



KÜRESEL BAKIŞ

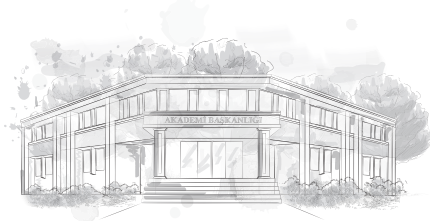
ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayınlanır)

19

YIL:5, SAYI:19, Ekim 2015

ISSN: 2146-1376



SAHİBİ/OWNER

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

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

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 Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESING

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ
PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER**

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

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

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

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

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

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

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

DANIŞMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Ođuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargin
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuođlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutođlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kabođlu
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 Feyziođlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. 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

İnsan Hakları Konseyi Kararı:

24/12 Çocuk Adaleti dahil Adalet Yönetiminde İnsan Hakları 1

Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ

Avustralya'da Önleyici Tutma Emirleri 9

Yazarlar: Svetlana TYULKINA – George WILLIAMS

Çeviren: Caner GÜRÜHAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesinin

X. / Letonya Kararı 29

Çeviren: Tuğrul UZUN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Birinci Bölüm

Konovalova/Rusya Davası 77

Çeviren: Yusuf Enes KAYA

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski İkinci Bölüm

Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A. Ş. / Türkiye Kararı 93

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölüm

Sultan Dölek ve Diğerleri / Türkiye Davası Kararı..... 111

Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:



BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURUL

Çeviren: Dr. Ahmet ULUTAŞ*

8 Ekim 2013
A/HRC/RES/24/12
Dağıtım: Genel

İNSAN HAKLARI KONSEYİ¹

24. Oturum

Gündem Maddesi 3

Medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile kalkınma hakkı dahil tüm insan haklarının teşviki ve korunması

İnsan Hakları Konseyi Tarafından Kabul Edilen Karar

İnsan Hakları Konseyi tarafından 24.Oturumda kabul edilen kararlar ve ulaşılan sonuçlar Konseyin Raporunda yer alacaktır (A/HRC/24/2), Bölüm I.

24/12. Çocuk Adaleti dahil Adalet Yönetiminde İnsan Hakları

İnsan Hakları Konseyi,

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ve buna Ek Protokol, Zorla Kaybettirmelere Karşı Herkesin Korunması Sözleşmesi dahil ilgili tüm uluslararası sözleşmeleri hatırlayarak ve anılan sözleşmeleri henüz onaylamamış veya katılmamış olan tüm devletleri süratlice böyle yapmayı değerlendirmeye cesaretlendirerek,

* Hâkim, Adalet Müşaviri. ahmet.ulutas@adalet.gov.tr

¹ BM İnsan Hakları Konseyi, insan haklarından sorumlu olan, Cenevre’de yerleşik ve 47 üye ülkeden oluşan, hükümetlerarası bir BM organıdır. BM İnsan Hakları Komisyonu’nun görevleri, mekanizmaları, fonksiyonları ve sorumluluklarını üstlenmek üzere 60/251 sayılı BM Genel Kurulu kararı ile kurulmuştur. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Komisyon döneminde olduğu gibi, İnsan Hakları Konseyinin sekretarya işlerini görür. Konsey yılda 10 haftadan az olmamak üzere ve genellikle de en az üç oturum halinde toplanır ve özel oturumlar da yapabilir. Komisyon, Ekonomik ve Sosyal Konsey’in (ECOSOC) alt organı olarak kurulmuş iken, Konsey Genel Kurul’un alt organı olarak kurulmuştur. Konseyin rolü genel olarak büyük ve sistematik olanlar da dahil olmak üzere dünya çapında insan hakları ihlalleri ile ilgilenmenin yanı sıra BM sistemi içinde de insan haklarının etkili korunmasının koordinasyonu ve uygulanmasını da kapsar.Bkz. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/HRCIndex.aspx>; Erişim: 20.04.2015.

Adalet yönetimi, özellikle çocuk adaleti yönetimi alanında, Mahkûmlara Yapılacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar, Çocuk Adaleti Yönetimi için BM Standart Asgari Kuralları (Pekin Kuralları)², Mahkûmlara Yapılacak Muameleye İlişkin Temel Prensipler,³ Her Türlü Tutuklama ve Mahkûmiyet Altındaki Tüm Kişilerin Korunması için İlkeler Demeti,⁴ Çocuk Suçluluğunun Önlenmesi İçin BM Rehber İlkeleri (Riyad Rehber İlkeleri),⁵ ve Hürriyetinden Yoksun Kalan Çocukların Korunması İçin BM Kuralları (Havana Kuralları),⁶ Ceza Adaleti Sistemindeki Çocuklar İçin Eyleme Dair Rehber İlkeler (Viyana Rehber İlkeleri),⁷ Suç Mağduru ve Tanığı Çocukların dahil Olduğu Meselelerde Adaletle İlişkin Rehber İlkeler,⁸ Nüfuzun Kötüye Kullanılması ve Suç Mağdurları İçin Adaletle Dair Temel Prensipler Deklarasyonu⁹ ve Kadın Mahkûmlara Yapılacak Muameleye ve Kadın Suçlular İçin Hapis Dışı Önlemlere Dair BM Kuralları (Bangkok Kuralları)¹⁰ dahil çok sayıda diğer uluslararası standart ve normu hatırd tutarak,

Ceza Adaleti Sistemlerinde Adli Yardıma Erişim Hakkındaki BM Prensipleri ve Rehber İlkelerini memnuniyetle karşılayarak,¹¹

BM Genel Kurulunun, İnsan Hakları Komisyonunun, Ekonomik ve Sosyal Konseyin ve İnsan Hakları Konseyinin konuya ilişkin tüm kararlarını, özellikle de İnsan Hakları Konseyinin 10/2 sayılı ve 25 Mart 2009 tarihli, 18/12 sayılı ve 29 Eylül 2011 tarihli kararlarını, 63/241 sayılı ve 24 Aralık 2008 tarihli, 65/231 sayılı ve 21 Aralık 2010 tarihli, 67/166 sayılı ve 20 Aralık 2012 tarihli Genel Kurul kararlarını, Ekonomik ve Sosyal Konseyin 2009/26 sayılı ve 30 Temmuz 2009 tarihli kararını hatırlayarak,

2014 yılında çocuk hakları konusundaki bir günlük toplantıyı, çocukların adalete erişimi sorununa tahsis etme kararını hatırd tutarak,

İnsan Hakları Konseyinin tüm özel prosedürlerinin, görevlerini yerine getirirken adalet yönetiminde insan hakları konusuna temas eden çalışmalarını takdirle not ederek,

² Genel Kurul Kararı 40/33, Ek.

³ Genel Kurul Kararı 45/111, Ek.

⁴ Genel Kurul Kararı 43/173, Ek.

⁵ Genel Kurul Kararı 45/112

⁶ Genel Kurul Kararı 45/113.

⁷ Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararı 1997/30, Ek.

⁸ Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararı 2005/20, Ek.

⁹ Genel Kurul Kararı 40/34, Ek.

¹⁰ Genel Kurul Kararı 65/229, Ek.

¹¹ Genel Kurul Kararı 67/187, Ek.

Tüm insan hakları sözleşme organlarının adalet yönetimine ilişkin çalışmalarını özellikle de İnsan Hakları Komitesince Hürriyetinden Yoksun Bırakılan Mahkûmlara İnsani Muamele hakkındaki 21 No.lu Genel Yorumun ve Mahkeme ve Divanlarda Eşitlik Hakkı ve Adil Yargılama hakkındaki 32 No.lu Genel Yorumun kabul edilmesini ve Komitenin kişi özgürlük ve güvenliğine ilişkin devam eden çalışmalarını, Çocuk Hakları Komitesince Çocuk Adaletinde Çocuk Hakları konulu 10 No.lu Genel Yorum ile Çocuğun Her Türlü Şiddetten Masun Olma Hakkı konulu 13 No.lu Genel Yorumun kabul edilmesini ilgiyle not ederek,

Adalet yönetimi, hukukun üstünlüğü ve çocuk adaleti alanlarındaki BM faaliyetlerinin koordinasyonunun geliştirilmesi için Genel Sekreter tarafından gösterilen çabaları tanıyarak,

BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Ofisinin, BM Uyuşturucu ve Suç Ofisinin, BM Çocuk Fonunun, BM Genel Sekreterinin Çocuklara Şiddet Özel Temsilcisi ile BM Genel Sekreterinin Çocuklar ve Silahlı Çatışmalar Özel Temsilcisinin adalet yönetimi alanındaki önemli çalışmalarını takdirle not ederek,

Ajanslararası Çocuk Adaleti Panelinin ve üyelerinin çalışmalarını, özellikle de çocuk adaletine ilişkin teknik tavsiye ve yardım sağlanmasını koordine etmelerini ve çalışmalarında sivil toplumun aktif katılımını memnuniyetle not ederek,

Çocuk adaleti alanında devam eden bölgesel ve bölgelerarası çabaları, en iyi uygulamaların paylaşımı ve teknik yardım sağlanmasını cesaretlendirerek ve bu bağlamda 26-30 Ocak 2015 tarihlerinde Cenevre’de bir Dünya Çocuk Adaleti Kongresi düzenlenmesi inisiyatifi not ederek,

Bağımsız ve tarafsız bir yargının, bağımsız hukuk mesleğinin ve yargı sisteminin bütünlüğünün insan haklarının korunması ve adalet yönetiminde ayrımcılık yapılmamasının temini için zaruri önkoşullar olduğunu tekrar teyit ederek,

Adaletin her türüne erişim hakkının, adalet yönetimi yoluyla hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesi için önemli bir temel teşkil ettiğini vurgulayarak,

Her devletin insan hakları ihlalleri ve mağduriyetlerinin giderilmesi için izlenecek başvuru yolları konusunda etkili bir çerçeve sağlaması gerektiğini hatırlayarak,

Faillerin topluma dönüşlerinde, mümkün olduğu ölçüde kanunlara bağlı ve kendini idame edebilecek bir yaşam sürmeyi istemeleri ve yapabilmelerini sağlayacak şekilde, hükümlülerin sosyal rehabilitasyonunun ceza adalet sisteminin temel amaçları arasında olduğunu hatırlayarak,

Hapsedilme olgusunun gerektirdiği yasal sınırlamalar hariç, hürriyetinden yoksun kılınan kişilerin istisna edilemez insan haklarını ve diğer tüm insan hakları ve temel özgürlüklerini muhafaza edecekleri ilkesinin önemini kabul ederek,

Adalet yönetiminde çocukların, gençlerin ve kadınların spesifik durumları gözönüne alındığında, özellikle de hürriyetlerinden yoksunken, şiddete, istismara, adaletsizliğe ve aşağılanmaya maruz kalma ihtimallerinin, özel dikkat gerektirdiğinin farkında olarak,

Hürriyetten yoksun kılmaya ilişkin tüm kararlarda, çocuğun en iyi yararının öncelikle gözönüne alınması gerektiğini ve bilhassa çocuklar ile gençlerin hürriyetlerinden yoksun kılınmalarının yalnızca son çare önlemi olarak ve uygun olan en kısa süre için kullanılması gerektiğini, özellikle de şayet yargılama öncesi tutuklanmışlar, gözaltına alınmışlar ve hapsedilmişlerse, çocuğun en iyi yararının aksini gerektirdiği değerlendirilmedikçe, çocukların fiziki olarak mümkün olduğunca en geniş şekilde yetişkinlerden ayrılmasının sağlanması gerektiğini tekrar teyit ederek,

Çocuğun en iyi yararının, ebeveyninin veya uygulanabildiği hallerde yasal muhafızları ya da birincil bakıcılarının cezalandırılmasına ilişkin olanlar gibi çocukla ilgili tüm meselelerde, önemli bir değerlendirme olacağını tekrar teyit ederek;

1. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin, İnsan Hakları Konseyine sunulan hürriyetinden yoksun kılınan gençlerin insan haklarının korunması hakkındaki son raporunu takdirle not eder;¹²

2. BM Genel Sekreterince İnsan Hakları Konseyine sunulan ve hürriyetinden yoksun kılınan tüm kişilerin korunması için uluslararası hukuki ve kurumsal çerçeveyi analiz eden adalet yönetiminde insan hakları konusundaki son gelişmeler, sorunlar ve iyi uygulamalar hakkındaki son raporunu takdirle not eder;¹³

3. İnsan Hakları Yüksek Komiseri Ofisi, BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi ve BM Genel Sekreterinin Çocuklara Karşı Şiddet Özel Temsilcisinin, çocuk adaleti sisteminde çocuklara karşı şiddetin önlenmesi ve çocuğa karşı şiddete karşı cevaplar konulu ortak raporunu da takdirle not eder;¹⁴

4. Adalet Yönetiminde insan haklarına ilişkin tüm BM standartlarının tam ve etkin uygulanmasının önemini tekrar teyit eder;

¹² A/HRC/21/26.

¹³ Bkz. A/HRC/24/28.

¹⁴ A/HRC/21/25.

5. Bu standartların tam olarak uygulanmasını sağlamak için yeterli kaynakları olduğu kadar, etkin yasal, yargısal, sosyal, eğitimsel ve diğer ilgili mekanizmalar ile prosedürleri de sağlamaktan kaçınmamaları için devletlere çağrıda bulunur, onları adalet yönetiminde insan hakları meselesini evrensel periyodik inceleme prosedüründe gözönüne almaya davet eder;

6. Hükümetleri, adalet yönetimini kalkınma sürecinin entegre bir parçası olarak ulusal kalkınma planlarına dahil etmeye ve insan haklarının teşviki ve korunması amacıyla adli yardım hizmetlerinin sağlanması için yeterli kaynak tahsis etmeye; uluslararası toplumu da artan seviyede devletlere teknik ve mali yardım sağlamaya ve onların adalet yönetimiyle ilişkili kurumların geliştirilmesi ve güçlendirilmesi taleplerini olumlu cevaplamaya davet eder;

7. Adalet yönetimi alanında, çocuk adaleti reformunun yanı sıra yargı, polis ve ceza sistemi reformu yoluyla ulusal kapasite inşasına duyulan özel ihtiyacı vurgular;

8. Hiç kimsenin yasadışı veya keyfi olarak hürriyetinden yoksun kılınmaması gerektiğini teyit eder ve bu bağlamda gereklilik ve orantılılık ilkelerini not eder;

9. Devletlere, cezai sorumluluğu bireysel uygulamaları ve yalnızca zanlı ile aile bağlarına dayalı olarak kişileri gözaltına almaktan kaçınmaları çağrısı yapar;

10. Devletlere uluslararası yükümlülük ve taahhütlerine uygun olarak, hürriyetinden yoksun bırakılmış kişinin, hukuki danışmaya hızlı erişiminin yanı sıra derhal etkin bir şekilde gözaltının hukuka uygunluğunu belirleme ve şayet gözaltı veya hapsedilmesinin hukuka aykırı olduğu saptanmışsa saliverilmesini emretme yetkisini haiz yetkili bir mahkemeye erişimini sağlamaları çağrısı yapar;

11. Devletleri, yargılama öncesi tutukluluk ve hapsedilme yaptırımlarına alternatif önlemlerin kullanımının, adli yardıma erişimin ve ceza adalet sisteminin ve binalarının kapasitesinin yanı sıra etkinliğinin de artırılması yoluyla etkili önlemler olarak ceza ve tutuklevlerindeki aşırı kalabalıklığı çözmeye cesaretlendirir;

12. Devletleri, koşulları, sınırlamaları, süresi ve alternatifleri hakkında yasal ve idari önlemler ile politikalar benimseyerek ve adalete, hukuki danışma ve yardıma erişimi temin ederek, mevcut mevzuatın uygulanmasını amaçlayan önlemler olarak, yargılama öncesi tutuklamayı azaltmaya çaba göstermeye teşvik eder;

13. Tüm devletleri, yanında tanık olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılmış herkesle özel görüşebilen ve tüm tutuklevlerini izlemekle görevli bağımsız mekanizmaları kurmayı, sürdürmeyi veya geliştirmeyi değerlendirmeye teşvik eder;

14. Uluslararası hukukta, işkence ve zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezanın mutlak olarak yasaklandığını anımsar ve devletlere, hürriyetinden yoksun kılınan kişilerin tutulma koşullarının işkence veya zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya yol açmasını önleme ve meseleyi ele alma çağrısı yapar;

15. Devletlere, hürriyetinden yoksun kılınan kişilerce maruz kalınan tüm insan hakları ihlali iddialarını, özellikle ölüm, işkence ve zalimane, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezaya ilişkin olayları süratli, etkili ve tarafsızca soruşturma ve mağdurlara etkin başvuru yolları sağlama çağrısı yapar;

16. Açık Uçlu Hükümetlerarası Uzman Grubu'nun, BM'nin hükümlülere yapılacak muameleye dair standart minimum kurallarının gözden geçirilmesi çalışmalarını, yapılacak herhangi bir değişikliğin mevcut standartları düşürmemesi ancak ıslah bilimindeki ve insan hakları standartlarındaki yeni gelişmeler ile iyi uygulamaları yansıtması gerektiğini yineleyerek not eder ve bu bağlamda, uzman grubunu BM Uyuşturucu ve Suç Ofisinin, İnsan Hakları Yüksek Komiseri Ofisinin ve diğer ilgili paydaşların uzmanlığından yararlanmayı sürdürmeye davet eder;

17. Kanunla ihtilaf halinde olan her çocuk ve gencin, uluslararası hukuka uygun olarak ve adalet yönetiminde insan haklarına ilişkin uluslararası standartları hatırd tutarak; hakları, onuru ve ihtiyaçları ile tutarlı bir muameleye tabi tutulması gerektiğini tanı ve Çocuk Hakları Sözleşmesine taraf devletleri, sözleşmenin ilke ve hükümlerine sıkı sıkıya uymaya çağırır;

18. Henüz çocukların meselelerini genel hukukun üstünlüğü çabalarına entegre etmemiş devletleri böyle yapmaya ve çocuk suçluluğu ile ilgilenmek ve önlemek için cezaların dönüştürülmesi ve onarıcı adalet gibi alternatif önlemlerin kullanılması amacıyla kapsamlı bir çocuk adaleti politikası geliştirmeye ve uygulamaya, çocuğu hürriyetinden yoksun kılmanın son çare önlemi olarak ve mümkün olan en kısa süre için kullanılması gerektiği ilkesine uyumu sağlamaya ve mümkün olduğu ölçüde çocuklar için yargılama öncesi tutuklamayı kullanmaktan kaçınmaya cesaretlendirir;

19. Devletleri, çocuk adaletinde alternatif önlemlerin kullanımı ve geliştirilerek uygulanması için adalet sektörleri, kollukla görevli değişik birimler, sosyal refah ve eğitim sektörleri arasında yakın işbirliğini teşvik etmeye cesaretlendirir;

20. Eski çocuk suçlular için, özellikle eğitim programları yoluyla ve toplumda yapıcı rol üstlenmeleri amacıyla, yeniden entegre etme stratejilerini çocuk adaleti politikalarına dahil etmenin önemini vurgular;

21. Devletleri cezai sorumluluk için asgari yaşı, çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel olarak olgunlaşmasını hatırd tutarak çok düşük belirlememeye cesaretlendirir ve bu bağlamda Çocuk Hakları Komitesinin, daha düşük olan asgari cezai sorumluluk yaşını istisnasız ve mutlak asgari yaş olarak 12 yaşa yükseltmeleri ve bunu daha yüksek bir yaş seviyesine yükseltmeye devam etmeleri tavsiyesine atıf yapar;

22. Devletleri mevzuat ve uygulamalarında, 18 yaşından küçüklerin işledikleri suçlar için ne idam ne de ömür boyu hapis cezasının yüklenmemesini temin etmeye teşvik eder;

23. Devletlere, çocuğun lekelenmesinin, mağduriyetinin ve suçlanmasının önlenmesi amacıyla, yetişkinlerce işlenmeleri halinde suç olarak kabul edilmeyen veya cezalandırılmayan herhangi bir davranışın çocuk tarafından işlenmesi halinde de suç olarak kabul edilmemesi ve cezalandırılmamasını temin etmek için mevzuatı gözden geçirme veya düzenleme yapma çağrısı yapar;

24. Devletleri, insan ticareti mağduru olan çocukların yasadışı eylemlere karışmalarından dolayı, bu karışma ticarete konu olma durumlarının doğrudan doğruya sonucu olduğu ölçüde, cezai yaptırıma maruz kalmamaları için, tüm uygun tedbirleri almaya teşvik eder;

25. Hükümetleri, tüm hâkimler, savcılar, sosyal çalışmacılar, cezaevi personeli ve polis görevlileri ile adalet yönetimi alanında çalışan diğer görevlilere, ırkçılıkla mücadele, çok kültürlülük ile cinsiyete duyarlılık ve çocuk hakları eğitimi dahil, adalet yönetimi ve çocuk adaleti konulu insan hakları eğitimi vermeye davet eder;

26. Devletlere, hürriyetinden yoksun kılınan çocukların haklarının korunmasına katkı yapmaları için bağımsız ve çocuk dostu ulusal izleme ve şikâyet mekanizmaları kurmayı veya mevcut mekanizmaları güçlendirmeyi değerlendirmeleri çağrısı yapar;

27. Ebeveyninin hapsedilmesinin çocuklar üzerindeki etkisine daha fazla dikkat sarf etmenin önemini vurgular;

28. Devletleri, adalet sistemi içinde çocuklara karşı her tür şiddetin önlenmesi ve yanıtlanması için, uygun hallerde yasal reform dahil tüm gerekli ve etkili önlemleri almaya teşvik eder;

29. Devletleri, adalet yönetimi alanında özellikle de çocuk adaletinde, ulusal kapasitelerini ve altyapılarını güçlendirmek için, talepleri üzerine, ilgili BM ajansları ve programları, özellikle de "Ajanslararası Çocuk Adaleti Paneli" tarafından

sağlanan çocuk adaleti teknik tavsiye ve yardımından yararlanmaya davet eder, Panelin sekretaryasına ve üyelerine yeterli kaynak sağlamaya cesaretlendirir;

30. İnsan Hakları Konseyinin ilgili özel prosedürlerine, çocuk adaleti ve hürriyetinden yoksun bırakılanların insan hakları dahil adalet yönetiminde insan haklarının etkili korunmasına ilişkin sorulara özel dikkat göstermeleri ve uygun hallerde bu açıdan, danışma hizmetleri ve teknik yardım önlemleri önerilerini de içeren spesifik tavsiyeler sunmaları çağrısı yapar;

31. Yüksek Komisere, adalet yönetimi özellikle de çocuk adaleti alanında ulusal kapasite inşasına ilişkin danışma hizmetlerini ve teknik yardımı güçlendirme çağrısı yapar;

32. 27. Oturumunda, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin insan haklarının korunması konulu bir panel tartışması toplantısı yapmaya karar verir;

33. Yüksek Komiserin Ofisinden, mevcut kaynaklarıyla İnsan Hakları Konseyinin 27.Oturumunda, devletlerle, ilgili BM organları ve mekanizmalarıyla, bilhassa BM Uyuşturucu ve Suç Ofisiyle, sivil toplum ve diğer paydaşlarla, panel tartışmalarına katkılarının temin edilmesi amacıyla danışma halinde, yukarıda bahsedilen panel tartışmasını organize etmesini talep eder;

34. Yüksek Komiserin Ofisinden, panel tartışmalarının sonuçlarına ilişkin özet biçiminde bir rapor hazırlamasını ve İnsan Hakları Konseyinin 28.Oturumuna sunmasını talep eder;

35. Yüksek Komiserden, İnsan Hakları Konseyinin 30.Oturumuna BM ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının deneyimlerine dikkat çeken, devletlerin ve diğer paydaşların tutuklamaya alternatif önlemlere ilişkin uygulamaları dahil görüşlerini ihtiva eden, cezaevlerindeki aşırı kalabalıklığın insan hakları üzerindeki etkileri konulu bir analitik rapor sunmasını talep eder;

36. Bu meseleyi yıllık çalışma programına uygun olarak aynı gündem maddesi altında değerlendirmeyi sürdürmeye karar verir.

*34. Toplantı
26 Eylül 2013*

[Oylanmadan Kabul Edilmiştir.]

AVUSTRALYA'DA ÖNLEYİCİ TUTMA EMİRLERİ

Svetlana TYULKINA* – George WILLIAMS**

Çeviren: Caner GÜRÜHAN***

I. GİRİŞ

Önleyici tutma emirleri ('PDOlar') 2005 yılının temmuz ayında Londra'daki terör saldırılarının ardından 2005 Anti-Terör Kanunu (No 2) (Cth) ile 1995 Ceza Kanunu (Cth) Ek 1'e (Ceza Kanunu) eklendi. Bu kanunlar Avustralya Federal Polisi (AFP) tarafından, gözaltı veya suç isnadı olmaksızın, kişinin 48 saate kadar tutuklanmasına imkan tanımaktadır. Tutulduğu zaman, kişinin aile bireylerini de içeren dış dünyayla bağlantısı katı bir şekilde sınırlanmaktadır. Bu emirler gerçekleşmesi muhtemel bir terör eyleminin meydana gelmesinin önlenmesi veya yakın zamanda gerçekleşen bir terör eylemine ilişkin delillerin korunması amacıyla çıkarılabilir. Her devlet ve ülke, PDO rejimi altındaki tutmanın azami uzunluğunu 14 güne kadar uzatan kanunlar çıkarmıştır.

PDO'lar 11 Eylül saldırılarından bu yana Avustralya'da çıkarılan çoğu anti-terör kanununa göre sıra dışı bir niteliğe sahiptir¹. Genellikle ceza gerektiren yeni suçlar, özel yaptırım yetkileri ve istihbarat kurumları gibi konuları içeren diğer önlemlerin aksine, PDO'lar Birleşik Krallık, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerle karşılaştırma yoluna gitmemiştir. Buna ek olarak, terörizme karışan kişilerin gözaltına alınması, suçlanması ve soruşturulması için polise imkan tanıyan çok kapsamlı yetki ve suç içeren kanun olduğu için PDO rejiminin neden uygulamaya konuldu-

* Doktora sonrası araştırma görevlisi, Avustralya Araştırma Konseyi Burs Ödülü, Anti-Terör Kanunları ve Demokratik Mücadele, New South Wales Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gilbert + Tobin Kamu Hukuku Merkezi.

** New South Wales Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Gilbert + Tobin Kamu Hukuku Merkezi, Anthony Mason Profesörü, Bilim Profesörü ve Kurum Direktörü; Avustralya Araştırma Konseyi Ödüllü Üye; Avukat, New South Wales Barosu, Araştırma konusundaki yardımı için Daniel Reynolds'a ve taslak üzerindeki yorumları için Keiran Hardy'e teşekkür ederiz.

*** Yargıtay 5. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi, canerguruhan@gmail.com

Kaynak metin İngilizce özgün halinin bulunduğu http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/t6_tuyulkina_williams.pdf sitesinden temin edilmiştir. Makalenin çevirisine onay verdikleri için Sayın Svetlana Tyulkina ve George Williams'a teşekkür ederim.

¹ Bakınız genel olarak Andrew Lynch, Nicola McGarrity ve George Williams, *Inside Australia's Anti-Terrorism Laws and Trials* (NewSouth Press, 2015); George Williams, 'A Decade of Australian Anti-Terror Laws' [2011] *MelbULawRw* 38; (2011) 35 *Melbourne Üniversitesi Hukuk Dergisi* 1136.

ğunu anlamak güçtür. Beklendiği üzere, PDO rejimi kabulünden sonraki ilk dokuz yıl için kullanılmadı ve bu andan itibaren de yalnızca dört kez uygulandı.

PDO rejimi adil yargılanma hakkı ile keyfi tutma uygulamasından muafiyeti içeren bir takım insan hakları üzerindeki potansiyel etkisi nedeniyle devam eden tartışmalara da konu olmaktadır. Daha kapsamlı olarak, genellikle yalnızca bir mahkeme tarafından suçlu bulunduktan sonra tutmanın hükümet eliyle gerçekleştiği Avustralya ve diğer liberal demokrasilerde benimsenen ilkelerin aksine yürütülmektedir. Bir sona erme hükmüne tabi olması bu düzenin olağanüstü niteliğini göstermektedir². Bu kanunlar aslında 15 Aralık 2015 tarihinde geçerliliğini yitirecekti³. Bu tarihe zemin hazırlanmasında, PDO rejiminin Avustralya Hükümet Konseyi Terörle Mücadele Mevzuatının Değerlendirilmesi Kurulu ('COAG')⁴ tarafından yapılan iki temel soruşturmayla gözden geçirilmesi ve Bağımsız Ulusal Güvenlik Mevzuatı İzleme Kurulu ('INSLM')⁵ yoluyla bir rapor verilmesi etkili olmuştur. Her iki soruşturma da daha önceki üyelerinin çoğu vasıtasıyla bu düzenin kaldırılmasını tavsiye etmişti.

Buna rağmen ve bu soruşturmalar gözden geçirilip, bunlara karşılık verilmeden Abbott Hükümeti bu düzenin Aralık 2025'e kadar, bir on yıl daha süreyle uzatılması için 2014 Terör Karşıtı Mevzuata İlişkin Değişiklik Tasarısı'nı (Yabancı Savaşçılar) parlamentoya sundu. PDO'ların Suriye ve Irak'taki çatışmalara katıldıktan sonra ülkeye dönen Avustralyalı vatandaşların oluşturduğu terör tehdidinin karşılanmasında önemli bir rol oynaması gerekçe gösterilerek, AFP'nin⁶ desteğiyle, bunun uzatılması savunuldu⁷. Bu rejimin bir on yıl daha uzatılması fikri İstihbarat ve Güvenlik Karma Parlamento Komisyonu tarafından hazırlanan bir kanun teklifi raporunda tartışıldı⁸. Sonuç olarak, PDO rejimini bir sonraki federal seçimlerden sonra yaklaşık iki yıl, 7 Eylül 2018 tarihine kadar uzatan 2014 Terör

² Bakınız genel olarak Nicola McGarrity, Rishi Gulati ve George Williams, 'Sunset Clauses in Australian Anti-Terror Laws' (2012) 33 *Adelaide Hukuk Dergisi* 307.

³ 2005 Anti-Terör Kanunu (No 2) tarafından eklenen Ceza Kanunu bölüm 105.53 (2) ile öngörülmüştür: Başlatıldığı günden sonraki 10 yıl sona erdikten sonra önleyici tutma emri ve irtibat kurma yasağı uygulanamaz ve verilemez.

⁴ Avustralya Hükümetler Konseyi, 'Avustralya Hükümet Konseyi Terörle Mücadele Mevzuatının Değerlendirilmesi Kurulu' (Rapor, 2013) ('COAG Değerlendirme Kurulu').

⁵ Bret Walker, 'Açıklanmış Yıllık Rapor' (Yıllık Rapor, Bağımsız Ulusal Güvenlik Mevzuatı İzleme Kurulu, 20 Aralık 2012) ('INSLM Raporu').

⁶ Bakınız Avustralya Parlamentosu, Parlamento İstihbarat ve Güvenlik Ortak Komitesi, Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliğine İlişkin Danışma Raporu (Yabancı Savaşçılar) 2014 Kanun Tasarısı (2014) 62 [2.239].

⁷ Gözden Geçirilmiş Açıklayıcı Bildiri, Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliği (Yabancı Savaşçılar) 2014 Kanun Tasarısı (Cth), 144 [855]-[856].

⁸ Parlamento İstihbarat ve Güvenlik Ortak Komitesi, yukarıda n 6, 70-9.

Karşıtı Mevzuata İlişkin Değişiklik (Yabancı Savaşçılar) Kanunu ile, işçi sınıfının muhalefetine rağmen, bir uzlaşma konumuna ulaşıldı⁹.

Bu makale Avustralya PDO rejimini incelemekte ve sona erme tarihinde yeniden gözden geçirilmesinden öte, sınırlanması gerekip gerekmediğini veya aslında bu tarihten önce tamamen yürürlükten kaldırılması gerekip gerekmediğini sorgulamaktadır. Bu önemlidir, çünkü ancak o zaman rejimin altında yatan amaç (Avustralya'nın var olan terör karşıtı kanunlarındaki belirlenebilir boşluğa bir çare niteliğinde olma), yani rejimin amacına ulaşmasında etkili ve orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi ihtimali belirlenmektedir. İkinci bölüme rejimin neden uygulamaya konulduğunu ve doğrudan neye ulaştığını gözden geçirerek, kökenlerinin bir değerlendirmesiyle başlamaktayız. Üçüncü bölümde bu rejimin başka ülkelerden uyarlanıp uyarlanmadığını ve eğer öyleyse, bu temelde fark edilebilir bir amacı olup olmadığını araştırarak, konuyu daha ayrıntılı bir şekilde incelemekteyiz. Dördüncü bölümde PDO rejiminin nasıl uygulandığını açıklarken, beşinci bölümde bu düzenin hangi koşullarda kullanıldığını ve bu kullanımın sınırlanmasının neden düşünülmediğini ortaya koymaktayız.

II. PDO REJİMİNİN KÖKENLERİ

Temmuz 2005'teki Londra terör saldırıları yalnızca Birleşik Krallık'ta değil, aynı zamanda Avustralya'da da terör saldırılarının önlenmesi amacıyla yeni kanunlara ihtiyaç duyulup duyulmadığı konusunda tartışmalara neden oldu. 27 Eylül 2005 tarihli bir COAG toplantısında Avustralya hükümetinin tüm düzeylerinden liderler değişikliğin gerekli olduğu konusunda anlaştılar ve devletlerle ülkeler yeni eyalet önlemlerini tamamlayan kanunları çıkarmaya hazır olduklarını açıkladılar. Bu durum, Avustralya hükümetinin 11 Eylül saldırılarına karşılık olarak üç yıl önce zaten önemli terörle mücadele kanunları çıkarmış olmasına rağmen gerçekleşti. Toplantının bildirisi şu şekilde açıklandı:

[COAG] Avustralya'nın terörle mücadele kanunlarının güçlendirilmesinin muhakkak olduğu konusunda anlaştı. ... COAG Avustralya'da potansiyel terör eylemlerinin daha iyi bir şekilde önlenmesine ve vazgeçirilmesine ve ayrıca meydana gelen olayların soruşturulmasına imkan tanıyan Eyalet Ceza Kanunu değişikliğini kabul etti¹⁰.

Bunu getiren mevzuat 2005 Anti-Terör Değişikliği (No 2) olarak planlandı. 2

⁹ 2014 Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliği (Yabancı Savaşçılar) Kanunu (Cth) ile eklenen Ceza Kanunu s 105.53(2).

¹⁰ Avustralya Hükümetler Konseyi, Avustralya Hükümetler Konseyi Bildirisi: Terörizme Karşı Olağanüstü Toplantı (Bildiri, 27 Eylül 2005) 3.

Kasım 2005'te Başbakan John Howard, bunun potansiyel bir terör tehdidine karşı yeni bir kanun olduğunu ve bu yüzden parlamentodan derhal geçmesi gerektiğini halka açıkladı:

Hükümet bu hafta potansiyel bir terör tehdidine dair ciddi endişelere neden olan bazı istihbarat ve polis bilgileri aldı. ... Hükümet bu tehdide etkili bir karşılık olarak emniyet teşkilatının kapasitesini güçlendiren bu değişikliğin acil bir şekilde geçmesinin sağlanması konusundaki tavsiyeden memnun oldu¹¹.

Değişiklik, Adalet Bakanı Philip Ruddock'un 'hükümetin yeni yıldan önce anti-terör mevzuatı paketinin tüm unsurlarıyla kanunlaşmasını istediğini' belirtmesiyle, ertesi gün Temsilciler Meclisi'ne sunuldu¹². PDO'lar haricindeki bu unsurlar, bir kişinin nerede çalıştığından veya yaşadığından, kiminle konuşabileceğine kadar, hayatını neredeyse her açıdan kontrol edebilen sınırlamaların kişiye uygulanmasına imkan tanıyan kontrol emirleri gibi tartışmalı anti-terör önlemlerini içermektedir¹³.

PDO'ların yürürlüğe konulma gerekçesi, değişikliğe ilişkin basın açıklamasında veya parlamento tartışmalarında Hükümet tarafından açık bir şekilde belirtilmedi. Terör tehdidine karşılık olarak Avustralya yasama organının bir bölümü, ne PDO rejimiyle doldurulan sözde mevcut kanun boşluğunun neyle doldurabileceği, ne de bunun neden bir gereklilik olduğu konusunda hiçbir girişimde bulunmadı. Bunun yerine yeni rejimden genellikle yalnızca açıklayıcı terimlerle bahsedildi. Örneğin değişikliğe ilişkin Açıklayıcı Bildiri, bunun 'terörist bir eylemin önlenmesinin veya böyle bir olayın delillerinin korunmasının makul açıdan gerekli olduğu durumlarda, suçlama olmaksızın bir kişinin tutulmasına izin verecek yeni bir polis önleyici tutma rejimi' içerdiğine yer verdi¹⁴.

Nerede rejimin uygulamaya konulmasının lehine bir argüman ileri sürülürse, bu, yalnızca genel itibarıyla bir bütün olarak değişikliğe gönderme yapan söz bilimsel terimlerle gerçekleştirildi. Örneğin Ruddock ikinci okuma konuşmasında 'değişikliğin, meydana gelen terörist bir saldırıdan sorumlu olanların soruşturulması amacıyla mümkün olan en sert kanunların varlığını güvence altına alan hükümler içerdiğini' belirtti¹⁵.

¹¹ John Howard, 'Anti-Terrorism Bill' (Medya Raporu, 2 Kasım 2005) <http://pmtranscripts.dpmc.gov.au/browse.php?did=22013>.

¹² Eyalet, Parlamento Tartışmaları, Temsilciler Meclisi, 3 Kasım 2005, 102 (Philip Ruddock, Adalet Bakanı).

¹³ Bakanız genel olarak Lynch, McGarrity ve Williams, yukarıda n 1, 171 vd.

¹⁴ Açıklayıcı Bildiri, Anti-Terör Kanun Tasarısı (No 2) 2005 (Cth) 1.

¹⁵ Eyalet, Parlamento Tartışmaları, Temsilciler Meclisi, 3 Kasım 2005, 102 (Philip Ruddock, Adalet Bakanı).

Bu yüzden PDO rejimi terörizme karşı hükümetin 'katı' bir yönü olarak savunuldu. Bunun da ötesinde, bakanlıkla ilgili açıklama ve tartışmaların değişikliğinin ikinci okuma konuşmasında yer alıp almadığı konusunda rejime dair devlet arşivlerinde bulunabilecek bir gerekçe yoktu. Ek olarak, değişikliğin uygulamaya konulmasından önce böyle bir düzene ihtiyaç duyulduğu konusunda işlem ya da soruşturma da tespit edilmedi. Avustralya'daki PDO'ların uygulamaya konulması amacıyla herhangi bir kişi veya kuruluşa açık bir çağrı yapılmadı. Görünüşe göre rejim, 2005'teki Londra terör saldırılarına karşılık hükümetin geniş aralıklı bir parçası olarak beklenmedik bir biçimde ortaya çıktı.

Hükümet terör tehdidine karşı polisin mevcut yetkisinin ve geleneksel ceza uygulamalarının (gözaltına alma gibi) yeterli olmaması nedeniyle PDO'ların gerekli olduğunu ve bunların özel bir yeni polis tutma yetkisiyle güçlendirilmesine ihtiyaç bulunduğunu tartışabilirdi. Yine de, böyle bir argüman polise zaten geniş yetkiler verildiği için oldukça tartışmalıydı ve esasen bu nokta toplumsal bir tartışmaya konu olmadı. Özetle, deliller PDO rejiminin halka açık olarak tartışılması bakımından belirli bir amacın bulunmadığını göstermektedir. Bunun gerçekleştirilmesi için çoğu fırsat göz önüne alındığında, hükümetin belirlenen böyle bir amacın varlığı olmaksızın aceleyle rejimi kararlı bir şekilde sürdürdüğünü veya rejimin kanundaki bir boşluğu doldurmak için gerekli olduğunu düşünmek muhtemeldir.

137 sayfalık değişiklik tüm kanun yapma sürecinde hızlı bir şekilde onaylandı ve 7 Aralık 2005'te parlamentodan geçti. PDO rejimi önemli bir incelemeye veya parlamentoda anlamlı bir tartışmaya bağlı olmadı. Özellikle parlamento tartışmaları rejimin veya altında yatan amacın gerekliliğine ışık tutmadı. Değişiklik Senato Yasal ve Anayasal Mevzuat Komitesi'nin incelemesine tabi tutuldu, ancak bu komite üç günü halka açık olarak görüşülen ve sonraki 10 günde raporu yazılan öneriler bakımından yalnızca altı günü gerekli gördü¹⁶. Süreç içerisinde yer alan diğer adımlar gibi, PDO rejiminin her şeyden önce bir ihtiyaç olup olmadığı hususunu içeren değişikliğin pek çok yönden tartışılması için yeterli fırsat sağlamadı.

III. DİĞER ÜLKELERDE ÖNLEYİCİ TUTMA

Diğer ülkelerin terör tehdidinin karşılanması kapsamında benzer bir düzeni benimsemiş olmaları, Avustralya'daki PDO rejimi için uygun bir gerekçe olabilir ve böylece ihtiyaç duyulan benzer bir örneğin Avustralya'da uygulamaya

¹⁶ Lynch, McGarrity ve Williams, yukarıda n 1, 201. Ayrıca bakınız Eyalet, Parlamento Tartışmaları, Senato Yasal ve Anayasal Mevzuat Komitesi, 18 Kasım 2005, 1 (Marise Payne, Başkan).

konulması düşünülebilirdi. Bu 2005 Anti-Terör Kanunu (No 2) ve öncesindeki mevzuatla uygulamaya konulan diğer önlemler bakımından kesinlikle bir gerekçe olurdu. Örneğin 2005'te çıkarılan kontrol emirleri rejimi bakımından Birleşik Krallık'taki mevzuat model alındı¹⁷. Gerçek şu ki, kontrol emirlerini uygulayan Birleşik Krallık yetkilileri, Avustralya'da neden benzer bir önleme ihtiyaç duyulduğunu açıklayabilirdi¹⁸.

Zararın önlenmesinin bir yöntemi olarak tutma diğer ülkelerde nadir değildir ve Avustralya'nın şehir ve eyaletlerinde bulunabilmektedir. Örneğin New South Wales eyaletindeki kanunlar, kendisi veya üçüncü kişiler bakımından tehlikeli olan akıl hastalarının¹⁹ ve toplum için hala bir risk oluşturan eski cinsel suç hükümlülerinin tutulmasına imkan tanımaktadır²⁰. Buna rağmen, bu yetkilerin kullanımı federal PDO rejiminde eksik bir unsur olan kişinin geçmiş hikayesine ilişkin bazı delillere dayanmaktadır. Avustralya hükümetinin esinlenmiş olduğu diğer rejimler, göç tutuklamasına ilişkindir. Örneğin Yeni Zelanda ve Kanada'da önleyici tutma, göç hukukunun idari yapısı içerisinde büyük ölçüde düşmekte ve buna bağlı olarak vatandaşlık hakkı tanınmayan tutukluların durumunu temel almaktadır²¹.

Birleşik Krallık ve İrlanda'nın dahil olduğu deniz aşırı bir çok yönetimdeki duruşma öncesi tutmada, PDO rejimi ile daha fazla benzerlik bulunması mümkündür²². Bu düzenler kapsamındaki duruşma öncesi tutma, devam eden ceza yargılamasında ve terör eylemlerinin yargılamasında kişilerin tutulmasına izin veren

¹⁷ John Howard, 'Counter-Terrorism Laws Strengthened' (Medya Raporu, 8 Eylül 2005) <http://pmtranscripts.dpmc.gov.au/browse.pfp?did=21909> Bronwen Jagers, 'Anti-Terrorism Control Orders in Australia and the United Kingdom: A Comparison' (Araştırma Yazısı No 28, Avustralya Parlamentosu, Parlamento Kütüphanesi, 29 Nisan 2008); Clive Walker, *Terrorism and the Law* (Oxford Üniversitesi Yayını, 2011) 299-340.

¹⁸ Lisa Burton ve George Williams, 'What Future for Australia's Control Order Regime?' (2013) 24 *Kamu Hukuku Dergisi* 182, 186-8; Andrew Lynch, 'Control Orders in Australia: A Further Case Study in the Migration of British Counter-Terrorism Law' (2008) 8 *Oxford Üniversitesi Eyalet Hukuku Dergisi* 159, 174

¹⁹ Bir asırdan daha öncesine dayanan dönemde akıl hastalarının tutulması: bakınız, örneğin 1867 Akıl Hastalığı Kanunu (NSW), s 3.

²⁰ Bakınız, örneğin, 'yüksek risk' taşıyan cinsel suç veya şiddet suçu işleyenlerin hapis cezası hükümünü yerine getirdiklerinde önleyici olarak tutuklanmalarına ya da toplum içerisinde denetlenmelerine imkan tanıyan 2006 Suçlar (Yüksek Risk Taşıyan Suçlar) Kanunu (NSW).

²¹ Stella Burch Elias 'Rethinking "Preventive Detention" from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects' (2009) 41 *Columbia İnsan Hakları Hukuku Dergisi* 99, 159.

²² Diğer ülkeler Brezilya, Kolombiya, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Norveç, İspanya ve Türkiye'dir: aynı yerde 131.

bir ceza usulü aracı olarak kullanılmaktadır²³. Terörizmin soruşturulması amacıyla duruşma öncesi tutma yetkisi veren benzer bir yasal düzenleme 2004'te Avustralya'da çıkarıldı²⁴. Yine de, bu rejimlerin her biri, PDO rejiminden farklı olarak, bir terör şüphelisine yönelik devam eden bir soruşturmayı gerektirmesi nedeniyle temelde ayırt edilebilirler.

En yakın karşılaştırıcı, 2000 Terör Kanunu tarafından uygulamaya konulan, bir tutuklama müzekkere olmaksızın buna imkan sağlayan Birleşik Krallık'taki önleyici gözaltı sistemidir²⁵. Ancak bu önlem bile, terörist olduğuna ilişkin hakkında makul şüphe bulunması halinde, tutuklama müzekeresi olmaksızın bir kişinin gözaltına alınması ve tutuklanması konusunda polise imkan tanınması bakımından Avustralya modelinden çok farklıdır. Buna karşın, *COAG Değerlendirme Kurulu*'nun işaret ettiği üzere, PDO rejimi, tutulması sürecinde tutuklunun sorgulanmasını önemsemez, 'sadece koruyucu' olarak görülebilir ve bu yüzden PDO'lar 'Birleşik Krallık mevzuatındaki emsallerinden önemli derecede farklılık göstermektedir'²⁶.

Aynı şekilde INSLM 'gözaltı veya suçlama olmaksızın önleyici bir şekilde tutuklama yetkisi tanıyan benzer ülkelerle sınırlı benzerlikler olduğunu' belirtti²⁷. INSLM, geçmiş uygulamalarına bakıldığında bile, önleyici tutma yetkisinin diğer demokrasilerde neredeyse hiç bilinmediği sonucuna vardı²⁸. En yakın tarihsel benzerlikler Birleşik Devletler hükümetinin İkinci Dünya Savaşı boyunca Amerikalı Japonları gözaltında tutması²⁹ ve 1970'lerde Birleşik Krallık hükümeti tarafından şüpheli İrlanda Cumhuriyet Ordusu mensuplarının tutulması olarak tanımlandı³⁰.

Tüm bunlar hem Avustralya rejiminin yapısının istisnai olduğunu, hem de Avustralya'da uygulanan PDO'ların diğer ülkelerdeki benzer düzenlerin varlığıyla doğrulanmadığını göstermektedir. Açıkçası, Avustralya'daki PDO'lara benzer şekilde, gözaltı ve suçlama olmaksızın önleyici tutma yetkisinin başka bir örneği

²³ Aynı yerde 133.

²⁴ 2004 Anti-Terörizm Kanunu tarafından değiştirilen 1914 Suçlar Kanunu (Cth) pt IC div 2 sub-div B.

²⁵ 2000 Terör Kanunu (UK) c 11, s 11.

²⁶ COAG Değerlendirme Kurulu, yukarıda n 4, 64.

²⁷ INSLM Raporu, yukarıda n 5, 47.

²⁸ Aynı yerde.

²⁹ Böyle bir tutmanın anayasal olarak gerçekleştirildiği konusunda bakınız *Korematsu v. United States*, [1945] USSC 43; 323 US 214 (1944).

³⁰ Bakınız Brice Dickson, 'The Detention of Suspected Terrorists in Northern Ireland and Great Britain' (2009) 43 *Richmond Üniversitesi Hukuk Dergisi* 927.

bulunmamaktadır. Esasen, önleyici tutmanın bilinen hiçbir yapısına uymayan Avustralya PDO'ları bir akademik çalışma konusu yapılabilir³¹. Aynı zamanda bu rejimin İsrail, Hindistan, Pakistan, Singapur, Malezya, Mozambik ve Kenya gibi diğer ülkelerde benimsenen yaklaşımların yanında, 'terör şüphelilerinin tutulması için ... pek çok hakkı ihlal eden yaklaşım' kategorisine dahil olan bir düzen olduğu sonucuna varılmıştır³².

IV. PDO'LARIN AÇIKLANMASI

A. Düzenleme Makamları

Ceza Kanunu'nun 105'inci bölümü kapsamında, AFP üyelerinden birinin başvurusu üzerine 'düzenleme makamı' tarafından PDO çıkarılabilir³³. Adalet Bakanı'ndan ön izin alınması gerekli değildir. Düzenleme makamı AFP üyesinin başlangıç PDO'su (24 saate kadar tutmaya izin veren) veya devam eden PDO (tutmayı 48 saate kadar uzatan) için başvurup başvurmadığına bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Başlangıç PDO'su durumunda, düzenleme makamı emniyet amiri veya daha yüksek kademede yer alan üst bir AFP üyesi³⁴ olabilir³⁵. Devam eden PDO durumunda ise düzenleme makamı hizmete devam eden veya emekli hakim, İdari Temyiz Mahkemesi başkanı veya başkan yardımcısı gibi bir kişi olmalıdır³⁶.

B. PDO Düzenlenmesi

Bir düzenleme makamının PDO düzenlemesi için iki gerekçe vardır. İlk olarak, olayın 'gelecek 14 gün içerisindeki bir zaman aralığında meydana gelmesinin beklenmesini' ifade eden, gerçekleşmesi yakın ve muhakkak bir olayın meydana gelmeden önlenmesi amacıyla³⁷ bir emir çıkarılabilir³⁸. Bir emrin bu gerekçeyle çıkarılması için, düzenleme makamının şu konulardan biriyle ilgili şüphelenmesi konusunda makul gerekçeler bulunduğu kanaat getirmiş olması gerekir:

- 'terör eylemine katılma';
- 'terör eylemine hazırlık veya terör eylemine katılma ile bağlantılı olan bir şeyi bulundurma'; ya da

³¹ Elias, yukarıda n 21. Ayrıca bakınız INSLM Raporu, yukarıda n 5, 47.

³² Elias, yukarıda n 21, 180-1.

³³ Ceza Kanunu s 105.7(1).

³⁴ Ceza Kanunu s 105.7(1) not 1.

³⁵ Ceza Kanunu s 100.1(1).

³⁶ Ceza Kanunu s 105.2.

³⁷ Ceza Kanunu s 105.1(a).

³⁸ Ceza Kanunu s 105.4(5).

- 'bir terör eylemi için hazırlık yapma veya terör eylemini planlama'³⁹

Düzenleme makamı, aynı zamanda, düzenlenen emrin bir terör eylemi meydana gelmeden önlenmesine büyük ölçüde yardımcı olacağına⁴⁰ ve tutuklama konusunun bu amacın gerçekleştirilmesi için makul olarak gerekli olduğuna kanaat getirmiş olmalıdır⁴¹. PDO için ikinci gerekçe, son 28 günde bir terör eyleminin meydana gelmesi ve bu terör eylemiyle ilgili delillerin korunması amacıyla kişinin tutuklanması konusunda makul gereklilik bulunmasıdır⁴².

PDO emrinde, etkilenen kişinin adı, takma adı veya tarifi, tutuklu kaldığı süre, kararın verildiği tarih ve emir kapsamında kişinin artık tutuklanamayacağı zaman belirtilmelidir⁴³. Son olarak, PDO, emrin uygulanma gerekçesinin bir özetini içermelidir⁴⁴. PDO düzenlemesinin gerekçeleri hem başlangıç, hem de devam eden PDO'lar açısından aynıdır⁴⁵, ancak düzenleme makamı, kişinin daha fazla tutuklanmasının emrin düzenleme amacı için makul bir şekilde gerekli olduğuna kanaat getirirse, başlangıç PDO'su bakımından 24 saatlik bir uzatmaya izin verebilir⁴⁶.

C. PDO'ların Tutuklulara Etkileri

Kişi adi bir suç nedeniyle gözaltına alınmış veya tutuklanmışsa, PDO kapsamında bir kişiyi gözetim altına alan veya tutuklayan polis yetkilisinin sahip olduğu yetki ve sorumluluklar aynıdır⁴⁷. Dolayısıyla, polis yetkilisi emrin konusu olduğuna inandığı mülklere girebilir ve bunları arayabilir⁴⁸. Polis, fırsat bulduğu ilk anda, PDO'nun etkisini kişiye açıklamak zorunda olup⁴⁹, kişiye emrin bir kopyasını vermelidir⁵⁰. PDO kapsamında tutuklanan kişi şehir ya da eyalet ceza veya tutukevinde tutulabilir⁵¹.

Ceza Kanunu tutukluların kişilerle iletişim kurmalarına ve PDO'ya konu olduklarını açıklamalarına sınırlar koyar. Bir tutuklu aile bireylerinden biriyle, ev

³⁹ Ceza Kanunu s 105.4(4)(b).

⁴⁰ Ceza Kanunu s 105.4(4)(c).

⁴¹ Ceza Kanunu s 105.4(4)(d).

⁴² Ceza Kanunu s 105.4(6).

⁴³ Ceza Kanunu s 105.8(6)(a)-(d).

⁴⁴ Ceza Kanunu s 105.8(6)(e).

⁴⁵ Ceza Kanunu s 105.10(1).

⁴⁶ Ceza Kanunu s 105.10(3), (5).

⁴⁷ Ceza Kanunu s 105.19(2).

⁴⁸ Ceza Kanunu s 105.22(1).

⁴⁹ Ceza Kanunu s 105.29.

⁵⁰ Ceza Kanunu s 105.32(1).

⁵¹ Ceza Kanunu s 105.27.

arkadaşıyla, işvereniyle, çalışanıyla, iş ortağıyla ve polis memurunun iletişim kurulmasına rıza gösterdiği diğer bir kişiyle iletişim kurabilir⁵². Bu kişilerle iletişim AFP tarafından gözlemlenebilecek şekilde gerçekleşmelidir⁵³. Tutuklunun bir kişiyle iletişim kurması, düzenleme makamı tarafından verilecek bir iletişim kurma yasağı kararıyla kaldırılabilir⁵⁴. Böyle bir kararın uygulanması için yapılacak başvuru, kişinin ciddi zararlara uğramasının önlenmesi ya da terörist bir eylemle ilgili delillerin korunmasının makul açıdan gerekli bulunması gibi gerekçelere dayanabilmektedir⁵⁵.

Tutuklu tarafından bu kişilere ne söylenebileceği katı bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Yalnızca 'iletişim kurulan kişilere, tutuklanan kişinin güvende olduğunu, ancak şu anda kendisiyle iletişim kurulmadığını bilmelerine izin verilmesi amacıyla yönelik olarak' telefon, faks veya e-mail yoluyla PDO kapsamında tutuklanan bir kişi diğer kişilerle iletişim kurabilir⁵⁶. Tutuklular bir PDO kapsamında ya da ne kadarlık bir süre için tutuklandıklarını açıklayamazlar⁵⁷. PDO'nun varlığının açıklanması beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmayı gerektiren bir suçtur. Bu yasadışı tutuklu, tutuklunun avukatı, polis yetkilisi ve tercüman bakımından geçerlidir⁵⁸.

D. İnsan Hakları Endişeleri ve Güvenceler

Avustralya'nın PDO rejimi, özellikle temel insan haklarına yönelik potansiyel etkisi açısından olağanüstü bir yapı olarak nitelendirilebilir. Suçlama olmaksızın önemli tutuklama süreleri, normalde liberal bir demokraside makul olarak düşünülen sınırların ötesine geçmektedir. Bu, temel hakların tam anlamıyla tanınmadığı demokratik olmayan rejimlerde daha yaygın olarak bulunan bir yetkidir. PDO'ya konu olan bir kişinin, yalnızca güvende olduğunu ve şimdilik iletişim kurulmasına imkan tanındığını söylemek için bir aile bireyiyle iletişim kurabilmesi, buna örnek gösterilmektedir. Böyle bir çağrıyı alan eş veya anne-baba şüphesiz kafa karışıklığı yaşayacak ve belki de korkacaktır.

Rejim çok sayıda diğer insan hakkı endişelerini arttırmaktadır. Bunlar rejim hakkında bilgi verdikleri için kişilerin beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklarını, başlangıç PDO'su kapsamındaki tutmaya tamamen polis tarafından

⁵² Ceza Kanunu bb. 105.34-105.35.

⁵³ Ceza Kanunu s 105.38(1).

⁵⁴ Ceza Kanunu s 105.15.

⁵⁵ Ceza Kanunu s 105.14A.

⁵⁶ Ceza Kanunu s 105.35(1).

⁵⁷ Ceza Kanunu s 105.35(2).

⁵⁸ Ceza Kanunu s 105.41.

olanak sağlandığını, 16 yaşın üzerindeki çocukların tutulmasına izin verildiğini ve bir PDO'nun kullanılmasına son verildikten sonra, yalnızca İdari Temyiz Mahkemesi tarafından verilen rejim kapsamındaki uzatma kararlarının gözden geçirilmesinin aşırı derecede sınırlandırıldığını içermektedir⁵⁹. Böyle faktörler, aynı zamanda, yürürlükten kaldırılmaları konusundaki tavsiyelere neden olmuştur. COAG Değerlendirme Kurulu bu yetkilerin liberal bir demokraside kabul edilemez olarak düşünölebileceğine dikkat çekerken, INSLM, PDO rejiminin en kınanabilir suçlara yönelik normal yaklaşımlarımızla bile uyumsuzluk içinde olduğunu⁶⁰ belirtmiştir⁶¹.

PDO kapsamındaki tutmanın kişi haklarına ve kişi özgürlüklerine yönelik etkisini en aza indirmek için Ceza Kanunu bazı güvenceler sağlar. Yukarıda ifade edildiği gibi, kişiyi tutuklayan yetkili, fırsat bulduğu ilk anda, PDO'nun etkisini açıklamalı ve kişiye emrin bir kopyasını temin etmelidir⁶². Dahası, bölüm 105.33, bir kişinin PDO kapsamında gözaltına alınması ya da tutuklanmasının insanca ve insanlık onuruna saygılı olmasını ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye konu edilmemesini gerektirerek, işkenceye karşı bir güvence anlamına gelir. Tutuklu, aynı zamanda Eyalet Kamu Denetçiliği ya da benzer şehir veya eyalet otoritesine şikayette bulunma hakkına sahip olmalı⁶³ ve PDO ve uygulamasıyla ilgili yasal hakları hakkında tavsiye sağlaması için bir avukatla iletişim kurabilmelidir⁶⁴.

18 yaşın altında olup, PDO kapsamında tutuklanmış bir kişinin bazı ek güvencelere hakkı vardır. Bunlar 18 ve daha yukarı yaştaki tutukluların sahip olmadığı⁶⁵, hem kişilerin aileleriyle iletişim kurmalarına izin veren özel iletişim kurallarına⁶⁶, hem de Avustralya Federal Gezici Mahkemesi hakimi tarafından karar verilmediği sürece, polis memurlarının kimlik saptama materyali (el izleri, parmak izleri, ayak izleri veya ayak parmağı izlerinden başka) alamayacağına ilişkin gereklilikleri içerir⁶⁷.

⁵⁹ Paul Fairall ve Wendy Lacey, 'Preventive Detention and Control Orders under Federal Law: The Case for a Bill of Rights' [2007] MelbULawRw 40; (2007) 31 *Melbourne Üniversitesi Hukuk Dergisi* 1072, 1077-9.

⁶⁰ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 47.

⁶¹ *COAG Değerlendirme Kurulu*, yukarıda n 4, 68.

⁶² Ceza Kanunu s 105.32(1).

⁶³ Ceza Kanunu s 105.36.

⁶⁴ Ceza Kanunu s 105.37.

⁶⁵ Ceza Kanunu s 105.33A(1).

⁶⁶ Ceza Kanunu s 105.39.

⁶⁷ Ceza Kanunu s 105.43(4).

PDO düzenlenmesi, düzenleme makamının PDO düzenlenmesi ya da uzatılması kararını ilan edebilen İdari Temyiz Mahkemesi'nin Güvenlik Temyiz Mahkemesi Bölümü tarafından gözden geçirilebilir⁶⁸. Ancak bu yetki PDO yürürlükteyken uygulanamaz⁶⁹. Buna ek olarak, PDO'nun hukuka uygunluğu kararları 1977 İdari Kararlar (Yargısal Gözden Geçirme) Kanunu kapsamında, yargısal gözden geçirmeden muaftır⁷⁰.

Sıkı gizlilik önlemlerine bağlı olan PDO'lar, halkın böyle bir emrin düzenlendiğinin farkına varması açısından, küçük bir fırsatın var olduğunu içlerinde barındırırlar. Bölüm 105.47, yalnızca Ceza Kanunu'nun 105'inci bölümünün uygulanmasıyla ilgili, Adalet Bakanı'nın yıllık bir rapor hazırlamasını ve Parlamento Sarayı'nın raporun tamamlanması öncesindeki her 15 oturum günü içerisinde raporun kopyasının hazırlanmasını gerektirir. Rapor başlangıç ve devam eden PDO'ların düzenlenme sayısını, her kişinin ne kadar süre için tutuklandığını ve bu konuda Kamu Denetçiliği'ne herhangi bir şikayette bulunulup bulunulmadığını düzenlemelidir⁷¹.

E. Şehir ve Eyalet PDO'ları

Her şehir ve eyalet toplamda 14 güne kadarlık bir süre için PDO kapsamında kişilerin daha fazla tutulmasına imkan tanıyan kanunlar çıkarmaktadır⁷². Bu uzatılmış tutma süresi şehir ve eyalet düzeyinde değil, federal düzeyde uygulanan Anayasa kapsamındaki yargısal gücün sert ayrımıyla bağdaşmayacak idareye dayanan daha uzun süre endişeleri yüzünden, Eyalet Parlamentosu'ndan ziyade, bu yargı yetkileriyle sağlanmaktadır.

Şehir ve eyalet kapsamındaki PDO'ların düzenlenme gerekçeleri, pek çok açıdan uygulanmalarının yanı sıra, Ceza Kanunu'nun 105'inci bölümü hükümleriyle aynıdır⁷³. Dolayısıyla, bir PDO'ya konu olduğunda, özellikle PDO veya onların

⁶⁸ Ceza Kanunu s 105.51(5)-(7).

⁶⁹ Ceza Kanunu s 105.51(5).

⁷⁰ Ceza Kanunu s 105.51(4).

⁷¹ Ceza Kanunu s 105.47(2).

⁷² 2006 Terör (Olağanüstü Geçici Yetkiler) Kanunu (ACT) pt 2 ('ACT Act'); 2002 Terör (Polis Yetkileri) Kanunu (NSW) pt 2A ('NSW Act'); 2003 Terör (Acil Yetkiler) Kanunu (NT) pt 2B ('NT Act'); 2005 Terör (Önleyici Tutma) Kanunu (Qld) ('Qld Act'); 2005 Terör (Önleyici Tutma) Kanunu (SA) ('SA Act'); 2005 Terör (Önleyici Tutma) Kanunu (Tas) ('Tas Act'); 2003 Terör (Toplumun Korunması) Kanunu (Vic) pt 2A ('Vic Act'); 2006 Terör (Önleyici Tutma) Kanunu (WA) ('WA Act').

⁷³ ACT Act s 18; NSW Act s 26D; NT Act s 21E; Qld Act s 8; SA Act s 6; Tas Act s 5; Vic Act s 13C; WA Act s 9'da düzenleme gerekçeleri bulunabilir. Sorgulamaya ilişkin sınırlamalar ACT Act s 58; NSW Act s 26ZK; NT Act s 21ZP; Qld Act s 53; SA Act s 42; Tas Act s 39; Vic Act s 13ZK; WA Act s 47'da bulunabilir.

işleyişiyle ilgili olarak şikayette bulunmak ve mahkemeden bir çare aramak için (iletişim kurma yasağı kararıyla avukat seçilmesi kısıtlanabilmesine rağmen)⁷⁴ tutuklanan kişi bir avukatla iletişim kurma hakkına sahiptir⁷⁵.

Öte yandan şehir ve eyalet düzenleri arasında farklılık vardır. Örneğin Queensland Eyaleti kanunları, Ceza Kanunu'nda yer alan benzer bir işleyişle PDO'ların düzenlenmesini sağlar. 24 saate kadar tutuklanmaya imkan sağlayan 'acil' ve 'geçici' PDO'lar üst polis memurları tarafından düzenlenebilir⁷⁶. 14 güne kadar tutuklanmaya imkan sağlayan PDO'lar⁷⁷ ise hakimler veya emekli hakimler tarafından düzenlenebilir⁷⁸. Nihai PDO açısından tutuklu düzenleme makamına müracaat etme hakkına sahiptir⁷⁹ ve Kamu Yararı Gözetleme Kurulu işleyişin tüm aşamaları hakkında bilgilendirilmektedir⁸⁰. Öte yandan, New South Wales Eyaleti'nde, Yüksek Mahkeme tarafından potansiyel tutukluya bildirim yapılmadan tek taraflı işlemlerle 48 saate kadar geçici bir emir düzenlenebilir⁸¹. Avusturalia Capital Territory Eyaleti düzeni önemli bir ek güvence içerir. PDO için başvuran kişi bunun 'terör eylemini engellemenin en az kısıtlayıcı yolu' olduğunu ya da 'delillerin korunmasının tek etkili yolu' olduğunu göstermelidir⁸².

V. DÜZENLENEN PDO'LARIN KULLANIMI

PDO'lar 2005 yılında Avustralya'da yürürlüğe girdi. Rejim 18 Eylül 2014 tarihine kadar uygulanmamışken, Sydney'deki büyük ölçekli anti-terör baskınlarının ardından, PDO'lar New South Wales Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından isimsiz üç kişi hakkında düzenlendi. Bu kişiler ertesi gün salıverildi⁸³. Yıllarca başvurulmadıktan sonra rejimin kullanılması gerektiğinin neden düşünülmediği ya da PDO'nun kullanılması için gerekli özel koşulların ne olduğu konusunda artık

⁷⁴ Bakınız, örneğin, *Qld Act s 58; SA Act s 37; Tas Act s 34; WA Act s 43*.

⁷⁵ Bakınız, örneğin, *Qld Act s 48(2); SA Act s 29(2); Tas Act s 26(3); WA Act s 57*.

⁷⁶ *Qld Act s 7(1)*.

⁷⁷ *Qld Act s 12(2)*. Bu sınırlama, her karşılıklı şehir ve eyalet önleyici tutma emri kanunu kapsamında, aynı temelde (yani aynı terör eylemi ile ilgili olarak) düzenlenen 14 günlük bir tutma süresinin kapsamaktadır.

⁷⁸ *Qld Act s 7*.

⁷⁹ *Qld Act s 23*.

⁸⁰ *Qld Act s 24*.

⁸¹ *NSW Act ss 26H, 26L*.

⁸² *ACT Act s 18*.

⁸³ Avustralya Federal Polisi, 'Appleby Operasyon Sayılarının Açıklığa Kavuşturulması' (Medya Raporu, 20 Eylül 2014). Ayrıca bakınız. Paul Farrell, 'Police Listened to Lawyer-Client Phone Call after Sydney Counter-Terrorism Raid', *The Guardian* (online), 24 Kasım 2014 <<http://www.theguardian.com/australia-news/2014/nov/24/police-listened-lawyer-client-phone-call-terrorism-raid>>.

belirlenebilecek bir şey kalmamıştır. Bunun nedeni ise, PDO düzenlenmesi kararının, tarafların isimleri, AFP'nin dayandığı deliller ve PDO'ların neden düzenlendiğinin gerekçelerini içeren emirleri her açıdan kapsayan Yüksek Mahkeme kararına bağlı olmasıydı. Emir o kadar geniş kapsamlıydı ki, bunu açıklayan Yüksek Mahkeme sözcüsünün ismi bile yayımlanamadı.

Yayımlanmayan emirler bir sona erme tarihine sahip değildir ve sonuç olarak mahkeme yürürlükten kaldırmaya ilişkin bir karar vermedikçe süresiz olarak yürürlükte kalacaktır⁸⁴. Anzak Günü kutlamalarının engellenmesi için plan yapıldığı iddiasına ilişkin olarak 18 Nisan 2015 tarihinde Victoria Yüksek Mahkemesi tarafından ileri düzeyde bir PDO düzenleneceği konusunda daha fazla bilgi yayıldı. Bu emir yalnızca bir terör saldırısının planlanmasıyla ilgili olarak derhal gözaltına alınmış ve suçlanmış olup, PDO uygulamasından salıverilen 18 yaşındaki Harun Causevic'e karşı çıkarılmıştı.

18 Eylül 2014 tarihinden önce PDO düzenlenmesi konusunda yapılan bir başvuru bulunmamaktaydı. Hükümet, PDO'lar dikkatli bir şekilde kullanılacak sıra dışı tedbirler oldukları için, bunun rejimin siyasi niyetini yansıttığını belirtti⁸⁵. AFP de, gerçekleşmesi muhtemel tehditleri kolay bir şekilde önlemek için eyleme girişebilmesini garanti etmek amacıyla, önleyici tutma emirlerinden faydalanmaya devam etmenin son çarenin önemli bir eylemsel karşılığı olduğunu iddia ederek, kullanımı eksik olmasına rağmen düzenin öneminin devam ettiğini desteklemiştir⁸⁶.

Avustralya Hükümeti ve AFP'nin görüşleri, her ikisi de bölüm 105'in yürürlükten kaldırılması gerektiğini tavsiye eden 2013 COAG Değerlendirme Kurulu ve 2012 INSLM Raporu bulgularına aykırı düşmektedir⁸⁷. COAG Değerlendirme Kurulu, aynı zamanda, tamamlayıcı şehir ve eyalet mevzuatının yürürlükten kaldırılmasını tavsiye ederek, daha ileriye gitmiştir⁸⁸.

Yürürlükten kaldırılma tavsiyeleri, PDO rejiminin çok sayıdaki sorun yüzünden 'ölü hukuk' olduğu görüşündeki NSW Kamu Denetçiliği'nin⁸⁹ yanı sıra, bunu

⁸⁴ Paul Farrell, 'Indefinite Ban on Reporting of Counter-Terrorism Preventive Detention Order', *The Guardian* (online), 23 Eylül 2014 <<http://www.theguardian.com/world/2014/sep/23/indefinite-ban-reporting-counter-terrorism-preventative-detention-order>>.

⁸⁵ Gözden Geçirilmiş Açıklayıcı Bildiri, Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliği (Yabancı Savaşçılar) 2014 Kanun Tasarısı (Cth) 138.

⁸⁶ İstihbarat ve Güvenlik Parlamento Karma Komisyonu AFP, Bildiri No 36, Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliği (Yabancı Savaşçılar) 2014 Kanun Tasarısı, Ekim 2014, 2.

⁸⁷ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 67; *COAG Değerlendirme Kurulu*, yukarıda n 4, 68.

⁸⁸ *COAG Değerlendirme Kurulu*, yukarıda n 4, 68.

⁸⁹ NSW Kamu Denetçiliği, '2002 Terör (Polis Yetkileri) Kanunu'nun 2A ve 3'üncü Bölümlerinin

eleştirenlerin de görüşünü yansıtmaktadır. Bu sorunlardan birisi de, böyle bir emrin uygulanmasında yüksek ve bu yüzden de kullanışsız olan eşiklerin bulunmasıydı⁹⁰. PDO'lar aynı zamanda uygulamayı da göz ardı etti, çünkü terör şüphelilerinin tutulmasını sağlayan işlevsel olarak daha etkili başka yollar mevcuttu. Esasen INSLM gözaltı, suçlama ve tutuklama yoluyla ciddi suçların önlenmesi ve soruşturulması konusunda geleneksel ceza yargılamasının terörle mücadele bakımından uygun olmadığını veya gerekli donanıma sahip olmadığını kanıtlayan materyal ve argüman bulunmadığını kanıtladı⁹¹.

Ek olarak, belli usuli kurallar -PDO'lar tarafından etkilenen kişiler için sıkı güvence işlevi görme niyetinde olan- PDO'lar uygulandığında polis yetkililerinin ceza yaptırımlarına maruz kalındığı endişelerine yol açmaktadır⁹². Bu uygulanabilir ve usuli kısıtlamalar emniyet görevlilerinin (NSW Terörizme Karşı Polis Gücü ve Özel Taktikler Komutanlığı'nı içeren) rejimin 'kullanışsız', 'elverişsiz' ve 'işlevsel olarak kullanılması zor' olduğu sonucuna varmalarına neden olmaktadır⁹³. Benzer şekilde, Güney Avustralya Hükümeti ve Polisi, mevcut hukuki yaptırım yetkililerinin 'önleyici tutma mevzuatının ilerisinde kullanılacağı'nın neredeyse kesin olduğunu' belirten COAG Değerlendirme Kurulu'nu haklı çıkardı⁹⁴. Onlar PDO rejimini 'karmaşık', 'sınırlayıcı' ve 'mevcut haliyle kullanışsız' olarak tanımladı⁹⁵. PDO rejiminin uygulanmasının önündeki bu engellerin en önemlisi aşağıda daha detaylı olarak incelenmektedir.

A. Eşikler

PDO başvurusu ve düzenlemesi için, geride kalan 28 gün içerisinde bir terör eyleminin meydana gelmiş olması ya da bir terör eyleminin gelecek 14 gün içe-

Gözden Geçirilmesi', (Gözden Geçirme, Ağustos 2011) 33 ('NSW Kamu Denetçiliği Dergisi 2011'). Ancak bakınız NSW Kamu Denetçiliği, 'Önleyici Tutma ve Gizli Arama Emirleri: 2002 Terör (Polis Yetkilileri) Kanunu'nun 2A ve 3'üncü Bölümlerinin Gözden Geçirilmesi', (Gözden Geçirme, Eylül 2014) 31 ('NSW Kamu Denetçiliği Dergisi 2014').

⁹⁰ INSLM Raporu, yukarıda n 5, 45 vd.; COAG Değerlendirme Kurulu, yukarıda n 4, 64.

⁹¹ INSLM Raporu, yukarıda n 5, 52.

⁹² NSW Kamu Denetçiliği Dergisi 2011, yukarıda n 89, 28. Ayrıca bakınız NSW Act ss 26Y, 26Z, 26ZC, 26ZK, 26ZL, 26ZM.

⁹³ Terörizme Karşı Ulusal Komite Sekreteryasından Yazışmalar, 25 Kasım 2010, NSW Kamu Denetçiliği Dergisi 2011'den alıntı, yukarıda n 89, 29. Yine de NSW Emniyet Müdürlüğü 'gidERICİ önleyici tutma yetkileri, bir terör saldırısı şüphelisini önleme kabiliyetine sahip hukuki yaptırımlarda bir aralık yaratacaktır. ... Hal böyleyken, bu hükümlerin verimliliğini geliştirme sahası bulunduğu halde, anılan mevzuatın yürürlükten kaldırılması düşüncesizlik olacaktır' görüşündedir: NSW Kamu Denetçiliği Dergisi 2011, yukarıda n 89, 27.

⁹⁴ COAG Değerlendirme Kurulu'na Güney Avustralya Hükümeti Bildirisi, COAG Değerlendirme Kurulu'ndan alıntı, yukarıda n 4, 70.

⁹⁵ Aynı yerde.

risindeki bir dönemde gerçekleşmesinin yakın olması ve beklenmesi gerekmektedir⁹⁶. Gerçekleşmesi yakın olma gereği, PDO başvurusu ve düzenlenmesi için yüksek bir eşik yaratılması amacıyla tasarlanmıştır⁹⁷. Ancak bunun uygulamada ne kadar karşılaşılabilecek bir gereklilik olduğu şüphelidir. Örneğin, INSLM, 'işlevsel olarak bir olayın meydana geleceğini garanti etmenin imkansız olması' nedeniyle, bu hükümlerin PDO rejiminin etkililiğini sınırladığını ileri sürmektedir. Bir polis yetkilisi, olaya herhangi bir şekilde müdahale etmeksizin bir terör eyleminin 14 gün içinde meydana gelmesi konusundaki beklentiyi basit bir şekilde onaylayamaz⁹⁸. AFP de benzer bir endişeyi dile getirmektedir.

Bir terör eyleminin gerçekleşmesinin muhtemel olduğuna ilişkin güvenilir istihbarata rağmen, eylemin hangi zaman diliminde gerçekleşebileceğini kesin olarak öngörebilmek özellikle zorlu olabilir. 14 gün içerisinde meydana gelmesi beklenen terör eylemine ilişkin AFP tarafından sunulan deliller konusunda mahkemenin ne düşünebileceği açık değildir⁹⁹.

PDO rejiminin birçok yönü gibi, ne bu eşik neden uygulamaya konulduğu, ne de bu özel zaman dilimlerinin neden seçildiği açıktır. INSLM'ye sunulan delilde, Federal Başsavcılık Birimi, 14 günlük zaman diliminin oldukça keyfi olduğunu, ancak rejimin cezalandırıcı değil, önleyici olmasını garanti etmenin bir zorunluluğu içerdiğini belirtti¹⁰⁰. 18 Eylül 2014 tarihinde düzenlenen PDO'ların bu eşikleri karşıladığı ileri sürülmesine rağmen, bu yalnızca gerçekleşmesi mümkün yakınlık eşik gibi nadir durumlarda görülmektedir. Buna rağmen, böyle nadir koşullarda bile, yakınlık gerekliliği, polis yetkililerinin kesin olarak bilemeyecekleri şeyleri onaylamalarını gerektirir.

Gerçekleşmesi yakın bir terör eylemi ile ilgili delillerin korunması amacıyla düzenlenen bir PDO bakımından, delillerin korunmasına bağlı tutuklama makul açıdan gerekli olmalı ve tutuklama süresi de bu amacın gerçekleştirilmesinde zorunluluk arz etmelidir¹⁰¹. Başka bir deyişle, düzenleme makamı, kişinin tutuklanmaması halinde delilin korunamayacağına ilişkin somut bir risk bulunduğu kanaatine varmış olmalıdır¹⁰². Düzenleme makamının, kişinin gelecekteki eylemleri konusunda ikna olmasını hala bir derece gerektirmesine rağmen, bu eşik

⁹⁶ Ceza Kanunu s 105.4(5)-(6).

⁹⁷ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 51; *COAG Değerlendirme Kurulu*, yukarıda n 4, 64.

⁹⁸ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 51.

⁹⁹ AFP INSLM'ye Ek Bildiri, 16 Ağustos 2012, *INSLM Raporu*'ndan alıntı, yukarıda n 5, 51.

¹⁰⁰ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 57.

¹⁰¹ Ceza Kanunu s 105.4(6)-(b)-(c).

¹⁰² *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 52.

yakınlık gerekliliğine nazaran kanaate varmayı daha kolaylaştırmış olacaktır.

B. Suçlama Öncesi Tutuklama ve Gözaltına Alma Yetkileri

2005 Anti-Terör Değişikliği (No 2) Parlamento'da kabul edildiğinde, gözaltına alma, suçlama ve tutuklama gibi ceza yargılaması araçlarının neden yetersiz olarak düşünüldükleri konusunda bir açıklama bulunmamaktaydı. Aslında INSLM, bu yöntemlerin terör şüphelilerinin soruşturulması ve kovuşturulması için yeterli olmadığını ortaya koyamadı¹⁰³. PDO'ya en açık alternatif, 1914 Suç Kanunu'nun 1C bölümünde yer alan suçlama öncesi tutuklamadır. Suçlama öncesi tutuklama, AFP'ye bir şüphelinin sorgulanması amacıyla 24 saate kadar tutuklanması konusunda imkan tanımaktadır. Bu, fiili tutuklama süresini bir haftadan daha fazla uzatabildiğinden dolayı, bir dizi idari sebepler için 24 saatlik sınırı dışında bırakabilen herhangi bir 'ölü zaman' içermemektedir¹⁰⁴.

Genel gözaltı yetkisi bakımından, polis, gözaltına alma amacı için yeterli olan makul bir şüphe olarak, o anda suçlamaları kanıtlamak için delile ihtiyaç duymaz¹⁰⁵. Bu yüzden INSLM şu sonuca varmaktadır:

PDO için bir kişinin karşılaştığı eşik gerekliliklerinin makul açıdan şüphe nedeni oluşturabileceği bir gerçeklik varsa, o zaman kişinin terör saldırısıyla bağlantısı olduğu kanaatini uyandıran bu ihtimallerin tamamı gerçek olabilir ve gözaltı için uygunluk arz eder¹⁰⁶.

Bunun ışığında, ne kadar dar bir şekilde yorumlansa bile, AFP'nin terör eylemlerini önleme kabiliyetlerini arttıran yüksek eşikleriyle PDO rejimi yeterince açık değildir. Geleneksel gözaltı yetkisi yoluyla bir kişinin tutulması, geleneksel ceza yargılaması sürecinin dışında kalan önlemlere başvurmaya ihtiyaç duyulmaksızın, PDO rejiminde olduğu gibi aynı önleyici amaca ulaşılabilir.

Ek olarak, gözaltı, tek bir polis yetkilisi tarafından büyük bir rahatlıkla ve resmi evrak işleri veya onaylamalara ihtiyaç duymaksızın düzenlenebilirken, bir PDO için başvuru yapma ve bunun düzenlenmesi prosedürü, karmaşık bir meşru rejim içerisinde, zaman alıcı bir faaliyettir. INSLM, AFP yetkililerinin "gerçek ve pratik anlamda" bir kişiyi gözaltına alma yetkisinin, gerçekleşmesi yakın terör tehditlerinin üstesinden gelinmesinde, karmaşık ve zaman alıcı bir PDO sürecinden daha yeterli ve etkili bir süreç olduğu' hususunu güçlü bir şe-

¹⁰³ Aynı yerde.

¹⁰⁴ 1914 Ceza Kanunu (Cth) ss 23DB, 23DD.

¹⁰⁵ 1914 Ceza Kanunu (Cth) ss 3W, 3WA.

¹⁰⁶ *INSLM Raporu*, yukarıda n 5, 55.

kilde ileri sürdükleri gizli bir oturumdaki tartışmaya gönderme yaptı¹⁰⁷.

C. Sorgulama Yasağı

Bir polis yetkilisinin PDO kapsamında tutuklanan bir kişiyi sorgulaması açıkça yasaklanmıştır¹⁰⁸. Tutuklanan kişi işbirliği yapılması veya bir terör eyleminin önlenmesine yardım edebilecek bilginin sağlanması konusunda istekli olsa bile, bu uygulama tamamen yasaktır. Bu yasak hem federal, hem şehir, hem de eyalet PDO'ları kanunlarında mevcuttur. Bu yasak bulunmaktaydı, çünkü hükümet, PDO'ların, şüphelilerin sorgulanması için uygun bir araç olmadığına ve daha uygun alternatiflerin mevcut olduğuna inanmaktaydı.

Bu uygulamanın mantığı, tutuklamanın başlı başına sorulara verilen cevapların güvenilirliğini etkileyebilen bir faktör olmasıdır. Önleyici tutma rejiminin amacının bir terör eylemini önleme ve delillerin korunması olduğu ve polis ve ASIO (Avustralya Güvenlik ve İstihbarat Örgütü)'nun sorgulama süresini terör soruşturmalarındaki sorgulamaları uzatmak amacıyla son zamanlarda değiştirdiği göz önünde bulundurulduğunda, sorgulama için mevcut prosedürlerin kullanılması gerektiği düşüncesi izlenmektedir. Bu prosedürler gözaltındaki kişiler veya korunan şüphelileri içeren kişilerin sorgulanmasıyla ilgili güvenceleri kapsamaktadır¹⁰⁹.

COAG Değerlendirme Kurulu'nun naklettiği gibi, polisin hem federal, hem de şehir düzeyinde sorgulama yapamaması 'işlevsel açıdan yetersiz' olarak nitelendirilmektedir¹¹⁰. Bu yüzden AFP, INSLM'ye müracaat ettiğinde, bir PDO kapsamında tutuklanan kişinin sorgulanmasına izin verilmesini desteklemiştir.

Tutuklama süresince sorgulamaya izin verilmiş olsaydı, bu, bir terör saldırısının doğrudan önlenmesinde polis kaynaklarını daha iyi hale getirebilen önemli bilgileri ortaya çıkarabilir veya kişinin devam eden tutuklanmasının gerekli olup olmadığının belirlenmesinde polise yardımcı olabilirdi (kişilerin yalnızca en kısa zaman dilimi için tutuklanmasını garanti eden). AFP, esas olarak, kamuya yönelik riskleri hafifletmek için karşı önlemler alınmasına imkan sağlamayı amaçlayan gönüllülük esasına göre tutuklanan kişilerin sorgulanmasına izin veren değerlendirmeler yapılabilmesini öngörmektedir¹¹¹.

Sorgulamaya ya da polis ve tutuklu arasında gönüllü bilgi alışverişine imkan

¹⁰⁷ Aynı yerde 56.

¹⁰⁸ Ceza Kanunu s 105.42(1).

¹⁰⁹ Açıklayıcı Bildiri, 2005 Anti-Terör Kanun Tasarısı (No 2) (Cth) 66.

¹¹⁰ COAG Değerlendirme Kurulu, yukarıda n 4, 68.

¹¹¹ INSLM'ye AFP Teklifi, 19 Temmuz 2012, *INSLM Raporu*'ndan alıntı, yukarıda n 5, 58.

tanımak amacıyla PDO rejiminde değişiklik yapılamaz. Suçlunun susma hakkına ve kendi aleyhine tanıklık etmekten korunmasına karşı sorgulama prosedürleri dikkatli bir şekilde dengelenmeye ihtiyaç duymasına rağmen, böyle bir değişiklik pratik açıdan rejimi geliştirebilirdi¹¹². Bu, her halükarda, PDO'lara başvurulmasındaki zorlukların üstesinden gelmeyecek veya var olan gözaltı ve sorgulama yetkileriyle çakışmayacaktı. Bu yüzden, gerçekleşmesi yakın bir terör eylemiyle ilgili şüphe nedenlerinin bulunduğu durumlarda bile, polisin terör şüphelilerinin sorgulanması bağlamında daha yerleşik yöntemleri kullanmaya devam etmesi muhtemel gibi görünmektedir.

VI. SONUÇ

Avustralya'nın PDO rejimi 15 Aralık 2015 sona erme tarihine bağlıydı. Ancak bu tarihe gelmeden önce, düzenin ömrü yaklaşık üç yıl süre için 7 Eylül 2018 tarihine kadar uzatıldı. Bu, Suriye ve Irak'ta yönetilen İslam Devleti örgütü tarafından oluşturulan tehdidin ve özellikle Avustralya'ya dönüp bu çatışmalarda savaşı ve terörizmle uğraşan Avustralya vatandaşlarının oluşturduğu riskin karşılanması ve hafifletilmesinde 'önemli rol' oynayan PDO'lar temelinde doğrulandı¹¹³. Hükümet, 'Emniyet Teşkilatı'nın Avustralya ve Avustralya vatandaşlarını terör eylemlerinden koruması ve bu tehditle savaşması için gereken tüm araçların teminine devam edilmesinin hayati olduğuna' inanmaktadır¹¹⁴.

PDO rejiminin desteklenmesine yönelik bu genel açıklamalar, mevzuatta birçok problem bulunduğunu açıkça yalanlamaktadır. O, aynı zamanda, Avustralya'nın her şeyden önce bu rejim türüne neden ihtiyaç duyduğunu tamamen kabul ettirmede bir kez daha başarısız olmuştur. 2'nci bölümde belirlediğimiz gibi, terörizme karşı Avustralya mevzuatının bu bölümünün neden bir gereklilik olduğuna ilişkin olarak PDO rejiminin kanunlaşma zamanını içeren devlet arşivlerinde herhangi bir kanıt geliştirilmemiştir. Ne mevcut kanunlarda doldurulmaya ihtiyaç varmış gibi tanımlanan bir boşluk, ne de var olan polis yetkileri ile geleneksel ceza usullerinin neden yetersiz olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama bulunmaktadır. Bu gerekçelendirme eksikliği toplum veya parlamento tartışmaları için yeterli fırsat sağlanmaksızın, parlamento kanalıyla aceleye getirilen 2005 Anti-Terör Kanunu (No 2) tarafından sağlanmıştır. Sonuç olarak, düzenin etkililiği ve yararlılığı asla uygun bir şekilde tartışılmamıştır.

¹¹² Aynı yerde.

¹¹³ Gözden Geçirilmiş Açıklayıcı Bildiri, Terörizme Karşı Mevzuat Değişikliği (Yabancı Savaşçılar) 2014 Kanun Tasarısı (Cth), 144.

¹¹⁴ Aynı yerde.

Bunun yanı sıra, diğer ülkelerdeki önleyici tutma mevzuatı analizleri de PDO'lar için bir gerekçe tesis edilmesinde başarısız olmuştur. PDO'lar ile aynı zaman diliminde uygulamaya konulan kontrol emirleri rejimi açıkça Birleşik Krallık mevzuatından örnek alındı. Birleşik Krallık'ta veya karşılaştırılabilir herhangi bir ülkede PDO'lar için var olan böyle bir teamül yoktu. Aslında PDO'ların önleyici tutmanın bilinen hiçbir yapısına uymadığı ve diğer ülkelerdeki tutuklama rejimlerine oranla önemli insan hakları endişelerini daha fazla arttırdığı belirlendi.

Açık bir gerekçenin yokluğunda, PDO rejimi gerekli ve orantılı olarak tanımlanamaz. Hiç değilse, orantılı karşılık, böyle bir amacın yokluğunda ileri sürülemeyecek bir şey olan kanunun kendi amacına uygunluğunu gerektirmektedir. Bu vurgular, özellikle adil yargılanma hakkı ve keyfi tutma uygulamasından muaf tutulma gibi temel insan hakları üzerinde önemli bir etkisi bulunan Avustralya PDO rejiminin en sıkıntılı yönlerinden biridir. Bu düzen, terör konusundaki endişelerin arttığı sırada uygulamaya konulmuştur, ancak polisin topluma yönelik tehditlerle mücadele etmesi için uygun yetkilerle donatılmasından ziyade, daha çok Avustralya hükümetinin teröre 'katı' bir karşılık verildiğini göstermek için, üzerinde çok düşünülmeden tasarlanan bir yasal düzenin tüm unsurlarını taşımaktadır.

Bu gerekçelendirme problemlerine ek olarak, PDO rejimi verimlilik eksikliğinden de sıkıntı çekmektedir. PDO'ya başvurulmasındaki bu eşikler yüksek ve elverişsiz olabilir, ancak terör şüphelilerinin tutuklanması için polis yetkililerine etkin ve daha etkili yollar sunan başka düzenler bulunmaktadır. Söz konusu diğer düzenler, yalnızca ceza soruşturması sürecinde değil, aynı zamanda terör saldırılarının önlenmesinde kullanılacak tutuklulardan sorgulama ve başka yollarla istihbarat sağlanmasına imkan tanımaktadır. Sorgulama yasağı –veya PDO rejiminde gönüllü bilgi paylaşımı- polisin böyle bir düzen konusunda isteksiz olmasının temel bir nedenidir. Bu konular PDO rejiminin varlığının ilk dokuz yılının tamamı boyunca neden kullanılmadığını ve yalnızca 18 Eylül 2014 tarihinde ilk kez kullanıldığını açıklamaktadır.

PDO rejiminin bir önlem olarak Federal Parlamento'da kanunlaşmasına ilişkin bu göstergeler, toplumun terörizmden korunması için gereken kanunların temel bir bileşeni olmasının tam tersini göstermektedir. Aslında PDO rejimi, bulunması için belli bir amacın olmadığı ve pratik açıdan az oranda başvurulduğu halde, temel özgürlükler bakımından oldukça elverişsizdir. Yürürlükten kaldırılmalıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ BÜYÜK DAİRESİNİN

X. / LETONYA KARARI*

Çeviren: Tuğrul UZUN**

ÖZET

Çocuğa ilişkin olarak alınacak kararlarda çocuğun yüksek menfaati önceliklidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin birbirleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ulusal mahkemelere, çocuğun iadesine ilişkin bir talebi incelerken özel bir usuli yükümlülük yüklemektedir. Buna göre, mahkeme yalnızca çocuğun iadesi halinde oluşacak "ağır risk" in var olup olmadığı incelemekle yetinmemeli aynı zamanda durumun kendine özgü koşullarını da dikkate almalı ve buna göre karar vermeli, "bütün aile durumunu" incelemelidir. Âkit devletler, gerek ulusal, gerekse uluslararası bir hükmün uygulanması nedeniyle olsun, bütün eylem ve ihmallerinden sorumludur.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çocuk Kaçırma, İadenin Reddi Sebepleri, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi Arasındaki İlişki, Çocuğun Yüksek / Üstün Menfaati, Çocuk ve Ailenin Durumunun Derinlemesine Analizi.

X / Letonya Kararında,

Dean Spielman (Başkan)

Nicolas Bratza,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Nina Vajic,

Khanlar Hajiyev,

Danutė Jocienė,

Ján Sikuta,

Paivi Hirvela,

* Avrupa İnsan Hakları Büyük Dairesinin bu kararı İngilizce metninden çevrilmiştir.

** Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi tugrul.uzun@adalet.gov.tr

George Nicolaou,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojsa Vucinic,
Angelika Nubberger,
Julia Laffranque,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Linos-Alexandre Sicilianos, (Hâkimler) ve

Michael O'Boyle'dan (Yazışleri Müdürü Yardımcısı) oluşan Avrupa İnsan Hakları Büyük Dairesi, 10 Ekim 2012 ve 25 Eylül 2013 tarihlerinde kapalı oturumda toplanarak, belirtilen son tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

USÛL

1. Davanın temelinde, Letonya vatandaşı Bayan X'in, ("Başvuran") 8 Mayıs 2009 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. Maddesi uyarınca Letonya Cumhuriyeti'ne karşı yapmış olduğu başvuru (No: 27583/09) bulunmaktadır. Büyük Daire Başkanı, kendi takdiriyle, başvuranın kimliğinin gizli tutulmasını onaylamıştır. (Mahkeme İctüzüğü 47/3).

2. Başvuran, Riga'da görev yapan bir avukat olan R. Strauss, Letonya hükûmeti ise ("Hükûmet") temsilcileri K. Lice tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, Letonya mahkemeleri tarafından, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması sonucu kızının Avustralya'ya iadesine ilişkin verilen karar dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. Maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkında yönelik bir ihlalin mağduru olduğunu iddia etmektedir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin 3. Dairesi'ne tevdi edilmiştir (İctüzük Madde52/1). *Başkan* Tjosep Casadevall, Hâkimler Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulmyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis Lòpez Guerra ve Kristina Pardalos ve Daire Kâtibi Santiago Quesada'dan oluşan Daire, 15 Kasım 2011 tarihinde, başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve bir karar vermiştir ve oyçokluğuyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Hâkimler Egbert Myjer ve Lopez Guerra'nın muhalefet şerhleri 13 Aralık 2011 tarihinde açıklanan karara eklenmiştir.

5. 13 Mart 2012 tarihinde Hükûmet, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire'ye tevdiini talep etmiş, bu talep Büyük Daire kurulu tarafından 4 Haziran 2012 tarihinde kabul edilmiştir.

6. Büyük Daire Sözleşme'nin 26. maddesinin 4. Paragrafı ve İttüzüğün 24. maddesine göre teşekkül etmiştir. Nihai müzakerelerde, Nicolas Bratza ve Nina Vajic, Sözleşme'nin 23/3 ve İttüzüğün 24/4 maddeleri uyarınca, görev sürelerinin bitmesinden sonra da yer almaya etmişlerdir.

7. Başvuran ve hükûmet yazılı olarak ek bayanlarını sunmuşlardır (Madde 59/1). Ayrıca, Başkan tarafından yazılı usûle müdahil olmaları uygun bulunan Finlandiya ve Çek Hükûmetleri ile "Reunite International Child Abduction Centre" isimli sivil toplum kuruluşunun da üçüncü taraf olarak yorumları alınmıştır (Sözleşme madde 36/2, İttüzük madde. 44/3).

8. 10 Ekim 2012 tarihinde Strazburg'da İnsan Hakları Binasında kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (Madde 59/3).

Mahkemeye;

- *Hükûmeti temsilen*

K. Lice *temsilci*, I.Reine *avukat*, A.Rutka –Kriskalne ise *danışman* olarak katılmış; *başvurayı temsilen de* Raoberts Strauss *avukat*, olarak katılmıştır. Mahkeme Sn. K.Lice ve Sn. Strauss'un beyanlarını dinlemiştir.

OLAYLAR

1. DAVANIN KOŞULLARI

9. Başvuran, 1974'te Avustralya'da doğmuş ve halen bu ülkede yaşamaktadır. Letonya vatandaşlığına sahip olan başvuran, 2007 yılında aynı zamanda Avustralya vatandaşlığını da almıştır.

10. Başvuran, 2004 yılında T. ile tanışmasının ardından, o tarihte evli olduğu ve daha sonra 24 Kasım 2005 tarihinde boşandığı R.L ile evli olmasına rağmen, aralarında gelişen ilişki sonucu yılsonuna doğru T'nin dairesine taşınmıştır.

11. 9 Şubat 2005 tarihinde kızı E. dünyaya gelmiştir. Çocuğun doğum sertifikasında babanın ismi bulunmamaktadır ve herhangi bir babalık testi de yapılmamıştır. Halen T. ile yaşamakta olan başvuran, bunun ardından tek ebeveyn yardımı almaya başlamıştır. İlişkilerindeki bozulmaya rağmen T ile yaşamaya devam etmiştir.

12. 17 Temmuz 2008 tarihinde Başvuran üç yıl yedi aylık kızı ile birlikte Avustralya'dan Letonya'ya gitmiştir.

A. Avustralya'daki Süreç

13. 19 Ağustos 2008 tarihinde T, çocuğu ile ilgili babalık haklarının tesisi için

Avustralya'daki Aile Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yeminli ifadesinde, iddiasına dayanak olarak başvuran ile 2004 yılından beri ilişki içerisinde olduğunu, başvuranın her zaman çocuğun babasının kendisi olduğunu söylediğini; başvuran ile yaptığı kira sözleşmesinin gerçeği yansıtmadığını ve ortak kararları olduğunu, kendisinin, başvuranın tek ebeveyn yardımından yararlanabilmesi için sosyal güvenlik hizmetlerine yalan beyanda bulunduğunu beyan etmiştir. T, başvuranın Avustralya'yı çocuk ile birlikte kendi rızası olmadan Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesini ihlal eder şekilde terk ettiğini ve Letonya'da adresi bilinmeyen bir yere gittiğini ileri sürmüştür. Bu iddiasına destek olarak, ailesinin üyeleri ile yaptığı bir elektronik posta yazışmasını sunmuştur.

14. Başvuran, açıkça duruşmada hazır bulunması veya telefon ile katılması için değişik şekillerde çağrıldığı halde hazır bulunmamıştır.

15. 6 Kasım 2008 tarihli karar ile Avustralya Aile Mahkemesi T'nin E'ye ilişkin babalık haklarını tanımış ve T'nin çocuğun doğumundan itibaren ortak velayet hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Hâkim, çocuğun Avustralya'ya dönmesi halinde davanın incelenmesine devam edileceğini belirtmiş ve aşağıdaki ifadeyi kullanmıştır:

“...bununla birlikte, çocuğun Letonya'da bulunmasının haksız bir götürme ve alıkoymanın sonucu olup olmadığını belirlemek yetkisi bana ait değildir. Tüm saygımla, bu mesele hakkında karar vermek, Letonya Hâkimine aittir.”

16. Başvuran karara karşı temyiz yoluna gitmemiştir.

B. Letonya'daki Süreç

17. 22 Eylül 2008 tarihinde, Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında Letonya merkezi makamı görevini üstlenen Çocuk ve Aile İşleri Bakanlığı, Avustralya'daki ilgili makamdan, T'nin bu uluslararası sözleşme uyarınca çocuğunun Avustralya'ya dönmelerini talep ettiği bir başvuru almıştır. İade talebine, Avustralya hukukunu ortaya koyan ve babalık hususunu etkilemeksizin, çocuğun Avustralya'da kaçırıldığı tarihte T'nin çocuk üzerinde Lahey Sözleşmesi'nin 5. Maddesi bağlamında ortak velayet hakkını kullandığını gösteren yeminli bir ifade eklenmiştir.

18. 19 Kasım 2008 tarihinde, Riga Şehri Yerel Mahkemesi (“Yerel Mahkeme”) talebi T ve başvuran hazır bulunduğu halde incelemiştir.

19. Duruşmada başvuran T'nin talebine itiraz etmiştir. Başvuran, T'nin baba olarak tanınmak için gerekçesi olmadığını, çünkü çocuğun doğumu esnasında halen başka biriyle evli olduğunu ve T'nin, kendisinin Avustralya'dan gitmesin-

den önce hiçbir zaman baba olarak tanınma dileğini ortaya koymadığını ifade etmiş, T'nin bazı zamanlar kendisine karşı düşmanlık ve saldırgan tavırlar sergilediğini iddia ederek buna ilişkin olarak Avustralya'da kendilerini ziyarete gelenlerin tanık olarak çağrılmalarını talep etmiştir. Başvuran ayrıca, T'nin yalnızca Avustralya'da kendisine karşı başlatıldığı iddia edilen cezai soruşturmada faydalanmak amacıyla süreç başlattığını iddia etmiştir.

20. Riga şehir konseyi tarafından kurulmuş olan, Barintiesia isimli velayet ve vesayet kurumunun temsilcisi, bir yandan, başvuranın çocuğun Avustralya'dan götürülmesi sırasında bekâr bir anne oluşu, diğer yandan da çocuğun Letonya ile bağ kurduğunu ileri sürerek T'nin talebinin reddini talep etmiştir.

21. Yerel Mahkeme, 19 Kasım 2008 tarihli kararı ile T'nin talebini kabul ederek, hiçbir şekilde karardan sonra altı haftayı geçmemek üzere çocuğun Avustralya'ya derhal iadesine karar vermiştir. Gerekçesinde Avustralya mahkemelerinin T'nin ortak velayete sahip olduğuna hükmettiğine değinen mahkeme, ilk olarak Letonya mahkemelerinin ne bu kararı tersine çevirebileceğini ne de Avustralya hukukunu yorumlayıp uygulayabileceğini ifade etmiş, sonra ise Lahey Sözleşmesi'nin 1 ve 14. maddelerinin uygulanmasında Letonya mahkemelerinin T'nin çocuk üzerindeki ebeveyn sorumluluğu üzerinde karar verme yetkisine sahip olmadığını, yalnızca çocuğun Avustralya'dan kaçırılması ve dönme ihtimali üzerinde karar verebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, çocuğun götürülmesinin haksız olduğunu ve T'nin rızası dışında gerçekleştiğini göz önüne almıştır. Lahey Sözleşmesinin 13. maddesine gelince, yerel mahkeme, resimler ve T'nin akrabaları ile başvuran arasındaki elektronik posta yazışmaları ışığında, T'nin çocuğa Letonya'ya gitmesinden önceki dönemde özen gösterdiğini, bir yandan taraflar arasındaki kavgalara ve T'nin başvuran ve çocuğa karşı kolay öfkelenir tavırlarının varlığına ilişkin tanık ifadelerini not ederken, diğer yandan bu durumun T'nin çocuğa bakmadığı sonucuna ulaşmasını sağlamadığını kabul etmiştir. Son olarak, mahkeme çocuğun iadesinin psikolojik zarara yol açacağı şeklindeki iddiayı temelsiz bularak reddetmiştir.

22. Başvuran, Avustralya'yı terk ettikleri sırada çocuğun hukuken ve fiili olarak tek velisi olduğunu ve kızının Avustralya'ya iadesinin çocuğu psikolojik tahribata maruz bırakacağını iddia ederek karara itiraz etmiştir. Belirttiği ikinci hususa dayanak olarak, ilk derece mahkemesinin kararının ardından kendi talebi üzerine bir psikolog tarafından düzenlenen bir belge sunmuştur. E'nin 16 Aralık 2008 tarihli incelenmesine dayanan bu belge aşağıdakileri ifade etmektedir.

“Her ne kadar, incelenmesinden dil ve bilgi anlamında gelişiminin düzgün

olduğu açıkça ortaya çıksa da çocuk, yaşı hesaplandığında hangi yerleşim yerini tercih ettiğini söyleme yetisine sahip değildir... Çocuğun yaşı ve bu yaşı bakımından da gayet normal olduğu üzere annesi ile sıkı duygusal bağları akılda tutulduğunda, onun duygusal iyiliği temel olarak [başvuranın] psikolojik dengesine dayalı ve sıkıca bağlıdır... Çocuk, annesinin her gün yanında olmasına ve sürekli olarak onunla aynı yerde yaşamaya ihtiyaç duymaktadır. Üç yıl on aylık yaşı dikkate alındığında, annesinden doğrudan ayrılması ihtimali ekarte edilmelidir, diğer türlü çocuk muhtemelen güvenlik ve kendine güven duyguları etkilenmek suretiyle psikolojik travmaya maruz kalabilecektir.”

23. Başvuran, itirazında ayrıca Letonya dilinin çocuğun ana dili olduğunu, Letonya’da okul öncesi aktivitelere katıldığını, Avustralya ile hiçbir bağının olmadığını ve annesinin varlığına ihtiyaç duyduğunu savunmuş, T’nin kendilerine maddi anlamda hiçbir yardımda bulunmadığını ve kötü davrandığını iddia etmiştir. Alt derece mahkemesini, T’nin suç profili, önceki mahkûmiyetleri ve kendisine yöneltilen yolsuzluk suçlamaları hakkında Avustralya makamlarından bilgi istemediği için eleştiren anne, ayrıca Avustralya’ya dönmesi halinde işsiz kalacağı ve gelirin olmayacağını iddia ederek yerel mahkemeyi iade halinde gerekli koruyucu tedbirlerini sağlamadığı için de eleştirmektedir.

24. Yerel mahkeme, başvuranın talebi üzerine 6 Ocak 2009 tarihinde, çocuğun iadesi yönündeki 19 Kasım 2008 tarihli kararın icrasının temyiz prosedürünün tamamlanması için ertelenmesine karar vermiştir. Lahey Sözleşmesi’nin önsözüne dayanan mahkeme, çocuğun üstün menfaatinin, derhal yapılacak bir iadede öncelikli olduğunu, çocuğun annesine bağlı olduğunu ve başvuran tarafından sunulan psikolojik rapora göre annesi ile bağının ani bir şekilde koparılmasının onu sarsıntıya uğratacağını kabul etmiştir.

25. Riga Bölge Mahkemesi (*Rigas Apgabaltiesa*), başvuran ve T’nin hazır buldukları bir duruşmanın ardından 26 Ocak 2009 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını uygun bulmuş, T’nin talebinin Lahey Sözleşmesi’ne uygun olduğunu, bu sözleşmede yer alan kısa sınırlarını ve Avustralya mahkemesi kararının tanınması için hiçbir formalite ya da analiz yapılmasının gerekmediğini belirterek kabul etmiştir. Buna ek olarak, yerel mahkemenin sunulan ilgili deliller, özellikle mektuplar ve resimler temelinde T’nin çocuğa özen gösterdiğini doğru şekilde tespit ettiğini belirtmiştir. Başvuran ve *Barintiesa*’nın çocuğun Avustralya’ya dönmesi halinde durumunun ne olacağına dair bilgi eksikliğine ilişkin gerekçelerine ilişkin olarak ise şunu ifade etmiştir.

“Yeminli ifadeye göre, Avustralya mevzuatının, diğer hususların yanı sıra, ço-

cukların güvenliği ve aile içinde kötü muameleye karşı korunmalarını sağladığı dikkate alındığında, Avustralya'daki çocuklara sunulan refah seviyesi ve sosyal korumanın kalitesinden şüphe etmek için bir neden bulunmamaktadır.”

26. Başvuranın iddialarına ilişkin olarak mahkeme şu şekilde kabulde bulunmuştur:

“Mahkeme, iddiaları destekleyen, dolaylı nitelikte de olsa hiçbir kanıt ileri sürülemediği için T'nin [kendisine karşı yürütülen ceza soruşturmaları] hapis cezasına mahkûm edildiği iddiasını reddettiği gibi anne ve çocuğuna kötü muamelede bulunduğu iddiasını da kabul etmemektedir.

16 Aralık 2008 tarihli psikolojik değerlendirme de çocuğun talepte bulunan devlete iadesine karşı delil teşkil etmemektedir. Her ne kadar çocuğun annesine ihtiyacı olduğu ve annesi ile bağının aniden koparılması ihtimalinin saf dışı bırakılması gerektiği sonucuna ulaşılmış ise de bu mahkeme önündeki sorun velayet hakkına ilişkin değildir... Lahey Sözleşmesinin 19. maddesine göre, bu sözleşme uyarınca çocuğun iadesine ilişkin verilecek bir karar her hangi bir velayet hakkının esasına ilişkin bir tespit olarak görülmemelidir.

Mahkeme, çocuğun Avustralya'ya dönüşüne ilişkin olarak bir görüş belirtmesine imkân verecek olgunluk seviyesi ya da yaşa ulaşmadığını düşünmektedir.”

27. 5 Şubat 2009 tarihinde, başvurana icra memuru tarafından, çocuğun en geç 19 Şubat 2009 tarihine kadar iadesini emreden karara uyma talimatı verilmiş, başvuran ise uymayı reddetmiştir.

28. Belirli olmayan bir tarihte, Yerel Mahkemeye çocuğun iadesine ilişkin emrin icrası için başvurmuştur. Aynı esnada başvuran tarafından altı-on iki haftalık bir süre için iade kararının icrasının ertelenmesi talebini alan mahkeme, duruşmayı 16 Nisan 2009 tarihine ertelemiştir.

29. 6 Mart 2009 tarihinde, Letonya Merkezi Makamı, T'nin talebi üzerine *Barintiesa*'dan, çocuğun yaşam koşullarını incelemesini ve T'nin, çocuğun görme yönündeki talebini başvurana iletmesini istemiştir.

30. 14 Mart 2009 tarihinde, T, başvuran ve E ile beklenmedik bir şekilde bir alışveriş merkezinin yakınında karşılaşmış, bu durumdan faydalanarak E'yi alarak Talinn'e (Estonya) geçmiş ve Avustralya yolculuğuna başlamıştır. Letonya Merkezi Makamı, Estonya'daki ilgili makamdan aldığı talebe cevaben ve T'nin Helsinki'ye uçmasına izin verme niyetiyle, 16 Mart 2009 tarihinde T'nin kızı ile birlikte Avustralya'ya dönme hakkına ilişkin bilgi sağlamıştır.

31. Bunun ardından başvuran tarafından Letonya Merkezi Makamı'na karşı, icranın ertelenmesine ilişkin talebinin amaçtan yoksun kaldığı gerekçesiyle idari soruşturma açılması amaçlı bir şikâyette bulunulmuş, bu şikâyet reddedilmiştir.

C. Çocuğun Dönüşü Sonrası Avustralya'daki Durum

32. 2009 Eylül'ünde Avustralya mahkemesi velayet hakkına ilişkin önceki bütün kararları ortadan kaldırmış ve T'nin tek başına bu velayet hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Başvurayı, çocuğu ya da T'yi ilgilendiren konularda herhangi bir şekilde kamuya beyanda bulunmaktan men ederken kızını sosyal çalışmacı gözetiminde görebileceğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca başvuranın çocuk ile Letonya dilinde konuşmasını yasaklarken, diğer yandan da çocuğu on bir yaşına ulaşıncaya kadar başvuranın kızının gittiği herhangi bir çocuk bakım kurumu, anaokulu, okul ya da bu kurumlara kızı ile birlikte giden bir ebeveyni herhangi bir şekilde ziyaret etmesini veya iletişim kurmasını yasaklamıştır.

33. Hükûmet, Letonya basınında Ekim 2011'de yayınlanan, başvuranın kız kardeşinin beyanlarını yer aldığı bir habere atıf yaparak, başvuranın Avustralya'ya yaşamak için döndüğünü, kalacak yer bulduğunu ve bir devlet kurumunda çalıştığını belirtmiştir. Ayrıca, kızı ile düzenli olarak bağlantı içinde olduğunu, haftada iki kez bir sosyal merkezde sosyal çalışmacı gözetimi olmadan görebildiğini eklemiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi

34. 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir¹:

35. Elisa Perez tarafından hazırlanan ve Lahey Özel Hukuk Konferansı (HCCH) tarafından 1982 yılında yayımlanan 1980 tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, 1980 Sözleşmesinin temelini oluşturan ilkelere dikkat çekmeyi ve bu sözleşmenin hükümlerine ilişkin uygulayıcılara ayrıntılı yorumlar sağlamayı amaçlamaktadır. Rapordan anlaşıldığına göre, kaçırılan ebeveynin kendi eylemini çocuğun götürüldüğü devlette haklı bir eylem olarak tanınması ihtimalinin önüne geçmek amacıyla Sözleşme, önleyici yönünün yanı sıra, tek taraflı ve haksız bir şekilde değiştirilen durumun tekrar kurulabilmesini müm-

¹ Kararda Sözleşme'nin tamamına yakın bir bölümüne yer verildiği için yer tasarrufu açısından söz konusu maddelerin çeviriler metne eklenmemiştir. Sözleşmenin tamamının Türkçe, İngilizce ve Fransızca metinlerine www.uhdigm.adalet.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

kün kılacak derhal iade kararı aracılığıyla, *status quo*'nun tesisini ayrı bir yere koymaktadır. Velayet hakkı ile uyumluluk, velayet sorununun çocuğun kaçırılmadan önceki mutad mesken devleti mahkemeleri nezdinde tartışılacak olması nedeniyle, neredeyse tamamen Sözleşme'nin kapsamı dışındadır. Lahey Sözleşmesi'nin felsefesi, çocukların gerçek menfaatlerinin yorumlayıcısı olarak hareket etmek niyetini temel alarak, uluslararası kaçırmaların artmasını engellemektir. Bu doğrultuda, önleme amacı ve derhal iade "çocuğun üstün menfaati" kavramına ilişkindir. Bununla birlikte, çocuğun kaçırılmasının, çocuğun kendisinden ya da sıkı bir şekilde bağlı olduğu çevreden kaynaklanabilecek sebeplerle haklı görülebilecek olması nedeniyle, Sözleşme devletlere derhal iadeyi sağlama genel yükümlülüğü ile ilgili bazı istisnalar tanımaktadır (paragraf 25). Çocuğun iadesinin sağlanması, Sözleşme'nin temel ilkesi olduğu için, bunu sağlama yolundaki genel yükümlülüğün istisnaları, bu yükümlülüğün kesin sınırlarını anlamada önemli bir unsur teşkil eder. Meşruiyetlerini üç değişik ilkeden alan bu istisnalar şu şekilde sıralanabilir (paragraf 27). İlk olarak, talepte bulunulan devletin makamları, başvuran kişinin fiili olarak velayet hakkını kullanmadığı veya bu kişinin davranışlarının yeni durumu kabullendiğini gösterdiği durumlarda çocuğun iadesine hükmetmekle yükümlü değildir (paragraf 28). İkinci olarak, 13. maddenin 1b ve 2. fıkraları, açıkça Sözleşme'nin sabit bir içerik verdiği, çocuğun menfaatinin göz önüne alınmasından kaynaklanan istisnaları içermektedir. Böylece, çocuğun yeni çevresindeki istikrara ilişkin yeterli güvence olmadan mutad meskeninden götürülmemesine ilişkin menfaati, önceliği, herhangi bir kişinin fiziksel ya da psikolojik tehlikeye maruz bırakılmama veya katlanılamaz bir duruma sokulmama yönündeki menfaatine vermektedir (paragraf 29). Son olarak, çocuğun iadesinin, 20. madde bağlamında "talepte bulunulan devletin insan haklarının ve temel hürriyetlerin korunmasına ilişkin ilkelerine göre izin verilemeyecek olması" halinde de çocuğun iadesine karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (paragraf 31). Bu istisnaları ortaya koyan açıklayıcı rapor, takdir yetkisinin sınırlarının yargı faaliyetinin içinde olduğuna vurgu yapmaktadır.

36. 2003'te HCCH 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu II. Bölüm'ü yayımlamıştır. Her ne kadar öncelikle yeni âkit devletleri hedef almış ve özellikle yargı makamlarını bağlayıcı etkiden yoksun ise de bu belge birçok tavsiye ve açıklama getirmek suretiyle Sözleşme'nin uygulanmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Kılavuz, tekrar tekrar Sözleşme'nin düzgün yorumlanabilmesi ve anlaşılabilirliği açısından Pérez-Vera Raporu olarak da bilinen Açıklayıcı Raporun önemini vurgulamaktadır (örneğin, bakınız: bölüm 3.3.2: "Dönüşüm Yaklaşımının Etkileri", bölüm 8.1: "Sözleşme Açıklayıcı Raporu: Pérez-Vera Ra-

poru”). Kılavuz diğerlerinin yanı sıra özel olarak, yargısal ve idari makamların iade başvurularını, temyiz de dâhil olmak üzere hızlı bir şekilde işleme gerçekleştirmekle yükümlü olduklarını vurgulamaktadır (Bölüm 1.5 “Hızlı Usûller”). Hızlı usûl hem süratli hem de etkili olarak görülmelidir: Sözleşme kapsamında hızlı bir şekilde karar verilmesi çocuğun üstün menfaatine hizmet etmektedir (bölüm 6.4: Dava Yönetimi). İyi Uygulama Kılavuzu, bazı âkit devletlerde iade kararlarının geç icrası ya da icra edilmemelerinin ciddi endişe kaynağı olduğunu açıklamakta ve taraf devletlere kendi iç hukuklarında çocuğun iadesine yönelik icra işlemleri için basit ve etkin usuller oluşturmalarını tavsiye ederek iadenin yalnızca hükmedilmesinin değil, fiilen gerçekleştirilmesinin gerektiğini not etmektedir (bölüm 6.7 “İcra”).

B. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

37. 20 Kasım 1989 tarihinde imzalanan, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir.

Önsöz

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler:

...

Toplumun temel birimi olan ve tüm üyelerinin ve özellikle çocukların gelişimleri ve esenlikleri için doğal ortam oluşturan ailenin toplum içinde kendisinden beklenen sorumlulukları tam olarak yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesinin zorunluluğuna inanmış olarak,

Çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliğini kabul ederek,...

Aşağıdaki kurallar üzerinde anlaşmaya varmışlardır:

7. Madde

1. Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren ... ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

9. Madde

1. ...Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alacaklardır. ...

14. Madde

1. Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı göstereceklerdir.

2. Taraf Devletler, ana-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı göstereceklerdir.

18. Madde

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerdir.

38. Çocuğun yüksek menfaati kavramı, 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin ikinci ilkesinden kaynaklanmış, 1989'da Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. Maddesi 1. Fıkrasında yeniden ortaya konulmuştur:

“İster kamu isterse özel sektörün bakım kuruluşlarınca, mahkemelerce, idari ya da yasama organları tarafından gerçekleştirilsin, çocukla ilgili bütün eylemlerde çocuğun yüksek menfaati temel düşünce olacaktır.”

39. Erken çocukluk döneminde çocuk haklarının uygulanmasına ilişkin 2005/7 numaralı Genel Yorumunda, Çocuk Hakları Komitesi, taraf devletleri, küçük çocukların bu sözleşmede yer alan bütün haklara sahip olduklarını ve erken çocukluğun bu hakların gerçekleştirilebilmesi için kritik bir dönem olduğunu tanımlarını sağlamayı amaçlamıştır. Çocuğun yüksek menfaati, özel olarak Bölüm 13'te şu şekilde incelenmiştir.

“Çocuğun yüksek menfaati. Madde 3, çocuğu ilgilendiren bütün eylemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli düşünce olması ilkesini ortaya koymaktadır. Küçük yaştaki çocuklar, göreceli olarak daha az olgun olmaları nedeniyle, esenliklerini etkileyecek kararların alınmasında, görüşlerini ve gelişen kapasitelerini göz önüne alarak haklarını ve yüksek menfaatlerini değerlendirecek ve temsil edecek sorumlu makamlara ihtiyaç duyarlar. Yüksek menfaat kavramı, Sözleşme 'de erken çocukluğa ilişkin 9. 18, 20 ve 21. maddeleri dâhil olmak üzere tekrarlar ortaya çıkmaktadır. Yüksek menfaat ilkesi, ebeveynleri ve çocuğun haklarını gerçekleştirmek adına gündelik sorumluluğa sahip diğer kişileri desteklemeye yönelik aktif eylemlere uygulandığı gibi, çocukların haklarının korunması, gelişim, hayatta kalma ve esenliklerinin teşvik edilmesine ilişkin bütün eylemlere de uygulanır.

(a) *Birey çocuğun yüksek menfaati*. Ebeveynler, profesyoneller ve çocukla ilgili sorumluluk sahibi kişiler dâhil olmak üzere, çocuğun sağlığını, eğitimini, bakımını vs. ilgilendiren bütün kararlar, çocuğun yüksek menfaati ilkesini hesaba katmalıdır.

Taraf devletler, küçük yaştaki çocukların bütün yasal prosedürlerde çocuğun menfaatleri için hareket eden kişiler tarafından bireysel olarak temsil edilmeleri ve çocukların kendi görüşlerini ya da tercihlerini ifade etme imkânı olan bütün davalarda dinlenilebilmeleri için düzenlemeler yapmaya çağırılır.

40. Daha kapsamlı bir tartışma için *Neulinger ve Shuruk /İsviçre* ((GC), no: 41615/07 paragraflar 49-55, AİHM 2010/...)

C. Avrupa Birliği Hukuku

41. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ilgili hükümleri şu şekildedir.

Madde 10

Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı

Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve iletişiminde saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Madde 24

Çocuk Hakları

Çocuklar kendi iyilikleri için gerekli olan bakım ve korunma hakkına sahiptir. Görüşlerini serbestçe ifade edebilirler. Bu görüşler, yaşları ve olgunlukları göz önünde tutulmak suretiyle, kendilerini ilgilendiren konularda dikkate alınır.

İster kamu isterse özel sektör kuruluşları tarafından gerçekleştirilsin, çocuğa ilişkin eylemlerde çocuğun yüksek menfaati öncelikli düşünce olmalıdır.

Her çocuk, menfaatine aykırı olmadığı müddetçe, her iki ebeveyniyle düzenli bir şekilde şahsi ilişki ve doğrudan iletişim kurma hakkına sahiptir.

...

42. 27 Kasım 2003 tarihli, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Kararlar-da Yetki, Tanıma ve Tenfize Dair Konsey Tüzüğü (EC no: 2201/2003 – Brüksel II Bis Tüzüğü olarak bilinmektedir) ise şöyledir.

“... ”

(12) Bu Tüzükteki ebeveyn sorumluluğuna ilişkin yargı yetkisinin temelleri

özel olarak yakınlık ölçütü olmak üzere çocuğun yüksek menfaati ışığında şekillenmiştir. Bunun anlamı, çocuğun ikametinin ebeveyn sorumluluğuna ait tarafların anlaşması üzerine değiştiği bazı durumlar dışında, yargılamanın çocuğun mutlak meskeninin olduğu Üye Ülkede gerçekleşmesidir.

(13) Çocuğun menfaatine ilişkin olarak, bu Tüzük tarafından istisnai ve bazı şartlara tâbi olmak kaydıyla yargı yetkisine sahip bir mahkemenin yargılamayı davaya daha iyi bakacak olması halinde başka bir üye devletin mahkemesine aktarmasına izin verilmektedir.

...”

D. İlgili Letonya Hukuku

1. Anayasa

43. Anayasa'nın ilgili hükümleri şunlardır:

Madde 89

“Devlet, Anayasa, kanunlar ve Letonya'yı bağlayıcı nitelikteki uluslararası anlaşmalara uygun olarak temel insan haklarını tanıyacak ve koruyacaktır.

Madde 110

“Devlet, bir erkek ve kadın arasındaki birlik olan evliliği, aileyi, ebeveyn ve çocuk haklarını koruyacaktır. Devlet, engelli, anne baba bakımından yoksun veya şiddete maruz kalmış çocuklara özel destek sağlayacaktır.”

2. Letonya Hukuk Usûlü Kanunu

44. Söz konusu zamanda yürürlükte olduğu şekliyle Letonya Hukuk Usûlü Kanununun 644. bölümü çocukların sınırlardan Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırılmasına dair hususları düzenlemektedir. Buna göre, mahkemeler, *Barintiesā*'nın ve tarafların davet edildiği bir duruşmanın ardından bu tip bir taleple ilgili olarak karar verecektir. Ayrıca, mahkemeler, kendini ifade etme kapasitesine sahip olmayan çocuğun bakış açısını da belirlemek zorundadır.

45. Mahkeme, başvuru hakkında karar verirken kendi takdirıyla istediği delili kullanabilir ve başvurunun yapılmasından itibaren altı hafta karar verilebilmesi sağlamak amacıyla, olguları ortaya koymak için en hızlı yöntemleri ve en uygun usûli araçları kullanabilir.

46. Mahkemenin, çocuğun Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da Letonya'da haksız bir şekilde alıkonulduğunu tespit etmesi ve aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde mahkeme çocuğun ikametinin bulunduğu

devlete iadesine karar verir. Söz konusu koşullar şunlardır:

(1) ilgili kişi ya da kurumun, çocuğun nerede olduğunu tespit etmesinden itibaren başlamak üzere çocuğun Letonya'ya kaçırılması ya da alıkonulmasını takip eden sürenin bir yılı geçmemesi veya

(2) Letonya'ya kaçırılması veya alıkonulmasının üzerinden bir yıl geçmiş olsa bile çocuğun Letonya'daki hayata uyum sağlamamış olması

47. Mahkemenin, çocuğun Letonya'ya haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da Letonya'da haksız bir şekilde alıkonulduğunu tespit etmesi ve aşağıdaki hallerden birinin söz konusu olması halinde, mahkeme çocuğun ikamet ülkesine iadesine izin vermeyebilir. Bu haller şunlardır:

(1) ilgili kişi ya da kurumun çocuğun nerede olduğunu öğrenmesi ya da öğrenebilecek duruma gelmesinin üzerinden bir yıl geçmiş ve hiç biri çocuğun ikamet ülkesine iadesi için ilgili kurum nezdinde bir başvuru yapmamışsa;

(2) çocuk Letonya'daki hayatına uyum sağlamış ve iadesi yüksek menfaatine uygun değilse.

48. Söz konusu maddeler, Lahey Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Konseyi'nin 2201/2003 sayılı Tüzüğü ile uyumlu olduğu gibi bu zamana dek uygulanabilir niteliktedir.

E. 1975 tarihli Avustralya Aile Kanunu

49. Bölüm 61B, ebeveyn sorumluluğunu, "ebeveynlerin çocuklarla ilgili olarak sahip oldukları bütün yükümlülükler, güç, sorumluluklar ve yetkiler" olarak tanımlamıştır.

50. Bölüm 61C'ye göre, 18 yaşına ulaşmamış bir çocuğun anne babasından her biri ebeveyn sorumluluğuna sahiptir. Etkisi mahkeme kararına tâbidir.

51. Lahey Sözleşmesi ile ilgili olarak, Bölüm 111B şu şekildedir:

(a) yürürlükteki bir mahkeme kararı nedeniyle anne babadan birinin çocukla ilgili ebeveyn sorumluluğuna sahip olmaması hali dışında her bir ebeveynin çocuk hakkında velayet hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir,

(b) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; (i) bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle çocuğun birlikte yaşamak durumunda olduğu veya (ii) bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle çocuğa karşı ebeveynlik sorumluluğuna sahip bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir ve

(c) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; bu

kanun ya da başka bir Avustralya kanunu nedeniyle çocuğa karşı ebeveynlik sorumluluğuna sahip ve çocuğun günlük ya da uzun vadeli bakımından, iyiliğinden ve gelişiminden sorumlu bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir ve

(d) yürürlükte olan herhangi bir mahkeme kararına tâbi olmak kaydıyla; (i) çocuğun bir koruyucu tedbir nedeniyle birlikte zaman geçirmek zorunda olduğu veya (ii) çocuğun bir koruyucu tedbir kararı nedeniyle iletişim kurmak zorunda olduğu bir kişi çocuk hakkında velayet hakkına sahip olarak kabul edilmelidir.

HUKUK

1. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

52. Başvuran, Büyük Daire huzurunda, Letonya mahkemelerinin çocuğunun Avustralya’ya iadesine yönelik kararı nedeniyle Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik bir ihlalin kurbanı olduğunu iddia etmiştir. Maddenin metni şu şekildedir:

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. 8. Maddenin Uygulanabilirliği

53. Büyük Daire, Hükûmetin, Letonya mahkemelerinin E’nin Avustralya’ya iadesine yönelik kararlarının, başvuranın Sözleşme’nin 8. Maddesi bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil ettiği hususuna itiraz etmediklerini açık bir şekilde belirtmiş olmalarını not eder.

54. Başvuranın özel hayat ve aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahale, ikinci fıkrasında aranan şartları taşımadığı müddetçe 8. Maddenin ihlali niteliğini taşır. Böylece, müdahalenin “kanunla öngörülen”, maddede belirtilen meşru amaçlardan birini güden ve bu amaçları gerçekleştirmek için “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

B. Müdahalenin Haklı Olup Olmadığı

1. Yasal Dayanak

a. Daire Kararı

55. Daire, ulusal hukuk ve Lahey Sözleşmesi'nin açık bir şekilde belirttiği gibi Letonya mahkemelerinin, Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesi bağlamında çocuğun götürülmesinin haksız olup olmadığını belirlenmesi için bu eylemin çocuğun kaçırmadan önceki mutlak meskeni ülkesi olan Avustralya hukukuna göre verilmiş velayet hakkının ihlali biçiminde gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek durumunda olduklarını kabul etmiştir. Her ne kadar Avustralya mahkemeleri T'nin ebeveyn sorumluluğuna kaçırmadan sonra karar vermiş olsalar da daire Avustralya Aile Kanunu'na göre başvuran ve T'nin doğumdan itibaren birlikte ebeveyn sorumluluğuna sahip olduklarını değerlendirmiştir. Daire ayrıca başvuranın yukarıdaki kararın verildiği Avustralya'daki yargılamalara katılmasının veya bu karara karşı itiraz etmesinin engellenmediğini, ayrıca ulusal mahkemeler nezdinde T'nin baba olduğuna dair ileri sürülen kanıtlara da karşı çıkmadığını not etmiştir. Daire, Letonya mahkemesinin 19 Kasım 2008 tarihli, 26 Ocak 2009 tarihinde icra edilebilir hale gelen kararının Sözleşmenin 8. Maddesi bağlamında yasayla öngörülmüş olduğunu kabul etmiştir.

b. Tarafların Beyanları

i. Başvuran

56. Başvuran Daire'ye, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi'ni uygulamak için hiçbir gerekçelerinin olmadığını zira kendisinin Letonya'ya geldikleri tarihte kızlarını tek ebeveyn olarak kendisinin yetiştirdiğini belirtmiştir. Büyük Daire önünde bu hususa ilişkin olarak bir beyanda bulunmamıştır.

ii. Hükûmet

57. Hükûmet, müdahalenin Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesine dayandığı için tartışmasız biçimde yasayla öngörülmüş olduğunu değerlendirmiştir.

c. Mahkemenin Değerlendirmesi

58. Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, "yasayla öngörülmüş olma" deyimini yalnızca itiraz edilen tedbirin ulusal hukukta yasal bir dayanağı olmasını değil, ayrıca söz konusu kanunun ilgili kişi tarafından ulaşılabılır ve etkileri bakımından öngörülebilir nitelikte olmasını ifade eder. (bknz. *Amann / İsviçre* [Büyük Daire] no: 27798/95, P. 50, AİHM 2000-II; *Slivenko / Letonya* [Büyük Da-

ire] no: 48321/99, p. 100 İHM 2003 – X; ve *Kuric ve diğerleri / Slovenya* [Büyük Daire] no: 26828/06, p. 341, AİHS 2012 - ...)

59. Mahkeme, çocuğun Avustralya'ya iadesi kararının Riga Yerel Mahkemesince Letonya tarafından 1982 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca alındığını gözlemler. Ayrıca, çocukların uluslararası nitelikte Letonya'ya kaçırılmasını düzenleyen Letonya Medeni Kanunu'nun 644. Bölümü de kendi uygulanmasını Lahey Sözleşmesi, Brüksel II Tüzüğü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile açıkça uyumlu olması şartına bağlamıştır.

60. Başvuran, Avustralya'dan ayrıldığı tarihte kızı ile ilgili ebeveyn yetkisini tek başına kullanmakta olduğunu ileri sürmüştür.

61. Mahkeme bununla birlikte bu konunun, iade ile ilgilenen Letonya mahkemeleri tarafından açıkça incelendiğini not eder. Bu mahkemeler, yorumlama ya da değiştirme yetkisine sahip olmadıklarını belirttikleri Avustralya Aile Mahkemesi'nin 6 Kasım 2008 tarihli T'nin çocuğun doğumundan itibaren ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu teyit eden kararını uygulamışlardır. Sonuç olarak, hem Bölge mahkemesi hem de Riga yerel mahkemesi T'nin başvurusunun bu bağlamda Lahey Sözleşmesi ile uyumlu kabul etmişlerdir.

62. Dahası Mahkeme, çocuğun götürülmesinin Lahey Sözleşmesi'nin 3. Maddesi bağlamında haksız olup olmadığı kararının kendisine ait olmadığını düşünmektedir. Esasında, ulusal mahkemelerde yapılan fiili ya da hukuki hatalarla uğraşmak, bu hatalar Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmesi dışında, Mahkeme'nin işlevine girmemektedir (bknz. *Garcia Ruiz / İspanya*, [Büyük Daire]no: 30544/96 p. 28EHCR 1999-I): ulusal mevzuatı, uluslararası genel kuralları ve sözleşmelerin yorumlanması ve uygulanmasına yönelik problemleri çözmek yerel mahkemelerin görevidir (bknz. *Maumousseau ve Washington / Fransa*, no: 39388/05 p. 79, 6 Aralık 2007 ve *Neulinger and Shuruk*, p.100). Halihazırdaki davada başvuran, Avustralya'dan ayrıldığı tarihte T'nin baba olduğu ve ortak ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğuna ilişkin Avustralya mahkemesi kararına, ki bu Lahey Sözleşmesinin uygulanması için ön koşuldur, itiraz etmek için mevcut hukuki yolları kullanmamasının yanı sıra kendisi için Avustralya mahkemesinin kararına itiraz etmesi imkânının olmadığı ya da yerel mahkemelerin bu konuda ne tür hata yaptıklarını da ortaya koymamıştır.

63. Sonuç olarak Mahkeme itiraz edilen müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında yasayla öngörülmüş olduğunu düşünmektedir.

2. Meşru Amaç

a. Daire Kararı

64. Daire, müdahalenin, Sözleşmenin 8/2 maddesinde meşru bir amaç olarak öngörüldüğü üzere, T'nin ve çocuğun haklarını korumayı amaçladığını düşünmüştür.

b. Tarafların İddiaları

i. Başvuran

65. Başvuran bu konuya ilişkin bir düşünce ifade etmemiştir.

ii. Hükûmet

66. Hükûmete göre, müdahale, T ve çocuğun özgürlükleri ve haklarını koruma şeklinde meşru bir amaç gütmüştür.

c. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

67. Mahkeme, Daire'nin, taraflarca da tartışma konusu yapılmayan, müdahalenin T ve E'nin hak ve özgürlüklerini koruma şeklinde meşru bir amaca yöneldiği düşüncesini kabul etmektedir.

3. Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekliliği

a. Daire Kararı

68. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına ilişkin olarak, Daire, bir yandan, madde 13(b) bağlamında ağır riskin mevcut olup olmadığını belirleme konusunda yerel makamlarının yerini almak gibi bir görevinin olmadığını not ederken bir yandan da *Neulinger ve Shuruk* kararında ortaya koyduğu ilkeler ışığında, mahkemelerin Lahey Sözleşmesini uygularken 8. maddenin gerekliliklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmesi gerektiğini kabul etmiştir. Daire ilk olarak dikkatini ilk derece mahkemesi yargılamasının ardından annenin isteği ile alınan psikolog raporuna vermiş ve Bölge Mahkemesi çocuğun velayetine ilişkin olduğu ve korumanın Avustralya hukukuna göre gerçekleşeceği gerekçesiyle bu raporu reddetmiştir. Daire'nin görüşüne göre, her ne kadar çocuğun ifadesine başvurulmaması bir sorun teşkil etmese de Bölge Mahkemesi bununla birlikte psikolojik değerlendirme sonuçlarını ve Barintiesia tarafından ortaya konan itirazları incelemek durumundaydı. Dahası, mahkemenin kendisini ayrıca bir psikolojik rapor almasını engelleyen bir durum da mevcut değildi.

69. Daire ayrıca mahkemelerin, özellikle çocuğun Avustralya’da maddi açıdan iyi durumda olması başta olma üzere iadenin çocuk için en iyi koşullarda gerçekleşmesini temin edecek başka yeterli garantilerin ve başvuranın kızını izleyebilmesi ve onunla iletişimini koruyabilmesi imkânının mevcut olup olmadığını değerlendirmiş olmaları gerektiğini belirtmiştir.

70. Letonya mahkemelerinin bu davadaki kararının Letonya’daki diğer Lahey Sözleşmesi davaları (bknz. *Sneersone ve Campanella* no: 14737/09 p. 94 12.07.2011) ile tezat oluşturduğunu gözlemleyen, Hükûmetin başvuranın işbirliği yapmadığı yönündeki iddiasını reddeden ve kararın travmatik bir şekilde icra edildiğini not eden Daire, Letonya mahkemelerinin yaklaşımının bütün aile halinin derinlemesine bir analizini ve olaydaki bütün faktörleri içermediğini belirleyerek müdahalenin 8. madde bağlamında orantısız olduğu sonucuna varmıştır.

b. Tarafların İddiaları

i. Başvuran

71. Daire kararının yerel makamlara çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesi açısından yardımcı olabilecek örnek bir metin olduğu düşüncesinde olan başvuran, Daire tarafından yerel mahkemelerce incelenen bütün belgelere ulaşamamış olduğu için davayı Büyük Daire’ye götürmek zorunda kaldıklarını belirten hükûmete karşılık, bu belgeleri Daire’ye sunma görevinin kendilerinde olduğunu not etmiştir. Devamla, çocuğun yüksek menfaatinin yerel makamların amacı olmadığını ve psikolojik raporun bu menfaatin belirlenebilmesi için tek yol olduğunu, bununla birlikte ulusal mahkemelerin kendisi tarafından sunulan psikolojik raporu reddettiğini, bunun da Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesini (ilgili kurum tarafından çocuğun doğrudan ya da bir temsilci tarafından dinlenilmesi) ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuran, çocuğun “yüksek menfaatinin” belirlenmesinde dikkatin genel olarak çocuğun şartlarına ve çocuğa bakması muhtemel kişilerin kapasiteleri ve şartlarına verilmiş olduğunu, çocuğun güvenliği ve iyiliğinin başlıca mesele olduğunu vurgulamıştır.

72. Başvuran, Mahkeme’ye başvurmasındaki amacının ulusal mahkemelerin 1980 Lahey Sözleşmesi’ne ilişkin birçok davadaki pozisyonunu sorgulamak ve çocuğun yüksek menfaatinin sağlanması gerekliliğini ortaya koymak olduğunu eklemiştir.

ii. Hükûmet

73. Hükûmet, özellikle menfaatlerini korumalarına imkân sağlayacak ölçüde ebeveynlerin karar alma sürecine katılımlarını sağlamak (*Josub Caras p. 41*), La-

hey Sözleşmesi'nin 7. Maddesinde belirtildiği üzere çocuklara ve taraflara daha fazla zarar gelmesini önlemek (*aynı karar*, p. 34 ve *Ignaccolo – Zenide / Roman-ya no: 31679 p.99 25.01.2000*) kararın icrası da dâhil olmak üzere kaçırılan bir çocuğa ilişkin davaların acele şekilde ele alınmasını sağlamak (*Carslson / İdviçre no: 49492 p. 69 6.11.2008*) ve Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesinde öngörülen altı haftalık süreyi geçiren ve talepte bulunan konumundaki ebeveyn yardım etmek (*aynı karar* p.55) gibi hususlar başta olmak üzere Mahkeme'mim ulusal makamlara bir dizi yükümlülük yüklediğini belirtmiştir.

74. Bu ilkelerin her iki ebeveynin ve çocuğun menfaati arasında en geniş ölçüde bir denge oluşturacak şekilde uygulanması gerektiği düşüncesinde olan Hükûmet bununla birlikte, tarafların diğerinden farklı bir tanıma sahip olması nedeniyle tarafların ve özellikle çocuğun yüksek menfaatinin korunmasına her zaman izin vermeyen uluslararası çocuk kaçırma olaylarında ulusal makamların görevinin zorluğunu ifade etmiş ve çocuk kaçırma ile velayet davası arasında yapılması gereken ayrıma vurgu yapmışlardır.

75. Hükûmet, ulusal makamların bu ilkeleri olaylara uygulama esnasında takdir yetkisine sahip oldukları ve ilk derece mahkemesi konumunda olmayan Mahkeme'nin görevinin ulusal yargılama sürecinin her bir detayını incelemek değil yargılamanın bütünüyle ilgili kişilere menfaatlerinin korunmasına ilişkin gerekli korumayı sağlayıp sağlamadığını gözden geçirmek olduğu düşüncesindedir (*Dimante ve Pelliccioni / San Marino no: 32250/08 p. 187 27.09.2011.*) Sonuç olarak, yalnızca hataların davanın sonucunda belirleyici olması halinde bunun aksi düşünülebilecektir (*Broka / Letonya no: 70926/01 pp.25-26, 28.07.2007*).

76. Mevcut davada, Hükûmet, ulusal mahkemelerin yukarıdaki ilkelere uyduğu ve "bütün aile şartları ve tüm faktörlere" ilişkin derinlemesine bir analiz yaptığı görüşündedir (*Neulinger ve Shuruk p. 139*) fakat bütün aile durumunun incelenmesi olaya, ilk bakıştaki endişelerin veya en azından makul şüphelerin mevcut olup olmadığına göre değişecektir. Dahası, çocuğun yüksek menfaatinin hızlı yargılamayı gerektirdiği olgusuna ek olarak, 13 (b) maddesinde yer verilen riskin "ağır" olması da gerekmektedir.

77. Hükûmet, Avustralya makamları tarafından Letonya makamlarına 15 Eylül 2008 tarihinde iletilen başvurunun, T'nin ortak çocuk hakkında ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu belgelendirdiğini ve başvuranın iddialarını aksine 6 Kasım 2008 tarihli kararın bu hakkı T'ye vermediğini fakat kızın Avustralya'dan gitmesi zamanında bu hakkın mevcut olduğunu teyit ettiğini ifade etmiştir. Hem Avustralya hem de Letonya makamları T'nin ebeveyn yetkilerini etkin şekilde

kullandığını, T'nin çocuğun biyolojik babası olduğunu kabule yeterli gerekçelerin mevcut olduğunu ve başvuranın kendi lehine avantaj yaratmak için yetkili makamlara yalan beyanda bulunduğunu tespit etmiştir.

78. Hükûmet, psikolojik raporun başvuranın talebi üzerine özel bir şekilde düzenlendiğini ve *Barintiesa*'nın yargısal bir kurum olmadığını, söz konusu raporun ve *Barintiesa*'nın değerlendirmelerinin reddine rağmen mahkemelerin erişebildiği deliller ışığında aile durumunu incelediğini, bunun mahkemelerin yargılama yetkilerine ait olduğunu ve Mahkeme'nin içtihadında bu yetkiyi tartışma konusu yapacak bir hususun olmadığını işaret etmiştir. Letonya mahkemeleri, başvuranın kızı ile birlikte Avustralya'dan gitmelerinin yalnızca T ile aralarındaki kişisel anlaşmazlıklardan kaynaklandığını ve dönüş halinde çocuğa yönelik olarak görünürde bir zarar tehlikesinin bulunmadığını belirlemiş olduklarını belirten Hükûmet, Letonya makamlarının Lahey Sözleşmesi'ni Sözleşme'nin 8. Maddesinde yer alan ilkeleri göz ardı ederek otomatik ya da mekanik bir şekilde uygulamadığını ifade etmiştir.

79. Hükûmet, bir davanın şartlarının anlaşılmasında, "bütün ilgililer arasındaki anlaşma ve işbirliğinin" daima önemli hususlar olduğunu vurgulamakta (*Maumousseau ve Washington / Fransa*, p. 83 ve *Neulinger ve Shuruk* p. 140), buna rağmen başvuranın Avustralya mahkemelerindeki yargılamaya katılma yönündeki daveti görmezden gelme, *Barintiesa* yetkililerinin kendisi ve çocuğunun Letonya'daki yaşam şartlarını değerlendirmesine engele olma, T ile kızı arasındaki iletişimi engelleme ve yargılama süresince T'ye karşı aşırı saldırgan tavır sergileme şeklindeki davranışları sonucu Avustralya ve Letonya makamları ile işbirliği göstermediğini düşünmektedir.

80. Hükûmet ayrıca, başvuranın Letonya'da yalnızca beş ay geçirdiği göz önüne alınacak olursa mahkemelerin çocuğun yeni ortamına uyum sağladığı meselesini reddetmelerinin doğru olduğunu düşünmektedir.

81. Hükûmet, çocuğun babasına değil Avustralya'ya iadesine hükmedildiğini, bunun da, Mahkeme tarafından da benimsendiği üzere iade ve velayet hakkı konusunda açık bir ayırım teşkil ettiğini not etmiştir (*M.R. ve L.R / Estonya* no: 13420/12 pp. 47-48, 15 Mayıs 2012 ve *Tarkhova / Ukrayna* no: 8984/11 6 Eylül 2011). Her halükarda, T'nin finansal durumu kızına bakmasına engel olacak derecede değildir.

82. Hükûmet, başvuranın çocuk ile ilişkisi ve bu ilişkinin iade halinde zayıflaması riski ile Lahey Sözleşmesi'nin 13(b) maddesi bağlamında çocuğun temel menfaatlerinin riske edilmesi arasında ayırım yapılması gerektiğini vurgulamış-

tır. Bir Avustralya vatandaşı olarak başvuran, Avustralya'ya dönse idi, *Neulinger ve Shrunck* davasının aksine, aşılamayacak güçlükler ile karşılaşmayacak, zira bütün temel haklardan yararlanacaktı. Davada, hem anne hem de çocuk Avustralya vatandaşlığına sahipti. Dahası, iadeden beri çalıştığı dikkate alınacak olursa anne işgücü piyasasına ve sosyal yardımlara erişebilmekteydi. Başvuran işbirliği yapmaz ve saldırgan bir tutum sergilerken, T'nin tarafından otoritenin kötüye kullanılması ya da şiddet öyküsü bulunmamaktaydı. Son olarak, hükûmet Avustralya makamları tarafından alınan karar nedeniyle kendilerinin sorumlu tutulmayacağı hususuna Mahkemenin dikkatini çekmiştir (*M.R ve L.R.* davasına atıfta bulunmuşlardır).

c. Üçüncü Taraf Müdahaleleri

i. Finlandiya Hükûmeti

83. Hükûmet, 1980 Lahey Sözleşmesi'nin, çocuğun yüksek menfaati üzerine inşa edildiğini ve bir yandan iadenin reddi için gerekçeleri ortaya koyarken çocuğu kaçırmanın zararlı etkilerinden korumayı amaçladığını belirtmiş, Avrupa Birliği bünyesinde uygulama alanı bulan Brüksel II Tüzüğü'nün, 11. Maddesinin çocuğun iadesine ilişkin istisnaları daha da sınırlandırarak AB üyesi ilkelerin Lahey Sözleşmesi'nin etkinliğinin çocuğun yüksek menfaatine hizmet ettiğine dair görüşlerini yansıttığına vurgu yapmış, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de atıfta bulunmuştur.

84. Eldeki davayla ilgili olarak özellikle çocuğun iadesi ile ilgili karar veren ulusal mahkemelerin, Daire'nin kararında gerekli gördüğü, "bütün aile durumunun derinlemesine bir analizini yapma" yükümlülüğünün, çocuğun yerleşim yeri ya da velayetine ilişkin kararları verme yetkisinin çocuğun mutlak meskeni mahkemesinin yetkisinde olduğunu öngören Lahey Sözleşmesi ile çelişki teşkil ettiğini düşüncesindedirler.

85. Dahası, ulusal mahkemelerin çocuğun yüksek menfaatlerini değerlendirme konusunda en iyi konumda olduğu, Mahkemenin, bunların yerlerini alması değil, ancak 8. Maddenin gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmesi gerektiği, söz konusu "derinlemesine analiz" gerekli kılınmasının nihai aşamada velayet davası ile iade prosedürü arasındaki farkı ortadan kaldıracacağı, bunun da Lahey Sözleşmesi'nin anlamına engel olacağını ve Lahey Sözleşmesi'nin 12.13 ve 20. Maddelerinde çocuğun iadesine ilişkin istisnalara yer verildiğini belirtmişlerdir.

86. Daire kararına göre ulusal mahkemelerin yeterince önem vermediği psikolojik raporla ilgili olarak, Hükûmete göre bu rapor Lahey Sözleşmesi'nin 13.

Maddesi bağlamında iade halinde ağır bir riskin mevcudiyetini göstermek amacıyla sunulmuştur. Temyiz Mahkemesi, Lahey Sözleşmesi tarafından izin verildiği şekilde ve amacıyla uyumlu bir şekilde takdir yetkisinin sınırları dâhilinde, temelsiz bulunduğu bu iddiaları reddetmiştir. Bu düşünceler ışığında ve Daire kararındaki hâkimler Myjer ve Lopez Guerra'nın muhalefet şerhlerine atf yapmak suretiyle Finlandiya Hükûmeti davada Sözleşme'nin 8. Maddesinin ihlal edilmediği görüşünü taşımaktadır.

ii. Çek Cumhuriyeti Hükûmeti

87. Büyük Daire'nin vereceği kararın yalnızca savunma yapan devlet ve Sözleşme sistemi için değil, aynı zamanda Lahey Sözleşmesi'nin işleyişi ve Avrupa kıtası dışındaki ülkeler için de büyük önem arz ettiği düşüncesinde olan Hükûmet, Lahey Sözleşmesi'nin, kaçırmanın hem çocuk hem de kaçırmadan yakınan ebeveyn açısından ciddi sonuçları göz önüne alındığında düzgün bir prosedür ortaya koyduğu düşüncesini belirtmiştir. Kaçırmanın zararlı etkilerine engel olmak için hızlı usûller ve çabuk iade gereklidir ve Lahey Sözleşmesi haksız kaçırmadan önce mevcut bulunan 'status quo' nun tesisinin söz konusu hakların korunması için en iyi başlangıç noktası olduğu varsayımına dayanmaktadır. Aynı anlayışla, Avrupa Birliği bünyesinde uygulanabilir olan Brüksel II Tüzüğü'ne de atf yapılmıştır.

88. Hükûmet ayrıca Lahey Sözleşmesi'nin velayet hususunu çocuğun mutlak meskeni mahkemelerine bıraktığını ve iadenin reddinin çocuğa yönelik ağır risk durumunda öngörüldüğünü, Mahkeme'nin bu alandaki içtihadının gelişiminin, ana hususlarının gösterdiği kadarıyla, *ikincillik*² ilkesinin altını oyduğunu ve Lahey Sözleşmesi ile güdülen amaçlarla karşıtlık içerdiğini belirtmiştir. "Bütün aile durumunun derinlemesine bir analizi" velayet konusunun incelenmesi anlamına gelmekte, bu da işlemleri yavaşlatabilmekte, çocuğun işlemler sırasında beyanının alındığı zamanın geçmesi uzamaktadır. İlave olarak, temel adalet, kısa bir süre içinde, çocuğun iadesi halinde ağır riskin mevcudiyetini kanıtlamakla yükümlü olan kaçırın tarafın velayet konusunda karar verilmesi için kendi seçtiği ülke mahkemelerine başvurmaktansa herhangi bir usulü avantajdan yoksun kalmasını gerektirmektedir.

89. Çek Cumhuriyeti Hükûmeti özellikle Lahey Sözleşmesi'nin gerektirdiği hız ve Mahkeme'nin içtihadında delillere ilişkin aranan yüksek standart arasında bir çelişki olduğunu belirtmiş, çocuğun yüksek menfaatinin belirlenmesinin, çocu-

² "Subsidiarity" kelimesinin karşılığı olaak kullanılmıştır. Söz konusu terimin Türkçe karşılığı olarak "yerindenlik" ya da "yetki ikamesi" deyimleri de kullanılmaktadır.

ğün götürüldüğü ülke mahkemelerinde iade prosedürü esnasında ya da çocuğun mutata meskeni ülkesinde velayete ilişkin dava sırasında gerçekleşmesine bağlı olarak önemli bir şekilde değişiklik gösterdiğini ifade etmiştir. Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi'ne birlikte taraf olan devletlerin bu iki metinden de kaynaklanan yükümlülüklerine riayet etme zorunlulukları göz önüne alındığında, bu ikisini uzlaştıracak tutarlı bir yorum gerekmektedir. Brüksel II Tüzüğü'nün Lahey Sözleşmesi'nden de daha dar olduğunu da not etmek gerekmektedir. Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından oluşturulan veri tabanı (INCADAT) ulusal mahkemenin Lahey Sözleşmesi'ni, amacı ile uyumlu olarak dar bir şekilde uyguladığını göstermektedir. İkincilik ilkesine dönüşü savunan Çek Cumhuriyeti Hükümeti, Büyük Daire'yi Daire kararını bozmaya ve iadeye karar veren mahkeme tarafından aile durumunun incelenmesine sınır getirmeye davet etmiştir.

iii. Reunite International Child Abduction Centre ("Reunite")

90. Bazı istisnalar haricinde çocuğun derhal iadesinin onun yüksek menfaatine hizmet ettiği varsayımını temel alan Lahey Sözleşmesi'nin, sınır ötesi haksız kaçırmaya konu çocukların haklarını korumayı amaçladığını belirten *Reunite*, Mahkeme'nin *Maumousseau ve Washington* (p.69) kararında Lahey Sözleşmesi'nin amaç ve hedeflerine ilişkin yaptığı özeti desteklemiş ve uluslararası çocuk kaçırmaya karşı devasa bir başarı sergileyen Lahey Sözleşmesi'nin yetişkinleri değil çocukları korumayı hedeflediğini, çocuğun hızlıca iadesine sınırlı sayıda istisna getirdiğini ve çocuğun uzun vadeli iyiliğine ilişkin hususları mutata mesken mahkemelerine bıraktığını ifade ederek, mutata mesken mahkemelerinin, iadeyi incelerken Lahey Sözleşmesi ile çizilen çerçeveye sınırlı bir incelemenin ardından bir karar vermekle yükümlü olan çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemelerinin aksine, durumun, çocuğun menfaatlerine ilişkin olarak derinlemesine bir analizini yapmakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.

91. *Reunite*, Mahkeme'nin içtihadında Lahey Sözleşmesi'nin düzgün işlemesine ilişkin bazı etmenleri tanımladığı gözleminde bulunurken, son gelişmelerin mahkemelerin çocuğun iadesine ilişkin istisnaları belirlerken daha geniş kapsamlı inceleme yapması yönünde olduğunu belirtmiş ve bu nedenle Mahkeme'yi, Lahey Sözleşmesi bağlamında "bütün aile durumunun derinlemesine analizi" sorununu açığa kavuşturmaya ve bunun yalnızca iadenin Sözleşme ile uyumluluğuna ilişkin olduğunu ve mutata mesken mahkemelerinin münhasıran sahip oldukları esasa ilişkin karar verme yetkisini tartışma konusu yapmadığını açıkça belirlemeye davet etmiştir.

d. Mahkeme'nin değerlendirmesi

i. Genel İlkeler

92. Mahkeme, yakın tarihli *Nada / İsviçre* kararında da (BD no: 10593/08 p. 167, 12 Eylül 2012) dikkat çektiği ve davayı incelemesinde kendisine rehberlik edecek aşağıdaki bazı ilkeleri başlangıçta vurgulamanın doğru olduğu düşüncesindedir.

“168. Yerleşmiş içtihadı göre, ister ulusal hukukunun gereği isterse uluslararası hukuki yükümlülükler uyma gerekliliğinden kaynaklansın, Âkit Bir Devlet Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca organlarının bütün eylem ve ihmallerinden sorumludur. 1. madde, ilgili kuralın niteliğine ilişkin bir ayırım yapmamakta ve Taraf Devletin yargı yetkisinin hiçbir bölümünü Sözleşme'nin denetimi dışına çıkarmamaktadır (bknz. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* p. 153 ve *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri /Türkiye*, 30.01.1998, p. 29). Sözleşme'nin bir Devlet tarafından yürürlüğe girmesini müteakip o Devlet bakımından geçerlilik kazanan antlaşma taahhütleri Sözleşme'nin amaçları bağlamında sorumluluğa yol açabilecektir (bknz. *Al Saadon ve Mufdhi /Birleşik Krallık* no: 61498/08, p. 128, ECHR 2010 ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* p. 154).

169. Dahası, Mahkeme Sözleşme'nin izole bir şekilde değil, uluslararası hukukun genel ilkeleri ile uyumu bir biçimde yorumlanması gerektiğinin altını çizerek. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinde belirtildiği gibi, “ taraflar arasındaki ilişkide uygulanabilir ilgili her uluslararası hukuk kuralı” ve özel olarak insan haklarının uluslararası korunmasına ilişkin kurallar hesaba katılmalıdır (bknz. ör: *Neulinger ve Shuruk /İsviçre*, *Al Adsani / Birleşik Krallık*, *Golder / Birleşik Krallık*).

170. Devletlerin, yeni uluslararası hukuk kuralları yaratırken önceki yükümlülüklerine aykırı davranmayacakları varsayılır. Birbirleriyle çelişkili oldukları görüntüsünü veren enstrümanlar aynı anda uygulanabilir olduklarında, uluslararası içtihat hukuku ve akademik görüş bunların etkilerini koordine etmeye ve aralarında uyumsuzluk olmamasına çabalamaktadır. Bu nedenle, birbirinden farklı iki taahhüt, mevcut hukuk ile tamamen uyumlu sonuçlar üretmeleri için mümkün olduğu kadar uyumlulaştırılmalıdır. (bknz. *Al/Saadoon ve Mufdhi* p.126; *Al-Adsani p.55 ve Bankoviç* , pp.55-57. Ayrıca ILC çalışma grubunun “Uluslararası Hukukun Bölünmesi, Uluslararası Hukukun Çeşitlilik Kazanması ve Genişlenmesinden Kaynaklanan Zorluklar” isimli rapordaki atıflara bakılabilir.)

93. Özellikle Sözleşme ve 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi arasındaki ilişki sorunu ile ilgili olarak, uluslararası çocuk kaçırma hakkında Sözleşme'nin 8. maddesince Âkit Devletlere getirilen yükümlülüklerin Lahey Sözleşmesi'nin (*Ignacoolo – Zenide* p. 95; *Iglesias Gil ve A.U.I / İspanya* no: 56673/00 p. 51 AİHM 2003-V ve *Maumousseau ve Washington* p. 60) ve 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yükümlülükleri ile (*Maire* p.72; *Maoumousseau ve Washington* ve *Neulinger ve Shuruk* p.132) Âkit Devletler arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan uluslararası hukukun temel ilkeleri ve kuralları (Demir ve Baykara / Türkiye BD no: 34503/97 İAİHS 2008- ...) ışığında yorumlanması gerektiğinin altını çizer.

94. Bu yaklaşım, huzurdaki dosya özelinde çocuk ve ebeveynlerin haklarını korumayı amaçlayan Sözleşme ile Lahey Sözleşmesi arasında olmak üzere uluslararası enstrümanların birlikte ve uyumlu bir biçimde uygulanmasını içermektedir. Mahkeme'nin, Sözleşme'nin hükümlerini sağladığı garantileri etkin ve uygulanabilir kılacak şekilde yorumlamak suretiyle Yüksek Âkit Devletlerin yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak" (diğerleri yanında bknz. *Loizidou/ Türkiye* 23 Mart 1995, p.93 Seri A No:310) suretiyle görevini tamamıyla yerine getirebileceği göz önüne alındığında, uluslararası hükümlere ilişkin bu tarz bir düşüncenin farklı antlaşmalar arasında çatışmaya yol açmaması gerekir (bknz. özellikle *Artico/İtalya* 13 Mayıs 1980 p.33 Seri A No:37 ve *Nada* p.182) .

95. Belirleyici olan husus, çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli düşünce olması gerektiği ve önleme ve hemen iade amaçlarının özel bir "çocuğun yüksek menfaati" kavramına işaret ettiği göz önüne alındığında, söz konusu – çocuğun, ebeveynlerin ve kamu düzeninin – menfaatleri arasında bulunması gereken adil dengenin, Devletlere bu konularda tanınan takdir yetkisinin sınırları arasında kalıp kalmadığıdır (*Maumousseau ve Washington*, p. 62).

96. Mahkeme, çocukları ilgilendiren bütün kararlarda, çocuğun yüksek menfaatlerinin başlıca husus olması gerektiği yönünde uluslararası hukuk da dâhil olmak üzere geniş bir uzlaşma olduğunu vurgular (bknz. yukarıdaki 37 ve 39. paragraflar).

97. Aynı felsefe, bu menfaati haksız kaçırmanın mevcudiyeti halinde çocuğun mutlak meskeni ülkesine derhal iadesini emreden bir karar aracılığıyla "status quo"nun yeniden tesisi ile ilişkilendirirken bir diğer taraftan da iadenin reddinin bazen çocuğun menfaatine ilişkin nesnel nedenlerle haklı görülebileceğini kabul eden Lahey Sözleşmesi'nde de mevcuttur. Bu durum, çocuğun iadesinin ona ağır bir psikolojik ya da fiziksel zarar vereceği ya da tahammül edilemez bir

duruma sokacağına ilişkin ağır risk (Madde 13/b) başta olmak üzere istisnaların da neden var olduğunu açıklamaktadır. Mahkeme, Avrupa Birliği'nin de karşılıklı güvene dayalı ve yalnızca AB üye ülkeleri açısından geçerli olan bir sistem çerçevesinde aynı felsefeyi taşıdığını da not etmektedir. Çocuk kaçırmaya ilişkin kuralları Lahey Sözleşmesini tamamlar nitelikteki Brüksel II Bis. Tüzüğü'nde girişinde aynı şekilde çocuğun yüksek menfaatlerine atıfta bulunmaktadır (Bknz. yukarıda p. 42). Ayrıca, Temel Haklar Şartı'nın 24/2. maddesi de çocuklara ilişkin her türlü eylemde çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikli düşünce olması gerektiğini vurgulamaktadır (bknz. yukarıda p. 41).

98. Dolayısıyla, düzenlenen istisnalar göz önüne alındığında, yalnızca Sözleşme'nin 8. maddesinden değil, Lahey Sözleşmesinden de iade kararının otomatik ya da mekanik bir şekilde verilemeyeceği sonucu doğrudan ortaya çıkmaktadır (bknz. *Maumousseau ve Washington*, yukarıda p. 72, ve *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda p. 83).

99. Mahkeme'nin, *Neulinger ve Shuruk* kararında altını çizdiği gibi, Devletlere bu bağlamda yüklenen yükümlülükler *Maumousseau ve Washington* kararında belirtilmiştir.

100. Çocuğun yüksek menfaati, çocuğun bireysel kişiliği, arka plan ve özel durumlarına ilişkin çeşitli ortak ölçütlere göre ortak olmadıkları sürece anne babanın menfaatleri ile örtüşmez. Bununla birlikte, bu menfaatler, mahkemenin, Lahey Sözleşmesinin amacına uygun olarak bir iade talebini görüşmesine ya da Lahey Sözleşmesi'nin amacına ilişkin olmayan şekilde velayete ilişkin bir talebin esasına yönelik bir karar vermesine bağlı olmaksızın birebir aynı şekilde değerlendirilemez (Madde 16, 17 ve 19; ayrıca bakınız p. 35).

101. Dolayısıyla, velayet davalarından farklı olan Lahey Sözleşmesi kapsamında yapılan bir iade başvurusu bağlamında çocuğun yüksek menfaati kavramının Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen, zamanın geçmesi (Madde 12), Sözleşmenin uygulanma şartları (Madde 12 (a)), ağır riskin varlığı (Madde 13 (b)) ve talepte bulunulan Devletin insan hakları ve temel hürriyetlerin korunmasına ilişkin temel ilkelerini (Madde 20) içeren Lahey Sözleşmesi'nde yer alan istisnaların ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görev, ilgili taraflarla doğrudan temas kurabilme imkânına sahip olan ilk derece ulusal makamlara aittir. Ulusal mahkemeler, 8. madde kapsamındaki görevlerini yerine getirirken takdir hakkına sahiptirler. Bununla birlikte bu takdir hakkının kullanılması Mahkeme tarafından Sözleşme uyarınca Avrupa denetlemesine tâbidir (bknz. *mutatis mutandis*, *Hokkanen v. Finland*, 23 Eylül 1994, p. 55, Series Ano:299-A; ve ayrıca

Maumousseau ve Washington, yukarıda , p. 62i ve *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda p.141).

102. Mahkeme özellikle bu inceleme bağlamında kendi değerlendirmesinin ulusal mahkemelerin değerlendirmelerinin yerine geçmesini önermediğinin altını çizmektedir (bknz. örneğin, *Hokkanen v. Finland* ve t *K. Ve T. / Finland* BD no: 25702/94, p. 154, ECHR 2001-VII). Bununla birlikte, Mahkeme itiraz edilen tedbire ilişkin karar verme sürecinin adil olduğu ve ilgililerin davalarını tam olarak sunmalarına imkân verildiği ve çocuğun yüksek menfaatinin savunulduğu hususlarında tatmin olmak da zorundadır (*Eskinazi ve Chelouche / Turkey, Maumousseau ve Washington, Neulinger ve Shuruk*).

103. Bu bağlamda, Mahkeme özellikle bütün aile durumunun her bir davanın şartlarına göre incelenmesi gerektiğini düşünmektedir (p. 75). Müdahil üçüncü taraflar, kendileri açısından bütün aile durumunun (*Neulinger ve Shuruk*) derinlemesine incelenmesinin Lahey Sözleşmesi ile çeliştiğini (bknz. yukarıda p.84 ve 88) belirtmiş, Mahkeme'den bu sorunu aydınlatmasını ve çocuğun iadesi ile ilgili karar veren mahkeme tarafından bütün aile durumuna ilişkin yapılacak incelemeye sınır getirmesini talep etmişlerdir (bknz. yukarıda p. 89).

104. Mahkeme, bu noktada, daha sonra verilen birçok kararın (bknz. diğerlerinin yanında; *Raban/Romania, Sneersone ve Campanella M.R ve L.R*) atf yaptığı Büyük Daire kararının, (*Neulinger ve Shuruk*) ulusal mahkemelerin bütün aile durumuna ilişkin derinlemesine bir analiz yapmak ve bütün faktörleri incelemekle yükümlü olduklarına önerir şekilde okunabileceğini ve aslında bu şekilde okunmakta olduğunu gözlemler. Söz konusu ifade şekli ulusal mahkemeler tarafından bu şekilde bir derinlemesine analizin gerçekleştirildiği *Maumousseau ve Washington* Daire kararında zaten kullanılmıştır.

105. Mahkeme, bu arka plana karşın, *Neulinger ve Shuruk* kararının 139. paragrafında ortaya koyduğu hususların Lahey Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin olarak kendiliğinden herhangi bir ilke ortaya koymadığını belirtmeyi uygun görür.

106. Mahkeme, Avrupa Sözleşmesi ile Lahey Sözleşmesi'nin uyumlu bir şekilde yorumlanabilmesi için şu iki şartın gerçekleşmesi gerektiğini düşünmektedir. İlk olarak, anılan Sözleşmenin 12, 13 ve 20. Maddelerin uygulanmasından kaynaklanan ve çocuğun derhal iadesine istisna teşkil edebilecek istisnaların, özellikle taraflardan birisi tarafından ileri sürüldüğü durumlarda gerçek anlamıyla talepte bulunulan mahkeme tarafından hesaba katılması gerekmektedir. Bu mahkeme daha sonra, Mahkeme'yi söz konusu hususların yeterince incelen-

diğine ikna etmek amacıyla, bu noktada tatmin edici şekilde gerekçelendirilmiş bir karar vermelidir. İkinci olarak ise, bu hususlar Sözleşme'nin 8. Maddesi ışığında değerlendirilmelidir (bkz. *Neulinger ve Shuruk* p.133).

107. Mahkeme sonuç olarak Sözleşmenin 8. Maddesinin ulusal mahkemele- re bu bağlamda özel bir usulî yükümlülük getirdiği düşüncesindedir: mahkeme- ler, çocuğun iadesine yönelik bir başvuruyu ele aldıklarında, yalnızca çocuğun iadesi halindeki tartışmalı "ağır risk" iddialarını dikkate almamalı, aynı zamanda olayın şartlarının ışığında özel nedenler sunan bir karar vermelidir. Hem Lahey Sözleşmesinin 12, 13 ve 20. maddeleri kapsamına girebilecek itirazların dikkate alınmasının reddedilmesi hem de bu tür itirazların reddinde yeterli gerekçelen- dirme yapılmamış olması Sözleşmenin 8. maddesinin gereklerine aykırı olacağı gibi Lahey Sözleşmesi'nin amacına da ters düşecektir. Bu iddiaların mahkeme- lerin otomatik ve basmakalıp olmayan gerekçelendirmesiyle ortaya konarak Lahey Sözleşmesinde yer verilen ve dar bir şekilde yorumlanması gereken istis- nalar ışığında düzgün bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Bu, ulusal mahke- melerin yerine geçme görevi olmayan Mahkemeye kendisine tevdi edilen Avru- pa denetimini yerine getirme imkânı verecektir.

108. Dahası, Lahey Sözleşmesi'nin önsözünün "çocuğun mutat meskenine iadesi" ni öngörmesi nedeniyle, mahkemeler bu ülkede çocuklar için ikna edici uygun güvencelerin alındığı ve bilinen bir riskin mevcudiyeti halinde elle tutulur koruma tedbirleri yerine getirildiği konusunda hususunda tatmin olmalıdır.

ii. Bu ilkelerin huzurdaki davaya uygulanması

109. İtiraz edilen tedbirin uygulandığı andaki mevcut duruma göre değerlen- dirme yapmak durumunda olan Mahkeme (bkz. *mutatis mutandis, Maslov/ Avustralya* [BD] no: 1638/03 ECHR 2008-...) ilk olarak özellikle uzun bir zaman diliminin söz konusu olduğu *Neulinger ve Shuruk* davasından farklı olarak, hu- zurdaki davada Letonya adli makamlarının Lahey Sözleşmesi kapsamındaki baş- vuruyu almasının üzerinden yalnızca kısa bir zaman diliminin geçmiş olduğunu not etmektedir. Çocuk, hayatının ilk yıllarını Avustralya'da geçirmiş ve üç yıl beş aylıkken Letonya'ya gelmiştir. Merkezi makama iade başvurusu Avustralya'yı terk etmesinden iki ay sonra yapılmış, İlk Derece Mahkemesi ve Riga Bölge Mahkemesi de başvuran ve kızının Letonya'ya gelmelerinden itibaren sırasıyla dört ve altı ay sonra karar vermiştir. Son olarak, T, E'yi alarak 14 Mart 2009 tarihinde Avustralya'ya yola çıkmıştır. Söz konusu durumlarda derhal iadeyi ön- gören Lahey Sözleşmesi'nin 12. Maddesinde yer verildiği şekilde, yalnızca iade başvurusunun Letonya makamlarına sunulması değil, ayrıca ulusal prosedürler

ve çocuğun iadesi de bir yıldan daha kısa bir zaman dilimi içinde gerçekleşmiştir.

110. Dahası, Mahkeme, ilk derece ve istinaf dâhil olmak üzere, her iki ebeveynin de hazır bulunduğu bir duruşma sonrası verilmiş olan ve Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilir olduğuna ve T'nin başvurusunu kabul ederek çocuğun iadesine hükmeden 19 Kasım 2008 tarihli yerel mahkeme kararı ile T'nin başvurusuna verilecek cevaba ilişkin oybirliği içindedirler. 26 Ocak 2009 tarihinde Riga Bölge Mahkemesinde gerçekleşen ve yine ebeveynlerin hazır buldukları duruşmada söz konusu karar onaylanmıştır.

111. Letonya mahkemeleri tarafından yapılan gerekçelendirme ile ilgili olarak Mahkeme, özellikle taraflarca sunulan, fotoğraflar, T ile yakınları arasındaki elektronik posta yazışmaları ve başvuran tarafından sunulan tanık ifadelerini inceledikten sonra başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesine ilişkin itirazlarının yerel mahkeme tarafından gerekçeli bir şekilde reddedildiğini not etmektedir. Diğer taraftan, Avustralya mahkemelerinden T'nin sabıka kaydı ve kendisine yöneltilen suçlamalar ile ilgili olarak bilgi istemeyi reddeden mahkeme, başvuran tarafından temellendirilemediği gerekçesiyle iade halinde çocuğa yönelik psikolojik tehlike iddiasını kesin bir şekilde geri çevirmiştir (bknz. p.21).

112. Mahkeme, başvuran tarafından, ilk derece mahkemesi kararından sonraki bir tarih olan 16 Aralık 2008 tarihinde kendi talebi üzerine bir psikolog tarafından düzenlenmiş bir belgeyi temyiz talebi bağlamında Riga Bölge Mahkemesine sunmasıyla durumun değişik bir şekil aldığını gözlemlemektedir. Bu belge, çocuğun yaşının onu mutat meskenine ilişkin bir tercihte bulunmasına izin vermediğini belirtirken diğer yandan da psikolojik travmanın muhtemel oluşu nedeniyle çocuğun anneden ani bir şekilde koparılmasının ihtimal dışı kalması gerektiğini ifade etmiştir (bknz. p. 22).

113. Yine de, ilk derece mahkemesi, icranın durdurulması talebini incelediği esnada bu belgeyi dikkate almış ve istinaf başvurusunun sonucuna kadar icranın durdurulmasına karar vermiş olmasına rağmen, Bölge Mahkemesi bunu dikkate almayı reddetmiştir.

114. Mahkeme, temyiz mahkemesinin psikolojik rapordaki bulguların velayetin esasına ilişkin olduğunu ve bu nedenle kendi önündeki iade talebine ilişkin kararda dikkate alınamayacağını kabul ettiğini not etmektedir. Böyle yaparak ve bu gerekçelendirme penceresinden bakıldığında, Riga Bölge Mahkemesi, annesinden ani bir ayrılış halinde psikolojik travmaya maruz kalacağına dikkat çekmesi hasebiyle doğrudan çocuğun yüksek menfaatine bağlı olmasına rağmen bu psikolojik raporun sonuçlarını Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi ışığında

incelemeyi reddetmiş bulunmaktadır (bknz. tersine görüş, *Maumousseau ve Washington*, p.63).

115. Sözleşmenin 8. Maddesi Letonya makamlarına, çocuğun iadesi halinde ona yönelik “ağır risk”in varlığına ilişkin tartışmalı bir iddianın mahkemelerce etkin bir şekilde incelenmesi ve ortaya çıkan sonuçların gerekçeli mahkeme kararında belirtilmesine yönelik usûli bir yükümlülük getirmiştir (bknz. yukarıda p. 107).

116. Lahey Sözleşmesi’nin 13 (b) maddesi ışığında, iade talebini inceleyen mahkemeler, “iadeye karşı çıkan kişi, kurum veya diğer kuruluşlar .. ağır bir riskin varlığını otaya koyarlarsa” iade talebini kabul etmek zorunda değildir. Bu yönde tatmin edici delil sağlamak görevi ilk aşamada iadeye karşı çıkan ebeveyne aittir. Bu nedenle, huzurdaki davada, 13 (b) maddesi bağlamında ağır riskin varlığını içerecek şekilde iddialarını destekleyecek yeterli delil sunma yükümlülüğü başvuruya aitti. Dahası, Mahkeme, bu hükmün bir yandan yalnızca “fiziksel ya da psikolojik zarar”ı değil aynı zamanda “katlanılamaz bir durum”u da içermesi gereken “ağır risk” kavramının niteliğine ilişkin olarak tahdidi bir vasıfta olmadığını ve diğer yandan Sözleşmenin 8. Maddesi bağlamında iade tecrübesine zorunlu olarak bağlı olan bütün zorlukları içerecek şekilde okunamayacağını not etmektedir: 13 (b) maddesinde yer verilen istisnalar, yalnızca bir çocuğun makul bir şekilde katlanabileceğinin ötesine giden durumları içermektedir. Başvuran, çocuğun annesinden derhal ayrılması halinde çocuk için psikolojik travma ihtimali olduğunu belirten psikolog raporunu sunarak yükümlülüğünü yerine getirmiştir, dahası T’nin cezai mahkûmiyetleri olduğunu ve kendisine yönelik olarak kötü davranış sergilediğini ve arz etmiştir. Bu nedenle, ağır riskin mevcut olup olmadığını anlamalarına imkân verecek anlamlı denetimler yapmak Letonya mahkemelerine ait bir yükümlülüktü (bknz B. /Belçika no: 4320/11, pp 70-72, 10 Temmuz 2012).

117. Dolayısıyla Mahkeme, başvuran tarafından sonuçları 13 (b) maddesi bağlamında iade halinde ağır bir riskin muhtemel varlığını ortaya koyacak bir profesyonel raporu ile temellendirilen bu tür bir iddianın dikkate alınmasının reddinin Sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olduğu düşüncesindedir. Psikolojik raporun çelişmesiz niteliği mahkemeleri bu raporu etkin şekilde inceleme yükümlülüğünden muaf tutmayacaktır. Özellikle, Letonya hukuku tarafından izin verildiği şekilde (bknz. p. 45) Bölgesel Mahkeme’nin bu raporu tarafların çapraz incelemesine sunma, kendi takdirinde olmak üzere ikinci bir rapor düzenleme yetkileri mevcuttur. Annenin çocuğunu takip ederek Avustralya’ya dönme ve onunla irtibatını devam ettirebilme ihtimalinin olup olmadığı da in-

celenmeliydi. Mahkeme ayrıca, Letonya hukukunun paçası ve doğrudan uygulanabilir olan Sözleşme'nin 8. Maddesinde koruma altına alınan hakların, Lahey Sözleşmesi'nin 20. Maddesi bağlamında "talepte bulunulan ülkenin insan hakları ve temel hürriyetlerin korunmasına yönelik temel ilkeleri"ni yansıtmaması nedeniyle, Riga Bölge Mahkemesi tarafından bu davanın şartlarına göre hiçbir şekilde böyle bir gözden geçirmeden ayrı bırakılamayacağını vurgulamaktadır.

118. Riga Bölge Mahkemesi tarafından atıfta bulunulan Lahey Sözleşmesinde yer verilen kısa zaman dilimlerine uyma ihtiyacı ile ilgili olarak, (bkz. p.25) Mahkeme, söz konusu sözleşmenin 11. Maddesinin esasında yargısal makamları hızlı hareket etmesi gerektiğini düzenlerken onları taraflardan birinin ortaya attığı¹³ (b) maddesi bağlamındaki istisnalardan birinin varlığına ilişkin iddiaları etkin bir şekilde inceleme yükümlülüğünden varestede tutmadığının altını çizer.

119. Yukarıda belirtilen hususların ışığında, Mahkeme, ulusal hukuk kapsamındaki karar verme sürecinin 8. Maddede yer alan usûli yükümlülükleri karşılamaması, Riga Bölge Mahkemesi'nin başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi bağlamındaki itirazına yönelik etkin bir inceleme yapmaması nedeniyle başvuranın özel hayata ve aile hayatına saygı duyulması hakkına yönelik olarak orantısız bir müdahaleye maruz kaldığını düşünmektedir.

120. Bunun sonucu olarak, Sözleşme'nin 8. Maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

121. Sözleşme'nin 41. Maddesi şu şekildedir:

Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder.

A. Zarar

122. Başvuran tarafından maddi ya da maddi olmayan bir zararla ilgili olarak bir iddiada bulunulmaması nedeniyle Mahkeme bu kapsam bir tazminata hükmedilemeyeceği düşüncesindedir.

B. Masraf ve Harcamalar

123. Başvuran, Büyük Daire önündeki dava için gerçekleşen masrafa ve harcamalar için 1.996,91 Letonya Latı (2.858,84 Avro) talep etmiş ve buna ilişkin kimi belgeler sunmuştur.

124. Hükûmet, başvuranın temsilcisinin Mahkeme'deki duruşmaya katılmak için yaptığı seyahate ilişkin 485,19 Avro'luk harcama hariç olmak üzere başvurunun taleplerinin haklı ve mantıklı olmadığını belirtmiştir.

125. Mahkeme, masraf ve harcamalara ilişkin olarak, yalnızca başvuran tarafından miktara ilişkin olarak haklı ve gerekli ve gerçekten harcanmış olmaları halinde masraf ve harcamaların tazminine hükmedilebileceğinin altını çizer. Huzurdaki davada, uhdesindeki bilgiler ve içtihadıyla bağlantılı olarak, Mahkeme, huzurundaki davada gerçekleşen masraf ve harcamalar için 2.000 Avro verilmesinin makul olduğunu düşünmektedir.

C. Gecikme Faizi

126. Mahkeme, üç puan eklenmek suretiyle gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası Marjinal Borç Faizini temel alması gerektiği düşüncesindedir.

BU SEBEPLERLE, MAHKEME,

1. Sekize karşı dokuz oyla, 8. Maddenin ihlal edildiğine,

2. Yediye karşı on oyla;

(a) Davalı Devletin başvurana ödeme tarihindeki oran üzerinden Letonya Latı'na çevrilmek üzere masraf ve harcamalar için 2.000 Avro ve başvurana yüklenebilecek her türlü vergiyi üç ay içinde ödemesine,

(b) yukarıdaki üç aylık sürenin bitmesinden sonra ise ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası marjinal borç verme faizinin üzerine üç puan eklenmek suretiyle yukarıda belirtilen miktara basit faiz uygulanmasına

3. Adil tazmin açısından başvuranın talebinin geri kalan kısmının oy birliğiyle reddine *hükmetmiştir*.

Bu karar, 26 Kasım 2013 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Binası'nda kamuya açık olarak verilmiş, Fransızca ve İngilizce olarak kaleme alınmıştır.

Sözleşme'nin 45/2 ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/2 maddeleri uyarınca aşağıdaki muhalif görüşler bu karara eklenmiştir:

- Yargıcı Pinto de Albuquerque'nin muhalif görüşü

- Yargıçlar Bratza, Vajic, Sikuta, Hirvela, Nicolaou, Raimoind ve Nussberger'in ortak muhalif görüşleri

YARGIÇ PINTO DE ALBUQUERQUE'in KARŞI GÖRÜŞÜ

Uluslararası Çocuk Kaçırma bir kez daha Büyük Daire'nin gündeminde kendine yer bulmuştur. Büyük Daire *Neulinger ve Shuruk* davasındaki kendi standardından vazgeçmesinden üç yıl sonra aynı uluslararası aile hukuku ve insan hakları hukuku kaynakları bağlamında bunu gözden geçirmeye davet edilmiştir³. Başka bir deyişle Büyük Daire'nin önüne getirilen sorun, kendisinin yakın zamandaki içtihadının teorik ve pratik anlamdaki sürdürülebilirliğidir.

Sözleşme'nin 8. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna katılmakla birlikte, çoğunluk tarafından 105-108. Paragraflar arasında ortaya konan belirsiz ilkelere ve davanın olgularının yetersiz bir şekilde değerlendirilmesine katılmıyorum. Görüşüm üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, uluslararası çocuk kaçırma taleplerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre yapılması gereken değerlendirmeye ve fazlaca ortaya konan *Neulinger ve Shuruk* standardının gözden geçirilmesi ihtiyacına ilişkin olacaktır. İkinci bölüm ise Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi mekanizmasının niteliği ve Sözleşme ile birlikte ele alınmasına ilişkindir. Son bölümde ise geride kalan ebeveynin iddia ettiği kaçırma anındaki "velayet hakkı"na ilişkin talebinin tamamlanmamış niteliği de göz önüne alınmak suretiyle Sözleşme'nin standartları davaya uygulanacaktır⁴.

Sözleşme Kapsamında Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarında İade Kararları

Sözleşme'nin 8. Maddesi, âkit ülkelere çocuğun diğer ebeveyn tarafından başka bir ülkeye kaçırılması ya da o ülkede haksız bir şekilde tutulması halinde ebeveyn ile çocuğu bir araya getirme hususunda pozitif yükümlülük yüklemektedir, somut olarak kaçırılan çocuğun mutlak meskeni ülkesine iadesi kararının icrası için etkin önlemler almak⁵, iade kararı vermek⁶ ya da mutlak meskeni ülkesinde geride kalan ebeveyn adına iade davası açılmasını sağlamak⁷ yükümlülüğünü ge-

³ *Neulinger ve Shuruk / İsviçre* (BD) no: 41615/07 6 Temmuz 2010

⁴ Görüşte yer alan "Sözleşme" deyimini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini; "Lahey Sözleşmesi", Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesini; "AB Tüzüğü" 27 Kasım 2003 tarih ve 22001/2003 sayılı Konsey Tüzüğünü; "Mahkeme" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni; "Özel Komisyon" Lahey Sözleşmesi'nin Pratik İşleyişine İlişkin Özel Komisyonu, ifade etmektedir. Ayrıca, haksız bir şekilde velayete ilişkin haklarından mahrum bırakılan ebeveyn için "geride kalan ebeveyn", haksız kaçırma ya da tutma eylemini gerçekleştiren için ise "çocuğu kaçıran ebeveyn" deyimini kullanacağım. Çocuğun haksız bir şekilde kaçırıldığı ya da tutulduğu ülke için "ev sahibi ülke", çocuğun bu ev sahibi ülkeye kaçırıldığı ülkeye de "mutlak mesken ülkesi" deyimini kullanacağım.

⁵ Konuyla ilgili önde gelen karar Ignaccolo-Zenide /Romanya no: 31679/96, 25 Ocak 2000

⁶ Konuyla ilgili önde gelen karar Monory /Romanya ve Macaristan no: 71099/01 5 Nisan 2005

⁷ Konuyla ilgili önde gelen karar Iglesias Gil ve A.U.I. /İspanya no: 56673/90 pp.57-59, 29 Nisan 2003.

tirmektedir. Bu yükümlülükler davalı Devletin de taraf olduğu Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmalıdır⁸. Böylece Mahkeme kendisini Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun kaçırmanın gerçekleşmesinden önceki mevcut durumunun tesisi fel-sfesine adamaktadır⁹. Buna göre, çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesi, Lahey Sözleşmesi'nin 13 ve 20. Maddelerinde yer verilen iadenin reddi sebeplerinin varlığı haricinde çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesine hükmetmek zorunda iken, tartışma konusu yapılan velayetin esasına ilişkin karar verme yetkisi yalnızca mutad mesken ülkesi mahkemesine aittir. Her ne kadar iade davaları acil nitelikte olması ve iade kararlarının hızlı bir şekilde icra edilmesi gerekiyor ise de uluslararası çocuk kaçırma davalarında iade kararı verilmesi ev sahibi ülke mahkemesi tarafından bütün aile durumunun iade davası bağlamında detaylı ya da derinlemesine bir şekilde analiz edilmesini gerektirmektedir¹⁰. Ev sahibi ülke mahkemesinin karar verme sürecinin ya da sonuca ilişkin değerlendirmesinin yetersiz olması halinde çocuğun kaçırılan ebeveyn ile aile hayatına ilişkin gerçekleşecek müdahale demokratik bir toplumda zorunlu olmayabileceği için Lahey Sözleşmesi kapsamında verilen iade kararı Sözleşmeyi ihlal edebilecektir¹¹.

Bunun yanında, çocuğun durumunun detaylı analizi, onun kaçırıldığı ülkedeki davaların yerine geçmez zira çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesinin çocuk ya da ailesinin durumunu ve mevcut ve gelecekteki sosyal ve kültürel çevreyi temel alacak şekilde, re'sen, serbest bir şekilde davanın bütün esasına ilişkin değerlendirme yapması beklenti dışındadır. Yalnızca iade talebi ile ortaya çıkan çocuğun kaçırılmasına doğrudan bağlantılı hususlar, çocuğun yakın geleceğine ilişkin acil ve geçici kararlara ilişkin oldukları sürece ev sahibi ülke mahkemesi tarafından ele alınabilir. Bu, *Neulinger ve Shuruk* testi olarak adlandırılmaktaydı ki halen mevcuttur. Ev sahibi ülke mahkemesi tarafından gerçekleştirilen detaylı inceleme, çocuğun mutad meskeni mahkemesine ait olan velayet hakkına ilişkin yargı yetkisinde bir değişiklik anlamına gelmez. Bundan ötürü, *Neulinger ve Shuruk* kararı, Lahey Sözleşmesinin 19. Maddesinde yer verilen, Lahey iade davaları ve velayet davaları arsındaki temel farkı ortadan kaldırmaz.

⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesi. Diğerleri yanında bknz, *Ignaccolo-Zenide*, p.95; *Monory* p.81; *Iglesias Gil ve A.U.I.* p.61. Bununla birlikte, çocuğun kaçırılması halinde harekete geçme şeklindeki pozitif yükümlülük Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlere de uygulanacaktır. Bknz, *Bajrami / Arnautluk* no: 35853/05 12 Aralık 2006 ve *Hansen / Türkiye* no: 36141/97 23 Aralık 2003.

⁹ *Maumousseau ve Washington/Fransa*

¹⁰ *Neulinger ve Shuruk*

¹¹ Konuyla ilgili önde gelen dava açık bir şekilde *Neulinger ve Shuruk* davasıdır...

Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi Arasındaki Uyum

Lahey Sözleşmesi, anne ya da baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırmaya karşı, hükümetler arası organizasyonlar ve adli yardımlaşmadan oluşan karışık bir mekanizma yoluyla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. On altı yaşın altındaki bir çocuğun anne ya da babası tarafından mutata meskeni ülkesinden çıkarılması halinde Lahey mekanizması mümkün olduğunca kısa sürede “status quo”nun tesisini gerçekleştirmeye çalışmaktadır¹². Kaçırmanın haksızlığının kabulü için üç objektif şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: (1) kaçırmanın hemen öncesinde geride kalan ebeveynine ilişkin velayet hakkının mevcudiyeti, (2) kaçırılmadan önce bu hakkın etkin bir şekilde kullanımı, (3) kaçırma anında çocuğun mutata meskeninin belirlenmesi. Bunun dışında, kaçırılan ebeveynin niyeti gibi sübjektif unsurlar gerekli değildir¹³. İade talebi, yukarıda belirtilen Lahey Sözleşmesinin uygulanması için gerekli üç koşuldaki birinin gerçekleşmemiş olması halinde reddedilebilir¹⁴. İade, geride kalan ebeveynin çocuğun götürülmesine rıza göstermiş olması ya da sonradan onay vermesi halinde de ya da çocuğun iyiliğine ilişkin bazı şartların varlığı halinde de reddedilebilecektir. Somut olarak söylemek gerekirse eğer: (1) çocuğun iade edilmesinin, onu psikolojik ya da fiziksel zarara¹⁵ maruz bırakacağını ya da onu başka bir şekilde

¹² Uluslararası çocuk kaçırma, çocuğun bir ülkeden diğerine götürülmesi ya da yabancı bir ülkede haksız bir şekilde tutulması şeklinde gerçekleşmektedir. Davanın şartları açısından bakıldığında bu görüş, yalnızca ilk husus ile ilgili olarak geride kalan ebeveynine kişi, kurum veya madde 3’te öngörülen diğer yapılar olarak atıfta bulunacaktır. Lahey Sözleşmesinin iki önermesi vardır. Birincisine göre, velayete ilişkin en iyi kararı verecek olan mahkeme (*forum conveniens*) çocuğun mutata meskeni mahkemesidir çünkü ilgili deliller burada toplanmıştır. İkincisi ise kaçırmanın çocuğun gelişimine zararlı olduğudur zira çocuk, kendisine ilk bakan ebeveynini, akrabalarını ve bilinen sosyal ve kültürel çevreyi geride bırakmaya zorlanmaktadır. Aslında Lahey Sözleşmesi hazırlanırken, akılda yer alan kaçırılan ebeveyn tipi, yabancı, velayet hakkına sahip olmayan, annenin mevcut çocuk üzerindeki velayet hakkını kabul etmemeyen ve çocuğu mutata meskeninden haksız bir şekilde kaçırılan bir babaydı. 1990’lardan beri ise gerçek bu yönde değişmiştir. Bu günlerde davaların çoğunluğunda çocuğun babası ile ilişkisini bitirmesinin ardından ailenin mutata meskeni ülkesini değişik nedenlerle terk eden velayet hakkına sahip, yabancı bir anne mevcuttur. Sonuç olarak, delillere ilişkin önerme halen geçerliliğini koruyor ise de maddi kısma ilişkin olanı korumamaktadır.

¹³ Bknz. Thomson / Thomson [1994], 3 S.C.R. 551. Bu davada, annenin çocuğun İskoçya’dan çıkmasının yasaklandığına ilişkin bilgisinin olmasının esaslı unsur olmadığına karar verilmişti. Esasında Lahey Sözleşmesi, çocuğun kasti ya da kasıt olmadan çıkarılması arasında ayırım yapmamaktadır. Bknz. *Mattenklott / Almanya* no: 41092/06 11 Aralık 2006.

¹⁴ Bazı mahkemeler, “yargıdan kaçanın hak iddia edemeyeceği”, “feragat etme”, “kirli eller” gibi diğer usuli savunmaları da dikkate almıştır. (Özet için Federal Adalet Merkezi, Uluslararası Dava Uyuşmazlık Merkezi, 1980 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Yargıçlar İçin Bir Rehber, 2012, pp 91-98).

¹⁵ Ulusal mahkemeler, çocuğun bir savaş bölgesine iadesi, sivil çatışma, genel şiddet, açlık, has-

tahammül edilemez bir duruma düşüreceğini gösteren ağır bir riskin varlığı¹⁶. (2) çocuğun belli bir olgunluk derecesine ulaşmış olması, (3) çocuğun kaçırıldığı ülkeye uyum sağlamış olması ve kaçırma ile iade işlemlerinin başlaması arasında bir yıl zaman geçmiş olması¹⁷ veya (4) talepte bulunulan ülkenin insan haklarının korunmasına ilişkin temel ilkelerinin iadeye izin vermemesi¹⁸.

Lahey Sözleşmesini terminolojisinin, kendi özerk yapısı ile bağlantılı ve amaçları ışığında yorumlanması gerektiği için velayet hakları mutat mesken ülkesi ulusal mevzuatı tarafından başka bir terminoloji ile belirtilen hakları da içerebilecektir ve herhangi bir ülkenin “velayet hakkı” olarak tanımladığı haklarla örtüşmeyebilecektir¹⁹. Örneğin, çocuğun bakımını üstlenen evli olmayan ebeveyn buna rağmen velayet hakkından yoksun bırakılabilir²⁰. Velayet hakları ve mutat mesken veya ağır risk iddiaları gibi hukuki ve fiili hususların değerlendirilmesi iade talebi ile ilgili kararı verecek olan mahkeme ya da yetkili makama aittir²¹. Lahey Sözleşmesi'nin 30. Maddesinde yer verileden ayrı olarak, her Devlet iade davalarındaki delillere ilişkin kuralları kendisi belirleyecektir. İade davasında esas delil gösterme yükümü geride kalan ebeveyne aitken, bu talebin geri çevrilmesiyle ilgili olarak ise çocuğu kaçıran ebeveyndedir. Bununla birlikte bazı ülkelerde ortaya konan savunmaya bağlı olarak değişik delil gösterme yükümleri söz konusudur²². Her ne kadar iade davalarında kabul edilen deliller dar bir ölçüte bağlı değilse de delillerin toplanması ve kabulü, sürat gerekliliği ve soruşturmayı doğrudan iade sorununa ilişkin hususlarla sınırlamanın önemine göre yönlendiriliyor olması gerekmektedir²³.

Lahey Sözleşmesinin icra işlemlerine ilişkin olarak herhangi bir kesin düzenlemesinin olmaması açısından bakıldığında, çocuğun iadesi mutat mesken ülke-

talık, kirlilik, yapılanma problemleri, zor yaşam koşulları, çocuğun ihmali halleri, suiistimal, travma sonrası stres bozuklukları ve ayrılık travması gibi hallerin varlığını da tartışmışlardır.

¹⁶ AB Tüzüğü'nün 11(4) ve (8) maddesinin problemleri dar yapısı, savunmayı anlamsız kılmış ve ev sahibi ülkedeki bütün denetlemeyi ortadan kaldırmıştır.

¹⁷ Ulusal mahkemeler bu tür etkenleri yeni çevredeki ikametinin devamlılığı ve sürekliliği, okul ve okul dışı etkinliklere katılma ve dili akıcı şekilde konuşma olarak değerlendirmişlerdir.

¹⁸ Her ne kadar lafzi olarak çocuğun insan hakları ile sınırlanmamış olsa da. 20. Madde “kamu düzeni”nin çok dar nitelendirilmiş bir şeklini düzenlemeyi amaçlamış olması nedeniyle bazıları 20. Maddenin zaten önceki sebeplerin içinde (Madde 13) düzenlendiğini iddia etmektedir.

¹⁹ Özel Komisyon'da “mutat mesken” ve “velayet hakları” deyimlerinin normal olarak uluslararası bir şekilde ve herhangi bir ülkenin hukukuna atfen olmayacak bir biçimde yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.

²⁰ Üçüncü Özel Komisyon Raporu, 1997, p.13.

²¹ Özel Komisyon Sonuç ve Tavsiyeler, 2012 p.13, 36 ve 80.

²² Özel Komisyon, Rapor v e Sonuçlar, 2002, p. 64.

²³ Özel Komisyon 4. Toplantı, Tavsiye3.7

si mahkemeleri, merkezi makamları ya da diğer makamlara hatta geride kalan ebeveyne de bırakılabilmektedir. Çocuğa, bazı durumlarda anılan ülke mahkemesi farklı karar vermediği müddetçe kaçırılan ebeveyn tarafından de eşlik edilebilmektedir²⁴. İade kararı, kapsamlı (mutat meskeni ülkesi mahkemeleri tarafından verilecek velayetin esasına ilişkin karara müdahale etmemek) ve süre ile (tedbirlerin mutata meskeni ülkesinin durumun gerektirdiği tedbirlerden birini almasına kadar geçerli olabilmesi) sınırlı olmak kaydıyla, koşul, şart ya da taahhüt gibi bazı önleyici tedbirler ile bağlantılı olarak da verilebilir²⁵.

Bu sebeple, Lahey Sözleşmesi temel olarak bir yargı yetkisinin belirlenmesi sözleşmesidir. Fakat ilgili çocuğun selametiyle ilgili esasa ilişkin konulara da kör değildir zira 13. maddesinde çocuğun yüksek menfaatinin, 20. maddesinde de onun insan haklarının değerlendirme konusu yapılması zorunluluğunu getirmektedir²⁶. Lahey Sözleşmesi'nin genel kamu düzeni amacı ve çocuk ile onun ailesinin hayatı üzerindeki somut etkilerinin yalnızca yüzeysel ve basitleştirilmiş bir şekilde değerlendirilmesi, onun yalnızca usule ilişkin bir metin olduğu yönündeki iddiayı destekleyebilir. Aksi değerlendirme, çocuğa ilişkin bütün işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin öncelikli olduğu ilkesi ile her çocuğun hak objesi değil, hak süjesi olarak görülmesi gerektiği görüşü üzerindeki uluslararası mutabakatı yansıtan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin onaylanması ile zorunlu hale gelmiştir²⁷. Dahası, velayet hakkı olmayan kaçırılan ebeveyn, genellikle çocuğa ilk bakan kişi olan velayet hakkı sahibi kaçırılan ebeveyne doğru gerçekleşen sosyolojik kayış, Lahey Sözleşmesi'nin savunma amaçlı hükümlerine yönelik evrimsel ve amaçsal yaklaşım ışığında, olayların daha bireyselleştiril-

²⁴ İkinci Özel Komisyon Toplantısı raporu, 1993, III. Bölüm Soru:1'e cevap: iade kararı veren mahkeme, aynı zamanda iadenin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntıları ve gerektiğinde hangi zorlayıcı tedbirlerin uygulanacağını kararında mümkün olduğunda detaylı ve belirli bir şekilde belirtmelidir.

²⁵ Çoğunlukla anglo-sakson ülkeleri olmak üzere bazı hukuk sistemlerinde bu şartlar geride kalan ebeveyn tarafından verilen ve yaptırım olmayan taahhütlerden, bir "ayna hüküm" (mutat mesken ülkesinde verilen ve daha önce çocuğun kaçırıldığı ülke mahkemesinde verilen karar ile aynı olan hüküm) verilmesine kadar çeşitlilik gösterebilmektedir.

²⁶ Bknz. Perez-Vera Raporu p.25: "*bu istisnalar, çocuğun menfaatinin bu alandaki yön gösterici ölçüt olduğuna ilişkin fazla muğlak ilkenin yalnızca somut örnekleridir*". Bu ifade, " çocuğun yüksek menfaati ilkesinin somut hukuksal bir standarttan ziyade sosyolojik bir paradigmaya benzediğine" ilişkin görüş ile birlikte okunmalıdır. (p.21).

²⁷ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (1989) 3/1. maddesi, uluslararası teamül hukukuna ait ve Lahey Sözleşmesi'nin de önsözünde yer alan "çocukların menfaatlerinin onlara ilişkin velayet davalarında önde gelen husus olduğuna sıkıca inanmak" şeklindeki ilkeyi tanımlamıştır.

miş, olayın şartlarına daha hassas bir şekilde belirlenmesini gerektirmektedir²⁸.

Bu arka planın karşısında Lahey Sözleşmesi ile Sözleşmenin birlikte değerlendirilmesi büyük bir öneme sahip olmaktadır. Bu iki uluslararası antlaşma tarafından kurulan insan haklarını koruma mekanizmaları, en azından Lahey Sözleşmesi'ni 13 (b) ve 20 maddelerinde olmak üzere, açıkça birbirleriyle üst üste gelmektedir. Sonuçta her iki sözleşme de çocuğun kaçırılmasından önceki "status quo"nun, çocuğun yüksek menfaatleri ve insan hakları ile uyumlu bir şekilde yeniden tesisini amaçlamaktadır. Sorun, Lahey Sözleşmesi'nin iadeye karşı ileri sürülen savunmalara ilişkin hükümlerinin, iddia edildiği şekliyle, istisnai nitelikleri ve dar yorumlarında yatmaktadır²⁹. Lahey'in iadeye karşı hükümlerinin, içlerini boşaltacak şekilde otomatik ve minimalist bir şekilde yorumlanması "Scylla"sından, çocuğun velayetiyle ilgili esasa ilişkin hususların yerine geçecek yeni ve serbest bir çocuğun yüksek menfaatleri savunması yaratmak "Charybdis"³⁰ arasında, Mahkeme her iki tehlikeye de direnmiş ve orta yolu seçmiştir. Buna göre, Lahey Sözleşmesi'nin iadeye karşı getirdiği savunma mekanizmaları, çocuğun yüksek menfaatinin kapsamının ne olduğunu tahdidi bir şekilde belirlemiştir. Bununla birlikte, bu savunmalar, çocuğun insan haklarını da içermektedir ve ciddiye alınmaları gerekmektedir.

Uluslararası çocuk kaçırma davalarında iade hükümleri incelenirken, Mahkeme'nin görev alanı 1980 Lahey Sözleşmesi'nde iadeye karşı çocuğun selameti temelli savunmalar ile sınırlıdır. Sözleşme kapsamındaki derinlemesine analiz, daha geniş olamaz ve olmasına da ihtiyaç yoktur. İadeye karşı getirilen ulaşılabilir itirazların günümüz sosyal şartları ve son yıllarda ortaya çıkan sosyolojik eğilimlerin ışığında yorumlanması yeterlidir. Bu, Büyük Daire'nin üç yıl önceki amacıdır: *Neulinger ve Shuruk* davası, Lahey Sözleşmesi'nin amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumlanması için bir çağrıdır.

Dolayısıyla Mahkeme kendisini ev sahibi ülkedeki mahkemelerin Lahey Sözleşmesi ile uyumlu bir şekilde karar verip vermediklerini incelemekle sınırlamalıdır. Ama aynı zamanda özellikle Lahey Sözleşmesi'nin yorumlanmasının günümüz sosyal şartlarını görmezden gelen ve uygulamasının da yararlı etkisinin içini boşaltacak ve hatta nihai amacına zarar verecek şekilde yapıldığı zamanlarda

²⁸ Bknz. aynı yönde; Lordlar Kamarası, *M(FC) and another (FC) (Children) (FC)* [2007] UKHL 55.

²⁹ Perez Vera Raporu, p.25, 34, ve 116...

³⁰ Yunan mitolojisinde iki hayali canavarı ifade eden bu isimlerden "Scylla" devasa bir deniz canavarını, "Charybdis" ise bir girdabı ifade etmektedir. *Scylla ve Charybdis* deyimini, görüşü yazan yargıç tarafından iki tehlikeli durum arasında kalmak anlamında İngilizce metinde kullanılmıştır (Ç.N.)

olmak üzere, Lahey Sözleşmesini düzgün bir şekilde yorumlanması ve uygulanması konusuna da girebilir³¹. Sözleşmeye göre, bir çocuğun kaçırılması, çocuğun mümkün olan en kısa sürede mutad meskeni ülkesine dönmesinin onun için en iyisi olduğu yönündeki aksi ispat edilebilir karinenin uygulanmasına neden olmaktadır. Bu varsayım, 8. maddedekiler dâhil olmak üzere çocuğun insan haklarının iade halinde tehlikeye düşeceğine inanmak için mantıklı gerekçeler olması hali haricinde uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu varsayımı çürütme için başvuranın, bu varsayımın uygulanmasının çocuğun 8. maddede yer alan aile hayatı ve özel hayata saygıya ilişkin insan haklarının ihlaline yol açacağını iddia ve ispat etmiş olması, ev sahibi ülke mahkemesinin de durumun bu şekilde olduğuna karar vermesi gerekmektedir³².

Bir yandan insan haklarına ilişkin sınırlamaların dar şekilde³³ yorumlanması gereği karine teşkil ederken, iadeye ilişkin itirazlar, teknik olarak ifade etmek gerekirse, her hangi bir insan hakkına yönelik sınırlama değildir. Sözleşme ışığında bu tür itirazlar bir karinenin çürütülmesi için genel gerekçelerdir ve zorunlu olarak dar bir yoruma tâbi değildir³⁴. Böylece, Lahey Sözleşmesi'nin dar bir şekilde yorumlanması ile aynı metnin Sözleşme ışığında amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumlanması arasındaki farktan kaynaklanan bir şekilde çocuğun durumuna ilişkin birbirleriyle çelişkili değerlendirmelerin varlığı halinde, anılan amaçsal ve evrimsel yorum diğerinin üstün gelmelidir. Her ne kadar varsayım olarak Sözleşme ve Lahey Sözleşmesi el ele yürüseler de, durum böyle olmadığında yolu gösterecek olan Sözleşmedir³⁵. Bu mantık silsilesinin uygulamadaki yararı, Avrupa'da, nihai anlamda gerek iade kararının icrasından önce gerekse sonra olsun, kaçırılan çocuğun yüksek menfaatinin ve insan haklarının değerlendirilmesinde Mahkeme'nin son sözü söyleyecek olmasıdır. Bu mantık yürütme şekli ayrıca ev sahibi ülke mahkemelerinin, çocuğun ve ailenin durumunu Sözleşme

³¹ Ulusal makamların uluslararası kuralları yorumladığı hallerde, Mahkeme'nin rolü bu kuralların uygulanabilir olup olmadığı ve yorumlanma şekillerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadıklarını değerlendirmekle sınırlıdır...

³² İstenen ispat ölçütünün, olasılıkların sıradan bir dengesi dışında bir şey olduğuna ilişkin bir önerme mevcut olmadığına göre, ev sahibi ülke mahkemesinin hem iade, hem de iadenin reddi gerekçeleri ile ilgili olarak her türlü mantıklı şüphenin ötesine ikna edilmesi zorunlu değildir. (bkzn. *M.R. ve L.R. v. Estonya*, p. 46). Esasında, iade davalarının geçici ve kısa niteliği de ispata ilişkin bu daha hafif ölçütü ifade etmektedir.

³³ *Klass / Almanya* kararı, 6 Eylül 1978.

³⁴ Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *D.P. ve Commonwealth Central Authority* ve Güney Afrika Yüksek Mahkemesi *Sonderup/ Tondelli* ve Birleşik Krallık Re. E davalarında doğru bir şekilde ifade edildiği üzere, itiraz hükümlerinin dar bir şekilde yorumlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca, itiraz hükümlerine eklemek için ayrı bir istisnailik testine de gerek yoktur.

³⁵ Bu, Avrupa İnsan Haklarını Koruma Sisteminin bir garipliği değildir.

ile uyumlu bir şekilde değerlendirme zorunlulukları karşısında, ev sahibi ülke mahkemelerinin görevini de etkilemektedir. Avrupa’da, ev sahibi ülke hâkimi, Lahey Sözleşmesi’nin 12,13 ve 20. Maddelerini Sözleşme ve Mahkeme’nin içtihadı ışığında yorumlamalıdır. Bu tür bir değerlendirme Mahkeme’nin yetkisi altında olmayan, tarafların bu nedenle mutlak mesken ülkesinde ihlal edilmesi halinde Mahkeme’ye başvuru yapamayacakları ülkelere iade kararı verileceği zaman özellikle önem arz etmektedir³⁶.

Âkit devletlerin yükümlülüklerinin uygulanması ve yorumlanmasının yeknesaklığını sağlayan ve buna göre yükümlülüklerini yerine getirmeyen devletlere yaptırım uygulayan denetleyici bir kurumdan yoksun olan uluslararası bir mekanizmada, ulusal mahkemelerin uyguladığı mevzuat ve içtihat arasında bir devletten diğerine büyük farklılıklar oluşmasına yönelik gerçek bir risk mevcuttur. Yaşananlar bu riskin gerçek olduğunu ortaya koymuştur. Bu kurumsal zayıflığın acı sonucu kolayca görülebilir: uluslararası mekanizmanın işleyişinde bu kadar büyük çelişkilerin meydana geldiği ve ulusal makamların Lahey Sözleşmesinin amacını yorumlamak için yabancı ülke kararlarına az önem verdiği veya hiç önem vermediği bir yerde gelişme için çok sınırlı bir alan vardır. Taraf ülkelerin Lahey Sözleşmesi’ni kanunlaştırma, uygulama ve yorumlamasına ilişkin anlamlı bir ulusal üstü mekanizmanın yokluğunda, taraf devletlerin mahkemeleri istedikleri gibi davranmakta, bazen bariz ve taraflı bir şekilde kendi ülkesinden olan taraf lehine karar verebilmektedir. Lahey mekanizmasının bünyesindeki bu zayıflık, Lahey Sözleşmesi tarafından kullanılan bulanık ve belirsiz hukuki terminoloji ve ispata yönelik duruşma, keşif, ispat yükü, başvurular, durma kararları, tedbir kararları gibi usûl kurallarının eksikliği nedeniyle daha da büyümüştür. Farklı, çelişkili ve kafa karıştırıcı ulusal mahkeme içtihadının zarar verici etkisi icra aşamasının Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenmemiş oluşu ve daha somut anlamda “ayna hükümlerin” uygulanması için şart, taahhüt ya da kayıtlara yönelik yasal bir temel oluşturulmaması ya da bir sistem öngörülmemesi dolayısıyla daha da genişlemektedir³⁷.

³⁶ Avustralya mahkemesinin, annenin kendi çocuğu ile Letonya dilinde konuşmasını yasaklayan kararı durumu anlatmaktadır. Sözleşme ile bağlı olmayan ülkelere iade edilmesi sonucu, çocuğun hakları Mahkeme’ye başvuru için hukuki yollardan yoksun kalarak ciddi bir şekilde ihlal edilebilir.

³⁷ Lahey Sözleşmesi için, iade kararlarının icra aşamasındaki temel yükümlülükleri ve güvenceleri kanunlaştıracak, Lahey Sözleşmesi’nin yeknesak bir şekilde yorumlanmasına ilişkin bağlayıcı bir mekanizmayı ortaya koyacak ve Taraf Devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadıklarını denetleyecek bir ek protokole olan ihtiyaç açıktır. 1980 tarihli, “Çocukların Muhafaza Altına Alınmasına İlişkin Kararların İnfazı Ve Tanınmasına Ve Çocukların Muhafaza Altına Alınmasının Telifine Dair Avrupa Sözleşmesi” ve 1996 Tarihli “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Ko-

Bu bağlamda, Mahkeme'nin, ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasında Sözleşme'de yer verilen insan haklarını güvence altına alıp almadıklarını değerlendirmesi, birbiriyle çelişen farklı içtihat riskini azaltmaktadır³⁸. Dahası, bütün ulusal mahkemelerin çocuğu kaçırın ebeveyn lehine gerekçelendirilemeyen bir yorumunun oluşmamasını sağlayan uluslararası bir mahkemenin denetimine tâbi olduğu bir insan hakları koruma sisteminde, *işine gelen mahkemeyi seçme* şeklindeki eğilim de ortadan kalkacaktır. Böylece, en azından Sözleşmeye taraf ülkeler arasında, çocuğun haklarının korunması, Devletler arasındaki karşılıklı anlayış, sınır aşan çocuk kaçırılmalarda işbirliği gibi konularda Lahey Sözleşmesi'nin Sözleşme'nin ışığında yorumlanan hükümlerinin yeknesak şekilde uygulanması sayesinde ilerleme sağlanacaktır³⁹.

Sistemden kaynaklanan bazı sorunlara rağmen, Lahey Sözleşmesi sınır aşan ebeveynlerin çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan dramların çözülmesinde büyük bir araç olduğunu ispatlamıştır. İnkâr edilemez nitelikteki olumlu sonuçları korunmalı ve teşvik edilmelidir. Bununla birlikte, hem "çocuğun yüksek menfaati"nin öncelikli oluşunun uluslararası teamül hukuku ve sözleşmeler hukukunun bir ilkesi olduğu ve içi boş bir sosyal paradigma olmadığına dair uluslararası kabul, hem de "çocuğu kaçırın ebeveyn"e ilişkin sosyolojik kalıptaki değişim, Lahey Sözleşmesi'nin ilk olarak ve her şeyden önce çocuğun gerçek durumuna ve yakın geleceği ışığında iadeye yönelik olarak ileri sürülen itirazlarda ortaya çıktığı şekliyle amaçsal ve evrimsel bir şekilde yorumu için çağrıda bulunmaktadır. İadeye yönelik itirazların, geride kalan ebeveyn lehinde geçmişte kalmış, tek taraflı ve aşırı basite indirgeyici nitelikte ve çocuğun ve ailesinin gerçek durumunu görmezden gelen ve çocuğu kaçırın ebeveynin davranışını "cezalandırıcı" bir tutum takınan dar bir biçimde yorumlanması, Lahey Sözleşmesinin nihai amacını, özellikle çocuğun ona ilk bakan ebeveyn tarafından kaçırıldığı durumlarda olmak üzere, bozguna uğratacaktır. Lahey Sözleşmesi'nin

runması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme" den alınan dersler bu yönde rehberlik edebilir.

³⁸ Aynı husus inter-Amerikan insan hakları koruma sisteminde de açıkça geçerlidir. İnter-Amerikan Komisyonu, temyiz esnasında iade kararı verilmesinin Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal etmediğine karar vermiş ve bu karar Arjantin mahkemesinin kararını değiştirmiştir. (Rapor no: 71/100 X ve Z /Arjantin, 3 Ekim 2000. P.38, 51 ve 56)

³⁹ Avrupa dışındaki ülkelerin Lahey Sözleşmesi'ni uygulama şekilleri üzerinde rol oynayabilecek olan, Mahkeme'nin içtihadının caydırıcı etkisini hatırlatmak burada ilgisiz bir durum oluşturmayacaktır. Buna karşılık olarak da Amerika ve Afrika insan haklarını koruma sistemlerinin kararları da Avrupa ülkelerinin uygulamalarını etkileyebilecektir. Uluslararası mahkemeler arasında evrensel hukuki standartlarını gelişimini teşvik edecek ve çocuk haklarının ilerlemesini hızlandıracak bir diyalog ortaya çıkabilir.

bu şekilde oluşması, özellikle 8. Maddede yer alan ve tabii ki Lahey çözümünün geçici, kısa ve acil yapısını görmezden gelmeksizin saygı gösterilmesi gereken ve çocuğun yüksek menfaatlerinin içinde yer alan insan haklarıyla ayrı yerlerde olacaktır⁴⁰.

Avrupa Standardının Huzurdaki Davaya Uygulanması

Letonya mahkemelerinin, çocuğun Avustralya'ya iadesi halinde annesi ile arasındaki gelecekteki ilişkinin nasıl olacağı, çocuğun Avustralya'daki selameti, çocuğun psikolojik durumu gibi hususları düzgün bir şekilde ele almayı ihmal ettiği sabittir⁴¹. *Neulinger ve Shuruk*'un ışığında bakıldığında, ulusal yargılamalardaki bu eksiklikler tek başına 8. Maddenin ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli olacaktır çünkü söz konusu madde tarafından istenen "derinlemesine" Büyük Daire'nin yeni jargonuyla "etkin" inceleme ile uyumlu olmayacaktır. Pratik bir şekilde söylenecek olursa, Büyük Daire bir kez daha *Neulinger ve Shuruk* kararını uygulamıştır⁴².

Letonya mahkemelerinin çocuğun durumunu, yüzeysel ve elini taşın altına koymadan ele alışı Büyük Dairece haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Bir yandan anne tarafından iade kararının icrasının ertelenmesi için sunulan psikolojik raporuna dikkate alırken diğer yandan aynı raporu temyize ilişkin kararı verirken görmezden gelerek, ulusal mahkemeler yalnızca kendileri arasında çelişkiye düşmemiş, aynı zamanda raporun çocuğun iadesine bağlı ciddi risklerin var olduğu yönündeki sonuç kısmını etkin bir şekilde göz önüne alamamışlardır. Bu

⁴⁰ Acil ve ivedi nitelikteki bir yargılamada "derinlemesine analiz" gerçekleştirmenin neredeyse imkânsız olduğuna yönelik eleştiriyi kabul etmeye hazır değilim. Birinci olarak, daha önce açıklandığı gibi, soruşturmanın konusu *Neulinger* ile iade talebinin özel içeriği ile sınırlandırılmıştır. Lahey Sözleşmesi davaları da dâhil olmak üzere birçok aile hukuku davasına katılmış olmanın avantajıyla, hâkim tarafından zaman çizelgesinin sıkı bir şekilde kontrol edilebildiği hallerde düzgün, hızlı ve sınırlı bir incelemenin mükemmel bir şekilde yapılabilir olduğuna ikna oldum. Derinlemesine analiz, başına buyruk yanlış tanımlanmış ve aşırı olmak zorunda değildir.

⁴¹ X ve Z / Arjantin kararında psikolog ve mahkeme tarafından atanan bir sosyal çalışmacı tarafından iki ebeveynin ve çocuğun dinlenilmesinin ardından çocuğun değerlendirilmesi, İnter-Amerikan Komisyonu tarafından adil, hızlı ve tarafsız yargılama hakkını ihlal eder nitelikte bulunmamıştır.

⁴² İlk bakışta, çoğunluk oyu kendisini *Neulinger ve Shuruk* ilkelerinden geri çekiyor gözükmektedir (bknz. p.107). Fakat bu gerçekçi bir etki izlenim değildir. Çoğunluk oyu aynı zamanda taraflardan biri tarafından ileri sürülen iddiaların etkin bir şekilde incelenmesini istemektedir (p.118). Büyük Daire'nin, iade taleplerini incelerken çocuğun "insan hakları"nın esasına girmenin mahkemenin yetkisi dâhilinde olduğu yönündeki görüşünü halen koruduğu dikkate alınacak olursa, "derinlemesine" sıfatının "etkin" sıfatıyla değiştirilmesi pek de bir şeyi değiştirmeyecektir (p.117). başka bir deyişle, bu karar *Neulinger ve Shuruk* standardını değiştirmemektedir.

da, psikolog raporunun çocuğun iadesini reddetmek için geçerli bir delil olarak kullanılamayacağı yönündeki yanlış iddiaya dayanmaktadır⁴³. Riga Bölge Mahkemesi kararının travma yaratıcı bir şekilde uygulanması ve Avustralya mahkemelerinin açıkça cezalandırıcı nitelikteki annenin kızına erişimine çok geniş kapsamlı sınırlamalar getiren kararı da Letonya mahkemelerinin, davayı çocuğun fiziksel iadesini hazırlayamayan, Avustralya'da çocuğun haklarına ilişkin etkili güvencelerin ve annenin iade durumunda çocuğu ile irtibatı sürdürme imkânı olup olmadığını inceleyemeyen, annenin çocuğu ile irtibatının engellenmemesi ya da belirgin bir şekilde sınırlandırılmaması amacıyla koruyabilmesi için doğru taahhütler, kayıtlar veya hükümler ile şarta bağlı hale getiremeyen şekilde ele alışının ilave ve üzücü sonuçları olmuştur⁴⁴.

Daha da kötüsü, Letonya mahkemeleri, başvuran ve T'nin çocuğun doğumu anında evli olmamaları, çocuğun doğum belgesinin babanın adına yer vermemesi ve çocuğun anne halen bir başkası ile evli iken doğmuş olmasına rağmen Avustralya mahkemeleri tarafından verilen başvuran ve T'nin doğumdan itibaren ortak velayete sahip oldukları yönündeki bir kararı kabul etmiştir. Avustralya mahkemesinin kararı çocuğun kaçırılmasından sonra ve geriye etkili olarak alınmıştır. Dosyadan anlaşıldığı kadarıyla Avustralya mahkemesinin kararı, fotoğraflara, e-posta çıktıklarına ve yalnızca T'nin ifadesine dayanmaktadır. Babalık testi yapılmamıştır⁴⁵. Tanık dinlenilmemiştir. Başka bir deyişle, Letonya mahkemeleri Lahey Sözleşmesi'nin koşullarının karşılanıp karşılanmadığını, daha somut bir şekilde söylenecek olursa ortada Lahey Sözleşmesi bağlamında bir çocuk kaçırma olup olmadığını dahi göz önüne almamışlardır⁴⁶.

⁴³ Benzer ihmallere V. / Belçika ve Sneerssone kararlarında cezalandırılmıştır.

⁴⁴ Sylvester /Avustralya ve Mattenklott kararlarında ortaya çıktığı gibi.

⁴⁵ Mattenklott / Almanya kararında iade kararı evli olmayan babaya yapılan babalık testi ve babanın ara sıra çocukla kaçırılmadan önce iletişim kurmasından yola çıkılarak kaçırma anında velayet hakkının kullanıldığı varsayımında dayanmaktaydı.

⁴⁶ Sözde yeni gelişmekte olan çocuklarına velayetine ilişkin haklar Mahkemenin önündeki iki davanın esasını teşkil etmektedir. *Balbontin / Birleşik Krallık* (no: 39067/97 , 1 Eylül 1999) kararında Mahkeme, ulusal mahkemelerin, evli olmayan başvuran ebeveynine çocuğun kaçırılmasından sonra velayet hakkının verilmesinin. Çocuğun kaçırılmasını geriye etkili bir şekilde haksız hale getirmeyeceği yönündeki kararlarını onaylamıştır. *Guichard / Birleşik Krallık* kararında (no: 56838/90, 2 Eylül 2003) Mahkeme, her ne kadar doğumdan önce çocuğunu tanımış olsa da çocuğun Fransa'dan kaçırıldığı anda velayet hakkına sahip ve evli olmayan baba başvuran tarafından yapılan başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bu içtihatı temel alan AIHM, evli olmayan ve kaçırılmadan önce velayet hakkını almak için adım atmayan babanın olduğu bir davayı da aynı şekilde hükme bağlamıştır. Çocuğun, başka bir ülkeye götürülmesi, velayet hakkına sahip olan anne tarafından seyahat hürriyeti ve çocuğun ikametini belirleme hakkının meşru bir şekilde kullanımını ifade etmiştir. Son olarak, *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 2 AC 562* kararında, Lordlar Kamarası, fiili velayetin

Gerçekte, T'nin ne şekilde olursa olsun Lahey Sözleşmesi'nin 3 (a) maddesinin gerektirdiği şekilde çocuğun Avustralya'dan götürülmesinden hemen önce velayet hakkına sahip olmaması nedeniyle davadaki olayla bir çocuk kaçırma aşamasına ulaşmamıştır. Resmi olarak, 17 Temmuz 2008 tarihinde Avustralya'yı terk ettiklerinde anne bekârdır ve çocuğun da kayıtlı bir babası bulunmamaktadır. Çocuğun doğumundan Avustralya'yı terk ettikleri süreye kadar T yalnızca resmi olarak çocuğu tanımamakla kalmamış aynı zamanda resmi makamlar önünde de babalığını inkâr etmiştir. T yalnızca çocuğun kaçırılmasından sonra velayet hakkı için başvurmuş ve kazanmıştır. Bu da kaçırma anında hukuki olarak annenin, velayet hakkı da dâhil olmak üzere tek başına ebeveyn sorumluluğuna sahip olduğunu göstermektedir. Avustralya mahkemesinin 6 Kasım 2008 tarihli kararı, Lahey Sözleşmesi'nin 3 (a) maddesinin zaman gerekliliğini ortadan kaldıracak ve başka türlü temelsiz bir iade talebine dayanak olacak şekilde geriye etkili olarak kullanılamaz⁴⁷.

SONUÇ

İnsan haklarının ciddiye alınması, Lahey Sözleşmesi'nin yalnızca çocuğun yüksek menfaati ve uzun vadede uluslararası çocuk kaçırmanın önlenmesi için değil ayrıca kısa vadede Lahey iade prosedürlerine konu her bir çocuk bireyin de yüksek menfaatine de işletilmesini gerektirir. Çocuklar için adalet, hızlı ve geçici nitelikte bir adalet olsa dahi, söz konusu olan her bir çocuğun bireysel özellikleri gibi huzurdaki gayet somut davanın bütününe yönelik bir bakış ile gerçekleştirilebilir.

Yalnızca iade prosedürü bağlamı özelinde çocuğun bütün durumunun derinlemesine ya da etkin bir analizi böyle bir adaleti sağlayabilir. Hukukçu olmayan bir kimsenin deyimleriyle ifade edilecek olursa *Neulinger ve Shuruk* yaşıyor ve gayet iyi. Bu karar, geniş hukuki ilkeleri ortaya koyan ve yargısal sevecenliğin gelip geçici ya da değişken bir işlemler niteliğinde olmayan bir karardır ve halen öyledir.

Lahey Sözleşmesi anlamında velayetten kaynaklanan hakların kullanılması için yeterli sayılmayacağına karar vermiştir. Kaçırma anında anne tek başına velayet hakkına sahip olduğuna göre, kayıtlı babaya velayet hakkının sonradan verilmesi, çocuğun götürülmesini haksız kılacaktır. Bu bağlamda, Birleşik Krallık Mahkemeleri, Avustralya mahkemesi kararları ile bağlı değildir. Barones Hale, sonraki bir kararda bu kararın alandaki yol gösterici karar olduğunu belirtmiştir.

⁴⁷ Bu olgu, Avustralya Merkezi Makamı'nın çocuğun kaçırılması anında T'nin E üzerinde ortak velayete sahip olduğu yönündeki beyan ile de değişmemektedir. İlk olarak, bu beyan Letonya mahkemeleri bakımından bağlayıcı değildir. İkinci olarak ise velayet hakları Lahey Sözleşmesi'nde özerk bir anlama sahiptir. Davanın kendine özgü şartlarında ve Sözleşme ışığında, Avustralya makamının beyanı T'ye Lahey Sözleşmesi mekanizmasını başlatmak için velayet hakkı vermez.

Huzurdaki somut olayda, ulusal mahkemeler yalnızca derinlemesine ya da etkin bir analizden vazgeçmemiş, her şeyden önce Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini bile incelememiştir. Çocuğun Letonya'dan götürülmesi olaydaki tek haksız kaçırma teşkil ettiği için, başvuran çocuğu ile aile hakkına yönelik olarak bir müdahalede bulunulmasının hukuki bir dayanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin ihlal edildiği düşüncesindeyim.

YARGIÇLAR BRATZA, VAJIC, HAJIYEV, SIKUTA, HIRVELA, NICOLAOU, RAIMONDI VE NUSSBERGER'in ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ

1. Maalesef, başvuranın 8. maddede dayanan hakkının ihlal edildiği yönündeki Mahkeme'nin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

2. Çoğunluk düşüncesi ile bizim düşüncemiz arasındaki farkın Lahey Sözleşmesi kapsamında yer alan çocuk kaçırmalarda uygulanan ve bizim de diğer yargıçlar ile tamamen mutabık olduğumuz genel ilkelere ilgili olmadığını başlangıçta açıklığa kavuşturmamız gerekmektedir. Özel olarak, çocuğun iadesinin çocuk ve ebeveynlerin hakları üzerindeki inkâr edilemez etkilerine rağmen, Sözleşme'nin 8. maddesinin, talepte bulunulan ülke yargısal ya da diğer makamlarının söz konusu çocuğun bütün aile durumuna ilişkin derinlemesine bir analiz yapılmasını gerektirmediği düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, 8. maddenin ulusal makamlara Lahey Sözleşmesi'nin 13 (b) maddesi kapsamında bir davayı incelediği esnada, iadesi halinde çocuk için "ağır risk" in mevcudiyetine ilişkin iddiaları göz önüne alması ve bu tür iddialar temelsiz bulunduğu için reddederken yeterli gerekçe göstermesini zorunlu kıldığı düşüncesine de katılmıyoruz.

3. Çoğunluk ile ayrıldığımız husus, huzurdaki davada Letonya ulusal mahkemelerinin başvuranın talebini reddedip çocuğun Avustralya'ya iadesine karar verirken bu usûli gerekliliklere yeterince riayet edip etmediği sorununa ilişkindir.

4. Letonya mahkemelerinin, ilk dereceden temyiz aşamasına kadar baba tarafından yapılan iade başvurusuna verilecek cevap konusunda oy birliği içerisinde olduğunu not ediyoruz.

19 Kasım 2008 tarihli gerekçeli bir kararda, ilk derece mahkemesi her iki ebeveynin de katıldığı duruşmadan sonra, Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilir olduğuna karar vererek T'nin başvurusunu kabul etmiş ve çocuğun Avustralya'ya derhal iadesine karar vermiştir. Mahkeme, başvuran ve T'nin yakınları arasındaki resimler ve e-posta kopyalarını dayanak alarak T'nin Letonya'dan gitmesinden önce çocuğa baktığına karar vermiş ve başvuranın Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesi

kapsamındaki iddiasını reddetmiştir. Taraflar arasındaki tartışmalara tanık beyanları ve T'nin çocuğa karşı sınırlı bir şekilde davrandığı olgusunu not etmiş olsa da bunların T'nin çocuğa bakmadığı kanısına varılması için yeterli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, başvuranın çocuğun iadesinin ona psikolojik bir zarar vereceği riskine ilişkin iddiasını temelsiz bulmuş, dayanağı olmayan bir varsayıma dayandığını kabul etmiştir.

5. 26 Ocak 2009 tarihinde, Riga Bölge Mahkemesi tarafların yine hazır buldukları ve yasal olarak temsil edildikleri oturumda kararı onamıştır.

Çocuğunun Avustralya'ya dönmesini ona psikolojik yönde zarar vereceği yönündeki iddiasını güçlendirmek amacıyla ilk defa, başvuran kendi isteği üzerine bir psikolog tarafından hazırlanan ve diğer hususların yanı sıra çocuğun küçük yaşı dikkate alındığında annesinden hemen ayrılması ihtimalinin söz konusu olmaması gerektiğini, öbür türlü, güvenlik ve kendine güven duyguları etkileneceği için psikolojik travmaya maruz kalacağını belirten bir belge sunmuştur.

Ayrıca, T'nin kendisi ve çocuğa kötü davrandığını ve Avustralya'da yöneltilen suçlamalar nedeniyle hapis cezası bulunduğunu da iddia etmiştir.

6. Çoğunluğun görüşündeki merkezi nokta, Riga Bölge Mahkemesi'nin başvuranın rapor ve tanık ifadeleri ile desteklendiği söylenen çocuğun Avustralya'ya iadesinin onu ağır riske maruz bırakacağı yönündeki iddiasını dikkate almayarak 8. madde kapsamındaki yükümlülüğünü ihlal ettiği tartışmadır.

7. Ulusal makamların kararları ya da gerekçelerine haksızlık eden bu bakış açısını kabul etmemiz mümkün değildir. Rapora gelince, psikoloğun görüşünün çocuğun anneden hemen ayrılmasının kaynaklanan bir zarara ilişkin olduğunu not ediyoruz. Rapor, doğrudan çocuğun iadesine yönelik olmadığı gibi annenin de çocuk ile birlikte Avustralya'ya dönmesi halinde zararın yine olup olmayacağına ilişkin de bir husus içermemektedir. Bölge Mahkemesinin raporu reddetmesi ya da dikkate almaması söz konusu değildir. Aksine, raporun anneden ayrılmaya ilişkin olduğunu, talepte bulunulan ülke mahkemesinin değil Avustralya mahkemelerinin yetki alanına giren velayet sorununa ilişkin olduğunu vurgulamıştır. Raporun içeriğine ilişkin olarak, kararımızda yer alan ve Bölge Mahkemesi'nin raporu çapraz sorguya tâbi tutarak daha da ileri gitmesi ve kendi takdiriyle yeni bir rapor alması gerektiği yönündeki ifadelerle katılmıyoruz.

8. Başvuran tarafından T'ye karşı ileri sürülen iddialara ilişkin olarak da Bölge Mahkemesi başvuranın iddialarını açık bir şekilde incelemiş fakat "iddiaları destekleyen dolaylı yoldan dahi olsa bir delilin ileri sürülmediği" gerekçesiyle reddetmiştir.

9. Kararda, Bölge Mahkemesi'nin başvuranın çocuk ile birlikte Avustralya'ya dönmesinin gerçekleştirilebilir nitelikte olup olmadığı veya çocuğun iadesinin kaçınılmaz bir şekilde annesinden ayrılmasına neden olup olmayacağını incelemek için daha fazla çaba harcaması gerektiği tartışılmıştır. Bu bakış açısını paylaşmıyoruz. Açık bir şekilde, annenin dönmesine yönelik yasal hiçbir engel bulunmamaktaydı: yalnızca Avustralya'da bir süre yaşamamış, aynı zamanda 2007 yılında Avustralya vatandaşlığını kazanmıştır. Dahası, Riga Bölge Mahkemesi'nin kararında başvuranın velayete ve Avustralya'ya çocuğunu beraberinde götürmesine yönelik hakkını etkileyen bir husus bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuran kişisel güvenlik ya da başka bir sebeple hiçbir şart altında Avustralya'ya dönemeyeceğine ilişkin bir beyanda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kesin olarak, T'nin kendisi ve çocuğa kötü davrandığını iddia etmiştir fakat yukarıdaki iddiadan farklı olarak mahkeme tarafından tamamen temelsiz bulunarak reddedilmiştir. Avustralya mevzuatının çocukların güvenliğini ve aile içindeki kötü muameleye karşı korunmalarını sağladığına ilişkin yeminli ifade göz önüne alındığında mahkeme Avustralya'da çocuklara sağlanan sosyal koruma ve çocukların refahı konusunda şüphe etmeyi gerektirecek bir durum olmadığı yönünde gözlemine devam etmiştir. Son olarak ise, Avustralya'da bağları olmadığı, dönmesi halinde işsiz kalacağı ve geliri olmayacağı yönündeki iddiasına rağmen başvuran aslında Avustralya'da yaşamaya geri dönerek barınma imkânı ve iş bulmuş gibi gözükmemektedir.

10. Benzer bir şekilde, kararda zımni bir şekilde yer alan, Letonya mahkemelerinin Avustralya makamlarından T'nin sabıka kaydı, önceki mahkûmiyetleri ve kendisine yöneltildiği iddia edilen yolsuzluk suçlamaları ile ilgili daha fazla bilgi talep ederek inisiyatif alması gerektiği yönündeki düşünceye de katılmıyoruz. Lahey Sözleşmesi'nin 13. Maddesi kapsamındaki davalarda, ispat yükü çocuğun iadesi halinde ağır riske maruz kalacağını iddia eden tarafa aittir. Letonya mahkemeler tarafından tespit edildiği üzere, başvuran dolaylı yoldan da olsa iddiasını destekleyecek bir delil getirmemiştir.

11. Letonya mahkemeleri tarafından E'nin iadesine hükmedilmesine yönelik kısaca ortaya konmuşken, çoğunluk görüşüne aykırı olarak, başvuranın iddialarına düzgün bir şekilde cevap verdikleri ve bu iddialara ilişkin yapılan incelemenin Sözleşme'nin 8. Maddesinde yer verilen usuli gereklilikleri sağladığı düşüncesindeyiz.

12. Bu sonuca ilişkin olarak, Yargıç Bratza hariç masraflara hükmedilmesine, başvuranın iddiasının başarılı aşamada oluşu göz önüne alındığında karşıdır. Yargıç Bratza masraflara hükmedilmesi yönünde oy kullanmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KONOVALOVA/RUSYA DAVASI*

(Başvuru No: 37873/04)

KARAR

STRASBOURG

9 Ekim 2014

KESİNLEŞME

16/2/2015

Çeviren: Yusuf Enes KAYA

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

Konovalova/Rusya davasında

Başkan,

Isabella Berro-lefevre

Hakimler,

Khanlar Hajiyev

Mirjana Lazarova Trajkovska

Paulo Pinto de Albuquerque

Erik Mose

Ksenija Turkovic

* Çeviren: Yusuf Enes KAYA, Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı.
ahmetnecip.yek@gmail.com

Dmitry Dedov ve Birinci Bölüm Yazı İşleri Müdürü Soren Nielsen'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Birinci Bölüm) heyeti, 16 Eylül 2014 tarihinde gerçekleştirdiği müzakerelerin ardından yine aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Rusya Federasyonu aleyhine açılan (37873/04 no.lu) davanın temelinde, Rus vatandaşı olan Yevgeniya Alekseyevna Konovalova'nın ("başvuran"), 5 Ağustos 2004 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme önünde, St. Petersburg'da görevini icra eden Avukat A.I. Konovalov tarafından temsil edilmiştir. Rusya Federasyonu ise kendi yetkilisi G. Matyushkin tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, özellikle çocuğunu tıp öğrencileri önünde doğurmak zorunda bırakıldığını ve bu durumun iç hukuka ve sözleşmeye aykırı olduğunu iddia etmiştir.

4. Başvuru, hükümete 9 Mart 2009 tarihinde tebliğ edilmiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvurucu 1980 yılında doğmuştur ve St Petersburg'da yaşamaktadır.

A. Başvurucunun Hastaneye Yatırılması ve Çocuğunu Doğurması

6. Hamile olan başvurucu, 23 Nisan 1999 sabahı kasılmalarının artmasından sonra ambulansla getirilerek S.M. Kirov Askeri Tıp Akademisi Jinekoloji bölümüne yatırılmıştır.

7. Hastaneye kabulünden sonra başvurucuya hastane tarafından yayınlanan bir broşür verilmiştir. Bu broşürde hastalara hastanede klinik eğitim nedeniyle tıp öğrencilerinin muhtemel varlığı hakkında uyarıda bulunulmuştur. Broşürün ilgili bölümü şöyledir:

"Biz hastanemizdeki tıbbi tedavilerin jinekoloji ve kadın doğum alanında çalışan öğrencilerin eğitimleriyle birlikte yapıldığı hususuna saygı göstermenizi talep ediyoruz. Bu nedenle bütün hastalar bu öğrenim sürecine dahil olmak durumundadırlar."

8. Böyle bir broşürün başvurucuya tam olarak ne zaman verildiği belli değildir.

9. Sabah saat dokuzda başvurucu bir doktor tarafından muayene edilmiştir. Bu doktor başvurucuya bebeğin 40 haftalık olduğunu ve doğumuyla ilgili poli-hidramniyoz kaynaklı bir komplikasyon olduğunu söylemiştir. Doktor, başvurucunun kasılmalarının erken olduğunu ve bitkin görüldüğünü tespit etmiş, bu belirtiler ışığında başvurucunun sabah saat 10'dan akşam 12' ye kadar uyutulmasına karar vermiştir.

10. Öğleden sonra saat 2'de doktor, kasılmaların bebeğin premature doğacağı anlamına geldiğini belirtmiş ve başvurucuya erken doğumu önlemek için kasılma önleyici ilaç vermiştir.

11. Saat 2 ile akşam 10 arasında başvurucu birkaç kez muayene edilmiş ve düzensiz kasılmalar haricinde herhangi bir patolojik durumun olmadığı tespit edilmiştir.

12. Başvurucu öğleden sonra saat 3 civarında , ertesi gün doğuma alınacağı ve tıp öğrencilerinin de doğuma katılacağı noktasında bilgilendirildiğini ileri sürmüştür.

13. Akşam saat 10 da başvurucu uyutulmuş ve başvurucunun durumu gece boyunca doktorlar tarafından izlenmiştir.

14. Ertesi gün saat sabah 8'de başvurucu uyandıktan sonra kasılmalarının yoğunluğu ve sıklığı artmıştır. Doktorlar başvurucunun amniyotik sıvısının içinde dışkı olduğunu ve bu durumun bebeğin oksijensiz kalması tehlikesine yol açabileceğini tespit etmişlerdir. Doktorlar başvurucuya plasentaya kan akışını hızlandıracak bir ilaç vermişlerdir.

15. Saat sabah 9'da doktorlar başvurucuya kardiyotakografi uygulamış, başvurucunun ve ceninin sağlık durumunun iyi olduğunu belirtmiş ve başvurucunun normal doğum yapmasına karar vermişlerdir. Başvurucu doğum odasında tıp öğrencilerinin orda bulunmasına itiraz ettiğini iddia etmiştir.

16. Doğum, hastanın sağlık durumu ve uygulanan tıbbi tedavi hakkında daha önceden bilgilendirilen tıp öğrencilerinin ve doktorların nezaretinde saat sabah 10 ile 10.35 arasında gerçekleştirilmiştir. Doğum esnasında başvurucuya epizyotomi¹ uygulanmıştır. Doğumdan sonra bebekte hafif solunum yetmezliği tespit edilmiş bunun üzerine öğleden sonra saat 1'de bebek, özel bakım ünitesine alınmış ve 13 Mayıs 1999 tarihine kadar burada kalmıştır.

¹ Natürel doğum esnasında , doğumu kolaylaştırmak için vajinayla anüsün arasının kesilmesidir. Bebeğin gelişini ve geçişini kolaylaştırır ve akabinde hemen dikilir (Ç.N.).

B. Başvurucunun Hastaneye Yaptığı Başvuru

17. Başvurucu 10 Ağustos 1999'da doğumu geciktirme amaçlı uygulamaları nedeniyle meydana gelen manevi zararlarının tazmini amacıyla hastaneye başvurmuştur.

18. Hastane yönetimi bir inceleme başlatmıştır. Bu inceleme sonucunda 14 Ağustos 1999 tarihinde hazırlanan rapora göre; doğum, ilgili mevzuata ve standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş ve başvuru hastaneye kabulü sırasında tıp öğrencilerinin de doğum esnasında doğumhanede bulunabileceği noktasında bilgilendirilmiştir. Raporun ilgili kısmı şöyledir:

“24 Nisan 1999 tarihli ders programı nedeniyle 4.sınıftaki tıp öğrencileri doğum esnasında doğumhanede bulunmuştur. Bu durumun doğum üzerinde olumsuz bir etkisi olmamıştır. Doğum, hastanenin kadın doğum bölümü başkanı tarafından gerçekleştirilmiştir. Başvurucu hastaneye kabulünde doğum esnasında tıp öğrencilerinin muhtemel katılımı noktasında bilgilendirilmiştir. Doktorlar doğumu kasıtlı olarak ertelememişlerdir. Tıbbi müdahale, doğumun özel durumu dikkate alınarak annenin ve bebeğin yararına olacak şekilde uygulanmıştır.”

19. 19 Ağustos 1999 tarihinde hastane doğum işlemi sırasında herhangi bir hata yapılmadığını belirterek başvuruçunun talebini reddetmiştir.

C. Başvurucunun Hastaneye Karşı Açtığı Dava

20. 20 Temmuz 2000 tarihinde başvuruçunun hastaneye karşı St. Petersburg Vyborg Bölge Mahkemesinde dava açmıştır. Başvuruçunun manevi tazminat yanında doğumunun kasıtlı olarak ertelenmesi ve doğum esnasında yetkili olmayan üçüncü kişilerin bulunması nedeniyle resmi özür talebinde bulunmuştur.

21. 4 Eylül 2002 tarihinde Bölge Mahkemesi başvuruçunun davası hakkında bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Mahkeme bilirkişiden doğumun hastane tarafından kasıtlı olarak ertelenip ertelenmediğini ve doğum esnasında öğrencilerin bulunmasının doğum işlemi etkileyip etkilemediğini araştırmasını istemiştir.

22. 27 Eylül 2002 tarihli bilirkişi raporunda şu hususlara değinilmiştir:

“Hastane başvuruçuya annenin ve bebeğin sağlığını tehlikeye atabilecek herhangi bir eksiklik olmaksızın bir tıp hizmeti sunmuştur. Tıbbi müdahale yeterli ve tam zamanında yapılmıştır. Başvuruçunun hastaneye kabulünden sonra doktorlar tarafından dikkatli bir şekilde muayene edilmiş. Ardından hastaya doğru teşhis konulmuş ve hastanın doğumuna ilişkin uygun bir planlama yapılmıştır. Kasıl-

malarının erken olması ve başvuruçunun bitkin olması nedeniyle hastanın ilaçla uyutulması uygun görülmüştür. Erken kasılmaları önlemeye yönelik diğer müdahaleler de gerekli olduğu için yapılmıştır.

Çocuk doğurma işlemi her kadın açısından stresli bir iştir. Tıp öğrencilerinin doğum sırasında bulunması hastanın ıkınması esnasında yani doğumun ikinci aşamasında bile, doğumun sevk ve idaresini etkilemiş olamazdı. Doğum işlemi ilk aşamada olumsuz yönde etkilenebilirdi. Doğurma esnasında kadın, ikinci aşamada genellikle kendi fiziksel hareketlerine odaklanır. Öğrencilerin orada bulunması doğumu olumsuz yönde etkilemeyecektir. Davadaki mevcut tıbbi belgeler doğumun ikinci aşamada ertelenmesinin mümkün olmadığını göstermektedir. Başvuruçunun davasında, doğumun, tıp öğrencilerinin doğum esnasında inceleme amaçlı bulunmasını sağlamak için kasıtlı olarak ertelendiğini gösteren bir bulguya ulaşılamamıştır.”

23. 25 Kasım 2003’ de Bölge Mahkemesi başvuruçunun davasını reddetmiştir. Yukarıda anılan rapora dayanarak hastaya uygulanan tıbbi bakımın yeterli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca iç hukukun özellikle sağlık hizmetleri kanununun tıp öğrencilerinin doğum esnasında bulunmasına ilişkin olarak hastanın yazılı rızasını aramadığını belirtmiştir. Bölge Mahkemesi ayrıca başvuruçunun daha öncesinde öğrenim sürecine katılımı noktasında bilgilendirildiğini zira kendisine öğrencilerin muhtemel katılımını açıkça belirten bir broşür verildiğini belirtmiştir. Mahkeme başvuruçunun doğum esnasında doğumhanede bulunan öğrencilerin varlığına itiraz ettiği yönündeki argümanını, doktorun başvuruçunun böyle bir itirazda bulunmadığı yönündeki sözlü beyanını kabul ederek asılsız bulmuştur. Mahkeme doktorun bu beyanını diğer tanıkları sorgulayarak teyit ettirmemiş ve olaya ilişkin diğer kanıtlara da atf yapmamıştır. Sonuç olarak Mahkeme doktorların hukuka uygun bir şekilde davrandıklarına ve herhangi bir manevi zarara yol açmadıklarına karar vermiştir.

24. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Başvuruçunun, tıp öğrencilerinin katılımını sağlamak için doğumun ertelendiği iddiasıyla manevi tazminat istemiyle dava açmıştır. Başvuruçunun rızası olmadan gerçekleşen bu durumun fiziksel ve ruhsal zarara yol açtığını ve haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuruçunun ayrıca davalı hastanenin 300. 000 ruble manevi tazminat ödemesini istemiştir.

Davalı hastane yönetimi bu bu iddialara itiraz etmiştir. Hastane yönetimi başvuruçunun hastaneye kabul edilmeden önce tıp öğrencilerinin öğrenim süreci hakkında bilgilendirildiğini ve başvuruçuya yeterli ve zamanında bir

tıbbi bakım sunulduğunu belirtmiştir. Doğum esnasında görevli doktor ifadesinde başvurucuya sunulan sağlık hizmetinin standartlara uygun ve gecikmeksizin verildiğini, başvurucunun sağlık hizmetinin kalitesinden herhangi bir şikayeti olmadığını belirtmiştir. Doktor ayrıca hastanın doğumunun geciktirilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ona göre öğrencilerin odada bulunması birkaç dakika sürmüştür. Ayrıca öğrenciler müfredatları gereği hastaların tedavisinde ve doktorların yanında bulunmak zorundadırlar...

Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 54. maddesi orta ve yüksek dereceli tıbbi eğitim kurumlarının öğrencilerine hastane personelinin gözetiminde ve müfredatları doğrultusunda hastaların tedavilerini takip edebilme izin vermektedir. Buna ilişkin kurallar ayrıca sağlık bakanlığı tarafından da düzenlenmiştir. Sağlık hizmetleri Kanunu'nun 32.ve 33. maddelerine göre tıbbi müdahaleler hastanın yazılı rızası olmadan gerçekleştirilemez.

Mahkeme sadece öğrencilerin doğumhanede bulunmasının Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 32. ve 33. maddeleri anlamında tıbbi müdahale olarak yorumlanamayacağı kanaatindedir.Dava dosyasındaki belgelerden anlaşıldığına göre, ambulanslar genellikle hastalarını hastaneye götürmezler(askeri hastane olduğu için). ancak,Başvurucu kocası orduda çalıştığı için hastaneye ambulansla götürülmüştür.

Başvurucunun ifadelerine bakıldığında, başvurucu öğrencilerin eğitim sürecine dahil olabileceğinden haberdardır. (bkz. broşür) Dava dosyasında, başvurucunun doğum esnasında tıp öğrencilerinin orada bulunmasına itiraz ettiği ilişkin bir kanıt bulunmamaktadır.

Davanın koşulları değerlendirildiğinde mahkeme doktorların manevi tazminat ödemesini gerektirecek ve başvurucuya fiziksel ve ruhsal bir zarar verdiklerini ortaya koyacak bir neden görmemektedir. Bu nedenle hastane yönetiminin herhangi bir tazminat ödemek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

25. 24 Mayıs 2004 tarihinde St .Peterspurg Şehir Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin kararını onamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. Sağlık Hizmetleri Kanunu (22 Temmuz 1993 Tarih ve 5487 Sayılı Kanun), Olay Sırasında Yürürlükte Olan

26. Sağlık Hizmetleri Kanun'unun 32. maddesine göre hastaların gönüllü ve aydınlatılmış rızalarının alınması herhangi bir tıbbi müdahale için ön şarttır.

27. 33. maddesine göre 34. maddedeki istisnalar saklı tutulmak kaydıyla hasta veya onun hukuki temsilcisi bir tıbbi müdahalenin reddedilmesinde yada durdurulmasında yetkilidir.

28. 34. maddeye göre bir kişi, başkalarını tehlikeye sokacak bir hastalığa duçar olmuşsa , ciddi ölçüde akıl hastası ise, toplum açısından tehlike oluşturacak bir davranışta bulunduysa ve bu durum için gereken tedavi yasa ile zorunlu kılınmışsa bir tıbbi müdahalenin uygulanabilmesi için kendisinin veya kanuni temsilcisinin rızası aranmaz.

29. Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 54. maddesine göre orta ve yüksek dereceli tıbbi eğitim kurumlarının öğrencilerinin, mesleki çalışmalarından hukuken sorumlu olan hastane personelinin gözetiminde ve müfredatları doğrultusunda, tıbbi müdahalelere yardımcı olmalarına cevaz verilmiştir. Öğrencilerin tıbbi müdahalelere katılması sağlık hizmetinden sorumlu bir idari birim tarafından yayınlanan bir dizi kuralla düzenlenmiştir. 15 Haziran 2007 tarihine kadar böyle bir düzenleme yapılmamıştır (bkz. 31. paragraf).

30. Kanun'un 61. maddesine göre bir kişinin tedavi edilme talebi, sağlık durumu, hastalığının teşhisi, yada muayene veya tedavi sonucu elde edilen her türlü bilgi gizli tıbbi bilgiyi oluşturur. Kişiler, kendileriyle paylaşılan bilgilerin gizliliğine ilişkin sıkı bir güvenceye sahiptir ve yine bu maddeye göre kişisel tıbbi verilerin onlara ulaşma yetkisi olan kişilerce paylaşılması yasaktır. Ancak istisnaen 1) tedavi ya da muayene iradesini açıklayamayacak durumdaki kişilerin tedavi ya da muayene edilmesi gerekiyorsa , 2) bulaşıcı bir hastalığın yayılması, toplu zehirlenme veya enfeksiyon vakası söz konusuysa 3) devam eden soruşturma yada kovuşturmayla ilişkin olarak soruşturma makamları veya mahkemelerin talebi varsa,3.1) bir mahkumun(mahkumun bir eylemi nedeniyle) gözetiminden sorumlu olan makamların talebi varsa 4) reşit olmayan madde bağımlısı bir kişinin tedavi edilmesi durumunda ebeveynlerini veya yasal temsilcilerini bilgilendirmek gerekiyorsa 5) bir kişinin hukuka aykırı bir eylem nedeniyle sağlığının tehlike altına girdiğine ilişkin inandırıcı gerekçeler varsa 6) askeri amaçlı bir tıbbi araştırma yapılması söz konusuysa bu bilgiler paylaşılabilir. Son olarak 61. maddeye göre bu gizli bilgileri elinde bulunduran kişiler, sağlık personeli ve eczacılar da dahil olmak üzere, bu bilgileri paylaşmalarından dolayı meydana gelen zarar ölçüsünde ve ilgili mevzuat doğrultusunda ceza, idare ve disiplin hukuku açısından sorumludurlar.

B. Orta ve Yüksek Dereceli Tıp Eğitimi Kurumlarının Öğrencilerinin Tıbbi Müdahalelere Katılımına İlişkin Düzenlemeleri İçeren 15 Ocak 2007 Tarihinde Rusya Sağlık ve Sosyal Kalkınma Bakanlığınca Kabul Edilen 30 Sayılı Direktif

31. Orta ve yüksek dereceli tıbbi eğitim kurumlarının öğrencilerinin hastaların tedavilerine katılmasını düzenleyen hükme (düzenlemenin 4. paragrafı) göre öğrenciler sağlık personelinin yani sağlık hizmeti sunan kurumlarda çalışan kişilerin gözetiminde hastalara yapılan tıbbi müdahalelere katılabilirler. Bu müdahale tıp etiğinin gereklerine uygun olarak ve hastanın veya hastanın yasal temsilcisinin rızasıyla yapılmalıdır.

III. İLGİLİ ULUSLARASI HUKUK

A. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

32. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi 4 Nisan 1997’de imzaya açılmış 1 Aralık 1999’da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme aralarında Arnavutluk, Bosna Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Kıbrıs Rum Kesimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, Letonya, Lituanya, Moldova, Karadağ, Norveç, Portekiz, Romanya, San Marino, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsviçre, Makedonya ve Türkiye’nin olduğu 29 Avrupa Konseyi Üyesi tarafından hem onaylanmış hem de yürürlüğe girmiştir..Rusya Federasyonu bu sözleşmeyi ne imzalamış ne de onaylamıştır. Sözleşmenin ilgili hükmü şöyledir:

Madde 5. (Genel Kural)

“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.”

B. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi Tarafından Kabul Edilen 24 Sayılı Genel Tavsiyesi

33. 1999 da yapılan 20. oturumda Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesi sözleşmesine taraf olan devletler tarafından eylemde bulunulması için aşağıda belirtilen görüş ve önerileri kabul etmiştir.

“20. Kadınlar, belirli bir tedavi görme ya da belirli bir araştırmaya katılma konusundaki seçenekleriyle ilgili olarak, uygun eğitimi almış görevliler tarafından tam olarak bilgilendirilme hakkına sahiptir; bu bilgilendirme, önerilen yöntemlerin sağlayacağı faydalar ve olası yan etkiler ile diğer alternatif yöntemleri içerir.

22. *Taraf Devletler, ayrıca, nitelikli sağlık bakım hizmetlerine erişimi sağlamak; örneğin, bu hizmetleri kadınlar için kabul edilebilir kılmak için aldıkları tedbirlere ilişkin rapor vermelidir. Kabul edilebilir hizmetler, sunuluş şekli itibarıyla kadınların tam anlamıyla bilgi sahibi olarak onay vermelerini güvence altına alan, onurlarına saygı gösteren, mahremiyetlerini gözeten, ihtiyaçlarına ve bakış açılarına duyarlı hizmetlerdir. Taraf Devletler, zorla kısırlaştırma, cinsel yolla bulaşan hastalıklarla ilgili olarak zorunlu testler ya da istihdam şartı olarak zorunlu gebelik testleri gibi, zor kullanmayı içeren ve kadının rızasını ve saygınlık haklarını ihlal eden hiçbir uygulamaya izin vermemelidir.*

31. *Taraf devletlerin ayrıca özel olarak şunları yapmaları gerekmektedir:*

(e) *Tüm sağlık hizmetlerinin kadının kendi kendini yönetme, mahremiyet, gizlilik, bilgilendirilmiş olarak onay verme ve seçim yapma haklarını içeren insan hakları ile uyumlu olmasını talep etmeleri;”*

C. Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi

34. Bu bildirme Dünya Sağlık Örgütü(WHO)'nün Avrupa Bürosunun himayesinde 28-30 Mart 1994 tarihleri arasında Amsterdam'da gerçekleştirilen hasta hakları konusunda Avrupa Danışmanlığı konulu toplantıda kabul edilmiştir. Bu toplantı Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosunun hasta hakları alanında ortaya çıkan yeni gelişmeleri anketler, araştırmalar yaparak takip ettiği uzun bir hazırlık sürecinin sonucunda gerçekleştirilmiştir. Deklarasyonun ilgili kısmı şöyledir:

“3.9.Klinik çalışmalara katılım için hastanın bilgilendirilmiş onayına ihtiyaç vardır.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

35. Başvurucu Sözleşmenin 8. maddesine dayanarak çocuğunu doğurduğu sırada yetkili olmayan kişilerin doğumhanede bulunmasından şikayet etmektedir. Sözleşmenin 8. maddesi şöyledir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine 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

36. Hükümet, başvurucunun haklarına bir müdahale olmadığını, öğrencilerin doğumhanede bulunmasının bir müdahale anlamına gelmeyeceğini çünkü başvurucunun buna açıkça rıza göstermiş olduğunu ve doğum sırasında da buna karşı çıkmadığını ileri sürmüştür. Hükümet ayrıca öğrencilerin doğum esnasında sadece gözlemci olarak bulduklarını ve başvurucuya herhangi bir tıbbi müdahalede bulunmadıklarını iddia etmiştir. Hükümet, öğrencilerin doğumhanede bulunmasının hukuka uygun olduğunu çünkü bu durumun öğrencilerin müfredatında ve sağlık hizmeti yasasında düzenlendiğini ileri sürmüştür. Hükümet, öğrencilerin doğumhanede bulunmasının tıp öğrencilerinin eğitimi gibi meşru bir amaca hizmet ettiğini ve hastane içi eğitimin, tıp eğitiminde yüksek standartların sağlanabilmesi açısından en ideal yöntem olduğu için yapılan müdahalenin anılan amacın gerçekleştirilmesi açısından ölçülü olduğunu belirtmiştir.

37. Başvurucu öğrencilerin doğum esnasında doğumhanede bulunmalarının sözleşmenin 8. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu ve söz konusu müdahalenin hukuka uygun olmadığını çünkü yazılı olarak rıza vermediğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca tıp öğrencilerinin doğumhanede bulunabileceği noktasında geç bilgilendirildiğini ve bu durumun başka bir hastaneye gidebilme imkanını ortadan kaldırdığını belirterek yapılan müdahalenin gerekli ve ölçülü olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu öğrencilerin doğumhanede bulunduğundan sadece 23 Nisan 1999 tarihinde öğleden sonra saat 3' de haberdar olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu o saatte bilincinin yarı kapalı olduğunu doğumu başka bir hastanede gerçekleştirmek için yakınlarıyla telefonla bağlantı kuracak bir durumda olmadığını iddia etmiş ve fiziksel durumu nedeniyle hastaneden kendi başına ayrılamayacağını ileri sürmüştür.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. Kabul Edilebilirlik

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

2. Esas Hakkında

a) Müdahalenin Varlığı Hakkında

39. Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesindeki içtihatları ışığında özel hayat kavramının bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram oldu-

ğunu hatırlatır. Özel hayat kavramı, diğer unsurların yanında kişinin kimliğine ilişkin bilgileri, adını, fotoğrafını, fiziksel ve manevi bütünlüğünü kapsar (Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], başvuru no 40660/08 ve 60641/08, § 95, 7 Şubat 2012) ayrıca bireylerin, rızaları olmadan kamuya açıklanmamasını haklı olarak bekledikleri kişisel verileri de kapsar. (bkz. Flinkkila ve Diğerleri Finlandiya, no. 25576/04, § 75, 6 Nisan 2010; Saaristo ve Diğerleri ve Finlandiya no. 184/06, § 61, 12 Ekim 2010; ve Ageyevy ve Rusya, no. 7075/10, § 193, 18 Nisan 2013) Özel hayat kavramı ebeveyn olma ya da olmama hakkına saygı duymayı da kapsar. (bkz. Evans ve Birleşik Krallık (BD), no. 6339/05, § 71) ve daha özel olarak ebeveyn olma kararına ilişkin olan hak, ebeveyn olma şartlarına ilişkin tercih (nasıl çocuk sahibi olunacağına ilişkin tercih) yapma hakkını da kapsar. (bkz. Ternovszky ve Macaristan, no. 67545/09, § 22, 14 aralık 2010).

40. Sözleşmenin 8. maddesi kişinin fiziksel bütünlüğünü de koruma altına alır çünkü bir kimsenin vücudu, özel hayatın en önemli unsurudur ve tıbbi müdahale de ister basit ister önemli olsun kişinin özel hayatına bir müdahale oluşturur. (bkz. Y.F. ve Türkiye, no. 24209/94, § 33, V.C. ve Slovakya, no. 18968/07, §§ 138-142 ; Solomakhin ve Ukrayna, no. 24429/03, § 33, 15 Mart 2012; ve I.G. ve diğerleri ve Slovakya, no. 15966/04, §§ 135 - 146, 13 kasım 2012).

41. Başvurunun koşullarına dönüldüğünde, Mahkeme, başvuruçunun 24 Nisan 1999 tarihinde geçirdiği tıbbi prosedürün hassas niteliği ve tıp öğrencilerinin de bu sürece tanık olmaları dikkate alındığında, tıp öğrencilerinin doğumhane- de bulunmak suretiyle başvuruçunun durumuna ilişkin mahrem bilgilere vakıf olduklarını kaydeder.(paragraf 16) Doğumun bu şekilde planlanmasının Sözleşmenin 8. maddesi anlamında özel hayata bir müdahale oluşturduğu açıktır.

b) Müdahalenin Hukuka Uygun Olup Olmadığı

42. Mahkeme içtihatlarına göre sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hukuka uygun olma ifadesi, diğerlerinin yanında, itiraz edilen tedbirin iç hukukta bir dayanağının olmasını gerektirir.(bkz,örneğin, Aleksandra Dmitriyeva ve rusya, no. 9390/05, §§ 104-07, 3 Kasım 2011), Ancak, söz konusu ifade, hukuki normların ilgili kişinin erişiminde olmasını, sonuçlarının öngörülebilmesini gerektiren kanun niteliğine de atıfta bulunmaktadır.(bkz.Rotaru v. Romanya [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V). Yasanın öngörülebilirlik kriterini yerine getirmesi için söz konusu kişilere –gerekli hallerde rehberlik eşliğinde- davranışlarını iyileştirmeye imkân sağlayacak tedbirlerin hangi ölçüde uygulanabileceğini kesin bir şekilde belirlemesi gerekmektedir. Tıbbi müdahale bağlamında iç hukuk, bireylerin 8. maddeki haklarına keyfi bir şekilde müdahale edilmesini

önleyecek bir takım güvenceler içermelidir. (bkz. gerekli değişikliklerle birlikte, X ve Finland, no. 34806/04, § 217, ECHR 2012).

43. Mahkeme, tıp öğrencilerinin doğum esnasında doğumhanede bulunmalarının, mesleki çalışmalarından hukuken sorumlu olan hastane personelinin gözetiminde ve müfredatları doğrultusunda, tıbbi müdahalelere yardımcı olmalarına cevaz veren Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 54. maddesine dayandığını vurgular (paragraf 29). Bu nedenle başvuruçunun özel yaşam hakkına yapılan müdahalenin yasal bir temeli olmadığı söylenemez.

44. Ancak, Mahkeme 54. maddenin, tıp öğrencilerinin eğitim amacıyla tıbbi müdahalelere katılmalarını amaçlayan genel nitelikte bir düzenleme olduğunu gözlemlemektedir. 54. madde bu alanda ilgili yönetim birimine düzenleyici işlemler yapabilme yetkisi vermekte ancak hastaların mahremiyetini koruyacak özel düzenlemeler içermemektedir (paragraf 29). Özellikle söz konusu hüküm başvuruya konu olan olaya benzer durumlarda hastaların mahremiyetini koruyabilecek güvenceler içermemektedir. Mahkeme bu bağlamda ilgili düzenlemenin (15 Ocak 2007 Tarihinde Rusya Sağlık ve Sosyal Kalkınma Bakanlığınca Kabul Edilen 30 Sayılı Direktif) başvuruya konu olaydan sekiz yıl sonra yürürlüğe girdiğini kaydeder (paragraf 31). Bu düzenleme tıbbi müdahale sırasında tıp öğrencilerinin bulunmasına hastaların rıza göstermesi şartını getirerek prosedürel bir güvence sağlamaktadır.

45. Mahkemeye göre söz konusu tarihte iç hukukta hastaların haklarına yapılan keyfi müdahalelere karşı herhangi bir güvencenin olmaması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.(bkz, gerekli değişikliklerle birlikte, V.C., yukarıda atf yapılan,§§ 138-142) ki bu eksiklik Hastanenin ve Yerel Mahkemelerin meseleye yaklaşımı nedeniyle daha da önemli bir hale gelmektedir.

46. Mahkeme ilk olarak hastane tarafından yapılan bilgilendirmede öğrencilerin katılımının kapsamına ve düzeyine ilişkin bir belirleme yapılmaksızın, öğrencilerin eğitim sürecine katılacağı hususuna muğlak bir atf yapılmakla yetinildiğini kaydeder. Ayrıca bilgilendirme katılımın sanki zorunlu olduğu şeklinde yapıldığı için başvuruçunun öğrencilerin katılımına rıza gösterip göstermeme noktasında başka bir şekilde davranma imkanının olmadığı görülmektedir (7. paragraf). Böyle bir durumda başvuruçunun önceden bilgilendirildiğini ve bu durumun sonuçlarını öngörebileceğini söylemek zordur.

47. Dahası Mahkeme, başvuruçunun tıp öğrencilerinin varlığından, uzun süreli kasılmaları yüzünden yoğun stres altında ve bitkin bir vaziyette olduğu dönemden bir gün önce yani ilaçla uyutulduğu iki seans arasında, haberdar olduğunu

kaydeder (6-16 paragraf). Bu durumda başvuruçunun öğrencilerin doğumhanede bulunmasına ilişkin olarak bir tercihte bulunup bulunmadığı ve bu şartlar altında bilinçli bir tercihte bulunup bulunmadığı hususları belirsizdir (37 paragraf).

48. Başvuruçunun iddialarına ilişkin yerel mahkemelerin yaklaşımı açısından Mahkeme, ilgili mevzuatın meseleyi detaylı bir şekilde düzenlemediğini ve hastaneye başvuruçunun rızasını alma gibi bir yükümlülük yüklediğini kaydeder (29 paragraf). Yerel Mahkemeler ilgili mevzuatta yazılı rıza şartı gerekli olmasa da söz konusu rızanın başvuruçunun tarafından açıkça verildiğini belirtmişlerdir (23-25 paragraflar). Başvuruçunun rızası olduğuna ilişkin bulgunun yerel mahkemedeki davanın sonucu üzerinde bir etkisi olmasa bile; bu bulgunun diğer tanıklar sorgulanmaksızın sadece doktorun ifadesini esas alarak kabul edilmesi bu bulguyu dayanaksız kılmaktadır. Daha da önemlisi yerel Mahkemeler, hastanenin bilgilendirmesinin yetersiz olduğu, başvuruçunun bilgilendirilme esnasındaki hassas durumu, başvuruçunun öğrencilerin doğumhanede bulunmasına itiraz etmesi durumunda alternatif düzenlemelerin var olup olmadığı gibi diğer önemli hususları dikkate almamışlardır (37. paragraf).

49. Yukarıda belirtilenlerin ışığında, başvuru yapıldığı tarihte iç hukukta, başvuruçunun 8. maddedeki haklarına yapılan keyfi müdahaleleri önleyecek yeterli usuli güvence bulunmaması nedeniyle, tıp öğrencilerinin başvuruçunun doğurması esnasında doğumhanede bulunmalarının Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki yasayla öngörülme şartını karşılamadığı anlaşılmaktadır.

50. Bu nedenlerle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

51. Başvuruçunun Sözleşme'nin 3. maddesine dayanarak doğumun yönetilmesinin kusurlu olduğunu ve öğrencilerin doğum esnasında odada bulunmalarını sağlamak için doğumun kasıtlı olarak ertelendiğini iddia etmiştir. Sözleşmenin 3. maddesi şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza-ya tabi tutulamaz.”

52. Mahkeme, başvuruçunun yukarıda anılan iddialarını hastaneye karşı açtığı davada dile getirdiğini gözlemlemektedir. mahkemeler bu iddiaları detaylı bir şekilde incelemiş diğer deliller yanında, tıbbi bilirkişiler tarafından 27 Eylül 2002 tarihinde hazırlanan rapor doğrultusunda başvuruçunun iddialarını dayanaktan yoksun bulunmuştur.(bkz. 18. ve 22-25 . paragraflar) dava dosyası mahkemenin aksi yönde bir karar vermesini gerektirecek hiçbir bulgu içermemektedir.

53. Bu nedenle başvuruçunun sözleşmenin 3. maddesi kapsamındaki şikâyeti hiçbir temele dayanmamaktadır. Sonuç olarak bu şikâyet, açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ile 4. fıkrası uyarınca kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

54. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

A. Tazminat

55. Başvuran maddi ve manevi tazminat olarak sırasıyla 140.000 avro ve 25.000 avro ödenmesini talep etmiştir.

56. Hükümet, talep edilen maddi tazminat miktarının dayanaksız olduğunu iddia etmiştir. hükümet ayrıca başvuruçunun kızına gerekli tıbbi bakımın ücretsiz bir şekilde sunulduğunu ileri sürmüştür. manevi tazminata ilişkin olarak hükümet yetkili makamlara atfedilebilecek herhangi bir zararın meydana gelmediğini iddia etmiştir..

57. Mahkeme, başvuranın maddi tazminat talebine dayanak oluşturacak hiçbir belge sunmadığını gözlemlemektedir. Bu nedenle, mahkeme bu talebi reddetmektedir. Ancak, Mahkeme, başvuruçunun hakkının ihlal edilmesi sonucunda büyük bir endişe ve hayal kırıklığı yaşadığı kanatindedir. hakkaniyet temelinde dayanarak bir karar verilmesi gerektiği göz önüne alındığında, Mahkeme manevi tazminat olarak başvurana her türlü vergiden muaf tutularak 3.000 avro ödenmesine karar vermektedir.

B. Masraflar ve Giderler

58. Başvuran ayrıca, Mahkeme önündeki yargılama masraf ve giderleri için toplamda 8.000 Ruble talep etmektedir. başvuruçunun 4000 rublenin mahkeme harcı olarak diğer 4000 rubleyi ise uzman görüşü için verdiğini iddia etmiştir. 5 Ağustos 2009 tarihli dilekçede başvuruçunun starsbourg sürecinde 30 avroluk posta masrafı yaptığını ileri sürmüş ve ayrıca çeşitli harçların ödendiğini gösteren 23 ağustos 2009 tarihli bir makbuzu Mahkemeye sunmuştur.

59. Hükümet bu iddialara yönelik bir açıklamada bulunmamıştır. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvurana, masraf ve giderlerin ödenmesine karar verilebil-

mesi için, bu masraf ve giderlerin gerçek, zorunlu ve miktar bakımından makul olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Mahkeme, somut olayda elinde bulundurduğu belgeleri ve yukarıda belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak, başvurana tüm masraflar için 200 avro ödenmesinin makul olacağı kanısındadır.

C. Gecikme Faizi

61. 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 vermiştir.

BU NEDENLERLE MAHKEME; OYBİRLİĞİYLE

1. Başvurucunun sözleşmenin 8. maddesindeki hakkının ihlal edildiğine yönelik şikayetin kabul edilebilir olduğuna ve geri kalanların ise kabul edilemez olduğuna;

2. sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine

3. a) Davalı Hükümet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi doğrultusunda, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden davalı devletin para birimine çevrilmek üzere

i) her türlü vergiden muaf tutularak, başvurana manevi zarar için 3.000 avro,

ii) her türlü vergiden muaf tutularak, başvurana gider ve masraflar için 200 avro ödenmesine

b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına karar verir.

4. Başvuranın adil tazmine ilişkin taleplerinin geri kalanını reddeder. İşbu karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme içtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. maddeleri uyarınca, 9 Ekim 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Søren Nielsen
Yazı İşleri

Isabelle Berro-Lefèvre
Müdürü Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

ESKİ İKİNCİ BÖLÜM

GÜRTAŞ YAPI TİCARET VE PAZARLAMA A. Ş. / TÜRKİYE¹

(Başvuru No. 40896/05)

KARAR

STRAZBURG 7 Temmuz 2015

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

Gürtaş Yapı Ticaret Ve Pazarlama A. Ş. / Türkiye davasında,

Başkan

Guido Raimondi,
Yargıçlar Işıl Karakaş,
Nebojsa Vucinic,
Helen Keller,
Paul Lemmens,
Egidijus Küris,
Robert Spano

ve Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Abel Campos'un katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Eski İkinci Bölüm), 9 Haziran 2015 tarihinde gerçekleştirilen müzakerelerin ardından yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir.

¹ © T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

USUL

1. Davanın temelinde, merkezi İstanbul'da bulunan, Türk hukukuna tabi bir Anonim Şirket olan Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş.'nin ("başvuran"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca 21 Ekim 2005 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne [Bundan böyle "Mahkeme" olarak anılacaktır.] yapmış olduğu başvuru (No. 40896/05) yer almaktadır.

2. Başvuran İzmir Barosu'na bağlı Avukat F.B. Adalı tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet"), kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, özellikle, mülkiyetlerine saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

4. Başvuru, 24 Haziran 2010 tarihinde, Hükümete tebliğ edilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran ("*Gürtaş Yapı, Ticaret ve Pazarlama*"), isminden anlaşıldığı gibi bir gayrimenkul şirkettir. Belirtilmeyen bir tarihte, başvuran özel kişilerden Aliğa'da bulunan müşterek mülkiyete tabi 836 no.lu parsel altında tescil edilen ve tapu kaydına göre yüzölçümünün 485.200 m² olduğu bir taşınmazın çeşitli kısımlarını satın almaya karar vermiştir.

6. Müşterek paydaş olan satıcıların her birinin adına düzenlenen tapu kütüğü sayfaları, diğerlerinin yanı sıra, aşağıda belirtilen bilgileri içermektedir:

İl: İzmir

İlçe: Aliğa

Köy: Yukarışakran

Sokak: boş bırakılmış

Mevki: Bahçedere

Niteliği: Mera

Sınırlar: plan paftasında belirtilmiş

Yüzölçümü: 485.200 m²

7. Satış işleminin devam ettiği sırada, söz konusu taşınmazın 49 metrekaresi elektrik direklerinin inşa edilmesi amacıyla kamulaştırılmıştır. Dolayısıyla, tapu

sicilinde değişiklik yapılarak, tapu kütüğü sayfasında taşınmazın yüzölçümü 485 151 m2 olarak kaydedilmiştir.

8. Kadastro Bölge Müdürlüğü, 25 Kasım 1998 tarihinde, hatalı bir ibare nedeniyle tapu sicilinde yapılan değişiklik hakkında taşınmazın bu arada maliki olan başvurunu bilgilendirmiştir. Kadastro Bölge Müdürlüğü, Aliğa'da bulunan taşınmazlara ilişkin olarak kadastro çalışmalarının yapıldığı, bu çalışmaların 1955 yılında tamamlandığı ve bu dönemde gerçekleşen planimetrik ölçümde 836 no.lu parselin 202.000 m² yüzölçümü ile yer aldığı ve bir sonraki satırda bulunan 860 no.lu parselin 485 200 m² yüzölçümü ile yer aldığı yönünde açıklamada bulunmuştur. Kadastro Bölge Müdürlüğü, bu verilerin tapu siciline kaydedildiği sırada hata yapıldığını ve böylelikle, 836 no.lu parselin tapu kaydında 485.200 m² yüzölçümü ile yer aldığını eklemiştir.

9. Dolayısıyla Kadastro Bölge Müdürlüğü, tapu kütüğü sayfasının bir değişikliğe tabi tutulduğunu ve bundan böyle, başvurana ait taşınmazın yüzölçümünün, söz konusu elektrik direklerinin inşa edilmesi için kamulaştırılan alanın çıkarılmasının ardından, 201.951 m² olduğu ve gerçek yüzölçümünü yansıttığını ifade etmiştir.

10. Son olarak, Kadastro Bölge Müdürlüğü, bu düzeltme işlemine karşı yasal başvuru yollarının açık olduğunu belirtmiştir.

11. Belirtilemeyen bir tarihte, başvuran, söz konusu bölgede inceleme ve taşınmazın ölçümünü yaptırmıştır. Başvuran, toplam yüzölçümünün gerçekte 201.951 m² olması nedeniyle, tapu kaydında yapılan değişikliğe karşı yasal başvuru yollarını kullanmamaya karar vermiştir.

12. Buna karşın başvuran, 29 Kasım 1999 tarihinde, Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi ("Asliye Hukuk Mahkemesi") önünde, bir taraftan, tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devletin sorumlu olduğunu öngören ve olayların gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan Medeni Kanun'un 917. maddesine dayalı olarak devlete karşı tazminat davası, diğer taraftan da satıcılara karşı bir "ayıba karşı tekeffül" sorumluluğundan doğan tazminat davası açmıştır.

13. Asliye Hukuk Mahkemesi, kararını 25 Haziran 2001 tarihinde vermiştir.

14. Asliye Hukuk Mahkemesi, satıcılara karşı açılan davayı reddetmiştir. Bu bağlamda Asliye Hukuk Mahkemesi, Borçlar Kanunu'nun 215. maddesi uyarınca (bk. aşağıda 34. paragraf), satıcının sadece taşınmazın genişliği hususunda güvence vermesi ve tazmin taahhüdünde bulunması kaydıyla, alıcının kendisine karşı tazminat davası açabileceğini hatırlatmıştır. Oysa, somut olayda, satış sene-

dinde bu yönde herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Asliye Hukuk Mahkemesi, satıcıların akdî sorumluluklarının bulunmadığı sonucuna varmıştır.

15. Asliye Hukuk Mahkemesi, Devlete karşı yürütülen dava ile ilgili olarak, başvuranın maruz kaldığı zararın tapu sicilinin hatalı tutulmasından kaynaklandığını ve dolayısıyla, kamu makamlarının sorumluluğunun bulunduğunu değerlendirmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi, Devleti, başvurana 50.976.000.000 Eski Türk lirası tutarını (söz konusu tarihte yaklaşık 45.000 avro) ödemeye mahkûm etmiştir.

16. Devlet, 7 Ağustos 2001 tarihinde, ilgiliye ilişkin kararın ilgili olan kısmına karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

17. Başvuranın temyiz başvurusunda bulunmaması nedeniyle, satıcılara ilişkin kararın ilgili olan kısmı kesinleşmiştir.

18. Başvuran, 11 Eylül 2001 tarihli dilekçesinde, Yargıtay'dan, Asliye Hukuk Mahkemesi' nin verdiği kararı onamasını ve Devletin temyiz başvurusunu reddetmesini talep etmiştir.

19. Yüksek mahkeme 19 Mart 2002 tarihli kararıyla, temyiz edilen kararı bozmuştur. Kararın ilgili özeti aşağıdaki şekildedir:

“ (•••)

Dava konusu taşınmaz, satış tarihinde kadastral durumu belirlenmiş ve parsel numarası verilmiş bir taşınmazdır. Bu bakımdan, eski Medeni Kanun'un 645. maddesi ve yeni Medeni Kanun'un 719. maddesi uyarınca taşınmazın arz üzerindeki sınırları ölçekli haritasında belirtilmiştir. Somut olayda haritada bir yanlışlık bulunmadığına göre, uyuşmazlığın çözümünde bu haritanın yanlış olmadığı, hatta kadastroca işleminin doğru yapıldığı ancak yazım sırasındaki maddi hata nedeniyle yanlış yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu miktar görülemeyecek düzeyde olmayıp, davacının satın aldığı taşınmazın haritasındaki miktarın 1,5 katından [fazlasıdır].

Bu koşullarda, talep, eski Medeni Kanunu'nun 917. maddesi ve yeni Medeni Kanunu'nun 1007. maddesi kapsamına giremez.

Dolayısıyla, bu talebin reddedilmesi gerekir (...)"

20. Asliye Hukuk Mahkemesi önünde davanın yeniden görüldüğü sırada, başvuran, Yargıtay'ın 7 Şubat 1994 tarihinde vermiş olduğu bir kararı ileri sürmüştür. Başvuran, kendisine göre emsal teşkil eden söz konusu kararda benimsenen çözümle kendi davasında verilen kararın çelişkili olduğunu iddia etmekteydi (bk. yukarıda 33. paragraf).

21. Asliye Hukuk Mahkemesi 25 Eylül 2003 tarihli kararıyla, Yargıtay'ın bozma kararına uymuştur. Asliye Hukuk Mahkemesi, bozma kararında yer alan ifadeleri yineleyerek, davanın reddine karar vermiştir.

22. Bu karara karşı başvuranın yapmış olduğu temyiz başvurusu Yargıtay'ın 5 Mayıs 2005 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. Tapu Sicili

23. Türk hukukunda, tapu sicili, diğerlerinin yanı sıra, tapu kütüğü, yevmiye defteri, plan ve kanıtlayıcı belgelerden oluşmaktadır.

24. Tapu kütüğü kaydına kaydedilen her mülkün kendine ayrılan ve bilhassa yerlere dair açıklayıcı bilgilerin, malikin kimlik bilgilerinin, teminatların, şerhlerin, irtifak haklarının yer aldığı bir sayfa/kütük sayfası bulunmaktadır.

25. İlgili planda, mülk haritada gösterilmekte ve mülkün durumu ve sınırları belirtilmektedir.

26. Eski Medeni Kanun'un 928. maddesinde (Bundan sonra "EMK" olarak anılacaktır.) yer alan ifadeleri yeniden düzenleyen ve 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Medeni Kanun'un 1020. maddesi (Bundan sonra "YMK" olarak anılacaktır.) gereğince, tapu sicili kamuya açıktır ve menfaati olduğunu ileri süren her kimse, tapu sicil kayıtlarını inceleyebilmekte ve bu bağlamda örneklerin verilmesini isteme hakkın sahiptir. Öte yandan bu hükümde yer alan ifadelerle göre, "kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez".

27. EMK'nın 7. maddesi ve YMK'nın 7. maddesi uyarınca,

"Resmî sicil ve senetlerin, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığını ispatı, (...) her hangi bir şekilde bağlı değildir."

28. YMK'nın daha önce mevcut olan bir hükmü yeniden ele alan 1023. maddesi, tapu sicilindeki kayıtların doğru ve tam olduğu hakkındadır. Bu madde aşağıdaki şekildedir:

" Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur."

29. EMK'nın 645. maddesini yeniden düzenleyen YMK'nın 719. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Taşınmazın sınırları, tapu planları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirle-

nir. Tapu planları ile arz üzerindeki işaretler birbirini tutmazsa, asıl olan plandaki sınırdır. Bu kural, yetkili makamlarca heyelan bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz.”

B. Tapu Sicillerinin Tutulması Konusunda Devletin sorumluluğu

30. EMK'nın 917. maddesinde yer alan ifadeleri yeniden düzenleyen YMK'nın 1007. maddesinde, tapu sicilinin tutulmasında doğan bütün zararlardan Devletin sorumlu olduğu ilkesi yer almaktadır.

31. Başvuran, bu hükme dayanarak, Yargıtay tarafından verilen iki karara atıfta bulunmakta ve ilgili kararların özetlerini sunmaktadır.

32. İlk karar, 7 Şubat 1994 tarihli (4. Hukuk Dairesi 6800 E.-767 K.) ve satıcının müşterek mülkiyette sahip olduğu hisseye ilişkin bilgilerin tapu kütüğü kaydında hatalı şekilde kaydedilmesinden kaynaklanan zarar ile ilgilidir. Bu davada, ibraz edilen özetlere göre, satıcı aslında 14.625 m²'lik bir taşınmazın 118/234'lük hissesine (yani 369 m2) sahiptir ancak tapu kütük sayfasında hisse hatalı şekilde 117/234 olarak (yani 738 m2) kaydedilmiştir. Söz konusu hata yedi yıl önce parsellerin tevhit edildiği sırada yapılmıştır. Yine başvuran tarafından ibraz edilen özetlere göre, Yüksek mahkeme, EMK'nın 917. maddesine dayanarak, tapu sicilinde yapılan bir hata nedeniyle davacıların maruz kaldığı zarardan Devletin sorumlu tutulabileceğini değerlendirmiştir. Yüksek mahkeme, satıcının, yedi yıl önce gerçekleşen tevhit işleminin doğru şekilde kaydedilip kaydedilmemesini kontrol etmemekle suçlanamayacağını değerlendirmiştir.

33. İkinci karar, 1 Mart 1994 tarihine dayanmakta (4. Hukuk Dairesi, 7651 E.-1849 K.) ve yine, satıcının müşterek mülkiyette sahip olduğu hisseye ilişkin olarak hatalı bir bilginin kaydedilmesiyle ilgilidir. Bu davada, yine başvuran tarafından sunulan özetlere göre, Yargıtay, EMK'nın 917. maddesine dayanarak, yevmiye defteri, plan ve kanıtlayıcı nitelikteki belgeler gibi tapu sicilindeki bütün belgelerin satıcı tarafından incelenmesinin beklenemeyeceğini ve tapu kütüğünde bulunan bilgilere ilgilinin güvenebileceğini değerlendirerek, alıcı tarafından açılan davayı haklı bulmuştur. Yargıtay, ilgilinin özenle davranması durumunda bile, bu koşulun kendisini her türlü tazminattan mahrum bırakmayı haklı kılamayacağını ve sadece tazminat bedelinin düşürülmesine imkân vereceğini belirtmiştir.

C. Taşınmaz Konusunda Satıcının Güvencesi

34. Olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun (Bundan sonra "BK" olarak anılacaktır.) 215. maddesine göre:

«Hilâfına mukavele mevcut değil ise, satılan gayrimenkul beyi senesinde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde; bayi noksanını müşteriye tazmin etmekle mükelleftir. Satılan gayrimenkul resmî bir mesahaya müsteniden sicilde yazılı olan ölçü miktarını ihtiva etmediği takdirde, bayi, tahsisen taahhüt altına girmemiş ise tazmin ile mükellef değildir.»

D. İyiniyet

35. EMK'nın 3. maddesinin son cümlesi (*in fine*) ve YMK'nın 3. maddesinin son cümlesi (*in fine*) uyarınca,

“Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'YE EK 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

36. Başvuran, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında, mülkiyetlerine saygı hakkının ihlal edilmesinden şikâyet etmektedir. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

37. Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

38. Hükümet, plandan hareketle belirtilen gerçek yüzölçümü ve kütük sayfasında belirtilen yüzölçümü arasındaki farklılığın başvuran tarafından fark edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ilgilinin şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu değerlendirerek, ileri sürülen iddiaları kabul etmemektedir.

39. Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin

şikâyetin hukuki ve fiili sorunlar ortaya koyduğu ve bunların ancak başvurunun esasının incelenmesinin ardından çözümlenebileceği kanısındadır. Sonuç olarak, başvurunun bu kısmı, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında, dayanaktan yoksun değildir. Herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesi tespit edilmediğinden, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Esas Hakkında

40. Başvuran, özellikle YMK'nın 1007. maddesine dayanan bir başvuru aracılığıyla, tapu sicilinde meydana gelen hatalı bir ibare nedeniyle maruz kaldığı zararın telafi edilememesinin mülkiyetlerine saygı hakkını ihlal ettiğini savunmaktadır.

41. Başvuran bilhassa, Yargıtay tarafından benimsenen ve yüzölçümdeki farklılığın başvuranın dikkatinden kaçamayacak derecede olduğu fikrine dayanan yaklaşıma itiraz etmektedir. Bu bağlamda, başvuran kural olarak, zorunlu olarak Tapu Sicil Müdürlüğünde yapılan satışlar sırasında hiçbir zaman incelemeler yapılmadığını ya da tedbirler alınmadığını belirtmektedir. Aynı zamanda, taşınmaz üzerinde, söz konusu parseli komşu parsellerden ayırmaya ve basit bir bakışla bakıldığında sınırları görünür kılmaya imkân verecek herhangi bir sınır bulunmadığını da belirtmektedir. Esasen, başvurana göre, farklı parseller doğal bir süreklilik içinde bulunmaktaydı ve taşınmaz üzerinde ya da çevresinde herhangi bir yapı bulunmamaktaydı. Başvuran öte yandan, söz konusu taşınmazı, gelecekte değerlenir umuduyla, belirli bir proje olmadan satın aldığını ifade etmektedir.

42. Öte yandan başvuran, taşınmazı Devlet tarafından tutulan kayıt ve resmi belgelere güvenerek satın aldığını ileri sürmektedir.

43. Başvuran, kendisine yüklenebilir herhangi bir kusur bulunmadığı ve iyi niyetli olduğu halde, tapu sicilindeki görevliler tarafından yapılan hatadan kaynaklanan zararın kendisine yüklenemeyeceği kanısındadır.

44. Hükümet, ulusal mahkemelerin, davanın basit bir yazım hatası ile ilgili olduğu ve bu yazım hatasının başvuranın dikkatinden kaçamayacak derecede olduğu kanaatine vardıklarını tespit etmektedir. Hükümet, mahkemelerin haklı olarak, Devletin sorumluluğu bulunmadığına karar verdikleri sonucuna varmaktadır.

45. Mahkeme, başvuranın, tapu kütüğü sayfasında yer alan bilgilerden hareketle, yüzölçümünün 485.151 m² olduğunu düşündüğü taşınmazı satın aldığını

gözlemlemektedir. Ancak, taşınmazın gerçek yüzölçümü yalnızca 201.951 m²'dir. Kaydın ayrılmaz parçasını oluşturan bu yüzölçümü, plandan kaynaklanmaktadır. Kayıttaki farklı evraklar (kütük sayfası ve plan) arasında var olan uyumsuzluk/çelişki, kadastro planındaki verilerin kütük sayfasına yeniden kaydedilmesi sırasında yapılan yanlışlık neticesinde meydana gelmiştir. Taraflar, bu hususlarda uzlaşmaktadırlar.

46. Mahkeme, başvuranın zarara uğradığına itiraz edilmediğini tespit etmektedir: başvuran, gerçekte yalnızca 201.951 m² olan taşınmaza sahip olmak için 485.151 m²'lik bir taşınmazın değerine karşılık gelecek bir bedel ödemiştir.

47. Başvuranın şikâyeti bilhassa, satıcıların lehine gerçekleşen söz konusu malvarlığı kaybı ile ilgili olup, bir yandan teminata dair kurallara dayanarak satıcılardan, öte yandan Medeni Kanun' un 1007. maddesine dayanarak Devletten tazminat talep etmeye ilişkindir.

48. Mahkeme'nin birçok defa hatırlattığı şekliyle, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi üç farklı temel kuraldan oluşmaktadır: birinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan ve genel bir nitelik taşıyan birinci kuralda mülkiyete saygı ilkesi öngörülmektedir; ikinci kural mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenlemekte ve bunu belirli koşullara bağlı kılmaktadır. Bu hususta aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Üçüncü kural ise devletlere, diğerleri arasında, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenleme yetkisini tanımakta, bu husus ise ikinci fıkrada yer almaktadır. İkinci ve üçüncü kural mülkiyet hakkına yönelik özel ihlal örnekleri ile ilgilidir; bundan dolayı, bu kurallar birinci kuralda ifade edilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır (bk. birçok karar arasında, *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, 23 Eylül 1982, § 61, A serisi no. 52; *Vistins ve Perepjolkins c. Letonya* [BD], No. 71243/01, § 93, 25 Ekim 2012 ve *Alisic ve diğerleri/Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* [BD], No. 60642/08, § 98, AİHM 2014).

49. Mahkeme, mevcut durumda, başvuranın şikâyetinin Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen hukuk kuralı açısından incelenmesi gerektiği kanısındadır.

50. Ardından Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin özü itibarıyla mülkiyete saygı gösterilmesi hakkına Devlet tarafından yapılan tüm müdahalelere karşı bireyi korumayı amaçladığını yinelemektedir. Ancak, bu hüküm bazı pozitif yükümlülükler de kapsamaktadır (*Kotov/Rusya* [BD], No. 54522/00, § 109, 3 Nisan 2012).

51. Böylelikle, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi, özel hukuk gerçek veya tüzel kişiler arasında uyuşmazlığın meydana gelmesi durumunda bile (*Sovtransavto Holding/Ukrayna.*, No. 48553/99, § 96, AİHM 2002-VII) “mülkiyet hakkını korumak için gerekli bazı tedbirlerin alınmasını” zorunlu kılabilir (*Broniowski/Polonya* [BD], No. 31443/96, § 143, AİHM 2004-V). Devletin pozitif yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamı koşullara göre değişiklik gösterebilmektedir.

52. Somut olayda, Mahkeme, Türk hukukunun satıcılara karşı ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dayalı olarak açılan davanın yanı sıra Devletin YMK'nın 1007. maddesi anlamında tapu sicilinin tutulmasındaki sorumluluğuna dayanarak Devlete karşı açılan dava olmak üzere başvurana teorik olarak iki hukuk yolu sunduğunu dikkate almaktadır.

53. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna dayalı dava ile ilgili olarak, Mahkeme, bu davanın, satılan taşınmazın, tapu siciline resmî bir ölçüme dayalı olarak kaydedilmiş olan yüzölçüme sahip olmaması halinde, satıcının bu hususu açıkça taahhütte etmedikçe sorumlu tutulamayacağını düzenleyen BK'nın 215. maddesiyle bağdaşmadığını gözlemlemektedir.

54. Bu hüküm tek başına, satıcının sorumsuzluğunun mutlak olmaması hususundaki koşul bakımından, sorun teşkil etmemektedir. Nitekim, bir taraftan, Borçlar Kanunu, satıcıya karşı tazminat davası açılabilmesi için satış sözleşmesinde özel bir madde ekleme imkânını saklı tutmakta, diğer taraftan, kayıta yer alan yüzölçümün resmî bir ölçümün sonucu olmaktadır. Buna göre, başvuranın durumunda olduğu gibi satıcının buradaki sorumsuzluğu sınırlıdır.

55. BK'nın 215. maddesi ile Medeni Kanun'un 1007. maddesi birlikte okunduğunda, tapu siciline kaydedilen resmî bir ölçüm durumunda sorumlu tutulmamasının, Devletin sorumluluğuna ait olan tapu sicili kaydında yer alan yüzölçüm bilgilerine alıcının iyiniyetle güvenebileceği görüşüne dayandığı anlaşılmaktadır.

56. Bilhassa, ayrıca başvuran tarafından açılan yargılamanın esas kısmı ile ilgili olan bu husus ile ilgili olarak, Mahkeme, YMK'nın 1007. maddesinde, tapu sicilinin tutulmasıyla ilgili olarak görevlendirilen personel tarafından yapılan hatalarda Devletin sorumluluğu bulunduğunun belirtildiğini gözlemlemektedir.

57. Mahkeme, bu tür bir hükmün ilke olarak, Sözleşme'nin mülkiyet hakkının korunması amacıyla Devlete yüklediği pozitif yükümlülükleri karşılayacak ve satıcılara karşı açılan davanın sınırlanmış olmasının etkilerini dengeleyecek nitelikte olduğu kanaatine varmaktadır.

58. Bununla birlikte Mahkeme, somut olayda, Devletin sorumluluğunun tespit edilmesi için başvuran tarafından açılan davanın ulusal mahkemeler tarafından reddedildiğini gözlemlemektedir. Ulusal mahkemeler, tapu sicilini oluşturan belgelerin, bilhassa da taşınmazın kesin sınırlarını ortaya koyan ve herhangi bir hata içermeyen planın incelenmesinin, taşınmazın gerçek yüzölçümünü ve tapu kütüğü sayfasında belirtilen yüzölçümünün hatalı olduğunu başvuranın tespit etmesine imkân vereceğini değerlendirmiştir.

59. Mahkeme, özellikle şirketin iştiğal ettiği faaliyetlerinin bir parçası olan gayrimenkul işlemleri söz konusu olduğunda, satıcıdan belirli bir özenin gösterilmesi beklenebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme somut olayda, Hükümetin itiraz etmediği başvuranın iddialarına göre, söz konusu taşınmazın daha geniş bir alanın parçası olduğunu, bu alan ile doğal bir süreklilik içinde bulunduğunu ve bitişik parsellerden ihtilafı parseli ayırt etmeye imkân veren herhangi bir fiziki sınırın bulunmadığını tespit etmektedir (41. paragraf). Bu koşullarda, Mahkeme, satıcıya tapu kütüğündeki bilgilere tamamiyle güvenmemeyi ve olası çelişkileri tespit etmek amacıyla planı incelemeyi zorunlu kılmaya yönelik yerel mahkemelerin yaklaşımlarının, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yaklaşık 45.000 avro olduğu değerlendirilen, idare tarafından yapılan hata sonuçlarına katlanmasının, başvurana aşırı bir yük yüklediği görüşündedir.

60. Mahkeme, 1994 yılında, Yargıtay tarafından başka bir davada izlenen yaklaşımın, bir satıcıdan yevmiye defteri, plan ve destekleyici nitelikteki belgeler gibi tapu sicilinde bulunan tüm belgelerin incelenmesinin beklenebileceğini ve aksine, tapu kütüğündeki bilgilere güvenmesi gerektiğini değerlendirmesinin, şaşırtıcı olduğunu gözlemlemektedir. Yüksek mahkeme ayrıca, ilgilinin özenle davranmaması durumunda bile, bu koşulun kendisini her türlü tazminattan mahrum bırakmayı haklı kılamayacağını ve sadece tazminat bedelinin düşürülmesine imkân vereceğini belirtmiştir (bk. yukarıda 33. paragraf).

61. Sonuç olarak, Mahkeme, Türk hukuk düzeninin başvurana mülkiyet hakkına ilişkin olarak yeterli bir koruma sunmadığı ve başvuranın hakları ile toplumun genel menfaatleri arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğu kanısındadır.

62. Dolayısıyla, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME’NİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI HAKKINDA

63. Başvuran, kendi davasında Yargıtay tarafından verilen kararın bu merciinin önceki davalarda benimsediği çözüme göre farklılık gösterdiğini savunmaktadır.

64. Öte yandan, başvuran, kararında başvuranın talebinin reddedilmesinin uygun olacağını belirterek Yargıtay’ın kendi yetki sınırlarını aştığını ve ilk derece mahkemesine kendi kararını dayattığı kanaatindedir. Başvuranın kanaatine göre, Yargıtay kararının ardından, Yargıtay’ın Sözleşme anlamında bağımsız bir mahkeme olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

65. Başvuran, şikâyetlerini desteklemek için Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ileri sürmektedir. Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ilgili kısmı aşağıdaki şekildedir:

Herkes davasının, (...), bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, (...) hak-kaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

66. Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi bağlamındaki tespitleri dikkate alarak (bk. yukarıda 40-62. paragraflar), başvuranın ileri sürdüğü davada Yargıtay’ın benimsediği tutuma ilişkin şikâyetin incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

67. Adil yargılanma hakkına ilişkin ikinci şikâyet ile ilgili olarak, elinde bulunan unsurların tamamını dikkate alan ve dile getirilen iddiaları incelemekle yetkili olan Mahkeme, Sözleşme’nin herhangi bir ihlalini tespit etmemektedir.

68. Bu nedenle Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme’nin 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

III. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

69. Başvuran, maddi zarar bağlamında 169.920² Türk Lirası (TL) yani yaklaşık 60.700 avro (EUR) talep etmektedir. Bu tutar, 2011 yılının Şubat ayında, başvuranın söz konusu bölgede elde ettiği ve mülk yüzölçümünün hatalı olduğu tespit edildiği 283.200 m³’lik taşınmazın değerine tekabül etmektedir. Bu değer, başvuranın Aliağa Sulh Hukuk Mahkemesi’nin aracılığıyla yaptırdığı bilirkişi çerçevesinde belirlenmiştir.

² Eski Türk Lirasının (TRL) yerini alan Yeni Türk Lirası (TL) 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1 milyon Eski Türk Lirası, 1 Türk Lirası değerindedir.

70. Ayrıca başvuran, manevi zarar bağlamında 30.000 Türk lirası talep etmektedir.

71. Hükümet, aşırı olduklarını değerlendirdiği bu talepleri kabul etmemekte ve Mahkeme'yi bu talepleri reddetmeye davet etmektedir.

72. Mahkeme, sunulan bilirkişi raporunun, başvuranın elde etmeyi düşündüğü taşınmaz yüzölçümü ile gerçekte elde ettiği taşınmazın gerçek yüzölçümü arasındaki farka eşit olan yüzölçümüne sahip bir taşınmazın rayiç değeri ile ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Başvuranın talebi taşınmazın bir kısmından yoksun bırakıldığı yönündeki görüşe dayanmaktadır. Oysa, Mahkeme'nin vardığı ihlal tespiti, kamulaştırmasız el atma yerine başvuranın fazladan ödediği meblağa bağlı olan mal varlığı ile ilgili kaybın telafi edilmemesine dayanmaktadır. Mahkeme, söz konusu meblağın Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 50.976 Türk lirası olarak değerlendirildiğini ve iç hukuktaki yargılama esnasında başvuranın bu meblağa itiraz etmediğini gözlemlemektedir.

73. Mahkeme, gerek bu meblağı güncelleştirme gerekliliğini, gerekse talebin sınırları içerisinde kalarak karar verme (*non ultra petita*) ilkesini dikkate alarak, başvurana maddi zarar bağlamında 60.700 avro ödenmesine hükmetmiştir.

74. Mahkeme, manevi zarar ile ilgili olarak, somut olayın koşullarının tamamı ışığında, başvuranın haklarının ihlal edildiği yönündeki tespitin maruz kalınan zararın tazmini için yeterli olduğunu değerlendirmiştir.

B. Masraf ve Giderler

75. Ayrıca başvuran, ulusal mahkemeler önünde yapılan masraf ve giderler için 7.000 Türk lirası (yaklaşık 2.610 avro) talep etmektedir.

76. Bu tutar duruşma masraflarını, bilirkişiyi, tebligatı, temyizi, karar düzeltme talebinin reddedilmesi nedeniyle para cezasını ve başvuranın ödemeye mahkûm edildiği karşı tarafın avukatlık ücretini kapsamaktadır. Talep destekleyici belgeler ile birlikte sunulmuştur.

77. Başvuran, Mahkeme önünde yapılan yargılama masraf ve giderleri için 20.000 Türk lirası ve yaptırdığı bilirkişi için (bk. yukarıda 69. paragraf) 4.000 Türk lirası talep etmektedir.

78. Bilirkişiyle ilişkili olarak ibraz edilen kanıtlayıcı nitelikteki belgeler kapsamındaki tutar 411 Türk lirası tutarına (yaklaşık 153 avro) tekabül etmektedir. Başvuran, avukatlık ücreti ile ilgili olarak, 1.230 Türk lirası tutarında (yaklaşık 460 avro) resmi bir makbuz, 3.000 avro tutarında elle yazılmış bir makbuz ve 5.000

Türk lirası (yaklaşık 1.865 avro) tutarının ve bunun yanı sıra Mahkeme tarafından ödenmesine hükmedilen adil tazminin % 10'luk kısmının ödenmesinin öngörül-
düğü sözleşmeyi ibraz etmektedir.

79. Hükümet, Mahkeme İçtüzüğü'nün 60. maddesinin 2. fıkrasını hatırlata-
rak, talebin herhangi bir kanıtlayıcı belge ile desteklenmeyen kısmının reddedil-
mesi gerektiği kanısındadır.

80. Mahkeme İçtihadı'na göre, bir başvuranın Mahkeme önünde yaptığı
masraf ve giderlerinin doğruluğunu, gerekliliğini ve oranlarının makul niteliğini
ispatladığı takdirde, bu masraflar başvurana iade edilebilmektedir.

81. Somut olayda ve elinde bulunan belgeleri göz önünde bulundurarak,
Mahkeme, tüm masraflar dahil 3.220 avro tutarının ödenmesini makul görmek-
te ve bu meblağın başvurana ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

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

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, mülkiyete saygı hakkına ilişkin şikâyetin kabul edilebilir oldu-
ğuna;

2. İkiye karşı beş oy ile, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin
ihlal edildiğine;

3. Oybirliğiyle, başvuranın davasında Yargıtay'ın benimsediği tutuma ilişkin
Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamındaki şikâyetin incelenmesine gerek olmadı-
ğına;

4. Oybirliğiyle, başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;

5. İkiye karşı beş oy ile,

a) Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, davalı Devletin
başvurana, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihinde
geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktar-
ları ödemekle yükümlü olduğuna;

(i) maddi tazminat için başvurana her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere
60.700 avro (altmışbinyediyüz avro) ödenmesine;

(ii) masraf ve giderler için başvurana, başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere 3.220 avro (üçbin ikiyüzyirmi avro) ödenmesine;

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

6. İkiye karşı beş oyla, ihlal tespitinin tek başına başvuranın maruz kaldığı manevi zarar için yeterli bir adil tazmin oluşturduğuna;

7. Oybirliğiyle, adil tazmin talebinin geri kalan kısmının reddedilmesine karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 7 Temmuz 2015 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

A. Campos

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Guido Raimondi

Başkan

8. İşbu karar ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yazılan, yargıç Raimondi ve yargıç Spano'ya ait ortak muhalefet şerhi aşağıda yer almaktadır:

G.R.A.

A.C.

YARGIÇLAR RAIMONDI VE SPANO'NUN ORTAK MUHALİF GÖRÜŞÜ

I.

1. Sözleşme'ye taraf Devletlerin çoğunda aktif bir gayrimenkul piyasası söz konusudur. Genel bir kural olarak, her bir Devlet haksızlığa mahal veren iç hukuk kurallarını düzenlemeli ve bu şekilde, risk faktörünü alıcı ve satıcı arasında dengelemeli ve aynı zamanda gayrimenkul alım satım işlemleri kapsamında, Devletin eylem veya eylemsizlikleri ile tarafların uğradıkları zarar arasında bir illiyet bağının bulunması halinde Devlete olası maddi tazmin sorumluluğu atfedilmelidir. Bu bağlamda, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde bu hususa ilişkin herhangi bir kural belirtilmemekle birlikte, ilgili hükümde, iç hukukun uygulanması esnasında tarafların hem kendi aralarındaki menfaatleri hem de diğer kamusal menfaatler bağlamında adil bir dengenin kurulması öngörülmektedir. Bu nedenle, subsidiarite ilkesi ışığında, Mahkemenin görevi,

belirli bir davanın olayları kapsamında, ulusal makamlarca uygulanan iç hukukun etkilerinin, gayrimenkul alım satım taraflarına bireysel ve aşırı bir yük yükleyip yüklediğini değerlendirmekle sınırlıdır.

Sonuç olarak, Mahkemenin görevinin, ne olayların değerlendirilmesi bağlamında ulusal makamların görüşleri yerine kendi görüşlerini koymak, ne de ulusal makamların ilgili iç hukuku bu kararda uygulandığı şekilde uygulamasını geçersiz kılmak olmadığından hareketle, mevcut davada Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği görüşüne katılmamaktayız.

II.

2. Bu ayrık görüş çerçevesinde, dava konusu olayların kısaca özetini geçmek gerekir.

3. Bir gayrimenkul şirketi olan başvuran, spekülatif amaçlar doğrultusunda, 485.200 m²lik bir arsa satın alarak tapu siciline tescil ettirmiştir; daha sonra arsanın 49 m²lik kısmı kamulaştırılmıştır. Tapu sicilinde, söz konusu arazinin coğrafi sınırlarını gösteren bir harita oluşturulmuştur.

4. Yerel gayrimenkul müdürlüğü 1998 yılının Kasım ayında, başvuran şirkete, tapu siciline kaydedilmiş olan arsa boyutu hakkında bir değişiklik yapılmasının gerektiğini, zira hatalı bir kaydın söz konusu olduğunu bildirmiştir. Gerçekte arsa ilk kayıta belirtilenin yaklaşık 1/2si oranında daha küçük olup, asıl boyutu 202.000 m²dir (kamulaştırılan kısım çıkarıldığında toplamda 201,951 m²dir).

5. Başvuran şirket, satıcı ve Devlet aleyhinde dava açmıştır. Devlet aleyhinde açtığı davada, tapu siciline hatalı tescil sonucu uğradığı zarar nedeniyle, ilgili zamanda yürürlükte olan Medeni Kanun'un 917. maddesine dayanmıştır. İlk derece mahkemesi satıcı aleyhindeki davayı reddetmekle birlikte, Devlet aleyhinde açmış olduğu davada başvuran lehine karar vermiştir. Devlet söz konusu karara itiraz etmiştir. Yargıtay 19 Mart 2002 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur (Bk. kararın 19. paragrafı):

(1) yürürlükteki ulusal kanun uyarınca, arazinin coğrafi sınırları haritada net bir şekilde gösterilmiştir;

(2) söz konusu harita doğrudur ve dolayısıyla ihtilafın çözümü için bir dayanak teşkil etmektedir;

(3) haritada gösterilen arsanın 1.5 kat daha büyük olduğu göz önünde bulundurulduğunda, boyutları hakkındaki hatalı kaydın fark edilmemiş olması mümkün değildir.

Bu gerekçelerle Yargıtay, başvuranın Devlet aleyhinde açmış olduğu tazminat davasının eski Medeni Kanun'un 917. maddesi ve yeni Medeni Kanun'un 1007. maddesi kapsamında incelenemeyeceği sonucuna varmıştır.

III.

6. Çoğunluk, başvuran şirketin Devlet aleyhinde açmış olduğu tazminat davasını reddeden Yargıtay kararının başvuran şirkete aşırı külfet yüklediği gerekçesiyle, mevcut davada Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini değerlendirmiştir. Bu bağlamdaki çoğunluğun görüşüne göre, başvuran şirket, tapu siciline tescil işlemleri sırasında arsanın yüzölçümünün yanlış yazılması hususunda Devletin hatalı olduğu kanaatine varmıştır (Bk. 59. paragraf). Çoğunluk, alıcının, özellikle de ticari bir gayrimenkul şirketinin belirli bir titizlik içerisinde hareket etmesi gerektiğini kabul etse de, ihlal tespiti üzerinde yoğunlaşan genel görüş; başvuran şirketin, söz konusu arazinin, belirli bir fiziki sınırı olmayan daha büyük bir bölgenin parçası olduğu yönündeki iddiasını kabul etmektedir. Başvuran şirketin, arazinin boyutunu değerlendirirken ve söz konusu araziye çevredeki arazilerden ayırırken, belirli bir fiziki sınırın bulunmadığını baz almış olması muhtemeldir. Ayrıca, çoğunluk, Yargıtay'ın 1994 tarihli eski bir kararına atıfta bulunmuştur. İlgili kararda Yargıtay, alıcın, tapu siciline tescil işlemlerine güvenebilmesi gerektiğini ve dolayısıyla dosyadaki tüm belgeleri incelemesinin gerekli olmadığını değerlendirmiştir (Bk. 60. paragraf).

7. Bu bağlamda, mevcut davaya konu olaylar bakımından her iki görüşün de aşağıdaki gerekçelerden ötürü ikna edici olmadığı kanaatindeyiz:

8. *İlk olarak.*, çoğunluğun genel görüşünden (söz konusu arazi etrafında herhangi bir topoğrafik işaretin bulunmadığı iddiası) yola çıkıldığında, Yargıtay, başvuran şirketin Devlet aleyhinde açmış olduğu tazminat davasını hiçbir şekilde reddetmemiştir. Aksine, yukarıda 5. paragrafta da belirttiğimiz üzere Yargıtay, araziye ilişkin tapu sicilinde yer alan bilgiler doğrultusunda çizilmiş olan haritada belirtilen coğrafi sınırlardan açık bir şekilde bahsetmiştir. Dolayısıyla iç hukukun uygulanması bağlamında Yargıtay, spekülâtif amaçlarla arsa satın alma konusunda profesyonel bir gayrimenkul şirketinden beklenen titizliği olabildiğince makul bir şekilde değerlendirmiştir. Haritada yer alan orantısız ölçümleri ve arsanın boyutuna ilişkin resmi kaydı özellikle dikkate almıştır. Bu iki husus da tapu sicilinde belirtilmiş ve başvuran şirket bilgilere kolaylıkla erişebilmiştir.

9. *İkinci olarak.*, bizim görüşümüze göre, çoğunluğun, Yargıtay'ın 1994 tarihli daha eski bir kararına atıfta bulunması yersizdir. Bahse konu karar, maddi olarak farklı bir durumu ele almakta olup, bu kararda, bir bireyin şahsi kullanım

amacıyla gayrimenkul alım-satım işlemine dâhil olması söz konusudur. Ayrıca, ilgili davada, mevcut davada olduğu gibi arsa haritası ve tapu siciline tescili esnasındaki ölçümü arasındaki bir uyumsuzluk ele alınmamıştır; satıcı, ortak mülkiyete tabi olup doğru bölünmüş bir arazinin tescili esnasında hata yapmıştır. Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin böyle durumlarda farklı bir şekilde analiz edilip edilmeyeceği konusunda görüş bildirmemiz her ne kadar gerekli olmasa da, mevcut davadaki amaçlarımız doğrultusunda, alıcının tamamen spekülâtif amaçlarla profesyonel olarak arsa satın alan ticari bir gayrimenkul şirketi olduğuna vurgu yapmak yeterlidir. Kuşkusuz, gayrimenkul piyasasında profesyonel aktörlerden büyük bir titizlik beklendiği gibi, Üye Devletler de Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında bu alanda kendilerine tanınan takdir payı uyarınca, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ulusal kuralları aynı titizlikle uygulamaktadırlar. Bu tür, kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu kuralı (kusurlu bir gayrimenkul alıcısının tazminat davası açmasına kısıtlama getirmek veya engellemek), Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin hukuk sistemlerinde yer alan ortak bir noktadır.

10. Sonuç olarak, Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varan çoğunluk, dördüncü derece merci olarak olayları tamamen yeniden değerlendirmekte olup, aynı zamanda, ulusal makamlarca değinilmemiş görüşler sunmaktadırlar. Bu nedenle söz konusu karar, Mahkemenin, içtihatları doğrultusunda geliştirilmiş olan statüsünü ve görevini, yanlış bir şekilde yansıtmaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

SULTAN DÖLEK VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI*

(Başvuru no. 34902/10)

KARAR

STRAZBURG

28 Nisan 2015

İşbu karar, Sözleşme 'nin 44. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Sultan Dölek ve Diğerleri / Türkiye davasında,

Başkan:

Andras Sajo

Yargıçlar

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro

* © T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 31 Mart 2015 tarihinde yapılan kapalı müzakereler sonrasında, aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir.

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (34902/10 no.lu) davanın temelinde, detayları ekte yer alan yedi Türk vatandaşının ("başvuranlar") Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("AİHM" veya "Mahkeme") 3 Haziran 2010 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvuru bulunmaktadır.

2. Adli yardımdan faydalanan başvuranlar, Mersin Barosuna kayıtlı avukat Ali Tandoğan Kaçıra tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar özellikle, yakın akrabaları Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin etkin soruşturma yürütülmediğini ve bu nedenle soruşturmanın Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

4. Başvuru, 14 Haziran 2012 tarihinde, Hükümete tebliğ edilmiştir.

5. Hükümet, 25 Temmuz 2013 tarihinde, Mahkemeye tek taraflı deklarasyon sunmuştur. Mahkeme, 22 Ekim 2013 tarihinde Hükümetin tek taraflı deklarasyonunu incelemiş ve kabul etmemeye karar vermiştir.

OLAYLAR

DAVA KOŞULLARI

6. Birinci başvuran, 1952 yılında doğan ve 2007 yılında hayatını kaybeden Mustafa Döleksoy'un annesi, geri kalan altı başvuran ise kardeşleridir.

7. Dava konusu olaylar, taraflarca bildirildiği şekliyle ve sunulan belgelerden görüldüğü kadarıyla aşağıdaki gibi özetlenebilir.

8. Mustafa Döleksoy'un komşuları, 25 Ağustos 2007 tarihinde saat sabah 10 sularında, Mustafa Döleksoy'un Türkiye'nin güneyinde yer alan Erdemli yakınındaki yazlık evinden kuvvetli bir koku geldiğini fark etmişlerdir. Komşular yazlık ev sitesinin görevlisine ve güvenlik görevlisine haber vermişler ve bu kişiler hemen Mustafa Döleksoy'un evine gitmişlerdir. Kapalı olan ev kapısının altından bakarak içeriye görebilen bu iki kişi Mustafa Döleksoy'un sırt üstü yerde yattığını görmüşler ve ardından jandarmaya haber vermişlerdir.

9. Birkaç jandarma görevlisi ile birlikte yerel sağlık ocağında görevli bir doktor sabah saat 10:30 civarında olay yerine gelmiştir. Evin kapısı kilitli olduğundan, kapının açılması için bir çilingir bulunmuştur.

10. Jandarma görevlileriyle birlikte olay yerine gelen doktor sabah saat 10:30 sularında bir rapor hazırlamıştır. Söz konusu raporda, Mustafa Döleksoy'un mutfaktaki tezgâhtan düşerek kafa travması geçirmesinden kaynaklanan beyin kanaması ve dolaşım yetmezliği sebebiyle öldüğü tespit edilmiştir. Doktor ölümün dört ya da beş gün önce gerçekleştiğini tahmin etmiştir.

11. Başvuranlar Mahmut ve Ahmet Cengiz Dölek, jandarmaya verdikleri ifadelerinde, ağabeylerinin ölümünden kimin sorumlu olabileceğini bilmediklerini ve özellikle şüphelendikleri kimse olmadığını belirtmişlerdir. Jandarma tarafından ifadeleri alınan yazlık ev sitesinin görevlisi ve güvenlik görevlisi, Mustafa Döleksoy'un nasıl öldüğüne ilişkin hiçbir fikirleri olmadığını ifade etmişlerdir.

12. Erdemli Cumhuriyet Savcısı, öğlen saat 11:40 civarında eve giderek, aynı doktorun yardımıyla bir inceleme raporu hazırlamıştır. Mustafa Döleksoy'un cesedi resmi olarak, kendisinin de avukat olarak görev yaptığı hukuk bürosunda çalışan bir meslektaşı tarafından teşhis edilmiştir. Meslektaşı savcıya, Mustafa Döleksoy'un yakın tarihte yazlık ev aldığını ve taşınmak için hazırlıklar yaptığını belirtmiştir.

13. Savcı raporunda, yerde Mustafa Döleksoy'un kafasından akan çok miktarda kurumuş kan bulunduğunu kaydetmiştir. Savcı, cesedin şiştiğini ve yüzün tamamen karardığını gözlemlemiştir. Doktor, başın oksipital bölgesinin hem sağ hem de sol tarafında iki çatlak olduğunu ve kırıklar üzerinde iki kesik bulunduğunu kaydetmiştir. Cesette ateşli silahla yaralanma ya da bıçak yaraları tespit edilmemiştir. Mustafa Döleksoy'un sol elinde bulunan bir avuç saç ve Mustafa Döleksoy'un kendi saçından alınan örnekler iki ayrı zarfa konarak mühürlenmiştir. Savcı, cesedin üzerinde bulunan kıyafetlerde ateşli silah ya da bıçak nedeniyle oluşan herhangi bir delik bulunmaması sebebiyle kıyafetlerin delil niteliği bulunmadığını değerlendirmiş ve bu nedenle kıyafetlerin çıkarılarak aileye teslim edilmesine karar verilmiştir. Pantolon ceplerinin içinde para ve kredi kartları bulunan bir cüzdan ile cep telefonu gibi kişisel eşyalar bulunmuş ve delil olarak alınmıştır.

14. Doktor, kesin ölüm nedeninin kafa travmasından kaynaklanan beyin kanaması ve dolaşım yetmezliği olduğunun tespit edilmiş olması nedeniyle, klasik otopsi yapılmasını gerekli görmemiştir. Bununla birlikte, ölümün boş bir evde gerçekleştiği ve ölen kişinin elinde bir avuç saç olduğu dikkate alındığında, savcı,

kesin ölüm nedeninin ve cesedin kafasında gözlemlenen yaralanmaların nedeninin tespit edilerek her türlü şüphenin giderilmesi amacıyla, klasik otopsi yapılması amacıyla cesedin Adana Adli Tıp Kurumuna gönderilmesine karar vermiştir.

15. Savcının incelemesinin ardından öğlen 12:30 civarında cesedi taşıyan jandarma olay yeri görevlileri, kafanın arkasında iki kesik tespit etmiş ve bulguları bir rapora kaydetmişlerdir. Rapora göre, mobilyası bulunmayan evde herhangi bir boğuşma izine rastlanmamıştır. Olay yeri görevlileri ayrıca evin bir krokisini çizmişler ve cesedin konumunu da belirtmişlerdir.

16. Aynı gün, Adana Adli Tıp Kurumunda klasik otopsi gerçekleştirilmiştir. Muayeneye ilişkin rapor 12 Kasım 2007 tarihinde hazırlanmıştır. Raporda, savcının raporunda belirtilenin aksine (bk. yukarıda 13. paragraf), kafatasının sağlam olduğu ve herhangi bir kırık bulunmadığı kaydedilmiştir. Adli tıp uzmanları, savcının yukarıda belirtilen raporunda “kesik” olarak tanımlanan “kafadaki iki lezyonun” çürüme nedeniyle oluşmuş olabileceğini değerlendirmişlerdir.

17. Adli tıp uzmanları, 12 Kasım 2007 tarihli raporlarını hazırlarken, diğer iki adli raporu da dikkate almışlardır. 24 Eylül 2007 tarihli birinci rapor, toksikolojik incelemeyle ilgili olup, Mustafa Döleksoy’un vücudunda herhangi bir zehirli madde bulunmadığını teyit etmiştir.

18. Adana Adli Tıp Kurumunda görevli adli tıp uzmanları tarafından dikkate alınan ikinci rapor ise 28 Eylül 2007 tarihinde İstanbul Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinden alınmış olup saç örnekleriyle ilgilidir. Söz konusu rapora göre, Mustafa Döleksoy’un elinde bulunan saç örnekleri “DNA incelemesine cevap vermemiştir”. Raporda ayrıca, DNA incelemesine göre, Mustafa Döleksoy’un elinde bulunan saçların sarılı olduğu kağıtta bulunan lekeler ile savcı tarafından Mustafa Döleksoy’un kafasından alınan saç örnekleri (bk. yukarıda 13. paragraf) eşleşmiştir.

19. Adana Adli Tıp Kurumunda görevli adli tıp uzmanları, 25 Ağustos 2007 tarihinde gerçekleştirdikleri klasik otopsi ışığında ve önceki paragraflarda özetlenen iki bilirkişi raporunu dikkate alarak, 12 Kasım 2007 tarihli raporlarında, Mustafa Döleksoy’un zehirlenmediğini ve ölümünde herhangi bir dış unsurun dahil olduğunu gösteren hiçbir tıbbi delil bulunmadığını kaydetmişlerdir. Mustafa Döleksoy’un elinde bulunan saçların DNA incelemesine cevap vermemesi nedeniyle, kendi saçı olup olmadığını tespit edememişlerdir. Uzmanlar, cesedin ileri derecede bozulmuş olması nedeniyle, ölümün kesin nedenini tespit edemediklerini kaydetmişlerdir.

20. Birinci başvurunu ve eşini temsil eden avukat, 19 Aralık 2007 tarihli dilekçeyle, müvekkillerinin, oğullarının şüpheli koşullarda öldüğünü düşündükleri yönünde Erdemli Cumhuriyet Savcısını bilgilendirmiştir. Mustafa Döleksoy'un anne ve babası savcıdan, oğullarının ölümünü çevreleyen koşulların açıklığa kavuşturulması amacıyla hukuk bürosunun ve cep telefonunun incelenmesini talep etmişlerdir. Ayrıca, soruşturma dosyasının bir kopyasının kendilerine verilmesini talep etmişlerdir.

21. Erdemli Cumhuriyet savcısı, 25 Aralık 2007 tarihinde, İstanbul Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi ile iletişime geçerek, Mustafa Döleksoy'un sol elinde bulunan saç örneklerinin kendisine ait olup olmadığı ve bir insana ait olup olmadığı tespit edilmesi amacıyla yeniden inceleme yapılmasını talep etmiştir. Savcı ayrıca söz konusu kurumdan, saç örneklerinin neden DNA incelemesine cevap vermediğini açıklamalarını istemiş ve tekrar yapılacak incelemeden sonra her iki saç örneğinin de savcılığa iade edilmesini talep etmiştir.

22. Birinci başvuran Sultan Dölek ve eşi, 21 Ocak 2008 tarihinde Erdemli Cumhuriyet savcısına bir dilekçe vererek, oğullarının ölü bulunduğu yazlık ev sitesinde yaşayan kişiler de dâhil olmak üzere bazı tanıkların dinlenmesini talep etmişlerdir. Bay ve Bayan Dölek ayrıca ölen oğullarının telefon kayıtlarının incelenmesine yönelik daha önceki taleplerini yinelemiş ve iki kişinin kendilerine, oğullarının ölmeden kısa bir süre önce tehdit telefonları aldığını söyledikleri yönünde savcıyı bilgilendirmişlerdir.

23. Mustafa Döleksoy'un ebeveynleri savcıya ayrıca, oğullarının eşiyle, eşinin boşanmayı reddetmesi nedeniyle eşiyle uzun süredir devam eden uyuşmazlık içinde olduğunu belirtmişlerdir. Anne ve babası, Mustafa Döleksoy'un eşinin bazı kişilerle birlikte, yaklaşık 1,5 yıl önce yaşadığı çiftlik evine gizlice girmeye teşebbüs ettiklerini ancak Mustafa Döleksoy'un köpekleri tarafından engellendiklerini iddia etmişlerdir. Köpekler daha sonra esrarengiz bir şekilde zehirlenmiş ve öldürülmüşlerdir. Ayrıca, Mustafa Döleksoy'un eşinin kendilerine birçok kez, Mustafa Döleksoy'dan boşanmayacağını ve "ona çektireceğini" söylediğini eklemişlerdir. Anne ve babası, oğullarının ölümünün, yeni bir boşanma davası açtıktan yaklaşık iki hafta sonra gerçekleştiğini belirtmişlerdir. Son olarak Bay ve Bayan Dölek savcıdan, olay yeri görevlileri tarafından oğullarının kafasından alınan saçlar DNA incelemesine cevap verirken, neden elinde bulunan saçların DNA incelemesine cevap vermediğinin açıklamasını talep etmişlerdir.

24. Bay ve Bayan Dölek, 11 Şubat 2008 tarihinde, aynı savcıya başka bir dilekçe daha sunmuşlardır. Mustafa Döleksoy'un anne ve babası, oğullarının eşi-

nin, oğullarının ölümünde oynadığını iddia ettikleri rol hakkında daha önce dile getirdikleri şüpheleri tekrarlamış ve Mustafa Döleksoy'un eşinin kız kardeşinin de oğullarının ölümüne karıştığına yönelik şüpheleri bulunduğunu eklemiştir. Mustafa Döleksoy'un anne ve babası, 2001 yılında oğullarının ölümüne benzer koşullarda evinde ölü bulunan oğullarının eşinin kız kardeşinin eşi İ.B.'nin cesedi üzerinde gerçekleştirilen ölü muayenesine ilişkin raporun bir kopyasını savcıya vermişlerdir. Anne ve baba savcıya, raporun kendilerine oğulları Mustafa Döleksoy tarafından verildiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, oğullarının raporu verirken, eşinin ve kız kardeşinin İ.B.'nin ölümünden sorumlu olabileceğini ve kendisine bir şey olursa, söz konusu belgeyi soruşturma mercilerine vermelerini söylediğini belirtmişlerdir.

25. İstanbul Adli Tıp Kurumunda yer alan bir uzmanlık bölümü bir seri yeni inceleme gerçekleştirmiş ve savcının 25 Aralık 2007 tarihli talebine cevaben (bk. yukarıda 21. paragraf), 20 Ekim 2008 tarihli raporu düzenlemiştir. Raporda Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçların insan saçı olduğu ve bu saçların kafa derisinden çıkarılması için bir miktar gücün kullanılmış olabileceği tespit edilmiştir. Raporda, daha önceki incelemelerde yer alan "saç örneklerinin DNA incelemesine cevap vermediği" yönündeki tespit teyit edilmiştir. Rapora göre, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçta yapılan makroskobik ve mikroskobik inceleme, kendi saç örnekleriyle kuvvetli benzerlikler göstermiştir.

26. Erdemli Cumhuriyet savcısı, 4 Aralık 2008 tarihinde, ölüm olayına ilişkin soruşturmanın kapatılmasına karar vermiştir. Savcı, yukarıda özetlenen sağlık raporlarını dikkate alarak, Mustafa Döleksoy'un ölümünün "başka kişi veya kişilerce kasten ya da kazara öldürülme gibi dış etkenlerden kaynaklandığını" gösteren hiçbir delil bulunmadığını değerlendirmiştir.

27. Bayan Dölek, 25 Aralık 2008 tarihinde, savcının kararına itiraz etmiş ve soruşturmanın eksik olduğunu ileri sürmüştür. Mustafa Döleksoy'un annesi, dilekçelerinde sunduğu bilgilerin savcı tarafından dikkate alınmadığını iddia etmiştir. Ayrıca, oğlunun dairesinin karşısındaki dairede oturan kişilerin dinlenmediğinden ve parmak izi ve diğer delillere yönelik aramanın düzgün bir şekilde gerçekleştirilmediğinden şikayet etmiştir. Oğlunun öldüğü saatlerdeki gelen ve giden aramaların kontrol edilmesi amacıyla cep telefonu kayıtları incelenmemiştir. Bayan Dölek ayrıca adli raporlardan kuşkulunmuş ve oğlunun kendi kafasından alınan saç örneklerinin DNA incelemesine cevap verirken elinde bulunan saçların neden cevap vermediği hususunun raporlarda açıklanmadığını belirtmiştir.

28. Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi, 26 Mart 2009 tarihinde, savcının kararında belirtilen gerekçelerin yeterli olduğunu değerlendirmiş ve birinci başvuran tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Bu karar 28 Mayıs 2009 tarihinde başvuranların avukatına tebliğ edilmiştir.

29. Birinci başvuran, 6 Nisan 2009 tarihinde Adalet Bakanlığına başvuruda bulunarak, Adalet Bakanından müdahalede bulunması ve Tarsus Ağır Ceza Mahkemesinin kararının iptal edilmesine yönelik bir karar vermesi için yetkilerini kullanmasını talep etmiştir. Birinci başvuran, savcının soruşturmasına ilişkin daha önce belirttiği endişelerini yinelemiş ve Tarsus Ağır Ceza Mahkemesince verilen ve itirazını reddeden kararın yeterince gerekçelendirilmediğini iddia etmiştir. Ayrıca, oğlunun öldüğü zaman üzerinde bulunan kıyafetlerin aileye iade edilmesine yönelik bir karar verilmesine rağmen, bunun gerçekleştirilmediğini eklemiştir.

30. Birinci başvuranın Adalet Bakanlığına yaptığı başvuru, 13 Mayıs 2009 tarihinde Tarsus Ağır Ceza mahkemesi tarafından verilen kararın yürürlükteki yasa ve usul açısından uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

31. Bayan Dölek, 17 Eylül 2009 tarihinde, Erdemli Cumhuriyet Savcısına gönderdiği dilekçe ile saç örneklerine yönelik DNA incelemesinin bir üniversitede özel olarak gerçekleştirilmesini istediği gerekçesiyorsuştırma dosyasının bir kopyasıyla birlikte saç örneklerinin kendisine verilmesini talep etmiştir. Birinci başvuran, iletişime geçtiği çeşitli üniversitelerde görev yapan akademisyenlere göre, saç örnekleri üzerinde yeterli bir DNA incelemesinin gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.

32. Erdemli Cumhuriyet Savcısı, Bayan Dölek'in talebine cevaben, 13 Ekim 2009 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına dair başka bir karar vermiş ve bu kararında önceki soruşturmada atılan adımları ortaya koymuştur. Soruşturma dosyasında yer alan belgelerin birer kopyasının verilmesine karar veren savcı, saç örneklerinin verilmesine yönelik talebi reddetmiştir. Savcı, talebin bu kısmının ulusal mevzuata uygun olmadığını değerlendirmiştir.

33. Birinci başvuran, 22 Ekim 2009 tarihinde, savcının kararına itirazda bulunmuş ve soruşturma ile ilgili iddialarını tekrarlamıştır.

34. Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi, söz konusu kararın yeterince gerekçelendirildiğini değerlendirerek, 7 Aralık 2009 tarihinde savcının kararını uygun bulmuştur. Bu karar 14 Ocak 2010 tarihinde başvuranların avukatına tebliğ edilmiştir.

35. Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 7 Aralık 2009 tarihinde verilen

kararın iptal edilmesine yönelik adım atılması talebiyle birinci başvuran tarafından Adalet Bakanlığına yapılan 18 Ocak 2010 tarihli başvuru da 3 Mart 2010 tarihinde Bakanlık tarafından reddedilmiştir. Bakanlığın kararı, 24 Mart 2010 tarihinde başvuranlara tebliğ edilmiştir.

36. Başvuru davalı Hükümete tebliğ edildiğinde, Mahkeme Hükümetten, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın DNA incelemesine tabi tutulamayacağı yönündeki Adli Tıp Kurumu kararının yeterli bir incelemeye dayalı olup olmadığıyla ilgili olarak adli tıp kurumu yetkililerinden bilgi edinip Mahkemeye açıklama sunmasını talep etmiştir.

37. Hükümet talebi yerine getirerek, Adli Tıp Kurumu tarafından 17 Ağustos 2012 tarihinde hazırlanan bir raporu Mahkemeye sunmuştur. Söz konusu raporda, yukarıda belirtilen raporların taslağını hazırlayan adli tıp uzmanları tarafından kullanılan bilimsel yöntemler açıklanmış ve Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçtan otozomik, gonozomik ya da mitokondrial DNA sonuçlarının elde edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 2. VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

38. Başvuranlar, Sözleşme'nin 2. ve 13. maddelerine dayanarak, Devletin Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin etkin bir soruşturma yürütmemesi nedeniyle Mustafa Döleksoy'un yaşamını koruyamadığı yönünde şikâyetinde bulunmuşlardır.

39. Mahkeme, başvuranların şikâyetinin sadece Sözleşme'nin 2. maddesi açısından incelenmesini uygun görmüştür. Söz konusu madde şu şekildedir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

40. Hükümet bu iddialara itiraz etmiştir.

A. Kabul Edilebilirlik

1. İç hukuk yollarının tüketilmesi koşuluna uygunluk

41. Hükümet, sadece birinci başvuran Sultan Dölek'in iç hukukta yürütülen soruşturmaya katıldığını ve Erdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen kararlara itiraz ettiğini ve geri kalan altı başvuranın ise iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu yerine getirmediklerini belirlemiştir.

42. Başvuranlar, Mahkeme tarafından verilen kararlarda yorumlandığı üzere, Sözleşme'nin 2. maddesinin ulusal makamları bir ölümden haberdar olur olmaz soruşturmaya mecbur bıraktığını belirtmişlerdir. Başvuranlar ayrıca, şikâyetlerinin savcı tarafından yürütülen soruşturmanın etkinliği ile ilgili olduğunu ve müdahil taraf olarak yer alabilecekleri bir ceza davası olmadığını kaydetmişlerdir.

43. Mahkeme, başvuranlar tarafından belirtildiği üzere, şüpheli koşullarda bulunan bir cesedin, Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca *kendiliğinden (ipso facto)* ölümü çevreleyen koşullara ilişkin etkin bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiğini kaydetmiştir (bk. *diğerlerine ilaveten, Süheyla Aydın / Türkiye*, no. 25660/94, § 171, 24 Mayıs 2005). Nitekim, Türkiye'nin yerel mevzuatı da savcılarının suç duyurusu yapılmasını beklemeden, şüpheli ölümlere ilişkin *resen (ex proprio motu)* soruşturma başlatmalarını gerektirmektedir. Mevcut davada bu durum yaşanmış olup, birinci başvuran suç duyurusunda bulunmadan uzun süre önce, Erdemli Cumhuriyet savcısı Mustafa Döleksoy'un cesedinin bulunmasından hemen sonra bir soruşturma başlatmıştır.

44. Ulusal makamların yukarıda belirtildiği üzere şüpheli ölümlere ilişkin *resen* soruşturma başlatma yükümlülükleri ile başvuranlardan birinin mevcut iç hukuk yollarına başvurduğu ve Sözleşme şikâyetlerini ulusal makamların dikkatine sunduğu dikkate alındığında, Mahkeme, başvuranlardan bir tanesinin soruşturmaya dahil olmasının yeterli olduğunu ve yedi başvuranın hepsinin soruşturmaya dahil olmasına gerek olmadığını değerlendirmiştir (bk. *diğerlerine ilaveten, Yüksel Erdoğan ve Diğerleri / Türkiye*, no. 57049/00, §§ 74-75, 15 Şubat 2007).

45. Mahkeme, yukarıda açıklanan hususlar ışığında, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını reddetmiştir.

2. Altı ay süre kuralına uygunluk

46. Hükümet, başvuranların akrabasının ölümüne ilişkin soruşturmanın 26 Mart 2009 tarihinde tamamlandığını (bk. yukarıda 28. paragraf) ve aynı tarihte Erdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen 4 Aralık 2008 tarihli ilk kararın Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi tarafından onandığını (bk. yukarıda 26. paragraf) kaydetmiştir. Hükümet, Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın 28 Mayıs 2009 tarihinde tebliğ edildiğini belirtmiş (bk. yukarıda 28. paragraf) ve başvuranların, belirtilen tarihten sonra altı ay içerisinde Mahkemeye başvuru yapmadıklarından, altı ay süre kuralına uymadıklarını ileri sürmüştür.

47. Hükümet, Erdemli Cumhuriyet Savcısının, birinci başvuranın bazı eşyaların kendisine iade edilmesine yönelik talebine karşılık daha sonra başka bir kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesine rağmen, bu kararın altı ay süre sınırının işleyişine ara vermediğini zira Mustafa Döleksoy'un ölümünün soruşturulmasına yönelik usuli yükümlülüğü yeniden ortaya çıkaracak hiçbir yeni delilin gösterilmediğini ya da sunulmadığını iddia etmiştir. Hükümet bu beyanını desteklemek üzere *Gasyak ve Diğerleri / Türkiye* (no. 27872/03, § 63, 13 Ekim 2009); ve *Brecknell / Birleşik Krallık* (no. 32457/04, § 71, 27 Kasım 2007) davalarında verilen kararlara atıfta bulunmuştur.

48. Başvuranlar ise, yaptıkları başvurunun Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesine ilişkin kararın 24 Mart 2010 tarihinde kendilerine tebliğ edilmesinden sonra altı ay içerisinde başvuruda bulunmaları nedeniyle altı ay süre kuralına uygun hareket ettiklerini ileri sürerek cevap vermişlerdir (bk. yukarıda 35. paragraf).

49. Mahkeme öncelikle, bir önceki maddede Hükümet tarafından atıfta bulunulan kararların ilgili kısımlarının, bir delil unsurunun ya da önemli yeni bilgilerin, bir ölüm olayına ilişkin etkin soruşturma yürütülmesine yönelik yükümlülüğü ortaya çıkarıp çıkarmadığı hususuyla ilgili olduğunu vurgulamıştır. Bu itibarla, söz konusu kararların mevcut dava ile ilgisi bulunmamaktadır. Mevcut davada, başvuranlar tarafından yapılan itirazın Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmesiyle ceza soruşturmasının 26 Mart 2009 tarihinde tamamlanmasının ardından (bk. yukarıda 28. paragraf), başvuranlar savcıya dilekçe vererek yakınlarının elinde bulunan saç üzerinde adli inceleme yaptırabilmek için saçın kendilerine verilmesini talep etmişlerdir.

50. Mahkeme söz konusu talebi, başvuranların yakınlarının ölümüne ilişkin

soruşturma yürütülmesini sağlamak açısından girişimlerinin bir devamı olarak değerlendirmiştir. Başvuranlar gibi Mahkeme de Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın, kendisinin ölümüne ilişkin koşulların açıklığa kavuşturulması bakımından potansiyel olarak konuyla alakalı olduğunu değerlendirerek, başvuruların söz konusu saçın bir üniversitede adli tıp uzmanları tarafından gizli bir şekilde incelenmesine yönelik girişimlerinin mantıksız olmadığını kaydetmiştir. Hükümet, savcının başvuruların talebine yönelik cevabının kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen bir karar şeklinde olduğu dikkate alındığında, başvuruların söz konusu karara itiraz ederek makul hareket ettiklerini kaydetmiştir. Nitekim daha sonra Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi de 7 Aralık 2009 tarihli kararında, hem savcılık tarafından verilen kararı hem de başvuruların itirazını esas açısından incelemiştir.

51. Mahkeme, başvuruların yaptıkları başvurunun Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesine ilişkin kararın 24 Mart 2010 tarihinde kendilerine tebliğ edilmesinden sonra altı ay içerisinde başvuruda bulunmaları nedeniyle altı ay süre kuralına uygun hareket ettikleri yönündeki beyanlarıyla ilgili olarak, başvuruların Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın iptali istemiyle Adalet Bakanlığına yaptıkları başvurunun, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesinde yer alan "kanun yararına bozma" usulüne uygun olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme söz konusu usulü daha önce de incelemiş ve doğrudan erişilebilir olmaması nedeniyle olağandışı bir hukuk yolu olarak değerlendirmiştir (bk. *Bayraktaroğlu / Türkiye* (k.k.), no. 5283/10, 23 Ekim 2012). Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu hukuk yolunun tüketilmesinin, başvurular tarafından savcılığın ikinci kararına yapılan itirazın Tarsus Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmesine ilişkin kararın 14 Ocak 2010 tarihinde başvurulara tebliğ edildiği tarihte başlayan altı ay süre kuralının işleyişini durdurmadığını kaydetmiştir (bk. yukarıda 34. paragraf). Başvuruların 3 Haziran 2010 tarihinde başvurularını Mahkemeye sunduklarını belirten Mahkeme, başvuruların altı ay süre kuralına riayet ettiklerini değerlendirmiştir.

52. Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, Mahkeme Hükümet'in altı ay süre kuralına dayalı itirazını reddetmiştir.

53. Mahkeme söz konusu şikâyetin Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, şikâyetin başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez bulunamayacağını kaydetmiştir. Dolayısıyla şikâyet kabul edilebilir olarak beyan edilmelidir.

B. Esas

1. Başvuranlar

54. Başvuranlar, ulusal yetkililerce çok az adım atıldığını belirterek şikayette bulunmuşlar ve söz konusu adımların yakınlarının ölümünü çevreleyen koşulların açığa çıkarılması bakımından yeterli olmadığını iddia etmişlerdir. Başvuranlara göre, soruşturmada atılan adımlar Mustafa Döleksoy'un kasten ya da kazara öldürülüp öldürülmediğinin tespit edilmesini sağlamak açısından yetersiz olmuştur.

55. Başvuranlar, Mustafa Döleksoy'un ölüm nedeninin tespit edilememesini Mahkeme'nin dikkatine sunmuş ve adli raporların güvenilirliğine itiraz etmişlerdir. Başvuranlar, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçla ilişkin DNA incelemesi gerçekleştirilmediğini belirtmiş ve söz konusu saç üzerinde gerçekleştirilen makroskopik incelemenin, saçın kendisine ait olup olmadığının belirlenmesi açısından yetersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Ne olursa olsun, ölümcül bir şekilde yaralanan bir kişinin kendi saçını yolduğu iddiası mantıksızdır.

56. Başvuranlar ayrıca, olay yeri incelemelerinin gerektiği şekilde yapılmadığını ileri sürmüşlerdir; özellikle, olay yeri inceleme görevlileri parmak izi araştırması yapmamış ve Mustafa Döleksoy'un kıyafetlerini incelememişlerdir. Başvuranlar bu bağlamda, sağlık ocağında görevli doktorun, Mustafa Döleksoy'un mutfakta bulunan tezgahtan düştükten sonra hayatını kaybettiği (bk. yukarıda 10. paragraf) yönündeki sonucuna itiraz etmişler ve söz konusu sonucun herhangi bir delille desteklenmediğini iddia etmişlerdir. Ancak, hiçbir yetkili belirtilen bulguyu sorgulamamış ve bu tür bir olayın yaşanmasının imkânsız olabileceğini zira mutfak tezgâhı ile karşısındaki duvar arasındaki mesafenin çok dar olması sebebiyle hiçbir şekilde düşmenin Mustafa Döleksoy'un vücudunda bulunan yaralara yol açmayacağını dikkate almamıştır.

57. Başvuranlar, soruşturmayı yürüten yetkililerin, şüphe uyandıran herhangi bir şey görüp görmedikleri ya da duyup duymadıklarının belirlenmesi amacıyla Mustafa Döleksoy'un karşısında oturan komşularının ifadelerini almadıklarını, aynı zamanda kendileri tarafından isimleri bildirilen ve ifadelerinin alınmasını önerdikleri ve Mustafa Döleksoy'un ölümünden kısa bir süre önce aldığı tehditler hakkında yetkililere bilgi sağlayabilecek bir konumda olan tanıkların da ifadelerini almadıklarını belirterek şikâyetinde bulunmuşlardır.

2. Hükümet

58. Hükümet, Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin soruşturmanın taraf-

sız ve bağımsız bir adli merci olan ve olaydan hemen sonra *resen* soruşturma başlatan Erdemli Cumhuriyet Savcılığı tarafından yürütüldüğünü kaydetmiştir. Soruşturma başvurularına açık olarak yürütülmüş ve başvurular ulusal yetkililere çeşitli taleplerde bulunabilmişlerdir. Ayrıca, yetkililer hızlı bir şekilde hareket etmiş ve soruşturmayı on dokuz ay içerisinde tamamlamışlardır.

59. Yetkililer soruşturma sürecinde gerekli tüm tedbirleri almışlardır. Bu nedenle soruşturma, ölüme ilgili sorumluluğu bulunanların tespit edilmesini sağlayabilecek nitelikte olmuştur.

60. Başvuru Hükümete tebliğ edildiğinde, Mahkeme Hükümetten, soruşturmayı yürüten yetkililerin Mustafa Döleksoy'un yazlığına yakın yerde yaşayan kişilerin ifadelerini almamalarının ve olası görgü tanıklarını aramamalarının altında yatan nedenleri açıklamaya davet etmiştir. Hükümet söz konusu soruya cevap olarak, Mustafa Döleksoy'un iki akrabasının, site görevlisinin ya da güvenlik görevlisinin ifadelerinde (bk. yukarıda 11. paragraf), "ne kasten ne de kasti olmayan bir cinayet şüphesi uyandıracak" hiçbir şey bulunmadığını iddia etmiştir. İkinci olarak, Adli Tıp Kurumu 20 Ekim 2008 tarihli raporunda, "Mustafa Döleksoy' un elinde bulunan saç örneklerinin morfolojik olarak kendi kafasından alınan örneklerle kuvvetli benzerlikler gösterdiğini" belirtmiştir. Hükümete göre söz konusu delil, olayda başka bir kişinin yer aldığı hususunu saf dışı bırakmıştır ve söz konusu dönemdeki mevcut deliller zaten olayı aydınlatmıştır.

61. Hükümet ayrıca, birinci başvuranın 21 Ocak 2008 tarihli dilekçesinde dinlenmeleri yönünde talepte bulunduğu kişilerin (bk. yukarıda 22. paragraf) soruşturmanın gidişatını değiştirebilecek hiçbir kesin bilgiye sahip olmadıklarını kaydetmiştir. Hükümet, Mahkeme içtihadına atıfta bulunarak, Sözleşme'nin 2. maddesinin soruşturma sürecinde soruşturmayı yürüten mercilere müteveffanın bir yakını tarafından yapılan her talebi yerine getirme görevi yüklenmediğini belirtmiştir.

62. Mahkeme tarafından yöneltilen bir başka soruya cevap olarak, Hükümet Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın, ileri teknikler kullanılarak birçok detaylı analize tabi tutulduğunu iddia etmiştir. Ancak, söz konusu analizler DNA incelemesi yapmanın mümkün olmadığını ortaya çıkarmıştır.

63. Hükümet, bazı kişilerin tanık olarak dinlenmemesi ve saç örneklerinden DNA sonuçlarının alınamaması hususlarının soruşturmanın etkinliğini azaltmadığını belirtmiştir. Hükümet, yetkililer tarafından alınması gereken başka hiçbir tedbir bulunmadığını ve Sözleşme'nin 2. maddesi ile konuya ilişkin Mahkeme içtihadından doğan yükümlülüklerin mevcut davada yerine getirildiğini eklemiştir.

3. Mahkemenin değerlendirmesi

64. Mahkeme, başvuruların şikâyetinin sadece ulusal yetkililerce akrabalarının ölümüne ilişkin yürütülen soruşturmanın etkinliği ile ilgili olduğunu ve bu itibarla etkin soruşturma yürütülmesine yönelik usulü yükümlülük açısından incelenmesi gerektiğini kaydetmiştir.

65. Mahkeme bu kapsamda, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yer alan yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün, Devletin Sözleşme'nin 1. maddesindeki "Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına alması" yönündeki genel göreviyle birlikte değerlendirildiğinde, kişilerin güç kullanımı nedeniyle öldürülmeleri durumunda bazı etkin resmi soruşturma türlerinin bulunmasını dolaylı olarak gerektirdiğini hatırlatmıştır (bk. *McCann ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, § 161, Seri A no. 324; ve *Kaya / Türkiye*, 19 Şubat 1998, § 105, *Karar ve Hüküm Derlemeleri* 1998-1).

66. Mahkeme bu bağlamda, belirtilen yükümlülüğün, öldürme olayının Devletin bir görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinin açık olduğu durumlarla sınırlı olmadığını belirtmiştir (bk. *Salman / Türkiye* [BD], no.21986/93, §105, AİHM 2000-VII). Ayrıca söz konusu yükümlülük, kurbanın öldürüldüğünün açık olduğu durumlarla da sınırlı değildir; şüpheli bir ölümle karşılaşan yetkililerin, etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır (bk. *Kolevi / Bulgaristan*, no. 1108/02, § 191, 5 Kasım 2009 ve söz konusu paragrafta belirtilen davalar).

67. Mahkeme, soruşturma yükümlülüğünün, sonuç esaslı değil süreç esaslı bir yükümlülük olduğunu yinelemiştir; bu bağlamda, her soruşturmanın başarılı olması ya da davacının olayları anlattığı şekliyle örtüşecek bir sonuca ulaşması beklenemez. Ancak, bir soruşturma ilke gereği davanın olay ve olgularını ortaya çıkaracak nitelikte olmalı ve iddiaların doğru çıkması halinde sorumlu kişilerin tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayabilmelidir (bk. *Mikheyev / Rusya*, no. 77617/01, § 107, 26 Ocak 2006 ve söz konusu paragrafta belirtilen davalar).

68. Yetkililer, olaya ilişkin delillerin güvence altına alınması amacıyla *diğerlerine ilaveten* tanık ifadesi de dâhil olmak üzere kendilerinden beklenen makul tedbirleri almalıdırlar. Soruşturmada ölüm nedeninin ya da sorumlu kişilerin tespit edilmesini engelleyecek her türlü eksiklik, bu standardın altında kalma riskini doğuracaktır (bk. *Aktaş / Türkiye*, no. 24351/94, § 300, AİHM 2003-V (alıntılar) ve söz konusu paragrafta belirtilen davalar). Özellikle, soruşturma neticesinde varılan sonuç tüm ilgili unsurların eksiksiz, tarafsız ve bağımsız incelemesine dayandırılmalıdır. Açık soruşturma çizgisinin takip edilmemesi, soruşturmanın

dava koşullarının tespit edilmesine ve sorumluların kimliklerinin belirlenmesine yönelik yeterliliğine kesin bir şekilde zarar vermektedir (bk. *Kolevi / Bulgaristan*, yukarıda anılan, § 201, ve söz konusu paragrafta belirtilen kararlar).

69. Mahkeme öncelikle, mevcut davaya özgü koşullarla ilgili olarak, Mustafa Döleksoy'un vücudundaki yaralanmalar dikkate alındığında, adli tıp yetkililerinin, cesedin ileri derecede bozulmuş olması nedeniyle ölüme yol açan koşulları tespit edememeleri karşısında, söz konusu yetkililerin ölüm olayında bir dış unsur bulunduğunu gösteren herhangi bir tıbbi delil bulamamalarının cinayet ihtimalini yok etmediğini vurgulamayı uygun görmüştür (bk. yukarıda 19. paragraf). Buna karşın, şüpheli bir ölüm olayında sadece başka bir kişinin olayda yer aldığı tespit edilmesi ya da yer almadığının belirlenmesi amacıyla soruşturma yürütülmesi ise usulü yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir; ulusal yetkililerin yükümlülüğü, ölüm nedeninin tespit edilmesini de kapsamaktadır (bk. *Kolevi / Bulgaristan*, yukarıda anılan, § 191).

70. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Mustafa Döleksoy'un ölümünün bir önceki paragraf kapsamında "şüpheli" olduğunu ve bir soruşturma gerektirdiğini değerlendirmiştir. Mahkeme bu bağlamda, ceset üzerinde inceleme gerçekleştiren savcının da, kesin ölüm nedeninin ve kafada gözlemlenen yaraların nedeninin belirlenerek tüm şüphelerin giderilmesi amacıyla klasik otopsi gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu yönünde değerlendirmede bulunmasının önemli olduğu kanısındadır (bk. yukarıda 14. paragraf). Bu nedenle Mahkeme ulusal yetkililerin, Mustafa Döleksoy'un ölümüne yol açan koşulların belirlenmesini ve olaydan sorumlu herkesin belirlenip cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte etkin bir soruşturma yürütüp yürütmediklerini inceleyecektir.

71. Mahkeme, ölüm olayının soruşturulmasında yetkililerce çok az sayıda adım atıldığı konusunda başvuranlarla aynı fikirdedir. Aslında, bütün soruşturma süresince, atılan tek uygun adım adli tıp yetkilileri tarafından gerçekleştirilen incelemelerdir. Aslında söz konusu incelemeler soruşturmayı yürüten savcının talimatı neticesinde gerçekleştirilmiş olsa da (bk. yukarıda 14. ve 21. paragraflar), bahse konu incelemeler devam ederken savcı tarafından başka hiçbir adım atılmadığı görülmektedir. Örnek olarak, 25 Ağustos 2007 tarihinde cesedin tespit edilmesi ile 12 Kasım 2007 tarihinde klasik otopsi raporunun hazırlanması arasında geçen ve ölüm olayına ilişkin bir soruşturmada en önemli dönem olarak görülmesi gereken süre boyunca, savcı tarafından soruşturmaya yönelik hiçbir adım atılmamıştır.

72. Başvuranlar, Mustafa Döleksoy'un yazlık evinin karşısında yaşayan kom-

şularının ifadelerinin soruşturmayı yürüten yetkililerce alınmadığını ileri sürmüşlerdir. Nitekim, savcının ya da başka bir soruşturma yetkilisinin soruşturma sürecinde Mustafa Döleksoy'a ait evin bulunduğu bölgede yaşayan kişilerle konuştuğunu gösteren hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Mahkeme, cesedin bulunmasının ardından en kısa sürede bu potansiyel tanıkların ifadelerinin alınmasının, herhangi bir şüpheli durum görüp görmedikleri veya duyup duymadıkları hakkında bilgi sağlayabileceğini değerlendirmiştir. Mahkeme, bu tür bariz bir tedbirin alınmamasının, soruşturmada önemli bir boşluk teşkil ettiği kanısındadır (bk. aşağıda 80. paragraf).

73. Mahkeme bu bağlamda Hükümetin, Mustafa Döleksoy'un iki akrabasının, site görevlisinin ya da güvenlik görevlisinin ifadelerinde "ne kasten ne de kasti olmayan bir cinayet şüphesi uyandıracak" hiçbir şey bulunmadığını belirterek bu eksikliği açıklamaya çalıştığını kaydetmiştir. Mahkeme bu beyanlarla ikna olmamıştır. Mahkeme, iki akraba, site görevlisi ve güvenlik görevlisinden alınan ifadelerin (bk. yukarıda 11. paragraf) sadece söz konusu kişilerin ölümle ilgili paylaşacak bilgilerinin olmadığını teyit ettiğini ve Mustafa Döleksoy'un ölümünde başka bir kişinin yer alma ihtimalini kesin bir şekilde saf dışı bırakmadığını gözlemlemiştir.

74. Hükümet ayrıca Adli Tıp Kurumunun 20 Ekim 2008 tarihli raporuna atıfta bulunmuştur. Söz konusu rapora göre, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saç morfolojik olarak kendi kafasından alınan örneklerle güçlü benzerlikler göstermiştir. Hükümete göre bu durum, söz konusu kişinin ölümünde hiç kimsenin yer almadığı ve olayın zaten çözüldüğü anlamına gelmektedir (bk. yukarıda 25. paragraf). Mahkeme, Hükümetin atıfta bulunduğu raporun Mustafa Döleksoy'un cesedinin bulunmasının ardından bir yıldan uzun bir süre sonra düzenlendiğini ve bu nedenle söz konusu raporun savcının bu süre zarfında herhangi bir görgü tanığını bulup ifadesini almaya çalışmamasını açıklayamayacağını kaydederek, Hükümetin beyanlarını bir kez daha kabul edemeyeceğini belirtmiştir.

75. Mahkeme, Mustafa Döleksoy'un cesedinin bulunmasının ardından, evinde gerçekleştirilen olay yeri incelemesinin etkinliğini sorgulamıştır. Başvuranlar tarafından belirtildiği üzere, parmak izi araması ya da evin giriş ve çıkış noktalarının durumunun incelenmesine yönelik olarak hiçbir girişimde bulunulmadığı görülmektedir. Ayrıca, savcı "delil niteliği bulunmadığını" değerlendirdiğinden, Mustafa Döleksoy'un üzerinde bulunan kıyafetler muhafaza altına alınmamış ve adli incelemeye tabi tutulmamıştır (bk. yukarıda 13. paragraf).

76. Bununla birlikte, Mustafa Döleksoy' a ait cep telefonunun cebinde bu-

lunmasına ve Mustafa Döleksoy'un hareketleri ile ölümünden hemen önce irtibat kurduğu kişiler hakkında ipucu sağlayabilecek olmasına rağmen, söz konusu cep telefonu incelenmemiştir.

77. Mahkeme ayrıca, ulusal yetkililerin hem soruşturmaya yönelik en temel adımları atmadığını hem de başvurularca iletilen taleplerle adım atmaları istendikten sonra bile harekete geçmediklerini vurgulamıştır (bk. yukarıda 20, 22-24, 27, 29, 31, 33 ve 35. paragraflar). Yukarıda da belirtildiği üzere, iki yıl altı ay boyunca devam eden soruşturma esnasında başvurular tarafından konuyla ilgili olarak belirtilen noktalara hiçbir cevap verilmemiş ve örneğin bölgedeki kişilerin soruşturulması, evde parmak izi aranması, cep telefonundaki görüşme kayıtlarının incelenmesi ve kıyafetlerin adli incelemeye tabi tutulması gibi adımların olayın çözülmesi açısından gerekli olmadığı ileri sürülerek, söz konusu eksikliklerin gerekçelendirilmesine yönelik hiçbir açıklama yapılmamıştır.

78. Mahkeme ayrıca, başvurular tarafından soruşturma boyunca gündeme getirilen ve Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın DNA incelemesine cevap vermediği yönündeki adli inceleme sonuçlarıyla ilgili şüphelere dikkat çekmiştir. Mahkeme, başvuruların adli yetkililerin işlemleriyle ilgili hoşnutsuzluklarının temel nedeninin, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın DNA incelemesine neden tepki vermediğinin gerekçeleriyle ilgili olarak yetkililerce kesin bir açıklama yapılmaması olarak görüldüğü kanısındadır. Mahkeme bu kapsamda, söz konusu gerekçelerin açıklanmamasına ilişkin kendi şüphelerinin, Mahkemenin talebi doğrultusunda Adli Tıp Kurumu tarafından sağlanan bilgilerle giderilmediğinin altını çizmiştir. Mahkeme, raporda sadece Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçla ilgili "otozomik, gonozomik ya da mitokondriyal DNA sonuçlarının alınmasının mümkün olmadığı" hususunun belirtildiğini ve söz konusu durumun nedeninin açıklanması yoluna gidilmediğini kaydetmiştir (bk. yukarıda 37. paragraf).

79. Mahkeme, Mustafa Döleksoy'un elinde bulunan saçın DNA analizine cevap vermezken kafasından alınan örneklerin neden cevap verdiğine ilişkin açıklama yapılmaması eklendiğinde, başvuruların şüphelerinin büyük ihtimalle artmış olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, davalı Devletin etkin soruşturma yürütme yükümlülüğüne karşın, davalı Devletin adli tıp uzmanları tarafından gerçekleştirilen incelemelerin niteliğine ilişkin hüküm vermeden, başvuruların, sonuç alınmasının mümkün olmadığını belirten adli tıp uzmanlarınca saçı özel olarak inceletme imkânından yoksun bırakıldıkları yönündeki değerlendirmesinin uygun olduğu kanısındadır (bk. yukarıda 31. paragraf). Başvurular, saçı özel olarak inceletme ve saçın başka birine ait olduğunu tespit edebilme imkânı

bulabilselerdi, bu bilgiyi yeni soruşturmaları yürütmek durumunda kalacak olan adli yetkililerin dikkatine sunabilirlerdi. Özel adli incelemelerin sonucu Adli Tıp Kurumu tarafından gerçekleştirilen incelemelerin sonucunu teyit etseydi, o zaman başvuranların şüpheleri hafifletilirdi.

80. Mahkeme son olarak, başvuranların Mustafa Döleksoy'un ölümünden hemen önce aldığı tehditlerle ilgili olarak savcının dikkatine sundukları bilgilerin ve ölümünde bazı kişilerin yer aldığına ilişkin olarak başvuranlar tarafından gündeme getirilen şüphelerin (bk. yukarıda 22-24. paragraflar) önemsiz olmadığını, herhangi bir açıklama yapılmadan göz ardı edilmemesi gerektiğini ve teyit edilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Ancak dosyada, belirtilen bilgilere ve şüphelere ilişkin en temel adımların bile atıldığını gösteren hiçbir bilgi bulunmamaktadır.

81. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin soruşturma sürecinde soruşturmayı yürüten mercilere müteveffanın bir yakını tarafından yapılan her talebi yerine getirme görevi yüklediği konusunda Hükümetle aynı fikirdedir. Ancak Mahkeme, başvuranların taleplerinin çok önemli ve uygun olduğunu ve bu nedenle söz konusu talepler dikkate alınmadan Mustafa Döleksoy'un ölümünü çevreleyen koşulların muhtemelen aydınlatılamayacağını kaydetmiştir.

82. Yukarıda belirtildiği üzere, Mahkeme içtihadı uyarınca, soruşturmada ölüm nedeninin ya da bu tür bir ölüm olayından sorumlu kişilerin tespit edilmesini engelleyecek her türlü eksiklik, ulusal yetkililerden beklenen etkinlik standardının altında kalınması riskini doğuracaktır (bk. yukarıda 68. paragraf). Mevcut davada soruşturma aşamasında yaşanan birçok eksikliği inceleyen ve vurgulayan Mahkeme, Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin yürütülen soruşturmanın, ölüm nedeninin tespit edilmesini ya da olaydan sorumlu olabilecek kişilerin belirlenip cezalandırılmasını sağlayabilecek nitelikte olmadığına karar vermiştir.

83. Bu nedenle Mahkeme, Mustafa Döleksoy'un ölümüyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

84. Mahkeme, mevcut davaya özgü koşullar altında, yakın dönemde Türk hukuk sistemine getirilen bir dizi değişikliğe atıfta bulunmanın uygun olduğu kanısındadır. Söz konusu değişiklikler uyarınca, Mahkemenin etkin soruşturma yürütülmemesi nedeniyle Sözleşme'nin ihlaline hükmettiği davalarda, başvuranların, yakınlarının ölümüne ilişkin soruşturmanın yeniden açılmasına yönelik olarak ulusal yetkililerden talepte bulunma imkânları bulunmaktadır (bk. *Durmaz / Türkiye*, no. 3621/07, § 34 ve 68, 13 Kasım 2014). Dolayısıyla, başvuranlar

mevcut davada Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin soruşturmanın yeniden açılmasını talep edebilir ve soruşturma yetkililerine, bir önceki soruşturmada Mahkeme tarafından tespit edilen eksikliklerin dikkate alınarak, yeni ve etkin bir soruşturma yürütülmesi yönünde taleplerini iletebilirler.

SÖZLEŞME'YE İLİŞKİN DİĞER İHLAL İDDİALARI HAKKINDA

85. Başvuranlar son olarak Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca, akrabalarının ünlü bir kişi olmaması sebebiyle, ceza soruşturmasının yeterli bir şekilde yürütülmediğini belirterek şikâyetinde bulunmuşlardır.

86. Mahkeme, elinde bulunan bütün belgeler ışığında ve şikâyet konusu hususların görev alanına girdiği ölçüde, bu şikâyetin Sözleşme ve Ek Protokol'lerde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açmadığı kanısındadır.

87. Dolayısıyla Mahkeme, başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 hükümleri uyarınca reddedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

88. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir:

"Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."

A. Tazminat

89. Birinci başvuran, maddi tazminat olarak 10.000 avro talep etmiştir. Birinci başvuran, oğlu Mustafa Döleksoy'un kendisine maddi destek sağladığını ve ölmesi nedeniyle maddi destekten yoksun kaldığını iddia etmiştir.

90. Dördüncü ve beşinci başvuranların her biri maddi tazminat olarak 5.000 avro talep etmiş ve ağabeylerinin ölümü nedeniyle, ağabeyleri tarafından kendilerine sağlanan maddi yardımdan yoksun kaldıklarını iddia etmişlerdir.

91. Başvuranlar ayrıca manevi tazminat olarak 90.000 avro talep etmişlerdir.

92. Hükümet, iddia edilen ihlal ile maddi tazminat talebi arasında hiçbir iliyet bağı bulunmadığını kaydetmiştir. Hükümet ayrıca, hem maddi hem de manevi tazminat bakımından talep edilen meblağların fahiş olduğunu ve Mahkeme kararlarında hükmedilen tutarlarla örtüşmediğini değerlendirmiştir.

93. Mahkeme, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında herhangi bir illiyet bağı görememektedir. Dolayısıyla mahkeme bu talebi reddetmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, yedi başvuruna manevi tazminat olarak müştereken 20.000 avro ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Giderler

94. Başvuranlar, Mahkeme önünde gerçekleşen masraf ve giderler açısından, yasal temsilcilerine toplamda 10.000 Türk lirası (4.220 avro) ödemeyi kabul ettiklerini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, yasal temsilcileri tarafından kendilerine verilen ve yasal temsilcilerine ilk taksit olarak 16 Mayıs 2011 tarihinde 3.000 Türk lirası (yaklaşık olarak 1.260 avro) ödediklerini gösteren faturayı Mahkemeye sunmuşlardır. Başvuranlar ayrıca taleplerini desteklemeye yönelik olarak, Mersin Barosu tarafından tavsiye edilen ücret skalalarının bir kopyasını Mahkemeye sunmuşlardır.

95. Hükümet, başvuranların taleplerini ayrıntılarıyla belirtmemeleri ve söz konusu harcamaların gerçekten gerçekleştirildiğini kanıtlamamaları nedeniyle, Mahkemeyi masraf ve giderler bakımından tazminata hükmetmemeye davet etmiştir.

96. Mahkeme içtihadı uyarınca, bir başvuranın masraf ve harcamalarını geri alabilmesi için, söz konusu masraf ve harcamaların fiilen ve gerekli olduğu için yapılmış olduğunun belgelenmesi ve makul miktarda olması gerekmektedir. Mahkeme mevcut davada başvuranların yasal temsilcilerine 3.000 Türk lirası (1.260 avro) ödediklerini gösteren faturayı sunduklarını, bunun dışında talep ettikleri 4.220 avro tutarının geri kalan kısmını desteklemeye yönelik olarak -bir fatura, ücret anlaşması ya da yasal temsilcilerin davada ne kadar süre harcadıklarını gösteren bir belge gibi- herhangi bir belge sunmadıklarını gözlemlemiştir. Bu bağlamda, sadece Barolar tarafından düzenlenen tavsiye edilen ücret skalalarını esas almanın, yasal bir temsilcinin ücretlerine yönelik bir talebin belgelenmesi bakımından yeterli delil teşkil etmeyeceğinin kaydedilmesi gerekmektedir (bk. *diğerlerine ilaveten Eşim / Türkiye*, no. 59601/09, §§ 28 ve 31, 17 Eylül 2013).

97. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususlar ışığında ve elinde bulunan belgeleri ve yukarıda yer alan kriterleri dikkate alarak, başvuranlara müştereken bütün başlıklar altındaki masrafları karşılayacak şekilde 1.260 avro ödenmesini uygun görmüştür. Avrupa Konseyi'nin adli yardım programı kapsamında sağlanan adli yardım nedeniyle, söz konusu meblağdan 850 avro kesilmesi gerekmektedir (bk. yukarıda 2. paragraf).

C. Gecikme Faizi

98. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankasının kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğunu değerlendirmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE

1. Birinci başvuran Sultan Dölek tarafından soruşturmanın etkinliğine ilişkin olarak Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yapılan şikâyetlerin oy çokluğuyla kabul edilebilir olduğuna;

2. Diğer altı başvuran tarafından soruşturmanın etkinliğine ilişkin olarak Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yapılan şikâyetlerin oy çokluğuyla kabul edilebilir olduğuna;

3. Başvurunun geri kalan kısmının oybirliğiyle kabul edilemez olduğuna;

4. Ulusal yetkililerin Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin etkin soruşturma yürütmediğiyle ilgili olarak birinci başvuran tarafından yapılan şikâyetler açısından, bir oya karşılık altı oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;

5. Ulusal yetkililerin Mustafa Döleksoy'un ölümüne ilişkin etkin soruşturma yürütmediğiyle ilgili olarak diğer altı başvuran tarafından yapılan şikâyetler açısından, üç oya karşılık dört oyla, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;

6. Üç oya karşılık dört oyla,

(a) Davalı Devlet tarafından başvuranlara müştereken, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde; ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden davalı devletin para birimine çevrilecek şekilde aşağıdaki miktarların ödenmesine:

(i) manevi tazminat olarak, ortaya çıkabilecek vergiler hariç olmak üzere 20.000 (yirmi bin avro) avro ödenmesine;

(ii) masraf ve giderler bakımından, başvuranlara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere 1.260 (bin iki yüz altmış avro) avro ödenmesine ve bu miktardan, adli yardım yoluyla verilen 850 avronun (sekiz yüz elli avro) çıkarılmasına;

(b) Yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren, ödeme gününe kadar, Avrupa Merkez Bankasının kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda, yukarıda bahsedilen meblağlara basit faiz uygulanmasına;

7. Başvuranların adil tazmin taleplerinin geri kalan kısmının reddedilmesine karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce olarak tanzim edilmiş ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 § 2 ve 3 maddesi uyarınca 28 Nisan 2015 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Nai Smith

Yazı İşleri Müdürü

Andras Sajo

Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve AİHM İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, Yargıç Sajo, Yargıç Keller ve Yargıç Spano'ya ait ayrık görüşler bu kararın ekinde sunulmuştur.

A.S.

S.H.N.

YARGUÇ SAJÓ'NUN MUHALEFET ŞERHİ

Üzülerek belirtmeliyim ki, her durumda kabul edilemez olan bu davada çoğunluk ile aynı fikri paylaşmadım. Savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına ilişkin nihai karar 28 Mayıs 2009 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuru 3 Haziran 2010 tarihinde, yani nihai yerel kararın verilmesinin ardından altı aydan daha uzun bir süre sonra sunulmuştur. Birinci başvuranın Adalet Bakanlığına yaptığı başvuru konu dışıdır. Bu tüketilmesi gereken bir hukuk yolu değildir. Savcıya, özünde asıl taleple aynı olan başka bir talepte daha bulunulmuş, savcı usule yönelik adım atmamıştır. Yeni bir delil sunulmamıştır (bk. *Brecknell / Birleşik Krallık.*, no. 32457/04, § 71, 27 Kasım 2007). Tabi ki, diğer başvuranlar, kovuşturma açılmasının sürekli olarak reddedilmesinin kendileri açısından fark yarattığını bile iddia edemezler.

Devletin yaşam hakkını korumaya yönelik yükümlülüğü bağlamında, Devlet, şüpheli bir ölüm olayının yaşanması durumunda, etkin bir soruşturma yürütmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük, öldürme olayının Devletin bir görevlisi tarafından gerçekleştirildiği hususunun açık olduğu davalarla sınırlı değildir. Dava dosyasında, bir Devlet görevlisinin somut olayda yer aldığını gösteren hiçbir bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle, ölümün şüpheli niteliği, Devlet görevlilerinin yer aldığı davalarda uygulanan detaylı inceleme görevi olmadan de-

ğ erlendirilmelidir. Mahkeme, *Kolevi / Bulgaristan*, no. 1108/02, § 191, 5 Kasım 2009 davası ve kurbanın vücudunda mermi bulunması sebebiyle ölümün şüpheli olduğu diğer davalara atıfta bulunmuştur. Somut dava farklıdır. Kafasında kırıklar bulunan kurban yerde yatmaktaydı. Kapı kapalıydı. Bir güvenlik görevlisi vazife başındaydı. Üç adli rapor alınmış ve DNA analizine cevap vermeyen saçın kökenine ilişkin bir açıklama yapılmıştır. Bu tespitte¹ olağandışı ya da şüpheli bir durum söz konusu değildir. Ayrıca, saç teşhisine yönelik “geleneksel” yöntemler, saçın büyük ihtimalle kurbanı ait olduğunu göstermiştir.

Mevcut dava, diğer potansiyel tanıkların ifadelerinin alınmaması ve ek adli incelemelerin gerçekleştirilmemesi hususlarının yerel bir mahkeme tarafından konu dışı olduğuna karar verilmesi sonrasında bir şüphelinin mahkûm edildiği bir dava olsaydı, belirtilen hususlar 6. maddenin (adil yargılama) bir ihlali olarak değerlendirilmezdi. Soruşturma, *Anguelovo / Bulgaristan* (no. 38361/97, § 140, AİHM 2002-IV) davasının koşullarını karşılamıştır: “gereken kamu denetiminin derecesinin davadan davaya değişebileceği dikkate alındığında ve dışarıdan müdahale olmadığı (başvuranların spekülasyonları dışında) ve herhangi bir gizli anlaşma bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, somut davada 2. maddenin ihlali söz konusu olamaz.

YARGIÇ KELLER’İN KISMİ MUHALEFET VE KISMİ MUTABAKAT ŞERHİ

Birinci başvuranın, oğlunun ölümüne ilişkin olarak ulusal yetkililerce etkin bir soruşturma yürütülmediğine ilişkin şikâyetleri bağlamında Sözleşme’nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edilip edilmediği hususunda meslektaşarımla aynı yönde oy kullandım. Ancak, aşağıda belirtilen gerekçeler dolayısıyla, diğer altı başvuranla ilgili olarak başvurunun kabul edilebilir olarak beyan edilmesi konusunda çoğunluk ile aynı fikirde değilim. Sonuç itibarıyla, ilk olarak diğer altı başvuranın, Mustafa Döleksoy’un ölümüne ilişkin olarak ulusal yetkililerce etkin soruşturma yürütülmediği yönündeki iddiaları açısından Sözleşme’nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği hususunda aynı fikri paylaşmam (I). İkinci olarak, davanın dostane çözüm üzerinden karara bağlanması açısından bir girişimde bulunulduğu ancak sonuç olarak herhangi bir netice alınmadığı hususunun Mahkeme tarafından belirtilmiş olması gerektiğine inanıyorum (II).

¹ İleri teknolojiyle bile “telojen saçlar, kökü olmayan saçlardaki %65 başarı oranına nazaran % 77.5 başarı oranı ile sonuçlanmaktadır.” Roberts KA, Calloway C., “Saç morfolojisinin bir fonksiyonu olarak mitokondriyal DNA amplifikasyonu”. *Journal of Forensic Science*, 2007 Ocak; 52(1):40-7.

I. İç hukuk yollarının Mustafa Döleksoy'un kardeşleri tarafından tüketilmesi

1. Sözleşme kurumları, geçmişte, 2. maddenin ihlali ile ilgili bir durum söz konusu olduğunda, ölen bir kişinin akrabaları tarafından sunulan başvuruları kabul etmiştir. Örnek olarak, Mahkeme, ölen bir kişinin eşinin (bk. AYTEKİN / Türkiye, 23 Eylül 1998, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1998-VII), ölen bir kişinin annesinin (bk. ÇİÇEK / Türkiye, no. 25704/94, 27 Şubat 2001), ölen bir kişinin babasının (bk. HUGH JORDAN / Birleşik Krallık, no. 24746/94, AİHM 2001-III (alıntılar)) ve ölen bir kişinin erkek ve kız kardeşinin (bk. ERGİ / Türkiye, 28 Temmuz 1998, Derlemeler 1998-IV; ve ŞEMSI ÖNEN / Türkiye, no. 22876/93, 14 Mayıs 2002) mağdur statülerini kabul etmiştir. Ancak, somut davadaki mesele, ölen kişinin akrabalarının dolaylı mağdur olarak mağdur statülerinin bulunup bulunmadığı değil, mevcut iç hukuk yollarını tüketip tüketmedikleridir.

2. Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi, başvuranların davalarını Strazburg'a götürmeden önce iç hukuk yollarını tüketmelerini gerektirmektedir. Sözleşme ile kurulan koruma sisteminin ikincilliğini ifade eden söz konusu ilke, Devletlere Mahkemeye cevap vermek zorunda kalmadan önce yerel hukuk sistemleri aracılığıyla ihlalleri telafi etme imkânı sağlamaktadır (bk. VUCKOVIC ve Diğerleri / Sırbistan [BD], no.17153/11 vb., § 68, 28 Ağustos 2012).

3. Mahkeme geçmişte başvuruları bir ihlal iddiasını gerçek anlamda irdeleme olanağı sunmayan iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutmuştur; Mahkeme ayrıca, iç hukuk yollarının geçerliliğinin ve yeterliliğinin davalı Devlet tarafından kanıtlanması gerektiği sonucuna varmıştır (bk. AYDIN / Türkiye, no. 25660/94, 12 Ocak 1998 tarihli Komisyon kararı). Örnek olarak Mahkeme, hepsi en son devlet görevlilerinin gözetiminde görülen başvuranın eşi ve diğer iki kişinin ölümüne ilişkin SÜHEYLE AYDIN / Türkiye davasında, somut olayın koşullarını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, yetkililerin mağdurların öldüğü dönemde gözaltına alındıklarını inkâr ettiklerini ve *resen* başlatılan yerel soruşturmanın herhangi bir sonuç vermediğini kaydetmiştir; Mahkeme sonuç olarak, başvuranın başka bir iç hukuk yolunu tüketmesine gerek olmadığına hükmetmiştir (bk. SÜHEYLE AYDIN, yukarıda anılan).

4. Şüpheli koşullar altında gerçekleşen bir ölüm olayı yaşandığında, söz konusu ölüm Devlet görevlilerine atfedilmese bile, ulusal yetkililer etkin bir soruşturma yürütmekle yükümlüdürler (bk. MENSON / Birleşik Krallık (k.k.), no. 47916/99, AİHM 2003-V kararına atf yapılan RANTSEV / Kıbrıs ve Rusya, no. 25965/04, § 232, AİHM 2010 (alıntılar). Yetkililer, soruşturmanın başlatılması ya da soruşturmanın yürütülmesine yönelik sorumluluk alınması bakımından ini-

siyatif kullanılmasını en yakın akrabaya bırakamaz (bk. *İlhan /Turkey* [BD], no. 22277/93, § 63, AİHM 2000-VII davasına atf yapılan *Rantsev*, yukarıda anılan, § 232; ayrıca bk. *Paul ve Audrey Edwards /Birleşik Krallık*, no. 46477/99, § 69, AİHM 2002-II). Çoğunluk tarafından 43. ve 44. paragraflarda belirtildiği üzere, belirtilen ilkeler mevcut dava açısından da geçerlidir. Ancak, bu yükümlülük tek başına başvuruları iç hukuk yollarını tüketmekten muaf tutmaya yetmez. Başka herhangi bir sonuç, 2. madde kapsamındaki birçok davada hukuk yollarının tüketilmesi kriterine zarar verirdi ve Devleti, başvuruların iddialarını kendi yargı sistemi üzerinden inceleme imkanından yoksun bırakırdı.

5. Çoğunluk somut davada argümanlarını *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri / Türkiye* (bk. kararın 45. paragrafı) kararına dayandırmıştır. Söz konusu davanın olayları, başvuruların akrabaları ile bir grup polis memuru arasında İstanbul'daki bir kafede yaşanan silahlı bir çatışma ile ilgilidir. Mahkeme söz konusu davada verdiği kararında, ölen kişilerden birinin annesi ve kardeşleri olan üç başvuranın ceza yargılamalarına müdahil taraf olarak katılmadıklarını ve suç duyurusunda bulunmadıklarını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu adımları atmalarının gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme değerlendirmesini, ulusal yetkililerin güvenlik güçlerinin güç kullanmasından kaynaklanan ölümleri resen soruşturmakla yükümlü olmaları ile ölen kişinin babasının "söz konusu yargılamalara katılması ve oğlunun öldürülmesine ilişkin bütün hususları gündeme getirmesi"ne dayandırmıştır (bk. *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri / Türkiye*, no. 57049/00, § 75, 15 Şubat 2007).

6. *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri* davası, somut davanın olay ve olgularına ilişkin koşullardan ayrı tutulmalıdır. Başvuruların beyanlarına göre, *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri* davasında, başvuruların yakınlarının hepsi yaklaşık olarak dokuz yıl sonra beraat eden polis memurları tarafından -yakın mesafeden- öldürülmüşlerdir (bk. *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 77). Buna karşın, mevcut davada Mustafa Döleksoy'un Devlet görevlileri tarafından öldürüldüğünü gösteren hiçbir iz bulunmamaktadır. Mevcut davada yürütülen ulusal soruşturma sonuç olarak yetersiz olsa da, Devletin bir ölüm olayına dâhil olduğu ve devlet görevlilerinin hareketsizliği ve hatta taraf tutmasını içeren ya da tamamen yetersiz iç hukuk yollarını ilgilendiren özel durumdan ayırt edilmelidir (karşılaştırınız *Aytekın / Türkiye* (ilk itiraz), 23 Eylül 1998, § 85, Derlemeler 1998-VII).

7. Türk mahkemeleri önünde mevcut etkin hukuk yolları olmasına rağmen, Mustafa Döleksoy'un yetişkin kardeşleri ulusal düzeydeki yargılamalara bizzat katılmamış, bunun yerine ebeveynlerinin -ve daha sonra annelerinin- yalnız başlarına yargılamalara katılmalarına izin vermişlerdir. Sözleşme'nin 35 § 1 maddesi

kapsamında yer alan iç hukuk yollarının tüketilmesine yönelik koşul biraz esnek bir şekilde uygulanmalıdır. Bu kararda çoğunluk tarafından uygulanan esneklik derecesinin dayanaksız olduğu ve üye Devletlere Sözleşme haklarını güvence altına alma olanağı sağlamak amacıyla başvuranların ulusal düzeyde dikkate alarak hareket etmelerini gerektiren ikincillik ilkesinin altında yatan unsurlar açısından uygun olmadığı kanısındayım. Çoğunluk, ölen kişinin kardeşlerinin iç hukuk yollarını tüketmek zorunda olmadıkları sonucuna vararak, bir başvuranın ya da başvuranların mevcut koşullar altında iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadıkları hususunun belirlenmesi kriterinden sapmışlardır (bk. *Avşar*, yukarıda anılan, § 380, ve burada yer alan diğer atıflar). Mustafa Döleksoy'un kardeşleri, ulusal soruşturma sürecinde, işlemlere katılmak açısından herhangi bir ilgi göstermemişlerdir. Bu durum daha sonra değişmiş olsa bile, hiçbir özel koşul iç hukuk yollarının tüketilmesine yönelik koşuldan muaf tutulmaya izin vermemektedir. *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri* davasının istisnai koşullarında farklı bir sonuç mümkün olabilirdi; ancak, aynı durum somut dava için söylenemez.

8. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, ölen kişinin kardeşlerinin iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulundan muaf tutulması konusunda çoğunluk ile aynı fikri paylaşmam. Çoğunluğun yaklaşımı, *Yüksel Erdoğan ve Diğerleri* davasında uygulanan esneklik derecesinin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki birçok ya da bütün davalara uygulanmasına olanak sağlamaktadır; bu sonucun hukuk yollarının tüketilmesi kuralının koşullarına aykırı olduğu kanısındayım. Dolayısıyla, 41. madde uyarınca kardeşlere herhangi bir tazminat ödenmemesi gerektiğine inandığımdan, karar hükümlerinin 6. maddesi açısından da olumsuz oy kullandım.

II. Başarısızlıkla sonuçlanan dostane çözüm

1. Çoğunluk, kararın 5. paragrafında, Hükümetin Mahkeme tarafından reddedilen tek taraflı deklarasyona dayanarak davanın kayıttan düşürülmesini teklif ettiğini belirtmiştir. Davanın yargılama şeklinde bir incelemeyi hak ettiği hususuna tümüyle katılıyorum. Ancak, mahkemenin birçok kez yaptığı üzere, dostane çözüm girişiminde bulunulduğu ancak herhangi bir sonuç alınmadığı hususunun kararda belirtilmesi gerektiğine inanıyorum.

Rosenzweig ve Bonded Warehouses Ltd. /Polanya: “Taraflar arasındaki dostane çözüm görüşmelerinde herhangi bir netice alınmamıştır” (*Rosenzweig ve Bonded Warehouses Ltd./ Polanya adil tazmin*), no. 51728/99, § 6, 5 Haziran 2012).

Megadat.com SRL / Moldova: “Hükümet, başvuran şirket ile dostane çözüm anlaşmasına varamamasın ardından, 19 Ağustos 2010 tarihinde Mahkemeyi, adil tazmin hususunun çözüme kavuşturulması amacıyla, tek taraflı deklarasyon yayınlama teklifinde buldukları yönünde bilgilendirmiştir” (*Megadat.com SRL / Moldova*, no. 21151/04, § 7, 17 Mayıs 2011 tarihli karar).

Racu / Moldova: “Başvuran ve Hükümet dostane çözüme varamamıştır” (*Racu / Moldova*, no. 13136/07, § 6, 20 Nisan 2010 tarihli karar).

Toğcu / Türkiye: “Taraflar ayrıca dostane çözüm olasılığını da değerlendirmişlerdir ancak herhangi bir çözüme varılamamıştır” (*Toğcu / Türkiye*, no. 27601/95, § 7, 31 Mayıs 2005 tarihli karar).

2. Dostane çözüm müzakerelerinin gizli olduğu ve tarafların çekişmeli yargılamalardaki argümanlarına hanel getirmedığı hususunun tamamen farkındayım. Mahkeme İchtüzüğü’nün 62. maddesi uyarınca, dostane çözüm sağlanmasına yönelik girişim çerçevesinde gerçekleştirilen hiçbir yazılı ya da sözlü iletişime ve yapılan hiçbir teklife veya verilen imtiyaza çekişmeli yargılamaalarda atıfta bulunulamaz ya da isnat edilemez (bk. *Tahsin Acar / Türkiye* [BD], no. 26307/95, § 74, Derlemeler 2003-VI, gizli dostane çözüm müzakeresi ile tek taraflı deklarasyon arasındaki fark için ve konumuz kapsamında daha belirgin olarak, R.R. / Polonya, no. 27617/04, § 96, 26 Mayıs 2011). Ancak, davanın çözüme kavuşturulması amacıyla dostane çözüm üzerinden bir girişimde bulunulduğu konusundaki basit gerçek gizli değildir.

3. Dostane çözümler artık Mahkemenin geçmişindeki herhangi bir zamanda olduğundan daha popüler bir konumda bulunmaktadır (bk., en belirgin şekliyle, yakın zamandaki *S.J. / Belçika* davasında verilen Büyük Daire kararı (kayıttan düşme) [BD] (no. 70055/10, 19 Mart 2015) ve *W.H. / İsveç* (kayıttan düşme) [BD] (no. 49341/10, 8 Nisan 2015) ve *M.E.v. İsveç* (kayıttan düşme) [BD] (no. 71398/12, 8 Nisan 2015)². Özellikle Sözleşme’nin 2. maddesine ilişkin bir dava olmak üzere, davanın kayıttan düşürülmesine yönelik bir girişimin sonuç vermemesi hususunun Mahkeme hariç olmak üzere dünya için kayda değer olduğu belirtilmeli ve bu durum gizlenmemelidir.

² Mahkeme içtihadının gelişimine ilişkin daha kapsamlı açıklama için bk. Helen Keller / Magdalena Forowicz / Lorenz Engi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önündeki Dostane Çözümler - Teori ve Uygulama”, Oxford 2010.

YARGIÇ SPANO'NUN BEYANI

Yargıç Keller tarafından kısmi muhalefet ve kısmi mutabakat şerhinde belirtilen gerekçelerle, birinci başvuran haricindeki altı başvuranın 2. madde kapsamındaki şikâyetleri ile ilgili olarak iç hukuk yollarını tükettikleri yönündeki çoğunluk görüşüyle aynı fikirde değilim.

EK

1. 01/01/1930 doğumlu olan Sultan Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
2. 04/04/1962 doğumlu olan Mahmut Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
3. 22/01/1965 doğumlu olan Ahmet Cengiz Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
4. 01/02/1956 doğumlu olan Arife Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
5. 09/03/1969 doğumlu olan Güzide Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
6. 01/02/1973 doğumlu olan Mahide Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.
7. 10/03/1959 doğumlu olan Mehmet Dölek Türk vatandaşı olup Mersin'de ikamet etmektedir.