler; bir lisans veya kiranın maden hükümlerinde öngörülen tanzim edilme şartları kapsamında veya müzakereye dayalı bir maden sözleşmesi kapsamında, maden mevzuatı ile tanımlanabilmektedir. Yukarıdaki tedbirlerden birini veya birkaçını içeren açık uçlu veya uzun süreli arama öngören kullanım hakkı tahsis sistemi, hükümetin arama veya işletme faaliyetinin bir an önce gerçekleştirilmesi yolundaki arzusunun karşısında, büyük projelerin icaplarını uygun bir dengeye oturtmaktadır.

Alberta Maden Kanunu (Kanada), uzun süreli aramaya bir örnek teşkil etmektedir. Buradaki arama ruhsatları on yıllık bir süre boyunca arama haklarını temin etmektedir.¹³ Şayet hak sahibi kişi, işin ilerlemesine ilişkin minimum harcama icapları da dahil, kanunla öngörülen icapları karşılamazsa, ruhsatı sona erdirilebilir. Harcama miktarı, ruhsatın ilk iki yılı için K\$ 5/hektardan başlamakta ve son iki yıl için K\$ 15/hektara kadar yükselmektedir.¹⁴

Nova Scotia’da (Kanada), arama lisansları, yıllık şart ve icaplar -raporlama ve harcama gibi- karşılandığı sürece, belirsiz süreli olarak uzatılabilmektedir. Asgari harcama icabı ilk on yıl için maktu bir tutar olup, izleyen 11 ila 15 ncı yıllar için iki kata, sonraki her yıl için de ulaşılan rakamın iki katına çıkmaktadır.¹⁵

Bir diğer yaklaşım, imtiyazların (*concession*) birleştirilmesi usulüdür. Birleştirilmiş imtiyazların hamili olan kişi, imtiyazın ömrü boyunca, hem arama hem de işletme haklarını elde etmektedir. İmtiyazın ömrü sınırlı ya da açık uçlu olabilmektedir. “Ya kullanırsın ya da kaybedersin” yolundaki politika ile amaçlanan hedeflerin kullanışlı bir şekilde tutturulmasının oldukça zor olması nedeniyle, pek çok hükümet bu sistemi tercih etmektedir.

¹³ Mines and Minerals Act Metallic and Industrial Minerals Regulation, s. 12, Alberta.

¹⁴ *Ibid.*, 14 (1)

¹⁵ ‘A Guide to the Mineral Exploration in Nova Scotia’, Nova Scotia hükümeti tarafından yayımlanmış bila tarihli broşür, s. 5.

C. Belirlenmiş Tahsis Sürelerinin Uzatılması

Hükümetlerin arama dönemini kontrol etmek üzere kullandıkları en yaygın yaklaşımlardan biri, sonrasında bir uzatma veya yenileme işleminin yapılabileceği standart bir temel sürenin öngörülmesidir. Böylesi bir yenileme, ön şart niteliğindeki belirli icapların hamil tarafından karşılanması halinde ortaya çıkacak olan hakkın bir konusu olarak ya da idari makamın öngördüğü bir tedbir olarak söz konusu olabilir. Standart temel sürenin, maden mevzuatının bir hükmü ile ya da maden sözleşmesini esas alan bir model yoluyla öngörülmesi mümkündür. Uzatmalara ilişkin birkaç yaklaşım örneği aşağıda incelenmiştir.

1. Otomatik Yenileme Hakkı (Maden Mevzuatı Uyarınca)

Batı Avustralya'da başvuruçular, 200 hektarı geçmeyen sahalara için de arama lisanslarını alabilmektedirler. Yani ülkenin arama endüstrisinde bağımsız düşük bütçeli arayıcıların rollerini muhafaza edecek şekilde küçük ölçekli arama hakları da tanzim edilmektedir. Bu tür küçük ölçekli haklara ilişkin bir lisans süresi başlangıçta iki yıl olup, lisans sahibinin süre boyunca Kanunun öngördüğü icapları yerine getirmesi ve lisanstaki şartları tam olarak karşılaması durumunda, lisans Bakanlıkça iki yıllık sürelerle uzatılmaktadır.¹⁶

Newfoundland ve Labrador Maden Kanunları, lisans sahiplerine beş yıllık inhisari başlangıç süreleri tanımakta¹⁷ ve uzatma konusunu şöyle düzenlemektedirler:

"Lisansının süresini uzatmak zorunda olan lisans hamilinin talebi üzerine ... lisans süresi beş yılı aşmamak şartıyla uzatılabilir, ancak bu temditler en fazla üç defa ile sınırlı olmak üzere yapılabilir..."

"... lisansın geçerliliği boyunca lisansa ilişkin tüm kayıt, hüküm ve şartlar yerine getirilmedikçe, ilgili makamın işin değerlendirilmesine ilişkin raporu dosyaya girmedikçe ve [Kanuna ekli cetvelde gösterilen yıllık asgari harcama tutarları] ilgili harcama hesabına yatırılmadıkça, lisans sahibine ait lisansın süresi uzatılmaz..."¹⁸

¹⁶ Mining Act 1978, s. 45, Western Australia.

¹⁷ Mineral Act, s. 23(1), Newfoundland ve Labrador.

¹⁸ *Ibid.*, s. 28.

Bu yaklaşım, belirtilen şartlarını karşılayan ruhsat hamilinin aramaya ilişkin tahsis hakkını güvenli bir şekilde elinde bulundurmasına imkân sağlamaktadır.

2. Takdiri Uzatma (Maden Mevzuatı Uyarınca)

Batı Avustralya Maden Kanunu ihtiyari uzatmaya tipik bir örnek oluşturmaktadır.¹⁹ Kanun çerçevesinde verilen bir arama lisansı, yukarıda belirtilen Batı Avustralya küçük ölçekli arama lisanslarından farklı olarak, hamiline başlangıçta beş yıllık bir tahsis süresi temin etmekte ve bu süre “olağandışı sebeplerle” bir yıllık ilave süre veya sürelerle uzatılmaktadır. Böylesi bir uzatma talep edildiğinde, hamil tarafından, bitirilmiş işlerin bir özeti, uzatma süresinde tasarlanan işler ve istisnai hallere ilişkin detaylı bir raporun sunulması gerekmektedir.

Lisans sahibinin kontrolü dışındaki faktörlerden kaynaklanan gecikmeler, araziye erişim hakkının elde edilmesinde yaşanan problemler, beklenmeyen hava koşulları, uzak ve zor arazi şartları, derin kum gibi beklenmeyen teknik sorunlar, vb. gibi olağandışı şartların varlığı halinde, uzatma süresi verilmektedir.²⁰

Bir arama lisansı altında izin verilen maksimum saha miktarı 200 m² (sahaya göre kurallı olarak küçülebilir) olmakla beraber, bir şirketin bitişik sahaların arama lisanslarına da sahip olması konusunda bir yasaklama veya bunların sayısı bakımından bir üst limit bulunmamaktadır.

Batı Avustralya’da olduğu gibi, modern maden kanunlarının pek çoğunda, biri büyük ölçekli arama girişimleri için söz konusu olan ve biri de küçük ölçekli arama faaliyetleri için kullanılan olmak üzere, iki tür arama lisansına rastlamak mümkündür. Pek çok örnekte, birinci lisans türünün, ikincisine oranla, önemli miktarda daha uzun bir müddet sağladığı görülmektedir.

3. Takdiri Uzatma (Tip Sözleşme Uyarınca)

Dördüncü nesil Endonezya İşletme Sözleşmesi (Indonesian Contract of Work) (COW)²¹, sözleşmesel ön tanımlı tip başlangıç müddetleri temin etmek-

¹⁹ Mining Act 1978, s. 61, Western Australia.

²⁰ Batı Avustralya’daki arama lisanslarının uzatılması konusundaki bir tartışma için *bkz.* Hunt, 1993, s. 84.

²¹ *Yaklaşık* 1992.

te, ancak bu müddetler hükümet tarafından takdiren uzatılabilmektedir.

“İşletme Döneminin başlaması, sözleşmeye konu saha için kabul edilen Genel Arama Döneminin başlangıcından itibaren, sekiz (8) yıldan (veya bu sözleşmede belirtilen müteakip safhaların tamamlanması için Bakanlıkça verilebilecek uzatmalarla ortaya çıkan daha uzun süreden) fazla geciktirilemez.”²²

Endonezya İşletme Sözleşmesi, gebelik müddeti boyunca dört adet süre tahdidi öngörmektedir:

Genel arama dönemi	: 1.5 yıl (sözleşmenin imzalanmasından itibaren)
Arama/keşif dönemi	: 3 yıl
Fizibilite ve etüt dönemi	: 1 yıl (uzatma mümkün)
Kuruluş dönemi	: 3 yıl (uzatma mümkün)
Uzatmasız Toplam	: 8.5 yıl

Bir arazideki maden arama faaliyeti olgunlaştıca, mesela maden cevherinin giderek kıtlaşan yüzey örtüsü altında odaklanılan yerden uzaklaşarak maden kalitesini düşüren alüvyonlu tabakaların altına saklanması gibi bir durumda, ekonomik yatırımın gerçekleşmesi için ihtiyaç duyulan süre uzayabilir. Endonezya’da hükümet, daha uzun bir gebelik müddetini gerektiren hallerde, ihtiyaı karşılamaktadır.

Sekizinci nesil Endonezya İşletme Sözleşmesi, Endonezya hükümeti aşağıdaki zaman cetvelini öngörmektedir:

Genel arama dönemi	: 1 yıl + 1 yıl*
Arama/keşif dönemi	: 3 yıl + 2 yıl*
Fizibilite etüt dönemi	: 1 yıl + 1 yıl*
Kuruluş dönemi	: 3 yıl**
Uzatmasız Toplam	: 8 yıl
Uzatmalı Toplam	: 12 yıl

²² “Endonezya Cumhuriyeti Hkmeti ile X arasındaki İş Sözleşmesi” metninden, 8-3 *Raw Material Report* (1992), p. 30.

* iyi niyetin (*bona fide*) bulunması halinde, hükümetin takdir yetkisi çerçevesinde kural olarak uzatma mümkündür.

** uzatma sadece mücbir sebeplerin (*force majeure*) varlığı halinde mümkündür.

V. ÖZET VE ÖNERİLER

Birçok orta ve büyük ölçekli maden projesinin arama ve istikşafı, on yıldan fazla bir zaman istemektedir. Kısa arama ve istikşaf süreleri öngören maden mevzuat ve politikaları, büyük ölçekli arama ve maden yatırımlarını yıldırmaya sebep olabilir. Zira maden şirketleri; yer belirleme, ruhsatlama ve kurulma konularında, maden cevherini belirlemek daha zor bile olsa, şayet varsa, modern yaklaşım ile gerçekten de bağdaşan süre tahditlerinin öngörölmüş olduğu hukuki yetki alanlarında yatırım yapmayı tercih edebilirler.

Kısa arama ve istikşaf süreleri öngören mevzuat şartları, düzenleyici idari makamlara belki de büyük bir sorumluluk yüklemektedir. Zira bu makamlar, kanun veya sözleşme tasarlandığı sırada aslen murat edilenin ötesine geçerek, sıklıkla tahsis sürelerini genişletecek yeni yollar icat etmek durumunda kalabilirler.

En büyük maden projeleri, maden şirketinin dâhili finans akışı yoluyla değil, ağırlıklı olarak harici finans kaynaklarına dayalı bir şekilde finanse edilmektedir. Böylesi bir finans sağlama, projeye finansman desteği sağlayan anlaşmalar çerçevesinde, borçların sendikasyonunu gerektirecek şekilde, çoğu kez karmaşık olabilir. Keşiften ve üretime kadar maden haklarına ilişkin tahsis sürelerinin iyi belirlenmediği veya belirli olsa bile gerçekçi olmayan kısa sürelerle belirli olduğu hallerde, finans sağlayıcılar, mali sözleşmelere ihtiyatlı yaklaşabilirler.²³

Mevcut maden cevherinin önceden bilindiği haller dışında, arama/istikşaf için öngörölmeleri gereken en uygun süreyi önceden tespit etmek zordur. Mesela, on yılı aşan bir gebelik müddeti isteyen ana metal projeleri söz konusu olduğunda hükümetler, hiç olmazsa arama boyunca, düzenleyici süre tahdit-

²³ Tinsley, 1995.

rini pratik ve yeterli olacak şekilde uygulamak suretiyle, bir yaklaşım sergilemelidir.

Bu çalışmada, maden aramaları için şirketlere sağlanan zaman miktarının tayininde izlenen iki temel yol, örneklerle gösterilmiştir: süre tahditleri (niceliksel tayin) ve ücretler (fiyat tayini). Bu satırların yazarına göre hükümetler, ya süre tahditlerine bağlanmış bir yetkilendirme şeklinde, ya da mali külfetlere bağlanmış açık uçlu bir yetkilendirme şeklinde, taliplilere seçme hakkı vermek suretiyle, ikili bir yaklaşımı göz önünde bulundurmalıdır. Birinci seçenek, nispeten kısa bir süre için fakat yenileme imkânı bulunacak şekilde arama hakkı temin etmektedir. Bu seçenek, küçük ölçekli aramalara oldukça uygun düşmekte olup, fiyat tayinine dayalı sisteme nazaran hükümet tarafından uygulanması daha basittir. önermekte olduğumuz ikinci seçenek ise, şirketi zaman bakımından baskı altına almayan bir sistem öngörmekte, fakat şirketin aramaya konu birim alan üzerinden yıldan yıla artan miktarlarda ödeme yapmasını gerektirmektedir. Ödemelerin yükselme oranı, gelecekte maden çıkacağı umulan alanlardan kolayca vaz geçmeleri konusunda şirketleri cesaretlendirecek derecede yüksek olmalıdır. Birim alan üzerinden asgari arama ödemesine gelen bir katı şeklindeki yıllık artış bu sonucu sağlayabilir. Birinci seçeneği tercih etmiş olan şirketler, lüzumu halinde, ikinci seçeneğe dönebilmelidir.



SEÇİLMİŞ BİBLİYOGRAFYA

Bastida, E., ‘A Review of the Concept of Security of Mineral Tenure: Issues Challenges’ online journal of the CEPMLP, <www.dundee.ac.uk/cep-journal/>, 2001.

Bomsel, O., Mining and Metallurgy Investment in the Third World (OEC-Do neva, 1990).

Eggert, R., Metallic Mineral Exploration - An Economic Analysis (Resource the Future, Washington DC, 1987).

Harries, K.J.C., *Mineral Agreements and Royalties* (Canadian Institute of Mini Metallurgy and Petroleum, 2003).

Harries, K.J.C., *Mining Exploration Agreements* (Centre for Resource Studies, Queens University, Kingston Ontario, 1994).

Hollister, R., *Case Histories of Mineral Discoveries* (SME, Littleton Colorado, 1991).

Hunt, M., *Mining Law in Western Australia* (2nd edition, Federation Press, Sydney, 1993).

Mackenzie, B. and Woodall, R., *Mineral Exploration Economics: The Search for Base Metals in Australia and Canada* Working Paper No.40 (Centre for Resource Studies, Queens University, Kingston Ontario, 1987).

Mikesell, R., *Foreign Investment in Mining Projects* (Oelgeschlager, Gunn & Cambridge MA, 1983).

Mikesell, R., *Foreign Investment in Copper Mining: Case Studies of Mines in and Papua New Guinea* (John Hopkins University Press, Baltimore, 1975).

Otto, J. and Cordes, J. *The Regulation of Mineral Enterprises: A Global Perspective on Economics, Law and Policy* (Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Westminister CO, 2002).

Otto, J., 'Foreword: the Changing Regulatory Framework for Mining Ventures' 14-3 *Journal of Energy and Natural Resources Law* (1996), pp. 251-260.

Otto, J., *The Exploration and Mine Development Regulatory Time Dilemma* (Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy Professional Paper PP15, Dunfermline Scotland, 1995).

Otto, J., 'A Global Survey of Mineral Company Investment Preferences', in *Mineral Investment Conditions in Selected Countries of the Asia-Pacific Region* (United Nations ST/ESCAP/1197, New York, 1992a).

Otto, J., 'Criteria for Assessing Mineral Investment Conditions' *Mineral Investment Conditions in Selected Countries of the Asia-Pacific Region* (United Nations ST/ESCAP/1197, New York, 1992b).

Pintz, W., *OK Tedi - Evolution of a Third World Mining Project* (Mining Journal, London, 1984).

Sillitoe, R., ‘Exploration and Discovery of Base -and Precious- Metal Deposits in the Circum-Pacific Region During the Last 25 Years’, *Special Issue 19 Society Resources Geology* (1995).

Smith, D., and Wells, L., *Negotiating Third World Mineral Agreements* (Ballinger, Cambridge MA, 1975).

Tinsley, R., ‘Evaluating the Fiscal Regime: A Bankers Perspective’, in Otto, J. (ed) *Taxation of Mineral Enterprises* (Graham and Trotman, London, UK, 1995), p. 85

Trocky, L., ‘The Role of Exploration in Iron and Copper Supply’ *12 Resources and hergy* (1990) 321-338.

VERİ KORUMA DİREKTİFİ'NİN TÜZÜK İLE DEĞİŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI – YASAL BİR YAKLAŞIM

*Implications of Replacing the Data Protection Directive
with a Regulation - A Legal Perspective**

Henri De WAELE**

*Çeviren: Nurullah TEKİN****

25 Ocak 2012’de Avrupa Komisyonu, AB veri koruma kanunlarını genel bir revizyona alma planlarını açıklamıştır. Komisyon; mevcut Veri Koruma Direktifinin (95/46/EC) yerini alacak, kamu ve özel sektörde kişisel verilerin işlenmesine dair yeni bir Tüzük önerdi. Mevcut Çerçeve Kararı 2008/994/JHA’nın yerine geçecek kolluk ve savcılık mercileri tarafından uygulanan kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen bir Direktif önerisi de sundu.

Bunun da ötesinde Paket; reformun arka planını gösteren bir Bildiri, Çerçeve Karar’ın uygulanmasına ve işlevine ilişkin bir Rapor ve bir Etki Değerlendirmesi içermektedir.

Genel olarak, bu reform kişisel verileri işleyenlere artırılmış sorumluluk ve hesap verebilirlik verme amacını gütmektedir. En çarpıcı özelliklerinden biri de, vatandaşlara kişisel verilerinin internetten ya da diğer veri derlemelerinden tamamen ve süresiz olarak kaldırılmasını talep etmek hakkı veren ‘unutulma hakkını’ getirmesidir. Dahası, ulusal veri koruma mercilerine, AB kanunlarını ihlal eden tüm kuruluşlara ciddi mali yaptırım uygulama yetkisi verilecektir.

Kanunun içeriğindeki değişikliklerin geniş etkilerinin yanında, Tüzüğün Direktif’in yerini alması kendiliğinden büyük bir yeniliktir – belki de en önemlisidir. Bunu tam olarak takdir etmek için öncelikle bu iki belge arasındaki hukuki farklılıkları kısaca belirtmek gereklidir.

* Bu eser, Privacy and Data Protection Dergisi’nden alınarak Türkçe’ye çevirisi yapılmıştır. [P. & D.P. 2012, 12(4), 3-5]

** Profesör, Radboud Üniversitesi – Misafir Profesör, Antwerp Üniversitesi

*** Hâkim, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü

I. TÜZÜK VE DİREKTİF ARASINDAKİ HUKUKİ FARKLILIKLAR

AB'nin İşleyişi Hakkında Anlaşmanın (TFEU) 288. maddesi uyarınca, Tüzükler tüm Üye Ülkelerde 'doğrudan uygulanabilirdir'. Bu da ulusal hukuka herhangi bir aktarmayı gerektirmemektedir: yürürlüğe girdiği anda, içerdiği hükümler 'ülkenin hukukunun' bir parçası haline gelmektedir. Aslında, Üye Ülkeler, Tüzüğün hükümlerini ulusal hukuka aktarma noktasında engellenmiştir, çünkü bu durum etkinliğine gölge düşürebilir ve uluslar üstü kökenine zarar verebilir. Ancak ülkeler için ulusal merciler tarafından Tüzüğün düzgün bir şekilde uygulanması ve yürütülmesi için bazı ek tedbirler alması gerekebilir. Tüzükle herhangi bir açıdan çatışma olmadığı sürece, bu gibi ek kuralların benimsenmesine, prensip olarak, izin verilmiştir.

Tüzüğün önemli bir özelliği, içerdiği açık ve kesin hükümler "doğrudan etkiye" sahiptir ki bunun anlamı da tüm yerel mahkemelerde görülen yargılamalarda buna başvurulabilir ve dayandırılabilir. Bu "dikey" denilen durumlarda, örneğin, bireyler ya da şirketler kamu kurumlarına (örneğin, belediyeler ya da devlet iştirakleri gibi) dava açtıklarında ve aynı zamanda "yatay" denilen durumlarda da, örneğin, iki özel taraf bir diğerine dava açtığında, geçerlidir. Ancak bu "doğrudan etki" sadece, Tüzüğün resmen uygulanmaya başladığı andan itibaren mümkün olabilir. Tüzüğün son hükümlerinde belirtilenlere bağlı olarak, uygulama tarihinin, yürürlüğe girme tarihinden farklılık arz etmesi pekâlâ mümkündür. Bu sebeple, Tüzüğün yayımlanması ve yerleşmesi arasında (kasıtlı) bir gecikme olabilir. Aslında bu gecikme süresi genellikle çok azdır.

Direktifler birçok bakımdan Tüzüklerden farklılık arz etmektedirler. TFEU'nun 288. maddesinin de belirttiği gibi, ulaşılabilecek amaçlar bağlamında Üye Ülkeleri bağlayıcıdır ve biçim ve araçların seçimi ulusal mercilere bırakılmıştır. Bu sebeple Direktifler, ulusal hukuka aktarılmalıdır. Direktif, bunun nasıl uygulanacağını tam olarak belirtmemektedir ancak sürecin tamamlanması gereken zaman dilimini (genellikle iki yıl ancak bazen daha kısa ya da uzun dönem) belirtmektedir. Sonuç olarak, Direktif resmen yürürlüğe gireceği tarihini belirtmesine rağmen, ilgili kanun tam yasal yürürlüğü kazanmadan önce belirtilen

tarihi her zaman önemli bir “gecikme” süresi takip eder. Bu durum Üye Ülke'ye en uygun takibe karar verme, uygun kuruluşları kurma ya da tasarlama ve ilgili kanunları tasarlama ya da değiştirme için gerekli esnekliği sağlamaktadır.

Bu ara dönemin en çarpıcı taraflarından biri de, Direktif'in açık ve kesin hükümlerine, özel durumlarda yerel mahkemelerin baktığı adli yargılamalarda atıfta bulunulabilir: daha önce bahsi geçen “doğrudan etki” yolu sadece resmi aktarım tarihinin aşıldığı durumlarda geçerlidir. Dahası, son tarihin aşılmasından itibaren Direktiflere, Üye Ülkelerin ilgili hükümleri yerel hukuka uygulamadığı ya da uygulamayı uygun bir şekilde yapmadığı davalarda dayanılabilir. Sonuncusu ama bir o kadar da önemlisi, Direktiflerin yatay doğrudan etkisi yoktur ki, bu da kamu kurumlarına karşı yargılamalarda, örneğin, diğer özel taraflar ile olan uyumsuzluklarda değil, bireyler tarafından uygulanabilir.

II. DİREKTİF 95/46EC'NİN TÜZÜK İLE DEĞİŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI

Çıkacak olan Veri Koruma Tüzüğü, kendiliğinden, aktarıma gereksinim duymamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Üye Ülkeler, yerel seviyede doğru bir şekilde yürütülmesi ve uygulanmasını sağlamak için ek kanunlar getirebilirler.

Aksine, Direktif 95/46/EC kabul edildiğinde, Üye Ülkeler Direktif hükümlerini yerel hukuklarına aktarma konusunda yasal zorunlulukları vardı. Sonuç olarak bu ulusal uygulama mevzuatının statüsünün ne olduğu ve daha önceki araçların yerine geçmesi için tasarlanan Veri Koruma Tüzüğü'nün kabul edilip edilmeyeceği sorusu akıllara gelebilir.

Temel olarak, ulusal uygulama kuralları yerini ve geçerliliğini korumaktadır. Bu yüzden örneğin, veri işleme niteliği, tebligat, gizlilik ve güvenlik konularına ilişkin mevcut ulusal hükümler geçerliliğini korumaktadır, tek başına kanuna aykırı ve kendiliğinden lağvedilmek zorunda değildir. Fakat çok sayıda hükmün gereksiz hale gelmesi muhtemeldir ve AB, özellikle de bu yeni Tüzükteki benzerleriyle çakışması ya da örtüşmesi halinde kaldırılacak ya da tadil edilecek yerel kuralları hakkında ayrıntılı bir talimat çıkarma yoluna gidebilir. Çakışması ya da örtüşmesi halinde AB kanunlarının ulusal kanun üzerindeki üstünlüğü

ilkesi gereğince, aykırı yerel hükümler hiçbir durumda kullanılamaz ve Tüzük hükümlerine her zaman öncelik verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Tüzükler doğrudan uygulanabilir olduğu için AB veri koruma kuralları, her Üye Ülke'de tam anlamıyla aynı olacaktır. Diğer bir deyişle, şu ana kadar ulusal sistemler arasındaki var olan farklılık ortadan kaldırılmaktadır (ancak ulusal farklılıklar bir dereceye kadar var olacaktır; aşağıya bakınız).

Yürürlülüğe ilişkin bir diğer önemli gelişme, yukarıda da bahsedildiği gibi, Tüzük hem yatay hem de dikey olarak, hükümlerinin kamu kurumlarına olduğu gibi özel taraflara karşı açılan dava yargılamalarında dayandırılması amacıyla, doğrudan etkilidir. Bu sebeple Facebook ya da Amazon gibi bir şirket “unutulma hakkını” ihlal ederse, etkilenen vatandaş her Üye Ülke'de “yatay” dava açabilecektir ve olası zararları iddia edebilecektir. Bu çeşitlilik, dikey olarak her zaman uygulanamayan ve yatay olarak hiçbir zaman uygulanamayan Direktif ile tam bir zıtlık içindedir.

Tüzük uyarınca şirketlere karşı vatandaşlar tarafından başlatılan yatay eylemler olasılığına rağmen farklılık uygulamaya yönelik çok az bir ilgiye sahiptir. Bunun sebebi, ilgili hükümler, ilgili ülkelerde doğru bir şekilde aktarıldığı müddetçe, uygulamada kabul edilen yerel kurallara bunun yerine (hem yatay hem de dikey olarak) başvurulabilir.

III. KURALLAR DİREKTİF'TEN ÖTEYE GİDERSE NE OLUR?

Direktif'in bazı fıkraları, herhangi bir şey eklemeyi ya da üstüne koymayı imkânsız hale getiren ve bir şekilde son derece kural koyucu olmasına rağmen, Direktifler bazen Üye Ülkelere en temelde gereken şeylerden daha öteye geçmeleri için bir olanak sağlamaktadır. Bu durum, örneğin Birleşik Krallık-tan daha katı kurallar koyan Almanya gibi ülkelerde Veri Koruma Direktifi ile meydana gelmiştir.

Peki, Direktif'in Üye Ülkelerce uygulanması, Direktif'in yerine geçen yeni Tüzük'ten daha katı ya da kapsamlı olduğu yerlerde durum nedir? Bu, yaygın olarak kabul görebilecek cevabın verilemeyeceği yasal olarak karmaşık bir konudur. Ancak yaygın olarak Üye Ülke'nin mevcut kanununun belirli bir hükümünün ya da yönünün Tüzük'ten daha öteye gittiği ancak çelişmediği yerlerde,

Üye Ülkeler bu belirli kuralları koruyabilmektedirler. Diğer taraftan, kanun uygulanması Tüzükte daha öteye gider ancak çelişmezse, bu durumda kanun artık uygulanmaz.

Üye Ülkelerin yeni Avrupa kuralları ile çelişen herhangi bir kanunu yürürlükten kaldırması beklenir (bu yasal zorunluluk, Avrupa Adalet Divanı tarafından daha detaylı bir içtihadta yorumlanmış olan AB Anlaşması'nın 4. maddesinden gelmektedir). Bunun yerine getirilmemesi durumunda, Avrupa Komisyonu hukuki işlem başlatabilir – gerçekte bu durumun meydana gelmesi çok düşük bir ihtimal olmasına rağmen, ulusal merciler ve mahkemeler, çelişen ulusal kanunlardan öte Tüzüğü uygulamaya koyma konusunda istekli oldukları sürece. (Bu durumun aksine eğer çelişen ulusal kanunu uygulama yolunu seçerse, Komisyon bir an önce harekete geçmek zorundadır.)

Komisyon'un sınırlı kaynağı vardır ve Komisyon, kural olarak, AB hukukunun ciddi anlamda ihlal edilmesine yoğunlaşmayı tercih eder.

SONUÇ

Hepsinden öte, Veri Koruma Direktifi'nin Tüzük ile değiştirilmesi, AB içerisinde daha etkin bir şekilde uygulamaya konulabilecek tekdüze, şeffaf ve erişilebilir kurallar dizisi ile sonuçlanmak zorundadır.

Ancak daha alınacak uzun bir yol vardır. Her zamanki gibi, taslak metnin ortaya konması, tamamlanması genellikle 18 ay ila 3 yıl süren uzun soluklu yasama sürecinin başlangıcına işaret eder. Avrupa Komisyonu'nun teklifi, Avrupa Parlamentosu'na ve Bakanlar Konseyi'ne tartışılmak üzere gönderildi. (Önerilen Tüzüğe daha sonra ne olacağı konusu bu makale dizisinin ikinci bölümünde ve yayımlanacak olan *Privacy & Data Protection dergisinin* 12. Cildi 5. Sayısında belirtilecektir.)

Bu aşamada, paketin son haline ilişkin bir kesinlik bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kapsamı ve içeriğinin de değişme ihtimali bulunmaktadır. Ek olarak, mevcut taslak Tüzüğün kabulünden sonra iki yılda yürürlüğe girmesi öngörülmektedir.

**ALMANYA YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ'NİN 11 HAZİRAN
2013 TARİHLİ, 4 CN 8.12 SAYILI KARARI**

Çevirenler: Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ, Av. Muhammet KIZIL***

ÖZET

Yetkili İdareler tarafından hazırlanan imar planlarında, tatil bölgesi veya dinlenme bölgesi olarak tahsisli olan bir yer varsa, söz konusu özel amaçlı yerlerde sürekli ikamet maksatlı yapılara ruhsat verilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: İmar planı, Özel İmar planı, Sürekli İkamet

ABSTRACT

In development plans prepared by the Competent Authority, as in the rest of the resort area or if you have assigned a place with such special-purpose structures for permanent residence permits should not be given places.

Key Words: Development plan, a private development plan, Permanent Residence

◆◆◆◆

Söz konusu dava Alman Yüksek İdare Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2012 tarihli Baden-Württemberg Eyalet İdare Mahkemesi kararının temyizden incelemeye bozmasına ilişkindir.

I

1. Davacı “Sonnenhalde” İmar Planının hukuka aykırı olduğunu iddia etmekte ve uyuşmazlık bu plandan kaynaklanmaktadır.

2. İmar planı, yaklaşık 20 hektarlık bir alanı kapsamaktadır ve kısmen orman arazisinden oluşmaktadır. İmar planına konu olan bölge 1930'larda imar bölgesi olarak belirlenmiş ve özellikle savaş sonrası dönemlerde biçimlenerek

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak. İdare Hukuku ABD, akersoz@akdeniz.edu.tr

** Antalya Barosu, Akdeniz Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, muhammetkizil@gmail.com.

bugünkü halini almıştır. Bu bölgede inşa edilen yapılar çeşitli biçimlerde ve yapılardadır (villalar, hobi bahçeleri, malzeme depoları gibi sürekli veya geçici oturma maksatlı inşa edilmiş yapılar formatındadır). Burada sürekli ikamet edilen yapılar, kısmen ruhsatlıdır; ayrıca dinlenme maksatlı olarak yapılan bahçe vb evler de aynı şekilde kısmen ruhsatlı olarak yapılmıştır veya yapılara ilişkin yazılı izin belgeleri mevcuttur¹. Diğer binaların ise herhangi bir yazılı izni yoktur. İmar planları, planlama yaptığı bölgeye ilişkin olarak düzenleme yapmayı ve ruhsatsız yapılaşmayı engelleme amacı güder.

3. Davaya konu olan imar planı SO 1 (Sonnenhalde-1) ve SO 2 (Sonnenhalde-2) şeklinde iki bölgeye ayrılmaktadır. SO 1 bölgesi ağırlıklı olarak dinlenme amacı taşıyan veya geçici niyetlerle yapılmış olan binaların tanzimine ilişkindir. Bu bölgede sürekli ev inşa edilebilmesi veya bu tarz yapıların mevcut olabilmesi için mutlaka yazılı iznin alınmış olması şarttır. Kuzey batı bölgesinde yer alan ve SO 2 olarak adlandırılan bölge ise “sınırlı hafta sonu kullanımı-ikamet” başlığıyla isimlendirilmiştir. Bu bölgede, SO1 özel bölgesinde izin verilen kullanımlara (tatil amaçlı evler) ve sürekli evlere izin verilmektedir. Her iki bölge için “tatil evleri” kısıtlaması ancak Alman Standartlar Enstitüsü (DIN) 18005 sayılı gürültü üst sınırına uyma zorunluluğuna göre belirlenmiştir.

4. Davacının maliki olduğu taşınmazlar, SO 1 bölgesindedir. Söz konusu bu taşınmazların üzerine, sürekli oturma gayesiyle ilgili bölgede binalar inşa edilmişlerdir. Bu yapıların ise ne imar mevzuatına ne de herhangi bir yazılı belgeye (ruhsat) göre hukuka uygun yapıldığı söylenemez. Fakat idarece, ruhsat niteliğinde olmayan fakat yapının inşasına yazılı olarak müsamaha gösterilmiştir.

5. Baden - Württemberg Eyalet idare mahkemesi², davacının başvurusu üzerine imar planının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Buna gerekçe olarak da SO 1 ve SO 2 bölgelerinde bulunan ve istisnai durumlarda verilen iznin yasal

¹ Alman hukukuna göre bir yerde hukuka uygun yapı olmasının şartı, sadece resmi tapu değildir. Yetkili kurumlarca verilmiş olan yazılı belgeler de yeterlidir.

² Alman idari Yargılama Usul Kanunu'nun 47/ 2a maddesine göre imar planlarına ilişkin uyuşmazlıklar, ilk derece mahkemesi olarak Eyalet idare Mahkemelerinde görülür.

bir temeli bulunmadığı gerekçesine dayanmıştır. Söz konusu bu hükmün geçersizliği, imar planının bütününe de geçersiz olmasına neden olmuştur. Söz konusu olayda imar planı içerisinde ilgili bölgede sadece tatil amaçlı yapıların durumuna ilişkin değerlendirme yapılmıştır. Oysa ki sürekli ikamet edilen yapıların durumu net bir şekilde belirtilmemiştir. Davaya konu olan imar planının esas amacı, öncelikli olarak ruhsatsız veya yazılı izinli yapıların ruhsatlı bir yapıya kavuşmasıdır.

6. İdare mahkemesinin tesis ettiği karar üzerine, davalı kararı temyiz ederek bozulmasını talep ederken; davacı kararın onanması gerektiğini düşünmektedir.

II

Alman Danıştay'ı ise kararı şu şekilde değerlendirmiştir:

7. Temyiz geniş bir biçimde şu şekilde tanımlanmış ve gerekçelendirilmiştir³. İlk derece mahkemesinin kararı ana ölçekte federal hukuku ihlal etmektedir. Fakat mahkemenin doğru tespitleri de mevcuttur.

8. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu nihai kararda, özel bölge ile ilgili olan kararının hukuki gerekçesi doğrudur. Çünkü mahkemenin kararında özel tatil bölgesi olan bir yerde daha ileriye gidilerek farklı izinlerin verilmesi hukuka aykırıdır. Eyalet Mahkemesinin bu tespitine dayanarak verdiği iptal kararı doğrudur.

9. İmar planı, BauNVO'nun (Baunutzungsverordnung⁴) 10. maddesine dayandırılmaz⁵. Bu madde, hafta sonu dinlenen, tatil amaçlı veya kamp

³ Alman İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 139. Maddesinde idare mahkemesi kararlarına karşı gidilebilecek temyiz yolu gösterilmiştir. Temyiz yoluna başvurma süresi 139/ I gereğince 1 aydır. 139/ 3'e göre ise temyiz başvurusuna cevap verme süresi ise 2 aydır.

⁴ Yapı Kullanım Yönetmeliği (YKY).

⁵ YKY m. 10 (BauNVO Pr. 10): "(1) Dinlenme amaçlı özel imar bölgesi olarak aşağıda verilen başlıklar düzenlenir:

- Tatil veya dinlenme amaçlı evler

- Kamp için ayrılmış alanlar

(2) Dinlenme amaçlı özel bölgeler için hazırlanan imar planları ile söz konusu alanların kullanım amacı veya kullanım biçimi gösterilebilir veya tespit edilebilir. Hazırlanan bu imar planları ile bölgenin düzenlenme amacına uygun olarak eklenti veya tesislerin yapılmasına izin verilebilir. Bu anlamda spor tesislerine izin verilebilmesi de mümkündür.

(3) Hafta sonu oturma amacıyla inşa edilecek olan evlere ilişkin hazırlanan imar planı

amaçlı yapılacak evlere ilişkin düzenlenecek olan evlerin imar planını özel olarak düzenlemektedir. Genel amaçlar ise aynı yönetmeliğin (yapı kullanım yönetmeliği) 10. maddenin 2. fıkrasının 1. satırında belirlenmiştir⁶.

10. BauNVO (Yapı Kullanım Yönetmeliği) 2-9. maddelerinin ilk fıkralarında ise yönetmeliğin genel amaçları ve özel bölge olamayan yerler belirlenmiştir⁷. Buna mukabil 10. Maddede ise böyle bir genel düzenleme, bölge yapısının çok çeşitli olmasından dolayı yapılmamıştır. Özel bölgelerin ne olduğunun, neresi olacağıının, ne şekilde değerlendirileceği hususunu yetkili yerel yönetimler kararlaştırır. Yönetmelik yapmış olduğu tanımlama ile özel bölgelerin sınırlarını çizmiştir. Yerel yönetimler ise “dinlenme amaçlı özel bölge” olarak belirlenen yerlere bu amacın dışında bina yapılmasına yönelik izin veremezler. Çünkü “dinlenme amaçlı özel bölge” nin sınırları, yönetmelikle tayin edilmiştir⁸. Yönetmeliğin 10. maddesine göre yapılan imar planlarında 2. ve 9. maddedeki gibi keyfi kullanımlara izin verilmez. Sadece dinlenme amaçlı yapı yapılması, bina tadilatı veya bakımına izin verilir. 10. maddedeki imar planındaki alanlar, 6. maddedeki karma imar planlarındaki alanlar gibi kullanılamaz. Yönetmeliğin 10. maddesi torba hüküm niteliğinde değildir. Sadece özel durumları tanımlayan bir madde niteliğindedir. Aksi halde imar alanlarının tanımlanması mümkün olmayacaktır.

ile belirlenen bölgede sadece hafta sonu oturma amaçlı olarak yapılan müstakil evler bulunabilir. Eğer bu amaçla hazırlanan bir imar planı varsa sadece belirlenen amaçlarla evler inşa edilebilir. İstisnai olarak ise bu evlerin site tarzında yapılmasına izin verilebilir. Bu tarz yerlerin belirlenmesinde bulunulan bölgenin coğrafi durumu dikkate alınarak sınırlandırmalar yapılabilir.

(4) Dinlenme amaçlı hazırlanan imar planlarındaki bölgelerde sadece bu amaçla inşa edilmiş yapılar bulunabilir. Dolayısıyla bu binaların bakımı, onarımı, tefrişi, başka kişilere devri durumunda da aynı maksat geçerli olabilir. Hazırlanan imar planı ile söz konusu evlerin bulunduğu arsalar, coğrafi durum dikkate alınarak değiştirilebilir.

(5) Kamp alanı olarak tahsis edilen alanlarda sadece kamp yapılabilir veya çadır kurulabilir”(ç.n).

⁶ Birinci cümlenin ifadesi şudur: “Özel bölgeler için (dinlenme amaçlı olan) kullanım amacı ve çeşidi gösterilecek ve tespit edilecektir”.

⁷ 2. Maddenin başlığı “küçük yerleşim bölgeleri”; 3. Madde, “Açık İkamet Alanları”; 4. Madde, “Genel Sürekli İkamet Bölgeleri”; 5. Madde “köy bölgeleri”; 6. Madde, “Karışık Bölgeler”; 7. Madde, “çekirdek bölgeleri”; 8. Madde, “esnaf bölgeleri”; 9. Madde, “sanayi bölgeleri” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸ König/Roeser/Stock, BauNVO, 2. Aufl. 2003, § 10 Rn. 7; Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 1567.

11. “Dinlenme amaçlı özel bölge” lerde sürekli oturmak maksadıyla yapılaşmaya izin verilmez. YKY'nin 10. maddesine göre özel bölge işareti olan yerlerde sadece belli dönemlerde kalınan yerlerden ibarettir.

12. YKY'nin 11. maddesinde de aynı şekilde karma kullanıma izin verilmemiştir. YKY'nin 11/ 1. maddesi 2 ve 10. maddeye girmeyen durumları düzenlemektedir. Ayrıca yerel yönetimlerin bir bölgeyi “diğer özel bölge” olarak tayin etmesinde 2. ve 10. madde kapsamında olmaması gerekmektedir. YKY 11. maddesinde izah edildiği şekilde “diğer özel bölgeler” tanımına ancak 2. ve 10. madde kapsamına girmeyen yapılar dahildir. Ayrıca 6. maddede tanımlanan karma imar bölgeleri tanımından da farklı bir tanımlama vardır. Yerel yönetim meclisleri, YKY'nin 2-10. maddelerinde tanımlanmayan ilaveten de yönetmeliğe uygun olması kaydıyla karmaşık kullanım alanları ihdas edebilirler⁹. Fakat sürekli ikamet alanı olarak belirlenmiş yerlerde dinlenme amaçlı kullanımlar her zaman mümkündür.

13. Yapılan incelemede ilgili imar planının C.02.2. 2. cümlesi eyalet idare mahkemesince iptal edilmiştir. Bu durum federal hukuka uygundur. Çünkü imar planında yapılan hesaplamada, teras, seralar, havuz, garajların, ara katların 60 metrekareyi geçemeyeceği ifade edilmiştir. Eyalet mahkemesinin bu durumu federal hukuka aykırı görmesi yerinde olmuştur. İdarece yapılan düzenleme, YKY 20/3'ün 1. cümlesine aykırıdır. YKY'nin 20. maddesine göre ek yapıların büyüklüğü, ana katların büyüklüğüne göre tespit edilir. 14. maddeye göre ise balkonlar, teraslar, localar bu hesabın içinde değerlendirilmez. Yani kat metrekaresini tespit ederken, sayılan balkon vb yapılar hesaba katılamaz.

14. 3. Eyalet İdare Mahkemesinin her iki özel bölgeye ilişkin imar planında sürekli ikamet izni verilmesinin yasalara aykırı olduğu görüşü federal hukuka aykırıdır. Bu şekilde yapı alanına ters mevcut bir yapılanmanın güvence altına alınacak olması saptaması sadece YKY 2-9 da söz konusu olabilir ama YKY 10 a uygun özel bölgeler için geçersizdir saptaması yanlıştır.

15. Burada farklı imar yapılarına izin verilmesi yönetmeliğin 1. maddesinin 10. fıkrasına dayandırılmaz. Bu durum, 1. maddenin 3. cümlesinden anlaşıl-

⁹ Urteil vom 28. Mai 2009 - BVerwG 4 CN 2.08 - BVerwGE 134, 117 Rn. 15.

maktadır. Dolayısıyla özel bölgelerde imara aykırı yapılar, 1. maddenin 10. fıkrasına göre düzenlenemez.

Yönetmeliğin 1. maddesinin 10. fıkrasına göre imar planını yasaya uygun hale getirilmesi ve düzenlenmesi, yine aynı yönetmeliğin 2-9 maddeleri kadar mümkündür. Yönetmeliğin 1. maddenin 3. cümlesi açıktır, ve özel bölgelerde uygulanamaz.

16. Eyalet İdare Mahkemesi, YKY'nin 1. maddesinin 3. fıkrasının 3. cümlesini uygulamamıştır¹⁰. İmar planında kullanım şekline ilişkin düzenlemeler, 10. ve 11. maddeye göre düzenlemektedir. YKY'nin 10. ve 11. (2. fıkrasının 1. cümlesi) maddelerine göre yapılan tespitler, YKY'nin 1/ 10. maddesine benzerdir. Burada yasa koyucu özel bölgedeki düzenleme imkânlarını madde sınırlandırmasına tabi tutmamıştır. Yerleşim yerleri, düzenleme imkânlarını, esnek bir şekilde yapabilmektedirler ve bunun yasal dayanağı da YKY 10. ve 11. maddeleridir.

17. Senatonun 27.10.2011 tarihli kararı (a.a.O¹¹), yüksek idare mahkemesinin ve talepte bulunanların işbu karardan çıkardıkları sonuçları haklı göstermemektedir.

Senato, belirtilen tarihli tespitinde, YKY 2 den 9. maddesine kadar olan kısıtlamaların yönetmelik koyucusunun niyetine uygun olduğunu, YKY'nin 1/ 10. maddesini kıyasen uygulanmasını, yasaya aykırı olduğunu beyan etmiştir.

YKY'nin m. 1/10'un kıyasen uygulanmasını söz konusu davada söz konusu değildir, belirtilen yapılaşma planındaki imarsız gözüken bölgelerin yazlıkların bulunduğu bir imar bölgesine çevrilmesinin YKY'nin m. 10'a uygun olup olmadığıdır.

Bu olaya karar uyum göstermemektedir.

¹⁰ YKY m.1/ 3: "İmar planlarında imar bölgeleri, 2. fıkrada belirtilen kısaltmalarla ifade edilir. İmar planlarında yapılan bu belirlemelere, bu maddenin 4. -10. fıkraları arasında aksi bir düzenleme olmadıkça, yönetmeliğin 2. Maddelerinden başlayarak 14. maddesine kadarki kısımları uygulama alanı bulur. Özel bölgelere ilişkin imar planlarında ise bu maddenin 4. ve 10. Fıkraları arasındaki maddeler uygulanamaz, belirli alanlara ilişkin yapılan tespitlerle ise, 10. ve 11. maddeler uygulama alanı bulur".

¹¹ am angegebenen Ord: Yukarıda belirtildiği gibi

18. YKY 10/ 3 aksi ile ispatından, özel bölgelerde dinlenme amaçlı bölgelerin güven altına alınmasının yasak olduğu çıkarılmamaktadır.

YKY 10. pr. 3, 1 ve 2 cümlesinde yapı şekli ile ilgili kurallar içermektedir (YKY 22) ve 3 cümlesinde yapının kullanımına ilgili kural içermektedir (YKY 16). Bir bağlayıcı şekilde tespit olunur ise yapıların ne şekilde kullanılacağına tespitidir. Yalnız YKY 10. pr. 3 yapıların ne şekilde kullanılacağına tespitine ilişkin bir açıklama içermemektedir, bu neden ile bir özel hüküm olarak) YKY 10. pr. 2 cümle 1 için bir engelleyici etki teşkil edemez.

19. Mevcut yapıları sağlamlaştıran kararlar, YKY 1, pr. 10 daki durumun ön şartlarına bağlı değilse de, geçerli olabilmeleri ve izne bağlı yapılabilmeleri durumu belirlenmiştir. Bu olayda da belirtildiği gibi, bir özel bölge, tatil amaçlı olarak belirlenmiş ve sınırları tayin edilmiş ise bölgeye yabancı inşaatlar ve binalar sadece sayı olarak ve niteliksel olarak tatil bölgesinin görüntüsünü şekillendirdiği ölçüde yapılabilir ve varlıkları güvence altına alınabilir.

20. İmar planının idare mahkemesince hukuki denetimi yapılırken, plan bölgesi olan bölgede dinlenme amaçlı olan yapılarla, mesken olarak kullanılan yapılar arasındaki oransal ilişkiler belirlenmeliydi. Plan bölgesinde mesken amaçlı bina payı ne kadar çok, tatil evlerine kıyasla büyüklükleri ne kadar dikkat çekici olursa ve plan bölgesi ne kadar çok onlarla kaplı ise o kadar çok mesken binalar, tatil evi bölgesinin karakteristik özelliğini sorgulanmasına yol açar. Plan bölgesi içerisinde merkezi veya kenar bir konumda bulunmaları da önem arz edebilir.

21. İmar planındaki kısmi hukuka aykırılıkların, imar planının tümünün iptaline neden olup olmadığı belirlenmemektedir. İmar planındaki bazı hukuka aykırılıklar, imar planının tamamının iptalini gerektirmez. Örneğin hukuka uygun düzenlemeler, kendi kendine mantıklı ve İmar Kanunu'nun 1. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesine uygun olması durumunda¹², ikinci olarak idare tali unsurlardaki hukuka aykırılıklar ile imar planını kabul ederse bu söz konusu planın tümünün geçersizliğine yol açmaz.

¹² İmar Kanunu (Baugesetzbuch) m.1/ 3: "İdareler, imar planlarını yapabilirler, imar planlarını yaparken, şehrin gelişimini ve düzenini dikkate alarak yapmaya yetkilidirler".

22. Tek bir yanlış tespitin imar Planının tamamının veya bir kısmının iptalini gerektirip gerektirmediği, her olaya özgü olarak karar verilmesi gereken bir husustur. Söz konusu sorunun cevabı somut olayın ilk derece mahkemesi tarafından hukuksal olarak değerlendirilmesine bağlıdır, senatonun bu yönde karar verme hakkı yoktur.

23. İmar planının içeriğine ilişkin olan teknik kısımlar, hukuksal değerlendirmenin dışındadır. Koruma altına alınan binaların imar planında kadastro adası belirteci ve/veya posta adresinin belirtilmemesi imar planının geçersizliği sonucunu doğurmaz. Belediye, -izin verilebilir olana- plan harici belge, olay veya bilgi kaynaklarına atıfta bulunuyorsa, bu duruma muhatap olanların, konu edilen bilgilerden güvenilir ve beklenebilir şekilde bilgilenebilmesi sağlanmalıdır. Bu durumu da ilk derece mahkemesi dikkate almalıdır.

24. Son olarak da senato imar planında bulunan yapı kullanım şekillerinin İmar Kanununun 1. maddesinin 7. fıkrasına aykırı olup olmadığını¹³ Danıştay tarafından değil, ilk derece idare mahkemesi tarafından tayin ve tespit etmelidir.

¹³ İmar Kanunu m. 1/ 7: “ çevrenin korunması, yani doğanın veya coğrafi yapının korunması amacıyla, özellikle de:
- Hayvanların, bitkilerin, göllerin, akarsuların, iklimin biyolojik ve çevresel etkilerinin korunması(...) gibi nedenlerle imar planı yapılabilir”.

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ 4. DAİRE’NİN
SOPHIA HANSEN v. TÜRKİYE KARARI ***

(Başvuru No: 36141/97)

*Çevirenler: Tuğçe TAKCI**, Ahmet TAKCI****

Hansen v. Türkiye davasında,

Başkan Nicolas Bratza, Yargıçlar M. Fischbach, J.Casadevall, R.Maruste, L.Garlicki, E.Fura-Sandström, ad hoc Yargıç F.Gölcüklü ve Daire Yazı İşleri Müdürü M. O’Boyle’in katılımıyla oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (4.Dairesi), 19 Haziran 2001 ve 3 Eylül 2003 tarihlerinde yapılan gizli müzakereler sonucu son belirtilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava İzlanda vatandaşı olan Sophia Hansen (başvuran) tarafından 14 Nisan 1997 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na (Komisyon) İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 25. Maddesi uyarınca yapılmış başvurudan (Başvuru No: 36141/97) kaynaklanmaktadır.

2. Başvuran İstanbul’da çalışmakta olan avukat H.Kaplan tarafından temsil edilmektedir. Türk Hükümeti (Hükümet) Mahkeme önündeki dava için kendini temsil edecek bir görevli atamamıştır.

3. Başvuran, diğerlerine ilaveten, Türk makamlarının Sözleşmenin 8.maddesindeki pozitif yükümlülükleri uyarınca çocuklarıyla şahsi ilişki kurmasını etkili olarak sağlamakta başarısız olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca, İzlandalı ve Katolik olmasından dolayı yapılan ayrımcılık nedeniyle çocuğunu görmesinin engellendiğini iddia etmiştir.

* Kararın orijinali İngilizce olup, İngilizce’den tercüme edilmiştir. Kararın orijinaline [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["36141/97"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61294"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) adresinden erişilebilir.

** Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi

*** Türkiye Adalet Akademisi Koordinatör Hakim

4. Komisyon, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 48/2b maddesi uyarınca 27 Mayıs 1998 de başvuranın aile hayatına saygı hakkı ve dini ve milliyeti nedeniyle ayrımcılık ile ilgili şikayetlerini Hükümete iletmeye karar vermiştir.

5. Başvuru, Sözleşmeye ek 11 nolu Protokolün yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Kasım 1998'de (11 nolu Protokolün 5/2.maddesi) Mahkeme'ye iletilmiştir.

6. Başvuru Mahkeme'nin 1. Dairesine gönderilmiştir. (Mahkeme İç Tüzüğü'nün 52/1 nolu maddesi) Bu davaya bakacak Daire üyeleri (Sözleşmenin 27/1.maddesi) 26/1. Maddede belirtilen şekilde oluşturulmuştur. Türkiye adına seçilen yargıç R.Türmen, davaya bakmaktan çekinmiştir (madde 28). Hükümet F.Gölcüklü'yü ad hoc yargıç olarak onun yerine atamıştır (Sözleşmenin 27. ve İç Tüzüğü'nün 29/1.maddesi).

7. 19 Haziran 2001 tarihli kararı ile Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

8. Başvuran ve Hükümet davanın esasına ilişkin görüşlerini sunmuştur. (59/1.madde) Daire taraflara danıştıktan sonra davanın esasına ilişkin olarak duruşmaya gerek olmadığına karar vermiştir (59/3. Madde). Taraflar birbirlerinin görüşlerine yazılı olarak cevap vermiştir. Ayrıca, müdahale hakkını kullanan (Sözleşmenin 63/1. ve İç Tüzüğü'nün 61/2.maddesi) İzlanda Hükümetinden de 3. Taraf görüşleri alınmıştır.

9. 1 Kasım 2001'de Mahkeme Dairelerinin yapısını değiştirmiştir (25/1. madde) ve bu dava yeni oluşan 4. Daire'ye verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

10. Başvuran 1959 doğumludur ve İzlanda'da yaşar. 1981 doğumlu V.A. ile 1982 doğumlu A.A. isimli iki kızın annesidir. Başvuran kızlarının doğumları sırasında Türk vatandaşı Halil Al ile Reykjavik'te yaşamaktaydı. Çocuklar evlilik dışıdır.

11. Çift 13 Nisan 1984'te İzlanda'da evlenmiştir. 3 yıl sonra Halil Al İzlanda vatandaşlığını kazanmıştır.

12. Başvuran ve Halil Al 1989 Kasımında ayrılmıştır ve Halil Al 1990 Şubatında birlikte oturdukları evden taşınmıştır.

13. Haziran 1990'da Halil Al iki kızı ile tatil için Türkiye'ye gitmiştir. Başvuran, iki kızının babalarına Türkiye'ye giderken eşlik etmelerine rıza göstermiştir. Ağustos 1990'da başvuran, Halil Al'dan iki kızın İzlanda'ya dönmeyeceklerine dair telefon almıştır. Bu noktadan sonra Halil Al başvuran ile iletişim kurmayı reddetmiştir. Takip eden aylarda başvuran çocuklara veya onların Türkiye'deki durumlarına ilişkin hiçbir bilgi almamıştır.

A. İzlanda'daki Boşanma ve Velayet Davası

14. Başvuran boşanma ve iki kızının velayetine dair bir karar için İzlanda makamlarına başvurmuştur.

15. 11 Ocak 1991'de Adalet Bakanlığı ayrılığa ve çocukların velayetinin geçici olarak başvurucuya verilmesine karar vermiştir.

16. 10 Nisan 1992'de Adalet Bakanlığı çocukların, ebeveynlerinin ayrılmasından bu yana anneleriyle yaşamalarından ve İzlanda'nın öteden beri onların evi olmasından bahisle başvurana çocukların velayetini vermiştir. Bakanlık kararını, başvuran ve Halil Al'ın ekonomik durumu ve yaşam koşullarına dair değerlendirme yapan Reykjavik Çocuk Refahı Komitesi'nin görüşüne dayandırmıştır.

17. Aynı tarihte Adalet Bakanlığı boşanmaya ve Halil Al'ın her çocuk için 18 yaşına gelene kadar başvurana nafaka ödemesine ve çocukların şartları ebeveynlerce karşılıklı olarak belirlenecek şekilde babalarıyla şahsi ilişki kurma hakları olduğuna karar vermiştir.

B. Türkiye'deki Boşanma ve Velayet Davası

18. 25 Ekim 1991 tarihinde başvuran Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nde boşanma ve kızlarının velayeti için dava açmıştır.

19. 12 Mart 1992 tarihli duruşmada A.A. ve V.A. hazır bulunmuştur ve V.A. aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia bir zamanlar annemdi.

Artık annem değil. Bana karşı kötüydü. Bizi yalnız bıraktı. Başka erkeklerle dışarı çıkardı. Babamı seviyorum.”

A.A. aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“ Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia bir zamanlar annemdi. Artık onu istemiyorum. Bizi yalnız bıraktı. Korkmuştuk. Her zaman bir yerlere giderdi. Babamı seviyorum.”

20. 12 Kasım 1992’de Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi başvuran ile Halil Al’ın boşanmalarına ve çocukların velayetinin babaya verilmesine karar vermiştir. 2675 sayılı kanun uyarınca davaya uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğunu kabul edilmiştir.

21. Asliye Hukuk Mahkemesi, çocukların onların duygusal ihtiyaçlarını karşılayan ve onlara iyi bir eğitim veren babalarıyla kalma isteklerini beyan etmelerini gözetmiştir. Çocuklar İstanbul’daki hayatlarına ve babalarının çevresine alışmışlardır. Çevrelerinden ayrılırlarsa duygusal ve fiziksel olarak zarar görecektir. Bu nedenle, onları desteklemek ve eğitimlerini karşılamak için yeterli geliri olan babalarıyla kalmaları çocuklar için en iyisi olacaktır. Mahkeme aynı zamanda annenin çocukları her Temmuz’da 30 gün görmesine izin vererek, başvuruca şahsi ilişki hakkı da tanımıştır.

22. Dava basının ve kamuoyunun dikkatini çekmiştir ve mahkeme kararını verirken bir grup İzlandalı ve Türk gazeteci mahkemede bulunmuştur.

23. Başvuran kararı temyiz etmiştir. 23 Şubat 1993’te Yargıtay mahkemenin kararını, evliliğin bir sonucu olarak başvuranın Türk vatandaşlığını alıp almadığını ve Halil Al’ın ise İzlanda vatandaşlığını alıp almadığını netleştirmemesi nedeniyle bozmuştur. Aynı zamanda mahkeme, çiftin evliliğinin Türkiye’de tanınıp onaylandığını tespit etmemiştir.

24. 7 Ekim 1993’te Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıtay’ın kararına uymaya karar vermiştir. Mahkemeye göre, çiftin vatandaşlığının görülen dava ile ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca dava sırasında çiftin İzlanda kanunlarına göre evlendikleri ortaya çıkmıştır, bu nedenle, evliliğin Türk makamlarınca onaylanıp onaylanmadığının tespiti gereksizdir.

25. 30 Mart 1994'te Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7 Ekim 1993 tarihli kararı bozmuştur. Çiftin vatandaşlığının ve evliliğin Türkiye'de tanınıp tanınmadığı sorununun davanın esası olduğunu belirtmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevi bunları tespit etmek ve böylece 2675 sayılı kanun hükümleri ve kanunlar ihtilafı ışığında uygulanacak hukuka karar vermektir.

26. Dosya Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

27. 8 Şubat 1995 tarihli yazı ile Asliye Hukuk Mahkemesi Dışişleri Bakanlığı'ndan, İzlanda makamlarınca 13 Aralık 1984 tarihinde düzenlenen evlilik belgesinin Türk makamlarınca onaylanıp onaylanmadığının kendisine bildirilmesini istemiştir.

28. 18 Nisan 1995 tarihli yazı ile Dışişleri Bakanlığı mahkemeye İzlanda Doğum, Evlilik ve Ölüm Kayıt Müdürlüğünce 13 Nisan 1984'te verilen evlilik belgesi ile Adalet Bakanlığınca 10 Nisan 1992'de verilen boşanma kararının Oslo'daki Türk Büyükelçiliğince onaylandığını bildirmiştir.

29. 20 Nisan 1995 tarihli duruşmada başvuran boşanma dilekçesini geri çekmiştir ve mahkemeden velayete ilişkin karar vermesini istemiştir.

30. Aynı tarihli kararında Asliye Hukuk Mahkemesi, evliliğin sonucu olarak başvuranın Türk vatandaşlığını almadığını ve Halil Al'ın Türk ve İzlanda vatandaşı olduğunu teyid eden Dışişleri Bakanlığı ile yapılan yazışmaya atıf yapmıştır. Boşanma dilekçesini reddetmiştir. Bu yüzden de velayet sorununa ilişkin karar vermeye yetkisi olmadığına karar vermiştir.

31. 28 Kasım 1995 tarihinde Yargıtay 20 Nisan 1995 tarihli kararı bozmuştur. Yargıtay ilk derece mahkemesinin çocukların velayetini hangi ebeveynin alacağına (2675 sayılı kanun hükümleri ve Medeni kanununun 312. maddesine göre) karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Çocukların Türk nüfusuna gayrisahihsane olarak kaydedilmeleri nedeniyle kimin çocuklar üzerinde velayete sahip olması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

32. Dosya bir kez daha Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne iade edilmiştir.

33. 13 Haziran 1996'da çocuklar, başvuranın kızlarıyla aynı siyah güneş gözlükleri ve başörtüleri takan 15 başka kız ile beraber duruşmaya katılmak için mahkemeye getirildiler. Çocukların babalarıyla Türkiye'de kalmalarına izin verilmesi için bağırarak, pankart sallayan, slogan atan bir grup insan adliyenin önünde toplanmıştı. Başvuru sahipleri ve avukatları kalabalık tarafından rahatsız edildiler.

34. Duruşmada başvuranın avukatı duruşmanın videoya alınmasını, bunun çocuğun yüksek yararına hizmet edeceğini talep etmiştir. Mahkeme bu talebi, kamuya kapalı duruşma yapılmasına gerek olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvuranın avukatı, mahkemeden İzlanda büyükelçisi, İzlanda İstanbul Konsolosu, tercümanlar ve diğer İzlanda görevlilerinin duruşmaya katılmak üzere çağırılmalarını da talep etmiştir. Mahkeme bu talebi kabul etmiştir.

35. Duruşmada V.A. aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“ 6 yıla yakındır babamla kalmaktayım. Babam ile mutluyum. Annemle kalmak istemiyorum. İslami yaşamı yaşamak istiyorum. Bu nedenle babamla kalmak istiyorum. Annem beni kaçırmaya çalıştı. Bu nedenle onu istemiyorum. Onunla kalmak istemiyorum. İslami eğitim alıyorum. Aynı zamanda devlet okuluna gidiyorum. Güvenlik nedeniyle okulun adını söyleyemem. Babamın baskısı altında değilim.”

A.A aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“ 6 yıldır babamla kalıyorum. Onunla mutluyum. Onunla olmaktan mutluyum. Endişem yok. Üvey annem Mülkiye Al bizle kalıyor. Babam bizlere bakıyor. Üvey annem babama yardım ediyor. Annemi görmek istemiyorum. Okulumun adını söylemek istemiyorum. Annemin geleceğinden korkuyorum.”

36. Başvuranın avukatı çocukların babalarının etkisi altında olduğunu ve özgür iradeleriyle ifade vermediklerini iddia etmiştir. Çocukların bir çocuk terapistine psikolojik incelemeden geçmeleri gerektiğini talep etmiştir. Mahkeme bu talebe dair karar vermemiştir.

37. Çocukların beyanlarını ve önüne gelen diğer delilleri gözeterek Asliye Hukuk Mahkemesi çocukların velayetini babaya vermiş, başvurana şahsi ilişki hakkı tanımıştır. Aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

38. Dava sırasında çocuklar birçok fırsatta 6 yıldır babalarıyla yaşadıklarını ve onunla olmaktan mutlu olduklarını beyan etmişlerdir. Annelerini görmek istememekte ve annelerinin kendilerini kaçırmamasından korkmaktadırlar. Davada, çocukların fiziksel, psikolojik ya da akli sorunları olmadığı anlaşılmıştır. Babaları onlara yeterli maddi desteği vermektedir, babalarının ortamına alışmışlardır ve onunla yaşamaktan mutludurlar. Bu gerçekler ışığında, çocukların yüksek yararı babalarıyla kalmalarıyla sağlanabilecektir. Bununla birlikte çocukların anne ihtiyaçlarının da giderilmesi zaruridir. Bu nedenle, Türkiye ile İzlanda arasındaki mesafe ve çocukların yaz tatilleri gözetilerek, başvuran her Temmuz ve Ağustos'ta 60 günlüğüne şahsi ilişki kurulmalıdır.

39. 18 Kasım 1996'da Yargıtay bu kararı onamıştır.

40. Yargıtay 31 Mart 1997'de başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini reddetmiştir.

41. Başvuran Halil Al'in çocukların velisi olarak yetkisini kötüye kullandığı iddiasıyla hukuk davası açmıştır.

42. 5 Mayıs 1998 tarihli duruşmada çocuklar hazır bulunmuştur.

43. V.A. aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“ Babam ile yaşıyorum. O bana ve kardeşime bakıyor. Annemi görmeyi kabul etmiyorum çünkü onu görmek istemiyorum. Anneme sempitim yok çünkü o benim çocukluğumda bana hiç ilgi göstermedi. Özel okulda okuyorum. Güvenlik sebebiyle okulun adını vermek istemiyorum. Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Annemin bizi görme talebini kabul etmiyorum. Annemi görmeyi reddetmenin suç olduğunun farkındayım. 1997'de polis isteği ile annemle görüştim. Kadiri tarikatı ile herhangi bir bağım yoktur. “

A.A aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“ 8 yıldır babamla kalmaktayım. Kız kardeşimde bizle yaşamaktadır. Babam her zaman ebeveynlik görevlerini yerine getirmiştir. Ben ve kız kardeşim annemizle yaşamak istemiyoruz çünkü biz onunla mutlu değiliz. Bizle hiçbir zaman ilgilenmedi. Babamla kalmak istiyorum. Özel okuldaki derslerime devam ediyorum. Okulun adını söylemeyeceğim. Söylersem annem bizi takip

edebilir. Annemle 1992 ve 1997'de karşılaştım çünkü onu görmek istemiştım. Annem beni Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesindeki davada babama karşı tanıklık yapmaya zorladı.”

C. Şahsi İlişkinin İcrasına Dair İşlemler

44. 12 Mart 1992'de Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurana her ayın ilk ve 3. Cumartesi günleri çocuklarıyla şahsi ilişki kurmasına geçici olarak karar vermiştir. Fakat başvuran çocuklarını sadece 2 kez görebilmiştir. Sonraki şahsi ilişki kurma girişimleri de başarısız olmuştur.

45. 4 Haziran 1992'de Halil Al Bakırköy İcra Müdürlüğüne 6 Haziran 1992 ila 6 Eylül 1992 tarihleri arasında yaz tatili için kızların Sivas'ta kalacaklarını bildirmiştir. Ayrıca Sivas ve İstanbul'daki adreslerini de bildirmiştir.

46. Sivas'ta kalırken, Halil Al icra müdürüne, V.A.'nın hastalanmasından dolayı ailenin kalışını uzattığını ve 4 Ekim 1992'ye kadar Sivas'ta kalacaklarını bildirmiştir.

47. Bu arada, Bakırköy Sulh Ceza Mahkemesi 6 Ekim 1992'de başvurana, Halil Al'in şikayeti üzerine hakkında yürütülen, 17 Ekim 1991'de çocukları kaçırmaya teşebbüs suçundan beraat ettirmiştir.

48. 12 Kasım 1992'de Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuranın evliliğini sona erdirmiş ve başvurana şahsi ilişki hakkı, babaya ise velayet hakkı vermiştir. Mahkeme, çocukların anne ihtiyaçlarının giderilmesi ihtiyacı, Türkiye ile İzlanda arasındaki mesafe ve çocukların yaz tatillerini gözeterek, başvurana her Temmuz'da 30 günlüğüne şahsi ilişki kurma hakkı tanımıştır. (Bakınız yukarıdaki 21. Paragraf)

49. Sonrasında, Halil Al Bakırköy İcra Hakimliği'nden bu kararın icrasının ertelenmesi talebinde bulunmuştur. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını bozduğunu ve bu nedenle icranın durdurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu sırada, başvuran, Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozduğu için çocuklarıyla şahsi ilişki tesisi amacıyla Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuştur. (Bakınız yukarıdaki paragraf 23)

50. 30 Haziran 1993'te Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi başvurana her Cuma saat 17:00'den her Pazar saat 17:00'ye kadar şahsi ilişki hakkı tanımıştır. Mahkeme çocukların annelerini, annelerinin İstanbul'da kiraladığı dairede ziyaret edebileceklerini belirtmiştir.

51. 2 Temmuz ve 10 Eylül 1993 tarihleri arasında icra memurları Halil Al'ın evine 11 kez gitmiştir. Fakat hiçbirinde çocukları veya onu bulamamışlardır. 2 kez binanın kapıcısı icra memurlarına Halil Al'ın kızlarıyla beraber tatil için Sivas'a gittiklerini söylemiştir.

52. Başvuran birçok kez şikâyette bulunmuştur. Bakırköy savcılığı Halil Al hakkında mahkeme kararlarına uymamaktan dolayı soruşturma yürütmüştür.

53. 19 Ocak 1994'te Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, Halil Al'a 3 ay 10 gün hapis cezası vermiştir. Ceza 500.000 TL adli para cezasına çevrilmiştir.

54. Başvuranın çocukları görmek için yaptığı 15 Temmuz 1994, 22 Temmuz 1994, 29 Temmuz 1994, 5 Ağustos 1994, 19 Ağustos 1994, 26 Ağustos 1994, 2 Eylül 1994 ve 9 Eylül 1994 tarihli girişimlerin hepsi başarısız olmuştur. Bu tarihlerin hiç birinde memurlar çocukları evde bulamamıştır.

55. 16 Eylül 1994'te icra memurları Halil Al'ın evine zorla girmiştir ve çocukların üvey annesini bulmuştur. Halil Al sonradan gelmiştir. Sadece V.A.'nın evde olduğunu memurlara söylemiştir. Memurlar A.A. evde olmadığından V.A.'yı almadan gitmişlerdir.

56. Memurlar 23 Eylül 1994'te tekrar Halil Al'ın evine geldiklerinde yine çocukların üvey annelerini bulmuşlardır. Çocuklar ve babaları bulunmamaktaydı. Halil Al yine 30 Eylül 1994, 14 Ekim 1994, 21 Ekim 1994 ve 25 Kasım 1994 tarihleri için kararlaştırılan şahsi ilişki kurulması kararlarına uymayı kabul etmemiştir.

57. Yargıtay 10 Ekim 1994'te Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19 Ocak 1994 tarihli kararını onamıştır. (Bakınız yukarıdaki 53. Paragraf)

58. 6 Ocak 1995, 20 Ocak 1995, 3 Şubat 1995, 10 Mart 1995, 24 Mart 1995 ve 7 Nisan 1995 tarihlerinde Halil Al şahsi ilişki tesisi anlaşmalarına yine uymamıştır. Bu tarihlerin hiç birinde evde bulunmamıştır.

59. 14 Nisan 1995'te başvuran icra memurlarıyla beraber Halil Al'ın evine gelmiştir. Evdeki çocukların dedesi, çocukların okulda olduklarını fakat hangi okul olduğunu bilmediğini beyan etmiştir. İcra memurları evi aramış fakat çocukları bulamamıştır.

60. 13 Haziran 1996'da Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi başvurana her Temmuz ve Ağustos'ta 60 gün şahsi ilişki hakkı tanımıştır (Bakınız yukarıdaki 38. Paragraf).

61. Bakırköy İcra Müdürü Halil Al'a 10 Temmuz 1996 tarihli kendisini 12 Temmuz 1996 günü saat 17:00'de evde bulunmaya davet eden resmi bir yazı göndermiştir.

62. 11 Temmuz 1996'da Halil Al Bakırköy İcra Hakimliği'nden şahsi ilişkinin icrasına dair kararın iptali için talepte bulunmuştur. 12 Temmuz 1996'da hâkim bu talebi reddetmiştir. Bu arada, memurlar Halil Al'ın evine gitmişler fakat çocukları yada Halil Al'ı bulamamışlardır.

63. Aynı günlü bir yazı ile Halil Al, icra müdürlüğünü V.A.'nın tatil için Erzurum'da, A.A.'nın ise Sivas'ta olduğuna ve başvuranın çocuklarını bu şehirlerden birinde ziyaret edebileceğine dair bilgilendirmiştir.

64. 19 Temmuz 1996'da icra memurları yine Halil Al'ı evinde bulamamıştır. Binanın kapıcısı onlara, çocukların sabah erkenden evden çıktıklarını söylemiştir.

65. Başvuran 12 Temmuz 1996, 20 ağustos 1996 ve 11 Eylül 1996 tarihlerinde olmak üzere 3 kez Bakırköy Savcılığına şikâyette bulunmuştur.

66. 24 Temmuz 1996'da Bakırköy Savcılığı Halil Al hakkında mahkeme kararlarına uymamak suçlaması ile iddianame düzenleyerek Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'ne dava açmıştır.

67. 26 Temmuz 1996 tarihli yazı ile, Bakırköy icra memuru, yerel karakolu aynı gün bir ziyaret planladığından haberdar ederek, icra memurlarına bir polisin nezaret etmesini talep etmiştir. Sonraki gelişlerinde icra memurlarına bir polis memuru eşlik etmiştir.

68. 4 Eylül 1996'da Bakırköy Savcılığı yine, Halil Al'ın mahkeme kararlarına uymadığından bahisle daha başka iddianameler düzenleyerek Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'ne dava açmıştır.

69. 13 Eylül 1996'da mülke girdiklerinde çocukların dedesi memurlara çocukların Sivas'tan dönmediğini söylemiştir. Memurlar çocukların yataklarının yapılı olduğunu not etmiştir.

70. 20 Eylül 1996'da icra memurları Halil Al'ın evinde kimseyi bulamamışlardır. Bir komşu, uzun süredir eve giren çıkan kimseyi görmediğini söylemiştir.

71. Başvuranın 5 Ekim 1996, 18 Ekim 1996, 26 Ekim 1996, 1 Kasım 1996, 8 Kasım 1996, 15 Kasım 1996, 22 Kasım 1996 ve 29 Kasım 1996 tarihli ziyaretleri de boşunaydı. Çocuklar bu tarihlerin hiç birinde babalarının evinde değillerdi.

72. İzlanda Hükümetine göre Türk ve İzlanda makamlarının önceki görüşmelerini müteakip ve buluşmada hazır olarak da bulunan İzlanda'nın Türkiye Büyükelçisi ve İzlanda Dışişleri Bakanlığınca Türk makamlarına yapılan baskı sonucu, başvuran ve çocuklar arasında 1 Aralık 1996'da plan dışı bir buluşma gerçekleştirilmiştir.

73. 7 Mart 1997'de Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi Halil Al'ı mahkeme kararlarına uymamaktan suçlu bulmuş ve onu 3 ay 26 gün hapis cezasına mahkûm etmiştir.

74. 27 Mart 1997 tarihli bir yazı ile Türk Dışişleri Bakanlığı Adalet Bakanlığına başvuranın 29 ya da 30 Mart 1997 tarihlerinde Türkiye'ye geleceğini ve bir mani olmadan şahsi ilişki tesisini gerçekleştirebilmesi için gerekli adımların atılmasını talep ettiğini bildirmiştir.

75. 10 Nisan 1997'de başvuran Bakırköy savcılığından Halil Al'ın tutuklanmasını talep etmiştir.

76. 21 Ağustos 1997'de başvuranın avukatı, başvuranın kızlarıyla buluşmak için Sivas'ın Divriği ilçesine gitmiştir. Halil Al kızlarıyla buluşma noktasına gitmiştir. Çocuklar babalarını bıraktıklarında bağırmaya başlamışlardır ve

başvuranın avukatı ile gitmeye karşı koymuşturlar. Annelerini artık görmek istemediklerini çünkü onun kendilerine hiçbir zaman gerçek bir anne olmadığını söylemişlerdir. Başvuranın avukatı arabaya binmelerini söylediğinde arabaya binmeyi reddetmişlerdir. Avukat polislerden destek istemiştir ve ona Ankara'ya kadar eşlik edip edemeyeceklerini sormuştur. Fakat polisler kabul etmeyip, ancak Sivas civar sınırlarına kadar ona eskort edebileceklerini söylemişlerdir. Başvuranın avukatı, bölgedeki terörist aktivitelerden dolayı çocukların güvenliğinden korktuğundan çocuklarla tek başına yolculuk yapmayı kabul etmemiştir.

77. Başvuran Bakırköy Savcılığına bir başka suç duyurusunda bulunmuştur. 24 Eylül 1997'de Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi başvuranın iddialarını reddetmiştir ve Halil Al'ın beraatına karar vermiştir. Çocukların defaatle annelerini görmeye dair itirazlarını ifade ettiklerini ve annelerini görmekten kaçınmak için belirlenen ziyaretlerden hemen önce arkadaşlarının evlerinde kaldıklarını tespit etmiştir. Babalarının etkisi altında değildirlere ve annelerini gerçekten görmek istememektedirler. Mahkeme Halil Al'ı mahkûm etmek için hiçbir delil olmadığını belirtmiştir.

78. Belirsiz bir tarihte Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığına, başvuranın Sivas, Kayseri yada Ankara'dan birinde çocuklarını görebileceğini ve çocukların anne ihtiyaçlarını gidermek için bu şehirlerden birinin gitmesinin anne için daha uygun olacağını bildirmiştir. Fakat başvuran çocukları bu şehirlerden birinde ziyaret etmeyi düşünmemiştir. Adalet Bakanlığı genel olarak, iddiacının ilgili yasal yollardan faydalanması ve şahsi ilişki kurmak için yetkili makamlara başvurması gerektiğini vurgulamıştır. Bu olayda, başvuran herkese açık olan yasal yollardan faydalanmamıştır.

79. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 4 Eylül 1996'da başlayan (bakınız yukarıdaki 68. Paragraf) yasal süreci sonlandırmıştır. 13 Ocak 1998 tarihli kararda Halil Al, mahkeme kararlarına uymamaktan suçlu bulunmuştur ve 4 ay hapse mahkûm edilmiştir. Ceza 1.200.000 TL adli para cezasına çevrilmiştir.

80. Haziran 1998 ve 8 Temmuz 1998 tarihli yazılarla, Adalet Bakanlığı Sivas ve Divriği savcılıklarından, Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin karar-

larıyla belirlenen şahsi ilişki süreçlerinin kolaylaştırılması için gerekli önlemlerin alınmasını istemiştir. Adalet Bakanlığı aynı zamanda İçişleri Bakanlığına, başvuranın avukatının çocuklar ile şahsi ilişki tesis edilmesi için olan çabalarının 12 Nisan 1997 tarihli buluşma sırasında güvenlik endişesi nedeniyle sekteye uğradığını bildirmiştir.

81. 15 Temmuz 1998'de Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi Halil Al'ı yine 1 ay 5 gün hapis cezası ile cezalandırmıştır. Ceza 350.000 TL adli para cezasına çevrilmiştir.

82. Başvuran 8 Temmuz 1998'de 4 günlüğüne kızları ile Divriği'de buluşmuştur. Fakat Halil Al kızlarının annelerini daha uzun süre görmelerine izin vermemiştir. Başvuran İzlanda'ya dönmüştür.

83. 28 Ağustos 1998'de başvuran kızlarıyla buluşmak için Divriği'ye gelmiş fakat onları görememiştir.

84. Haziran 1999'da V.A, Ekim 2000'de A.A. 18 yaşına girmekle çocuklar Türk hukukuna göre reşit kabul edildiğinden şahsi ilişki hakkı uygulanamaz hale gelmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. Kanunlar İhtilafı Kuralları (Kanun no:2675)

85. 2675 sayılı Kanunun ilgili hükümleri (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun)

Madde 12

“Evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki Milli hukuku uygulanır. Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir. Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir.

Evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır.”

Madde 13

“Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir.

Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır.

Geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tabidir.”

Madde 16

“Nesebin düzeltilmesi, babanın düzeltme anındaki milli hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilmemesi halinde ananın milli hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde, çocuğun milli hukukuna tabidir.”

Madde 17

“Evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ise babanın milli hukuku uygulanır.”

Madde 20

“Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanır.”

86. Bu olayda Türkiye Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine (Sözleşme İzlanda açısından 1 Kasım 1996'da, Türkiye açısından 1 Haziran 2000'de yürürlüğe girmiştir.) yada Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesine (Sözleşme İzlanda açısından 1 Kasım 1996'da, Türkiye açısından 1 Haziran 2000'de yürürlüğe girmiştir.) taraf değildi.

B. Medeni Kanun

87. Olay anında Medeni Kanunun 137. Maddesi şu şekildeydi:

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır.”

88. Olay anında Medeni Kanunun 148. Maddesi şu şekildeydi:

“Boşanma veya ayrılık vukuunda hâkim, ana ve babayı dinledikten sonra hakkı velayetin kullanılmasına ve ana ve baba ile çocuklar arasındaki şahsi münasebetlere dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eyler.

Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir; çocuk ile icabı hale muvafık surette şahsi münasebette bulunmak hakkını da haizdir.“

C. İcra İflas Kanunu

89. İcra İflas Kanununun 25. Maddesi şu şekildedir:

“ Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır. ”

90. İcra İflas Kanununun 341. Maddesi şu şekildedir:

“ Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir. ”

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

91. Başvuran, Türk makamlarının Sözleşmenin aşağıdaki biçimde olan 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri uyarınca çocuklarıyla şahsi ilişki kurmasını etkili olarak sağlamakta başarısız olduğunu iddia etmiştir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. “

A. Tarafların İddiaları

1. Başvuran

92. Başvuran 1992-98 yılları arasında çocuklarını görmek için yaptığı birçok teşebbüse rağmen Türk makamlarının onun çocukları üzerindeki şahsi ilişki hakkının etkili olarak icrasını sağlayamadıklarından şikâyet etmiştir. Kızlarını görmek amacı ile 6 yıl içinde 100 den fazla kere İzlanda'dan Türkiye'ye gelmek zorunda kalmıştır. Fakat eski kocasının şahsi ilişki ayarlamalarına ısrarla uymayı reddetmesi nedeniyle çabaları başarısız olmuştur. Türk makamlarının, babaları tarafından icra memurlarının her ziyareti öncesinde saklanan kızlarının yerini tespit etmek için etkili adımlar atmaya başaramadıklarını belirtmiştir. Başvuran eski kocası aleyhine mahkeme kararlarına uymaması nedeniyle 18 kez cezai süreç yürütüldüğünü belirtmiştir. Fakat o her zaman serbest kalmıştır, daha ağır cezalardan kurtularak sadece para cezaları ödemiştir.

2. Hükümet

93. Hükümet, başvuranın şahsi ilişki hakkını gerçekleştirbilmesi için ulusal makamları yetkileri dâhilinde her şeyi yaptığını belirtmiştir. Şahsi ilişkinin icrasına dair bir olayda, tüm toplumun çıkarıyla çocukların yarışan çıkarı

arasında adil bir denge gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çocuklar boşanma ve velayet süreci ve Divriği'deki 21 Ağustos 1997'de başvuranın avukatı ile yolculuk etmeyi reddettikleri buluşmadaki gibi birçok defa annelerini görmek istemediklerini ifade etmişlerdir. Bu şartlarda, makamlar Sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca aynı zamanda görüşlerinin dikkate alınması gerekecek derecede olgun olan çocukların çıkarlarını da koruma yükümlülüğü altındaydı. Şahsi ilişki tesis edilememesi öncelikle babanın işbirliği yapmayı reddetmesinin sonucuydu ve Hükümet onun bu tutumundan sorumlu tutulamazdı. İkinci olarak bu, çocukların başvuranı görmeyi reddetmesinin sonucuydu ki bundan yine Hükümet suçlanamazdı. Her olayda, başvuran eski eşinin evine girilmesini icra memurlarından talep edebilirdi fakat bu sadece 16 Eylül 1994 tarihli ziyaretinde gerçekleşmiştir. Hükümet ayrıca başvuranın eski eşinin müteaddit kere mahkeme kararlarına uymama nedeniyle suçlu bulunup mahkûm edildiğini de işaret etmiştir. Türk hükümeti sonuç olarak, olayın zorlu şartları içinde, Türk makamlarının başvuranın şahsi ilişki hakkını tesis edebilmesi için, kendilerinden makul sınırlar içerisinde beklenebilecek her şeyi yaptıklarını belirtmiştir.

3. Müdahil Hükümet

94. İzlanda hükümeti başvurana katılmıştır. Türk mevzuatının Sözleşme'nin 8. maddesine garanti edilen başvuranın hakları için yeterli koruma sağlamadığını ve özellikle, Türk makamlarının, başvuranın mahkeme kararıyla tanınan şahsi ilişki hakkını icra etmek için gerekli ve etkili önlemleri almada başarısız olduğunu belirtmiştir.

95. İzlanda hükümetince, Türk makamlarınca alınan tek önlemin önceki eşinin evine çocukların orda olup olmadıklarını tespit için giderken başvurana eşlik etmek olduğu belirtilmiştir. Çocukların nerede olduğunu bulmak ya da başvuran ile eski eşi arasında bir uzlaşma sağlamak örneğin, bir iletişim kurmalarını ya da aralarında bir buluşma sağlamak için hiçbir adım atılmadı. Türk makamları sosyal hizmet ya da benzeri makamların şahsi ilişki tesisinin kolaylaştırılması için sürece katılmalarını sağlama girişiminde bulunmamıştır.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

96. Mahkeme öncelikle, başvuranın şikâyetinin iki kızı V.A. ve A.A. ile 1990 ve sonrasında şahsi ilişki kuramama iddiasına ilişkin olduğunu bildirir. Bu sorunların Sözleşme'nin 8. Maddesi anlamındaki "aile hayatı" ile ilgili olduğu tartışılmamaktadır.

97. Böyle olunca, başvuran aile hayatına saygıda bir başarısızlık olup olmadığının tespiti lazımdır. Mahkeme, 8. maddenin asıl amacının bireyi kamu otoritelerinin keyfi eylemlerinden korumak olduğunu yineler. Aile hayatına etkili bir saygı için doğal olarak ek pozitif yükümlülükler vardır. (26 Mayıs 1994 tarihli Keegan v. İrlanda kararı, A serisi no:290, p.19/49) Bu bağlamda, mahkeme yine tekrarlar ki, 8. madde ebeveynlerin çocuklarıyla birleşmesini sağlayan önlemlerin alınması hakları olduğunu ve ulusal makamların bunun için eylemde bulunma yükümlülükleri olduğunu içerir (Erikson v. İsveç, 22 Haziran 1989 tarihli karar, A serisi no. 156, pp.26-27/71; Margareta and Roger Andersson v. İsveç, 25 Şubat 1992 tarihli karar, A serisi no. 226-A, p.30/91; Olsson v. İsveç (no.2), 27 Kasım 1992 tarihli karar, A serisi no. 250, pp.35-36/90; Hokkanen v. Finlandiya, 23 Eylül 1994 tarihli karar, A serisi no. 299-A, p.20/55; Nuutinen v. Finlandiya, 27 Haziran 2000 tarihli karar, Kararlar raporu 2000-VIII, p.83/127, Ignaccolo-Zenide v. Romanya, 20 Ocak 2000 tarihli karar, Kararlar raporu 2000-I, p.256/94 ve Sylvester v. Avusturya, nos. 36812/97 ve 40104/98/58).

98. Bununla beraber, bir süre diğer ebeveynle yaşamış olan bir ebeveynin çocuklarla birleşmesi hemen olmayabileceği gibi, hazırlık önlemleri alınmasını gerektirebileceğinden ulusal makamların aile birleşmesini kolaylaştırmak için önlem alma yükümlülükleri mutlak değildir. Bu tip bir hazırlığın kapsamı ve doğası her olayın şartlarına bağlı olacaktır fakat tüm ilgililerin anlayışı ve işbirliği daima önemli bir etmendir. Ulusal makamlar bu işbirliğini kolaylaştırmak için ellerinden gelenin azamisini yapmak zorundayken, tüm ilgililerin hakları, özgürlükleri ve çıkarlarının özellikle de çocuğun yüksek yararı ve Sözleşme'nin 8. Maddesi bağlamındaki haklarının gözetilmesi gerektiğinden bu alana baskı uygulamaya dair tüm yükümlülüklerin de sınırlandırılması ge-

rekir. Ebeveynle ilişkinin bu çıkarları tehdit edebileceği ya da bu haklara müdahale edebileceği hallerde, ulusal makamlar bunlar arasında adil bir denge kurmalıdır. (yukarıda değinilen Hokkanen kararına p.22/58 ve yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide kararına p.265/94 bakın,)

99. Bu nedenle Mahkeme, olayın özel şartları içinde kendilerinden makul ölçüde beklenebilecek, icrayı kolaylaştıracak gerekli adımların ulusal makamlarca alınıp alınmadığı (yukarıda değinilen Hokkanen kararına bakın, 58; yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide 96; yukarıda sayılan Nuutinen v. Finlandiya 128 kararına bakın) ve ulusal makamların tüm ilgili şahısların çıkarlarıyla hukukun üstünlüğünün sağlanmasındaki genel çıkar arasında adil bir dengeyi sağlayıp sağlamadığı hususunda emin olmalıdır. (yukarıda sayılan Nuutinen 129 kararına bakın)

100. Bu bağlamda mahkeme ayrıca, bu olay gibi bir davada, bir önlemin yeterliliğinin, uygulanmasının çabukluğuyla ölçülebileceğini tekrarlar. Ebeveyn sorumluluğunu sağlamayla ilgili süreçler ve bu süreçlerin sonucunda verilen kararların icrasına dair süreçler acilen gereğine tevessül edilmeyi gerektirir çünkü zaman kaybedilmesi, çocuklar ile onlarla beraber yaşamayan ebeveynler arasındaki ilişkilerde onarılamaz neticelere yol açabilir. (yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide kararına p.267/102 bakın)

101. Mahkeme başvuranın 25 Ekim 1991 tarihinde boşanma ve çocuklarının velayeti için talepte bulunduğunu görür. Süreç 6 yıl 5 ay sonra 31 Mart 1997'de bitmiştir. Bu sırada, 12 Mart 1992'de başvurana her ayın 1. ve 3. Cumartesilerinde şahsi ilişki hakkı tanınmıştır. Buna rağmen, başvuran çocuklarını sadece iki kez 12 Mart - 12 Kasım 1992 tarihleri arasında görebilmiştir. 12 Kasım 1992'de başvuranın her Temmuz ayında 30 günlüğüne şahsi hak tesis etmesine karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay'ın 23 Şubat 1993'te ilk derece mahkemesinin kararını bozmasıyla işlevsiz hale gelmiştir. 30 Haziran 1993'te başvuran yine Cumaları 17:00'den Cumartesileri 17'ye kadar geçici olarak şahsi ilişki tesis etmeye hak kazanmıştır. Bu düzenleme 13 Şubat 1996 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır ki bu tarihte başvuran her Temmuz ve Ağustosta 60 günlüğüne şahsi ilişki tesis etmeye hak kazanmıştır.

102. Mart 1992 ve Ağustos 98 arasında, icra memurları ve başvuran çocukların evine 500 kereden fazla ziyaret yapmasına rağmen, başvuran çocuklarını sadece 4 kez görebilmiştir. 2 kez başvuran 1 kez avukatı Türkiye'nin doğusunda bir il olan Sivas'a çocukları görmek için gitmiştir.

103. Bu süreç zarfında, velayet ve boşanma davaları medya ve kamunun dikkatini çektiğinden çocuklar çok büyük bir baskıya maruz kalmışlardır. Böylesine zorlu şartlarda bile, makamlar fazlasıyla uzun süren davalar devam ederken, başvuranın şahsi ilişki tesis etmesini sağlamak için hiçbir önlem almamışlardır. Özellikle, başvuranın kızlarıyla bir araya gelmesinin kolaylaştırılması ve başvuran ile önceki kocası arasında daha işbirlikçi bir ortamın yaratılması için çocuk psikiyatristlerinin veya psikologların yardımından ya da sosyal hizmet uzmanlarının önerilerinden faydalanmamışlardır. (yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide kararına p.269/112 bakın)

104. Bu bağlamda Mahkeme tespit eder ki, çocuklar hem boşanma hem velayet hem de icra süreçlerinde, birçok defa annelerini görmek istemediklerini ifade etmişlerdir. Hükümet, ulusal makamların çocukların annelerini görmeyi istememelerinden ve babanın şahsi ilişki hakkına dair mahkeme kararına uymamasından sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Başta Divriği buluşmasında olmak üzere çocukların annelerini görmeyi açıkça reddettiği haller olduğu doğru olsa da, Mahkeme, çocuklara anneleriyle gerçek bir ilişki kurabilecekleri böylece hiçbir baskı olmadan annelerine duygularını özgürce ifade edebilecekleri huzurlu bir ortamın hiçbir zaman sunulmadığı görüşündedir.

105. İcra sürecinin Türk makamlarınca yürütülmesi ile ilgili olarak, mahkeme belirtir ki her kararlaştırılan ziyarette başvuranın eski kocası, icra memurları geldiğinde çocuklarla beraber ortadan kaybolmayı ayarlamıştır. Bununla birlikte, makamlar, başvuran ile buluşmayı kolaylaştırmak için çocukların yerinin tespiti amacıyla hiçbir adım atmamıştır. Halil Al'ın şahsi ilişki ayarlamalarına uymamaya dair ısrarlı itirazı karşısında, makamlar eski kocasının uymasını sağlamaya yönlendirici zorlayıcı ve gerçekçi önlemlerin alınması da dahil olmak üzere, başvuranın şahsi ilişkisini sağlayacak önlemleri almalıydı.

106. Çocukları o ya da bu ebeveynle bir araya gelmeye zorlayan önlemler bu

hassas alanda istenmese de, bu tip önlemlerin alınmasından, çocuklarla yaşayan ebeveynin hukuka aykırı ya da uyumsuz davranışı olması durumlarında vazgeçilmemelidir. (yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide kararına p.268/106 bakınız)

107. Mahkeme, Hükümetin, başvuranın çocuklarla şahsi ilişki kurma hakkının tesisi için kendilerinden makul ölçüde beklenebilecek her şeyi yaptıklarına dair argümanına katılmamaktadır. Mahkeme, başvuranın önceki eşine verilen para cezalarını yetersiz ve etkisiz bulmaktadır. Başvuranın icra memurlarından, Halil Al'ın evine zorla girmelerini talep edebileceğine dair Hükümetin önerisine ilişkin olarak ise, böyle olmuş olsaydı bile, bu durum, makamları icra işlemlerindeki yükümlülüklerinden azat etmeyecektir çünkü onlar kamu gücüne sahiptirler. (yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide kararına p.269/111 bakınız)

108. Olaylar gözetilerek, Mahkeme, Türk makamlarının başvuranın çocuklarıyla şahsi ilişki tesisinin sağlanmasında yeterli ve etkili çaba göstermediğine ve böylece 8. Maddede korunan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verir.

109. Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğini belirtir.

II. SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

110. Başvuran özellikle Katolik ve İzlanda vatandaşı olması sebebiyle bir ayrımcılığa maruz kalması sonucu çocuklarını görme hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir. Sözleşmenin aşağıdaki biçimde olan 14. Maddesine dayanmıştır:

“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.”

111. Mahkeme başvuranın iddialarının ve vatandaşlığı ya da dini nedeniyle ayrımcılığa uğradığının mesnetsiz olduğunu teyid eder.

112. Buna göre, Sözleşmenin 14. Maddesi ihlal edilmemiştir.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

113. Sözleşmenin 41. Maddesi şu şekildedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıbiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

114. Başvuran aşağıda bölüştürüldüğü üzere, maddi tazminat olarak toplam 529,913 Avro’ya denk gelen 478,209.46 Amerikan doları talep etmektedir:

i) 1992-2001 yılları arasında şahsi ilişki tesisi amacıyla yapılan Türkiye İzlanda arası seyahat masrafları ve konaklama giderleri için 243,355.25 Amerikan doları;

ii) İstanbul’da daire kiralama bedeli için 84,600 Amerikan doları;

iii) Başvuranın İstanbul’da kalması süresince oluşan ısıtma, elektrik, gaz ve su harcamaları için 5,286.65 Amerikan doları;

iv) Türkiye’deki telefon görüşmesi masrafı için 69,668.07 Amerikan doları;

v) Santrale ulaşma ve santralden veriye ulaşmayı da kapsayan İzlanda’daki telefon görüşme masrafı için 22,268.61 Amerikan doları;

vi) İzlanda’daki “çocukları geri getirin projesi” nden doğan ve büro, eşya ve güvenlik kiralalarıyla Sophia Hansen’i destekleyen masraflarını da kapsayan harcamalar için 42,171.63 Amerikan doları;

vii) Posta masrafı için 10,626.94 Amerikan doları;

viii) Sair masraflar için 232.31 Amerikan doları.

115. Hükümet başvuranın talep ettiği bedelin aşırı olduğunu ve mahkemeye iletilen şikâyetlerle talep edilen tazminat arasında illiyet bağının bulunmadığını belirtmiştir.

116. Mahkeme başvuranın maddi tazminat talebinden mahsup edilmeyen 169,526.57 Amerikan dolarının, İzlanda’daki kamu bloglarınınca onun adına

yapıldığını tespit eder böylece onu bu masraftan sorumlu olmaktan kurtarır. Mahkeme başvuran tarafından maddi tazminat olarak talep edilen kalan miktarı aşırı bulmaktadır.

117. Bununla birlikte, icra sürecinin uzunluğu ve karmaşıklığı ve başvuranın şahsi ilişki hakkını kullanmaktan alıkonulduğu da gözetilerek, mahkeme, başvuranın, eski eşinin mahkeme kararlarına uymamasının sonucu olarak epeyi bir miktar harcama yapmış olması gerektiği görüşündedir.

118. Yukarıdaki faktörler dikkate alınarak ve 41. Maddede istendiği üzere adil bir değerlendirme yaparak, Mahkeme başvurana 50.000 avro ödenmesine karar verir.

119. Başvuran, ziyaret hakkını kullanamamasından dolayı yaşadığı stres ve endişeden dolayı manevi zararının tazmini için 221,624 Avro'ya denk gelen 200,000 Amerikan doları talep etmiştir.

120. Hükümet başvuranın talep ettiği miktarın aşırı olduğunu belirtmiştir.

121. Mahkeme başvuranın şahsi ilişki hakkının tesis edilememesi sonucu stres yaşadığından ve tatmin için sadece bir ihlal olduğunun tespitinin yeterli olmayacağından şüphe duymamaktadır. Benzer davalarda hükmedilen miktarlar gözetilerek (yukarıda değinilen Hokkanen, p.27/77; yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide 117; ve Elsholz v. Almanya GC, no.25735/94/71, ECHR 2000-VIII, Kutzner v. Almanya no.46544/99/87, ECHR 2002-I ve yukarıda sayılan Sylvester v. Avusturya, 84 kararına bakın) ve 41. Maddede istendiği üzere adil bir değerlendirme yaparak, mahkeme başvurucuya 15.000 avro ödenmesine hükmeder.

122. Kısacası, Mahkeme başvurucuya manevi zarar için 15.000 Avro ödenmesine hükmeder.

B. Harçlar ve Masraflar

123. Başvuran aşağıda bölüştürüldüğü üzere harçlar ve masraflar için toplam 129,511 Avro'ya denk gelen 116,875.74 Amerikan doları talep etmiştir:

i) İzlanda'daki yasal prosedürle ilgili olarak avukatlık ücreti için 22,350 Amerikan doları;

ii) Türkiye'deki prosedürle ilgili olarak avukatlık ücreti için 2,875.74 Amerikan doları;

iii) Avukatlık ücreti ve seyahat masraflarını da içeren Türkiye'deki boşanma, velayet ve icra süreçlerine ilişkin harç ve masraflar için 60,900 Amerikan doları;

iv) Strazburg'taki prosedürle ilgili olarak avukatlık ücreti ve harcamalar için 30,750 Amerikan doları.

124. Mahkeme, İzlanda'daki sürece dair avukatlık ücretinin şahsi ilişki tesisleriyle ilgisi olmadığını tespit eder. Mahkeme bu nedenle başvuranın bu başlık altındaki taleplerini reddeder.

125. İç hukuk süreciyle ilgili olarak, Strazburg'taki süreç ve icra süreci ile ilgili masraf ve harcamalar zorunlu olarak yapılmıştır. Bu yüzden bunlar makul oldukları ölçüde karşılanmalıdır. (yukarıda sayılan Ignaccolo-Zenide 121 ve yukarıda sayılan Sylvester v. Avusturya, 121 bakınız)

126. Mahkeme talep edilen miktarların aşırı olduğunu belirtir. Adil bir değerlendirme yaparak, özellikle davanın karmaşık olduğunu gözeterek, Mahkeme başvurucuya 10.000 Avro yasal masraf ve harcama ödenmesine hükmeder.

127. Kısaca Mahkeme başvurucuya bu başlık kapsamında 10.000 Avro ödenmesine hükmeder.

C. Gecikme Faizi

128. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğini belirtir.

Sözleşmenin 14. Maddesinin ihlal edilmediğini belirtir.

a) davalı devletin başvurana, Sözleşmenin 44/2. Maddesi uyarınca bu kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde aşağıdaki miktarları ödemesine karar verir:

50.000 Avro maddi tazminat olarak;

15.000 Avro manevi tazminat olarak;

10.000 Avro masraf ve harcamalar için;

Yukarıdaki miktarlardan vergi alınabilmesine;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak ödemenin yapıldığı tarihe kadar Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

4. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce dilinde tanzim edilmiş; İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2.ve 3. fıkraları uyarınca 23 Eylül 2003 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Michael O'BOYLE
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas BRATZA
Başkan

**İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERİN
KORUNMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞME'YE EK
16 NO.LU PROTOKOL***

Strazburg, 2 Ekim 2013

*Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ***

GİRİŞ

Avrupa Konseyi üye Devletleri ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye (işbu metinde "Sözleşme" olarak anılacaktır) Taraf Devletler, Sözleşme'nin hükümlerini, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (işbu belgede "Mahkeme" olarak anılacaktır) kurulmasıyla ilgili madde 19'u göz önünde bulundurarak; Mahkeme'nin yetkisinin istişari görüş beyan edecek şekilde genişletilmesinin Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki etkileşimi daha da artıracakını ve bu sayede Sözleşme'nin subsidiarite ilkesi uyarınca uygulanmasını destekleyeceğini dikkate alarak; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından 28 Haziran 2013 tarihinde kabul edilmiş olan 285 sayılı Görüşü göz önünde bulundurarak aşağıdaki şekilde kararlaştırmışlardır:

* Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" 4/11/1950'de imzaya açılmış, 10 onay koşulu-nun yerine getirilmesini müteakip 3/9/1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çevirisi yapılan AİHS'ye Ek 16 Nolu Protokol ise 02/10/2013 tarihinde imzaya açılmış ve halihazırda 10 ülke tarafından imzalanmasına karşın henüz hiçbir ülke tarafından onaylanmamıştır. Dolayısıyla, yürürlüğe girme koşulu olan 10 onay koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye tarafından 20/12/2013 tarihinde imzalanan söz konu-su Protokol henüz ülkemizde onaylanmamış ve bu nedenle de Protokole taraf olma süreci tamamlanmamıştır. AİHM reform sürecinin devamı niteliğini taşıyan ve bu bağlamda büyük önemi olan söz konusu Protokol ile esas itibarıyla taraf devletlerin yetkilendirilmiş iç hukuk mahkemelerine Sözleşme'de ya da ilgili Protokollerde tanımlı hak ve özgürlüklerin yorumlanması ya da uygulanmasına yönelik ilkelerden kaynaklanan sorunlara ilişkin istişari görüş sorma ve AİHM'ye de sorulan ve kabuledilebilir bulunan hususlarda istişari görüş verme yetkisi ihdas edilmektedir. Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=214&CM=8&DF=17/04/2014&CL=ENG>; Erişim: 17/4/2014.

** Ahmet ULUTAŞ, Dr, Başbakanlık KDGM, I.Hukuk Müşaviri.

Madde 1

1. Sözleşme'ye Taraf Devletlerin yüksek mahkemeleri ve divanları, Madde 10 uyarınca, Sözleşme'de ya da ilgili protokollerde tanımlı hak ve özgürlüklerin yorumlanması ya da uygulanmasına yönelik ilkelerden kaynaklanan sorunlara ilişkin istişari görüş beyan etmesi için Mahkeme'den talepte bulunabilir.

2. Talepte bulunan mahkeme ya da divan, yalnızca görülmekte olan bir dava kapsamında istişari görüş talebinde bulunabilir.

3. Talepte bulunan mahkeme ya da divan, talebinin gerekçesini sunacak ve görülmekte olan davanın geçmişiyile ilgili hukuki ve olgusal bilgi verecektir.

Madde 2

1. Büyük Dairenin beş yargıçtan oluşan bir paneli, Madde 1'i göz önünde bulundurarak bir istişari görüş talebinin kabul edilip edilmeyeceğine karar verir. Panel, talebin kabulünün herhangi bir şekilde reddedilmesi durumunda gerekçe sunar.

2. Panelin talebi kabul etmesi durumunda, Büyük Daire istişari görüş beyan eder.

3. Daha önceki paragraflarda belirtildiği gibi, Panel ve Büyük Daire, talepte bulunan mahkemenin ya da divanın ait olduğu Sözleşme'ye Taraf Devlet adına seçilmiş bir hâkimi *-ex officio-* içerir. Şayet seçilmiş bir hâkim yoksa ya da yerini alamayacaksa, Mahkeme Başkanı tarafından Taraf Devletin önceden sunmuş olduğu listeden seçilen bir kişi hâkim sıfatıyla yer alır.

Madde 3

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve talepte bulunan mahkemenin ve divanın ait olduğu Taraf Devlet, yazılı yorum sunma ve duruşmada yer alma hakkına sahiptir. Mahkeme Başkanı, adaletin uygun yönetiminin yararı doğrultusunda diğer bir Taraf Devleti veya kişiyi yazılı yorum sunmaya ya da duruşmada yer almaya davet edebilir.

Madde 4

1. İstişari görüşlerin gerekçesi sunulur.

2. İstişari görüşün hâkimlerin tümünün görüşünü tamamen veya kısmen temsil etmemesi halinde, hâkimlerin her biri ayrı görüş bildirme hakkına sahiptir.

3. İstişari görüşler, talepte bulunan mahkemeye veya divana ve mahkemenin ya da divanın ait olduğu Sözleşme'ye Taraf Devlet'e bildirilir.

4. İstişari görüşler yayımlanır.

Madde 5

İstişari görüşler bağlayıcı değildir.

Madde 6

Sözleşme'ye Taraf Devletler arasında işbu Protokol'de yer alan Madde 1 ile 5 arasındaki maddelerin hükümleri, Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul edilir ve Sözleşme'nin tüm hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 7

1. İşbu Protokol, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin imzalarına açıktır. Bu durum Taraf Devletlerin:

a. Onaylama, tasvip veya kabul bakımından hiçbir kısıtlama olmaksızın atıkları imzanın; ya da

b. Onaylama, tasvip veya kabulü takiben onaylama, tasvip veya kabule bağlı imzanın bağlayıcılığını kabul ettiklerini gösterir.

2. Onaylama, tasvip ve kabul belgeleri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilecektir.

Madde 8

1. İşbu Protokol, Sözleşme'ye Taraf on Devletin Madde 7'nin hükümleri uyarınca Protokol ile bağlı olmayı kabul ettiklerini açıkladıkları tarihten itibaren üç aylık sürenin dolmasını takip eden ayın birinci gününde yürürlüğe girer.

2. Protokol ile bağlı olmayı sonradan kabul eden bir Sözleşme'ye Taraf Devlet için Protokol, Taraf Devletin Madde 7'nin hükümleri uyarınca Protokol ile bağlı olmayı kabul ettiğini açıkladığı tarihten itibaren üç aylık sürenin dolmasını takip eden ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 9

Sözleşme Madde 57 uyarınca işbu Protokol'ün hükümlerine çekince konamaz.

Madde 10

Sözleşmeye Taraf Devletlerin her biri, imza sırasında veya onaylama, tasvip ya da kabul belgesini tevdi ederken Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitap eden bir deklarasyon aracılığıyla işbu Protokol'deki Madde 1, paragraf 1'in amacına uygun olarak belirlediği mahkemeleri ya da divanları bildirir. Bu deklarasyon, daha sonra aynı usulde değiştirilebilir.

Madde 11

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi üye Devletleri ile diğer Sözleşmeye Taraf Devletleri aşağıda yer alan konularla ilgili haberdar eder:

- a. herhangi bir imza;
- b. herhangi bir onaylama, tasvip ya da kabul belgesinin tevdi edilmesi;
- c. işbu Protokol Madde 8 uyarınca yürürlüğe giriş tarihi;
- d. Madde 10 uyarınca yapılan deklarasyon; ve
- e. işbu Protokol'e ilişkin herhangi bir başka işlem, bildirim ya da iletişim.

Aşağıda imzası bulunan, sahip olduğu yetkiyle işbu Protokol'ü imzalamıştır. Strazburg'da (2 Ekim 2013'te) hazırlanan işbu Protokol, her biri orijinal olmak üzere İngilizce ve Fransızca dillerinde ve Avrupa Konseyi arşivlerine tevdi edilen tek nüsha halinde hazırlanmıştır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi üye Devletlerinin ve Sözleşmeye Taraf Devletlerin her birine onaylı kopyaları iletir.

**ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMA VE ÇOCUKLAR İLE
YETİŞKİNLERİN KORUNMASI HAKKINDA
LAHEY SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA
21 ARALIK 2007 İSVİÇRE FEDERAL KANUNU*
TÜRKÇE ÇEVİRİSİ**

*Çeviren: Ar. Gör. Belkıs VURAL***

**Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar ile Yetişkinlerin Korunması
Hakkında Lahey Sözleşmeleri Hakkında Federal Kanun**

21 Aralık 2007

İsviçre Konfederasyonu Federal Meclisi, Anayasanın 122.maddesine dayanarak, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (1980 tarihli Avrupa Sözleşmesi) uygulamasına;

19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi (1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) ve 13 Ocak 2000 Tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme (2000 tarihli Lahey Sözleşmesi) uygulamasına;

Federal Konseyin 28 Şubat 2007 tarihli raporunu göz önüne alarak karar verir.

BÖLÜM 1: GENEL HÜKÜMLER

Madde 1 Federal Merkezi Makam

1. Federal Adalet Bürosu (“Büro”) dibacede sayılan sözleşmelerin uygulanmasında Federal Merkezi Makamıdır.

* Kanunun Almanca resmi ismi *Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen*, ve kısaltması *BG-KKE*’dir.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi; LL.M. (eur.)(Münih), LL.B (Bilkent Üniversitesi); email:bvural@ybu.edu.tr

2. Büro 1980 Lahey Sözleşmesi ve 1980 Avrupa Sözleşmesi ile yüklenen görevleri yerine getirir.

3. 1996 tarihli ve 2000 tarihli Lahey Sözleşmeleri'negöre Büro'nun görevleri:

- a. Kantonal merkezi makama yurtdışından yapılan bildirimleri iletmek;
- b. İsviçre Hukuku ve İsviçre'deki çocuk koruma hizmetleri hakkında yabancı makamlara bilgi sağlamak;
- c. İsviçre'yi diğer ülkelerin merkezi makamları önünde temsil etmek;
- d. Kantonalmerkezi makamlara bu sözleşmeler hakkında tavsiyede bulunmak ve bu sözleşmelerin uygulanmasını temin etmek;
- e. Kantonal merkezi makamlarile, 3. maddede belirtilen uzmanlar ve kurumlariletaraf devletlerin merkezi makamları arasındaki işbirliğini güçlendirmek.

Madde 2 Kantonal Merkezi Makamlar

1. Her kanton 1996 ve 2000 tarihli Lahey Sözleşmelerinin uygulanmasından sorumlubir merkezi makam tayin eder.

2. 1. maddenin 3. fıkrası başkaca şart koymazsa,kantonal merkezi makamlar-sözleşmeler tarafından merkezi makamlara yüklenen görevlerden sorumludur.

3. Kantonal merkezi makamlar ya da kantonlarca tayin edilen diğer makamlar, talep üzerine, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 40. maddesinin 3.fıkrası ve 2000 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 38. maddesinin 3. fıkrasında bahsedilen belgeyi/sertifıkayı düzenler.

BÖLÜM 2: ULUSLARASI ÇOCUK KAÇIRMA

Madde 3 Uzmanlar ve Kurumlar

1. Federal merkezi makam, kantonlarla işbirliği içerisinde, danışmanlık yapabilecek, uzlaşma ya da arabuluculuk faaliyetini yürütebilecek ve ivedilikle hareket edebilecek kapasitede uzmanlar ve kurumlardan oluşacak iletişim ağının kurulmasıyla ilgilenir.

2. 1. fıkrada belirtilen görevleri, özel bir birime devredebilir veyapılanmas-
rafları karşılayabilir ya da sabit bir miktar ödeme yapabilir.

Madde 4 Uzlaşma ve Arabulucuk İşlemleri

1. Merkezi makam, çocuğun gönüllü olarak iadesinin sağlanması ya da meselenin dostane çözüm yoluyla çözülmesi için uzlaşma ya da arabuluculuk prosedürünü başlatabilir.

2. Merkezi makam, uygun bir şekilde, arabulucuk ya da uzlaşma prosedürüne ilgili kişilerin katılmasını sağlar.

Madde 5 İade ve Çocuğun Üstün Menfaati

1980 tarihli Lahey Anlaşması'nın 13. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre iade, çocuğu şu durumlarda müsamaha edilemeyecek bir duruma sokar:

a. Çocuğun iade başvurusunda bulunan ebeveynin yanına yerleştirilmesi açıkça onun yüksek menfaatine aykırıysa;

b. Çocuğu kaçıran ebeveyn, her halükarda çocuğu mutad meskende bakabilecek bir durumda değilse ya da bu durum mantıken bu ebeveynden beklenemez ise; ve

c. Çocuğun üçüncü bir koruyucu kişiye bırakılması açıkça onun yüksek menfaatine aykırı ise.

Madde 6 Koruyucu Önlemler

1. Çocuğun iadesi başvurusunu inceleyen mahkeme, gerektiğinde, çocuğun ebeveynleriyle şahsi ilişki kurmasına karar verir ve çocuğu koruyucu gerekli önlemlere hükmeder.

2. İade başvurusu merkezi makam tarafından alındığında, yetkili mahkeme, merkezi makamın ya da taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, çocuk için bir temsilci, bir vasi atanmasına ya da diğer koruyucu önlemlerin alınmasına iade başvurusu yetkili mahkemeye henüz ulaşmamış ise dahi hükmeder.

Madde 7 Yetkili Mahkeme

1. İade başvurusunun yapıldığı anda çocuğun bulunduğuyerin Kanton Yüksek Mahkemesi, önleyici tedbirlerle birlikte iade başvurusuna karar verentek-yetkili mahkemedir.

2. Yetkili mahkeme başka bir kanton yüksek mahkemesine söz konusu mahkeme ve tarafların rızası halinde davayı nakledebilir.

Madde 8 Mahkeme Usulü

1. Mahkeme çocuğun gönüllü iadesinin sağlanması ya da dostane çözüme ulaşılması amacıyla, eğer ki merkezi makam bunu hali hazırda yapmamışsa, uzlaşma ya da arabuluculuk prosedürünü başlatır

2. Eğer ki uzlaşma ya da arabuluculuk,iade başvurusunun geri çekilmesi sonucuna yol açmazsa, mahkeme basit yargılama usulü ile karar verir.

3. Mahkeme yargılamadaki önemli işlemlerimerkezi makama bildirir.

Madde 9 Çocuğun Dinlenilmesi ve Temsili

1. Mahkeme, mümkünse tarafları şahsen dinler.

2. Çocuğun yaşı ya da başka önemli sebepler bunu engellemez ise, mahkeme çocuğu uygun bir şekilde dinlerya da bir uzmanı bunun için yetkilendirir.

3. Mahkeme çocuğun temsiline hükmeder ve destek ve hukuki meselelerde deneyimli bir kişiyi temsilci tayin eder. Bu kişi hukukitaleplerde bulunabilir ve hukuk yollarına başvurabilir.

Madde 10 Uluslararası İşbirliği

1. Mahkeme, çocuğun kaçırılmadan öncekimutad meskenininbulunduğu ülkenin makamlarıyla gerektiğinde işbirliğinde bulunur.

2. Mahkeme, eğer gerekli ise,merkezi makamla birlikte, çocuğun kaçırılmadan önceki mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine hükmeden kararın icrasının mümkün olup olmadığına ya da ne şekilde mümkün olduğu hususuna kesinlik kazandırır.

Madde 11 İade Kararı

1. Çocuğun iadesini hükmeden karar, bu kararın icrasına ilişkin tedbirler içermeli ve merkezi makama ve bu kararın icrasından sorumlu makama tebliğ edilmelidir.

2. İade kararı ve kararın icrasına ilişkin tedbirler İsviçre'nin her tarafında geçerlidir.

Madde 12 Kararın İcrası

1. Kantonlar kararın icrası için bir makamı görevlendirir.

2. Bu makam çocuğun yüksek menfaatini dikkate alır ve kararın gönüllü icra edilebilmesi için uğraşır.

Madde 13 Kararın Değiştirilmesi

1. Mahkeme, talep üzerine, iade kararına sebep olan şartlarda önemli değişiklik olması halinde, iade kararını değiştirebilir.

2. Mahkeme icranın durdurulmasına karar verebilir.

Madde 14 Masraflar

1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin 26. maddesi ve 1980 tarihli Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrası uzlaşma ve arabuluculuk prosedürü masraflarına, mahkeme masraflarına ve kantonlarda ve federal düzeyde icra masraflarına uygulanır.

BÖLÜM 3: SON HÜKÜMLER

Madde 15 Önceki Kanun Hükümlerinde Değişiklik

18 Aralık 1987 tarihli Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1. Küçüklerin korunması kapsamında, İsviçre yargı mercilerinin ve idari makamlarının yetkisine, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının ya dahukuki tedbirlerintanınması ve tenfizine 19 Ekim 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki,

Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme hükümleri uygulanır.

2. Yetişkinlerin korunması kapsamında, İsviçre yargı mercilerinin ve idari makamlarının yetkisine, uygulanacak hukuk ve yabancı mahkeme kararlarının ya da hukuki tedbirlerin tanınması ve tenfizine 13 Ocak 2000 Tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme hükümleri uygulanır.

3. İsviçre mahkemeleri ve idari makamları şahsın korunması ya da mal varlığının korunması gerektiği durumlarda da yetkilidir.

4. Paragraf 1 ve 2’de bahsedilen sözleşmelerin tarafı olmayan bir devlette verilen hukuki tedbirler, eğer ki küçük ya da yetişkinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede verilmişse ya da orada tanınmışsa, tanınır.

Madde 16 Geçici Hükümler

Bu kanunun uluslararası çocuk kaçırma ile ilgili hükümleri, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce kantonal makamlara yapılan iade başvurularına da uygulanır.

Yürürlük tarihi: 1 Temmuz 2009

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

DİNÇ VE ÇAKIR / TÜRKİYE DAVASI *

Başvuru No 66066/09

KARAR

STRAZBURG

9 Temmuz 2013

İşbu karar AIHS'nin 44'ncü maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Karar şekli düzeltmelere tâbi tutulabilir.

Dinç ve Çakır /Türkiye davasında,

Başkan

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Danutė Jočienė,

Peer Lorenzen,

Dragoljub Popović,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Paulo Pinto de Albuquerque,

ve İkinci Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in, katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Dairesi),

* T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

4 Haziran 2013 tarihinde, yapılan kapalı müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan dava, Bay Hakkı Dinç ve Bay Zinar Çakır (« Başvuranlar ») tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin («Sözleşme») 34'ncü maddesi uyarınca; 17 Kasım 2009 tarihinde yapılmış (no 66066/09) numaralı başvurudan ibarettir.

2. Başvuranlar, Diyarbakır Barosu avukatlarından M. Beştaş ve M. Daniş Beştaş tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti, (« Hükümet ») ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuru, 30 Ağustos 2010 tarihinde Hükümete bildirilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuranlar, Hakkı Dinç ve Zinar Çakır, sırayla, 1 Nisan 1992 ve 1 Temmuz 1992 tarihlerinde doğmuştur.

5. 7 Şubat 2009 tarihinde, saat 20.30 sularında, Nusaybin polisine anonim bir şekilde telefon açılarak, içlerinde henüz 17 yaşını doldurmamış (sırayla 16 yıl ve 10 ay ile 16 yıl ve 7 ay yaşındaki) başvuranların da yer aldığı beş kişi tarafından Molotof kokteylleri hazırlandığı ihbarı yapılmıştır.

6. Aynı gün, saat 22.20 sularında, ilki bir dükkâna ikincisi ise bir araca yönelik olmak üzere, Molotof kokteylli iki saldırıda bulunulmuştur. Polis olay mahallinde delil araştırması yapmış ve fotoğraflar çekmiştir. Daha sonra, alınan örnekler üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda herhangi bir parmak izine rastlanmamıştır.

7. Polis tarafından akşam saatlerinde ifadesine başvurulmuş dükkân sahibi, güvenlik kameralarından, yüzleri örtülü dört gencin dükkânının kepenklerine Molotof kokteyli attığını gördüğünü beyan etmiştir. Bunun üzerine, dükkân sahibi, personeli ile birlikte dükkânın deposuna sığınmış ve polisi aramıştır.

Yakılan aracın sahibi ise, aracını kimin yaktığını görmediğini beyan etmiştir.

8. 8 Şubat 2009 tarihinde, saat 5.00'te, Nusaybin Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelilerin evlerinde arama yapılması emri verilmiştir.

Saat 05.30 sularında evlerinde yapılan aramalar sonucunda, içlerinde başvuranların da bulunduğu dört kişi polis tarafından yakalanmıştır.

Başvuran Hakkı Dinç'in evinde yapılan aramada babası da hazır bulunmuştur. Arama tutanağı, hem başvuran hem de başvuranın babası tarafından imzalanmıştır. Tutanak incelendiğinde, polisin başvurana haklarını sözlü olarak bildirdiği görülmektedir.

9. Saat 6.00 sularında, Nusaybin Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında, üzerlerine atılı suçu işledikleri kanısını doğuran kanıtlar bulunduğu gerekçesiyle, şüphelilerin gözaltına alınmaları emri verilmiştir. Cumhuriyet savcısı, ilgililerin yakalanmalarından itibaren yirmi dört saat içinde huzuruna getirilmelerini emretmiştir.

Savcı ayrıca, polis memurlarından, şüphelilere haklarını yani yakalanmaları ve gözaltına alınmaları işlemine itiraz edebileceklerini ve bu hususta bir yakınlarını haberdar edebileceklerini hatırlatmaları talimatını vermiştir.

10. Saat 07.35 sularında, ilgililer sağlık muayenesinden geçirilmiş ve vücutlarında herhangi bir darbe ve yaralanma izine rastlanmamıştır.

11. İlgililer daha sonra, kimlik kontrolü yapılması amacıyla polis merkezine götürülmüştür. Saat 08.40'ta düzenlenen kimlik tespit tutanağına göre, başvuranların yaşı küçük olduğundan, polis tarafından ifadelerine başvurulmamıştır.

12. Saat 11.30 sularında, şüpheliler tekrar bir sağlık muayenesinden geçirilmiştir. Sağlık raporlarına göre, başvuranların bileklerinde kelepçe izleri tespit edilmiştir.

13. İlgililer polis merkezinde buldukları sırada, « görüşme » adı altında, başvuran Hakkı Dinç ve sanık F.G.'nin ifadeleri alınmıştır. Başvuran Hakkı Dinç, kendisine isnat edilen fiilleri kabul etmiştir. Ancak, sanık F.G.'nin ken-

dileri ile birlikte olmadığını belirterek suçsuz olduğunu ifade etmiştir. F.G. ise, başvuruların Molotof kokteyli atmak için kendisinin de onlara katılmasını önerdiklerini ancak kendisinin bu öneriyi reddettiğini beyan etmiştir. Polis, daha sonra bu görüşmelerin içeriğinin yer aldığı bir kısım tutanak düzenlemiş ve söz konusu tutanakları soruşturma dosyasına eklemiştir.

14. Başvuranlar, Nusaybin Asliye Ceza Mahkemesi hâkimi önüne çıkarılmalarından önce Nusaybin Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenilmiştir. Başvuranlar, savcı ve hâkim önünde kendilerine isnat edilen fiilleri kabul etmemiştir. Gözaltı sırasında düzenlenen ifade tutanağı ile ilgili olarak, ifadesine başvuru yapılan Başvuran Hakkı Dinç, söz konusu tutanağın içeriğine karşı çıkmıştır.

Hâkim önünde, başvuruların müdafii, müvekkillerinin isnat edilen suç işledikleri konusunda ikna edici kanıt bulunmadığını belirtmiştir. Müvekkillerinin sabit ikametgâh sahibi olduklarını, reşit olmadıklarını ve delillerin toplanmış olduğunu ifade ederek, başvuruların gerek görülmesi halinde adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakılmalarını talep etmiştir.

Duruşmanın sonunda hâkim, isnat edilen suçun vasıf ve niteliğini, kuvvetli suç şüphesinin varlığı ile delil durumunu gözетerek, başvuruların tutuklanmasına karar vermiştir.

15. Sanık F.G., başvuruların suçluluğuna işaret eden ifade tutanağının içeriğini Cumhuriyet savcısı önünde doğrulamıştır. Sanık F.G., polis tarafından kendisine gösterilen video kayıtlarında, Başvuran Zinar Çakır'ı teşhis ettiğini belirtmiştir. F.G., hakim önüne çıkarılmaksızın serbest bırakılmış ve hakkında kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verilmiştir.

16. 10 Mart 2009 tarihinde, tutukluluğun resen incelenmesi kapsamında, Diyarbakır özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi hâkimi (« Ağır Ceza Mahkemesi »), isnat edilen suç, kaçma ve delillerin karartılması riski ve tüm delillerin toplanamamış olmasından dolayı tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

17. 16 Mart 2009 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesi nezdindeki Cumhuriyet savcısı, başvurularını, kendilerine isnat edilen fiilleri işlemekle itham etmiştir.

Savcıya göre, başvuruların bu fiilleri, yasadışı silahlı örgüt PKK'nın eski önderi Abdullah Öcalan'ın yakalanışının 10'ncü yıldönümü vesilesiyle koordine bir şekilde yürütülen eylemler kapsamında değerlendirilmelidir.

18. Başvuranların yargılamasına, Ağır Ceza Mahkemesi'nde başlanmıştır.

19. 30 Mart 2009 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruların Ceza Muhakemesi Kanunu md. 100/3.a hükmünde öngörülen; üzerlerine atılı suçu işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesinin varlığını, kaçma ve delillerin karartılması ve tanıklar üzerinde baskı kurma riskini dikkate alarak tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

20. 2 Haziran 2009 tarihinde yapılan birinci duruşma sırasında, Ağır Ceza Mahkemesi tüm sanıkların savunmalarını dinlemiştir. Ağır Ceza Mahkemesi bu duruşma sonunda, başvuruların tahliye talebini reddetmiş ve isnat edilen suçun işlendiğini gösteren güçlü şüphelerin varlığından dolayı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrası tarafından öngörüldüğü üzere tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir. Başvuran Hakkı Dinç, soruşturma aşamasında, kendisine hakaret edildiği, dövüldüğü ve susuz bırakıldığı için ifade tutanağını imzalamak zorunda kaldığını beyan etmiştir.

21. 17 Haziran 2009 tarihinde, adli istinabe vasıtasıyla dükkân sahibi, Mardin Ağır Ceza Mahkemesi tarafından dinlenilmiş ve şikâyetini geri almak istediğini ifade etmiştir.

22. 8 Temmuz 2009 tarihinde, adli istinabe vasıtasıyla, tanık sıfatıyla F.G.'nin ifadesine başvurulmuştur. F.G., başvuruların isnat edilen fiilleri işledikleri yönünde daha önceden vermiş olduğu beyanlarını tekrar etmiştir.

23. 16 Temmuz 2009 tarihindeki duruşma sonunda, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuruların tahliye talebini reddetmiş ve bir önceki duruşmada belirtilen gerekçelerden dolayı tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir.

24. 20 Temmuz 2009 tarihinde, başvuruların müdafii itirazda bulunmuştur. Müdafii, başvuruların isnat edilen suçu işledikleri konusunda şüphe oluşturacak makul veya inandırıcı herhangi bir neden bulunmadığını ileri sürmüştür. Müdafii, bu kapsamda, Başvuran Hakkı Dinç ile polis merkezinde yapılan gö-

rüşmenin iç hukuka aykırı olduğunu ve aleyhe delil olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca müdafii, iç hukuk hükümlerine aykırı olduğunu düşündüğü, başvuranlara kelepçe takılması eyleminden şikâyetçi olmuş ve tanık F.G.'nin Başvuran Zinar Çakır'ı teşhis ettiği kamera kayıtlarının kalitesini eleştirmiştir. Son olarak, küçükler bakımından tutuklama tedbirine ancak son çare olarak başvurulabileceğini, müvekkilleri bakımından ise bu hususun gözetilmediğini ifade etmiştir.

25. Yapılan itiraz, 2 Eylül 2009 tarihinde, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, isnat edilen suçun niteliği ve delillerin durumu gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

26. 29 Eylül 2009 tarihli duruşmanın sonunda, tahliye talebi, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından daha önceki duruşmalarda belirtilen gerekçelere (isnat edilen suçun işlendiğini gösteren güçlü şüphelerin varlığı ve suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrası tarafından öngörülmüş olması) dayanılarak reddedilmiştir ve tutukluluk hallerinin devamına karar verilmiştir.

27. Müdafii, 5 Ekim 2009 tarihinde, bu karara itiraz etmiş, daha önce ileri sürdüğü argümanları yinelemiş, kaçma ve delillerin karartılması riski bulunmadığı için tutukluluk gerekçelerinin aslında mevcut olmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, tanıkların daha önceden zaten dinlenilmiş olduklarını vurgulamıştır.

28. 26 Ekim 2009 tarihinde, Diyarbakır 4'ncü Ağır Ceza Mahkemesi tarafından bu itiraz reddedilmiştir.

29. 1 Aralık 2009 ve 19 Ocak ile 9 Mart 2010 tarihlerinde yapılan duruşmalar sırasında, Mahkeme, başvuranların tahliye talebini reddetmiş ve suçun niteliği ve delillerini durumu ile suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrası tarafından öngörülmüş olması gerekçelerine dayanarak tutukluluk hallerinin devamına karar verilmiştir.

30. 13 Nisan 2010 tarihinde, Ağır Ceza Mahkemesi, başvuranların kendilerine isnat edilen fiillerden dolayı suçlu olduklarına hükmederek, her birini yedi yıl, dört ay ve yirmi gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme, tutuklulukta geçirdikleri süreyi dikkate alarak, salıverilmelerini kararlaştırmıştır.

31. Başvuranların tutuklu kaldıkları tüm süre boyunca, başvuranların tutukluluk halleri resen düzenli incelemelere konu olmuştur (28 Nisan, 2 Temmuz, 13 Ağustos, 8 Eylül ve 29 Aralık 2009 ile 16 Şubat ve 6 Nisan 2010). Her defasında, başvuranların tutukluluk durumunu değerlendiren hâkim, isnat edilen suçun işlendiğini gösteren kuvvetli şüphelerin varlığı ve suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrasında öngörülmüş olması nedeniyle, tutuklamanın devamına karar vermiştir.

32. Temyiz yoluna başvurulmuş ve dosya bugün halen derdest durumdadır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

33. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91'nci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü şöyledir:

« Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır.»

34. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesine göre, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bu hükümde öngörülmüş olan bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilir. Kaçma ve kaçma riski bulunması veya şüpheli ya da sanığın delilleri yok etme, saklama veya değiştirme riskinin bulunması ya da tanıklar, mağdurlar veya diğer herhangi bir üçüncü kişi üzerinde baskıda bulunma riskinin bulunması durumunda tutuklamanın haklı olduğu kabul edilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrası, bazı suçlar bakımından, özellikle devlet güvenliği ve anayasal düzene karşı olanlar bakımından, ilgilinin söz konusu suçu işlediği konusunda kuvvetli şüphelerin olması halinde, yukarıda sayılan tutuklama gerekçelerinin var sayılabileceğini belirtmektedir.

35. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 18'nci maddesine göre, 18 yaşından küçüklere zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılması yasaktır. Ancak, güvenlik güçleri (gerek olması durumunda) küçüğün kaçmasını engellemek ve onun yaşamını veya fiziksel bütünlüğünü ya da üçüncü kişilerin yaşamını veya fiziksel bütünlüğünü tehdit edebilecek tehlikeleri önlemek için gerekli tedbirleri alabilir.

36. Aynı Kanunun 15'nci maddesine göre, küçük hakkında ceza soruşturması, Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yürütülür.

37. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19'ncü maddesi çocuklar için özel bir rejim öngörmekte ve Çocuk Koruma Kanunu'nun hükümlerini tekrarlamaktadır. Söz konusu maddenin ilgili kısımları şöyledir:

« Çocuklar bakımından yakalama ve ifade alma yetkileri aşağıdaki şekilde sınırlandırılmıştır:

(...)

b) Oniki yaşını doldurmuş, ancak onsekiz yaşını doldurmamış olanlar suç sebebi ile yakalanabilirler. Bu çocuklar, yakınları ile müdafiyeye haber verilerek derhâl Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilirler; bunlarla ilgili soruşturma Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır ve aşağıdaki hükümlere göre yürütülür:

1) Çocuğun gözaltına alındığı ana-baba veya vasisine bildirilir.

2) Kendi talebi olmasa bile müdafiden yararlandırılır (...)

3) Müdafiyeye hazır bulundurulmak şartı ile şüpheli çocuğun ifadesi alınır. (...)

5) Yetişkinlerden ayrı yerlerde tutulur.

(...)

10) Çocuklara kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak, zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlemler alınır.»

38. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 20'nci maddesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109'ncü maddesi tarafından öngörülenlere ek olarak, küçükler için adli kontrol tedbirleri öngörmektedir. Bu maddede, küçüklerin tutuklanmalarına ilişkin kararın ancak adli kontrol tedbirinin etkisiz kalması veya bu tedbire uyulmaması durumunda alınabileceği belirtilmektedir.

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 5'NCİ MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

39. Başvuranlar, isnat edilen suçu işledikleri yönünde kuvvetli şüphe bulunmamasına rağmen; yakalanıp tutuklu olarak alıkonmalarından ve tutuklu kaldıkları sürenin uzunluğundan şikâyet etmektedir. Ayrıca, yargısal makamların, tutukluluğun küçükler için son çare olarak başvurulması gereken bir tedbir olduğu halde, yaşlarını dikkate almamasından yakınmaktadırlar.

Bununla birlikte; başvuranlar yakalanır yakalanmaz Cumhuriyet savcısı önüne çıkarılmayışlarından şikâyet etmektedir. Başvuran Hakkı Dinç, polisin iç hukuk hükümlerini ihlal ederek ifadesini almasından şikâyetçidir.

İlgililer, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1 ve 3'ncü fıkralarına dayanmaktadırlar. Bu hükümlerin somut dava ile ilgili kısımları şöyledir:

« 1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(...)

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

(...)

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes (...) makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. »

A. 5'nci maddenin 1'nci fıkrası

40. Hükümet, başvuranların özgürlüklerinin kısıtlanmasının Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1'nci fıkrasının c) bendi kapsamına girdiğini ileri sürmekte-

dir. Hükümet, çocuk büro memurlarına teslim edilmezden önce, başvurulara haklarının bildirildiğini ve başvuruların sağlık muayenesinden geçirildiklerini belirtmektedir. Bu memurlar da kimlik kontrolü yapmış ve bir görüşme sırasında, başvuran Hakkı Dinç'in ifadesini almışlardır. Hükümete göre, Cumhuriyet savcısının emri üzerine polis tarafından gözaltı sırasında delil toplanabilir ve şüpheli çocukların kimlik tespiti yapılabilir.

41. Başvuranlar, iddialarını tekrarlamaktadır.

42. AİHM, “yasal usullere” riayet etme de dâhil olmak üzere, bir tutukluluk işleminin “hukuka uygunluğu” bakımından, Sözleşme'nin iç hukuk mevzuatı hükümlerine gönderme yaptığını hatırlatır. Sözleşme, her halükarda esas ve usul kurallarına uyma zorunluluğu öngörmekte, ayrıca, her türlü özgürlükten mahrum bırakmanın 5'nci maddenin amacına uygun olmasını beklemektedir: bu amaç ise, bireyin keyfilige karşı korunmasıdır (Bakınız, diğer birçok karar arasından, *McKay /Birleşik Krallık* [BD], no 543/03, 30'ncü paragraf, AİHM 2006-X, *Mooren /Almanya* [BD], no 11364/03, 76'ncü paragraf, 9 Temmuz 2009 ve *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* [BD], no 3394/03, 79'ncü paragraf, AİHM 2010).

43. AİHM, tutuklama kararında, sonradan tespit edilen bir eksiklik ya da aykırılığın, 5'nci maddenin 1'nci fıkrası anlamında tutukluluk işleminin kendisini hukuka aykırı hale getirmedikçe kabul etmiştir (yukarıda atıf yapılan *Mooren*, 74'ncü paragraf). Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1'nci fıkrasına uyulup uyulmadığını tespit etmek için, açık bir şekilde geçersiz tutuklama kararları ile *prima facie* geçerli olan ve bir üst yargı mercii tarafından iptal edilene kadar yürürlükte bulunanlar arasında temel bir ayırım yapılması gerekmektedir. Tutuklama kararında tespit edilen herhangi bir hukuka aykırılığın, AİHM içtihatlarında belirtilen, istisnai anlamda “ağır ve bariz bir aykırılık” olması durumunda, bu kararın *ex facie* geçersiz olduğu kabul edilmelidir (*Liu /Rusya* no 42086/05, 81'nci paragraf, 6 Aralık 2007, *Garabayev /Rusya* no 38411/02, 89'ncü paragraf, 7 Haziran 2007, *Marturana /İtalya* no 63154/00, 79'ncü paragraf, 4 Mart 2008 ve yukarıda atıf yapılan *Mooren*, 75'ncü paragraf).

44. AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1 c) fıkrasının bir kişinin

tutuklu olarak alıkonmasına ancak ceza yargılaması kapsamında bu kişinin bir suç işlediğini gösteren kuvvetli şüphelerin varlığı halinde, yetkili yargı yeri önüne çıkarılması için izin verdiğini hatırlatır (*Ječius/Litvanya*, no 34578/97, 50'nci paragraf, AİHM 2000-IX, ve *Wloch /Polonya* no 27785/95, 108'nci paragraf, AİHM 2000-XI). Tutuklama işleminin dayandığı şüphelerin « ikna ediciliği », Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1 c) fıkrasının sağladığı korumanın temel bir unsurunu oluşturmaktadır. İkna edici şüpheler, sanığın söz konusu suçu işleyebileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edici nitelikte olguların veya bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte, ikna edicilik, koşulların bütününe bağlıdır (*Fox, Campbell ve Hartley /Birleşik Krallık*, 30 Ağustos 1990, 32'nci paragraf, seri A no 182, ve *O'Hara /Birleşik Krallık [BD]*, no 37555/97, 34'ncü paragraf, AİHM 2001-X).

45. Diğer yandan, 5'nci maddenin 1'nci fıkrasının c) bendi, polisin yakalama anı itibarıyla suçla itham etmek için yeterince kanıt topladığını varsaymamaktadır. 5'nci maddenin 1'nci fıkrasının c) bendi anlamında, gözaltı sırasında yapılan bir sorgulamanın konusu, yakalamayı gerektiren somut şüpheleri doğrularak veya eleyerek ceza soruşturmasını tamamlamaktır. Dolayısıyla, şüphenin doğmasına yol açan olgular, bir mahkûmiyet kararı için ya da hatta ceza soruşturmasının izleyen aşamasında devreye girecek suçlama için gerekli olan olgular ile aynı seviyede olamaz (*Murray /Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1994, 55'nci paragraf, seri A no 300-A).

46. Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1 c) fıkrası, Sözleşmeciler Devletlerin güvenlik güçlerinin özellikle organize suçlara karşı yeterli önlemler alarak mücadele etmelerinde büyük zorluklara sebep olabilecek bir biçimde, diğer bir deyişle mutlak uygulanmamalıdır (bakınız, *mutatis mutandis, Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978, 58-60'ncü paragraflar, seri A no 28). AİHM'in görevi, öngörülen yasal amacın izlenmesi dâhil olmak üzere, 5'nci maddenin 1'nci fıkrasının c) bendinde belirtilen şartların yerine getirilip getirilmediğini belirlemekten ibarettir. Bu bağlamda, AİHM, kendilerine sunulan delilleri en iyi şekilde inceleyebilecek olan iç hukuk yargı mercilerinin değerlendirmesi yerine kendi değerlendirmesini koyma göreviyle normal koşullarda yükümlü değildir (yukarıda atıf yapılan *Murray*, 66'ncü paragraf).

47. Somut davada, AİHM, başvuranların yasadışı bir örgüt adına Molotof kokteyli attıkları şüphesi ile yakalandıklarını gözlemlemektedir. Soruşturma makamları, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91'nci maddesinin 2'nci fıkrasının gerektirdiği üzere, ilgililerin bir suç işlediklerinden şüphelenmek için gerekli somut kanıtlara dayanmışlardır. Anonim bir telefon çağrısı, aralarında başvuranların da bulunduğu birkaç kişi tarafından yapılan Molotof kokteyli hazırlığını ihbar etmiştir. Gerçekten de, telefonla yapılan bu ihbardan birkaç saat sonra, bir işyerine ve bir araca karşı Molotof kokteylli saldırılar düzenlenmiştir. F.G. (başlangıçta şüpheliler içinde yer almaktaydı), gözaltında bulunduğu sırada, kamera kayıtlarından hareketle, başvuranlardan birini teşhis etmiş ve savcı önünde başvuranların suçu işlediğine ilişkin beyanlarda bulunmuştur. Başvuranlar, gözaltı sonunda tutuklanmışlar, sonra da yargılanarak kendilerine isnat edilen fillerden dolayı mahkûm edilmişlerdir.

48. Sonuç olarak, AİHM, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1'nci fıkrası bakımından, başvuranların, bir suç işlemiş olabileceklerine dair şüphe uyandırıcı inandırıcı nedenlere dayanılarak yakalanıp tutuklandıkları düşüncesindedir (yukarıda atıf yapılan *Murray*, 63'ncü paragraf, *Korkmaz ve diğerleri/Türkiye*, no 35979/97, 26'ncı paragraf, 21 Mart 2006, ve *Süleyman Erdem /Türkiye*, no 49574/99, 39-40'ncü paragraflar, 19 Eylül 2006).

49. Başvuran Hakkı Dinç'in gözaltı sırasında ifadesinin alınmasına gelince, başvuranlar bu soruşturma işleminin iç hukuk hükümlerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, Cumhuriyet savcısının emri üzerine, polisin gözaltı sırasında kanıt toplayabileceğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, hem Çocuk Koruma Kanunu'nun 15'nci maddesi hem de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19'ncü maddesi, açık bir şekilde ceza soruşturmasının bizzat savcı tarafından yürütülmesi gerektiğini öngörmektedir (yukarıda yer alan 36-37'nci paragraflar). Ancak, somut davada AİHM, başvuran Hakkı Dinç'in ifadesinin polis tarafından savcılık emri olmaksızın alındığını gözlemlemektedir. Ayrıca, AİHM, polisin iç hukuk kuralları bakımından hukuka aykırı davrandığını düşünmektedir.

50. AİHM, başvuranın yakalanmasından sonra meydana gelen bu hukuka

aykırılığın, yakalanmasını ve gözaltına alınmasını sağlayan inandırıcı nedenlerin varlığını tartışmalı hale getirmediğini ilk bakışta gözlemlemektedir. Dolayısıyla, değerlendirilmesi gereken husus, bu hukuka aykırılığın, başvuranların yakalanmalarından birkaç saat sonra verilen tutuklanmalarına ilişkin kararı etkileyip etkilemediğidir. Söz konusu kararın *ex facie* geçersiz olmasına ve dolayısıyla tutukluluğun da hukuka aykırılığına yol açacak “ağır ve bariz bir hukuka aykırılık” ile malul olduğunun belirlenmesi için, AİHM, olayın tüm koşullarını birlikte göz önüne alacaktır.

51. Öncelikle, işbu davanın, tutuklama kararını doğrudan etkileyen hukuka aykırılıklardan ayrıldığını belirtmekte yarar bulunmaktadır (bakınız, diğer birçok karar arasından, yukarıda atıf yapılan *Mooren*, 83’ncü paragraf). Aslında, başvuranların tutuklanmaları kararını veren hâkimin bu konuda yetkisi bulunuyordu. Ayrıca hâkim, duruşma sırasında avukatın da eşlik ettiği ilgililerin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100’ncü maddesi uyarınca; tutuklanmalarına karar vermiş ve kararının gerekçelerini belirtmiştir. Hâkim, elinde bulunan unsurlar temelinde, tutukluluk için gerekli temel şartın (yani, başvuranların Molotof kokteyli saldırısında bulduklarına ilişkin kuvvetli şüphelerin varlığı) oluştuğuna hükmetmiştir.

52. AİHM, hâkimin başvuranların tutuklanmalarına karar vermek için dayandığı kanıtlayıcı unsurlar içerisinde(soruşturma dosyası), başvuran Hakkı Dinç’in ifade tutanağının de yer aldığını gözlemlemektedir. Ayrıca, hâkim, duruşma sırasında ilgiliyi ifade tutanağının içeriği konusunda sorgulamıştır. Dolayısıyla, hâkimin başvuranların tutuklanmalarına karar verirken, gözaltı sırasında alınan ifadeye ilişkin tutanağı da göz önüne aldığı söylenebilir. AİHM, hâkimin, başvuranların isnat edilen suçu işlediği konusunda şüphe uyandırıcı başka kanıtlayıcı unsurlara da sahip olduğunu gözlemlemektedir. AİHM, bu konuda, yukarıda yer alan 47-48’nci paragraflardaki tespitlerine atıf yapmayı uygun görmektedir. AİHM, başvuranların, ifade tutanağını, tutuklanmalarına ilişkin kararın verilmesinde belirleyici rol oynayan bir unsur olarak ileri sürmediklerini gözlemlemektedir. Ayrıca, AİHM, başvuranların tutuklanmalarına ilişkin kararı hükümsüz ve geçersiz kılacak ağır ve bariz bir hukuka aykırılığın bulunmadığı kanaatindedir.

53. Son olarak, AİHM, ilgililerin gözaltına alınmalarının keyfi olmadığı düşüncesindedir. Polis tarafından yapılan sorgulama hariç olmak üzere, yakalama ve gözaltına ilişkin tüm usul kurallarına uyulmuştur. Polis memurlarının, şüphelilerin evlerinde arama yapmaları, şüphelileri yakalayıp gözaltına almaları, savcının emri üzerine gerçekleştirilmiştir. Başvuranların yakalanıp, gözaltına alınmaları tutanaklara işlenmiş, ilgililer kendilerine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgilendirilmiş, sanık sıfatıyla sahip oldukları haklar kendilerine iletilmiş ve sağlık muayenelerinden geçirilmişlerdir. Gözaltının sonunda (yalnızca birkaç saat sürmüştür) başvuranlar önce savcılığa götürülmüş, sonra da tutuklanmalarına karar veren hâkimin önüne çıkarılmışlardır (başvuranın yakalanma ve gözaltı sırasında maruz kaldığı ağır hukuka aykırılıklar ile karşılaştırma yapmak için bakınız, *Venskutė /Litvanya*, no 10645/08, 75-81'nci paragraflar, 11 Aralık 2012).

54. Sonuç olarak, başvurunun bu kısmı açık bir şekilde dayanaktan yoksun olup, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 3 a) ve 4 hükümleri uyarınca reddedilmesi gerekmektedir.

B. 5'nci maddenin 3'ncü fıkrası

55. Başvuranlar, tutukluluk süreleri ile ilgili iddialarını tekrarlamaktadırlar.

56. Hükümet, başvuranlara isnat edilen suçun uzun süreli hapis cezasını gerektirdiğini belirtmektedir. Hükümet, başvuranların tutuklanmalarına ve tutukluluk hallerinin devamına karar veren hâkimlerin gerekçelerini hatırlattıktan sonra, bu tedbirin delillerin toplanması, muhafazası ve suçun tekrarlanmasının önlenmesi amacıyla alındığını ifade etmektedir.

57. Bu şikâyet, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 3'ncü fıkrası bakımından açık bir şekilde dayanaktan yoksun olmadığından ve hiçbir kabul edilemezlik nedeni bulunmadığından, AİHM, kabul edilebilir olduğuna hükmeder.

58. AİHM, belli bir davada, en başta yerel yargı mercilerinin bir sanığın tutukluluk süresinin makul bir sınırı aşmamasına özen göstermekle yükümlü olduklarını hatırlatır. Bu amaçla, yargı mercileri, masumiyet karinesini göz önünde bulundurarak, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına karşı gelmeyi hak-

lı gösteren gerçek bir kamu yararının bulunup bulunmadığına dair bütün koşulları incelemeli ve tahliye taleplerini reddettikleri kararlarda bu hususları dikkate almalıdır. AİHM, öncelikle söz konusu kararlarda yer alan gerekçelere ve ilgililer tarafından başvurularında belirtilen, tartışma götürmeyen olay ve olgulara dayanarak, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 3'ncü fıkrasının ihlal edilip edilmediğini tespit etmelidir (*Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, 28 Ekim 1998, paragraf 154, *Derleme* 1998-VIII). Yakalanan kişinin suç işlediğine dair kanaat getirmek için inandırıcı nedenlerin mevcudiyetinin devam etmesi, tutukluluğun devamının meşruluğu için *sine qua non* bir koşuldur. Ancak, belli bir süre sonra bu koşul yeterli olmamaktadır. AİHM, bu hususta, yargı mercileri tarafından dayanılan diğer gerekçelerin, özgürlükten yoksun bırakmayı haklı göstermeye devam edip etmediğini belirlemelidir. Bu gerekçeler, “uygun” ve “yeterli” olduğu takdirde, AİHM, ayrıca yetkili iç hukuk makamlarının yargılama aşamasında “özel bir özen” gösterip göstermediğini de tespit etmelidir (*Labita /İtalya* [BD], no 26772/95, 153'ncü paragraf, AİHM 2000-IV).

59. AİHM, Türkiye aleyhine açılan pek çok davada, çocukların tutuklanmalarına ilişkin uygulamaya dair kaygısını dile getirerek, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 3'ncü fıkrasının ihlal edildiği yönünde karar verdiğini hatırlatır (*Selçuk /Türkiye*, no 21768/02, 26-37'nci paragraflar, 10 Ocak 2006, *Güveç /Türkiye*, no 70337/01, 106-110'ncü paragraflar, AİHM 2009 (özetler), ve *Nart /Türkiye*, no 20817/04, 28-35'nci paragraflar, 6 Mayıs 2008). “*Nart*” davasında, çocukların korunması hakkında ilgili uluslararası metinlerin çok sayıda olduğunu göz önünde bulunduran AİHM, çocukların tutuklanması tedbirinin son çare olarak düşünülmesi ve tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini ve bu tedbire başvurulmasının kaçınılmaz olması halinde ise çocukların yetişkinlerden ayrı bir yerde tutulmaları gerektiğini belirtmiştir (yukarıda atıf yapılan *Nart*, 31'nci paragraf).

60. AİHM, dikkate alınacak dönemin 8 Şubat 2009 tarihinde başvuranların yakalanması ile başladığını ve 13 Nisan 2010 tarihinde salıverilmeleri ile son bulduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla, ilgililerin tutukluluk süresi, yaklaşık bir yıl ve iki ay sürmüştür.

61. Bu dönem boyunca, başvuranların tutukluluğunun devamı, düzenli incelemelere tâbi tutulmuştur (yukarıda yer alan 6, 8-10, 12 ve 13'ncü paragraflar).

62. Başvuranların tutukluluğunun devamı konusunda yargısal makamlarca öne sürülen gerekçeler bakımından, AİHM, kaçma ve delillerin karartılması ile tanıklar üzerinde baskı kurma risklerine, açık bir şekilde yalnızca sürenin uzatılmasına ilişkin olarak 10 ve 30 Mart 2009 tarihlerinde verilen kararlarda yer verildiğini gözlemlemektedir. Ağır Ceza Mahkemesi, bunu müteakiben, bu gerekçelere bir daha yer vermemiş ve her bir duruşmanın sonunda, suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100'ncü maddesinin 3'ncü fıkrası tarafından öngörülen bir suç olduğu, isnat edilen suçun niteliği ve sınıflandırılması, isnat edilen suç ile ilgili olarak kanıtların durumu ve güçlü şüphelerin varlığı gibi neredeyse hep aynı basmakalıp ifadeleri kullanarak, başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

63. Ancak, AİHM, Ağır Ceza Mahkemesinin tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında dayandığı gerekçelere bakıldığında, iç hukukun ve birçok uluslararası anlaşmanın gerektirdiği üzere, bu tedbire nihai bir çözüm olarak başvurulduğu (başvuranın yaşından dolayı) gibi bir anlam çıkmadığını gözlemlemektedir (bakınız, örneğin, yukarıda atıf yapılan paragraf *Nart*, 22'nci paragraf, ya da daha yakın tarihli bir karar olarak yukarıda atıf yapılan *Güveç*, 108'nci paragraf). Tutukluluğun devamına ilişkin kararlara bakıldığında, hâkimlerin öncelikle tutukluluk dışında başka yöntemlere başvurmuş oldukları görülmemektedir. Bu kapsamda, başvuranların avukatı, tutukluluğun devamına ilişkin olarak 16 Temmuz 2009 ve 29 Eylül 2009 tarihli duruşmalar sonunda verilen kararlara karşı yaptığı itirazlarda, hâkimin dikkatini müvekkillerinin çocuk oluşuna çekip, bu nedenle tutuklanmalarına son çare olarak başvurulması gerektiğini belirterek gerekirse kefaletle salıverilmelerini talep etmişse de, hâkimler bu talebi yerinde görmemiş ve bu tedbirin ilgililerin duruşmalara katılmalarını sağlamak bakımından neden yetersiz olabileceğine ilişkin herhangi bir açıklama da yapmamıştır.

64. AİHM, yerel yargı mercileri tarafından ileri sürülen gerekçelerin, baş-

vuranların tutukluluk hallerinin devamı için ne yeterli ne de uygun olduğu düşüncesindedir.

65. AIHM, yukarıdaki unsurlar ışığında, yetkili iç hukuk makamlarının yargılama aşamasında “özel bir özen” gösterip göstermediğini araştırmaya gerek olmadığı düşüncesindedir.

66. Buradan hareketle, AIHM, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 3'ncü fıkrasının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞME'NİN 3'NCÜ MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

67. Başvuranlar, Sözleşme'nin 3'ncü maddesine dayanarak, iç hukuk hükümlerine aykırı bir tedbir olduğunu düşündükleri kelepçe takma işleminden şikâyet etmektedir.

68. AIHM, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 1'nci fıkrasında öngörüldüğü üzere, kendisine ancak iç hukuk yolları tüketildikten sonra başvurulabileceğini ve bu nedenle henüz yerel yargı mercileri önüne götürülmemiş bir şikâyeti inceleyemeyeceğini hatırlatır.

69. Somut davada, AIHM, başvuranların kendisinden incelemesini istedikleri şikâyeti, fer'i nitelikte olsa dahi, yerel yargı mercileri önüne götürmediklerini gözlemlemektedir. Başvuranların avukatı, yalnızca bir defa kısaca, müvekkillerinin tutukluluğun devamına karşı 20 Temmuz 2009 tarihinde yaptığı itiraz sırasında kelepçe takılmasından şikâyetçi olmuştur. Başvuranlar, iç hukuka aykırı olduğunu ileri sürdükleri halde, bu işlemi yerel yargı mercileri önüne hiçbir zaman götürmemiştir. Böylelikle, başvuranların şikâyetlerini usulüne göre yerel makamlar önüne götürdüklerini düşünmüyoruz. Dolayısıyla, bu şikâyetin, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 1 ve 4'ncü fıkraları uyarınca reddedilmesi gerekmektedir.

III. DİĞER İHLAL İDDİALARI HAKKINDA

70. Başvuranlar, Sözleşme'nin 6'ncı maddesini öne sürerek, özel yetkili bir ağır ceza mahkemesi önünde yargılanmalarından şikâyet etmektedir. Baş-

vuranlar, böyle bir mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığından duydukları kuşkuyu dile getirmekte ve çocukların bu mahkeme önünde yargılanmalarının Birleşmiş Milletlerin çocuklar bakımından adalet yönetimine ilişkin asgari kuralları (Beijing Kuralları) ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuran Hakkı Dinç, avukat yokluğunda polis tarafından ifadesinin alınmış olmasından şikâyetçidir.

Başvuranlar, Sözleşme'nin 13'ncü maddesini ileri sürerek, tutuklanmalarına ve tutukluluk hallerinin devamına karşı başvurabilecekleri etkili bir başvuru yolunun bulunmadığından şikâyet etmektedir. Başvuranlar, başarılı olma şansının düşük olduğunu ileri sürerek, itiraz yolunun etkili bir yöntem olmayışından şikâyetçidir.

Başvuranlar, ayrıca, tutuklanmaları nedeniyle, Sözleşme'nin 8'nci maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

Başvuranlar, son olarak, yakalanma tarihi itibarıyla eğitimlerine devam ediyor olmalarından dolayı, 2 numaralı Protokolün 2'nci maddesi tarafından garanti altına alınmış olan eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

71. Sözleşme'nin 6'ncı maddesine dayandırılan şikâyet ile ilgili olarak, AİHM, başvuranlara karşı başlatılan cezai yargılama sürecinin halen Yargıtay önünde derdest olduğunu gözlemlemektedir. Ancak, AİHM, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi hükümlerine uygunluğu değerlendirebilmesi için tüm cezai yargılama sürecini dikkate alması gerektiği düşüncesindedir. Dolayısıyla, yerel yargı mercileri önündeki yargılamanın mevcut durumu göz önüne alındığında, böyle bir şikâyet için henüz erken olduğu sonucuna varılacaktır. Başvuranlar, bu nedenle, mevcut durum itibarıyla, Sözleşme'nin bu bakımdan ihlalini öne süremeyecektir. Başvuranlar, yerel yargı mercileri önündeki yargılamanın sonucunda ileri sürülen ihlalden dolayı halen mağdur olduklarını düşünecek olurlarsa, AİHM'e tekrar başvurmak hususunda serbesttir. Buradan hareketle, başvurunun bu kısmı henüz zamansız olup, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 1 ve 4'ncü fıkraları uyarınca reddedilmesi gerekmektedir.

72. Sözleşme'nin 13'ncü maddesine dayandırılan şikâyet ile ilgili olarak, AİHM, bu şikâyeti Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 4'ncü fıkrası kapsamında incelemeyi daha uygun görmektedir. Ancak AİHM, başvuranların iddiaları-

nı destekleyici unsurlar kullanmaksızın, çok genel bir şekilde ifade etmiş olduklarını gözlemlemektedir. Başvuranların yaptıkları diğer şikâyetler ile ilgili olarak, AİHM, sahip olduğu mevcut tüm dosya kapsamı temelinde, Sözleşme tarafından garanti altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin ihlalini gösteren herhangi bir bulguya ulaşmış değildir. Buradan hareketle, başvurunun bu kısmının, Sözleşme'nin 35'nci maddesinin 4'ncü fıkrası uyarınca; reddedilmesi gerekmektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI İLE İLGİLİ OLARAK

73. Sözleşme'nin 41'nci maddesinin hükmü aşağıdaki gibidir:

« Mahkeme, bu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tazminine hükmeder »

A. Tazminat

74. Başvuranlar, maddi tazminat tutarının takdirini AİHM'ye bırakmışlardır.

Başvuranlar ayrıca, 50 000 Avro (EUR) manevi tazminat talep etmektedirler.

75. Hükümet, başvuranların bu taleplerine itiraz etmektedir.

76. AİHM, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında bir nedensellik bağı göremediğinden bu yöndeki talebi reddetmektedir.

AİHM, bununla birlikte, başvuranların her birine hakkaniyet temelinde, manevi tazminat olarak 1 200 Avro ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

B. Masraf ve Giderler

77. Başvuranlar ayrıca, iç yargı mercileri ve AİHM önünde yapılmış olan masraf ve giderler için 9 000 Avro talep etmektedir. Bu kapsamda, bir hesap belgesi sunmuşlardır.

78. Hükümet, talep edilen tutara itiraz etmektedir.

79. AİHM, elindeki mevcut belgeler ve içtihadı uyarınca tüm masraflar için başvuranlara 1000 Avro ödenmesinin makul olduğuna ve bu tutarın başvuranlara ödenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

C. Gecikme faizi

80. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilere uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

AİHM, BU GEREKÇELERE DAYANARAK,

1. Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 1'nci fıkrasına dayandırılan şikâyetin çoğunluk oyu ile *kabul edilemezliğine*;

2. Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 3'ncü fıkrasına dayandırılan şikâyetin çoğunluk oyu ile *kabul edilmesine*;

3. Başvurudaki diğer taleplerin oybirliği ile *kabul edilemezliğine*;

4. Oybirliği ile, Sözleşme'nin 5'nci maddesinin 3'ncü fıkrasının ihlal edilmiş olduğuna;

5. Oybirliği ile,

a) Devletin başvuranlara, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna:

i. Her bir başvurana 1 200 EUR (bin iki yüz Avro) tutarında manevi tazminat ve ayrıca tahakkuk edebilecek bütün vergiler;

ii. Tüm başvuranlarca paylaşılmak üzere, masraf ve giderler için, yalnızca 1000 EUR (bin Avro) ve ayrıca tahakkuk edebilecek bütün vergiler;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

6. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin oybirliği ile *reddine*;

karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde düzenlenmiş olup, AİHM İçtüzüğü'nün 77'nci maddesinin 2'nci ve 3'ncü fıkraları uyarınca, 9 Temmuz 2013 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Daire Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

SEPİL / TÜRKİYE DAVASI DAVASI *

Başvuru no. 17711/07

KARAR

STRAZBURG

12 Kasım 2013

İşbu karar AİHS'nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Sepil / Türkiye davasında,

Başkan

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Danuté Jočienė,

Peer Lorenzen,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller

ve **Bölüm Yazı İşleri Müdürü** Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 22 Ekim 2013 tarihinde gerçekleştirilen kapalı müzakereler sonucunda, aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

* T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

USUL

1. İşbu davayı, Türk vatandaşı olan Hasan Sepil (“başvuran”) tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine 17 Nisan 2007 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesine uygun olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (“Mahkeme”) yapılmış olan 17711/07 no.lu başvuru oluşturmaktadır.

2. Başvuran, İstanbul’da görev yapan avukat M. Bulan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran esas olarak Sözleşme’nin 6/1 hükmüne dayanarak, adli denetim olmaksızın hareket eden ve kendisini yasadışı uyuşturucu satma suçunu işlemeye teşvik eden bir gizli polis tarafından kanuna aykırı şekilde elde edilen deliller temelinde mahkum edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, yerel mahkemelerin önemli delilleri, diğer bir deyişle başvuranın yakalanması öncesi yapmış olduğu telefon görüşmelerinin kayıtlarını değerlendirmemiş olduğunu iddia etmiştir.

4. Başvuru 17 Mart 2010 tarihinde Hükümet’e tebliğ edilmiştir. Sözleşme’nin 29/1 hükmü gereğince, başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında aynı anda hüküm verilmesine karar verilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran 1965 doğumludur ve Çanakkale’de ikamet etmektedir.

6. Başvuran, 26 Haziran 2005 tarihinde gizli bir polis operasyonunun ardından yasadışı uyuşturucu madde satma şüphesi ile yakalanmıştır.

7. Avcılar Polis Karakolu’nda düzenlenmiş olan polis tutanaklarına göre, iki polis memuru, kimliği belirsiz bir kaynak tarafından başvuranın yasadışı uyuşturucu madde ticareti yaptığına ilişkin olarak bilgilendirilmelerinin ardından 40 Türk Lirası (TL)¹ değerinde bir doz eroin satın almak için başvuran ile

¹ Söz konusu zamanda yaklaşık olarak 25 Avroya tekabül etmektedir.

telefon yoluyla iletişim kurmuşlardır. Sonrasında, polis memurları başvuran ile telefonda daha önceden belirlemiş oldukları bir adreste buluşmuşlar ve başvuran, orada polis memurlarına bir parça kağıda sarılı olan, eroin olduğundan şüphelendikleri açık kahverengi bir madde satmaya çalışmıştır. Karşılığında, polis memurları başvurana seri numaraları daha önceden alınmış olan banknotlar halinde 40 TL vermişlerdir. Başvuran, bunun ardından derhal yakalanmıştır.

8. Başvuranın yakalanması sonrasında, polis memurları başvuranın üzerinde içinde aynı maddenin bulunduğu başka dört küçük paket ile bir adet şırınga bulmuşlardır. Polis tutanaklarında, söz konusu maddenin polis memurlarına satılmış olan da dâhil olmak üzere toplam ağırlığının 2.2 gram olduğu kaydedilmektedir. Söz konusu madde daha sonra kimyasal inceleme için İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarına gönderilmiştir.

9. Aynı gün içerisinde, başvuran, refakatinde bir avukat bulunduğu halde polise ifade vermiştir. Başvuran, evinin önünde otururken polis memurlarının üzerini aradıklarını ve iki gün önce kendisi için kullanmak üzere A. adlı bir şahıstan 120 TL karşılığında almış olduğu bir şırınga ve dört küçük paket eroini bulduklarını ileri sürmüştür. Başvuran, kendisinin eroin sattığını inkâr etmiş ve arama yapıldığı zaman üzerinde sadece 35 TL,,si olduğunu iddia etmiştir.

10. O gün daha sonra, Avcılar Emniyet Müdürlüğü, yasadışı uyuşturucu kullandığı gerekçesiyle Küçükçekmece Ağır Ceza Mahkemesi tarafından daha önce verilmiş olan bir mahkûmiyet kararının ardından başvuran hakkında bir yakalama emri çıkarıldığına ilişkin olarak Avcılar Polis Karakolu"ndaki polis memurlarını bilgilendirmiştir.

11. İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı 27 Haziran 2005 tarihinde, net ağırlığı 2.1 gram olan açık kahverengi maddenin gerçekten de eroin olduğunu tespit etmiştir.

12. Aynı gün, başvuran Küçükçekmece Sulh Ceza Mahkemesi tarafından sorgulanmıştır. Başvuran, yirmi yıldan uzun bir süredir uyuşturucu kullandığını ve kendisi kullanmak üzere her dört günde bir A. adlı kişiden belli bir miktar eroin satın aldığını ifade etmiştir. Sulh ceza hâkimi, yargılamalar sonuçlandırır-

lana kadar başvuranın tutuklu bulundurulmasına hükmetmiştir.

13. Daha sonra Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 11 Temmuz 2005 tarihinde, Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'ne, başvuranı 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 188/3 hükmü uyarınca yasadışı uyuşturucu madde bulundurma ve ticaretini yapmakla suçlayan bir iddianame sunmuştur.

14. Bu süre zarfında, başvuranın eroin kullanma ve satma ile hırsızlığa teşebbüs suçlarından daha önce mahkûm edilmiş olduğu tespit edilmiştir.

15. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi önündeki yargılama aşamasında, başvuran 14 Eylül 2005 tarihli bir duruşmada, kendisinin yalnızca uyuşturucu madde bağımlısı olduğunu ve polis tutanaklarında başvuranın uyuşturucu madde karşılığında para kabul etmiş olduğu yönünde yer alan ifadenin yanlış olduğunu ileri sürmüştür.

16. İki polis memuru, 14 Ekim 2005 tarihinde gerçekleştirilen bir sonraki duruşmada ifade vermiştir. Polis memurlarından biri, başvuranın uyuşturucu madde sattığına ilişkin olarak bilgilendirilmeleri üzerine, C.D. isimli başka bir polis memurunun başvuranı telefonla aradığını ve belli bir miktar yasadışı madde almak için bir buluşma ayarladığını ileri sürmüştür. Başvuranın avukatı, polis memurlarının herhangi bir adli denetim olmaksızın operasyon gerçekleştirmiş olmaları ve bu hareketlerinin bir suçun işlenmesini teşvik etme anlamına gelmesi bakımından polis delillerinin kanuna aykırı olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda, başvuranın avukatı, olayların polis tutanaklarında ifade edildiği gibi gelişip gelişmediğinin belirlenmesi amacıyla telefon kayıtlarının incelenmesini talep etmiştir.

17. Yerel mahkeme 6 Aralık 2005 tarihinde, cep telefonundan başvuranı aradığını ve uyuşturucu madde satın almak istediğini söylediğini ileri süren C.D. isimli polis memurunun ifadesini dinlemiştir. Polis memurunun ifadesine göre, başvuran onun bu isteğini kabul etmiş ve bir buluşma ayarlamıştır. Daha sonra polis memuru tali bir yolun aşağısında başvuran ile buluşmuş ve burada, seri numarası kaydedilmiş banknotlar ile uyuşturucuyu takas etmişlerdir.

18. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi 3 Şubat 2006 tarihli duruşmada, baş-

vuranın talebi üzerine M.T. isimli tanığın ifadesini dinlemiştir. M.T. isimli tanık, başvurunu da kendisi gibi uyuşturucu madde bağımlısı olarak bildiğini ve başvurunun uyuşturucu sattığını hiç duymadığını ileri sürmüştür. M.T., başvuranın kendisine uyuşturucu satın almaya gittiğinde bazen M.T için de uyuşturucu aldığını ve kendisinin başvuruna parasını daha sonra ödediğini eklemiştir. Arkadaşlarından biri olan Ö.'nin başvurunu ile aralarının iyi olmadığını, ancak muhbirin Ö. olup olmadığını bilmediğini belirtmiştir.

19. Mobil şebeke operatörü 1 Mart 2006 tarihinde, başvuranın yakalanması öncesinde iletişim kurduğu telefon numaralarının olduğu bir listeyi sunmuştur. Ancak, mahkeme 31 Mart 2006 tarihli bir duruşmada, başvuranın avukatının bu numaraların kimlere ait olduğunu tespit edilmesi yönündeki talebini, bunun verilecek karar üzerinde hiçbir etkisinin olmayacağını belirterek reddetmiştir.

20. Aynı duruşmada, Cumhuriyet savcısı kendi görüşlerini sunmuştur. Savcı tanık beyanlarına, başvuranın önceki mahkûmiyetlerine ve başvuran üzerinde bulunmuş olan maddelere dayanarak, başvuranın polis memurlarına yasadışı uyuşturucu madde satmaya çalışırken yakalandığının tespit edilmesi sebebiyle suçunun sabit görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Buna karşılık olarak, başvuranın avukatı Cumhuriyet savcısının dayandığı delillerin kanuna aykırı şekilde elde edilmiş olduğunu yinelemiştir.

21. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi 26 Mayıs 2006 tarihinde, başvuranı uyuşturucu ticareti yapmaktan suçlu bulmuş ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188/3 ile 4 hükümleri gereğince altı yıl üç ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme, polis memurlarının ifadelerini, M.T.'nin beyanını ve polis operasyonu sonucu elde edilen delilleri dikkate almıştır.

22. Yargıtay 25 Aralık 2006 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

23. Başvuran 21 Nisan 2010 tarihinde koşullu olarak salıverilmiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK

24. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

139. Madde – Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi

“(1) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

...

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (188. madde); ...”

206. Madde – Delillerin ortaya konması ve reddi

“...

(2) Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur:

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse;

b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa; ...”

25. İlgili uluslararası hukuka ilişkin açıklamalar *Ramanauskas / Litvanya* ([BD], no. 74420/01, prg. 35-37, AIHM 2008) davasında verilen kararda yer almaktadır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 6/1 HÜKMÜNÜN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

26. Başvuran, yerel mahkemenin Sözleşme'nin 6/1 hükmü uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecek şekilde, kendisinin mahkûmiyetine

hükmederken gizli soruşturmacılar tarafından kanuna aykırı olarak elde edilen delilleri dikkate aldığından ve önemli delilleri incelemediğinden şikâyetçi olmuştur. Söz konusu hükmün ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan... bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından... adil bir duruşma gerçekleştirilmesini isteme hakkına sahiptir...”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

27. Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35/3 (a) hükmü anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığına karar vermektedir. Mahkeme ayrıca, şikâyetin başka hiçbir gerekçe ile kabul edilemez nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla, başvurunun kabul edilebilir olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

B. Esas Hakkında

28. Hükümet, başvuranın yakalanması için operasyon gerçekleştiren polis memurlarının bir suçun işlenmesine teşvikte bulunmuş olarak değerlendiremeyeceklerini ileri sürmüştür. Bu bağlamda, Hükümet, polis memurlarının başvuranın uyuşturucu madde sattığına ilişkin olarak daha önceden bilgilendirilmiş olduklarını ve kendilerine başvurana ulaşabilecekleri bir telefon numarasının temin edilmiş olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca, başvuran, polis memurlarının telefon ederek kendisinden tedarik etmesini istediklerinden fazla bir miktar uyuşturucu madde bulundurması bakımından polis müdahalesi öncesinde hâlihazırda bir suç işlemiştir. Başvuranın adli sicil kaydı temiz değildir, uyuşturucu madde taşıma, kullanma ve satma gibi uyuşturucuyla ilişkili suçlardan daha önce hüküm giymiştir ve polis müdahalesinin yapıldığı zaman hakkında bir yakalama emri mevcut bulunmaktadır. Dolayısıyla, Hükümet, M.T. isimli tanığın beyanlarıyla da desteklendiği üzere, yetkililerin başvuranın uyuşturucu ticareti yaptığından ve söz konusu suç işlemeye eğiliminde olduğundan şüphelenmek için yeterli delillerinin olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, polis operasyonu sonucunda elde edilen delillerin yerel mahkemenin dayanak olarak gösterdiği tek delil olmadıklarını, mahkemenin ayrıca M.T. isimli tanığın beyanlarını da dikkate aldığı ifade etmiştir. Hükümet, son olarak, ceza

yargılamaları esnasında mahkemenin operasyonda yer alan polis memurlarının ifadelerini dinlediğini ve başvuranın polis memurlarının ifadelerine itiraz etme imkânına sahip olduğunu belirtmiştir.

29. Başvuran, polis operasyonunun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine aykırı olacak şekilde, adli denetime tabi tutulmaksızın gerçekleştirilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, yakalanması öncesinde polis memurlarının kendisiyle irtibata geçmediklerini, mahkemenin, mobil şebeke operatörü tarafından listelenen telefon numaralarının sahipleri hakkında bilgi edinmesi halinde bunun kanıtlanabileceğini iddia etmiştir. Başvuran, bu tür bir telefon konuşması gerçekleşmiş olsa bile, bunun polis tarafından suça teşvik anlamına geleceğini belirtmiştir.

30. Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliğinin öncelikli olarak ulusal hukuk tarafından düzenlenmesi gereken bir husus olduğunu ve ilke olarak, AİHM'den önce ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirmesi gerektiğini yinelemektedir. Mahkeme'nin, kendi açısından, yargılamaların bir bütün olarak, delillerin toplanma şekli de dâhil olmak üzere, adil olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir (Bk. diğer emsal kararlar arasında, *Teixeira de Castro / Portekiz*, prg. 34, 9 Haziran 1998, *Karar ve Hükümler Derlemesi* 1998-IV). Bu bağlamda, Mahkeme'nin görevi, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit etmek değil, daha ziyade, bu türden "kanuna aykırılığın" Sözleşme ile korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını incelemektir (Bk. *Ramanauskas / Litvanya* ([BD], no. 74420/01, prg. 52, AİHM 2008).

31. Daha öncelikli olarak, Sözleşme, ön soruşturma aşamasında ve suçun niteliğinin haklı nedenler sunması halinde, kimliği belirsiz muhbirler gibi kaynaklara güvenilmesini engellememektedir. Ancak, bu kaynakların bir mahkûmiyete dayanak teşkil etmeleri amacıyla mahkeme tarafından daha sonra kullanılması farklı bir husustur ve yalnızca istismara karşı yeterli ve uygun tedbirlerin tesis edilmesi, özellikle söz konusu soruşturma tedbirlerine izin verilmesi, , uygulamaya konması ve denetlenmesi için açık ve öngörülebilir bir usulün oluşturulması halinde kabul edilebilir (Bk. *Khudobin / Rusya*, no.

59696/00, prg. 135, AİHM 2006-XII (alıntılar), ve *Ramanauskas*, yukarıda anılan, prg. 53).

32. Aynı zamanda, açık kısıtlamaların ve teminatların sağlanması koşuluyla gizli ajanların kullanılması tolere edilebilmekteyken, kamu yararı gerekçe gösterilerek polisin suça teşviki sonucunda elde edilen delillerin kullanılması haklı bulunamaz, zira bunun yapılması, sanığın başlangıçtan itibaren adil yargılanma hakkının kesin olarak riske atıldığı anlamına gelecektir (Bk. yukarıda anılan *Teixeira de Castro*, prg. 35–36 ve 39, yukarıda anılan *Khudobin*, prg. 128, *Vanyan / Rusya*, no. 53203/99, prg. 46-47, 15 Aralık 2005, ve yukarıda anılan *Ramanauskas*, prg. 54).

33. İlgili polis memurlarının (güvenlik güçleri mensupları veya onların talmatıyla müdahil olan kişiler) yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmayıp, suçun sabit bulunması amacıyla, diğer bir deyişle, delil üretmek ve bir soruşturma başlatmak için kişiyi başka türlü işlemeyeceği bir suçu işlemeye sevk etmek için nüfuzlarını kullanmaları polisin suça teşvik etmesi anlamına gelmektedir (Bk. yukarıda anılan *Teixeira de Castro*, prg. 38, yukarıda anılan *Ramanauskas*, prg. 55, ve *Burak Hun / Türkiye*, no. 17570/04, prg. 42, 15 Aralık 2009).

34. Somut davada, Hükümet, Mahkeme'ye sunduğu savunmasında, başvuranın üzerinde bulunan eroin miktarının ve M.T.'nin bu hususta, başvuranın bazen M.T. için de uyuşturucu madde tedarik ettiği yönündeki beyanının başvuranın söz konusu suçu işleme eğiliminde olduğunu kanıtladığını iddia etmiştir. Ancak, telefon görüşmesinin gerçekleştiği varsayılsa bile, Mahkeme, polis memurlarının kimliği belirsiz muhbir tarafından sağlanan bilgiler dikkate alındığında başvuranın bir suç işleme eğiliminde olduğunu varsaymış olabilmelerine rağmen, başvuranın polis müdahalesi olmadan birkaç gün önce satın almış olduğu eroini satacağını gösteren tarafsız herhangi bir delil bulunmadığı için "yalnızca pasif şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle" sınırlı kalmış oldukları kanaatine varamamaktadır. Başvuranın uyuşturucu ile bağlantılı suçlara ilişkin bir geçmişinin olduğu ve polis müdahalesinin gerçekleştiği zaman, daha önceki bir mahkumiyetle bağlantılı olarak başvuranın yakalanması için bir yakalama kararının

çıkarılmış olduğu doğrudur (Bk. aksine, yukarıda anılan *Teixeira de Castro*, prg. 38 ve *Burak Hun*, prg. 44). Ancak, Mahkeme, polis memurlarının başvuru cep telefonundan arayarak kendilerine eroin temin edebilip edemeyeceğini sorduklarında bahsi geçen gerçeklerden haberlerinin olmadığını, zira başvuranın mahkûmiyetlerini ve hakkındaki yakalama kararını ön soruşturmanın sonraki aşamalarında öğrendiklerini gözlemlemektedir (Bk. yukarıda prg. 10 ve 14). Mahkeme, başvuranın yakalanması sonrasında üzerinde bulunan uyuşturuculara ilişkin olarak, başvuranın en başta eroin bağımlısı olduğunu ve bir uyuşturucu satıcısından düzenli olarak belli bir miktar uyuşturucu satın aldığını kabul ettiğini kaydetmektedir. Mahkeme, başvuranın nihayetinde uyuşturucu ticareti suçundan mahkûm edilmesi sebebiyle, yasadışı uyuşturucu maddelerin kullanımı ve bulundurulmasının cezai suç teşkil etmesi bakımından başvuranın polis memurlarının telefonla araması öncesinde hâlihazırda bir suç işlemiş olmasını somut dava ile alakalı bir husus olarak değerlendirememektedir (Bk. yukarıda prg. 21).

35. Mahkeme ayrıca, polis memurlarının başvuranın yakalanması ile sonuçlanan operasyonu bir hâkimin ya da Cumhuriyet savcısının kararıyla değil de herhangi bir adli denetim olmaksızın ve kendiliklerinden gerçekleştirdiklerini, bunun ise gizli soruşturmacıların görevlendirilmesi hususunu düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine (Bk. yukarıda prg. 24) aykırı olduğunu belirtmektedir.

36. Mahkeme *Khudobin* davasında verdiği kararında, bir polis operasyonunun beraberinde kapsamlı bir kontrol sisteminin bulunmadığı hallerde, davanın görüldüğü mahkemenin denetleyici rolünün, sonrasında kritik öneme sahip olduğuna hükmetmiştir (Bk. yukarıda anılan *Khudobin*, prg. 135). Mahkeme ayrıca, bir sanığın suç işlemeye teşvik edildiğini iddia ettiği hallerde, ceza mahkemelerinin dava dosyasındaki materyalleri dikkatli bir şekilde incelemesinin gerektiğine, zira yargılamanın Sözleşme'nin 6/1 hükmü anlamında adil olması için, polisin suça teşviki sonucunda elde edilen delillerin tümünün dışarıda tutulması gerektiğine hükmetmiştir. Bu durum, özellikle, polis operasyonunun yeterli bir yasal çerçeve ya da uygun tedbirler olmaksızın gerçekleştirildiği haller için geçerlidir (Bk. yukarıda anılan *Khudobin*, prg. 133 ve yukarıda anılan *Ramanauskas*, prg. 60).

37. Ayrıca, sanığın iddialarının bütünüyle ihtimal dışı olmaması koşuluyla, suça teşvikin söz konusu olmadığına kanıtlanması görevi iddia makamına aittir. Bu türden bir kanıtın olmaması durumunda, herhangi bir suça teşvik hususunun söz konusu olup olmadığına tespit edilmesi amacıyla dava konusu olayların incelenmesi ve gerçeğin açığa çıkarılması için gerekli adımların atılması görevi adli makamlara düşmektedir. Adli makamların herhangi bir suça teşvik durumunun söz konusu olduğunu ortaya koymaları halinde, Sözleşme'ye uygun şekilde sonuçlar çıkarmaları gerekmektedir (Bk. yukarıda anılan *Ramanauskas*, prg. 70).

38. Ancak somut davada Mahkeme, başvuranın, operasyonun ve polislin suça teşviki yoluyla elde edilen delillerin kullanılmasının kanuna aykırı olduğu ile ilgili itirazlarını tekrar etmesine rağmen, yerel mahkemenin, başvurunu uyuşturucu ticaretinden mahkûm ettiği kararında, başvuranın herhangi bir şekilde suça teşvik edilip edilmediği konusu üzerinde durmaksızın başvuran aleyhindeki delillere dayanmış olduğuna dikkat çekmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, yerel mahkemenin başvuranın iletişime geçmiş olduğu telefon numaralarının bir listesini almış olmasına rağmen, bu türden delillerin yargılamaların sonucuna etki etmeyeceğine karar vererek telefon numaralarının kimlere ait olduğunu tespit ettirmemiş olduğunu gözlemlemektedir.

39. Mahkeme ayrıca, yerel mahkemenin operasyonun nedenlerinin belirlenmesi ve polis memurlarının Ceza Muhakemesi Kanunu'nun gizli soruşturmacıların görevlendirilmesine ilişkin 139. maddesi ile uygunluk içerisinde hareket edip etmediklerinin tespit edilmesi için ayrıntılı bir inceleme yapmamış olduğuna dikkat etmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, sunmuş olduğu savunmasında Hükümet'in de bu meseleyi ele almamış olduğunu kaydetmektedir.

40. Sonuç olarak, Mahkeme, suçların soruşturulması görevinin önemini ve güçlüklerini hatırladığında bulundukları eylemlerin başvuranı mahkûm edilmiş olduğu suçu işlemeye teşvik etkisinin bulunduğu kanaatine varmaktadır. Ayrıca, yerel mahkeme, özellikle polis müdahalesinin mevzuata, diğer bir deyişle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine uygun olmadığı gerçeği göz önüne

alındığında, suça teşvik durumunun söz konusu olup olmadığının tespit edilmesinde yardımcı olabilecek ilgili fiili ve hukuki unsurları incelememiştir (Bk. yukarıda anılan *Khudobin*, prg. 133).

41. Dolayısıyla, başvuranın yargılanmasının Sözleşme'nin 6/1 hükmünün gerektirdiği adil olma niteliğinden yoksun olması gerekçesiyle Sözleşme'nin bu hükmü ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME KAPSAMINDAKİ DİĞER İHLAL İDDİALARI HAKKINDA

42. Başvuran, Sözleşme'nin 5. maddesine dayanarak, yargılamalar sonuçlanana kadar tutuklu bulundurulmasının ve yerel mahkemenin başvuranın salıverilme talebini reddetmek için basmakalıp bir gerekçe sunmasının kanuna aykırı olduğundan şikâyet etmiştir. Başvuran, Sözleşme'nin 5. ve 6. maddelerine dayanarak, madde bağımlılığının tedavi edilmesi için kendisinin tıbbi bir kuruma yerleştirilmiş olması gerekirken, cezaevine yerleştirilerek cezasını çekmeye zorunlu tutulduğunu iddia etmiştir. Son olarak, başvuran, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak, polis tarafından kanuna aykırı şekilde yakalanmasının ve kendisine kelepçe takılmasının sonucunda itibarının zedelendiğini ve aşağılanmış olduğunu ileri sürmüştür.

43. Sunulan materyallerin Mahkeme tarafından incelenmesi sonucu bu hükümlerin ihlal edildiğine dair bir durum ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla,, başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksun ve Sözleşme'nin 35/3 ve 4 hükümleri uyarınca kabul edilemez olarak nitelendirilmelidir. .

III. SÖZLEŞME"NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

44. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

45. Başvuran, maddi tazminat olarak 22,078 Avro (EUR) ve manevi tazminat olarak ise 30,000 Avro talep etmiştir.

46. Hükümet, talep edilen miktarları aşırı bularak bu taleplere karşı çıkmıştır.

47. Mahkeme, tespit edilen ihlal ile talep elden maddi tazminat arasında herhangi bir illiyet bağı tespit etmediği için söz konusu talebi reddetmektedir. Mahkeme, diğer yandan, başvuranın manevi zarara uğramış olduğuna kanaat getirmiş ve bu nedenle, benzer davalarda (Bk. *Veselov ve Diğerleri / Rusya*, no. 23200/10, 24009/07 ve 556/10, prg. 133, 2 Ekim 2012, ve *Baltiņš / Letonya*, no. 25282/07, prg. 72, 8 Ocak 2013) hükmetmiş olduğu tazminat miktarları doğrultusunda ve hakkaniyet temelinde, başvurana bu başlık altında manevi tazminat olarak 4,000 Avro ödenmesine hükmetmiştir.

48. Mahkeme ayrıca, en uygun tazminat şeklinin, başvuranın bu yönde bir talebinin olması halinde, Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklilikleri doğrultusunda yeniden yargılanması olacağı kanaatindedir (Bk. *Gençel / Türkiye*, no. 53431/99, prg. 27, 23 Ekim 2003).

49. Başvuran ayrıca, Mahkeme önünde gerçekleşen masraf ve giderleri için 10,075 Avro talep etmiştir. Başvuran, talebini desteklemek amacıyla, İstanbul Barolar Birliği'nin masraf tarifesi dikkate alınarak hazırlanmış bir ücret sözleşmesini ibraz etmiştir.

50. Hükümet bu talebe itiraz etmiştir.

51. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, başvuranın masraf ve giderlerini geri alabilmesi için, söz konusu masraf ve giderlerin fiilen ve gerekli olduğu için yapılmış olduğunun belgelenmesi ve makul bir miktarda olması gerekmektedir. Somut davada, Mahkeme, elindeki mevcut belgeleri ve yukarıdaki kriterleri dikkate alarak, başvurana tüm başlıklar altında masrafları karşılama için 1,000 avro tazminat ödenmesinin makul olduğunu değerlendirmektedir.

52. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar verir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Sözleşme'nin 6/1 hükmüne ilişkin, yerel mahkemenin gizli bir operasyon bağlamında suça teşvik yoluyla elde edilen delillerin kullanılması ile ilgili şikâyetin kabul edilebilir olduğuna ve başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;

2. Sözleşme'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine;

3. (a) Sözleşme'nin 44/2 hükmü uyarınca, davalı Devletin başvurana kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere aşağıdaki miktarların ödenmesine;

(i) ödenmesi gereken her türlü vergi hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 4,000 Avro (dört bin Avro);

(ii) başvuranın ödemesi gereken her türlü vergi hariç olmak üzere, gerçekleşen masraf ve giderler için 1,000 Avro (bin Avro);

(b) yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin sona ermesinden itibaren ödeme tarihine kadar, yukarıda belirtilen miktarlara, gecikme dönemi esnasında, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi verme oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda basit faizin uygulanmasına *karar vermiş*;

4. Başvuranın adil tazmin talebinin geri kalan kısmını *reddetmiştir*.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve AİHM İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları gereğince 12 Kasım 2013 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Bölüm Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARAR

Başvuru No. 64126/13

Sayfı SARISÜLÜK ve diğerleri / Türkiye *

Başkan

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,

Robert Spano,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla 25 Mart 2014 tarihinde Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 10 Ekim 2013 tarihli başvuruyu göz önünde bulundurarak, yapılan müzakerelerin ardından aşağıdaki kararı vermiştir:

OLAYLAR

1. Başvuranlar Sayfı Sarısülük ve Cem Sarısülük, Türk vatandaşları olup, sırasıyla 1963 ve 1979 doğumludurlar ve Ankara'da ikamet etmektedirler. Başvuranlar 14 Haziran 2013 tarihinde hayatını kaybeden Ethem Sarısülük'ün yakınlarıdır. Mahkeme önünde, Ankara'da görev yapan Avukat K. Bayraktar tarafından temsil edilmektedirler.

* T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe'ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

2. Başvurunun kendine özgü koşulları, başvuranlarca ifade edildiği şekilde aşağıdaki gibi özetlenebilir.

3. Yüzlerce kişi 27 Mayıs 2013 tarihinde Gezi Parkı'na çadırlar kurarak söz konusu parkın bir kısmının ağaçsızlaştırılmasını ve İstanbul-Taksim meydanına ticaret merkezi yapılmasını protesto etmek amacıyla barışçıl bir gösteri düzenlemiştir.

4. 30 Mayıs 2013 tarihinde sabah saat beşte başlayan polis müdahalesinin ardından çatışmalar yaşanmıştır. Bunu takip eden haftalarda, Türkiye'nin başlıca şehirlerinde çok sayıda Hükümet karşıtı gösteri yapılmıştır.

5. Başvuranların yakını 1 Haziran 2013 tarihinde Ankara'daki gösteriler sırasında başına isabet eden kurşunla vurulmuştur. Olayın ardından derhal soruşturma açılmıştır. Başvuranlar da şikâyetçi olmuşlardır.

6. Ethem Sarısülük 14 Haziran 2013 tarihinde hastanede hayatını kaybetmiştir. Ertesi gün düzenlenen otopsi raporunda, ölüm nedeni, ateşli silahla açılan kurşun yarasına bağlı kafatası kırılması ve kafa travması olduğu belirtilmiştir. İnceleme yapmak üzere çok sayıda numune alınmış; çıkarılan kurşun da savcılık tarafından mühürlenmiştir.

7. Olay sırasında kullanılan silah, kullanılmamış beş mermi ve silahın sahibi olan polisin kimliği 17 Haziran 2013 tarihinde Ankara Emniyet Müdürlüğüne savcıya teslim edilmiştir.

8. Ankara Savcılığı 24 Haziran 2013 tarihinde, polisin, olay sırasında göstericilerden oluşan kalabalığının ortasında olduğunu; atılan tekmelerden ve taşlardan korunmaya çalıştığını belirterek, "görev sırasında meşru müdafaa sınırını aşarak adam öldürme" nedeniyle söz konusu polisin tutuklanmasını talep etmiş ve bu bağlamda suçun niteliğine, otopsi raporuna, olay yeri inceleme raporuna, balistik rapora, tanık ifadelerine, olay yeri görsel kayıtlarına ve düzenlenen bilirkişi raporuna atıfta bulunmuştur.

9. Duruşma hâkimi aynı gün, tutuklama talebini reddetmiş; ancak sanık polis hakkında adli kontrol kapsamında her Cuma günü karakolda imza atma ve yurt dışına çıkış yasağı getirilmiştir.

10. Savcı 12 Temmuz 2013 tarihinde Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne iddianamesini sunmuştur. Davaya bakan 6. Ağır Ceza Mahkemesi, sanığın eyleminin görevini icra ettiği sırada meydana geldiğini tespit etmiş ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca, İçişleri Bakanlığı yetkililerinin gerekli iznini bekleyerek davanın durmasına karar vermiştir. Bu iznin daha sonra verildiği anlaşılmaktadır.

11. Bu arada, başvuranlar söz konusu yargılama sırasında sanığı sorgulamanın kendileri için mümkün olmamasına vurgu yaparak sanığın tutuklanması talebinin reddedilmesine ve idari izin almak için kamu davasının durması kararına itiraz etmişlerdir. Ancak yapılan başvurular reddedilmiştir.

12. 28 Ekim 2013 tarihli duruşma sırasında, davanın özellikle medyatik önem arz etmesi nedeniyle çatışmalar ve protestolar yaşanmıştır. Sanık, duruşmaya peruk, takma bıyık, gözlük takarak katılmış ve yoğun güvenlik önlemleri alınmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi, sanığın savunmasının, sanığın yeni görev yeri olan Urfa Ağır Ceza Mahkemesinden, başvuranlar ve avukatlarının Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'nde video konferans yoluyla katılabilecekleri duruşma salonuna bağlanarak dinlenmesine karar vermiştir. Başvuranların, özellikle sanığın kimliğini tespit etme hususunda yaşadıkları zorluklar olmak üzere konuyla ilgili itirazları 4 Kasım 2013 tarihinde Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

13. Duruşma 2 Aralık 2013 tarihinde, Ankara ve Urfa Ağır Ceza Mahkemeleri arasında simultane video konferans yöntemiyle gerçekleştirilmiştir. Başvuranlar, sanığın görüntüsünün yansıtılmasının, ilgilinin kimliğini doğru şekilde teşhis etmeye engel olduğunu belirterek bu durumdan şikayet etmişlerdir. Başvuranlar, söz konusu şahsın yine takma bıyık ve gözlük taktığını ve muhtemelen peruklu olduğunu iddia etmişlerdir. Sanık, olaylarla ilgili bazı hukuka aykırı durumlara açıkça cevap vermemiştir.

Öğleden sonra, duruşmaya devam edildiğinde, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi hakimleri davadan çekilme talebinde bulunmuşlardır. Ne davadan çekilme gerekçeleri ne de söz konusu karar dava dosyasında yer almamaktadır.

14. Başvuranlar aynı zamanda, savcının ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi üyesinin duruşma sırasında uyuklamalarından da şikayet etmişlerdir. Başvuranlar bu durumu Ağır Ceza Mahkemesi Başkanına ve Adalet Bakanına bildirmişlerdir. Yaşanan olay, medyada geniş yer bulmuştur.

15. Çekilme talebinin reddine dair karar, ceza usul yasası gereğince 7. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir. İlgili Mahkeme, 13 Aralık 2013 tarihinde söz konusu talebin geçersiz olduğunu saptamış ve yargılamanın aynı mahkemede devam edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. 6. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, çekilme talebi reddedilince, dosyayı kanun yararına bozma yetkisini kullanması için Adalet Bakanlığı'na başvurmuştur.

ŞİKÂyetLER

16. Başvuranlar, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerini ileri sürmekte ve olaylar sırasında “baskıya karşı direnme hakkına” uzun bir süre boyunca makamlar tarafından güç kullanılarak ve haksız olarak müdahale edilmesinden şikâyet etmektedirler.

17. Başvuranlar ayrıca, Sözleşme'nin 2, 3, 6, 8, 9 ve 14. maddelerini ileri sürerek, özellikle soruşturmayı yürüten makamların, bilirkişilerin ve mahkemelerin tarafsız olmaması sebebiyle, söz konusu soruşturmanın etkin olmadığını, yakınlarının ölümünün ardından makul bir süre olmadığını değerlendirdikleri, üç hafta sonra, sanığın kendisini hukuk önünde ifade edebildiğini, olaylarla ilgili görsel kayıtların, özel bilirkişi raporlarına dayanarak, atışın kaza eseri meydana gelmediğini gösterdiğini, iddianamenin cinayet suçlamasıyla sunulmasının herhangi bir idari izin gerektirmediğini ve son olarak, başvurabilecekleri mevcut hukuk yollarının açıkça etkin olmaması sebebiyle, mevcut davanın sonucunu beklemenin ve Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruda bulunmanın gerekli olmadığını iddia etmektedirler.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

18. Başvuranlar, özellikle Sözleşme'nin 11. ve 2. maddeleri açısından, makamların gösterilere müdahalesinden, yakınlarının yaşam hakkının ihlal edil-

miş olmasından ve söz konusu yargılamaların etkin bir şekilde yürütülmediğinden şikâyet etmektedirler.

19. Mahkeme öncelikle, başvurunun esasında bulunan olayların, Haziran 2013 tarihinde meydana geldiğini ve sanık polis memuru aleyhinde yürütülen ceza davasının halen derdest olduğunu tespit etmektedir.

20. Sözleşme ile kurulan koruma mekanizması ulusal insan haklarını koruma sistemi bakımından ikincil nitelik taşıması büyük önem arz etmektedir. Mahkeme, Sözleşme gereğince Sözleşmeciler Devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadığını denetlemekle görevlidir. Mahkeme, ne Sözleşmeciler Devletlerin yerine geçebilir, ne de yerine geçmelidir; zira bu devletler Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ulusal seviyede riayet edilmesini ve bu hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamakla yükümlüdürler. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, bu koruma mekanizmasının isleyişinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Devletler, iç hukuk düzeninde durumu düzeltme imkânı bulmadan önce uluslararası bir kuruluş önünde eylemlerine ilişkin hesap vermek zorunda değildirler. Devlet aleyhine yöneltilen şikâyetler hususunda Mahkeme'nin denetim yetkisinden istifade etmek isteyen kişiler, ülkelerindeki hukuk sisteminin sunduğu hukuk yollarını daha önce kullanmakla yükümlüdürler (diğer birçok dava arasında bk., *Demopolous / Türkiye* (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar) [BD], No. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 ve 21819/04, § 69, AİHM–2010, *Akdivar ve diğerleri / Türkiye*, 16 Eylül 1996, §§ 65-69, *Kararlar ve Hükümler Derlemesi 1996-IV*).

21. Somut olayda başvuranların yakınının ölümüne sebep olan olaylar 1 Haziran 2013 tarihinde meydana gelmiştir. Dolayısıyla makamların tepki göstermeleri için, bugüne kadar yaklaşık dokuz aylık bir süre geçmiştir. Polis memuruna karşı idari bir soruşturmanın açılmış olması gerekse bile – ki bu soruşturma yargılamanın uygun niteliğini etkileyebilmektedir – somut olayda yürütülen soruşturma, olayların başından beri hiçbir şekilde durdurulmamıştır (bk. 5 – 11 arasındaki paragraflar).

22. Bazı durumlarda soruşturma süresinin, Sözleşme'nin 2. maddesinin

usul yönü (*Nikolova ve Velitchkova / Bulgaristan*, No. 7888/03, § 59, 20

Aralık 2007) bakımından veya 13. maddesi açısından bir sorun teşkil edebileceği doğrudur. Bu sebeple, ne buraya kadar yargılamanın gidişatı ne de geçen zaman, soruşturmanın erken etkisizlik belirtileri gösterdiği sonucuna varmaya imkân vermemektedir.

23. Mahkeme ayrıca bu vesileyle, polis operasyonlarının, gücün keyfi ve kötüye kullanımına karşı uygun ve etkin bir güvenceler sistemi içerisinde, yeterli düzeyde ulusal hukukla çevrili olması gerektiğine ilişkin içtihadının altını çizmek ister. Bu yüzden Mahkeme'nin, sadece, etkin olarak güce başvuran Devlet görevlilerinin eylemlerini değil aynı zamanda görevlileri çevreleyen koşulların tümünü, özellikle bu konudaki hazırlıklarını ve eylemleri üzerinde sağladıkları denetimi dikkate alması gerekmektedir. (*Makaratzis / Yunanistan* [BD], No. 50385/99, §§ 58-59, AİHM 2004-XI). Özellikle kanun uygulayıcılarının, ölümcül silah kullanımının kesinlikle gerekli olup olmadığını değerlendirebilmek için, sadece ilgili yönetmelikleri takip ederek değil aynı zamanda temel değer olan insan hayatına riayetin önceliğini dikkate alarak eğitilmeleri gerekmektedir (bk. *Giuliani ve Gaggio / İtalya* [BD], No. 23458/02, §§ 244-251 ve 310, AİHM 2011 (özetler) ve *Natchova ve diğerleri / Bulgaristan* Kararında yer alan atıflar [BD], No. 43577/98 et 43579/98, § 97, AİHM 2005-VII, ayrıca “öldürmek için ateş etmek” talimatını alan askeri görevlilerin eğitimine ilişkin olarak Mahkeme tarafından ileri sürülen eleştiriler için bk. *McCann ve diğerleri / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, §§ 211-214 Seri A No. 324, ayrıca bk., *mutatis mutandis*, *Finogenov ve diğerleri / Rusya*, No. 18299/03 ve 27311/03, §§ 217-282, AİHM 2011 (özetler) ve *Maiorano ve diğerleri / İtalya*, No. 28634/06, §§ 123-132, 15 Aralık 2009).

24. Mahkeme, bir şahsın ölümüyle sonuçlanan polis operasyonunun hazırlık ve denetim aşamalarını incelemenin, somut olayın kendine özgü koşullarında, makamların planlamayla, uygun emirlerin verilmesiyle ve denetim yapılmasıyla hayati tehlikeyi en aza indirmek için istenilen dikkati gösterip göstermediklerini, önlem, araç ve yöntemlerin seçiminde ihmalkâr davranıp davranmadıklarını değerlendirmek amacıyla önemli olduğunu hatırlatmakta-

dır (daha önce anılan *McCann ve diğeri*, §§ 194 ve 201, *Andronicou ve Constantinou / Kıbrıs*, 9 Ekim 1997, § 181, *Derleme* 1997-VI, *Moussaïev ve diğeri / Rusya*, No. 57941/00, 58699/00 ve 60403/00, §§ 153-155, 26 Temmuz 2007, ayrıca Mahkeme'nin yaklaşımı için bk. *Stanculescu ve Chitac / Romanya* (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), No. 22555/09 ve 42204/09, §§ 28-33 ve 71-74, 3 Temmuz 2012, kararda başvurular, özellikle cinayet ve ayaklananların şiddet kullanılarak bastırılmasına ilişkin emirler vermek suçları sebebiyle mahkûm edilen yüksek askeri rütbeli şahıslardır).

25. Dolayısıyla, mevcut davanın koşullarında Mahkeme, başvuru ile ilgili incelemesini daha ileriye taşımayacaktır, zira AIHM önüne açıkça erken sunulmuştur. Son olarak, başvuruların Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğünden muaf tutulmalarına imkân verecek herhangi bir unsurun hâlihazırda bulunmadığının da altını çizmek gerekmektedir (*Uzun / Türkiye* (Kabul Edilebilirlik Hakkında Karar), No. 10755/13, §§ 68-71, 30 Nisan 2013).

26. Bununla birlikte, şayet ulusal yargılamalar, içtihatlar anlamında yürütülme biçimleri ve süreleri açısından etkisiz buldukları noktada, herhangi bir netice vermemişse, başvuruların öngörülen sürelerde Mahkeme'ye yeniden başvurularına izin verilmektedir (soruşturma konusu hakkında bazı şartlar için bk. Daha önce anılan *Nikolova ve Velitchkova*, § 59, *Yabansu ve diğeri / Türkiye*, No. 43903/09, § 110, 12 Kasım 2013).

27. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası gerektirdiği şekilde, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermek uygundur.

Bu gerekçelerle, Mahkeme, oybirliğiyle,

başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir*.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

