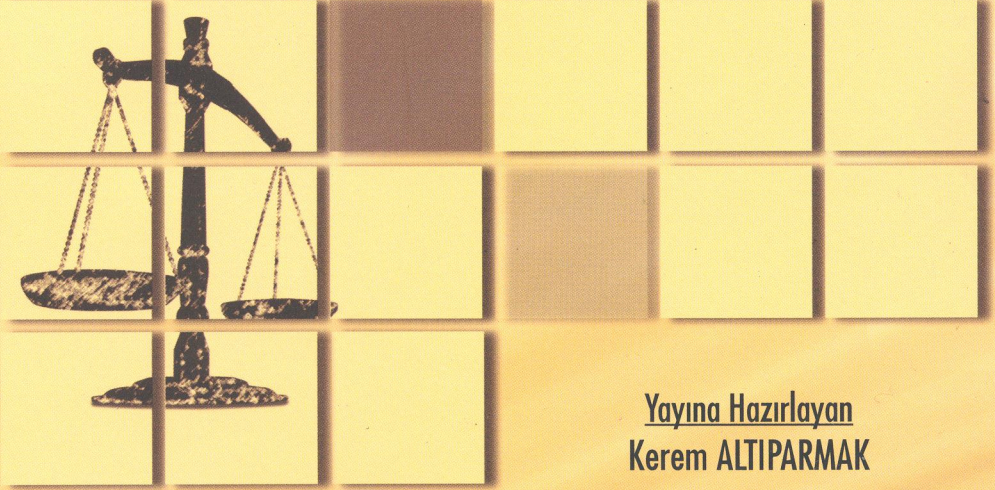


**50. YILINDA AVRUPA
İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**
Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?

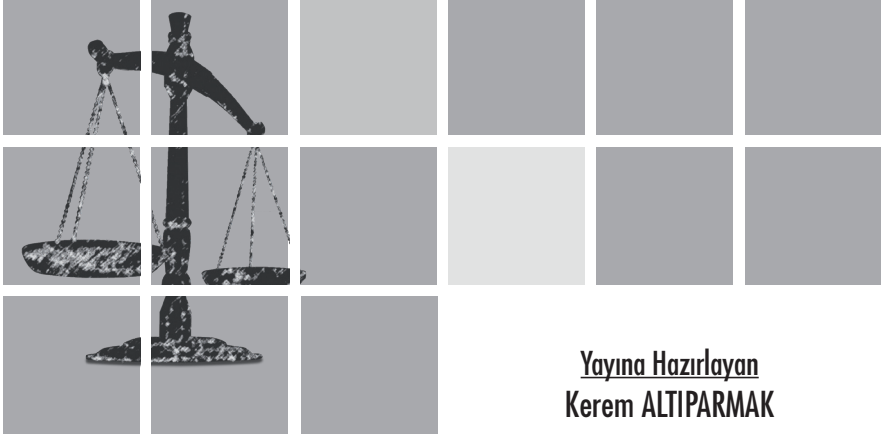
**50 YEARS OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**
Failure or Success?



ANKARA BAROSU YAYINLARI

**50. YILINDA AVRUPA
İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**
Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?

**50 YEARS OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**
Failure or Success?



Yayına Hazırlayan
Kerem ALTIPARMAK



ANKARA BAROSU YAYINLARI

**50. Yılında
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:**

Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?

**50 Years of the
European Court of Human Rights:**

Failure or Success?

Yayına Hazırlayan
Kerem Altıparmak

Ankara Barosu Yayınları
2009



ANKARA BAROSU YAYINLARI

© Ankara Barosu Başkanlığı, 2009

Tüm hakları saklıdır

İletişim adresi

Ankara Barosu Başkanlığı

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

Tel: 0312 310 21 91(pbx), 310 55 26

Faks: 0312 309 22 37

<http://www.ankarabarusu.org.tr>

e-posta: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

Ankara Barosu Eğitim Merkezi (ABEM)

İhlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: 0312 416 72 00 (pbx)

Faks: 0312 309 22 37

e-posta: staj@ankarabarusu.org.tr

Grafik-Tasarım

Mustafa HORUŞ

[Ankara Barosu]

Baskı

Özyurt matbaacılık

Büyük San.1. Cad Süzgül Sk No:7

İskitler/ANKARA

Tel: (312) 384 15 36

Faks: (312) 384 15 37

İçindekiler

Önsöz	9
Sunuş	11

Bölüm I AİHM, Reform ve AİHS'nin Niteliği

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler	
Naz Çavuşoğlu	17
Towards a Constitutional Future for the European Court of Human Rights	
Steven Greer	28
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçin Anayasal Bir Geleceğe Doğru	
Steven Greer	39
Avrupa İnsan Hakları Sisteminin Amaçları: Tek mi, Çok mu?	
Başak Çalı	49
Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?	
Kerem Altıparmak	60

Bölüm II AİHS ve Yorum

Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı?	
Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	
Ali Rıza Çoban	111

Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk-Politika Ekseninde AİHM Kararları

Kazım Bayraktar	144
-----------------------	-----

Bölüm III

Değişen Siyasi Ortamda Hassas Davalar

Migration and the Law

Recent Trends in the Protection Afforded

by the European Convention on Human Rights

Françoise Tulkens	153
-------------------------	-----

Göç ve Hukuk

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce Sağlanan Korumada Yeni Eğilimler

Françoise Tulkens	172
-------------------------	-----

Fragmentation, *lex specialis* and Tensions

in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Bill Bowring	190
--------------------	-----

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Parçalanma,

***lex specialis* ve Gerilimler**

Bill Bowring	206
--------------------	-----

Bir Hakikat Komisyonu Olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

M. Sezgin Tanrikulu	222
---------------------------	-----

Bölüm IV

Kararların Uygulanması ve Türkiye

AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi

Serkan Cengiz	235
---------------------	-----

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasının

Devletlerin İç Hukukuna Etkileri ve Türkiye Uygulaması

Tahir Elçi	250
------------------	-----

ÖNSÖZ

Bu derleme kitapta yer alan tebliğler 8-9 Mart 2008 tarihinde Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Diyarbakır Barosu, Avrupa Demokrasi ve İnsan Hakları İçin Hukukçular Derneği ve Çağdaş Hukukçular Derneği tarafından ortaklaşa düzenlenen “50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı? Hayal Kırıklığı mı?” konulu konferansta sunuldu.

Konunun uzmanı olan yetkin hukukçu ve siyaset bilimcileri tarafından sunulan her biri diğerinden değerli tebliğler ile bir anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geride kalan 50 yıllık performansı bağlamında değerlendirilip yargılandı.

Kuşkusuz insan yaşamı bağlamında çok uzun bir zaman dilimi olan elli yıl kurum ve kuruluşlar yönünden oldukça kısa sayılabilecek bir süreç. Bununla birlikte bir kurumun veya kuruluşun başarılı veya başarısız olduğunu ölçebilmek yönünden elli yıl yeterli sayılabilecek bir zaman dilimi.

Bir kuruluşun, örneğin bir şirketin başarılı olup olmadığını ölçmekte esas alınabilecek ciro, kar, marka değeri gibi objektif ölçütler vardır. Başarısı ölçüme bağlı tutulan kurum şirket değil de, ürettiği şey adalet, hak dağıtmak olan bir yargı organı ise, başarı veya başarısızlığı ölçmekte esas alınacak veri ne olacaktır veya olmalıdır? Verdiği kararların sayısı mı, yani nicelik mi, yoksa verdiği kararların isabetli olup olmaması mı? Sayıya göre yapılabilecek ölçümün yıllara göre gelen ve karara bağlanan uyuşmazlıkların sayısı veya oranı gibi nesnel sayılabilecek verilerinin olduğu açık. Bir yıl içinde gelen ve karara bağlanan dosya sayısı eşit veya eşite yakınsa, o yargı organını, sayı, yani nicelik temelinde başarılı saymak gerekir. Ne var ki, yargı kararlarının başarı temelinde ölçülmesinde sadece sayılarla sonuca gitmek doğru bir yöntem olmasa gerekir. O halde

değerlendirme veya ölçmenin sayı, yani nicelik dışında başkaca ölçütlerle yapılması daha uygun olur. Burada akla gelen makul çözüm, verilen kararların isabet oranının değerlendirilmesi olmak gerekir. Peki! Verilen kararların isabetli olup olmadığını kim veya kimler değerlendirecek? Elbette ve bilimsel anlamda hukukçular değerlendirecek. O nedenle hukukçuların yaptıkları veya yapacakları karar eleştirileri bu konuda esas alınması gereken en önemli ve güvenilir ölçüttür.

Bu kitaba konu olan makaleler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını eleştirel bir dille değerlendirmekle, kuşkusuz mahkemenin başarılı veya başarısız olduğunu değerlendirmekte uluslararası bir kaynak oluşturacaktır. Böyle bir kaynağın oluşmasına Ankara Barosu olarak hizmet etmekten duyduğumuz mutluluğu özellikle ifade eder, başta sevgili Kerem Altıparmak olmak üzere konferansın düzenlenmesinde ve elinizdeki bu kitabın hazırlanmasında emeği geçen herkese Ankara Barosu olarak teşekkürlerimizi sunarız. Saygılarımızla.

Av. V. Ahsen Coşar
Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

Elinizde tuttuğunuz derleme kitabın temelleri 8-9 Mart 2008’de Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi, Diyarbakır Barosu, Avrupa Demokrasi ve İnsan Hakları için Hukukçular Derneği ve Çağdaş Hukukçular Derneği’nin ortaklaşa düzenledikleri **“Yeni Avrupa’da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı?”** konferansında atıldı.

Bu toplantı, artık çok tanıdık gelen bir değerlendirmenin tanıdık olmayan yüzünü sunmayı amaçlıyordu. Bilindiği gibi, son dönemde sıklıkla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir kriz içerisinde olduğuna dair yorumlarla karşılaşılıyor. Genelde çarpıcı rakamların eşlik ettiği bu haberlerin sayısı arttıkça, AiHM’nin Avrupa ortak kamu hukuku üzerindeki rolü de zayıflıyor.

Ama 2008 Konferansı’nı düzenlerken farkında olunan bir gerçek vardı, sorun bir istatistik sorunu olmanın çok ötesindeydi. Hatta, sorunu sayısal verilerin arasına sıkıştırmak en iyi yorumla çözümü ertelemekten öteye bir anlam taşımamaktadır; sorun özünde bir kimlik ve sistem sorunudur. Yeni Avrupa’da nasıl bir mahkeme, ne nitelikte kararlar vermelidir?

Ana sorunu bu olan toplantının yöntemsel olarak da özellikleri vardı. Bir kere toplantıyı birlikte hazırlayan örgütler açısından sorunun Türkiye’den hukukçuların katılımıyla tartışmak çok önemliydi. Türkiye, Mahkeme’nin başarı dönemi sayılabilecek 90lı yıllarından en çok etkilenen üye devlet. Dahası, bundan kısa bir süre önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni öğrenme sürecinde olan Türk hukukçular artık sürece ilişkin önemli görüşlere sahipler. Düşüncemiz, bu nedenle bugüne kadar örgütlenenlerden farklı olarak,

Strazburg içtihadını aktaran değil değerlendiren ve eleştiren bir toplantı yapmaktı.

İkinci olarak, toplantı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sistemini hem teorik hem de pratik açıdan değerlendirebilecek şekilde seçildi. Konuşmacılar arasında yerli ve yabancı seçkin akademisyenlerin yanında, AİHM yargıçları, avukatlar ve reform sürecinde rol almış diplomatlar yer aldı.

Üçüncü olarak, tartışmanın odağında reform süreci yer almakla birlikte, Yeni Avrupa olgusuna daha geniş bir açıdan bakan sunumlara da yer verildi.

Toplantının kitaplaşma sürecinde de benzer kaygılar güdüldü. Öncelikle, benzer çalışmalardan farklı olarak sunumların bant çözümlerinin yayımlanmasından kaçınıldı. Bunun olumsuz sonuçları olduğu şüphesiz. Bir kere bu nedenle, çok değerli bazı sunumlar bu kitapta yer alamadı. İkincisi, bu kitapta okuyacağınız birçok metin yeniden yazıldığı için kitabın yayımı gecikti.

Ne var ki, bu tercihin olumlu yönlerinin daha çok olduğunu düşünüyoruz. Türkiye’de AİHS literatürüne genelde iki tarz hakim. Birinci tarz, genel nitelikte kitap ve monografiler. Bu tarz eserler ağırlıklı olarak Sözleşme hukukunu tanıtmaya yönelik olduğu için sınırlı bir değerlendirme imkânı sunuyorlar. İkinci grup çalışmalar ise Sözleşme’nin pratik kullanımına yönelik ki bunların da önceliği bilimsel bir değerlendirme yapmak değil. Hâlbuki elinizdeki kitap, büyük bir değişimin içinde olan Avrupa mekanizmasını eleştirel bir dille değerlendiren makalelerden oluşuyor. Bu haliyle kalıcı ve alternatif bir eser elde etme imkânı doğduğunu düşünüyoruz.

İkincisi, kitabın gecikmesi bazı bilgi ve görüşlerin güncellenmesi olanağını doğurdu. Kitabın bütünü okunduğunda görüleceği gibi konferans sonrası gelişmelere de büyük ölçüde yer verme imkânı oldu.

Ama genel resim açısından hala çok önemli bir ilerleme olmadığını önemli bir hatırlatma yaparak vurgulamak gerekiyor. Reformun en önemli meyvesi olan 14. Protokol, Rusya Federasyonu tarafından onaylanmadığı için yürürlüğe giremedi. Bu süreçte yaşanan diplomatik trafik başlı başına ayrı bir değerlendirmeyi hak ediyor. Nitekim, bu trafik Avrupa Konseyi tarihinde bir ilkin gerçekleşmesine yol açtı. 14. Protokol’ün yürürlüğe girmemesi üzerine, Protokol’ün getirdiği yeniliklerin bir kısmını kapsayan Protokol 14bis hızla hazırlanarak Bakanlar Komitesi’nin 12 Mayıs 2009’da gerçekleştiren 119.

Dönem toplantısında imzaya açıldı.¹

14. Protokol'ün bir gün yürürlüğe gireceği umudu taşındığı için geçici olması planlanan bu yeni metin, 14. Protokol'de öngörülen yeniliklerden sadece ikisini hayata geçirmeyi planlıyor. Buna göre; ilk olarak, tek yargıç ayrıntılı bir inceleme yapılmadan karar verilebilen durumlarda başvuruları kabul edilemez bulabilecek veya kayıttan düşebilecektir. Bu karara karşı bir itiraz yolu da öngörülmemiştir.² İkinci olarak, üç yargıçtan oluşan komiteler konu daha önce Mahkeme'nin yerleşik içtihat hukukuyla (*well-established case law*) açıklığa kavuşmuşsa başvurular hakkında hem kabul edilebilirlik hem de esastan kesin karar verebilecektir.³

14. Protokolün onay sürecinde yaşanan sıkıntılar dikkate alınarak, Protokol 14bis'in yürürlüğe girmesi çok kolaylaştırılmıştır. Buna göre üçüncü devletin onayından sonra 3 ay geçmesiyle Protokol 14bis onaylayan devletler açısından yürürlüğe girecektir. Hatta onaylayan devlet Protokol'ün kendisi açısından hemen yürürlüğe girmesini isteyebilecektir.⁴ Protokol 14bis, 1 Ekim 2009'da Protokol'ü onaylayan devletler açısından yürürlüğe girecektir. Bu değişikliklerin hayata geçirilmesi bu kitapta ve başka yayınlarda tartışılan reform sürecinin ne kadar doğru bir yolda ilerlediğinin teste edilmesini de mümkün kılacaktır.

Bölümler

Kitap, konferanstan farklı olarak 4 bölümden oluşuyor. Reformu ve AİHS'nin yapısal kimliğini tartışan yazıların bulunduğu birinci bölümün bölüm başlığı "AİHM, Reform ve AİHS'nin Niteliği". Bu bölümde reformu ve AİHS sistemini dönüşümünü anlamaya çalışan yazılar bulunuyor.

İkinci bölüm, "AİHS ve Yorum" konusunda iki yazıya yer veriyor. Kadim ulusal takdir yetkisi-evrensellik geriliminin tartışıldığı bir çalışma ve Hukuk-Politika ekseninde yargı bağımsızlığının ne kadar gerçekleştirilebileceğini değerlendiren bir yazı bu bölümü ilgiyle okunmaya layık kılıyor.

Üçüncü bölüm, iki çeviri yazı yanında dördüncü bölümle köprü niteliğini taşıyan bir yazıyı içeriyor. Başlığı: "Değişen Siyasi Ortamda Hassas Davalar". Bu bölümdeki çeviri yazıların ikisi de Türkiye'yi doğrudan ilgilendirmekle

1 Protokol No. 14bis to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No.: 204

2 Protokol 14bis'e göre değiştirilmiş 28. maddenin 1 ve 2. fıkraları.

3 Protokol 14bis'e göre değiştirilmiş 28. maddenin 4 ve 5. fıkraları.

4 Protokol 14bis, madde 6.

birlikte, bugüne kadar bilim insanları ve hukukçular tarafından ihmal edilmiş konular. Birinci yazı göçmenlerin AİHS Sistemindeki korunmasına ilişkin. İkincisi ise yine son dönemin popüler konularından insan hakları-insani hukuk ilişkisi ve AİHM uygulamasını değerlendiriyor. Nihayet bölümün son yazısında AİHM'in bir hakikat komisyonu rolü oynayıp oynayamayacağı tartışılıyor.

Kitabın son bölümü, AİHM kararlarının uygulanması açısından bir Türkiye resmi çekiyor. Reformu, AİHS'nin kimliğini ve ihtiyaçları anlayabilmek için bu bölümü akılda tutmak bir zorunluluk. Bu yönüyle son bölüm kitabın kalanına da bağlanabilir.

Farklı isimler tarafından, çok farklı başlıklara ilişkin kaleme alınmış olsa da kitabın tamamı açısından bütünleştirici bir bağın gözetilmeye çalışıldığını hatırlatalım. Şüphesiz, değerlendirme okuyucuya ait.

Kerem Altıparmak
Haziran 2009, Ankara

Bölüm I

AİHM, Reform ve AİHS'nin Niteliği

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler

Naz Çavuşoğlu *

Konuşmanın **dört ara başlığı** var.

Önce bir “durum tespiti” yapmak gerekiyor, “**gerçeklerin**” (1) ne olduğunu belirlemeye çalışmak; sonra bu “gerçekler”/“durum” karşısında neler yapıldığını – “**yapılanlar**” (2); daha sonra ise ortaya çıkan sorunun kaynağının ne olduğunu – “**temel sorun ne?**” (3) ve ne yapılabileceği – “**perspektifler**” (4).

“Gerçeği” kavrayabilmek için bugün ile dün arasındaki farkı görmek gerek.

1. Avrupa Konseyi, II. Dünya Savaşı sonrasında batı Avrupa devletleri arasında siyasal bir birlik sağlama arayışının sonucu olarak doğdu. Savaş sonrasında bütün yeni uluslararası örgütleri gibi kuruluş hafızasında savaşın ve öncesinin izleri vardı. Kuruluş ideolojisini “soğuk savaşın” temel çelişkisi şekillendirdi: Churchill’in ifadesiyle Avrupa’nın ortasına çekilen “**demir perdenin**” bir tarafında kalanların diğer tarafta olanlara karşı ortak kimliğini-değerlerini ortaya koymak; “Sovyet tehdidine” karşı değerler üzerine bir duvar örmek hedeflenmişti. Bir diğer boyutuyla da, korunmak istenen bu ortak değerler alanını, “içinde/içersinde” koruma, savaş öncesini hatırlayarak otoriter rejimlerin tekrar iktidarı almasını, iktidara gelmesini önleme arayışındı.

Avrupa Konseyi’nin ilk ürünü İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) oldu.

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi (naz@istanbul.edu.tr)

Avrupa Konseyi'nin amacının "üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmak" olduğunu söyleyen Sözleşmeciler devletler, "**siyasal gelenekler, idealler, hürriyet ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak bir mirasa**" sahip olduklarını vurguluyorlardı. Sözleşme Başlangıç'ında ifade edilen "**ortaklaşa güvence sisteminin**" taşıyıcısı, bir aracı olarak **devletler arası başvuru yolu**, Sözleşme'nin "seçimlik" olarak öngördüğü **bireysel başvuru yolundan** (*birey v. devlet*) farklı olarak taraf devletler için "zorunlu" bir yol olarak düzenlenmişti. İHAS'nin güvenceye aldığı hak ve hürriyetlerin korunması taraf devletlerin ortaklaşa üstlendikleri bir yükümlülüktü ve Sözleşme haklarının korunmasından taraf devletler ortaklaşa sorumlu tutuldu.

İHAS'nin ilk halinde seçimlik olarak düzenlenen bireysel başvuru yolunu tanıyan devletlerin sayısı 80'li yıllarda giderek çoğaldı. Bireysel başvuru hakkının tanınmasının taraf bütün devletler için zorunlu hale getirilmesi ise 1998'de yürürlüğe giren 11. Protokol ile gerçekleşti.

90'lı yıllar Avrupa Konseyi bakımından bir dönüm noktasıydı. 90'lara kadar batı Avrupa coğrafyası içinde genişleyen Avrupa Konseyi, Doğu Bloku'nun çözülmesinden sonra "**eski sosyalist sistemleri**" – orta ve doğu Avrupa ülkelerini – kendi bünyesine dahil etmeyi hedeflediği bir sürece girdi. Soğuk savaş sonrasının bu genişleme dalgası, Avrupa Konseyi'nin varlık nedeninde de bir **dönüşümü** beraberinde getiriyordu: kendini "**öteki Avrupa**"ya karşı tarif ederek, ona karşı siyasal birlik kurma amacı, kendi ortak mirası olarak gördüğü değerleri –"*insan hakları, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasi*" kriterlerini– "**öteki Avrupa**"ya yaymak, "**ötekini**" değiştirerek kendi gibi yapma hedefiyle bütünleşti.

Ancak bu sürecin tek yanlı işleyen bir süreç olduğunu söylemek çok doğru olmaz. "Batı Avrupa", "öteki Avrupa'ya" nüfuz ederken, "öteki" de bunu talep ediyor ya da itiraz etmiyordu. Bu noktada meseleye belki biraz daha geniş açıdan bakmak gerekiyor. 90 sonrası yeni devletler "*uluslararası meşruiyetlerini*" Avrupa Konseyi üzerinden sağlamak ve nihai hedef olarak Avrupa Birliği üyeliğini "*kazanmak*" arayışı içinde hareket ediyorlardı. Bu bakışı-yönelimi açıklayabilecek çerçeveyi 1990'nın önemli bir belgesinde okumak mümkün:

"Hürriyet ve siyasi çoğulculuk, dengeli ekonomik gelişmeye, refaha ve sosyal adalete, istihdamı artırmaya, ekonomik kaynakların verimli kullanılmasına zemin hazırlayacak **pazar ekonomilerinin geliştirilmesi olan ortak hedefimizin** zorunlu unsurlarıdır. **Pazar ekonomisine geçiş yönünde çaba harcayan ülkelerdeki değişimin başarısı önem taşımakta olduğu kadar hepimizin çıkarına-**

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

dır. Bu bize, ortak amacımız olan daha yüksek bir refah seviyesini paylaşma imkanı verecektir. Bu amaçla işbirliği yapacağız”.

Bu ifadeler 1990 AGİK/T Paris Şartı’nda yer alıyor. “Hürriyet ve siyasi çoğulculuk”, **pazar ekonomisinin** zorunlu öğeleri olarak belirlenmiş; “pazar ekonomisi”, liberal demokrasilerin alt yapısı olarak sunulmuştu. İzdüşümü Avrupa Konseyi’nin 90’lı yıllar genişleme sürecinde görülebilir. Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi’nin bu dönemde Konsey’e üyelik başvurusunda bulunmuş “yeni devletler” için hazırladığı raporlarda ve daha sonra üyelik yükümlülüklerinin yerine getirilmesini izleme raporlarında “insan hakları” kriterlerinin yanısıra “ekonomik politikalara” ilişkin değerlendirmelere de yer verilmişti.

Bu oturumun konusuyla bağlantı şu şekilde kurulabilir: 90’ların genişleme dalgası, ardında “sosyal mücadele” olan “ortak miras” kazanımlarının güçlendirilmesi-yayılması üzerine mi yönetilmişti? Ya da “ortak miras” olarak görülen standartlar/kriterler çok da önemsenmeden “öteki Avrupa”dan arta kalanlar kontrol altına mı alınmak istenmişti? Başka bir şekilde sorulursa, Avrupa Konseyi’nin Viyana Zirve Bildirisi’nde (1993) ifadesini bulan “demokratik güvenlik” anlayışı çerçevesinde “insan hakları”, tek hakim ekonomik model üzerine kurulu bir istikrar yaratma arzusu için mi kullanıldı?

Bu soruların cevapları ayrı bir konuşma konusu ancak, burada söylenmek istenen, genişleme dinamiğinin ne olduğunun genişlemenin doğurduğu sorunlara etkisinin gözardı edilmemesi gerektiği.

Genişleme süreci Sözleşme denetim sisteminde acil reform ihtiyacını gündemin ön sıralarına taşıdı¹. 1981’de 404 olan kayıtlı bireysel başvuru sayısı, 1993’de 2037’e çıkmıştı. Mayıs 1994’de imzaya açılan **11. Protokol** denetim sisteminde önemli değişiklikler getirdi: sistem bütünüyle yargısal nitelik kazandı, tam zamanlı çalışan “**tek mahkeme**” üzerine (Komiteler, Daireler, Büyük Daire) yapılandırıldı, bireysel başvuru hakkının ve Mahkeme’nin zorunlu yargı yetkisinin tanınması seçimsel bir yol olmaktan çıkarıldı, Daire kararlarına karşı Büyük Daire’ye “temyiz” yolu (“davanın yeniden görülmesi”) açıldı.

1 Kasım 1998’de çalışmaya başlayan Mahkeme’nin, önceki döneme göre yıllık bazda daha çok karar ürettiği görüldü. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

1 İHAS denetim sisteminde ilk reform 1985’de imzaya açılan 8. Protokol’le gerçekleştirildi. 1985’de, Fransa ve İspanya’nın da 1981’de kabul etmesiyle Sözleşme’ye taraf 21 devletten 17’si bireysel başvuru yolunu tanımış bulunuyordu; sadece Yunanistan, Türkiye, Kıbrıs ve Malta henüz tanımamışlardı. (Eski sistemde) İnsan Hakları Avrupa Komisyonu’na yapılan başvuruların artması ve yığılmalar karşısında Komisyon’un karar alma sürecini hızlandırmaya yönelik düzenlemeler getirildi; Mahkeme’nin çalışma düzeninde yenilemeler yapıldı.

(İHAM) (eski) Başkanı Luzius Wildhaber Mahkeme'nin 21 Ocak 2002 tarihli yıllık basın konferansında, 2000'le karşılaştırıldığında yaklaşık % 30 oranında daha çok karar çıkarıldığını ancak Mahkeme'ye yapılan başvuruların yıllık toplamının da hiç bu kadar fazla olmadığını; 2001'in "*bütün rekorların kırıldığı bir yıl*" olduğunu söylüyordu². 2001 yılında kayda geçen başvuru sayısı 13.858 ve 11. Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1998 yılına göre başvurularda % 130 oranında bir artış olduğunu gösteriyor.

1955-1982 arası dönemde kayda geçirilmiş toplam başvuru sayısı 10.210 iken, 2001 sonunda bu sayı 77.764'e ulaşmıştı. 1993-2000 arasında başvurular da % 500 oranında bir artış gözlemlendi³.

11. Protokol'den yaklaşık 1.5 yıl sonra İHAM'nin işyükünün giderek artmaya devam etmesi, biriken başvurular nedeniyle sistemin boğulma noktasına yaklaşması, Mahkeme'nin bir kez daha yeniden yapılandırılmasına ilişkin tartışmaları başlattı.

2. Rusya onaylamadığı⁴ için hâla yürürlüğe girmeyen, belki de 11. Protokol'den farklı olarak Sözleşme denetim sisteminde "merkezi öneme" sahip değişiklikler getiren 14. Protokol'ün düzenlenerek 2004'de imzaya açılmasını hazırlayan bu süreç zarfında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin aldığı bazı tavsiye kararları var.

İHAS'nin 50. Yıldönümü nedeniyle Roma'da gerçekleştiren "İnsan Hakları Bakanlar Konferansı"nda (3-4 Kasım 2000), İHAM'nin artan işyükü karşısında Sözleşme denetim sisteminin "etkili" olmasını koruyacak gerekli önlemlerin Bakanlar Komitesi'nce gecikmeksizin alınması kararlaştırıldı. Konferans ertesinde, bu konuda çalışmalar yapmak üzere bir Değerlendirme Grubu (*Evaluation Group*) oluşturuldu⁵.

28 Eylül 2001'de Bakanlar Komitesi'ne sunulan Değerlendirme Grubu Raporu'nda⁶ yer alan çözüm önerileri temel olarak, Sözleşme haklarının korun-

2 "Substantial increase in output for the European Court of Human Rights", Press release issued by the Registrar (032a(2002), 21.1.2002).

3 "Spotlight on second restructuring of European Court of Human Rights", Press release issued by the Registrar (418, 8.6.2000).

4 Rusya 14. Protokol'ü 4 Mayıs 2006'da imzaladı ancak bütün "ısrarlara" rağmen henüz onaylamadı.

5 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 7 Şubat 2001 tarihli kararıyla İHAM'nin etkililiğini güvence altına alacak olası yolların incelenmesi için kurulan Değerlendirme Grubu'nun üyeleri İrlanda'nın Avrupa Konseyi daimi temsilcisi Justin Harman, İHAM Başkanı Luzius Wildhaber ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri adına Genel Sekreter Yardımcısı Hans Christian Krüger idi.

6 Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights (Doc. EG Court (2001)1, 27.9.2001) için bk. Human Rights Law Journal, Vol. 22, No. 5-8

masında asıl görevin ulusal makamlara ve yargı yerlerine ait olduğu; İHAM'nin rolünün ikincil/tamamlayıcı (*subsidiary*) nitelik taşıdığı yaklaşımı üzerine kurulu. Bu çerçevede, Sözleşme haklarının kullanımında iç hukukta etkili başvuru yollarından yararlanılmasının sağlanması; taslak yasalar ve yasa-altı düzenleyici işlemler ile idari uygulamaların Sözleşme standartlarına uygunluğunun sistematik olarak taranması; Sözleşme metninin çevrilerek ulusal makamlara, özellikle de yargı yerlerine dağıtılması; İHAM kararlarının ülke dil/dillerinde erişilebilir olması; yasa uygulayıcılarının özellikle polis ve ceza evi personelinin Sözleşme ve İHAM hukuku alanında eğitimden geçirilmesi Rapor'un öncelikli önerileri arasında yer alıyor.

İHAM ile ulusal mahkemeler arasında karşılıklı ilişkinin güçlendirilmesi ve yargısal işbirliğinin kurulması, Sözleşme denetim sisteminin etkili işleyişi bakımından önemli görülüyor. Sözleşme hukukunun “mantığında” iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı belirleyici bir unsur: etkili iç hukuk yollarının varlığı, hak ihlali iddialarının ulusal yargı yerlerince incelenmesi ve sonuçlandırılması imkanını sağlamanın yanı sıra, bireylerin – hak ihlalinin giderilmediği iddiasıyla – Strasbourg Mahkemesi'ne başvurmaları durumunda da, öncelikle ulusal makamların görev ve sorumluluğunda olan olguların saptanmasına ilişkin olarak İHAM'nin bir “ilk derece mahkemesi” gibi olayı araştırmak, yerinde inceleme ve soruşturma yapmak zorunda kalmasını önleyici bir etkiye sahip. İç hukuk yollarının etkisiz olduğu vakalarda Mahkeme'nin olguların araştırılması görevini üstlenmesi, Değerlendirme Grubu Raporu'nda belirtildiği gibi, başvuruyu sonuçlandırma süresini uzatıyor; belki daha da önemlisi, başvuru konusu olayın gerçekleştiği tarih ile İHAM'nin söz konusu olay/olayları soruşturması arasında geçen süre göz önüne alındığına, olguların belirlenmesi bakımından gerekli kanıtlara ulaşmada her zaman başarılı olunamayacağı ihtimalini doğuruyor.

Rapor, iç hukuk yollarının etkili işlemediği durumlarda Strasbourg'a yapılan başvuruların yeniden incelenmesi için İHAM tarafından ulusal makamlara/yargı yerlerine geri gönderilmesine ilişkin olarak Sözleşme'de değişiklik öngören ek bir protokolün hazırlanmasını önerdi. Bu tür bir yol, İHAS'nin 35. maddesinde belirlenen “kabuledilebilirlik” ölçütlerinin yeniden düzenlemesiyle⁷ birlikte düşünülmüştü. Sözleşme açısından “temel” (*substantial*) bir soruna ilişkin olmayan başvuruların ayrıntılı olarak incelenmeden ilk aşamada kabuledilemez

(2001), s. 308-329.

7 Değerlendirme Grubu, başvuruların kabuledilebilirlik incelemesinde “yargıç” statüsünde görev yapacak bağımsız ve tarafsız kişilerden oluşan yeni bir birimin kurulmasını da önerdi.

bulunmasını öneren Değerlendirme Grubu, bu nitelikteki başvuruların yeniden incelenmesi için ulusal makamlara geri gönderilebileceğini belirtiyordu⁸.

Ulusal mahkemelerin, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda Topluluk Mahkemesi için öngörülen benzeri bir usulle, İHAS hukukuna ilişkin sorunlarda ön karar (*preliminary ruling*) istemiyle İHAM'ne başvurabilmelerini sağlayacak bir Sözleşme değişikliği ise, Değerlendirme Grubu tarafından işyükü sorununu çözecek bir yöntem olarak görülmedi. Bu tür bir yöntemle başvurularda belli bir azalma sağlansa bile, mevcut durumda Mahkeme'nin ön karar verme gibi bir ek görev üstlenme kapasitesine sahip olmadığı belirtildi. Rapor'da desteklenmeyen bir başka görüş, Sözleşme sistemi içinde bölgesel insan hakları mahkemelerinin kurulması ve İHAM'nin bu yeni yapılanmada nihai yargı yeri olarak çalışması. Bölgelere göre farklı standartlar ve farklı içtihatlar doğurma riski taşıdığı gerekçesiyle bu öneriye karşı çıktı.

Değerlendirme Grubu, temel bakışı çerçevesinde, ulusal mahkemelerin "ilk derece Sözleşme Mahkemeleri" rolü üstlenmesini, İHAM'nin işyükü sorununun çözümüne etkili katkı sağlayacak bir unsur olarak görüyor.

Rapor, önerileriyle, bugüne kadar işleyen süreçte üretilenleri şekillendiren bir belge oldu.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 19 Ocak 2000 tarihinde kabul ettiği **R(2000)2 sayılı Tavsiye Kararında**, bazı durumlarda, iç hukuklarda "**yargılamanın yenilenmesi**" yolunun açılmasını İHAM kararlarının yerine getirilmesinde en uygun çözüm yolu olduğunu söylemişti⁹: İHAS'nin 46. maddesi gereğince, mümkün olduğu ölçüde "ihlal öncesi" durumun sağlanması için (*restitutio in integrum*) genel önlemler ve/veya 41.madde çerçevesinde Mahkeme'nin belirlediği "adil karşılık" dışında da önlemler alınması gerektiğini belirterek; ihlal kararlarında, a) şikayet konusu iç hukuk kararı esas itibarıyla Sözleşme'ye aykırı ise veya ihlal şikayet konusu davanın sonucu hakkında ciddi kuşku doğuracak ağır

8 Strasbourg Mahkemesi'nin "olguların saptanması" konusunda da ulusal makamlara işbirliği kurmasını mümkün kılacak yeni bir düzenleme yapma önerisi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Yönetim Komitesi'nin, Roma Konferansı ertesinde, "insan haklarını koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi" konusunda çalışmalar yapmak üzere oluşturduğu Düşünce Grubu'nun faaliyet raporunda yer alıyordu. (Bk. Reflection Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism, Doc. of 15.6.2001 – CDDH-GDR (2001)10, Human Rights Law Journal, Vol 22, No. 5-8 (2001), s. 333.

9 Recommendation No. R(2000)2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following the judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19.1.2000 at the 694th meeting of Ministers' Deputies.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

usul hataları veya noksanlığından kaynaklanıyorsa; b) sözkonusu iç hukuk karardan kaynaklanan ihlalin çok ciddi olumsuz sonuçları nedeniyle başvuruçunun mağduriyeti devam ediyor ve bunun sadece tazminat ödenmesiyle değil ancak yargılamanın yenilenmesi ya da yeniden inceleme yoluyla giderilmesi mümkünse, iç hukukta yargılamanın yenilenmesi de dahil olmak üzere dava konusu olayın yeniden incelenmesi yolunu açacak düzenlemelerin gerçekleştirilmesi taraf devletlerden istenmişti.

(2002)13 sayılı Tavsiye Kararı'yla¹⁰, üye devletlere, Sözleşme metni ve İHAM kararlarının kendi ülkelerinde **yayınlanması ve yaygın dağıtımının** sağlanması çağrısı yapıldı.

2004 yılında, Sözleşme'nin iç hukuklarda uygulanmasını iyileştirmeye yönelik **bir dizi tavsiye kararı** daha alındı: üniversite öğretim müfredatı ve yargıç, savcı, avukat ve diğer uygulayıcıların –polis, güvenlik güçleri, ceza evi personeli, hastane çalışanları, gümrük personeli gibi– mesleki eğitim programlarının Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarını içerecek şekilde düzenlenmesi¹¹; taslak ya da mevcut yasal düzenlemelerin ve idari pratiklerin Sözleşme standartlarına uygunluğunun sistematik ve sürekli olarak taranması¹²; özellikle **“tekrar/kopya davaların”** önlemesi için iç hukuk yollarının etkili işlemesine yönelik önlemlerin alınması¹³ konularında ulusal hukuklarda gerekli iyileştirmelerin yapılması bekleniyordu.

Mayıs 2004'de imzaya açılan **14. Protokol** ise, Mahkeme'nin işyükünü hafifletmek ve yargılama sürecini hızlandırmak için Sözleşme denetim sisteminde değişiklikler getirdi. Bu bakımdan özellikle iki önemli değişikliğin altını çizmek gerekli: Bunlardan biri, Mahkeme'nin **“tek-yargıçlı”** çalışabilme durumunun kabul edilmesi; “tek yargıç, (bireysel) bir başvurunun daha fazla incelemeyi gerektirmemesi halinde kabuledilemez olduğuna veya davanın düşmesine” karar verebilecek ve bu kesin karar olacak. Diğeri ise bireysel başvuruların kabuledilebilirlik şartlarındaki değişiklik. 14. Protokol'ün getirdiği yeni hükme göre, “Sözleşme ve Protokollerde tanımlandığı şekliyle insan haklarına saygı gösterilmesi başvurunun esasının incelenmesini gerektiriyor olmadıkça ve bir ulusal

10 Recommendation Rec.(2002)13 of the Committee of Ministers on the publication and dissemination in the member states of the text of the European Convention on Human rights and of case law of the European Court of Human Rights.

11 Recommendation Rec.(2004)4 on the European Convention on Human Rights in university education and professional training.

12 Recommendation Rec. (2004)5 on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with the standards laid down in the European Convention on Human Rights.

13 Recommendation Rec.(2004) 6 on the improvement of domestic remedies.

yargı yeri tarafından gereğince incelenmemiş bulunan hiçbir davanın bu temelde reddedilememesi saklı kalmak kaydıyla, başvurucunun **önemli ölçüde dezavantaja uğramamış olması**” hali söz konusu başvurunun kabuledilemez bulunması sonucunu doğurabiliyor. Öngörülen bu yeni düzenleme, Mahkeme’ye tanıdığı geniş takdir yetkisiyle, İHAS’nin en temel özelliği olarak kabul edilen bireysel başvuru hakkının kullanımında radikal sayılabilecek bir değişiklik getiriyor; Sözleşme denetim sisteminde bir eksen değişikliğini gösteriyor.

Bireysel başvurular altında “boğulan” Mahkeme, önüne gelen her başvuruyu inceleyip sonuçlandırarak, iç hukuk yollarının etkisiz olduğu durumlarda bir ilk derece mahkemesi gibi veya iç hukuk yargı yerleri üzerinde 4. derece (temyiz) bir mahkeme gibi “bireysel adaleti” (“*individual justice*”) sağlama misyonu mu yüklenecek?, ki bu durumda işyükü yoğunluğunun bir sonucu olarak ağır işleyen yargılama süreci “bireysel adaletin” gerçekleşmesi sağlayabilecek mi?; ya da Sözleşme hukukunun uygulanmasında “temel” öneme sahip konulara ilişkin başvuruları karara bağlayarak “Anayasal ilke kararları” üreten bir içtihat mahkemesi gibi mi çalışacak?¹⁴

Bu sorulara cevap verebilmek için belki de sorunun kaynağına biraz daha nüfuz etmek gerekiyor.

3. 1955-1997 arasında toplam 39.047 başvuru Mahkeme önüne gelirken, sadece 2007 yılında Mahkeme önünde incelenmekte olan başvuru sayısı 41.700. Bunu, bugün 47 taraf devleti olan Sözleşme’nin genişleme dalgası ile açıklamak mümkün. Ayrıca 80’lerle birlikte bireysel başvuru hakkını tanıyan devletlerin sayısındaki artıştan, 11. Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle bireysel başvuru yolunun tanınmasının artık taraf devletler için zorunlu olmasından, Sözleşme ve denetim sisteminin tanınırılık kazanmasından söz edilebilir.

Bununla birlikte, yine sayısal verilerden, Strasbourg’a yapılan başvuruların %90’ının kabuledilemez bulunduğu; kabuledilebilir bulunarak incelenen başvuruların %60’ının da Mahkeme’nin yerleşik içtihadının kurulduğu alanlarda “tekrar/kopya davalar” olarak nitelendirilen başvurulardan oluştuğu görülüyor.

Başvuruların %90’ının kabuledilemez bulunduğu dikkate alındığında, 14. Protokol’ün öngördüğü “tek yargıç” formülü gibi, bu ilk aşamayı hızlandıracak prosedürel çözümler bulunabilir ya da Mahkeme’nin ve Bakanlar Komitesi’nin 2006 kurallarıyla uygulamaya başladığı pilot dava/pilot karar formülü¹⁵ kopya

14 Bk. Steven Greer, The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, Cambridge University Press, 2006, s. 170 vd.

15 Bk. İHAM kararı: Broniowski v. Polanya (22.06.2004); Bakanlara Komitesi kuralları: Rules of Commit-

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

davalar bakımından Mahkeme iş yükünü azaltıcı bir etki yaratabilir.

Ancak sayısal verilerden aynı zamanda başka bir fotoğraf çıkıyor: 31 Aralık 2007 itibarıyla Mahkeme'nin incelemekte olduğu başvuruların %26'sı Rusya'ya (20.300), %12'si Türkiye'ye (9.150), %10'u Romanya'ya (8.300), %7'si Ukrayna'ya (5.800) ait. Bu dört devlete karşı yapılan başvurular, Mahkeme önündeki başvuruların %50'sini oluşturmakta.

Birikmiş başvuruların yarısının 47 taraf devletten sadece 4'üne ait olması, Rusya'ya karşı yapılan başvuruların toplamın dörtte birini oluşturması, Sözleşme sistemindeki sorunun başvuru sayısındaki artışa bağlı salt bir işyükü sorunu olarak görülemeyeceğini gösteriyor. Bu Konferans'ın amaçlarının açıklandığı bilgi notunda belirtildiği gibi, Mahkeme'nin önüne gelen davaların konuları da 1980'lerden farklı; yaşam hakkı, işkence yasağı gibi “dokunulmaz hak” ihlallerine ilişkin başvuru/karar sayılarında önemli artışlar gözlenmesinin yanı sıra, Mahkeme artık “silahlı çatışmalar, sınırdışı müdahaleler, tarihle yüzleşme, din ve etnik sorunlar” gibi sıcak siyasi tartışmaların¹⁶ yargısal karar mercii haline gelmek zorunda kalıyor¹⁷. Dolayısıyla bugün farklı bir iklim var ve ayrıca, Sözleşme'nin hazırlandığı günlerdeki “hafıza” insan haklarının uluslararası bir denetim sistemiyle korunması amacına –yaşanan dehşet bilgisinden kaynaklanan– elverişli bir arka plan sağlarken, bugünün siyasi konjonktüründe devletlerin insan haklarının korunmasında “güvenlik öncelikli” yaklaşımı meşrulaştırıcı bir tutum içinde oldukları görülüyor.

Bu bakımdan belki de Mahkeme'nin karşı karşıya olduğu esas sorun, “hassas davalar”, ağır ve sistematik hak ihlallerine ilişkin başvurularda nasıl karar vereceği ve bu kararların muhatap devletçe uygulanıp uygulanmayacağı noktasında düğümleniyor.

4. Mahkeme, eğer bugün, birikmiş başvuruları “makul süre” içinde karara bağlayamadığından dolayı bir “hayal kırıklığı” yaratıyorsa, bu sorunun öteki yüzünde herhalde, özellikle tekrar/kopya başvuruların toplam içindeki yüksek oranı dikkate alındığında, Sözleşme'ye taraf devletleri görmek gerek; Sözleşme'yi iç hukukunda uygulamakla, Mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmekle yükümlü taraf devletleri. Sözleşme Hukuku'nun “yaptırım sınırları” ve bunun da ötesinde “hukuk” çerçevesinde zorlanabilecek sınırlar düşünüldüğünde, “si-

tee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and the terms of friendly settlements (10.05.2006).

16 Bk. Bu Konferans'ın “Değişen Siyasi Ortamda Hassas Davalar ve AİHM Yargılamasında Dönemsel Politik Etkenler” başlıklı 4. Oturumu ve “Geçmiş Sorgulamak: AİHM'in hakikat komisyonu rolü” başlıklı 5. Oturumu.

17 Bk. İHAM başkanı Jean-Paul Costa'nın 2008 Yılı Açış Konuşması (25.01.2008).

yasal alan” içinde de neler yapılabileceğine bakmak gerekiyor belki de. Başka bir şekilde söylenirse, sorunu sadece Mahkeme, onun yapılması, işleyişi ya da işlevi üzerinden değil ama aynı zamanda Avrupa Konseyi’nin diğer organları, özellikle de Parlamenterler Meclisi’nin Sözleşme Hukuku’nun taraf devletlerce etkili uygulanmasına nasıl katkı sağlayabileceği üzerinden düşünmek gerekiyor.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2000 yılında aldığı 1226 sayılı kararıyla¹⁸ İHAM kararlarının yerine getirilmesini düzenli olarak izlemeye ve görüşmeye karar vermişti. Belirtilen karar, yerine getirilmesi uzun süredir ertelenmiş olan ya da ilgili devletin ihmal ettiği veya özellikle yerine getirmekten kaçındığı İHAM kararlarıyla ilgili olarak Parlamenterler Meclisi’nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne ve onun aracılığıyla ilgili devlete tavsiyelerde bulunmasını, gerektiğinde bu konuda acil müzakereler düzenlenmesini öngörüyordu. Ayrıca İHAM kararlarının çabuk ve etkili biçimde yerine getirilmesi konusunda her türlü çabayı göstermeleri için söz konusu devletin parlamenter delegasyonlarına çağrı yapılması; kararların yerine getirilmesinden kaçınıldığında ya da uzun süreli gecikmelerde davalı devletin Adalet Bakanı veya konuyla ilgili başka bir bakanının açıklama yapmak üzere Meclis’e davet edilmesi; kararlara uymayan devletler hakkında Meclis denetiminin (*monitoring procedure*)¹⁹ başlatılması gibi önerileri içeriyordu. Meclis’in uygulamaya başladığı bu yöntem, İHAM kararlarını yerine getirmemekte ısrar eden devletlerin kamuya duyurulması; basın ve kamuoyunun dikkatinin çekilmesi bakımından önem taşımanın yanı sıra, Parlamenter Meclis üyelerine kendi ulusal parlamentoları aracılığıyla hükümetleri üzerinde kuracakları baskıyla İHAM kararlarının yerine getirilmesinde sorumluluk yüklemesi bakımından da önem taşıyor²⁰. Bugün bakıldığında

18 Resolution 1226 (2000), “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”; Report on the execution of judgments of the European Court of Human Rights (Eric Jurgens), Doc. 8808 (28.9.2000).

19 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi’ne yeni üye devletlerin (merkezi ve doğu Avrupa ülkeleri) Avrupa Konseyi Statüsü, İHAS ve diğer bütün Avrupa Konseyi sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ve taahhütlerini yerine getirmelerini izlemek-denetlemek amacıyla 1993 yılında bir denetim prosedürü (Order No. 488/1993) oluşturmuştu. 1995 yılında Meclis denetiminin Avrupa Konseyi üyesi bütün devletler için uygulanabileceği kararlaştırıldı (Order No. 508/1995). 1997 yılında alınan 1115 sayılı kararlar (Resolution 1115/1997, 29.01.1997) denetim prosedürünün işleyişi yeniden düzenlenerek, “Denetim Komitesi” adı altında yeni bir komite kuruldu. 2000 yılında da Meclis’in denetimden çıkardığı ancak yükümlülük ve taahhütlerini bütünüyle yerine getirmemiş olan devletler bakımından demokratikleşme ve insan hakları reformlarını teşvik etmek ve gelişmeleri takip etmek için “post-monitoring” süreç başlatılması kararı alındı.

20 Yukarıda belirtilen 1115/1997 sayılı Karar, denetim sürecine alınan bir üye devletin yükümlülüklerini yerine getirmemekte ısrarlı olması durumunda ne tür yaptırımlarla karşılaşabileceğini de öngörüyordu. Buna göre söz konusu devletin ulusal delegasyonunda yer alan parlamenterlerin yetki belgelerinin Meclis tarafından iptal edilmesi ya da Meclis’in bir sonraki toplantı dönemi başında yetki belgelerini

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

bu sürecin ne kadar etkili sonuç doğurur şekilde işlediği sorgulanabilir olsa da, farklı siyasi grupların temsil edildiği daha geniş bir platform olarak Meclis'in İHAM kararlarının ve dolayısıyla Sözleşme Hukuku'nun uygulanmasında sorumluluk üstlenmesi, Sözleşme uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne – taraf devletlerin dışişleri bakanları-delegelerine – ait gözetim görevinin gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilecek bir potansiyel barındırıyor.

Mahkeme'nin etkililiğini korumak bakımından bu tür bir sorumluluk, hazırlayacağı "insan hakları raporları" (ülke raporları/tematik raporlar) yoluyla Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği'nce üstlenilebileceği gibi, Sözleşme'nin kendi içinde öngördüğü rapor sisteminin etkin kullanımı yoluyla Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nce de paylaşılır olabilir. Ayrıca Avrupa Konseyi diğer Sözleşmelerinin denetim sistemi raporları ve sonuçlarının (Sözleşme hakları ile bağlantılı olarak) bütünlükçü bir şekilde Konsey üyesi devletlerin "insan haklarına saygı" yükümlülüğünün değerlendirilmesi ve belirlenmesinde kullanılması ve ağır-ciddi/sistematik hak ihlalleri durumunda ilgili devlet hakkında Avrupa Konsey İnsan Hakları Komiserliği tarafından Mahkeme'ye başvuru yolunun açılması İHAS denetim sisteminin etkililiğinin korunmasında işlevsel bir yol olarak düşünülebilir.²¹

Konferansın sorusu hatırlanırsa, "hayal kırıklığı" Mahkeme'den kaynaklanmıyor; Mahkeme'nin "işyükü sorunu" salt başvuru sayısındaki artışla açıklanabilecek bir sorun olarak da gözükmüyor. Sisteme hangi "düzelticiler" getirilse, başvurular "filtrelenip" Mahkeme bir "içtihat mahkemesi" (ki zaten öyle değil mi?) olarak "yeniden" yapılandırılrsa da, kararlarının dolayısıyla Sözleşme Hukukunun uygulanmasına zemin hazırlayacak bir siyasal iklim olmadıkça hayal kırıklığı giderek büyüyecek. Çözümü, önce, siyasal alan içinde aramak gerekiyor belki de.

onaylamaması, gereken durumlarda Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8.maddesi uyarınca harekete geçmesi için Meclis'in bir tavsiye kararı alması öngörülmüştü. .

21 Akil Kişiler Grubu'nun (the Group of the Wise Persons), 14. Protokolün ilk etkileri dahil İHAS denetim sisteminin uzun vadede etkililiği konusunda hazırladığı raporda (2006) bu tür bir yol desteklenmemiştir.

Towards a Constitutional Future for the European Court of Human Rights

Steven Greer*

1. Introduction

In my book, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), summarised in a forthcoming issue of the *Human Rights Quarterly* 2008, I argue that the Convention system suffers from several core systemic problems and that these can only be solved by a thorough-going process of constitutionalization. In this paper I'd like to consider what this might mean and what challenges it poses, and also to defend this thesis from some of the criticisms it has since received. In order to identify what the core problems are, we need to begin by considering how the Convention has developed and changed over the past half century or so. And this involves re-considering what it was for when it was first established.

2. Half a century of change

The European Convention on Human Rights began as an international trea-

* Professor of Human Rights, School of Law, University of Bristol

ty drafted in 1950 in the Cold War aftermath of the Second World War. Broadly speaking it had two fundamental purposes: first, to provide a statement of the common identity of its ten founding members; second, to seek to prevent war between them by enabling any one or more to complain to the judicial institutions set up in Strasbourg, about a drift towards authoritarianism, indicated by systematic human rights abuses, in any other member state. This was on the assumption that authoritarian regimes present a much greater threat to international peace and security in western Europe than democracies.

As an international treaty the Convention is, nevertheless, unusual in that also enables individuals to litigate directly before the European Court of Human Rights. However, this facility only developed gradually over the past half century and did not become available to everyone in each member state as of right until the 1990s. Ironically, the inter-state applications process has also been dramatically eclipsed by the individual applications process. There have been just under two dozen inter-state applications in the Convention's entire history, whereas the number of formally submitted individual applications for 2007 was nearly 42,000, i.e. over fifty times the annual average for the first thirty years.

In order to appreciate the significance of these developments I want to consider four other ways in which the Convention system has changed since its foundation in 1950. The first of these, intimately linked to the escalating individual applications rate, is the huge, post-Cold War, expansion in the number of countries belonging to the Convention system – from a mere 10 in 1950 to 47 by the mid-2000s. This includes all the former communist states of central and eastern Europe, except Belarus, and brings the population over which the European Court of Human Rights exercises jurisdiction to around 800 million people. The second change, and another key factor in the rising application rate, is the fact that the Convention is now much better known to lawyers, and to the general public, in virtually all member states, including founding ones, than it was even a decade or so ago. Third, in response to the rising application rate, the judicial process at Strasbourg was reformed by Protocol 11 with effect from November 1998, making the Court a more professional full-time institution. Finally, the identity which the Convention originally provided for western Europe, has now become an 'abstract constitutional identity' for the entire continent, linking the former communist zones with the west, and the EU with non-EU halves. As a result, the European Court of Human Rights has

effectively become the constitutional court for greater Europe. Indeed, as the 21st century has unfolded, the Court's focus has shifted eastward. Some 63% of all applications now come from the 21 new member states of Central and Eastern Europe and some 50% of applications come from the so-called 'big four' – Russia, Poland, Turkey and Romania.

3. Core problems with the ECHR

Turning then to the Convention's core systemic problems we find that the most visible and pressing of these is the individual applications overload crisis. But there are several others. The main ones are the failure of the Convention system to tackle persistent systemic violations in member states effectively, and the fact that the Court's method of adjudication, and its jurisprudence, are not thoroughly constitutionalised. But the most pervasive problem of all, which underlies all these difficulties, is the lack of a full commitment by the Council of Europe and the Court, to the delivery of 'constitutional justice', and a reluctance to acknowledge that the competing model of individual justice is now thoroughly discredited as a viable conception of the Court's central mission.

'Constitutional' v 'individual' justice

The model of individual justice assumes that the Court exists primarily to provide redress for Convention violations for the benefit of the particular individual making the complaint. The model of constitutional justice maintains, on the other hand, that the Court's primary responsibility is to select, and to adjudicate, the most serious alleged violations brought to its attention by aggrieved applicants, with maximum authority and impact in the states concerned. The function of individual applications under this model is, therefore, mainly to alert the Court to specific systemic compliance problems in member states, and not primarily to enable the Court to provide a remedy for the particular applicant.

It is true, but trite, to observe that, so long as the lifeblood of the Convention system consists of individual applications, when the Court delivers 'constitutional justice' it must also by definition deliver individual justice in the particular case before it. This is trite because it avoids the key question: should the Convention system be oriented towards the delivery of constitutional justice or the systematic delivery of individual justice?

There are at least three compelling reasons for rejecting the case that the Court should be primarily concerned with the systematic delivery of individual justice. First, individual justice is not what the Convention system was original-

ly set up for. The Convention was, and remains, a device for seeking to protect the character of member states as rights-respecting democracies committed to the rule of law. Second, in any conceivable set of circumstances, the Court, like any national constitutional court, is capable of judging on the merits, only a tiny fraction – less than 5% – of the applications it receives, and it is naïve to believe that none of the remainder have any merit whatsoever. There is, therefore, no realistic prospect of justice being *systematically* delivered to every worthy applicant. And unless it is systematic, individual ‘justice’ becomes arbitrary and is not justice at all. Third, while some applicants may be satisfied merely with condemnation by the Court of the wrong they have suffered, for others this will be a hollow victory because levels of compensation are low and other rewards few. For example, a judgment that a conviction was obtained in the national legal system as a result of a breach of the right to fair trial, will rarely, if ever, result in the conviction itself being quashed.

Some scepticism has been expressed about regarding the European Court of Human Rights as a ‘constitutional’ court, on the grounds that such courts can only truly exist in national constitutional systems, and that the trans-national protection of human rights in Europe is pluralist in nature – embracing national, EU and ECHR, dimensions – and does not constitute a single constitutional system. However, each of these views suffers from a narrow interpretation of constitutionalism. A ‘constitution’ is merely the self conscious attempt to specify, usually in writing, the terms of any human association. ‘Constitutional adjudication’ is, therefore, any type of adjudication which seeks formally to determine if these terms have been violated by the exercise of power on the part of an official organ of the association. In this sense the Convention clearly has a ‘constitutional identity’, albeit a unique one, which could be said to be ‘abstract’ in three senses. First, it provides the ‘constitution’ for only a ‘partial polity’, that is to say one with executive and judicial, but no legislative, functions. Second, as already indicated, the jurisdiction of the European Court of Human Rights is limited to declaring whether or not the Convention has been breached. It does not have the power, as possessed by some national constitutional courts, to annul legislation, or to prescribe to states precisely what needs to be done in order to correct a violation. Third, as a result of its highly abstract character, and the fact that the Court’s role is subsidiary to that of national authorities, the Convention leaves considerable scope for a range of equally Convention-compliant national norms, institutions and processes. In other words, the Convention system could itself be said to embody a ‘quasi-pluralist constitutional order’.

Case overload

Before considering more fully the institutional, procedural and normative implications of the constitutional justice model, let us first consider the case overload crisis more carefully. In addition to the figures already given it has been predicted that, if there are no significant changes in the way individual applications are managed at Strasbourg, by 2010 a colossal backlog of 250,000 files will have accumulated awaiting a decision about admissibility. If this prospect materializes it is difficult to imagine how it could ever be satisfactorily addressed. Failing a massive injection of extra resources, which member states have always been reluctant to provide, the Court would either have to carry on regardless, in the full realization that it will never catch up with its backlog, or be provided by the Council of Europe with the power to strike as many applications as required off its docket. Yet each of these alternatives is impossible to reconcile with the delivery of individual justice, and difficult to reconcile with constitutional justice, but less so. It is a grim irony that this dilemma has arisen precisely because the Council of Europe has failed to acknowledge that the delivery of individual justice is not the Court's primary mission.

The Council of Europe's track record in addressing the case overload problem, which leaves a great deal to be desired, has been dominated by the quest for managerial and administrative solutions within the flawed paradigm of individual justice, when more imaginative and radical alternatives suggested by constitutional justice are required instead. As already indicated, after years of debate, the Convention system was modified by Protocol 11 in 1998. But by 2000 this was already officially recognised as inadequate, not least because the consequences of the post-Cold War enlargement had not been adequately anticipated. In May 2004 another modest reform package, Protocol 14, was unanimously endorsed by all state parties, and its implementation was scheduled for late 2006 or early 2007. However, by May 2005 it had already become clear that this too would not make much difference, and that something much more radical was required instead.

A Group of Wise Persons was, therefore, convened to make further proposals. Their report, made public in November 2006, has inaugurated a fresh round of deliberation also likely to take several years. However, in December 2006, the Russian state Duma refused to ratify Protocol 14. The whole reform process has, therefore, stalled, the case overload crisis has deepened, and the future of the entire Convention system is in greater doubt than ever before.

Frantic diplomatic efforts to reverse this set-back have yet to bear fruit. And even if they do, vital time will have been lost.

In my view, some elements of Protocol 14 might prove useful in the short term, for example the new single judge formations, the new admissibility test, and the new summary procedure for ‘manifestly well-founded’ complaints. Some of the proposals of the Wise Persons – particularly those concerning the Judicial Committee and pilot judgments – might also deliver some short-term benefits. But regrettably both Protocol 14 and the Wise Persons report are much too wedded to the model of individual justice to be capable in themselves of dealing effectively with the escalating case overload problem, not to mention the other difficulties which they largely, or even entirely, ignore.

Several other, more fundamental, things need to happen to the case management process instead. First, the substantive admissibility test should be reduced to a single criterion – ‘seriousness’ – as is effectively the case for the US Supreme Court, the German Federal Constitutional Court and the International Criminal Court. For this purpose two conceptions of ‘seriousness’ can be distinguished. First, the consequences of an alleged Convention violation may be serious for the applicant even if he or she is the only person affected, eg a violation of the right to life or the right not to be tortured etc. Secondly, violations with a less substantial impact on individual lives may nonetheless be serious if large numbers of people are affected, eg violations of the right to the peaceful enjoyment of property in Article 1 of Protocol No. 1 as in the *Broniowski* case. This will particularly be so if the problem has arisen in more than one state. I would argue that the Court should itself choose which of the applications it receives are the most serious according to each of these criteria. But, with respect to the second conception of seriousness, it should be guided by the human rights debate in specific states. Such information should be provided by National Human Rights Institutions to the European Commissioner for Human Rights who should, in turn, make it available to the Court and others in annual reports. Two of the many possible implications of making admissibility hinge on seriousness need to be considered. One concerns the future of the Grand Chamber whose jurisdiction already embodies this criterion. If seriousness becomes the general condition of admissibility, the Grand Chamber would either have to be abolished, or it would have to be limited to hearing only particularly serious cases, or cases with a distinctly pan-European dimension. Secondly, and much more politically contentious, states with consistently good records of of-

ficial violation, such as Ireland, Norway and Sweden, would simply no longer be listed in the Court's docket because its valuable time would become more targeted on those states with much more serious compliance problems.

The second possible change to the case management process would be to expand the 'victim' test to enable both the European Commissioner for Human Rights and National Human Rights Institutions, though not NGOs, to bring class actions to the Court. But in order to prevent this from adding further to application overload it would need to be allied to a third change: once NHRIs are more fully established throughout Europe, consulting them should also become a formal part of the 'exhaustion of domestic remedies' requirement. The intention here is both to discourage 'no-hope' applications from proceeding, and to encourage more viable ones to be joined with others alleging the same violation. But it is not suggested that this should prevent applicants who did not enjoy the support of their NHRI from continuing to petition Strasbourg if they so desired.

Persistent violations

Case overload and the failure to commit to the delivery of constitutional justice are, therefore, two of the Convention's core problems which impact negatively on the Court. A third is that the Court's judgments do not tackle persistent systemic violations in member states effectively. The main indicator, revealed in the Protocol 14 debate, is that some 60% of the Courts' judgments concern 'repeat applications' involving complaints about violation already condemned in the state concerned. The main challenge for the Council of Europe is to find ways to promote the two factors which seem most implicated in producing low violation rates: first, national public authorities generally sympathetic to human rights; second, effective national judicial processes for addressing human rights violations. Strangely the direct incorporation of the Convention in domestic law is not a key factor. Two western European states with the highest long-term violation rates – France and Italy – did this a long time ago, while all the low violation western European states with more than a million inhabitants – Ireland, Norway and Denmark – did so only in the past few years.

The method of adjudication and the jurisprudence

Finally, I'd like to consider the Convention's interrelated fourth and fifth systemic problems which concern the Court's haphazard method of adjudication and its impact upon the jurisprudence. As far as the method of adjudica-

tion is concerned, the key issue is how the Court's judgments can be upgraded from mere decisions on the facts – which is effectively what most of them are at present – to much more thoroughly considered decisions of principle which have real implications beyond the specific dispute and beyond the particular respondent state. This issue is also fundamentally constitutional because it concerns two distinct, and quintessentially constitutional questions: first, the 'normative question' of what a given Convention right means, including its relationship with other rights and with collective interests; secondly, the 'institutional question' of which institutions – judicial/non-judicial: national/European – should be responsible for providing the answer.

The implications are fully considered in Chapters 4 and 5 of my book. There is insufficient opportunity to go into them fully here. But what it comes down to in the final analysis is this: constitutionalizing the method of adjudication requires the Court to draw a more formal distinction between the Convention's primary constitutional principles and secondary principles of interpretation. The primary constitutional principles are the 'rights' principle, the 'democracy' principle, and the principle of 'priority-to-rights'. The 'rights' principle holds that, in a democratic society, Convention rights should be protected, by national courts and by the European Court of Human Rights, through the medium of law. The 'democracy' principle maintains that, in a democratic society, collective goods/public interests should be pursued by democratically accountable national non-judicial public bodies within a legal framework. The 'priority-to-rights principle' insists that, in weighing rights and public interests, the scales should be loaded procedurally and evidentially, but not substantively nor decisively, in favour of Convention rights. The secondary principles, which include proportionality, non-discrimination and the 'margin of appreciation', are subordinate to the primary principles, and the primary principles discipline their application.

If the Court followed this model two things in particular would become clearer. First, where the nature and scope of Convention rights have to be defined in the absence of any competing public interest, such as 'national security' or the 'prevention of disorder or crime', the matter should be settled authoritatively at Strasbourg with universal application in member states. There is no genuine scope here for a national margin of appreciation on the part of domestic non-judicial bodies. However, there is a legitimate national margin of appreciation on the question of whether or not the disputed conduct is com-

patible with them thus defined. The second implication is that, where a conflict between Convention rights and public interests has to be resolved, the Court's main responsibility is not simply to 'balance' these two elements against each other. It is, rather to ensure that the principle of 'priority-to-rights' has been properly observed by national authorities including national courts. The weight of the priority principle will, therefore, critically depend upon the construction of the particular Convention provision at issue which also permits different resolutions of the tension between Convention rights and public interests in different circumstances in different states.

Much of the Court's jurisprudence is, in fact, already faithful to this model. But there is room for improvement, particularly in relation to Articles 8-11. Let me just cite one case as an illustration of how the 'priority to rights' principle differs from 'balancing' and how it casts the burden of proof on to the respondent state. In *Hatton v UK* the applicants, who lived in the vicinity of Heathrow airport, complained that their sleep had been disturbed by changes to the night flight regime. There is, of course, no express right to sleep in the European Convention on Human Rights. But the European Court of Human Rights accepted that such a right could be derived from the right to respect for private life in Article 8(1). Nor was the UK directly responsible for the aircraft noise. But it was, *prima facie*, indirectly responsible for not having prohibited the flights in question. The UK argued that, even if the right to respect for private life had been infringed in this way, the interference did not amount to a violation because the night flight regime was in accordance with law and was necessary in a democratic society in pursuit of the economic well-being of the country, one of the legitimate exceptions found in Article 8(2).

There are many contentious features of this case, not least whether the complaint would be sufficiently serious to cross the admissibility threshold if seriousness were the principal test, as I have argued it should. Nevertheless, this aside, it does illustrate very clearly how the priority to rights principle should operate. The Chamber which first heard the application decided that the UK had violated the applicants' right to respect for private life. Although the majority accepted that it was likely that the night flight regime promoted the economic well-being of the country, they were dissatisfied by the failure of the government to produce specific statistical evidence to prove it. However, a majority of the Grand Chamber decided that there was no need for such evidence since they were prepared to assume that the night flight regime

contributed to the economic well-being of the country without it. Of the two decisions the Chamber's verdict is, in my view, the more faithful to the priority to rights principle because of the high evidential threshold required before a Convention right can be overridden by a competing public interest.

4. Conclusion

The case overload crisis currently afflicting the Convention system is its most visible, but not its only, systemic problem. The fact that this crisis has deepened since the early 1990s with no solution yet in sight, is a savage indictment of the Council of Europe's effectiveness. For the performance of any system to be improved, its core purposes and objectives must first be properly identified. Yet, instead of considering these carefully, the Council of Europe has instead preferred minimalist managerial and bureaucratic initiatives coupled with deep institutional inertia, thereby jeopardizing the future of the individual applications process, hitherto universally acclaimed by the world-wide human rights community. What was once the Council of Europe's most celebrated success has now become its greatest problem.

The future looks bleak. However, all is not yet lost. But two things must happen if the Court and Convention system are to have the brighter future they deserve. First, their central achievements must be more clearly identified. Secondly, appropriate ways need to be found for them to be secured and developed. Emerging from the shadows of the individual applications crisis, is a much more subtle, but nonetheless vital, achievement. The European Court of Human Rights has effectively become the Constitutional Court for greater Europe, sitting at the apex of a single transnational constitutional system, which formally constrains the exercise of public power at every level of governance by a set of internationally justiciable constitutional rights. As the 21st century has unfolded, it has become increasingly clear that the Court's main task is to administer this system by delivering constitutional, and not individual, justice. The more the Court commits to this goal, the more it will be able to promote convergence in the way public authorities operate in Europe around a common model defined, not only by the principles of democracy, human rights and the rule of law, but also by a much sharper distinction between primary and secondary constitutional principles. The greatest failure of the Convention system, on the other hand, is that the Court has not yet been fully able to realize its constitutional mandate because of the continued dominance of the model of individual justice in the case management process, and because of an un-

even commitment to it in its own method of adjudication and in the case law.

At best Protocol 14 and the proposals of the Wise Persons, if implemented, might buy extra time for the Convention system. But, because neither fully grasps the need for constitutionalisation, they each fall far short of a definitive solution. And until the Court itself takes up the constitutional challenge in its own method of adjudication its judgments are likely to remain decisions on the facts with little or no precedential value.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçin Anayasal Bir Geleceğe Doğru

Steven Greer*

1. Giriş

Human Rights Quarterly dergisinin 2008 yılı sayısında¹ özetlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Başarılar, Sorunlar ve Beklentiler (*The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)) isimli kitabımda, Sözleşme sisteminin birkaç temel sistemik sorundan muzdarip olduğunu ve bunların ancak kapsamlı bir anayasallaşma süreciyle aşılabileceğini ileri sürmüştüm. Bu yazıda, bunun ne anlama geldiğini ve ne tür engellerle karşılaşabileceğini tartışacağım ve tezi yayımlandığı tarihten bu yana aldığı eleştirilere karşı savunacağım. Temel sorunların ne olduğunu saptayabilmek için Sözleşme'nin geçtiğimiz yarım yüzyılı aşkın bir dönemde nasıl bir gelişim ve değişim gösterdiğini görerek başlamamız gerekmektedir. Bu başlangıç, sistemin ilk kurulduğunda ne olduğunu yeniden düşünmemizi de içerecektir.

2. Değişimin Yarım Yüzyılı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Soğuk Savaş döneminde bağitlanan bir uluslararası antlaşma olarak yola başlamıştır. Anılan

* Bristol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Hukuku Profesörü
Türkçeye Çeviren: Kerem Altıparmak

1 Sözü edilen makale bu tebliğin sunulmasından sonra yayınlanmıştır. (ç.n.) Steven Greer (2008), "What's Wrong with the European Convention on Human Rights?", 30 Human Rights Quarterly 680.

dönemde, Sözleşmenin genel olarak iki temel amacı vardır: ilk olarak, kurucu on üyesinin ortak kimliğinin ifadesini sağlamak; ikinci olarak, bir veya daha fazla tarafın bir başka taraf devletin sistematik insan hakları ihlallerinin işaret ettiği otoriter bir rejime sürüklenmesi konusunda Strazburg'da kurulmuş yargısal kurumlara şikayette bulunmasını sağlayarak aralarında savaş çıkmasını engellemeye çalışmak. Bu düşünce, otoriter rejimlerin Batı Avrupa'da uluslararası barış ve güvenliğe demokrasilerden çok daha büyük tehdit oluşturduğu varsayımına dayanmaktadır.

Bununla birlikte, uluslararası bir antlaşma olarak Sözleşme'nin, bireylerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne dava açmasına olanak sağlaması alışılmadık bir durumdur. **Ancak, bu imkân yarım yüzyıl içinde aşamalı olarak gerçekleşmiş** ve üye devletlerin tamamında herkese hak olarak tanınması 1990lara kadar mümkün olmamıştır. Tuhaf bir şekilde, devletlerarası başvuru usulü keskin bir şekilde bireysel başvuru usulüyle gölgelenmiştir. Tüm Sözleşme tarihi boyunca iki düzineden daha az devletlerarası şikayet yapılmışken, 2007 yılında yapılmış resmi başvuru sayısı yaklaşık olarak 42.000, bir başka deyişle ilk otuz yıllık başvuru sayısının yıllık ortalamasının elli kat fazlasıdır.

Bu gelişmelerin önemini anlamak için Sözleşme sisteminin 1950'de kurulduğundan beri değişime uğrayan dört ayrı yönünü daha incelemek istiyorum. Bunların birincisi, bireysel başvuru oranlarındaki artışa yakından bağlı olan, Soğuk Savaş sonrasında Sözleşme sistemine dâhil olan ülke sayısındaki -1950 yılında sadece 10 iken 2000lerin ortasında 47'e- büyük artıştır. Bu yeni sayı, Beyaz Rusya hariç tüm eski Orta ve Doğu Avrupa komünist devletlerini içermekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisine tabi olan nüfusu yaklaşık olarak 800 milyon kişiye taşımaktadır. İkinci değişiklik ve artan başvuru oranındaki bir diğer anahtar unsur ise kurucu üyeler dahil, hemen tüm üye devletlerde Sözleşme'nin hukukçular ve toplumun geneli tarafından artık on yıl öncesinden çok daha iyi bilinmesidir. Üçüncü olarak, artan başvuru oranına cevap olarak Strazburg'daki muhakeme usulü Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11. Protokol ile reform geçirmiş, Mahkeme daha profesyonel, tam zamanlı bir organ haline gelmiştir. Nihayet, Sözleşme'nin orijinal halinde Batı Avrupa için sağladığı kimlik, artık eski komünist coğrafyayı Batı'yla, AB'yi AB'ye üye olmayan yarıyla bağlayan, tüm kıta için "genel anayasal kimlik" haline gelmiştir. Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi fiilen geniş Avrupa (*greater Europe*) için anayasa mahkemesi haline gelmiştir. Gerçekten de, 21. yüzyıl açılırken, Mahkeme'nin odağı doğuya yönelmiştir. Tüm başvuruların yaklaşık % 63'ü Merkez ve Doğu Avrupa'nın 21 yeni üyesinden ve yaklaşık %50'si 'büyük dördlü' denilen ülkelerden -Rusya, Polonya, Türkiye ve Romanya- gelmektedir.

3. AİHS'nin Temel Sorunları

Sözleşme'nin temel sistemik sorunlarına döndüğümüzde, bu sorunların en görünür ve acil olanının bireysel başvurulardaki aşırı yüklenme krizi olduğunu görebiliriz. Ama başka sorunlar da vardır. Bunlar arasında en önemli olanları, Sözleşme sisteminin üye devletlerdeki ısrarcı sistemik ihlallerin üstesinden gelmede başarısız olması ve Mahkeme'nin karar alma metodunun ve içtihadının bütünüyle anayasallaştırılmamış olmasıdır. Ancak tüm bunlar arasında en kapsamlı olan ve tüm zorlukların zemininde bulunan sorun, Avrupa Konseyi ve Mahkeme'nin 'anayasal adalet' dağıtma konusunda tam bir taahhüdünün bulunmaması ve bu anlayışın karşıt modeli olan bireysel adalet modelinin artık Mahkeme'nin temel misyonuna ilişkin sürdürülebilir bir düşünce olduğunun tamamıyla şüpheli hale geldiğini kabul etmekten kaçınmalarıdır.

'Anayasal'a Karşı 'Bireysel' Adalet

Bireysel adalet modeli, Mahkeme'nin öncelikli olarak şikayette bulunan bireyin yararına Sözleşme ihlallerini gidermek için varolduğunu farz etmektedir. Öte yandan, anayasal adalet modeliye, Mahkeme'nin birincil sorumluluğunun haksızlığa uğramış başvurucular tarafından dikkatine sunulan en ciddi olduğu iddia edilen ihlalleri seçip, ilgili devletlerde azami otorite ve etki oluşturacak şekilde karar vermek olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle, anılan modelde bireysel başvuruların işlevi, esas olarak üye devletlerdeki belirli sistemik uyum sorunları konusunda Mahkeme'yi uyarmaktır, yoksa öncelikli olarak Mahkeme'nin belirli bir başvurucuya giderim sunmasını sağlamak değildir.

Sözleşme sisteminin hayat kaynağı bireysel başvurular olduğu sürece, Mahkeme'nin 'anayasal adalet' dağıttığında doğası gereği önündeki belirli davada bireysel adalet de dağıtacağını saptamak doğru ama basmakalıp bir değerlendirmedir. Basmakalıptır çünkü temel sorudan kaçınmaktadır: Sözleşme sistemi anayasal adalet dağıtımına mı yoksa sistematik bireysel adalet dağıtımına mı yönlendirilmelidir?

Mahkeme'nin sistematik bireysel adalet dağıtımıyla ilgilenmesi gerektiği tezini reddetmek için en azından üç zorlayıcı neden vardır. Birincisi, Sözleşme sistemi orijinal halinde bireysel adalet için kurulmamıştır. Sözleşme, üye devletlerin hukukun üstünlüğüne inanan haklara saygılı demokrasi olma niteliğini korumayı sağlamak için bir araçtır ve hala da öyledir. İkinci olarak, normal şartlar altında, Mahkeme, herhangi bir ulusal anayasa mahkemesi gibi, aldığı başvuruların çok küçük bir kısmının - %5'den azı- esas hakkında karar verme

imkânına sahiptir ve diğer davaların hiçbir şekilde değerinin olmadığına inanmak için saf olmak gerekir.

Bu nedenle, her hak eden başvurucuya adaletin sistematik bir şekilde dağıtılması yönünde gerçekçi bir olasılık yoktur. Ve sistematik olmadığı sürece, bireysel ‘adalet’ keyfi olur ki bu da adalet değildir. Üçüncü olarak, bazı başvurucular sadece zarar gördükleri yanlıştın Mahkeme tarafından kınanmasından tatmin olsalar bile, diğerleri için tazminat düzeyleri düşük ve başka giderimler istisnai olduğundan bu içi boş bir zaferdir. Örneğin, ulusal hukuk sisteminde adil yargılanma hakkının ihlalinin sonucu olarak bir mahkumiyet alındığına ilişkin bir karar, eğer gerçekleşirse, çok istisnai hallerde mahkumiyetin de bozulması şeklinde sonuçlanacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni bir ‘anayasal’ mahkeme olarak görme konusunda, bu tür mahkemelerin gerçekte sadece ulusal anayasal sistemlerde mevcut olabileceği ve Avrupa’da insan haklarının ulusötesi korumasının –ulusal, AB ve AİHS boyutlarını kapsayan- çoğulcu bir yapıya sahip olduğu ve tekil bir anayasal sistem oluşturulamayacağı gerekçeleriyle bazı şüpheler dile getirilmiştir. Ancak tüm bu görüşler anayasalcılığın dar yorumlanması nedeniyle sorunludur. Bir ‘anayasa’, sadece herhangi bir insan topluluğunun koşullarının, genelde yazılı olarak, belirlenmesinin bilinçli bir denemesidir. Bu nedenle, ‘anayasal karar alma’, bu koşulların topluluğun resmi organının bir bölümünün yetki kullanımıyla ihlal edilip edilmediğini tespit etmeye çalışan karar alma tipidir. Bu anlamda Sözleşme, benzersiz de olsa, üç anlamda ‘özlü’ (*abstract*)² olarak ifade edilebilecek, açık bir ‘anayasal kimliğe’ sahiptir. İlk olarak, Sözleşme sadece ‘kısmi siyasa’, yani yürütme ve yargı işlevlerine ilişkin ‘anayasa’ düzenlerken yasamayı kapsamamaktadır. İkinci olarak, daha önce de belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yetkisi sadece Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediğini saptamakla sınırlandırılmıştır. Bazı ulusal anayasa mahkemelerinin sahip olduğu, yasaları iptal etme veya devlete ihlali gidermek için tam olarak ne yapılması gerektiğini gösterme gibi yetkilerle donatılmamıştır. Üçüncü olarak, bu çok sınırlı karakterinin ve Mahkeme’nin rolünün ulusal yetkililere göre ikincil nitelikte olmasının sonucu olarak, Sözleşme, Sözleşmeyle eşit derecede uyumlu farklı ulusal kurallar, kurumlar ve usuller için önemli bir alan bırakmıştır. Bir başka deyişle, Sözleşme sisteminin ‘yarı-çoğulcu bir anayasal düzen’ oluşturduğu söylenebilir.

2 Yazar burada bir anayasal düzen için gerekli olduğunu düşündüğü temel nitelikleri taşıyan ama sınırlı bir modeli kast etmektedir. (ç.n)

Aşırı Dava Yükü

Anayasal adalet modelinin kurumsal, yöntemsel ve normatif etkilerini daha kapsamlı bir şekilde incelemeden önce aşırı dava yükünün yarattığı krizi dikkatli incelemek gerekir. Daha önce verilen rakamlara ek olarak, Strazburg'da bireysel başvuruların yönetimine ilişkin önemli bir değişiklik yapılmazsa, 2010 yılı itibarıyla kabul edilebilirlik kararı bekleyen 250.000 dosyalık devasa bir derdest dava birikimi oluşacağı tahmin edilmektedir. Bu öngörü gerçekleşirse, sorunun nasıl tatmin edici bir şekilde çözüleceğini tahmin etmek güçtür. Üye devletlerin her zaman sağlamaktan kaçındığı büyük bir ek kaynağın sunulmaması durumunda, Mahkeme ya bu durumu dikkate almaksızın davaları incelemeye devam edecektir ki bunun tam olarak gerçekleşmesi halinde hiçbir zaman biriken davalara yetişemeyecektir, ya da Mahkemeye Avrupa Konseyi tarafından gerektiği kadar çok sayıda davayı kayıttan düşme yetkisi verilecektir. Ancak bu seçeneklerin ikisinin de bireysel adaletin dağıtılmasıyla uzlaştırılması mümkün değildir, anayasal adaletle uzlaştırılması ise imkansız değilse de zordur. Bu ikilemin, tamamen Avrupa Konseyi'nin Mahkeme'nin birincil işlevinin bireysel adalet dağıtmak olmadığını kabul etmemesinden kaynaklanması vahim bir ironidir.

Avrupa Konseyi'nin dava yükü sorununa ilişkin izlediği yola, anayasal adaletin sunduğu daha yaratıcı ve köklü seçenekler gerekliken, hiç de yeterli olmayan yanlış bireysel adalet paradigması içinde aranan idari ve işletme çözümleri hakim olmuştur. Daha önce de ifade edildiği gibi, yıllarca süren tartışmaların sonunda Sözleşme sistemi 1998'de 11. Protokolle değiştirilmiştir. Ne var ki henüz 2000 yılında, özellikle Soğuk Savaş sonrası genişlemenin sonuçları yeterli düzeyde öngörülmediği için Protokol'ün yeterli olmadığı resmen kabul edilmiştir. Mayıs 2004'te bir başka sınırlı reform paketi, 14. Protokol, tüm taraf devletler tarafından desteklenmiş ve bu Protokol'ün uygulanması için 2006 sonu 2007 başı planlanmıştır. Ama daha Mayıs 2005'de bunun da çok büyük bir değişiklik yaratmayacağı ve çok daha köklü bir adıma ihtiyaç duyulduğu anlaşılmıştır.

Bu nedenle, bir Akil Adamlar Grubu ek önerilerde bulunmak için toplanmıştır. Grubun raporu Kasım 2006'da kamuya açıklanmış, muhtemelen birkaç yıl sürecek yeni bir tartışma dizisini başlatmıştır. Ancak Aralık 2006'da Rus Duma'sı 14. Protokol'ü onaylamayı reddetmiştir. Bunun sonucu olarak tüm reform süreci durmuş, dava yükü sorunu derinleşmiş ve tüm Sözleşme sisteminin geleceği her zamankinden daha belirsiz bir hale gelmiştir. Bu başarısızlığı geri çevirmek için gerçekleştirilen hummalı diplomatik girişimler henüz bir sonuç vermemiştir. Bu girişimler sonuç verse bile hayati nitelikte bir zaman yitirilmiş olacaktır.

Kanımca, 14. Protokol'ün; tek yargıç oluşumu, yeni kabul edilebilirlik koşulu ve "açıkça sağlam temelli" (*manifestly well-founded*) şikayetler için öngörülen basit usul gibi kimi unsurları kısa vadede faydalı olabilir. Akil Adamların –özelikle Yargısal Komite ve pilot kararlara ilişkin olan- bazı önerileri de kısa vadeli faydalar sağlayabilir. Ne yazık ki, hem 14. Protokol hem de Akil Adamlar Raporu artan dava yükü sorunuyla etkili bir şekilde uğraşabilmek için fazlasıyla bireysel adalet modeline bağlı kalmıştır. Büyük ölçüde veya bütünüyle göz ardı ettikleri diğer zorlukları ise hatırlatmaya bile gerek yoktur.

Oysa dava yönetim süreci için çok sayıda başka ve köklü şeylerin gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak, esasa ilişkin kabul edilebilirlik testi, ABD Yüksek Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde etkili bir şekilde uygulandığı gibi bir tek ölçüte –'ciddilik' - indirgenmelidir. Bu amaçla, iki "ciddilik" kavramı birbirinden ayırt edilebilir. Birincisi, iddia edilen Sözleşme ihlalinin sonuçları, yaşam hakkı veya işkence görmeme hakkında olduğu gibi, bir tek kendisi etkilenmiş olsa bile başvuru için ciddi olabilir. İkinci olarak, 1. Protokol'ün 1. maddesinde korunan mülkiyet yararlanma hakkına ilişkin Broniowski kararında olduğu gibi bireysel hayatlar üzerinde daha az etki doğuran ihlaller, çok sayıda insanın etkilenmesi nedeniyle ciddi olabilir. Bu, özellikle sorun birden fazla devlette doğduysa böyledir. Bu ölçütlere göre, aldığı başvuruların hangisinin en ciddi olduğunu Mahkeme'nin kendisinin seçmesi gerektiğini düşünüyorum. Ancak, ikinci ciddilik kavramına ilişkin olarak, belirli devletlerdeki insan hakları tartışmaları Mahkeme'ye yol gösterici olmalıdır. Bu tip bilgiler Ulusal İnsan Hakları Kurumları tarafından Avrupa İnsan Hakları Komiseri'ne sunulmalı, Komiser de yıllık raporlarıyla bu bilgileri Mahkeme ve diğerlerinin bilgisine açmalıdır. Ciddiliği kabul edilebilirliğin dayanak noktası yapmanın çok sayıdaki etkisinden ikisi üzerinden durmak gerekir. Birincisi, yetkisi halihazırda bu ölçütü kapsayan Büyük Daire'nin geleceğine ilişkindir. Eğer ciddilik kabul edilebilirliğin genel ölçütü haline gelirse; ya Büyük Daire lağvedilecektir ya da sadece belirli tip ciddi davaları veya açıkça tüm Avrupa'yı etkileyen boyutları olan davaları dinleyecektir. İkinci ve politik açıdan çok daha tartışmalı olarak; resmi ihlaller açısından düzenli bir şekilde iyi bir geçmişi olan İrlanda, Norveç ve İsveç gibi devletler, Mahkeme'nin değerli zamanı çok daha ciddi uyum sorunları yaşayan devletlere yöneldiği için artık Mahkeme'nin karar defterinde yer almayacaktır.

Dava yönetim sürecine ilişkin ikinci olası değişiklik 'mağdur' testini genişleterek, HDÖler olmasa bile, Avrupa İnsan Hakları Komiseri ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Mahkeme'ye sınıf davaları açmalarını mümkün kılmak ola-

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

caktır. Ancak, bunun dava yüküne bir ek daha yüklemesine engel olmak için üçüncü bir değişikliğe eşlik etmesi gerekir: UİHKları Avrupa'nın her yerinde tam bir şekilde kurulduğunda bunlara danışmak 'iç hukuk yollarının tüketilmesi' şartının resmi bir parçası haline gelmelidir. Buradaki niyet 'umutsuz' başvuruların yapılmasını caydırmak ve daha savunulabilir olanların aynı ihlalin gerçekleştiğini iddia edenlerle birleşmek üzere başvurularını teşvik etmektir. Bununla birlikte, kendi UİHKlarının desteğini görmeyen başvuru sahiplerinin arzu ediyorlarsa Strazburg'a başvurularına engel olunması önerilmemektedir.

Sürekli ihlaller

Bu nedenle, dava yükü ve anayasal adaletin yerine getirilmesindeki başarısızlık, Mahkeme üzerinde olumsuz etkiler doğuran, Sözleşme'nin iki temel sorunudur. Bir üçüncüsü ise Mahkeme'nin verdiği kararların üye devletlerde gerçekleşen sürekli sistemik ihlallere etkili bir çözüm getirememesidir. 14. Protokol tartışmasında gündeme gelen konuya ilişkin ana göstergeye göre, Mahkeme kararlarının %60'ı daha önce ilgili devletin mahkum olduğu şikayetleri içeren 'tekrar eden başvurular'a ilişkindir. Avrupa Konseyi için düşük ihlal oranlarına ulaşma yolunda temel sorun, iki etmeni destekleyecek yollar bulmaktır: İlk olarak, insan haklarına olumlu yaklaşan ulusal kamu makamları; ikinci olarak, insan hakları ihlallerine yönelik etkili ulusal yargısal süreçler. İlginçtir, Sözleşme'nin ulusal hukukta doğrudan uygulanabilirliği temel bir unsur değildir. En yüksek uzun-dönem ihlal oranlarına sahip iki Batı Avrupa devleti –Fransa ve İtalya- uzun süre önce Sözleşme'yi ulusal hukuklarının parçası haline getirmişken, bir milyondan fazla nüfusu olan tüm düşük ihlal oranlı Batı Avrupa devletleri –İrlanda, Norveç ve Danimarka- bunu ancak geçtiğimiz birkaç yıl içinde gerçekleştirmiştir.

Karar alma yöntemi ve içtihat

Son olarak, Mahkeme'nin gelişigüzel karar alma yöntemi ve bunun içtihat üzerine etkisi üzerine, Sözleşme'nin birbiriyle ilişkili dördüncü ve beşinci sistemik sorununu tartışmak istiyorum. Karar alma yöntemi söz konusu olduğunda temel sorun –halihazırda çok sayıda kararda görüldüğü üzere- Mahkeme kararlarının sadece olaylara ilişkin kararlardan, belirli bir uyumsuzluğu ve davalı devleti aşan etkileri olan, çok daha kapsamlı düşünülmüş ilke kararlarına nasıl yükseltilebileceğidir. Bu sorun da temelde anayasal bir sorundur çünkü iki farklı ve özünde anayasal soruna ilişkindir: İlk olarak, verili Sözleşme hakkının, diğer haklarla ve kolektif çıkarlarla ilişkisi de dahil, ne anlama geldiğine ilişkin 'normatif soru'; ikincisi, hangi kurumların –yargısal/yargısal olmayan: ulusal/Avrupa- cevabı vermeye yetkili olması gerektiğine ilişkin 'kurumsal soru'.

Sonuçları kitabımın 4 ve 5. bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde tartışılıyor. Tamamına burada değinmek mümkün değil. Ancak son tahlilde söylenmesi gereken şudur: karar verme yöntemini anayasallaştırmak, Mahkeme'nin Sözleşme'nin birincil anayasal ilkeleriyle ikincil yorum ilkeleri arasında daha hukuki bir ayırım yapmasını gerektirmektedir. Birincil anayasal ilkeler, 'haklar' ilkesi, 'demokrasi' ilkesi ve 'hakların önceliği' ilkesidir. 'Haklar' ilkesi, demokratik bir toplumda, Sözleşme haklarının hukuk aracılığıyla ulusal mahkemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından korunmasını içerir. 'Demokrasi' ilkesi, demokratik bir toplumda, ortak değerler/kamusal çıkarların demokratik, hesap verebilir, yargısal olmayan kamu organları tarafından takip edilmesini savunur. 'Hakların önceliği' ilkesi, hakları ve kamusal çıkarları tartarken, tartışının esas yönünden ve kesin bir şekilde olmasa da yöntemsel ve deliller açısından Sözleşme hakları lehine yüklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Orantılılık, ayrımcılık yapmama ve 'takdir marjı'nı da içeren ikincil ilkeler birinci ilkelere tabidir ve uygulamaları birincil ilkeler tarafından belirlenir.

Mahkeme bu yöntemi takip ettiğinde özellikle iki husus daha açık hale gelecektir. İlk olarak, Sözleşme haklarının doğası ve kapsamı bu hakla yarışan 'ulusal güvenlik' veya 'kamu düzeninin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi' gibi bir kamu çıkarının yokluğunda tanımlanmak gerektiğinde, konu üye devletlerde evrensel bir uygulama bulacak şekilde Strazburg'da kesin bir şekilde karara bağlanmalıdır. Burada yerel, yargısal olmayan makamların takdir marjını uygulayacakları bir alan bulunmamaktadır. Ancak, tartışmalı olan davranışın bu şekilde tanımlanmış haklarla uyumlu olup olmadığı konusunda meşru bir ulusal takdir marjı bulunmaktadır. İkinci sonuç şudur; Sözleşme haklarıyla kamusal çıkarlar arasında çelişki giderilmesi gerektiğinde, Mahkeme'nin sorumluluğu basitçe iki unsuru birbiriyle dengelemek değildir. Mahkeme'nin sorumluluğu daha ziyade 'hakların önceliği' ilkesine ulusal mahkemeler dahil ulusal makamlar tarafından tam olarak uyulduğunu güvence altına almaktır. Bu nedenle, öncelik ilkesinin gücü, ciddi oranda değişik devletlerde değişik koşullarda Sözleşme haklarıyla kamusal çıkarlar arasındaki gerilime değişik çözümler sunmaya izin veren söz konusu Sözleşme hükmünün yorumuna bağlıdır.

Mahkeme içtihadının büyük kısmı aslında bu yönteme uygundur. Ancak, özellikle 8-11. maddelere ilişkin bu içtihadı geliştirme imkanı vardır. 'Hakların önceliği' ilkesinin 'dengeleme'den nasıl farklılaştığını ve bu farkın nasıl ispat yükünü davalı devlete yüklediğini göstermek için sadece bir davaya değineceğim. Hatton/Birleşik Krallık davasında, Heathrow havaalanı civarında yaşayan başvuru sahipleri, uyku düzenlerinin gece uçuş rejiminde yapılan değişiklikler

nedeniyle bozulduğundan şikayet etmişlerdir. Şüphesiz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde gece uyuma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tip bir hakkın 8. Maddenin 1. fıkrasında korunan özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkından çıkarılabileceğini kabul etmiştir. Birleşik Krallık uçak gürültüsünden doğrudan sorumlu değildir. Bununla birlikte, hükümet ilk bakışta dava konusu uçuşları engellemediği için dolaylı olarak sorumludur. Birleşik Krallık hükümeti, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bu şekilde müdahale edilmiş olsa bile, müdahalenin bir ihlale vücut vermediğini, çünkü gece uçuş rejiminin hukuka uygun olduğunu ve 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru sebeplerden biri olan ülkenin ekonomik refahını sağlamak için demokratik bir toplumda alınmış zorunlu bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür.

Bu davanın birçok tartışmalı yönü vardır. Özellikle ciddilik temel test olsa, ki ben az önce olması gerektiğini ileri sürdüm, şikâyetin kabul edilebilirlik testini geçecek düzeyde ciddi olup olmadığı tartışmalı olacaktır. Bu tartışmayı bir yana bıraktığımızda, karar hakların önceliği ilkesinin nasıl işlemesi gerektiğini tüm açıklığıyla ortaya koymamaktadır. Başvuruyu ilk inceleyen Daire, Birleşik Krallık'ın başvuru sahiplerinin özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Çoğunluk, gece uçuş rejiminin ülkenin ekonomik refahını desteklediğini kabul etmekle birlikte, hükümetin bunu kanıtlayacak özel istatistikî delil sunmaması nedeniyle tatmin olmamıştır. Ne var ki, Büyük Daire'de çoğunluk, böyle bir delile ihtiyaç olmadığını, bu delil olmaksızın da gece uçuş rejiminin ülkenin ekonomik refahını artırdığının varsayılabilmesine karar vermiştir. Kanımca, iki karar arasında hakların önceliği ilkesine daha uygun olanı, bir Sözleşme hakkının bu hakla yarışan bir kamusal çıkar tarafından sınırlandırılması için yüksek bir delil eşiği gerektirdiğinden, Daire kararıdır.

4. Sonuç

Sözleşme sistemini sıkıntıya sokan iş yükü krizi, sistemin en görünür ama yegâne olmayan sistemik sorunudur. Krizin 1990ların başlarından beri derinleşmesi ve görünürde bir çözümün olmaması, Avrupa Konseyi'nin etkinliğine yönelik acımasız bir yakınmaya dönüşmüştür. Herhangi bir sistemin icrasının geliştirilmesi için, sistemin ana amaçlarının ve hedeflerinin tam olarak tanımlanması gerekir. Oysa, Avrupa Konseyi dikkatli bir şekilde bunları düşünmek yerine, derin bir kurumsal atalet içinde asgari yönetsel ve bürokratik girişimleri tercih etmiş, böylece bugüne kadar dünya çapında insan hakları camiasında alkışlanan bireysel başvuru yönteminin geleceğini tehlikeye atmıştır. Bir zamanlar Avrupa Konseyi'nin en tanınmış başarısı bugün örgütün en büyük sorunu haline gelmiştir.

Gelecek iç açıcı gözükmemektedir. Bununla birlikte, her şey de kaybedilmiş değildir. Ancak, Mahkeme ve Sözleşme sistemi hak ettikleri parlak geleceğe kavuşacaksa iki şeyin gerçekleşmesi gereklidir. Birincisi, ana başarıları daha açık bir şekilde tanımlanmalıdır. İkinci olarak, bu başarıların güvence altına alınıp geliştirilmesi için uygun yollar bulunmalıdır. Bireysel başvuru krizinin gölgesinden çıkmak, çok daha ince ama aynı zamanda hayati bir başarıdır. Tek bir ulusötesi anayasal sistemin doruğunda bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idarenin her seviyesinde uluslararası yargılanabilirlik niteliği taşıyan anayasal haklarla kamu gücünün kullanımını sınırlandırarak, fiilen Geniş Avrupa'nın Anayasa Mahkemesi haline gelmiştir. 21. yüzyıl başlarken, Mahkeme'nin ana görevinin bu sistemi bireysel adalet değil anayasal adalet dağıtarak işletmek olduğu giderek daha net görülmektedir. Mahkeme bu amaca daha uygun davrandıkça, Avrupa'da kamu makamlarının işleyişini; sadece demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkeleri değil aynı zamanda birincil ve ikincil anayasal ilkeler arasında çok daha keskin bir farka dayanan ortak tanımlanmış bir model etrafında birleştirmeye katkıda bulunabilecektir. Öte yandan, Sözleşme sisteminin en büyük başarısızlığı, dava yönetim sürecine hakim olan bireysel adalet modeline ve Mahkeme'nin kendi karar verme yönteminde ve içtihadında istikrarsız bir şekilde yerine getirmesine bağlı olarak, Mahkeme'nin anayasal görevini tam olarak gerçekleştirememesidir.

14. Protokol ve Akil Adamların önerileri, uygulandıkları takdirde, en iyi ihtimalle Sözleşme sistemi için ek süre kazandıracaklardır. Ancak, her ikisi de anayasallaşma ihtiyacını tam olarak kavrayamadıkları için kesin bir sonuç sunmaktan uzaktırlar. Ve Mahkeme kendi karar alma yönteminde anayasal değerlendirmeyi dikkate alıncaya kadar, kararları emsal değeri taşımayan veya sınırlı emsal niteliği taşıyan, belirli olaylarla sınırlı olarak verilmiş kararlar olarak kalacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sisteminin Amaçları: Tek mi, Çok mu?

Dr. Başak Çalı*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) temel amaçları nelerdir? Bu soru AİHM'in bir reform süreci içinde olması nedeni ile hem önemli hem de zamanlaması iyi bir soru.¹ AİHM'in amaçlarını tartışmak için birbiri ile ilişkili iki soruyu göz önünde bulundurmak gerekiyor: Birinci soru, genel olarak uluslararası insan hakları mahkemelerinin amaçları nelerdir ve bu amaçlar iç hukuk mahkemelerinin ve diğer uluslararası ve ulusal insan hakları kurumlarının amaçlarından nasıl ayırt edilebilir? İkincisi ise, AİHM'in kendine has tarihi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) yorumu bize Mahkemenin amaçları hakkında neler söyleyebilir sorusudur. Bu iki soruya vereceğimiz yanıtlar bize Avrupa İnsan Hakları Sistemi'ni neden önemsedığımız ve neden desteklediğimiz konusunda yol gösterecektir.

Avrupa İnsan Hakları sisteminini nasıl değerlendirdiğimiz içerik açısından

* Londra Üniversitesi (UCL) Siyasal Bilgiler Fakültesi, Öğretim Üyesi. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Hukuku Uzmanı.

1 Kronolojik olarak Bkz Karar No 1, Roma Bakanlar Konferansı, 3-4 Kasım 2000; İnsan Hakları Koruma Sistemini Kuvvetlendirmek için kurulan Değerlendirme Grubunun CDDH-GDR (2001)010 sayılı, 15 Haziran 2001 tarihli faaliyet raporu; İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşmeye 14. Nolu Ek Protokol, 13.05.2004. Ayrıca bakınız, 12 Mayıs 2007 tarihli Bakanlar Komitesi Kararı ve Bakanlar Komitesinin 2004(6) sayılı ve 12 Mayıs 2004 tarihli İç Hukuk Yollarının İyileştirilmesine Dair Tavsiye.

olduğu kadar yöntemsel açıdan da önem taşıyor. Avrupa İnsan Hakları sisteminin reform tartışmalarında gündeme gelen modelleri değerlendirebilmek için bu sistemin hangi özelliklerinin ‘olmazsa olmaz’ ve varlığının temel unsurları olduğunu; hangi özelliklerinin yeniden düzenlenebilir olduğu konusunda fikir sahibi olmak gerekmektedir. Bir kuruma neden değer verdiğimizizi bilmek o kurumun otoritesinin kaynaklarını ve kimliğini anlamamız için gereklidir.² AİHM’in nasıl bir kurum olduğuna dair tartışmalar – örneğin 4. Derece mahkemesi mi, anayasa mahkemesi mi, melez bir mahkeme mi – Mahkemenin amaçlarını ve tarihini dikkate almalıdır. Reform tartışmalarını Mahkemenin amaçları ve kendine özgü özellikleri ekseninde ele almak başarılı reform kriterleri oluşturmamıza da yardımcı olacaktır.

Bu bildirinin devamında AİHM’nin amaçları ve kurumsal kimliği arasındaki ilişki iki ana başlık altında değerlendirilecektir. Birinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Sisteminin kendine özgü dört temel amacı olduğu öne sürülmektedir. Bu dört amaç: 1) Siyasi hesap verebilirlik, 2) Azınlıkta kalan görüş ve grupları koruma, 3) Reform tetikleme, 4) Birey odaklı korumadır. İkinci bölümde bu dört amacın Avrupa Konseyi Avrupa’sında AİHM’in kurumsal kimliğini tanımlamamıza nasıl yardımcı olduğu tartışılacaktır. Bu yazının temel yaklaşımı, AİHM’in, bir anayasa mahkemesi, dördüncü derece mahkemesi ya da melez mahkeme türü olarak değil kendine özgü özellikleri olan bir ‘ulusüstü insan hakları mahkemesi’ olarak tanımlanması gerektiğidir. Bildirinin sonuç bölümünde AİHM reform sürecinin –ve gelecekte gündeme gelebilecek reformların – AİHM’in amaçlarını özenle koruyarak ele alınması gerektiğinin altını çiziceğim. Bunun hem kavramsal olarak tutarlı hem de Mahkemenin itibarını koruyabilmesi için gerekli olduğunu savunmaya çalışacağım.

Dört Amaç Üzerinden Avrupa İnsan Hakları Sistemi

AİHM’nin Avrupa Konseyi üye devletler adına Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesini yorumlamakla yetkili olduğunu söylemek ne yeni ne de tartışmaya açık bir değerlendirme yapmak olur.³ Ancak bu Mahkemenin amacı değil, görevidir. AİHM’in amaçlarını belirlemek için Mahkemenin görevlerinin ne olduğunun tanımlanmasının ötesine geçmemiz gerekiyor. AİHM’in amacını tartışmak için Mahkemenin Sözleşmeyi nasıl yorumladığını değeren-

2 Bu tartışmayı reform süreçleri için genellememiz de mümkün. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Koruma Sistemlerinin reformu hakkında amaçtan uzaklaşma ile ilgili bir eleştiri için bkz. F. Hampson, ‘An Overview of the Reform of the United Nations Human Rights Machinery’ 2007, Human Rights Law Review 7.

3 Bkz, Belios/İsviçre (1988) ; Birleşik Komünist Partisi/Türkiye (1998).

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

dirmeliyiz. Bunun için yorumun neye hizmet ettiğini ve ne tür sonuçları ve yaklaşımları cesaretlendirdiğini ele almak yol gösterici olacaktır. Belirlenen dört temel amacı bu çerçevede düşünmek gerekir.

Hesap Verirlik

AIHM'in AIHS yorumunun en temel amaçlarından biri Avrupa Konseyine üye devletler ile Mahkeme arasında bir hesap verirlik ilişkisi kurmaktır. AIHM 1960'dan beri (diğer bir deyişle Lawless – İrlanda davasından itibaren), devletlerin yasama, yürütme ve yargı organlarının insan hakları alanında yaptıkları tasarruflar konusunda hesap verdikleri bir kurum niteliğini kazanmıştır. Bu hesap verirlik ilişkisi insan hakları hukukunun, bireylerin devletler tarafından görüldüğü muamele konusunda standart koyucu fonksiyonundan kaynaklanmaktadır. Uluslararası insan hakları, hukuki ve kurumsal boyutu ile devletlerin kendi başarılarını (performanslarını) kendilerinin değerlendirdikleri bir alan olarak gelişmemiştir. Tarihi açıdan baktığımızda, Avrupa İnsan Hakları Sisteminin de dahil olduğu uluslararası insan hakları kurumsallaşması, devletlerin yaygın ve sistematik insan hakları ihallerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Uluslararası insan hakları sistemleri, devletlerin egemenlik yetkilerinin kullanılmasına sınır getiren kurumlar olarak devletlerin kamu gücünü kullanırken sahip oldukları takdir alanını denetler. Uluslararası insan hakları mahkemeleri, demokratik süreçleri takiben bir toplumun kendi adına karar verebilme hakkına saygı duymaktadır. Ancak, bireylerin -çoğu zaman çoğunluğun talepleri, önyargıları ya da ilgisizliği yüzünden - tehlike altında olan insan haklarının korunması için bir denetim görevi yapmaktadır.

AIHM'nin denetim yetkisini bireylerin başvuruları ile kullanması hem AIHM'in hem de diğer günümüz uluslararası insan hakları sistemlerinin (Amerika İnsan Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan ve Halk Hakları Mahkemesi gibi) çok önemli bir özelliğidir. 1950'de Sözleşme ilk imzalandığında tarafların bireysel başvuruya özel bir vurgu yapmadığını görüyoruz. Ancak Komisyon ve Mahkeme sisteminin 1970lerde ve 1980lerde aktif olarak çalışmasını takiben bireysel başvuru, uluslararası insan hakları sisteminin uygulamasında çok temel bir yere sahip olmuştur. Bunun en önemli sebeplerinden biri bireysel başvurunun devletlerin tasarruflarının kendi kontrolleri dışında denetime tutulmasını sağlamasıdır. AIHM özelinde yaşadıkları ülkelerdeki siyasi ve hukuki mücadelelerinde başarısız olan birey ve gruplar taleplerini devlet politikalarından bağımsız bir kurum önünde tekrar dile getirebilmektedirler. Başvuruların beş altı yıl gibi çok uzun zaman geçtikten sonra sonuçlanması dahi bireysel başvuru hakkının

bir kurumsal uygulama olarak önemini azaltmamaktadır. Bireylerin devletlerin karşısında çıkabilmesi AİHM'in hesap verilirlik amacıyla çok temel bir rol oynamaktadır.

AİHM'in Sözleşme yorumu yukarıdaki sebeplerden dolayı kendine özgü bir hesap verilirlik ilişkisi kurmaktadır. AİHM'nin insan hakları hesap verilirliğini sağlamak için bireylerin şikayetlerini takiben devletleri sorgulama, onlardan bilgi ve belge isteme ve onların aleyhinde hükmetme hakkı vardır. Bu yolla devletlerin siyasi ve hukuki yetki üzerinde kurdukları tekelleri (monopolisi) ortadan kalkmakta ve devletler kendilerinden öte bir kurum tarafından insan hakları konusunda hesap vermektedirler.

Azınlık Görüşlerinin Çoğunluk Karşısında Korunması

Toplumların işleyişleri hakkındaki sosyolojik çalışmalar toplumun üyelerine eşit değer verme ve saygı duyma alanında uygulamaların ideallerin uzağında olduğunu göstermektedir. Çoğunluklar, kendileri gibi yaşamayan ya da düşünmeyen azınlık gruplarını ve üyelerini dikkate almama, mağdur etme, dışlama ve cezalandırma eğilimleri taşımaktadır. Kimlerin azınlıkta kaldığı sorusu durağan değildir ve azınlıkta kalma durumu farklı toplumlarda farklı dinamiklerle ortaya çıkmaktadır.⁴ AİHM'in içtihadı grupların ve bireylerin çoğunluk karşısında farklı ve sürekli değişen kriterler üzerinden azınlıkta kaldığına işaret etmektedir. Bu kriterlerin başında toplumsal cinsiyet, etnik kimlik, dini inançlar, yurttaşlık, yaşam tarzı, siyasi görüşler ve bunların farklı kombinasyonları gelmektedir.⁵

AİHM'nin amaçlarından biri çoğunluğun tahammülsüzlüğü ve çoğunluk tercihleri karşısında azınlıkta kalan bireylerin haklarını devlet aygıtlarından bağımsız bir kurum olarak korumaktır. Mahkeme üye devletlerde ve Avrupa'da sürekli değişen siyasi ve sosyal iklimi yakından takip etmeli ve devletlerin çoğunluk tercihleri lehine kamu gücünü nasıl kullandığına hassas olmalıdır. AİHM'in devletlerin tasarrufları çerçevesinde hem doğrudan tasarrufları hem de ihmalleri ele alması (negatif ve pozitif yükümlülükler doktrinleri) bu amacın bir yansımasıdır. AİHM devletlerden azınlıkta kalanların çoğunluk baskısından hem korunmasını ve kollanmasını hem de bireylerin kamu yaşamını tehdit etmeyen tercihlerine

4 Burada 'azınlıkta kalma' kavramını uluslararası hukukta kullanılan 'azınlık' ya da 'azınlık hakları' kavramından ayırt ederek kullanıyorum. Azınlık kavramı bir grubu önceden belirlenen bir takım özellikler üzerinden çoğunluktan farklı tutarken 'azınlıkta kalma' her hangi bir yer ve zamanda çoğunluğa ters düşen fikir ve hayat seçimleri anlamında kullanılmaktadır.

5 Bkz Abdulaziz Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık (1985); Norris/İrlanda (1988); Chahal/Birleşik Krallık (1997); Vogt /Almanya. (1996); Slivenko/Latvia (2003) ; Hasan ve Çavuş/Bulgaristan (2002) ; İskeçe Türk Birliği/Yunanistan (2008).

müdahale edilmemesini istemektedir.

Yukarıda ana hatlarını çizmeye çalıştığım bu amacın hemen hemen her mahkeme için aynı olduğu düşünülebilir. İnsan hakları hukukunun yalnızca Strazburg Mahkemesi tarafından uygulanan bir hukuk alanı olmadığını göz önüne alırsak, bu gözlem doğrudur da. AİHM'in azınlıkta kalanları korumadaki artı değeri insan hakları alanında uzmanlaşmış olmasından, iç hukuktaki düzenlemelerle bağlı olmamasından (otonom ya da bağımsız kavramlar doktrini) ve iç hukukta ve siyasette aşırı duygu ve çatışma yüklü tartışmalardan bir nebze uzak olmasından kaynaklanmaktadır. AİHM'nin tek görevi önüne gelen bir davadaki insan hakları hukuku unsurlarını belirlemek ve değerlendirmektir. İnsan haklarının hukuksal korunması ötesinde başka bir amaca sadakati yoktur. Bu özellikler AİHM'i iç hukuk mahkemelerinden ayırt etmemizi sağlamaktadır. İç hukuk mahkemelerinin insan haklarını koruma dışında da, örneğin kamu gücünü kullanmak, kamu yararını gözetmek görevleri vardır ve bu görevler kimi durumlarda insan hakları korumaları ile yarışabilir. İç hukuk mahkemeleri ayrıca iç hukuk düzenlemeleri ile bağlıdır ve hem uluslararası hukuku hem de iç hukuku yorumlamak zorunda olduklarından insan hakları hukuku konusunda AİHM'den daha farklı yorumlara ulaşabilirler. AİHM, iç hukuk yargıçlarının etkilenebileceği hukuki ve siyasi baskılara da tabi değildir. Bu elbette AİHM yargıçlarının siyasi baskı altında olmadıkları anlamına gelmez. Ancak bu baskı iç hukuktakinden nitelik olarak farklıdır. Strasbourg hakimleri 47 ülkeden herhangi birinde popüler desteğe sahip uygulamalardan konum itibarı ile uzaktır. İşte AİHM bu nedenlerden dolayı bir siyasi barometre görevi görmektedir. Üye ülkelerde tehlikeli boyutlara yükselen populizm, derin önyargı, tepkici ve saldırgan tutumlardan azınlıkta kalan bireyleri korumak konusunda çok iyi bir konumdadır. Devletlerin kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu ahlakını korumak amaçlı uygulamaya koyduğu aşırı politikalar da Mahkeme tarafından insan hakları hukuku süzgecinden geçirilmektedir.⁶

Reform Tetikleme

AİHM'nin kurumsal tarihine baktığımızda Mahkeme'nin zaman içinde Avrupa Konseyi üye devletlerde siyasi, idari ve hukuki reform tetikleyici bir rol oynadığını görüyoruz. İlk bakışta reformların bir amaç değil, sonuç olduğu düşünülebilir. Bir bakıma AİHM ihlal kararları reformlara yol açtığı için bu doğrudur da. Ancak Sözleşmeyi yorumlama sürecinde AİHM, insan hakları standartları

6 Örneğin, İngiltere'de 2001'den sonra terörle mücadele kapsamında yapılan gözaltı yasaları: A ve diğerleri/Birleşik Krallık (2009).

ve devletlerdeki mevcut siyasi, hukuki ve idari uygulamalar arasındaki mesafeyi daraltan bir tutum takınmış ve insan haklarını kamu gücünü kullananların somut olarak uygulayabilecekleri bir kamu politikası pratiğine çevirmiştir. Standartlara uygunluk denetimi sırasında somutlaşan reformlar hem içerik hem de şekilden üye devlet tasarruflarını etkilemektedir. Mahkeme, örneğin, üye devletlerden AİHS'e içerikten net bir şekilde aykırı olan kanun maddelerinin değiştirilmesini istemektedir.⁷ Aynı zamanda kamu gücünün uygulanış tarzlarında da değişiklik ve iyileştirme talep etmektedir. Polisin ve savcılarının soruşturmaları nasıl yapmaları gerektiği⁸, güvenlik güçleri operasyonlarının planlanmasında dikkate alınması gereken unsurlar⁹, gözaltı tutanaklarını saklama yöntemleri¹⁰, duruşmaların görülmesinde tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerinin nasıl korunacağı ve mahkemelerin üye yapısı¹¹; belediyelerin ve yerel yönetimlerin insan hakları sorumlulukları,¹² iltica talebinde bulunanların muamelesi ve hukuki hakları¹³ gibi idari ve hukuki uygulama ile ilgili konular da AİHM'nin ihlal kararlarında etkili uygulama ve prosedür eksikliklerine örnek teşkil etmektedir.

Reform tetikleme amacının yapısal bir karakteri olduğunu ve temel olarak insan hakları korumasında birincil derecede önemli kurumların devletlerin kendi kurumları olduğu inancına dayandığını gözlüyoruz. AİHM'nin kuruluş özellikleri itibari ile zaten bu reformları kendisinin yapabileceği yetkileri ve kaynakları yoktur ve reformların nasıl yapıldığı konusunda asıl olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin takibine ve diplomatik baskısına dayanmaktadır.¹⁴ İşte tam da bu nedenle AİHM'i reform planlayan ya da empoze eden bir kurum yerine reform tetikleyen bir kurum olarak nitelemek daha yerinde olacaktır. AİHM'in kararlarının nasıl yerine getirildiği ile ilgili bir takip sorumluluğu yoktur.¹⁵ Ancak, reform taleplerinin göz ardı edildiği durumlarda mağdur olmaya devam eden bireyler, taraf devletlerde etkili bir başvuru yolu bulamazlarsa AİHM'e tekrar şikayet edebilmektedirler.

7 Bkz. Dudgeon/Birleşik Krallık (1981) ; Tekeli/Türkiye (2004)

8 Menteş/Türkiye (1998)

9 McCann/Birleşik Krallık (1996); Erdoğan – Türkiye (2006)

10 Timurtaş/Türkiye (2001)

11 Şaday/Türkiye (2006)

12 Önerıldız/Türkiye (2002)

13 Mamatkulov ve Askarov/Türkiye (2005);

14 Bkz Bakanlar Komitesinin 12 Mayıs 2004 tarihli kararı.

15 Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi arasında bu açıdan çarpıcı farklılıklar görüyoruz. Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi hem liste olarak devletlere ne tür reformlar yapmaları gerektiğini söylemekte hem de reform sürecini bizzat takip etmekte ve Amerikan Devletleri Örgütüne bu konuda yıllık raporlar sunmaktadır.

AİHM'in reform tetkileme amacı kamu politikalarına insan haklarının korunması yönünden bakmayı sağlamakta ve insan haklarına dayalı yönetim, yargı ve yasama anlayışının somut olaylar, temalar ve ödevlerle içini doldurmaktadır. Reform tetkileme ile hesap veriliğin merkezinde oturan bireysel başvuru arasında çok önemli bir ilişki olduğuna da değinelim. AİHM kararlarında reform için belirleyici öncelikler devletler tarafından değil başvuru sahipleri tarafından belirlenmektedir. AİHM kararları ise başvuru sahipleri tarafından belirlenen bu alanda insan hakları hukuku açısından hangi eksikliklerin olduğuna işaret etmektedir. İngiltere'de hapisane yönetimi ve tutukluların muamelesi alanındaki tüm reformların arkasında bir AİHM kararının olması bu yönden çarpıcı bir örnektir.¹⁶ Hapishanelerin ve tutuklu haklarının seçilmişlerin gündeminde olmaması bir bakıma AİHM'e yapılan bireysel başvurularla dengelenmiştir.

Birey odaklı koruma

AİHM'in dördüncü kendine has amacı hak sahiplerini yurttaş olarak değil birey olarak tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Birey kategorisi yurttaş olma statüsünden bağımsızdır. AİHS haklarından yararlanmak için herhangi bir siyasi topluluğa üyelik ya da sadakat gerekmemektedir. Bireyler bir Avrupa Konseyi ülkesinin yetki alanı içinde oldukları için hak talep etmektedirler. Birey odaklı koruma, AİHM'nin bir ülkenin yurttaşı olmayan ancak o ülkenin yetkisi altında olan kişilerin korumasını da sağlamaktadır. Yabancılar, göçmen işçiler, mülteciler, mültecilik talep edenler AİHM'nin koruma alanına girmektedir. Bireylerin ülkelerden sınır dışı edilme kararları da AİHM'nin önemli bir uzmanlık alanıdır.¹⁷ AİHM birey odaklı koruma sağlayarak devletlerin kendi yurttaşı olmayan bireyler üzerindeki tasarruflarını da bir norma kavuşturmaya çaba harcamaktadır.

Birey odaklı koruma, bir devletin ülkesi dışında, ancak yetkisi altında yaptığı tasarrufları da içine alacak şekilde genişlemiştir. Bu anlayışın en önemli sonuçlarından biri toprak odaklı devlet anlayışının erimesi ve devlet erkinin ülke sınırları ötesinde kullanılmasının insan hakları hukuku açısından tartışmaya açılmasıdır.¹⁸ Birleşik Krallığın Irak'ı işgalini takiben Irak yurttaşlarının İngiliz Mahkemelerine açtıkları AİHS ihali davalarının İngiliz mahkemelerince kabul edilmesi bunun en çarpıcı örneklerindendir.¹⁹

16 Bkz, Jordan/Birleşik Krallık (2001); Edwards/Birleşik Krallık (2002)

17 Bkz, Chalal/Birleşik Krallık, Saadi/İtalya ve diğerleri, Selmouni/Fransa (1998), Ahmed/Avusturya (1996) ; Samayev ve diğerleri -Gürcistan ve Rusya (2005)

18 Issa/Türkiye (2005); Ilascu/Moldova ve Rusya (2005)

19 Baha Mousa/Birleşik Krallık Savunma Bakanlığı (2007); Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık Savunma Bakanlığı (2007).

Birey odaklı insan hakları korumasının AİHM'nin temel amaçlarından biri olması, devletlerin görevlerinin yeniden tanınmasına ve insan hakları temelli ödevlerin alanının genişlemesine yol açmıştır. İnsan haklarının devletlere tüm bireylere yönelik olarak ödevler yüklediği anlayışı Avrupa genelinde ilk defa AİHM tarafından uygulamaya konmuştur. AİHM bu ilkeyi teorik olmaktan çıkarmış ve yurttaşlık korumalarından yararlanamayan bireyler için etkili bir başvuru kapısı haline getirmiştir. Yine, iç hukuk mahkemelerinin de bu konuda ödevleri olduğu söylenebilir. Ancak Strazburg Mahkemesi bu alanda önderdir ve kararlarını tüm üye ülkelerin yurttaşlık ve yabancıların statülerini düzenleyen kanunlarından bağımsız olarak vermek gibi bir hukuki üstünlüğe sahiptir. AİHM'nin bireye vurgu yapan içtihadı bu mahkemeyi iç hukuk mahkemelerine örnek kılmaktadır. Birey odaklı koruma alanında AİHM reform tetikleyen, yurttaş omlayanlara yönelik olarak kamu gücünün kullanılmasında yaklaşım belirleyen bir rol oynamaktadır.

Bu dört amaç –hesap verirlilik, azınlıkta kalan görüş ve kişilerin korunması, reform tetikleme ve birey odaklı koruma – Avrupa İnsan Hakları sisteminin artı değerini ortaya çıkarmakta ve AİHM'i diğer uluslararası ve ulusal kurumlardan farklı kılmaktadır. İşte bu sebeple reform tartışmaları sırasında bu amaçları kolayıcı bir tavır geliştirmek gerekir. Ancak, AİHM'nin bu amaçları yerine getirmede ne kadar başarılı olduğunun ayrı bir tartışma olduğunu da burada not düşmeliyiz. Mahkemenin uygulamalarında tutarsızlıklar bulmak da pek çoğumuzun bildiği gibi çok zor değil. Bu tür eleştiriler AİHM'in egemen devletler üzerine oturan uluslararası sistemde insan hakları korumasına kattığı artı değeri nedir sorusuna amaçları çerçevesinde verdiğimiz yanıtın başarısını azaltmaktadır. AİHM bu amaçların yerine getirilmesinde Avrupa Konseyi nezdindeki temel kurum olma niteliğini devam ettirmektedir.

AİHM'nin Kurumsal Kimliği Nedir, Reform Tartışmaları Kapsamında Nasıl Tanımlanmalıdır?

AİHM'nin ne menem bir kurum olduğu, nasıl adlandırılması gerektiği reform tartışmaları sırasında hatırı sayılır bir yer tuttu.²⁰ Bu tartışma en iyi şöyle bir yöntemsel tercihle açıklanabilir: Eger önce AİHM'nin ne tip bir kurum olduğunu tanımlarsak, bu kurumun özelliklerini göz önüne alarak AİHM reformunu daha tutarlı bir şekilde tartışabiliriz. Bu bildiride ben AİHM'nin kurumsal kimliğini belirlemek için daha farklı bir yöntem öneriyor ve izliyorum: AİHM'nin kimliğini

20 Örneğin, bkz Steven Green'in bu derlemedeki bildirisi: 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçin Anayasal Bir geleceğe Doğru'

kurumun amaçları ışığında ortaya çıkarmalıyız.

Birinci bölümde yaptığım tartışma AİHM'in ne olmadığı konusuna ışık tutuyor. AİHM'i öncelikle bir anayasa mahkemesi olarak düşünmemiz zor. Mahkeme ile ilgili akademik literatür Mahkemenin bazı kararlarında 'Avrupa kamu düzenini'²¹ koruduğunu söylemesinden yola çıkarak AİHM'in bir anayasa mahkemesi gibi görev yaptığını tartışıyor. Ancak Mahkeme'nin Avrupa Konseyi adına AİHS'i yorumlaması ne bu Sözleşmenin Anayasal bir belge olduğunun işareti ne de Mahkeme'nin bir anayasa mahkemesi olduğunun. Bunun kanımca en önemli sebebi AİHM ile Sözleşmeye taraf devletlerin siyasi ve hukuki sistemleri arasında hiyerarşik bir ilişki olmamasına dayanıyor. Örneğin, Türkiye, Bulgaristan, Almanya, Fransa Anayasaları gibi birçok taraf devletin anayasası uluslararası sözleşmelerin Anayasa'nın üstünde olabileceğini kabul etmiyor. Alman Anayasa Mahkemesi 2004'te verdiği bir kararda Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasında bir anlaşmazlık çıkması durumunda Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı takip etmekle sorumlu olduğuna hükmetti. Bu örneklerin anlamı ise AİHM'in yapısal konum itibarı ile haklar alanında ulaşılabilecek en yüksek standartları belirleyen bir kurum olmak yerine tüm üye devletlerde kabul görecektir 'asgari standartları' koyan bir mahkeme olarak işlemesidir. Taraf devletlerin Avrupa İnsan Hakları sisteminden çıkmaları ya da Avrupa Konseyi'nden ihraç edilmeleri de mümkündür. Anayasa Mahkemeleri ise siyasi bir topluluk için seçimlik bir kurum değildir. Devletlerde iç hukukun her alanında gözetici ve hukuk devletini koruyucu temel bir rol oynamaktadırlar. Devletler, AİHM'i Avrupa İnsan Hakları sisteminin bir parçası oldukları için ve AİHM'i topluca meşru gördükleri için AİHM ve iç hukuk kurumları arasında karşılıklı bir anlayış ilişkisi içinde AİHM kararlarını uygulamaktadırlar. AİHM'in, diğer tüm uluslararası hukuk kurumları ile benzer olarak kararlarını uygulatma gücü ve yetkisi yoktur. Mahkemenin ihlal kararı verdiği davalarda dahi devletlere ihlal kararının gereği olarak ne yapacakları ile ilgili bir manevra alanı bırakılmaktadır. Başvuruculara maddi ya da manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi bu açıdan AİHM kararların uygulanma sürecinin yalnızca başlangıcıdır.

AİHM'nin yetkisinin meşruiyeti, insan hakları alanında tüm devletlerle eşit mesafede kurduğu hesap verirlilik ilişkisine dayanmaktadır. Mahkeme'nin kararları ne zorla uygulanmaktadır ne de devletler yalnızca işlerine gelen kararları uygulayan bir tutum içindedirler. Mahkeme'nin kararlarının uygulanmasındaki başarıyı AİHM'in genel olarak meşru görülmesi ile açıklamak daha akla yakın

21 Birleşik Komünist Partisi – Türkiye (1998)

görülmektedir. Bütün bu söylediklerim AİHM'in norm koyucu nitelikleri olmadığı anlamına gelmiyor. Ancak, AİHM'in norm koyucu niteliklerinin anayasa mahkemelerinden ve yüksek mahkemelerden kaynak, işleyiş ve uygulama açısından daha farklı olduğuna işaret ediyor. AİHM'in yasa iptal edici yetkilerinin olmaması ancak yasaların değiştirilmesi gerektiği ile ilgili normatif sebepleri ortaya çıkarması, ancak aynı zamanda mahkemeye başvuran birey açısından somut sonuç doğurucu kararlar alabilmesi bu nitelik farkını açıkça ortaya koyuyor.

Özet olarak AİHM Anayasa mahkemelerinden hem alan açısından hem yetki açısından hem de meşruiyetinin kaynağı açısından daha dar kapsamlı ve uluslararası bir hukuki otorite temeline sahip. Bir anayasa mahkemesinin kararının uygulanmaması bir ülkede anayasal kriz çıkarabilecekken AİHM kararlarının derhal uygulanmaması bu tür bir uluslararası krize yol açmıyor. Bunun kayda değer sebeplerinden biri AİHM kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için yapılması gereken değişikliklerin her zaman çok siyah-beyaz olmamasındadır da. Bazen başvurucuya tazminat ödenmesi yeterli olabilir; bazen iç hukukta davanın yeniden görülmesi gerekebilir;²² bazen ise çok daha kapsamlı yönetmelik ve yasal düzenleme ya da siyasi tasarruf gerekebilir. Karmaşık ekonomik ya da teknik yönleri olan bir siyasi tasarrufun (sosyal barınma projeleri, emeklilik maaşı ile ilgili sosyal düzenlemeler, örneğin) iç kamuoyunda önceden enine boyuna tartışılması da gerekebilir.

İşte bu yukarıdaki tartışma ışığında AİHM'i uluslararası insan hakları mahkemeleri ve yarı-hukuki insan hakları komiteleri ile ortak noktaları olan ancak kendine özgü bir ulusüstü kurum olarak nitelememiz gerektiğini düşünüyorum. Kendine has bir kurum olduğunun altını çizmemin üç sebebi var: Birincisi, AİHM devlet aygıtının yetki ve otorite sisteminin hiyerarşik bir parçası olmaması; ikincisi Avrupa Konseyi devletleri için insan hakları alanında asgari norm koyucu yetkilere sahip olduğunun kabul edilmesi; üçüncüsü ise AİHM, devletleri insan hakları alanında bireylere karşı hesap verdiren ve denetleyen bir yapı olarak işlemesidir. Bu değerlendirme ışığında, AİHM bir anayasa mahkemesi midir sorusunun reform tartışmalarına yön verici olmadığı kanısındayım. Uluslararası kurumları devletler içinde oluşan siyasi ve hukuki kurumlarla karşılaştırmalı olarak değil kendilerine özel amaçları çerçevesinde tanımlamak bizi benzetme

22 İç hukukta hangi tür ihlallerden dolayı davaların yeniden görülmesi gerektiği de kendi başına netlik içermeyen bir konu. Örneğin adil yargılama hakkının ihlalinde davanın yeniden görülmesinde herkes hem fikir iken ifade özgürlüğü ihlalleri, ya da özel hayatın korunması hakkı ile ihlallerde davaların yeniden görülmesinin gerekip gerekmediği tartışma konusudur.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

hatalarından koruyacaktır. AİHM'in amaçları, Mahkemenin içtihatlarını, yapısını ve uluslararası insan hakları korumasının uygulama tarihçesinin iç mantığını ince elediğimizde ortaya çıkmaktadır.

Sonuç

2009 yılında 50. Yaşını kutlayan AİHM 10.000'den fazla davayı karara bağlayarak uluslararası mahkemeler uygulamasında tarihi bir başarıya ulaştı. AİHM'nin iş yükü sorunlarının yakın bir zamanda azalacağı ile ilgili herhangi bir umut görünmemektedir. Ancak mahkemenin iş yükü sorununu Mahkemenin amaçlarını gözardı ederek çözmeye çalışmak 'sorunu sırf çözmüş olmak için çözmek' anlamına gelmektedir. 14 Nolu Protokol ileriki tarihlerde yürürlüğe gillerse, yeni kabul edilebilirlik kriterleri dava sayısını düşürmek amaçlı değil, azınlıkta kalanı koruyucu, birey-odaklı korumayı güçlendirici ve esaslı iç hukuk ve siyaset reformlarını tetikleyici şekilde yorumlanmalıdır. Nihayetinde bir insan hakları mahkemesinin başarısı gördüğü dava sayısı ile değil, insan haklarının korumasına kattığı değerle ölçülecektir.

Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?

Kerem Altıparmak*

*Bırakın adalet yerini bulsun, isterse kıyamet kopsun***

1. AİHM’de İş Yükü: Bir Mühendislik Sorunu?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 1990ların başından itibaren zorunlu bir değişim sürecine girmiştir. Mahkemeye yapılan başvuru sayısının önlenemez artışı, başvuru sürecini değiştirecek esaslı önlemler alınmasını bir zorunluluk haline getirmiştir.¹ Bu yönde yapılan ilk önemli değişiklik olan 11. Protokolün yetersizliği çok kısa bir süre içerisinde açıklığa kavuşunca ikinci reform sürecini başlatmak zorunluluk haline gelmiştir.

İkinci reform sürecinin ana teması, birinci reform sürecinin de tetikleyicisi

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi.

** Freud

1 11. Protokol’ün yürürlüğe girdiği 1998 yılı ile 2000 yılları arasında, bir yıl içinde yapılan başvuru sayısı 18.200’den 30.200’e çıkmış, yıllık başvuru sayılarında iki kata yakın bir artış olmuştur. O tarihten bugüne, bu yükseliş durdurulamamıştır. 1 Aralık 2008 tarihi itibarıyla, AİHM’in önünde 96.500 dava bulunmaktadır. 2007’de 38.800 olan yargısal bir birime aktarılan başvuru sayısı, 2008’de 46.200’e ulaşmıştır. Bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/96960736-30E5-40DE-BC54-28F374A60C0B/0/Pending_applications_chart.pdf>; < <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/A63F2A14-2C68-41F3-BFEF-49D3BF9D8C63/0/Statistics2008.pdf>>

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

olan, verimlilik.² Verimliliği sağlamak için bulunan yöntemse gereksiz ve birbirini tekrar eden davaları ve Sözleşmeyle ilgisiz başvuruları ortadan kaldırıp, daha ciddi ve esaslı (kimilerine göre anayasal) nitelikteki davalara daha çok vakit ayırmaktır.³ Gerçekten de, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, AIHM'nin etkili işleyişini güvenceye almak için kurduğu Değerlendirme Grubu'na göre "hayati bir konu, yargıçların "anayasal kararlar" olarak adlandırılan kararlara ayıracak yeterli zamana sahip olmasının sağlanması olmalıdır". Gruba göre bu kararlar, insan hakları hukukunun önemli veya yeni ve karmaşık konularını içeren davalara ilişkin ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirilen, ilgili devlet açısından özel bir öneme sahip olan veya ciddi insan hakları ihlallerine ilişkin olup detaylı bir karar alma sürecini işletmeyi gerekli kılan kararlardır.⁴

İkinci reform sürecinin hemen tamamında, işte bu anayasal kararların verilmesinin önünde engel olan üç sorun tipinin altının ısrarla çizildiği görülmektedir. Bu sorunların birincisi, yüzde doksanların üzerinde olduğu saptanan kabul edilemezlik kararlarını daha hızlı verme ihtiyacıdır.⁵ İkinci temel sorun, birbirini tekrar eden, kopya davaları daha kolay ve hızlı bir şekilde sonuçlandırmanın yollarını bulmaktır.⁶ İkinci sorun tipinin, Mahkeme'nin esastan verdiği karar-

2 Verimlilik kavramının insan hakları alanında kullanılmasının eleştirisi için bkz. M. M Dembour, "Finishing off Cases: The Radical Solution to the Problem of the Expanding ECtHR Caseload" (2002) European Human Rights Law Review 604, 606.

3 Wildhaber, Opening Year Speech 2005, 7; Joshua L. Jackson (2006) "Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court" 39 Connecticut Law Review 759, 763. Aynı çizgide İnsan Hakları Koruma Mekanizmasını Güçlendirme İzleme Grubu (Bundan sonra İzleme Grubu) Reflection Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism (CDDH-GDR), Activity Report, CDDH-GDR (2001)010, 15 June 2001.

Bu saptamanın halen geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Örn. Akil Adamların görüşü bu yöndedir. Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 15 Kasım 2006 CM(2006)203, para. 29. Daha yeni bir metin için bkz. Akil Adamlar Grubu Başkanı Gil Carlos Rodríguez Iglesias (2007), Presentation of the Wise Persons' Report, Council of Europe, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg), s. 26, 27.

4 Evaluation Group Report to the Committee of Ministers on the ECtHR, 29 September 2001, para. 98. Bu görüşün daha sonra İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi tarafından da paylaşıldığı görülmektedir. Steering Committee for Human Rights, Impact Assessments of Some of the Reform Proposals Under Consideration, 12 March 2003, CDDH-GDR(2003)017, para. 24.

5 Bu oranın % 96'ya kadar çıktığı görülmektedir. Bkz. Reform of the European Human Rights System: Proceedings, of the High-level Seminar (2004), (Council of Europe: Oslo), s. 44

6 Position Paper of the ECtHR on Proposals for Reform of the ECHR and Other Measures as Set Out in the Report of the CDDH of 4 April 2003, 12 September 2003, CDDH-GDR(2003)024 para. 5; Vincenzo Starace (2006), "Modifications Provided by Protocol No. 14 concerning Proceedings before the European Court of Human Rights", 5 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 183, 186.

ların % 60'ını oluşturduğu belirtilmektedir.⁷ Bu kararların çok büyük bir kısmını adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde ve daha özel olarak makul sürede yargılanma kuralına aykırılık iddiaları oluşturmaktadır.⁸ Üçüncü sorun tipi ise, AİHM kararlarının uygulanmasının hızlandırılmasıdır. Hükümetlerin özellikle genel nitelikli önlemleri uygulamadaki yavaşlıkları yanında, kararların uygulanmasını denetlemekle görevli Bakanlar Komitesi'nin, kararların yorumlanmasına ilişkin sorunlarla sıklıkla karşılaştığı bilinmektedir.⁹ Kararlara ilişkin genel önlemlerin uygulanmasında yaşanan sorunlar, AİHM'nin önüne yeni başvurular şeklinde geri dönmektedir.

Şüphesiz ikinci reform sürecinin en önemli meyvesi AİHS denetim mekanizmasını değiştiren 14. Protokoldür.¹⁰ 14. Protokol, her üç sorun tipine ilişkin kurallar içermektedir. İlk soruna ilişkin olarak, 14. Protokolün 7. maddesi şu yeni yöntemi öngörmektedir:

"1- Yeniden incelemeye gerek olmaksızın karar alınabilecek hallerde, tek yargıç, 34'üncü maddeye uygun olarak Mahkeme'ye iletilen bir başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kayıttan düşürebilir"

Ayrıca Protokole göre, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esas hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması durumunda da kabul edilemezlik kararı verilebilecektir.¹¹

İkinci sorun tipi için ise 14. Protokol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesinde değişikliğe gitmektedir. Buna göre anılan maddenin b bendi şu şekilde değişmektedir: "b. davanın temelini teşkil eden sorun, Sözleşme veya Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına ilişkin ise, davayı kabuledilebilir bulabilir ve aynı anda davanın esasına ilişkin karar verebilir." Bu düzenlemeye göre, üç kişilik komitelerin kabul edilebilirlikle birlikte kopya davalarda esastan da karar

7 14. Protokol Gereççesi, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi tarafından 7 Nisan 2004 tarihinde kabul edilen metin), para. 7. (Bundan sonra "Explanatory Report")

8 Evaluation Group Report to the Committee of Ministers on the ECtHR, 29 September 2001, para. 27.

9 Konuya ilişkin Venedik Komisyonu'nun şu raporuna bakılabilir: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights, para. 76, Op. No. 209/2002, CDL-AD (2002)034 (Dec. 18, 2002).

10 İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokol. RG: 8 Ağustos 2006, S. 26253.

11 Protokolün 12. maddesi, AİHS'nin 35. maddesinin b bendinin bu şekilde düzenlenmesini öngörmektedir.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

verebilmesi mümkün kılınmıştır. Bu şekilde, uygulamada giderek yaygınlaşan¹², kabul edilebilirlik kararıyla birlikte esastan karar verilmesi usulünün genel kural haline getirilmesi planlanmaktadır. Reform sürecinde en önemli rollerden birini oynayan Bakanlar Komitesi'ne bağlı İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi bu yeni sistemin iş yükünün azalmasına ciddi bir katkısı olacağını düşünmektedir.¹³

Üçüncü sorun tipine ilişkin olarak, 14. Protokol Bakanlar Komitesi'ne iki yeni yetki vermektedir. 14. Protokol'ün 16. maddesiyle, Sözleşme'nin 46. maddesi-ne şu kurallar eklenmektedir:

“3- Bakanlar Komitesi kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararının Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çoğunluğuyla verilmesi gerekir.

4- Bakanlar Komitesi bir Yüksek Akit Taraf'ın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliği ettikten sonra ve Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oy çokluğuyla aldıkları kararlar, ilgili tarafın 1. fıkrada öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir.”

Aşağıda görüleceği gibi reform sürecinin 14. Protokol dışındaki parçalarından biri olan pilot karar uygulaması da hem 2. hem de 3. sorun alanıyla yakından ilgilidir. AİHM'nin daha önce bir konuda verdiği bir karara ilişkin ulusal hukukta gerekli genel önlemler alınmadığı için Strazburg hukuku açısından nispeten önemsiz vakalar tekrar tekrar AİHM'nin önüne gelmektedir. Bakanlar Komitesi'nin, kararların uygulanmasını denetlemede önceliği pilot kararlara vermesi¹⁴ bu olgunun önünü kesmeyi amaçlamaktadır.

Ancak bilindiği gibi 14. Protokol Rusya'nın onaylamaması nedeniyle, beklenenin aksine halen yürürlüğe girmemiştir. Öte yandan, Protokol hakkında beklentisi en yüksek olanlar bile, Protokolün mevcut işyükü üzerinde en fazla % 20-25 azaltıcı bir etkisi olacağını düşünmektedirler.¹⁵ Bu nedenle, reformun

12 Esasen AİHS'nin 29. maddesinin 3. fıkrasına göre, kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin kararlar sadece istisnai durumlarda birlikte verilebilir. Ancak uygulamada bu tür kararların sayısı hızla artmaktadır. 14. Protokol bu yöntemi istisna olmaktan çıkarmaktadır. Explanatory Report, para. 73.

13 Steering Committee for Human Rights, Impact Assessments of Some of the Reform Proposals Under Consideration, 12 March 2003, CDDH-GDR(2003)017, at para. 11; Explanatory Report, para. 70.

14 Bkz. aşağıda dipnot 73 ve ilgili metin.

15 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından, Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları'nın 16-17.5.2005 tarihli toplantısında belirlediği Eylem Planı'na uygun olarak oluşturulan Akil Adamlar, 14. Protokolü çok yararlı bulmakla birlikte, etkisinin % 25'i geçmeyeceğini öngörmüşlerdir. I Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 15 November 2006

diğer ayaklarının da etkili bir şekilde işletilmesi zorunludur. Pilot kararlar, 14. Protokol dışında yer alan en önemli reform aracıdır ve belki de Mahkeme'nin yeni kimliğinin oluşmasında, tanımlanmasında en kilit rolü oynamaktadır.

Reform projesinin ilk ayağını oluşturan yeni kabul edilebilirlik şartı çok eleştirilmiş ama kopya dava ve pilot karar uygulaması ise hem anayasal adaleti hem de bireysel adalet modelini savunanlar tarafından (bazı çekincelerle birlikte) onay almıştır. Değerlendirme grubu, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi¹⁶, akıl adamlar¹⁷, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri¹⁸ ve Mahkemenin kendisi¹⁹ yanında akademisyenler²⁰ ve uluslararası HDÖler²¹ pilot karar uygulamasına genelde olumlu bakmışlardır. Bununla birlikte, sistem sorunlardan bağımsız değil. Aşağıda önce kopya dava ve pilot karar yöntemlerinin hukuksal dayanaklarını değerlendirip, yapısal özellikleri gösterilecektir. İzleyen bölümde farklı kopya dava tipleri incelenecek ve bu tiplere ilişkin ortak bir rejim oluşturma çalışmalarının yerindeliği tartışılacaktır. İncelememiz, daha çok dava bitirme adına pilot karar uygulamasında temel ilkelerin göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır. Bu

CM(2006)203 15 Kasım 2006, para. 32. Aynı yönde, AIHM Başkanı Jean-Paul Costa (2007), Comments on the Wise Persons' Report from the perspective of the European Court of Human Rights, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg), s. 34, 36.

- 16 CDDH-GDR(2001)010, Reflection Group on the Reinforcement of the Human Rights Protection Mechanism (CDDH-GDR), Activity Report, Strasbourg, 15 June 2001, para. 6. CM(2002)146 18 October 2002, Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights"; Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights, Final report containing proposals of the CDDH (adopted by the CDDH on 4 April 2003) CM(2003)55 - 8 April 2003.
- 17 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 15 Kasım 2006 CM(2006)203, para. 105. Ayrıca AIHM'nin çalışma metodlarını incelemek üzere görevlendirilen Lord Woolf da pilot karar uygulamasını güçlü bir şekilde desteklemektedir. The Right Honourable Lord Woolf (2005), Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, s. 40.
- 18 Terry Davis (2007), "Some Starting Points for Our Reflection on the Future of the Court", Council of Europe, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg) 9, 12
- 19 Mahkeme pilot karar yönteminin Sözleşmeye eklenmesini önermektedir, bkz. Opinion of the Court on the Wise Persons' Report (as adopted by the Plenary Court on 2 April 2007), s. 5; Position Paper of the Court, 26 September 2003, paras. 13-15.
- 20 Alastair Mowbray (2006), "Military Judges and the Right to a Fair Trial", 6 Human Rights Law Review 1, 176. 180-181. Pilot karar yöntemine anayasal adaletçiler kadar kişisel adaletçiler de taraftır. M. M Dembour (2002), "Finishing off Cases: The Radical Solution to the Problem of the Expanding ECtHR Caseload" 5 European Human Rights Law Review 604; Joshua L. Jackson (2006) "Broniowski v. Poland: A Recipe for Increased Legitimacy of the European Court of Human Rights as a Supranational Constitutional Court" 39 Connecticut Law Review 759; P. Leach (2005), "Beyond the Bug River- A New Dawn for Redress Before the European Court of Human Rights" 10 European Human Rights Law Review 148.
- 21 Amnesty International's Comments on the Interim Activity Report: Guaranteeing the Long- Term Effectiveness of the European Court of Human Rights, AI Index: IOR 61/005/2004, para. 4.

uygulamanın tipik bir örneği olan köy boşaltma davaları daha önce geliştirilen teorik çerçeve ışığında son bölümde incelenecektir. Bu yöntemin, reform sürecinin temel felsefesini de ortaya çıkaracağı düşünülmektedir.

2. Pilot Kararlar: Hukusal Dayanakları

Pilot karar kavramı, reform sürecinde geliştirilmekle birlikte 14. Protokolde yer almamıştır. Ama Protokol yürürlüğe girmeden pilot dava uygulaması devreye girmiş ve Mahkeme pilot kararlar sonrasında kopya davaları iç hukuka yollamaya başlamıştır. 14. Protokol kopya davalar için yeni bir usul düzenlemekle birlikte, pilot karar yönteminin de Protokol yürürlüğe girdikten sonra uygulanmaya devam edeceği öngörülmektedir. 28. maddedeki değişikliğin pilot karar uygulamasına uygun olmayan diğer başvurular için kullanılacağını düşünen AİHM'ye göre iki yöntem birbirini tamamlamaktadır.²² İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi de her iki yöntemi ayrı ayrı saymış²³, Akil Adamlar da 14. Protokole rağmen pilot karar uygulamasının devamını savunmuşlardır. Bakanlar Komitesi'nin 14. Protokolün uygulaması için kabul ettiği Kararların ve Dostane Çözüm Koşullarının İcrasının Denetimi Hakkında Kurallar²⁴ da, 3. Kuralında Res(2004)3 sayılı kararda belirtilen sistemik ihlallere yönelik AİHM kararlarının icrasının denetimine öncelik verileceğini belirterek, pilot karar uygulamasının 14. Protokol yürürlüğe girdikten sonra da devam edeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Mahkemenin pilot karar vermesi önerisi 46. maddeye atıfla ilk kez Değerlendirme Grubu tarafından dile getirilmiştir. Bu öneride Bakanlar Komitesi'nin bu kararların uygulanmasına öncelik vermesi ve bu arada kopya davaların dondurulup, durumlarının düzenli bir şekilde incelenmesi tavsiye edilmektedir.²⁵ Pilot dava yöntemi bugünkü haliyle açık bir şekilde İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi tarafından da önerilmiştir.²⁶ Ama aynı rapor, bazı uzmanların pilot

22 Position Paper of the ECtHR on Proposals for Reform of the ECHR and Other Measures as Set Out in the Report of the CDDH of 4 April 2003, 12 September 2003, CDDH-GDR(2003)024, para. 45; Luzius Wildhaber, President of the European Court of Human Rights: Consequences for the European Court of Human Rights of Protocol No. 14 and the Resolution on judgments revealing an underlying systemic problem – Practical steps of implementation and challenges, Reform of the European human rights system Proceedings of the high-level seminar, Oslo, 18 October 2004, Directorate General of Human Rights Council of Europe 2004, p. 28.

23 M(2002)146 18 October 2002, Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights"

24 Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. 10 Mayıs 2006 ve 964 sayılı toplantıda kabul edilmiştir.

25 Evaluation Group, para. 33 ve para. 51

26 M(2002)146 18 October 2002, Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guarante-

dava yönteminin uygulamaya koyulabilmesi için yeni bir Protokol yapılmasını önerdiğini de göstermektedir.²⁷ AİHM de konuyla ilgili değerlendirmelerinde, bu yönde bir yetkinin Protokolle verilmesini istemiştir.²⁸ Ancak Bakanlar Komitesi, pilot karar yönteminin 14. Protokolde yer almaksızın tavsiye kararlarıyla çözümlenebileceğini kabul etmiştir.²⁹

Bu gelişmeler sonrasında 14. Protokolde düzenlenmeyen pilot karar yöntemi³⁰, Bakanlar Komitesi'nin iki kararına dayanarak hayata geçirilmiştir. Bakanlar Komitesi, DH Res (2004)3 sayılı "Sistemik bir sorunu ortaya koyan kararlar" hakkında hazırladığı kararında³¹, AİHM'i "özellikle bu durum çok sayıda başvuru yapılmasına neden olaksa devletlere uygun çözüm bulma yolunda ve Bakanlar Komitesi'ne kararların uygulanmasını denetlemede yardımcı olmak amacıyla, sistemik bir sorun ve bu sorunun nedenleri olduğunu düşündüğü durumları tespit etmeye" davet etmiştir. DH Rec (2004)6 sayılı "iç hukuk yollarının geliştirilmesine ilişkin" karar³² ise taraf devletlerin, bir kararın ulusal hukukta veya uygulamada yapısal veya genel eksikliklere işaret ettiğinde ve bu konuda Mahkeme önünde çok sayıda dava devam etmesi ve başvurulması ihtimali bulunması halinde hem potansiyel başvuru sahiplerinin hem de aktüel başvuru sahiplerinin kullanabileceği etkili bir iç hukuk yolu sağlamaları gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre böylece hem ikincilik (*subsidiarity*) ilkesine uyulmuş olacak hem de mahkemenin iş yükü sorunu çözülmüş olacaktır.

Tavsiye kararlarının hukuki dayanağı olarak Sözleşme'nin 46. maddesi gösterilmektedir.³³ 46. maddenin 2. fıkrası uyarınca Sözleşme'nin uygulanmasını Bakanlar Komitesi denetleyecektir. Bakanlar Komitesi'nin, "AİHS 46.

eing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights", para. 16.

27 Aynı yerde, para. 44 (j).

28 Position Paper of the ECtHR on Proposals for Reform of the ECHR and Other Measures as Set Out in the Report of the CDDH of 4 April 2003, 12 September 2003, CDDH-GDR(2003)024, para. 43-46.

29 Yargıç Zagrebelsky, Hutten-Czapska kararında, 14. Protokolde, Mahkeme'nin önerisinin kabul edilmiş olmasının pilot davaların meşruluğunu sorgulamaya açtığını belirtmektedir. Hutten-Czapska/Polonya, 19.6. 2006, No. 35014/97.

30 Bununla birlikte, 14. Protokolün gerekçesinde, Mahkeme'nin çok sayıda kopya dava türetmeye müsait yapısal sorunlara ilişkin öncelik verecek bir usul geliştirmesinin faydasına dikkat çekilmiştir. Explanatory Report, para. 16.

31 Resolution Res (2004) 3 on judgments revealing an underlying systemic problem. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. M. Semih Gemalmaz (2006), Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 799.

32 Recommendation Rec (2004) 6 of the Committee of Ministers to member States on the improvement of domestic remedies.

33 "Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler."

maddenin 2. fıkrası Hükümünün Uygulanması için Kabul Edilen Kurallar”ının³⁴ 3. maddesine göre, Bakanlar Komitesi sadece Mahkeme tarafından hükmedilen adil tazminatın ödenip ödenmediğine değil ve fakat aynı zamanda ihlalin sona ermesini sağlamak ve zarar göreni mümkün olduğu ölçüde Sözleşme ihlali gerçekleşmeden önceki durumuna kavuşturmak için gerekli önlemleri alıp almadığını denetleyecektir. Aynı kurala göre, Komite, tespit edilen ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlaller gerçekleşmesini engellemek ya da devam etmekte olan ihlalleri önlemek için genel önlemler alınıp alınmadığını da denetleyecektir. İşte Mahkeme’nin vereceği pilot kararlar, Komite’ye ve ilgili devlete bu son konuda yol gösterecektir.

3. Pilot Karar Kavramı

3.1 Pilot Kararların Yapısal Niteliği: Etkinlik mi, Adalet mi?

Sözleşme metni değişmeden, Bakanlar Komitesi’ne bu türden geniş yetkiler verilmesinin doğruluğu ancak pilot kararların yapısal niteliğinin incelenmesiyle saptanabilir. AİHM’nin pilot kararları, kararların ana dayanağının iş yükü olduğunu göstermektedir. Bakanlar Komitesi kararlarına ilk defa atıf yapılan Broniowski kararında, Mahkeme’nin artan iş yüküne vurgu yapılmış, yapısal ve sistemik ihlallerin Sözleşme mekanizmasının geleceğini tehdit eder nitelikte olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre Bakanlar Komitesi’nin tavsiye kararları, Mahkeme’nin artan iş yükü ışığında değerlendirilmelidir.³⁵ Her ne kadar bir gerçekliğe işaret etse de, bu durum, Mahkeme’ye Sözleşme’de öngörülmeyen bir yetkinin kullanılması imkânını verir mi? Etkin olmak uğruna, bazen başvuru-cların haklarını korumayı azaltıcı nitelikte, AİHS’de öngörülmeyen türde kararlar alınmalı mıdır?³⁶

Daha tutarlı olan bir diğer yöntem ise pilot kararları, iş yükünün bir sonucu

34 Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights. (Komitenin 10 Ocak 2001 tarihli 736. toplantısında kabul edilmiştir.) Kararın Türkçesi için bkz. M. Semih Gemalmaz (2006), Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 759. Bu kurallar, yakın tarihte değiştirilmiştir.

35 Broniowski/Polonya, No. 31443/96, 22.6.2004, para. 188-194. özellikle 193. Hemen belirtmek gerekir ki, AİHM Yazı İşleri Müdürü Fribergh, pilot karar yönteminin iş yükü dışında iki çıkarı daha uzlaştırmayı hedeflediğini belirtmektedir. Bunlar, hakları ihlal edilenlerin ihlalin sonlanması ve zararın giderilmesine ilişkin çıkarları ve Mahkeme’niñ rehberliğinde ulusal makamların temeldeki sorunu çözmedeki çıkarıdır. Erik Fribergh (2008), “Pilot judgments from the Court’s perspective”, Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights, (Stockholm Proceedings), 88.

36 Pilot kararların açık bir hukuksal dayanağının olmaması Mahkeme içinden ve dışından eleştirilerin seslendirilmesine sebep olmuştur. Fribergh, s. 89.

değil bizzat Sözleşme'nin bir gereği olarak görmektir. Broniowski kararına farklı gerekçe yazan Yargıç Zupancic, pilot karar yönteminin dayanağının Sözleşme dışı kaynaklarda aranmasına, özellikle pragmatist bir amacı olan Bakanlar Komitesi kararının esas alınmasına karşı çıkmıştır. Zupancic'e göre Mahkeme'nin Broniowski kararında kullandığı, "tavsiye kararının, özellikle aynı yapısal veya sistemik nedenden kaynaklanan davaların sonucu olarak artan Mahkeme'nin iş yükü bağlamında görülmesi gerekir"³⁷ cümlesine katılmak mümkün değildir. Pilot karar verme yetkisi Bakanlar Komitesi kararlarından değil ama bizzat AİHS'nin kendisinden çıkarılabilir.

3.2 AİHS Sisteminde Tazminat Dışındaki Giderim Kararları

Yargıç Zupancic'in görüşünü ve pilot kararların Sözleşme'deki yerini anlayabilmek için kısaca 41 ve 46. maddelerin anlamını açıklamak gereklidir. Sözleşme'nin 41. maddesine göre:

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

Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilecektir. AİHM'nin klasik hüküm kurma yöntemine göre, bir veya daha fazla Sözleşme kuralının ihlal edildiği sonucuna ulaşılan kararların hüküm fıkraları iki bölümden oluşur: İhlal bulgusu ve bu bulguya bağlı olarak önerilen giderim yolları. Marckx kararından beri Mahkeme, karar vermesi istenen spesifik önlemler konusunda görüşünü açıklarken, kendi kararının esasen açıklayıcı (*declaratory*) nitelikte olduğunu ve devletin iç hukukta bu kararı uygulamak konusunda serbest olduğunu belirtmektedir.³⁸ Yani Mahkeme'ye göre, hükmün birinci bölümü tamamen AİHM'in değerlendirmesine tabiyken, ikinci bölümde yani ihlalin nasıl giderileceğine ilişkin kısımda devletin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır, ancak bu takdir yetkisi kararların uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'nin gözetiminde kullanılacaktır. AİHM eğer iç hukukta alınacak önlemlerin zararı giderme konusunda yetersiz olacağı görüşünde ise ayrıca 41. madde uyarınca maddi ve/veya manevi tazminata hükmedecektir.

Bununla birlikte, AİHS uluslararası hukukun bir parçası olduğuna ve uluslararası hukukun diğer ilkeleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğine

37 Broniowski/Polonya, No. 31443/96, 22.6.2004., para. 190

38 Marckx/Belçika, Series A. No. 31, para. 58.

göre³⁹, bu yaklaşımın uluslararası hukukun genel ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekir. Ulusal hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da, hukuka aykırılığın tespiti, sorumluluğun kapsamı açısından da belirleyici olmaktadır.

Bir kere, eğer süregelen (devam eden)⁴⁰ bir ihlal varsa, ihlalcı devlet öncelikle bu ihlale son vermelidir.⁴¹ Eğer ihlal gerçekleşip sona ermişse ya da devam eden ihlalin sona erdirilmesi tek başına ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmayacaksa ek giderim yöntemlerine hükmedilmesi gerekmektedir.

Uluslararası hukukta, hukuka aykırılığın tespiti üzerine aykırılığı ortadan kaldıracak temel giderim aracı eski hale getirmedir (*restitutio in integrum*).⁴² Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da belirttiği gibi, eski hale getirmenin mümkün olmadığı ya da zararı gidermek için yeterli olmadığı durumlarda maddi ve/veya tazminat ödenmesi, bunun da yeterli olmaması halinde diğer tatmin (*satisfaction*) yollarına başvurulması mümkündür.⁴³ O halde öncelikle mümkün olduğu ölçüde *status quo ante*'ye dönmek hedeflenecek, bunun mümkün olmaması halinde ihlal öncesi duruma en yakın çözümü sağlayacak giderim araçlarının sağlanması hedeflenecektir. Tazminat bu araçlardan sadece biridir. Ama özellikle insan hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda, sadece tazminatın bu gerekliliği karşılayamayacağı açıktır. Bu durumda başka giderim yöntemlerine başvurmak bir zorunluluktur.

Aşağıda açıklanacağı gibi ağır insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda giderim yöntemlerinin zenginliği ayrıca önem kazanmaktadır. Birleşmiş Milletler

39 AİHM, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu yorumu temel bir ilke olarak kabul etmektedir. Bkz. örn Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, no. 52207/99, RJI 2001-XII, para. 57; Al-Adsani/Birleşik Krallık, no. 35763/97, RJD 2001-XI, para. 60.

40 Kavramla ilgili olarak bkz. K. Altıparmak (1999-2004), "The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law", 21-25 Turkish Yearbook of Human Rights 1; J. Paulwelyn (1995), "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems", 56 BYIL 415; L. Loucaides (2000), 'The Concept of "Continuing" Violations of Human Rights', P. Mahoney et al. (yay. haz.), Protecting Human Rights: The European Perspective – Studies in Memory of Rolv Ryssdal (Cologne: Carl Heymanns), s.803.

41 Devam eden ihlali sonlandırma, ihlale bağlı temel hukuksal sonuçlardan biridir. Bkz. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan, Devlet Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. No. A/56/10, Madde 30 ve Komisyon'un yorumu. ("Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri")

42 Uluslararası hukuktaki temel giderim aracının *restitutio in integrum* olduğuna dair bkz. Daimi Uluslararası Adalet Divanı, The Factory at Chorzów (Indemnity) (Almanya/Polonya), PCIJ, Ser. A., No. 17, 1928, s. 47; Kongo Demokratik Cumhuriyeti/Belçika, 14.2. 2002, ICJ Report 2002, s.3. Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35 ve Komisyon Yorumu.

43 Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35-37. Taslak Maddeler; eski hale iade, tazminat ve diğer tatmin yöntemlerini kademeli olarak düzenlemektedir. Örneğin, eski hale iadenin giderimi sağladığı durumlarda diğer giderim araçlarına başvurulmayacaktır.

İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen ve Genel Kurul tarafından da onaylanan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler⁴⁴, tazminatın tek giderim aracı olamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Temel ve Rehber İlkeler'e göre, ağır insan hakları ihlallerinin mağdurlarına ihlalin ağırlığıyla orantılı olarak şu giderim imkanları sunulacaktır: Eski hale iade (*restitution*), tazminat (*compensation*), ıslah (*rehabilitation*), tatmin (*satisfaction*) ve ihlalleri tekrar etmeme garantisi (*guarantees of non-repetition*).⁴⁵

Bu mantık silsilesi takip edildiğinde kolayca anlaşılabileceği gibi, AİHS'nin birincil amacı ihlalin hiç gerçekleşmediği noktaya dönüşü sağlamak olmalıdır. Yani, tazminat ödeme *restitutio in integrum*'a bir alternatif değildir, ihlalin niteliği ya da iç hukukun buna olanak sağlamaması nedeniyle⁴⁶, yani iç hukukta zararın onarımının mümkün olmadığı durumlarda başvurulacak bir araçtır.⁴⁷ Örneğin, yaşam hakkı veya işkence ihlali geri dönülemez ihlallerdir ama önerilen diğer giderim araçları, bu ihlallerin ciddiyeti ile uygun bir orantı içinde olmalıdır.⁴⁸ Bunun doğal sonucu olarak, eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda önerilecek giderim araçları da ihlal öncesi hale dönüşe en yakın çözümü sağlamalıdır. Ancak, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da kabul ettiği gibi tazminat bazı durumlarda tek başına ihlal öncesi hale dönüşe en yakın çözümü sağlamayabilir.⁴⁹ Bu durumda, tazminat dışında önlemlerin alınması da gereklidir.

Ne var ki, çok yakın tarihlere kadar, AİHM, 41. madde uyarınca, sadece tazminata hükmedip, parasal olmayan giderim araçları önermemeyi tercih etmiştir.⁵⁰ Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, davalı devlet, AİHM'in buldu-

44 Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21.3.2006

45 18 nolu İlke.

46 De Wilde, Ooms ve Versyp ("Vagrancy")/Belçika (50. Madde), Series A no. 12, para. 20.

47 Scozzari ve Giunta/İtalya (BD), nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII, para. 250.

48 Mahkeme, eski hale iade edememe ile tazminat arasındaki ilişkiyi mahkûmların soyularak aranması konusunda da saptamıştır. AİHM'ye göre bu durumun geri çevrilmesi mümkün olmadığı için tazminata hükmetmek gerekmektedir. Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 75

49 Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 37 ve Komisyon yorumu.

50 Genel olarak bkz. Valerio Colandrea, On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic Cases, Human Rights Law Review 7:2 (2007), 396-411. Mahkeme'nin bu tutumu öğretide eleştirildiği gibi Mahkeme içinde de daha geniş yetkiler kullanılmasını savunanlar vardır. Bu konuda etkili bir görüş için bkz. Yargıç Zupancic'in Luca/İtalya davasındaki farklı gerekçesi, no. 33354/96, 27.2.2001.

ğu ihlali gidermek konusunda, kararın gereğini yerine getirmek şartıyla, seçeceği yöntemde serbesttir. Mahkeme bu konuda bağlayıcı bir karar almadığı gibi açıklayıcı bir beyanda da bulunmaz. Eğer ulusal hukuk, ihlalin tamamen veya kısmen giderilmesine imkân vermiyorsa⁵¹, Mahkeme ayrıca 41. madde uyarınca başvurunun adil tatmini yönünde de karar vermektedir. Ancak, AİHM “adil tatmin” tabirinden maddi ve manevi tazminatı anlamaktadır.⁵² Bu nedenle, çeşitli davalarda başvuruçuların köye dönmelerini sağlayacak tüm önlemleri alıp binaları onarmasına ilişkin talepleri⁵³, çocuklarının kamu okullarında bedensel cezaya tabi olmamasını sağlama yönündeki talepleri⁵⁴, başvuruçunun yakının ölümünü araştırması ve faillerinin tespitine ilişkin⁵⁵ istemleri karşılanmamıştır.

Karara uyulup uyulmadığını, 46. maddenin ikinci fıkrası uyarınca siyasal bir organ olan Bakanlar Komitesi denetlediği için alınacak genel ve kişisel nitelikli önlemlerin ne derecede ihlalin sonuçlarını gidermeye yeterli olduğu, bu siyasi organ tarafından değerlendirilecektir. Gerçekten de, Bakanlar Komitesi’nin konuya ilişkin çıkardığı Kurallar’a göre, Bakanlar Komitesi AİHM tarafından verilen tazminatın ödenip ödenmediği yanında başvuruçunun Sözleşme ihlallinden önce yararlandığı ile aynı duruma kavuşturmak için bireysel önlemler alınıp alınmadığını ve benzer nitelikteki yeni ihlallerin doğmasını önleyecek ve devam eden ihlallere son verecek genel nitelikli önlemlerin alınıp alınmadığını inceleyecektir.⁵⁶ Söz konusu yükümlülükler hukuksal yükümlülükler olup, kanımızca doğrusu incelemesinin de siyasi bir organ tarafından yapılması uygun değildir. Strazburg hukukunda bu durum çok olağan kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, yakın tarihli Strazburg içtihadı, AİHM’nin uluslararası sorumluluk hukukuna daha uygun bir çizgiyi takip etmeye başladığının sinyallerini vermektedir. Mahkeme’nin ilk olarak, mülkiyet davalarında sorumluluk hukukunun tazminat dışı kavramlarına başvurmaya başladığı görülmektedir.

51 Mahkeme birçok davada ihlal kararının adil tatmini sağladığına ayrıca tazminata hükmedilmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Örn. Golder/Birleşik Krallık, Series A no. 18; Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye, no. 19392/92, 30.1.1998, para. 73; Partidul Comunistilor (Nepeceristi) ve Ungureanu/Romanya, no. 46626/99, 3.2.2005, para. 70.

52 Case of Housing Association of War Disabled and Victims of War of Attica ve Diğerleri/Yunanistan, No. 35859/02, 27.9.2007, para. 25.

53 Akdivar ve Diğerleri/Türkiye (Madde 50) 1998-II RJD 711, para. 45-7, Selçuk ve Asker/Türkiye, 1998-II RJD 891, para. 123-5; Menteş ve Diğerleri/Türkiye (Madde 50) 1998-IV RJD 1686, para. 22-4; Orhan/Türkiye, no. 25656/94, 18.6.2002, para. 450; Yöyler/Türkiye, no. 26973/95, 24.7.2003, para. 122.

54 Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık (50. madde), Series A no. 60, para. 16.

55 Ülkü Ekinci/Türkiye, no. 27602/95, 16.7.2002, para. 179. Daha yakın tarihli olarak bkz. Kukayev/Rusya, no. 29361/02, 15.11.2007, para. 131-134.

56 Kararların ve Dostane Çözüm Koşullarının İcrasının Denetimi Hakkında Kurallar, Kural 6.

İlk örnek olarak görülebilecek Papamichalopoulos ve Diğerleri davasında, başvuruçuların 28 yıl süreyle kamulaştırmazlık olarak el koyulan gayrimenkullerinin iade edilmesi, bunun gerçekleşmemesi halinde başvuruçulara maddi tazminat verilmesi karara bağlanmıştır.⁵⁷ Mahkeme, Belvedere Alberghiera/İtalya vakasında hükümetin başvuruçunun gayrimenkulüne haksız bir şekilde el koyduğunu saptamış, bu durumda en uygun giderim yolunun malın geri verilmesiyle birlikte maddi ve manevi tazminat ödenmesi olacağını belirtmiştir.⁵⁸ Papamichalopoulos'tan farklı olarak bu kararda, tazminat iadenin alternatifi değil tamamlayıcısıdır. Ancak, bu ifade hüküm fıkrasında tekrar edilmemiştir.⁵⁹ Benzer şekilde, Romanya'ya karşı açılan bir dizi davada yargı kararlarına aykırı bir şekilde mülkiyete el koyma işlemlerine karşı AİHM, malın iadesine, aksi takdirde tazminat ödenmesine karar vermiş⁶⁰, bu bulguyu hüküm fıkrasında da tekrar etmiştir. Şüphesiz, Mahkeme'nin hükümete iadenin mümkün olduğu durumlarda, iade etmemesi durumunda tazminat ödenmesi şeklinde bir takdir imkânı bırakması eleştiriye açıktır.⁶¹ Yine de AİHM'nin, tazminatla yetinmeyip ihlalin devamına son verilmesi yönünde karar vermesi önemlidir.

Son dönem kararlarında, bu yaklaşımın kişi özgürlüğünün ihlal edildiğinin saptandığı bazı davalarda da uygulanmaya başlandığı görülmektedir. Bu kararlarda da Mahkeme, kararlarının aslen açıklayıcı nitelikte olduğunu vurgulamakla birlikte, devletlere 46. madde uyarınca kararın gereğini yerine getirmelerinde yardımcı olmak amacıyla çeşitli olasılıklar sunabileceğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, bazı davalarda ihlalin giderilmesinin tek bir yolu vardır ve Mahkeme'nin bu tek yolu göstermekten başka çaresi yoktur. Mahkemeye göre, haksız bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişinin bu mahrumiyeti devam ederken sadece tazminata hükmetmenin anlamsızlığı açıktır. Bu düşünceden hareketle, Assanidze davasında AİHM, mülkiyet davalarındaki yaklaşımından da bir adım ileri giderek, kararın hüküm fıkrasında, Gürcistan Yüksek Mahkemesi'nin beraat kararına rağmen Acaristan'da özgürlüğünden alıkonulan başvuruçunun en kısa sürede serbest bırakılmasının sağlanması gerektiğini oybirliğiyle karara

57 Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan (Madde 50) A 330-B (1995), para. 38-39.

58 Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, 30.5.2000, para. 69.

59 Mahkeme hakkaniyete uygun tatmin konusunda karar vermek için dosyanın karara hazır olmadığını belirtmiş, hakkaniyete uygun tatmin konusu daha sonra verdiği bir kararla sonuçlandırmıştır. Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, (Madde 41 kararı).

60 Brumarescu/Romanya (Adil Tatmin) 2001-I ECHR 155, para. 19-23; Vasiliu/Romanya, no. 29407/95, 21.5.2002, para. 52-6; Hodos ve Diğerleri/Romanya, no. 29968/96, 21.5.2002, para. 70-3; Strain ve Diğerleri/Romanya, no. 57001/00, 21.7.2005, para. 80-81.

61 Loukis G. Loucaides (2008-2), "Reparation For Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio In Integrum", E.H.R.L.R., 182, 186.

bağlamıştır.⁶² Mahkeme’ye göre, hukuka aykırılığı açıkça tespit edilmiş olan bu durumda başvurucunun serbest bırakılması kararın yerine getirilmesinin tek aracı haline gelmiştir, bu nedenle artık kararın ne şekilde yerine getirileceği konusunda davalı hükümetin bir takdir yetkisinden söz edilemez. Ilascu/Moldovya ve Rusya davası, bu duruşun daha net ortaya koyulduğu bir davadır. Bu davada, Mahkeme, hüküm fıkrasında, davalı Devletlerin keyfi alıkoymaya son verecek tüm gerekli önlemleri almasına ve başvuruçuların **derhal** serbest bırakılmalarını sağlamalarına karar vermiştir.⁶³

Ancak gerek mülkiyete gerekse kişi özgürlüğüne ilişkin davalarda verilen özel önlem kararlarının bir özelliği dikkatten kaçmamaktadır. Bu vakaların tamamında ihlal devam etmektedir. Belvedere Alberghiera vakasında, AİHM yasal bir kamulaştırmayla kamulaştırmaz el koyma arasındaki farka dikkat çekmiş⁶⁴ ve ikincisinde malın iadesinin devam eden bir ihlale son vermenin bir yolu olduğunu ima etmiştir. Kişi özgürlüğü davalarında da Mahkeme, kişi özgürlüğüne ilişkin davalarda ihlalin doğası nedeniyle hükümetin tercih şansının kalmadığını belirtirken aslında ihlalin devam eden niteliğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle, AİHM’nin anılan vakalarda davalı hükümete belirli bir giderim yöntemini dayatmasının nedeninin eski hale iade (*restitutio in integrum*) değil, devam eden ihlali sona erdirmeye olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁵

Ancak yukarıda açıklandığı gibi AİHM’nin önüne gelen davaların çoğunda ihlal devam etmemektedir. İhlal sonuçlanmış ancak sonuçları devam etmektedir. Bu davalar açısından verilecek iade (*restitution*) kararı, durdurma (*cessation*) niteliği taşımayacaktır. Bu açıdan, Mahkeme’nin tazminat dışı giderim yolunu önerdiği bir diğer alan olan yargılamanın iadesi kararları önem arz etmektedir. Son dönem Strazburg içtihadında, Sözleşme’nin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda, iç hukukta yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinin istenmesi yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Konuya ilişkin Tavsiye Kararı’nda Bakanlar Komitesi, bir davanın yeniden incelenmesi veya görülmesinin *restitutio in integrum*’un gerçekleştirilmesinde bazen tek yol, bazı durumlarda ise en etkili yol olduğunu belirtmektedir.⁶⁶ Bilindiği gibi, AİHM, DGMlerin tarafsız ve bağımsız

62 Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 202, hüküm paragrafı 14 (a).

63 Ilascu/Moldovya ve Rusya, no. 48787/99, 8.7.2004, hüküm paragrafı 22. Vurgu bize aittir.

64 Belvedere Alberghiera S.r.l./İtalya, no. 31524/96, 30.5.2000, para. 68.

65 Colandrea, 402.

66 Bu konuda bkz. Bakanlar Komitesi’nin R(2000)2 sayılı kararı, “Recommendation of the Committee of Ministers to member States, on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights.” Karar Türkçeye Semih Gemalmaz tarafından çevrilmiştir. M. Semih Gemalmaz (2006), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hükümlerinin

sız olmaması nedeniyle yargılamanın adil olmadığına saptandığı davalarda⁶⁷ ve başka adil yargılama ihlallerinde⁶⁸ de en uygun giderim yönteminin yargılamanın iadesi ya da davanın yeniden görülmesi olduğunu saptamıştır. Tamamlanmış olan adil yargılanma hakkı ihlallerinde, kişinin tekrar yargılanmasının en uygun yöntem olması devam eden bir ihlalin sona erdirilmesi olarak nitelene-meyeceğinden tipik bir eski hale iade (*restitutio in integrum*) örneğidir.

Ancak bu yönde yeni sayılabilecek Strazburg kararları, uluslararası hukukun sunduğu imkanların çok gerisindedir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin⁶⁹ yorum organı İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme sisteminde asıl giderim aracının tazminat olduğunu kabul etmekle birlikte, şartların uygun olması halinde giderimin iade (*restitution*), ıslah (*rehabilitation*) ve kamuoyu önünde özür dileme, kamusal anıtlar inşa etme, ihlalinin tekrar gerçekleşme-mesi için güvenceler verme, ilgili mevzuat ve uygulamada değişiklikler gerçekleştirmek ve insan hakları ihlallerini gerçekleştirenlerin adaletle teslimi gibi başka tatmin araçlarını da içerebileceğini belirtmektedir.⁷⁰

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AmeİHM) kararları bu açıdan ışık tutucu niteliktedir. AmeİHM, *restitutio in integrum*'a en yakın sonucu sağlamak için, tazminat yanında çeşitli parasal olmayan giderim araçlarının sağlanması yönünde kararlar vermiştir.⁷¹ Bu yaklaşım, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devlet Sorumluluğu'na ilişkin geliştirdiği genel ilkelerle uyum içerisindedir. AmeİHM, hem mağdurlara hem de toplumun çeşitli kesimlerine ilişkin giderim kararları vermiştir. Mağdura ilişkin olanlar arasında eski hale iade, ıslah, sorumluluğun kabulü gibi önlemler hakkında, topluma ilişkin olarak da mevzuat ve uygulama değişikliği ile kamu görevlilerinin eğitimi hakkında hü-

Verilmesinin Ardından Belli Davaların Ulusal Düzeyde Yeniden İncelenmesi ya da Yeniden Görülmesi Hakkında Bakanlar Komitesinin üye Devletlere yönelik olarak aldığı Tavsiye Kararı No. R. (2000)2", Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı, 2. Kitap, Avrupa Konseyi Belgeleri ve AİHM Kuralları Şerhi, (Legal: İstanbul), s. 773.

67 Gencil/Türkiye, no.53431/99, 23.10.2003, para. 27; Alfırlı/Türkiye, no. 32984/96, 30.10.2003, para. 52; Tahir Duran/Türkiye, no. 40997/98, 29.1.2004, para. 23; Öcalan/Türkiye 2005-IV ECHR, para. 207-10.

68 Somogyi/İtalya 2004-IV ECHR 103, para. 86; Sejdovic/İtalya, (BD) no. 56581/00, 1.6.2006, para. 119-127; Kounov/Bulgaristan, no. 24379/02, 23.5.2006, para. 59; Abbasov/Azərbaycan, no. 24271/05, 17.1.2008.

69 Bakanlar Kurulu'nun 5851 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Kararı, RG: 21 Temmuz 2003, Sayı 25175.

70 Bkz. Komite'nin "Sözleşme'ye Taraf Devletlere Yüklene Genel Hukuksal Ödevin Niteliği" başlıklı 31 Nolu Genel Yorumu, para. 16. (The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.)

71 Parasal olmayan giderim türleri için bkz. Dinah Shelton (2005), Remedies in International Human Rights Law, (Oxford: OUP, 2nd ed.), s. 271 vd.

kümler verilmiştir.⁷² AmeİHM, davalı Devletin adil yargılamaya aykırı bir şekilde hüküm giyen kişiyi serbest bırakmasına⁷³, bu kişinin ilgili ceza davası nedeniyle ilişkisi kesilen kamu kurumlarındaki görevine geri dönmesine, başvurusunun alıkonulduğu dönem de dahil olmak üzere tüm emeklilik haklarının sağlanmasına⁷⁴, ilgili kararın Sözleşme'ye aykırı bulduğu iç hukuk kurallarının değiştirilmesi için gerekli önlemleri almaya ve başvuruçuların aleyhine sonuçlanan ve Sözleşme'yi ihlal eden usul sonucu verilen mahkumiyet kararının geçersizliğine⁷⁵, ihlalden sorumlu olanların tespit edilip cezalandırılabilmesi için şikayetin soruşturulmasına, *ölüm cezasının geçersiz sayılmasına*⁷⁶, *sabıka kaydının silinmesine*⁷⁷, *para cezalarının iptaline*⁷⁸, *psikolojik tedavi sağlanmasına*⁷⁹, *geçmişte alıkonulanlar için öğretim ve mesleki eğitim desteğinin sağlanmasına*⁸⁰, *kararın günlük gazetelerde yayınlanmasına*⁸¹, *bir kamu binasına mağdurların isminin verilmesine*⁸² karar vermiştir.⁸³ AmeİHM daha da ileri giderek, haksız alıkonma nedeniyle öğrenciliğini sürdüremeyen başvuruçuya burs sağlanması ve davalı Devletin kamuya açık bir şekilde özür dilemesine⁸⁴, zararların karşılanması için fon kurulmasına⁸⁵ karar vermiştir.

Şüphesiz dava konusu hakkın veya özgürlüğün ihlaline sebep olan önlem veya durumun doğurduğu sonuçların giderilmesine ve zarar gören tarafa adil bir tazminatın ödenmesine de karar verebileceğini ifade eden AmeİHS'nin 63. maddesi, bu içtihadın oluşmasını kolaylaştırmaktadır. Yine Avrupa Konseyi'nden farklı olarak Amerika İnsan Hakları Sisteminde, kararların denetimini siyasi bir organ değil AmeİHM yapmaktadır. Ancak, AİHS'nin 41. mad-

72 Ayrıntılı bir sınıflandırma ve inceleme için bkz. M. Antkowiak (2007-2008); "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", 46 Colum. J. Transnat'l L. 351; Judith Schonsteiner (2007-2008), "Dissuasive Measures and the "Society as a Whole": A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Right", 23 Am. U. Int'l L. Rev. 127.

73 Loayza Tamayo/Peru, 17. 9.1997, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (1997), para. 84.

74 Loayza Tamayo/Peru, Reparations, 27.11. 1998, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 42 (1998).

75 Castillo Petrucci vd/Peru, 30. 5. 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 52 (1999); Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001).

76 Fermin-Ramirez/Guatemala, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 126.

77 Acosta-Calderon/Ekvator, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 129.

78 Berenson-Mejia/Peru, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119.

79 Barrios Altos/Peru, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 87.

80 Juvenile Reeducation Institute/Paraguay, 2004 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 112

81 Yatama/Nikaragua, 2005 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 127.

82 Villagrán-Morales (The Street Children Case)/Guatemala, 2001 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 77.

83 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996)

84 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 80-81.

85 El Amparo Case, Reparations, 14. 9. 1996, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 28 (1996), para. 46-47.

desinin de, Sözleşme'nin 46. maddesi de dikkate alındığında tazminat dışı önlemlere ilişkin kararlar almayı imkânsız kıldığı söylenemez. Gerçekten de AmeİHM, AmeİHS'nin 63. maddesinin uluslararası hukukun temel kurallarından birini kodifiye ettiğini, uluslararası sorumluluk hukuku gereğince ihlal tespiti- nin devlete ihlali durdurma ve ihlalin sonuçlarını onarma ödevini yüklediğini belirtmektedir.⁸⁶ AiHS'nin 41 ve 46. maddenin de bu temel kurala uygun yorumlanması gerekir. Eğer ihlal öncesi duruma dönmek mümkün değilse en azından en yakın duruma dönülebilmelidir. Çünkü nihayetinde, onarım araçlarının hedefi ihlalin yol açtığı zararların silinmesidir.⁸⁷

İhlal olup olmadığının tespiti gibi ihlal varsa hangi giderim araçlarının kullanılacağına tespiti de sorumluluk hukukunun bir parçası, dolayısıyla yargı kararının konusu olmak gerekir.⁸⁸ Bakanlar Komitesi'nin 46. maddedeki görevi, Mahkeme tarafından verilen bu kararın da uygulamasını denetlemek olmalıdır. Aksi durumda yargı makamı tarafından saptanması gereken bir konu, siyasi bir organ tarafından denetlenecektir.

14. Protokolün 46. maddede yapacağı önemli değişiklikler de yukarıda açıklanan akıl yürütmenin doğru olduğunu göstermektedir. Yeni 46. Madde kararların uygulanması aşamasında Bakanlar Komitesi'ne AiHM'e başvurma yolunda iki ayrı yetki vermektedir. 3. fıkraya göre Komite, kesin kararın icrasının denetlenmesinin kararın yorumlanmasına dair bir mesele tarafından engellendiği görüşünde ise, konuyu yorum meselesi hakkında bir hüküm vermesi için Mahkeme'ye gönderebilecektir. 4. fıkraya göre ise "Bakanlar Komitesi bir Yüksek Akit Taraf'ın, taraf olduğu davada verilen kesin karara uymayı reddettiği görüşünde ise, ilgili tarafa resmi bir ihbar tebliğ ettikten sonra ve Komite'ye katılmaya yetkili temsilcilerin üçte iki oyçokluğuyla aldıkları kararla, ilgili tarafın 1. fıkarda öngörülen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği meselesini Mahkeme'ye intikal ettirebilir." Bu hükümler, kararın esası gibi giderim yolları konusunun da yargısal bir sorun olduğunu ortaya koymaktadır. AiHM'nin giderim yolları konusunda karar veremeyeceğini kabul etmek aynı zamanda bütün derdi daha çok davayı, kısa sürede sonuçlandırmak olan 14. Protokolün ruhuna

86 Cesti Hurtado/Peru, 31.5. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 78 (2001), para. 35; Blake/Guatemala, Reparations. 22.1. 1999. Series C No. 48, para. 34-35.

87 Cantoral Benavides/Peru, 3.12. 2001, Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 42

88 Uluslararası Adalet Divanı, bir davaya bakmaya yetkili olduğu durumlarda, ihlalin giderimi için bir tarafın talebine ilişkin ayrıca bir yetki saptamasına gerek olmadığını belirtmektedir. Bir başka deyişle, bir davaya bakmaya yetkili olan uluslararası mahkeme o davanın gerektirdiği giderime ilişkin kararı vermeye de yetkilidir. LaGrand Davası (Almanya/ABD), 27.6.2001, ICJ Reports 2001, s. 466, 485, para. 48.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

da aykırı olacaktır. Eğer Mahkeme baştan kararının gereğinin nasıl yerine getirileceğini belirlemezse, daha sonra Bakanlar Komitesi bunun ayrı bir kararla yapılmasını isteyecek, bu da süreci daha da uzatacaktır. 46. maddede öngörülen denetimin olsa olsa kararda belirtilen önlemlerin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin olması gerekir. Örneğin, AİHM kararında yasal değişik yapılmasını isteyebilir, yapılan değişikliğin istenen nitelikte olup olmadığı yeni 46. madde uyarınca Mahkemeye sorulabilir. Ancak Mahkeme tazminat dışında hiçbir giderim yolu öngörmezse, Bakanlar Komitesi birçok vakada Mahkeme'nin görüşünü almak zorunda kalabilir.⁸⁹

3.3 Uluslararası Hukuk İlkelerinin Pilot Kararlara Uygulanması

İşte Yargıç Zupancic, haklı olarak pilot kararları Sözleşme'nin bu yeni gelişen ve bizce doğru yolda ilerleyen yorumunun devamı olarak görmektedir.⁹⁰ Mahkeme'nin zarar gören tarafın adil tatminine karar verip, ihlalci Devletin *sub rosa* (gizli olarak) statükoyu devam ettirmesi ve ihlalin esaslı yönlerini giderecek bir yükümlülük altına girmemesi saçmadır.⁹¹ Bir kişi çocuklarıyla görüşemezken veya hürriyetine kavuşamazken sadece tazminata hükmetmek anlamsızdır. Aynı durum, sistemik ihlallerde benzer uygulamanın muhatabı olan yüzlerce, binlerce kişi açısından da geçerlidir. Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğine ilişkin kararına karşı, sadece davanın tarafına sınırlı bir tazminat ödeyip, aynı durumdaki binlerce kişinin hakkının ihlal edilmesini hoş görmek kabul edilemez. Bu bir iş yükü değil, adalet sorunudur.⁹²

Yukarıda açıklandığı üzere, sorumluluk hukuku devam eden ihlalleri sona erdirmeyi ve oluşan zararları gidermeyi, sona ermiş ihlalleri ise onarmayı gerektirmektedir. Pilot kararlar bu açıdan çok etkin bir araç potansiyeli taşımaktadır. Bu kararlar, gerçekleşmekte olan ihlallerin durdurulmasını, tamamlanmış ihlallerin ise onarılmasını sağlamayı hedeflemelidir. Nasıl tekil bir ihlalde, sorumluluk hukukunun ilkelerine göre ana hedef ihlal öncesi duruma dönmekse, kitlesel davalar açısından da farklı bir yaklaşım kabul edilemez. Bir başka deyiş-

89 4. fıkra da öngörülen yetkiye istisnaen başvurulması gerektiği 14. Protokolün açıklayıcı notunda ve Bakanlar Komitesi'nin 14. Protokolün uygulaması için kabul ettiği Kararların ve Dostane Çözüm Koşullarının İcrasının Denetimi Hakkında Kuralların 11. maddesinde de belirtilmektedir. Ancak bir kez Sözleşmeye girdikten sonra bu yetkinin hangi sıklıkta kullanılacağını kontrol etmek mümkün değildir. Bkz. Explanatory Report, para. 100; Kararların ve Dostane Çözüm Koşullarının İcrasının Denetimi Hakkında Kurallar, yukarıda not Error: Reference source not found.

90 Zupancic'in bu görüşünü yargıç Loucaides'in de paylaştığı görülmektedir. Bkz. Loukis G. Loucaides (2008), "Reparation for Violations of Human Rights under the European Convention and Restitutio In Integrum", E.H.R.L.R. 2, 182-192

91 Zupancic, Broniowski kararında farklı gerekçe yazısı.

92 Aynı yerde.

le sorun bir iş yükü değil, adalet sorunudur.⁹³

İş yükü yaklaşımıyla adalet yaklaşımı arasındaki temel fark sadece pilot kararların hukuksal dayanağına ilişkin değildir. Daha önemlisi, Mahkeme'nin pilot karar uygulamasını adalet değil iş yükü üzerinden kurması hem Sözleşme'ye aykırıdır hem de çok tehlikeli sonuçlar doğurmaya gebe dir. Henüz, sürecin başında Değerlendirme Grubu, tüm reformu verimlilik ilkesi üzerinden yürütmenin yaratacağı riski görmüş ve sorunun sadece istatistik verilerle çözülemeyeceğini çünkü istatistiğin “daha zor” ve “daha kolay” dava ayrımı yapmadığını belirtmiştir.⁹⁴ İş yükü yaklaşımı, hem bireysel hem de pilot kararlarda uluslararası sorumluluk hukukuna uygun bir sonuca ulaşmayı değil daha çok davayı sonuçlandırmayı hedeflemektedir. Bunun sonucu olarak her türlü vakada pilot karar verilebilir. Adalet yaklaşımına göre ise tüm ihlaller açısından hedef *restitutio in integrum*, mümkün değilse ihlali giderici en yakın önlemi almaktır. Pilot kararlar bu hedefe yönelik olarak alınmalı, eğer bu hedefe ulaşmayı sağlamayacaksa alınmamalıdır. Bu hedef bazen Mahkeme'nin önünde yüzlerce dava olmamasına rağmen bir iç hukuk yolu yaratılmasını gerektirebileceği gibi, çok sayıda dava bulunmasına rağmen sorumluluk hukukuna uygun bir iç hukuk yolu yaratmak mümkün değilse pilot karar yönteminden kaçınmayı gerektirir.

4. İnsan Hakları Hukukunun İlkeleri ve Pilot Kararlar

Bir konuda pilot karar verilip verilemeyeceği sorumluluk hukukuyla ilgili olduğu kadar insan hakları hukukunun temel ilkeleriyle de ilgilidir. Bu nedenle, pilot kararlara ilişkin Strazburg içtihadı bazı temel ilkeler ışığında değerlendirilmelidir.

4.1 Pilot Karar Kavramı ve Etkili Koruma

Şüphesiz, pilot kararlar reform sürecinin çok önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Bu yöntemle, Mahkeme, aslında bugüne kadar görevli olmadığını söylediği bir şekilde⁹⁵, bir kararla bir yasanın ya da ulusal anayasanın sözleşmeye aykırı olduğunu saptama imkânına kavuşmaktadır. Bir başka deyişle, 14. Protokolde yer almamasına rağmen, pilot kararlar Mahkeme'nin anayasal adalet dağıtması gerektiğini düşünenler açısından belki de en önemli aracı sunmaktadır.⁹⁶

93 Aynı yerde.

94 Evaluation Group, para. 39.

95 Sözleşmenin *actio popularis* müsaade etmediği hakkında bkz. Klass ve Diğerleri/Almanya, 6.9.1978, Series A no. 28, para. 33; Norris/İrlanda, Series A. No. 142, para. 30.

96 Örneğin bkz. Wildhaber (2006-2007), “The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future”, 22 Am. U Int'l L. Rev. 521, 533.

Bununla birlikte, pilot karar yöntemi bu haliyle adil yargılanmaya ilişkin bir çok soruya akla getirmektedir. Yakın tarihte bir parlamenterin de belirttiği⁹⁷ gibi, binlerce davanın kaderini belirleyen bu yöntemin tanımı yapılmadığı gibi yöntemin hangi ölçütlere göre kullanılacağı da açık değildir. Broniowski davasında verilen şu tanım halen temel niteliktedir:

“ [...] dava olguları, [iç hukuk düzeninde] bir sınıfın bütün bireylerinin [Sözleşmede korunan bir haklarından] özgürce faydalanmalarını engelleyen veya engellemeye devam etmesine yol açan bir aksaklığın var olduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme ayrıca, başvurucunun bireysel davasında saptanan ulusal mevzuattaki ve uygulamadaki eksikliklerin bunu izleyen sağlam temelli çok sayıda başvuruya sebep olabileceğini saptamıştır.”⁹⁸

Bu tanım, Yönlendirme Komitesi'nin konuyla ilgili kurduğu İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Usullerin Geliştirilmesi Uzmanlar Komitesi altında kurulan Çalışma Grubu'nun yaptığı ilk tanımdan çok daha geniş ve muğlâktır. Çalışma grubuna göre kopya davalar, “Mahkemenin daha önceki bir kararında görüşünü belirttiği spesifik bir kuralla veya spesifik bir uygulamayla ilgili davalar”dır.⁹⁹ Mahkeme tarafından Broniowski'de yapılan tanım ise, başka şartlarla desteklenmezse çok sayıda davaya neden olabilecek her uygulamayı pilot dava için uygun gören bir anlayışa yol açabilecek bir tanımdır. Nitekim, pilot kararların tanımının yapılmamış ve ilkelerinin yerleşmemiş olmasının yarattığı riskler hem Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi¹⁰⁰, hem de bazı yargıçlar tarafından dile getirilmiştir.¹⁰¹ Pilot karar uygulamasına uygun olduğu düşünülen bazı olguların bu kapsamda değerlendirilmemiş olması ayrıca not edilmeye değerdir.¹⁰²

Hakların etkili korunması AİHS hukukunun temel ilkelerindendir.¹⁰³ Pilot

97 Marie-Louise Bemelmans-Videc, Comments on the Wise Persons' Report from the perspective of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Council of Europe, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg), s. 48.

98 Broniowski/Polonya, para. 189.

99 Çalışma Grubu'nun bu tanımı daha sonra Yönlendirme Komitesi tarafından da benimsenmiştir. The Working Group of the Committee of Experts, Report of meeting, 13.14 June 2002, GT-DH-PR (2002)004; para. 17.

100 Assembly Resolution 1516 (2006) “Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights”, para. 21; Aynı konuda Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin Raporu, Parliamentary Assembly doc. 11020, 18.9.2006.

101 Yargıç Zagrebelsky'nin Hutten-Czapska/Polonya kararındaki karşıoyu. 19.6. 2006, No. 35014/97.

102 Paraskeva, Yunanistan'daki gözaltı koşullarını bu açıdan örnek olarak vermektedir. Costas Paraskeva (2007), “Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The ‘Pilot Judgment Procedure’ Developed by the European Court of Human Rights”, 3 Human Rights Law Commentary (http://www.nottingham.ac.uk/shared/shared_hrlcpub/Paraskeva.pdf), s. 16.

103 Sözleşme'nin korunan hakları teorik ve hayali değil, pratik ve etkili kılacak bir yöntemle yorumlanma-

kararları takiben oluşturulacak ulusal mekanizmaların da bu temel ilkeye uygun olması gerekir. Oysa pilot dava sistemi bu açıdan da riskler de taşımaktadır. Örneğin, davaları geri gönderme konusunda HDÖ ortak raporu¹⁰⁴ ve İzleme Grubu¹⁰⁵ bazı endişeleri dile getirmektedir. Bu sürecin en bilinen riski, başvurunun iki sistem arasında sürüncemede kalmasıdır.¹⁰⁶ Özellikle pilot karar sonrası diğer başvuruların askıya alındığı durumlarda¹⁰⁷ bu olumsuzluk daha da artmaktadır.¹⁰⁸ AİHM, yüzlerce veya binlerce başvuru arasından birini seçmekte, ancak bu vakada verdiği karar diğer başvurucular açısından sonuç doğurmaktadır. Hangi davanın pilot karar için seçileceğini belirleyen bir ölçüt yoktur.¹⁰⁹ Yönlendirme Komitesi ilk pilot kararın verilmesinden dört sene sonra hazırladığı etkinlik raporunda, pilot karar kavramının daha açık bir tanımının yapılması, pilot karar yöntemiyle belirlenecek karar tiplerinin belirgin kılınması ve kararların uygulanmasına ilişkin Bakanlar Komitesi Tavsiyesi yayımlanması gibi gereklilikleri saptamıştır.¹¹⁰

Bu belirsizliği daha da ağırlaştıran bir etken olarak, bugüne kadarki uygulamada, pilot kararlarda, sistemik olduğu ifade edilen duruma dayalı olarak baş-

sı ve uygulanması gerektiğine dair çok sayıda karar arasında bkz. I/Birleşik Krallık, no. 25680/94, 11.7.2002, para 54- Christine Goodwin/Birleşik Krallık, no. 28957/95, 11.7.2002, para. 74.; Stafford/Birleşik Krallık no. 46295/99, 28.5. 2002, para. 68-69.

104 NGO Response to Proposals to Ensure the Future Effectiveness of the European Court of Human Rights, 28 May 2003, para. 3. Ayrıca bkz. Wadham and Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights" (2002) European Human Rights Law Review 169, 173.

105 Report of 4th meeting, 27 February-1 March 2002, CDDH-GDR(2002)005, paras. 16-17.

106 Wadham ve Said, 169-173.

107 Mahkeme, 46. madde uyarınca verdiği kararı hüküm fıkrasına (operational) alıp, kararın yerine getirilip getirilmediğini daha sonra bir Dostça Çözüm kararıyla sonuca bağlayabilir. Örneğin bkz. Broniowski/Polonya, 31443/96, 28.9.2005 (Dostça çözüm) ve Hutten-Czapska/Polonya kararları. Bu durumda AİHM dostça çözüm kararında alınan önlemleri esasa ilişkin karara uygun bulursa, benzer tüm davaların iç hukuka yönlendirilmesine karar verilebilir. Hüküm fıkrasında belirtilmeyen durumlarda ise böyle bir inceleme yapılmayacaktır. Örn. Bkz. Driza/Arnavutluk, 33771/02, 13.11.2007.

108 Her pilot karar sonrasında diğer başvurular iç hukuka yönlendirilmemektedir. Lukenda/Slovenya davası (no. 23032/02, 6.10.2005) sonrasında Mahkeme Slovenya'dan gelen makul sürede yargılamama davalarına bakmaya devam etmiş ancak Korenjak vakasında iç hukukta yeni oluşturulan başvuru yollarının etkili olduğuna karar vererek benzer davaların (yaklaşık 1700) tamamını iç hukuka yönlendirmeye karar vermiştir. Korenjak/Slovenya, no. 463/03, 15.5.2007.

109 Hangi davaların pilot dava yöntemiyle inceleneceğine ilişkin bir rehberin yokluğu Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından da vurgulanmaktadır. Terry Davis (2008), "Member states of the Council of Europe and their responsibilities under the European Convention on Human Rights", Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights, (Stockholm Proceedings), 16.

110 Steering Committee for Human Rights (CDDH) – Activity report - Sustained action to ensure the effectiveness of the implementation of the ECHR at national and European levels, CM(2008)52, 4 April 2008, para. 8.

vuran diğer kişilere görüşlerini sunma imkânı da tanınmamıştır. Bu durumun garip bir sonucu olarak, Xenides-Arestis/Türkiye davasında¹¹¹ yaptığı başvuru pilot karar olarak seçilen başvuru Büyük Daire'ye başvurmamış, ancak Kuzey Kıbrıs'ta mallarının kaldığını iddia eden diğer Rum başvurucular karara itiraz etmek istemiştir. Bu imkânın diğer başvuruvericilere verilmemesini, hak arama özgürlüğü bağlamında açıklamak güçtür.¹¹²

Bu sürünceme, ihlalin gerçekleştiği bir tarihte olmayan bir iç hukuk yolunun daha sonra kullanılmasının istenmesi nedeniyle daha da sorunlu bir hale gelmektedir. Mahkeme içtihadına göre kural olarak tüketilmesi gereken iç hukuk yolu başvuru yapıldığı tarihte mevcut olan iç hukuk yoludur. Yani kural olarak, ihlal tarihinde mevcut olmayan bir iç hukuk yolunun daha sonra oluşturulması başvurunun kabul edilemez bulunmasına yol açmayacaktır. Bununla birlikte, Baumann/Fransa kararında bunun istisnaları olabileceği kabul edilmiştir.¹¹³ Örneğin, AiHM, Brusco/İtalya davasında, İtalya'da başvuruvericinin AiHM'ye açtığı davadan sonra çıkarılan Pinto yasasına göre başvuruvericinin makul sürede yargılanmamaktan doğan zararlarını karşılayacak iç hukuk yoluna başvurusu gerektiğini saptarken, ilgili yasanın AiHM önünde devam eden başvurulara ilişkin özel bir hüküm içermesini dikkate almıştır.¹¹⁴

Tabii iç hukukta oluşturulan yeni mekanizmaların gerçekten Sözleşme ölçütlerine uyup uymadığı bu açıdan çok önemlidir. Pilot karar yönteminde bunun hangi organ tarafından kontrol edileceği de karışıktır. Pilot kararlara kadar Strazburg uygulaması, Mahkeme kararlarının infazının Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Ancak, pilot kararlar kaçınılmaz olarak Mahkeme'yi de karar denetimi içine sokmuştur. AiHM, pilot kararda yaptığı önerinin Sözleşme ölçütlerine uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini iki şekilde denetlemektedir. Birinci ihtimalde, AiHM esasa ilişkin verilen kararda, davanın hakkaniyete uygun tatmine ilişkin (md. 41) kısmını sonraya bırakıp, ayrı bir kararla hem tazminat oranına hem de pilot kararın gereğinin yapıp ya-

111 Xenides-Arestis/Türkiye (Esas), no. 46347/99, 7.12. 2006. Karar hakkında açıklama için bkz. aşağıda not 95-97.

112 Costas Paraskeva (2007), s. 15-16; Laurence R. Helfer (2008), "Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime", 19 EJIL 125, 154.

113 Baumann/Fransa, 22.5.2001, no. 33592/96, para. 47.

114 Brusco/İtalya, 69789/01, 6.9.2001, kabul edilemezlik kararı. Aynı yönde Nogolica/Hırvatistan, 77784/01, 5.9.2002, kabul edilemezlik kararı; Milan Andrášik et al/Slovakya, no. 57984/00, 22.10.2002, kabul edilemezlik kararı; Charzynski/Polonya, 15212/03, 1.3.2005, kabul edilemezlik kararı.

pılmadığına karar vermektedir. Bu karara tarafların dostça çözümü kabul etmesiyle ulaşılabileceği gibi¹¹⁵, AİHM'in kararıyla da ulaşılabılır¹¹⁶. İkinci olasılık ise, Mahkeme'nin bir pilot kararda önerdiği genel önlemin daha sonra vereceği bir kabul edilebilirlik kararında denetlenmesi durumudur. Bu durumda, Mahkeme pilot karara atfıyla yeni alınan önlemlerin etkili bir iç hukuk yolu yarattığını saptarsa ilgili başvuruyu iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulmakta ve tüm benzer vakaları iç hukuka yönlendirmektedir.¹¹⁷

Bununla birlikte, AİHM'in yaptığı inceleme genelde yetersizdir. Mahkeme, yeni oluşturulan mekanizmaları değerlendirmekte ama uygulamanın gerçekten Sözleşme'ye uygun olup olmadığını denetleme imkanına sahip olmamaktadır. İçyer kararı sonrasında, hükümetin karara kadar yüksek tazminatlar vererek Mahkeme'nin gözünü boyamak istediği ileri sürülmüştür.¹¹⁸ Hutten-Czapska kararında, AİHM yasa taslaklarını genel önlem denetimi açısından yeterli görmüştür.

Şüphesiz, AİHM'in bu yüzeysel değerlendirmesinin oluşturduğu sorunlar, kararların infazını denetlemekle asli olarak yetkili olan Bakanlar Komitesi'nin titiz çalışması ile aşılabılır. Ne var ki, aşağıda somut örneğiyle görüleceği gibi, Bakanlar Komitesi'nin başta kendi iş yükü olmak üzere¹¹⁹, çeşitli sebeplerle bu da gerçekleşmemektedir. Bakanlar Komitesi önündeki denetim sürecinin şeffaf olmaması ve çok uzun sürmesi, başvuru ve hükümet dışı örgütlerin sürece katılımının sınırlı olması haklı olarak eleştirilmektedir.¹²⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kararların gereği gibi uygulanmamasında Bakanlar Komitesi'nin gerekli baskıyı oluşturmamasının rolü olduğunu belirtmektedir.¹²¹

Bu durum çok sayıda başvurunun haksız bir şekilde kabul edilemez bulunmasının yanında bir başka soruna daha vücut vermektedir. İç hukuka yollanan

115 Bu tür karar örnekleri için bkz. Broniowski/Polonya, Dostça Çözüm, no. 31443/96, 28.9.2005; Hutten-Czapska/Polonya, (Dostça çözüm), 35014/97, 28.4.2008

116 Xenides-Arestis/Türkiye (Adil Tatmin), no. 46347/99, 7.12. 2006

117 Örn., Nogolica/Hırvatistan, no. 77784/01, 5.9.2002; Korenjak/Slovenya, no. 463/03, 15.5.2007; İçyer/Türkiye, no. 18888/02, 12.1.2006; Wolkenberg ve Diğerleri/Polonya, no. 50003/99, 4.12.2007.

118 İnsan Hakları İzleme Örgütü (2006), Tazminat Yasası'nın, Yerinden Edilmiş İnsanlara Adil Olmayan, Kısıtlı ve Tutsuz Olarak Uygulanması Hakkında, Türk İçişleri Bakanlığı'na Memorandum, s. 11, 15-18; Deniz Yüksek, "Diyarbakır'da Yerinden Edilme Sorunu: Geri Dönüş, Kentsel Sorunlar ve Tazminat Yasası'nın Uygulamaları", D. Kurban vd (yay. haz.) (2006), "Zorunlu Göç" ile Yüzleşmek, (Tesev: İstanbul), s. 166.

119 1992 yılında her bir toplantıda 24 kararı inceleyen Komite, 2001 yılında her toplantısına 1000 karar gündemiyle girmeye başlamıştır. Evaluation Group, para. 34.

120 Philip Leach, "The Effectiveness of the Committee of Ministers in Supervising the Enforcement of Judgments of the European Court of Human Rights" [2006] Public Law 442, 452-453.

121 PACE Resolution 1226 (2000), September 28, 2000, para. 6.

başvurular, olayın tekrar ihlalcinin önüne gelmesi anlamını taşımaktadır. On yıllar sonra başvuru adil bir tatmini iç hukukta bulamayabilir.¹²² Mahkeme'nin 46. madde uyarınca yaptığı saptamanın somut olmadığı durumlarda bu risk daha da artmaktadır. Böyle bir durumda aynı davalar ve belki daha fazlası tekrar AİHM'e dönme potansiyelini taşımaktadır. Scordino/İtalya¹²³, Büyük Daire kararı, pilot karar sonrasında iç hukuka yönlendirilen başvuruların tekrar AİHM önüne gelebileceğinin en açık göstergesidir. Scordino ve benzer birçok vaka da başvuru yargılamasının uzunluğu nedeniyle iç hukukta oluşturulan yeni tazminat mekanizmasına yönlendirilmiş, ancak Pinto Yasası olarak bilinen bu yeni tazminat yolunda verilen kararlar Strazburg içtihadına uygun olmayınca davalar tekrar AİHM'in önüne gelmiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere Türkiye'de Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun uyarınca kurulan Tazminat Komisyonları kararları açısından bu yolun açılması halinde, yüzbinlerce yeni davanın AİHM önüne götürülme riski vardır. Bunu engellemek isteyen AİHM'nin ise mağdur aleyhine bir tutum benimsemesi çok şaşırtıcı olmayacaktır.¹²⁴

Yukarıda belirtilen sorunların aşılmasının tek yolu, pilot karar yöntemini Sözleşme'nin ruhuna uygun ve reforma hâkim olan ilkeler ışığında yeniden tanımlamaktır. Reformun getirdiği kimi yeniliklerin Sözleşme'nin kurduğu etkili denetim sistemini etkileme ihtimali varsa da, reformun temel ilkeleri olarak ilan edilen değerler yukarıda çerçevesini sunduğumuz adalet ilkesiyle uyum içerisindedir.

4.2 Pilot Kararlar ve Ağır İnsan Hakları İhlalleri

Bütün reform sürecinin ana ayrımı ciddi-ciddi olmayan ihlal olduğuna göre, ciddiyet kavramına ilişkin bir iki ön saptama yapmakta fayda bulunmaktadır. İlk olarak belirtmek gerekir ki, ihlal ancak görünürse ciddidir. Hükümetler bunun bilinciyle ciddi ihlalleri daha görünemez kılma çabası içindedir. Örneğin, Türk hükümeti yoğun ihlal kararları karşısında davaları dostça çözüm yoluyla,

122 Elisabeth Lambert-Abdelgawad (2005), "Le Protocole 14 et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", Jean-François Flauss, Gérard Cohen-Jonathan (ed), La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme, (Bruxelles: Bruylant), 102.

123 Scordino/İtalya, 29.3. 2006, No. 36813/97, para. 256.

124 Broniowski kararı sonrasında Polonya'da çıkarılan yasaya göre benzer durumda bulunan kişilerin mallarının % 20'sine kadar tazminata hak kazanacağı öngörülmüş, bir grup başvuru bu düzenlemenin de mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme benzer durumdaki çok sayıdaki kişiyi ve bütçe olanaklarını da dikkate alarak %20lik oranı Sözleşmeye uygun bulmuştur. Wolkenberg ve Diğerleri/Polonya, 50003/99, 4.12.2007.

hatta tek taraflı beyana başvurarak kapatma yoluna giderken, muhtemelen, Mahkeme'nin kararlarının gösterici etkisini ortadan kaldırmak istemiştir¹²⁵.

Yine belirtmek gerekir ki bir ihlalin ciddiyeti aynı türden ihlalin daha önce tespit edilmesi nedeniyle azalmaz. Tam tersine, Hâkim Sedley'in söylediği gibi bininci sözleşme ihlali bazen birincinin saptanmasından daha önemli olabilir.¹²⁶ Gerçekten de 15 tane birbirinin aynı nitelikte kayıp davasının onbeşincisinin, benzer saptamalar daha önce yapıldığı için önemsiz olduğu ileri sürülemez, tam tersine sistematik bir ihlal durumunu ortaya koyduğu için daha önemli olduğu söylenebilir. Bu nedenle kaçınıcı ihlalin tespitinin gerekli ve ciddi olduğunun tespiti matematiksel bir hesap işinin ötesinde bir adalet meselesidir.

Bilindiği gibi, reform süreci anayasal adaletle bireysel adalet arasında bir denge kurarak reformu gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.¹²⁷ Bu dengeyi sağlamak için Değerlendirme Grubu¹²⁸, üç temel ilkedен hareket edildiğini belirtmektedir:

(a) Sözleşme ve Protokollerinde düzenlenen *esasa ilişkin haklarda eksilme olmayacaktır*.

(b) Strasbourg mekanizmasının kalbinde yatan bireysel başvuru hakkının özü korunacaktır.

(c) Mahkeme başvuruları makul bir sürede tamamlamalıdır ama aynı zamanda kararlarının kalitesi ve itibarı da sürdürülmelidir.

Yönlendirme Komitesi de, bu ilkeler doğrultusunda ciddi ihlallerden kay-

125 Bkz aşağıda dipnot 59 vd. davalar.

126 Lord Justice Sedley, "Comentary on the Paper of Professor Florence Benoît-Rohmer", Seminar: Partners for the Protection of Human Rights, Strasbourg, 9-10 September 2002'dan aktaran P. Leach, "Access to the European Court of Human Rights- From a Legal Entitlement to a Lottery?", 27 HRLJ 11, s. 22. Avrupa Konseyi Parlamente Meclisi üyesi Marie-Louise Bemelmans-Videc'in söylediği gibi kopya davalar, dikkat dağıtan boş davalar olmak bir yana acil olarak müdahale edilmesi gereken sistematik bir soruna işaret etmektedir. Comments on the Wise Persons' Report from the perspective of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Council of Europe, Future Developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report (Council of Europe: Strasbourg), 44, 47. Aynı yönde bkz. HDÖ Ortak Raporu. Council of Europe: Ensuring the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights – NGO Comments on the Group of Wise Persons' Report, para 25.

127 Anayasal adalet bireysel adalet tartışması reform sürecinin ana tartışmasını oluşturmaktadır. Bireysel adaleti savunanlar için Mahkeme'nin öncelikli görevi mağdurlara uluslararası bir giderim imkânı sunmaktır. Buna karşılık, ikinci görüşü savunanlara göre, Mahkeme'nin ana görevi Sözleşme'de korunan hakları tanımlamaktır. Daha detaylı bilgi için bkz. K. Altıparmak (2009), "Avrupa İnsan Hakları Sisteminde Bürokrasi Krizi: Tamam ya da Devam", 28 (5) Hukuk ve Toplum 31, 36.

128 Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights, EG Court(2001)1 27 September 2001, para. 41

naklanan davaların kopya dava olarak sınıflandırılmaması gereğinin altını çizmiştir.¹²⁹ Aynı Komite, final raporunda ise Mahkeme tarafından yapısal bir sorun saptanan her davada yeni giderim yolları oluşturulmasının gerekli ve uygun olmayabileceğini kabul etmiştir.¹³⁰

Aksi yönde bir karar, insan hakları hukukunun genel ilkeleriyle çelişecektir. BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından oluşturulan Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler, ağır ihlal karşısında bir dizi tatmin aracının tamamının veya bir kısmının işletilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunlar arasında, gerçeğin topluma açıklanması, sorumluluğun ve olayların kamuoyunda kabulü, mağdurların anılması vardır.¹³¹ İlkeler göre, devletler ağır ihlallerden sorumlu olanları soruşturmak ve suçlu bulunmaları halinde ise cezalandırmak yükümlülüğündedir.¹³² Bir başka deyişle, mağdurların adaletin gerçekleştiğini görme, gerçeği bilme, yeni ve sorumlu kurumsallaşmaya kavuşma ve parasal ve manevi giderim araçlarıyla tatmin edilmeye hakkı vardır.

Ancak ağır ihlaller söz konusu olduğunda, gerçeği bilme hakkı sadece mağdura ait bir hak olarak da görülmemektedir. BM, İnsan Hakları İhlalcilerinin Cezasızlığı Özel Raportörü Joinet'nin ifade ettiği gibi gerçeği bilme aynı zamanda kolektif bir haktır ve devletin "hatırlama ödevi"nin karşısında tüm toplumun sahip olduğu bir haktır.¹³³ Bu hak, geçmişe ilişkin olduğu kadar ileride ortaya çıkacak inkarcılığı da engelleyici olduğu için kilit niteliktedir.

AİHM içtihadında da gerçeği bilme hakkının AİHM'nin geliştirdiği yönetsel ödevlerin bir karşılığı olduğuna şüphe yoktur.¹³⁴ Türkiye'den giden çok sayıda dava hem hükümeti hem AİHM'yi zora sokunca, daha az sorunlu dostça çözüm yolu izlenmeye başlanmıştır. Dostça çözüm bildirimlerinde genelde devletin

129 Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights", para. 68; Report of meeting, 13.14 June 2002, GT-DH-PR (2002)004; para. 17.

130 Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights Final report containing proposals of the CDDH (adopted by the CDDH on 4 April 2003) CM(2003)55 - 8 April 2003.

131 Temel ve Rehber İlkeler, İlke 22.

132 Temel ve Rehber İlkeler, İlke 4.

133 Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political) Final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997, para. 17.

134 Aynı yönde bkz. P. Sardaro, "Jus non dicere for Allegations of Serious Violation of Human Right: Questionable Trends in the Recent Case Law of the Strasbourg Court", (2003) European Human Rights Law Review 601, 607.

sorumluluğu kabul edilmeyerek, *ex gratia* tazminat ödenmesi yoluna gidilmekle birlikte aksi örnekler de mevcuttur. Kınay ve Kınay/Türkiye davasında ilk defa hükümet açıkça köyün devlet ajanları tarafından boşaltıldığını ve bunun kimi Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğini kabul etmiş bu yöntemi birkaç davada tekrar etmiştir.¹³⁵ Ancak anılan kararlarda, bu tip olayların münferit (*individual cases*) olduğu belirtilmiş ve soruşturma hakkında sadece geleceğe yönelik taahhütte bulunulmuştur. Bilindiği kadarıyla, anılan olaylarla ilgili olarak hiç kimse hakkında karar sonrasında işlem yapılmamıştır. Hükümetin genel politikasının sorumluluğu kabul etmeden tazminat ödemek olduğunu belirtmek mümkündür.

Öte yandan bazı başvuruçular hükümet tarafından yapılan teklifleri kabul etmemişler, bunun karşılığında hükümet tek taraflı bildirimle bu davaların kayıttan düşürülmesine talep etmiştir. Yaşam hakkı ihlalini de içeren bir grup davada, Mahkeme'nin çeşitli daireleri hükümetin tek taraflı bildirimini yeterli görmüştür.¹³⁶ Bu bildirimlerde hükümet, ihlalden sorumlu olduğunu kabul etmemekle birlikte, *ex gratia* bir tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir.¹³⁷ Başvurucunun kardeşinin kaybolmasına ilişkin T.A davasında, davaya bakan Daire "Mahkemenin kayıp iddialarına ilişkin vakalarda, davalı devletin Sözleşme'den doğan ödevlerinin doğası ve kapsamını ayrıntıları ile belirlediği" belirterek başvurunun kayıttan düşmesine karar vermiştir. Daire'nin bu tutumu, kayıp davalarının kopya dava olarak görülüp görülmediğinin sorulmasına sebep olmuştur.¹³⁸ Bu konuda mahkemede ilk rahatsızlığı Tahsin Acar davası daire kararında Yargıç

135 Kınay ve Kınay/Türkiye, 31890/96, 26.11.2002. Ayrıca bkz. Karakoç/Türkiye, 28294/95, 2.11.2004 (Dostça çözüm); Yaman/Türkiye (no. 37049/97) (Dostça çözüm). Kimi diğer davalarda hükümetin pozisyonu Kınay ve Kınay kadar açık olmamakla birlikte, sorumluluğu kabul eder niteliktedir. Örneğin Binbay vakasında başvuruçuların davalarındaki (in the applicants' case) yerine bu davada iddia edildiği gibi (as claimed in the instant case) ifadesine yer verilmiş ama hükümet yine de münferit olarak bu davada kişi bütünlüğüne ve mala karşı yapılan saldırılarla soruşturmanın eksik kalmasından duyduğu üzüntüyü dile getirmiştir. Bkz. Binbay/Turkey, no. 24922/94, 21.10.2004 (Dostça çözüm).

136 Bu bildirimlerin dayanağı Sözleşme'nin 37. maddesidir:

Madde 37 - Başvurunun kayıttan düşmesi

1 Yargılamanın herhangi bir aşamasında, Mahkeme, aşağıdaki sonuçlara varılması halinde başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebilir. a Başvuru sahibi başvurusunu takip etme niyetinde değilse; veya; b Sorun çözümlenmişse veya; c Başka herhangi bir nedenden ötürü, başvurunun incelenmesine devam edilmesi hususunda artık haklı bir gerekçe görmezse.

Ancak bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder.

2 Mahkeme koşulların haklı kıldığı kanısına varırsa, bir başvurunun eski haline döndürülmesini kararlaştırabilir.

137 Akman/Türkiye, no. 37453/97, 26.6.2001; Haran/Türkiye, 25754/94, 26.2.2002; Toğcu/Türkiye, 27601/95, 9.4. 2002

138 P. Leach, "Access to the European Court of Human Rights- From a Legal Entitlement to a Lottery?", 27 HRLJ 11, 20.

Loucaides göstermiştir. Loucaides hükümetin davada ne sorumluluk üstlendiğini ne de bu karar sonrasında bir soruşturma yürütme yükümlülüğüne girdiğini belirtmiş, hükümetin geleceğe ilişkin almayı taahhüt ettiği önlemlerin bir anlamı olmadığını, çünkü Sözleşmeye taraf olarak zaten böyle bir yükümlülük altında olduğunu altını çizmiştir.¹³⁹ Loucaides'in de belirttiği gibi böyle bir yöntem, ağır ihlal başvurularını *ex gratia* tazminat yoluyla satın alma anlamına gelmekteydi. Hükümetin buradaki amacı açıktır. Bir davanın esastan incelenip, ağır insan hakları ihlallerinin tespit edilmesiyle açıkça sorumluluk almadan dostça çözüm veya tek taraflı beyanla sonuçlandırma arasında açık bir fark vardır. İkinci yöntem ihlalleri büyük ölçüde görünemez kılmakta, hükümeti eleştirilerden muaf tutmaktadır. Bu duruş, 6 Mayıs 2003 tarihli Büyük Daire kararıyla engellenmiştir. Büyük Daireye göre, bir dava kayıttan düşürülmeden önce, *numerus clausus* olmayan şu unsurlar dikkate alınmalıdır:

Olaylar konusunda taraflar arasında uyumsuzluk olup olmadığı, uyumsuzluk varsa tarafların bu uyumsuzluğa ilişkin sundukları verilerin *prima facie* delil değeri; yapılan şikayetin niteliği; ileri sürülen iddiaların daha önce Mahkeme tarafından karara bağlanan davalara benzerliği; daha önceki davalara ilişkin Mahkeme kararlarına yönelik olarak hükümetin aldığı önlemlerin kapsamı ve niteliği ve bu önlemlerin mevcut davaya etkisi; Mahkemenin davayı açıklığa kavuşturmak üzere delil toplayıp toplamadığı, hükümetin tek taraflı bildiriminde Sözleşmeyi ihlal ettiğini kabul edip etmediği, ettiyse bu kabulün kapsamı ve başvuruya giderim sağlama niteliği.¹⁴⁰

Büyük Daire, her ne kadar, 37. madde uyarınca listeden düşmek için hükümetin tam sorumluluk almasını *sine qua non* bir şart olarak görmese de, bir kişinin kaybolduğu veya faili meçhul cinayete kurban gittiği vakalarda iç hukuktaki soruşturma Sözleşmenin gerektirdiği düzeye ulaşamamışsa, tek taraflı bildirimin en azından bu durumu tanıması ve Devletin Sözleşmeye uygun bir soruşturmayı başlatması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴¹ Bu görüş, daha önceki içtihatla belirtilen "Mahkeme başvuru lehine bir karar veya önlem alınmasının, ulusal makamların açıkça veya esasta Sözleşme ihlalini kabul edip, giderim sağlamadığı sürece, ilke olarak bu kişinin mağdur niteliğini ortadan kaldırmadığı"¹⁴² gö-

139 Yargıç Loucaides'in karşı oyu. T.A./Türkiye, 26307/95, 9.4.2002.

140 Tahsin Acar/Türkiye (BD), 26307/95, 6.5.2003, para. 76.

141 Tahsin Acar/Türkiye, para. 84.

142 Örn. bkz. Eckle/Almanya, 15.7.1982, Series A no. 51, para 69 vd.; Amuur/Fransa, 25.6.1996, RJD 1996-III, para. 36; Dalban/Romanya [BD], no. 28114/95, RJD 1999-VI para. 44 ve Jensen/ Danimarka (kabul edilebilirlik kararı), no. 48470/99, 20. 9. 2001, ECHR 2001-X.

rüşüyle de uyumludur. Toplumun ve mağdurun gerçeği bilme hakkını ortadan kaldıran giderim araçları etkili koruma ilkesine aykırı olacaktır.

Acar davası, ciddi insan hakları ihlallerinin ayrı bir hikayesi olduğunu, ne kadar birbirine benzerse benzesin kopya dava olarak görülemeyeceklerini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, bu tip davaların pilot dava yöntemiyle çözülmemesi gerekir.

4.3 Sayısal Değil Niteliksel Birlik

Ağır ihlallere ilişkin söylenenler, bir başka önemli noktanın daha altını çizmeyi zorunlu kılmaktadır. AİHM önündeki davalar çok farklı yapıda ve nitelikte davalardır. Bu davaların hepsini kapsayacak, tek tip bir modele uyarlayan matematiksel bir çözüm etkinlik-adalet dengesini adalet aleyhine bozmaya mahkûmdur. Çünkü ulusal veya uluslararası yargı salt bir mühendislik sorunu değildir.

Parlamentar Meclis, AİHM Kararlarının Uygulanmasına ilişkin kararında¹⁴³, pilot dava yönteminin “bazı karmaşık sistemik sorunların ilgili sistemik sorunun farklı yönlerini ortaya koymayabilecek tek bir dava üzerinden yürütüldüğünü” endişeyle not etmiştir. Bu şartlar altında, “pilot uygulama” sorunun kapsamı bir değerlendirmesine izin vermeyeceğinden ve bu süre içerisinde ilgili tüm davalar durdurulacağından bu yöntemin AİHS uygulanmasına hızlandırıcı değil tam tersine erteleyici bir etkisi olması riski doğmaktadır.

Bununla birlikte, tüm süreç AİHM önündeki davaların tek tip olduğundan yola çıkmış izlenimi vermektedir. Kopya dava terimi de bu anlayıştan nasibini almış görünmektedir. Örneğin Yönlendirme Komitesi, kopya davaları bir yasa kuralından ve spesifik bir uygulamadan kaynaklanan ihlaller olarak tanımlamaktadır. Halbuki AİHM’nin önünde aynı kaynaktan geliyor görüntüsü veren davaların hepsini tek bir tip altında toplamak kolay değildir. Pilot dava uygulaması yapılabilmesi için sadece belli bir soruna bağlı çok sayıda dava olması yeterli değildir. Ayrıca bu davaların ortak nitelikleri, birinde verilen kararın diğerlerinin de *restitutio in integrum*’a en yakın şekilde sonuçlanmasını sağlayacak türden olmalıdır. Ayrıca ihlal edildiği iddia edilen hak da böyle bir uygulamaya müsait olmalıdır.

143 Assembly Resolution 1516 (2006) “Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights”, para. 21; Aynı konuda Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi’nin Raporu, Parliamentary Assembly doc. 11020, 18.9.2006.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

5. Kopya Dava Tipleri

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, pilot karar uygulamasına gidilebilecek farklı ihlal türlerini birbirinde ayırmak gerekmektedir. Kanımızca sistematik olduğu ve pilot davayla çözülebileceği düşünülen davalar tek tip değil, en az üç tiptir¹⁴⁴. Bu değişik tiplerden ilk ikisi Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Direktörü Pierre-Henri Imbert tarafından da saptanmıştır.¹⁴⁵

5.1 Spesifik İhlal

Çok sayıda kişiyi etkileyen spesifik ihlaller, ulusal hukuktaki bir kuralın ve tek tip uygulamanın Sözleşme'ye aykırı olmasından kaynaklanan ihlal türüdür. DGMlerin tarafsız ve bağımsız olmadığına dair kararlar¹⁴⁶, kamulaştırma bedeline ilişkin davalar¹⁴⁷ bu ihlal türünün tipik örnekleridir. İç hukuktaki bir kurala aykırı olsa bile tek tip bir uygulamadan kaynaklanan davalar da bu grupta sınıflandırılabilir.¹⁴⁸ Bu durumda, ulusal hukuktaki ilgili kuralı değiştirerek, eğer şartları uygunsa tazminata hükmederek bir seri davayı sonuçlandırmak mümkün olabilecektir. AİHM tarafından bugüne kadar verilen pilot kararlar çoğunlukla bu türdendir.

Örneğin, Mahkeme'nin ilk pilot kararı olan Broniowski bu açıdan tipik bir içtihatır. Broniowski, 2. Dünya savaşı sonrasında SSCB ile Polonya arasında yapılan anlaşma sonucunda SSCB sınırlarında kalan malları nedeniyle alacak hakkı doğan 80.000 Polonya vatandaşından biridir. Bu mağdurlardan 167si davasını AİHM önüne götürmüştür.¹⁴⁹ Mahkeme'ye göre ihlal, Polonya mevzuatının veya idari pratiğinin kötü işlemesinden kaynaklanan ve çok sayıda kişiyi etkileyen ve

144 Aslında kopya davaların tek tip olmadığıнын Yönlendirme Komitesi tarafından da kabul edildiği söylenebilir. Kurul, pilot davayla çözülemeyen diğer davaları yeni oluşturulacak (o tarihte 14. Protokol mevcut olmadığı için 28. madde olduğu belirtilmekle birlikte) kısa usulle Komitelerin karara bağlamasını istemektedir. Interim Report of the CDDH to the Committee of Ministers "Guaranteeing the long-term effectiveness of the European Court of Human Rights", para. 74.

145 Mr Pierre-Henri Imbert, Director General of Human Rights, Council of Europe Follow-up to the Committee of Ministers' Recommendations on the implementation of the Convention at the domestic level and the Declaration on "Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels", p. 40. Bu ayırım Seminer sonucu olarak da ilan edilmiştir. Aynı eser, Conclusions of the Seminar, s. 11, para. 25. Benzer bir ayırım için Sardaro, s. 613, dn. 55.

146 Bilindiği gibi Mahkeme tarafından bu saptama ilk olarak İncal davasında yapılmış, daha sonraki kararlarda aynı ilke tekrarlanmıştır. İncal/ Türkiye, 9.6. 1998, RJD 1998-IV, para. 72; Özdemir/Türkiye, no. 59659/00, 6.2. 2003, para. 35-36.

147 Akkuş/Türkiye, 9.7.1997, RJD 1997-IV; Aka/Türkiye, RJD 1998-VI.

148 Örneğin bkz. Karanovic/Bosna Hersek, 39462/03. Başvurucu Bosna Hersek İnsan Hakları Mahkemesi kararının uygulanmaması nedeniyle, Bosna Hersek Federasyonu yerine Sırp Cumhuriyeti'nden (Republika Srpska) emekli maaşı almaktadır. Sorun kuraldan değil uygulamadan kaynaklanmaktadır.

149 Broniowski, para. 193.

etkilemeye devam eden yaygın bir sorundan kaynaklanmaktadır.¹⁵⁰ Bu davada ilk defa Mahkeme bir taraf devletin alması gereken genel önlemler konusunda karar vermiştir. Buna göre, Devlet'in alacağı genel önlemler ya AİHS'yi ihlal ettiği tespit edilen durumdan etkilenen çok sayıdaki kişinin haklarına ulaşmalarının önünde bulunan tüm engelleri kaldırmalı veya bunun yerine eşit nitelikte bir giderim sağlamalıdır.¹⁵¹ Bu bulgu, hüküm fıkrasında da tekrar edilmiştir. Mahkeme, eski komünist rejimden kapitalist modele geçişte ortaya çıkan benzer mülkiyet sorunlarına ilişkin olarak başka pilot kararlar da vermiştir.¹⁵²

Spesifik bir iç hukuk kuralından kaynaklanan ihlalin tipik bir diğer örneği Türkiye'deki İnfaz Hakimliği uygulamasıdır. Gülmez/Türkiye davasında¹⁵³, başvuru hakkında uygulanan disiplin cezalarına karşı İnfaz Hakimliği'ne başvurmuş, ancak başvurusu İnfaz Hakimliği Kanunu'nun¹⁵⁴ 6. maddesi uyarınca dosya üzerinden karara bağlanmıştır. AİHM'e göre, ilgili yasaya göre duruşma yapılmasının mümkün olmaması ve kararı veren yargı makamları önünde avukat temsilinin sağlanmamış olması, başvurunun hakkındaki usulü etkili bir şekilde takip etmesini imkansız kılmaktadır ve bu durum AİHS'nin 6. maddesini ihlal etmektedir.¹⁵⁵ Önünde devam etmekte olan benzer davaları dikkate alan AİHM, verdiği pilot kararlar hükümetin mevzuatını Avrupa Hapishane Kuralları'nın¹⁵⁶ 57 § 2 (b) ve 59 (c) maddelerinde belirtilen adil yargılanmayı güvence altına alan ilkelere uygun hale getirmesini istemiştir.

Açlık grevinde Wernicke-Korsakoff hastalığına yakalanan ve bu nedenle serbest bırakılan başvurunun infazına yeniden başlandığı Tekin Yıldız vakasında da AİHM, bu durumda başvurucuya hakkındaki adli tıp raporunu Adli Tıp Genel Kurulu'na götürme imkanının verilmesi ve itiraz kesinleşinceye kadar infaza başlanmaması gerektiğini, Adli Tıp Kurumu Kanunu'nda¹⁵⁷ bu konuda boşluk bulunduğunu belirterek bu durumun sistemik bir soruna vücut verdiğini saptamıştır.¹⁵⁸ Bir başka deyişle mevzuatta bir hükmün varlığı kadar yokluğu da sistemik bir soruna yol açabilmektedir.

150 Broniowski, para. 189.

151 Broniowski, para. 194.

152 Bkz. Driza/Arnavutluk, no. 33771/02, 13.11.2007; Hutten-Czapska/Polonya, (BD), 35014/97, 19.6.2006; Urbárska Obec Trenčinske Biskupice/Slovakya, no. 74258/01, 27.11.2007; Viasu/Romanya, no. 75951/01, 9.12.2008. Aynı kapsamda bkz. Ghigo/Malta, (Adil Tatmin), no. 31122/05, 17.7.2008.

153 Gülmez/Türkiye, 16330/02, 20.5.2008.

154 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu, RG: 23.5.2001, S. 24410.

155 Gülmez, para. 36-39.

156 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ilgili kararı için bkz. European Prison Rules, Rec (2006)2.

157 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu, RG: 20.4.1982, S. 17670.

158 Tekin Yıldız/Türkiye, no. 22913/04, 10.11.2005, para. 94-95.

Benzer şekilde, kamulaştırma bedelinin pazar değerinin çok altında oluşmasına sebep olan bir yasa hükmü¹⁵⁹, sanığın yokluğunda karar verilmesine neden olan bir ceza muhakemesi hükmü¹⁶⁰ pilot dava konusu olabileceği gibi hükümlülerin her hafta soyularak aranmasına olanak sağlayan iç hukuk düzenlemesi¹⁶¹ kopya davalara vücut verebilir. Bu davalarda da, AİHM hakka ulaşmanın önündeki yasal, idari ve bütçe engellerinin kaldırılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶²

Sadece bir yasa hükmünün değiştirilmesini gerektiren pilot kararların uygulanmasının nispeten kolay olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Driza/Arnavutluk¹⁶³ ve Hutten-Czapska/Polonya¹⁶⁴ davaları, duruma ilişkin spesifik ihlal kararlarında bile hükümetten istenen genel önlemin çok yönlü siyasi anlamlarının olabileceğini göstermiştir. İlk davaya ilişkin kararında AİHM, hükümetten eski rejimde malları ellerinden alınan kişilere mallarının iadesi veya tazminat ödenmesini öngören yasanın gereği gibi uygulanabilmesi için tüm yasal idari ve bütçe önlemlerini almasını önermiş, ancak hüküm fıkrasında genel önlemlere yer vermemiştir.¹⁶⁵ Hutten-Czapska davası ise Polonya'daki 600.000 konuta ilişkin sonuçları olan bir davadır. Davada, mal sahibinin kiracısını seçememe ve sözleşme hükümlerini belirleyememe gibi diğer mülkiyet hakkı kısıtlamaları yanında, kiraların kontrol altına alınarak olağan bakım, onarım ihtiyaçlarını bile karşılayamayacak düzeyde tutulmasına yol açan yasal düzenlemelerin Sözleşme'ye aykırı olduğunu belirleyen AİHM, benzer davalarda uygulanmak üzere durumu bir pilot karar ile saptamış¹⁶⁶, bu bulgu hüküm fıkrasında (*operative provisions*) yer aldığı için diğer davaları da iç hukuka yollamanın yolu açılmıştır. AİHM, mal sahiplerinin mülklerinden kar etmek de dahil çıkarlarıyla, toplumun yoksullara yeterli konut sağlama da dahil çıkarları arasında yasal ve/veya diğer önlemler yoluyla adil bir denge kurması gerektiğini belirtmiş ancak alınacak önlemler konusunda hükümete takdir marjı bırakmıştır. Öte yandan Mahkeme, bu önlemlerin arasında Polonya Anayasa Mahkemesi'nin Haziran

159 Scordino/İtalya, 29. 3. 2006, No. 36813/97, para. 229-237.

160 Sejdic/İtalya (1. Daire Kararı), 10.11.2004, no. 56581/00.

161 Van der Ven/Hollanda, no. 50901/99; Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 65.

162 Scordino, para. 237. Ancak Scordino'da bu bulgu hüküm fıkrasında tekrar edilmemiş, devam eden diğer davalar da genel önlemler alıncaya kadar askıya alınmamıştır.

163 Driza/Arnavutluk, 33771/02, 13.11.2007.

164 19.6.2006, No. 35014/97

165 Driza/Arnavutluk, para. 126.

166 Yargıç Zagrebelsky, bu konunun da çok boyutlu olduğunu; sorunun basit bir tazminat mekanizması oluşturmakla çözülemeyecek, mal sahibi ile kiracılar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuksal sistemin toplu bir değerlendirmesini gerektirecek nitelikte olduğunu belirtmiştir.

2005’de sunduğu önerilerin olabileceğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Broniowski kararında olduğu gibi, daha sonra verilen bir dostça çözüm kararıyla, tüm başvuruların iç hukukta oluşturulan mekanizmalar tarafından karara bağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, ülkede Komünist rejimden kalan ve çok geniş kitleleri etkileyen kira hukukunun, benzer durumdaki kişileri kapsayacak şekilde reforme edilip edilemeyeceği halen belirsizdir.¹⁶⁸

Spesifik ihlal siyasal bir durumun sonucu olarak da ortaya çıkabilir. Kuzey Kıbrıs’taki mallarına ulaşamadıkları için mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri süren 1400 civarında Rum’un durumunu da bu başlık altında incelemek mümkündür. Bilindiği gibi Loizidou vakasında¹⁶⁹, AİHM, bu konudaki öncü kararını vermiş ve başvurucunun malına ulaşamamasının devam eden bir ihlal olduğunu saptamıştır. Bu yaklaşım daha sonra verilen kararlarla da teyit edilmiştir.¹⁷⁰ Xenides-Arestis vakasında, Türk hükümeti daha önceki davalardan farklı olarak, Kuzey Kıbrıs’ta yeni oluşturulan bir iç hukuk yolunu AİHM’nin dikkatine sunmuştur. 2003’de KKTC Meclisi tarafından onaylanan KKTC Hudutları Dahilinde Kalan ve Anayasa’nın 159. Maddesi’nin (4). Fıkrası Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini Yasası” bir dizi gerekçeyle, AİHM tarafından etkili bir iç hukuk yolu olarak tanınmamıştır. 2003 Yasası’nın incelendiği Xenides-Arestis kabul edilebilirlik kararında, AİHM, Yasayla kurulan Taşınmaz Mal Saptama, Değerlendirme ve Tazmin Komisyonu’nun Sözleşme standartları açısından yetersiz bulurken, kabul edilebilir Komisyon oluşumunun da ipuçlarını vermiştir.¹⁷¹ Mahkeme, esasa ilişkin kararında da, esasa ilişkin kararın verilmesinden itibaren 3 ay içerisinde, kabul edilemezlik kararında gösterilen türde bir iç hukuk yolu oluşturulmasını davalı hükümetten istemiştir.¹⁷² 2005 yılında “Anayasa’nın 159’uncu Maddesinin 1’inci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi” Yasası KKTC tarafından yasalaştırılmıştır. Yeni yasa bir öncekinden farklı olarak sadece tazminatı değil, şartların gerçekleşmesi halinde malın iadesini de düzenlemektedir. Ayrıca Taşınmaz Mal Komisyonu üyelerinden en az ikisinin, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Birleşik Krallık, Yunanistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan kişiler arasından atanacağı

167 Hutten-Czapska/Polonya, (BD), 35014/97, 19.6.2006, para. 239.

168 Mahkemenin başvuruyu sonlandırdığı dostça çözüm kararında halen ilgili yasaların taslak halinde olması durumun ne kadar kritik olduğunu göstermektedir. Hutten-Czapska/Polonya, 35014/97, 28.4.2008.

169 Loizidou/Türkiye, no. 15318/89, 18.12.1996.

170 Demades/Türkiye, no. 16219/90, 31.7. 2003; Eugenia Michaelidou Developments Ltd ve Michael Tymvios/ Turkey, no. 16163/90, 31.7. 2003.

171 Xenides-Arestis/Türkiye, kabul edilebilirlik kararı, no. 46347/99, 14.3.2005.

172 Xenides-Arestis/Türkiye (Esas), no. 46347/99, 22.12. 2005, para. 40.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yeni Yasada kurala bağlanmıştır. Nihayet AİHM, 7 Aralık 2006 tarihli adil tatmine ilişkin kararında¹⁷³, hükümet tarafından önerilen yeni iç hukuk yolunun kabul edilebilirlik kararında belirtilen ölçütlere uygun olduğunu belirtmiştir. Böylece, spesifik bir düzenlemeyle kopya davaların iç hukuka yollanmasının önü açılmıştır.

5.2 Usuli Hakları Etkileyen Sistemik veya Yapısal İhlal

Adli sistem veya insan haklarının korunmasına ilişkin mekanizmalardaki yapısal sorunlar seri davalara yol açabilmektedir. Spesifik ihlalden farklı olarak bu tür sorunlar genelde toplumun bir kesimini değil, tümünü etkilemektedir.¹⁷⁴ Makul sürede yargılanma hakkı ihlali bu ihlal türünün tipik örneğidir. 2005 yılı istatistiklerine göre AİHM tarafından verilen nihai kararların % 25'i makul süre ilkesinin ihlaline ilişkindir.¹⁷⁵ AİHM'nin ilk pilot kararlarından biri olan Lukenda/Slovenya kararı bu soruna ilişkin bir karardır. Mahkeme, Slovenya aleyhine yapılmış 500 makul süre davasını dikkate alarak, hükümete ya mevcut giderim yollarını değiştirmesi ya da bunları tamamlayıcı yeni giderim yolları oluşturması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Benzer kararlar başka ülkeler hakkında verilmektedir.¹⁷⁷ Ancak, Yargıç Zagrebelsky haklı olarak kararın hüküm bölümünün 5. fıkrasında yer alan "Davalı Devlet, uygun yasal önlemler ve idari uygulamalar yoluyla, makul sürede yargılanma hakkını güvenceye almalıdır" ifadesine katılmadığını belirtmiştir. Zagrebelsky'e göre, bu ifade yargıç sayısı, teknoloji kullanımı, bütçe, hukukçuların nitelikleri gibi çok farklı başlıkları içerdiğinden, nasıl yerine getirileceği belirsiz bir nitelik taşımaktadır.¹⁷⁸

Adalet sistemine ilişkin bir diğer yapısal bozukluk örneği mahkeme kararlarının hiç uygulanmaması ya da çok geç uygulanmasıdır. AİHM, Rusya'ya karşı 200 farklı davada ilgili devletin ulusal hukuk sisteminde mahkeme kararlarının icra edilmemesinden kaynaklanan ihlaller bulduktan sonra yakın tarihte bunun yapısal bir sorun olduğunu saptamıştır. Sorunun kaynağı spesifik bir kuraldan değil, mevzuattaki eksikliklerden ve/veya yetkililerin bağlayıcı kararları uygu-

173 Xenides-Arestis/Türkiye (Adil Tatmin), no. 46347/99, 7.12. 2006, para. 37

174 Burdov/Rusya (No. 2), no. 33509/04, 15.1.2009, para. 129.

175 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 15 Kasım 2006 CM(2006)203, para. 88. Bu konuda bkz. Scordino/İtalya (No. 1), no. 36813/97, 29.3.2006. 2004 yılı verilerine göre Polonya aleyhine 700, Çek Cumhuriyeti aleyhine 500 ve İtalya aleyhine 850 makul süre davası vardır. Council of Europe (2004)Applying and Supervising the ECHR-Reform of the European Human Rights System, Proceedings of the high-level seminar, (CoE: Oslo) s. 57.

176 Lukenda/Slovenya, no. 23032/02, 6.10.2005, para. 98.

177 Martins Castro Et Alves Correia De Castro/Portekiz, no. 33729/06, 10.6.2008.

178 Bununla birlikte, Scordiono davasında Büyük Daire'nin yaptığı gibi makul süre ihlallerine ilişkin geliştirilen iç hukuk yolunun etkili kılınması gibi somut öneriler pilot kararlarla verilebilir. Scordino/İtalya, para. 238-240.

lanmasına ilişkin davranışlardan kaynaklanmaktadır.¹⁷⁹ Mahkeme'nin önünde devam etmekte olan 700 davanın bir kısmı aynı vakalara ilişkin gecikmeden kaynaklanan yeni ihlal iddialarına ilişkindir.¹⁸⁰ Bu nedenle bulunması gerekli çözüm de bir kuralın değiştirilmesiyle çözülemeyecek düzeyde karmaşık ve ayrıntılıdır, federal ve yerel düzeyde yasal ve idari önlemler alınmasını gerektirmektedir.¹⁸¹ Ancak, Mahkeme kapsamlı bir reform önermenin yetkisini aşan bir husus olduğunu belirterek yine sadece uzayan davalarla ilgili iç hukuk yolu oluşturulması konusunda görüşlerini bildirmekle yetinmiştir.¹⁸²

Gerçekten de spesifik ihlallerden farklı olarak, sistemik ihlallerde bir kuralı veya tek tip bir uygulamayı değiştirmek şikayetlerin sona ermesine sebep olmayacaktır. Imbert'in belirttiği gibi sistemik ihlalleri çözmek çok kapsamlı bir önlemler paketini ve ciddi bir planlamayı gerektirecektir. Bunun için davalı hükümetin ayrıntılı bir zaman çizelgesi hazırlaması, işbirliği içinde bu planın yürütülmesi gerekir. Bu nedenle de, çok sayıda başvurunun alınan önlemlerin gerçekten etkili olup olmadığı saptanana kadar bekletilmesi ciddi sorunlara yol açabilecektir. Bu nedenle, AİHM'nin vereceği pilot kararların daha açık ve uygulanabilir nitelikte olması bir zorunluluktur. AİHM ise bu konunun hükümetin takdir marjı içerisinde kaldığı düşüncesiyle, açık kararlar vermekten kaçınmaktadır. Bu tutum, yapısal bozukluklara ilişkin verilen pilot kararları büyük ölçüde anlamsız kılmaktadır. Buradan aslında pilot karar yönteminin yapısal sorunlara ilişkin bir faydasının olmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir.

5.3 Esasa ilişkin Hakların Yaygın ve Sistematik İhlali

Sistemik veya yapısal bozukluk aynı zamanda esasa ilişkin hakları yaygın bir şekilde ihlal ediyorsa, sorunun pilot kararlarla çözülmesi daha da zorlaşacaktır. Bu davaları da kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür. Birinci tür davalar, esasa ilişkin ihlal olmakla birlikte spesifik bir kuraldan değil yaygın ve benzer bir uygulamadan kaynaklanmaktadır. Bir hapisshanedeki tutulma koşullarını AİHS'nin 3. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığında, aynı hapisshane de aynı koşullarda tutulan kişilerin hepsinin ayrı ayrı hikayesine bakılmaksızın 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir. Sözleşme içtiğinde bunun çok sayıda örneği bulunmaktadır.¹⁸³ Bu davalar gerçekten birbirinin kopyasıdır ve aynı kararı

179 Burdov/Rusya (no. 2), para. 131.

180 Örneğin Kukalo/Rusya (no. 2), no. 11319/04, 24.7. 2008

181 Burdov/Rusya (no.2), para. 136.

182 Aynı yerde, para. 136-141.

183 Kehayov/Bulgaristan, no. 41035/98, 18.1.2005; Alver/Estonya, no. 64812/, 8.11.2005; Kalashnikov/Rusya, no. 47095/99, 15.7.2002.

tekrar vermektense bir pilot kararla çözümünü yoluna gitmekte fayda vardır.¹⁸⁴

İkinci tür esasa ilişkin ihlal tipi, devletin belirli nitelikte insan hakları ihlallerini yapısal sorunlar nedeniyle sistematik bir şekilde engelleyememesi veya engellemek istememesinden kaynaklanmaktadır. Aslında bu davalar, aynı kaynaktan doğmalarına rağmen kopya dava değildir, birbirini tekrar etmemektedir. Eğer etkili bir iç hukuk yolu olsa, hepsi ayrı bir hikayeye yol açacak nitelik taşımaktadırlar. Spesifik ve usuli ihlallere ilişkin verilen pilot kararlarda parasal giderim önerilmesi yeterli olabilmektedir. Ancak, esasa ilişkin hakları da etkileyen sistemik veya yapısal sorunlarda, sadece parasal giderimlerin yeterli olması mümkün değildir. Bu tür ihlal tiplerinde yukarıda açıklanan uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak hak ihlalinin çeşitli görünümünü karşılayacak giderim araçları sunulmalıdır. Bunun da pilot kararlar aracılığıyla yapılması imkânsız değilse de oldukça güçtür. Böyle bir yol seçilecekse, pilot kararın Zagrebelsky'nin eleştirdiği türden genel nitelikte değil, somut birden fazla giderim aracını önerir şekilde olması gerekir.

Yukarıda açıkladığımız üzere kayıplarla ilgili davalarda, devletin yükümlülüğünün aynı olduğundan yola çıkarak bu davalar arasında yapısal bir ilişki kurulmaya çalışılmıştır. Ancak bu tür ihlallerin yapısal bozukluklarla benzer bir şekilde sınıflandırmanın mümkün olmadığı haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁸⁵ 2003 tarihli Tahsin Acar kararı bu görüşü teyit etmiştir.¹⁸⁶ Ancak, pilot karar yöntemiyle bu çizgiden sapılma ihtimali de gündeme gelmiştir. Bu açıdan verilen ilk, tek ve fakat buraya kadar açıklanan ilkelerle taban tabana zıt olan ülke içinde yerinden edilen kişiler hakkındaki bir karar, Mahkeme'nin niteliksel bir ayırım yapmadan esasa ilişkin ağır hak ihlallerini bile pilot karar yöntemiyle çözmeye çalıştığını göstermektedir. Pilot karar yönteminin tehlikeli bir siyasi araç haline gelebileceğini göstermesi açısından bu ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir.

5.4 Güneydoğu Davaları ve Pilot Karar

5.4.1 Yerinden Edilme Olgusu¹⁸⁷

Güneydoğu'da 1984 yılından başlayan bir süreçte bölgedeki çatışmalara

¹⁸⁴ Bu öneri için bkz. L. Wildhaber (2002), "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?", 23 HRLJ 161, 164; Parasekeva, s. 16.

¹⁸⁵ Leach, Access, s. 20.

¹⁸⁶ Tahsin Acar/Türkiye, bkz yukarıda not. 64

¹⁸⁷ Ülke içinden yerinden olma kavramı, zorla ya da zorunda kalarak evlerini veya sürekli yaşamakta oldukları yerleri terk etmek zorunda kalan kişileri karşılamak için kullanılmaktadır. Yerinden olma olgusunun kaynağı doğal afetler olabilmekle birlikte, insan kaynaklı yerinden olma için "yerinden edilme" kavramı daha doğru tercihtir. Türkiye'de evlerini çatışmalar nedeniyle terk etmek zorunda kalan kişiler için kullanılması gereken terim "yerinden edilme"dir. Bkz. Ülke İçinde Yerinden Olma Konusunda Yol Gösterici İlkeler (2005), (Birleşmiş Milletler ve Brookings Enstitüsü: Ankara)

bağlı olarak çok sayıda kişinin yerinden edildiği bilinmektedir. Uzun süre, devletin bu konuda sorumluluğu bulunmadığı belirtilmiş, yerinden edilen kişi sayısı resmen açıklanmamıştır. Konuya ilişkin ilk nesnel kamu çalışması olan, 14 Ocak 1998 TBMM tarihli Göç Raporuna göre 378.335 kişi¹⁸⁸ yerinden edilmiştir. Öte yandan bu sayının 3-4 milyon civarında olduğunu ileri süren hükümet dışı örgüt raporları bulunmaktadır.¹⁸⁹ Bu veriler hakkında kesin bir görüş ifade etmek mümkün değilse de, son yıllarda konuya ilişkin yapılan çalışmalar sayının hükümetin açıkladığının çok üstünde olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de, 30 Temmuz 2008 günü itibarıyla, yani 5233 sayılı Yasa'ya¹⁹⁰ göre başvuru süresi dolduktan sonra¹⁹¹, Yasa uyarınca yapılan toplam başvuru sayısı 341.429'dur.¹⁹² Her bir başvurunun etkilediği kişi sayısı ve yerinden edilip de bu yola başvuranlar da dikkate alındığında¹⁹³ çatışma ortamından daha önce yapılan resmi rakamlardan çok daha fazla sayıda kişinin etkilendiği saptanabilmektedir.

Bu bulguyu başka veriler de desteklemektedir. Örneğin, İçişleri Bakanlığı İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne verdiği cevapta, 41.381 konutun tahrip edildiğini kabul etmiştir.¹⁹⁴ Daha da önemlisi, açıklanması çok uzun zaman alan ve yarı-resmi bir nitelik taşıdığı yönünde eleştirilerin¹⁹⁵ hedefi olan Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü'nün yaptığı araştırmaya göre de "göç veren 14 ilin kentsel yerleşim yerlerinden güvenlik nedenleriyle göç eden nüfusun tahmini büyüklüğünün 953,680 ile 1,201 bin arasında olabileceği görülmektedir."¹⁹⁶

188 T.B.M.M. (1998). Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da Boşaltılan Yerleşim Birimleri Nedeniyle Göç Eden Yurttaşlarımızın Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin Tespit Edilmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu. Tutanak Dergisi 53. Dönem, s. 20. ("Göç Komisyonu Raporu")

189 Kurdish Human Rights Project ve Bar Human Rights Committee of England and Wales (2006), The Status of Internally Displaced Kurds in Turkey: Return and Compensation Rights- An Update, (Londra: KHRP), s. 11.

190 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun, RG: 27.7.2004, S. 25535.

191 5666 sayılı Yasa ile 5233 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 4. madde uyarınca 1987 yılından Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar gerçekleşen olaylara ilişkin başvurular için süre 30 Mayıs 2008'e kadar uzatılmıştır.

192 İçişleri Bakanı Beşir Atalay'ın, Van Milletvekili Fatma Kurtalan'ın yazılı soru önermesine verdiği cevap. Sayı: B.05.0.İLİ.00.70003-470-5233/5885, Tarih: 10.9.2008.

193 Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü'nün yaptığı araştırmaya göre yerinden edilenlerin ancak yarısı Tazminat yasasından haberdardır. Bkz. Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (2006), Türkiye Göç ve Yerinden Olmuş Nüfus Araştırması, (Ankara), s. 113.

194 İnsan Hakları İzleme Örgütü, s. 22, dn. 39. "Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesi—12 Vilayet için İl İstatistikleri," İçişleri Bakanlığı'nın İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne, Çok Taraflı Siyasi İlişkiler Genel Müdürü Büyükelçi Duray Polat imzalı ve 24 Kasım 2004 tarihli üst yazıyla gönderdiği yazı.

195 Örn. Bkz. Dilek Kurban, Raporun Söylemedikleri, Radikal, 31 Aralık 2006.

196 Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, s. 61

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

Her ne kadar anılan kaynaklarda¹⁹⁷, güvenlik güçlerinin köy boşaltmalarda oynadığı rol farklı bir şekilde sunulmaktaysa da, hükümetin boşaltmalarda hiç rolünün olmadığı söylenememektedir.¹⁹⁸ Hatta Meclis Komisyonu, köy boşaltmanın yasal çerçevede yapılmadığını, güvenlik birimlerince fiilen gerçekleştirildiğini açıkça ifade etmektedir.¹⁹⁹ AİHM önünde sonuçlanmış çok sayıda karar²⁰⁰, yerlerinden edilenlerin en azından (ve muhtemelen büyük) bir kısmının güvenlik güçlerinin zor kullanmasıyla evlerini terk etmek zorunda kaldığını göstermektedir. Öte yandan aynı dönemde, dostça çözümle sonuçlanan başvurular olduğu²⁰¹ gibi devletin tek taraflı bildirimiyle nihayete eren vakalar²⁰² da mevcuttur. Aşağıda görüleceği üzere İçyer davasında, AİHM köy boşaltma sorunun yapısal bir nitelik kazandığını kabul etmiştir.

2005 yılında AİHM önünde Güneydoğu kaynaklı 1500 dava bulunmaktadır. Ancak nicelik açısından buraya kadar incelediğimiz kopya dava türlerine benzeyen bu durum, nitelik açısından diğerlerinden ciddi bir şekilde ayrılmaktadır. Bu nitelik farkı, on yılı aşkın bir süre içerisinde üretilen AİHM içtihadında görülebilmektedir. Yerinden edilme sorununa ilişkin pilot kararları incelemeden önce bu içtihadı bakmak yararlı olacaktır.

5.4.2 Akdılar: İç Hukuk Yollarını Tüketmeye Gerek Yok, Çünkü...

AİHM, Güneydoğu davalarının önünü açan Akdılar davasında iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirlerken; idare, ceza ve hukuk mahkemelerine başvuru yollarını tek tek incelemiştir. Mahkeme, köy yakma gibi bir iddia karşısında sadece tazminatı içeren bir giderimin yeterli olmayacağını saptamaktadır. Uluslararası sorumluluk hukukuna uygun bu yaklaşımın bir sonucu olarak, hükümetin önerdiği idari yargıda temin edilebilecek sosyal risk ilkesine dayalı tazminat yolu etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemiştir. Çünkü,

197 Konuyla ilgili yapılan diğer çalışmalar için bkz. Deniz Yüksek (2006), "Türkiye'de Yerinden Edilme Olgusu Hakkında Yapılan Bazı Araştırmaların Bulguları", D. Kurban vd (yay. haz.), "Zorunlu Göç" ile Yüzleşmek, (Tesev: İstanbul), s. 121.

198 Örneğin Hacettepe çalışması konuyu açıklıkla ortaya koymamakla birlikte şu ifadeyi kullanmaktadır: "Korucu olmak istememe ve köyün boşaltılmasına yönelik talepler, görüşmelerin pek çoğunda köyün terk edilmesindeki en önemli nedenler arasında belirtilmiştir." Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, s. 129.

199 Göç Komisyonu Raporu, s. 31.

200 Çok sayıda örnek içinden bkz. Menteş ve Diğerleri/Türkiye, no. 23186/94, 28.11.1997; Selçuk ve Askeri/Türkiye, no. 23184/94 ve 23185/94, 24.4.1998; Bilgin/Türkiye, no. 23819/94, 16.11.2000; Dulaş/Türkiye, no. 25801/94, 30.1.2001.

201 Kemal Güven/Türkiye, no. 31847/96, 22. 5. 2001; Aygördü ve Diğerleri/Türkiye, no. 33323/96, 22.5. 2001; İnce ve Diğerleri/Türkiye, no. 33325/96, 22.5. 2001 ve İşçi/Türkiye, no. 31489/96, 25.9. 2001.

202 Bkz. yukarıda not 59.

hükümet tarafından sunulan sosyal risk ilkesine dayanan tazminat kararları ihlalin sorumlularını tespit etmemekte ve cezalandırmamaktadır:

“Bununla beraber Komisyon gibi Mahkeme de, köylerin tahribatı probleminin boyutlarına (bk. yukarıda parag. 13) rağmen, mal ve mülkün güvenlik mensupları tarafından kasıtlı olarak tahrip edildiği iddialarına karşılık tazminat ödendiğine veya bu güvenlik mensupları hakkında kovuşturma yapıldığına dair hükümetin örnekler verememiş olmasının dikkat çekici olduğu kanısındadır. Bu bağlamda Mahkeme, güvenlik mensuplarının bu çeşit yasadışı davranışlarda bulunduklarını kabul etmede yetkililerin genel bir isteksizlik içinde olduklarını belirten Komisyon temsilcisinin dayandığı delilleri (bk. yukarıda parag. 63) kaydeder. Mahkeme ayrıca, tarafsız bir soruşturma yapılmamış olmasını, yetkililer tarafından başvurularda delil toplamak amacıyla işbirliği teklifinde bulunulmuş veya *ex gratia* ödeme yapılmamış olmasını da kaydeder.”²⁰³

Hukuk davası da sorumluları ortaya çıkarmak için elverişli görülmediğinden etkili bir hukuk yolu sayılamaz. AİHM, bu hususu Menteş ve Diğerleri davasının 13. madde incelemesinde çok daha açık bir şekilde ortaya koymuştur:

“Buna göre bir kimsenin, devlet görevlileri tarafından evinin ve mallarının kasten tahrip edildiğine dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, “etkili hukuk yolu” kavramı, bu kimseye gerekli tazminatı alma hakkı ile birlikte, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapılması ve şikayetçiye bu soruşturma sürecine etkili bir şekilde katılma hakkı verir.”²⁰⁴

Etkili iç hukuk yolu konusunda vurgulanması zorunlu olan bir husus da idare kurulları hakkında AİHM’nin tutumudur. Aşağıda görüleceği gibi hiyerarşik olarak tamamen valiye bağlı bulunan tazminat komisyonları, İçyer kararında etkili hukuk yolu olarak tanınmıştır. Çok sayıda güneydoğu davasında il ve ilçe idare kurullarının yürüttükleri soruşturmalar, kurulların valiye hiyerarşik olarak bağlı, bağımsız nitelik taşımayan yapılar olması nedeniyle etkili kabul edilmemiştir.²⁰⁵

5.4.3 Köy Boşaltma aynı Zamanda 3. madde ihlaline Yol Açar

AİHM, Selçuk ve Asker davasıyla başlayan bir dizi vakada evlerin yakılmasının aynı zamanda insanlıkdışı muamele olduğuna karar vermiştir.²⁰⁶ Her köy

203 Akdivar/Türkiye, no. 21893/93, 16.9.1996, para. 71. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Osman Doğru (2008), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 3, (Legal: İstanbul), s. 558.

204 Menteş ve Diğerleri/Türkiye, no. 23186/94, para. 89 (Türkçe çeviri için bkz. Doğru, s. 836); Yöyler/Türkiye, no. 26973/95, 24.7.2003, para. 88.

205 Yöyler/Türkiye, para. 93; Güleç/Türkiye, no. 21593/93, 27.7.1998, para. 80.

206 Örn. Bilgin/Türkiye, no. 23819/94, 16.11.2000; Dulaş/Türkiye, no. 25801/94, 30.1.2001; Yöyler/Türkiye, no. 26973/95, 24.7.2003.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

boşaltma eylemi bu nitelikte değilse de belirli şartların gerçekleşmesi halinde, bu yönde hüküm kurulabilmektedir. Örneğin, Selçuk ve Asker davasında başvurucuların 54 ve 60 yaşlarında olması; her ikisinin de hayatlarının tamamının boşaltılan köyde geçmiş olması; evlerine ve diğer mülklerine zarar verilen bu kişilerin geçim olanaklarından yoksun bir şekilde köylerini terk etmeye zorlanmaları; evlerinin yakılmasının hazırlıksız oldukları bir sırada ve gözlerinin önünde gerçekleşmesi olması bu bulguya ulaşılmasını sağlamıştır.²⁰⁷ AİHM önünde devam eden 1500 dava arasında bu tür başka hikayelerin de bulunduğunu tahmin etmek güç değildir.

İçyer kararı sonrasında hükümet, yaşam hakkı ihlali iddiasında bulunulan davaların da tazminat komisyonlarına başvurulmadığı için iç hukuk yollarını tüketmediğini ve bu nedenle kabul edilemez bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. AİHM, ihlal konuları arasında bir kademelendirme yaparak yaşam hakkı ihlali iddiasının bir tazminatla giderilemeyeceğini, faillerin tespiti ve cezalandırılmasını sağlayacak bir soruşturmanın da etkili iç hukuk yolunda mevcut bulunması gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁸ AİHM'in bu yaklaşımından şöyle vahim bir sonuç çıkarmak mümkündür: İnsanlıkdışı davranış sistematik ve yaygın bir nitelik alsa bile ağır ihlal niteliği kazanmayabilir.

5.4.4 Yaygın ve Sistemattir

AİHM, çok sayıdaki davaya rağmen durumun sistematik bir nitelik kazandığını veya idari bir pratik haline geldiğini açıkça ilan etmemiştir. Öte yandan, kararların özellikle etkili iç hukuk yoluna ilişkin bölümleri, ihlalin sistematik bir nitelik kazandığını göstermektedir:

“Mahkeme, daha önce de doksanların ilk yarısında Türkiye'nin Güneydoğusunda güvenlik görevlilerinin dahil olduğu iddia edilen hukuk dışı davranışlara uygulanan ceza hukukunun belirli nitelikler gösterdiğini ve bu dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda yürürlükte olan soruşturma sisteminde bulunan sakatlıkların ceza hukukunun sağladığı korumanın etkinliğini zayıflattığına karar vermiştir. Mahkeme, bu olgunun, güvenlik gücü mensuplarının, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir demokratik toplumda geçerli olan hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmayan eylemlerinden sorumlu tutulmamalarına izin verdiğine veya bu tutumu desteklediği sonucuna ulaşmıştır.”²⁰⁹

207 Selçuk ve Asker/Türkiye, no. 23184/94 ve 23185/94, 24.4.1998.

208 Amaç ve Okkan/Türkiye, no. 54179/00 ve 54176/00, 20.11.2007; Kamer Demir ve Diğerleri/Türkiye, no. 41335/98, 19.10.2006.

209 Bilgin/Türkiye, no. 23819/94, 16.11.2000, para. 119.

Uzun yıllar Güneydoğu davalarında ihlallerin idari bir pratik haline geldiğini kabul etmeyen AİHM'nin, İçyer kararında yapısal bir sorunun varlığını saptaması²¹⁰ da aslında, paradoksal bir şekilde, köy boşaltma sorununun yaygın ve sistematik olduğunu ortaya koymaktadır.

5.4.5 Ağır ihlallerde Yargı Kararı Aynı Zamanda Gerçeği Söylemektir

Yukarıda açıklandığı gibi uluslararası hukukta temel giderim aracı eski hale iadedir. Diğer giderim yöntemleri bunun mümkün olmaması halinde söz konusu olabilir. Akdavar ve izleyen köy boşaltma davaları da eski hale iadeye en yakın çözümü sağlayacak araçları sağlamayan iç hukuk yollarının yetersiz olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, başvuru lehine ihlal sonrasında gerçekleşen bir gelişme, hükümet sorumluluğunu kabul edip ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak önlemleri almadığı sürece başvurunun mağdur sıfatını kaybetmesine yol açmaz.²¹¹ Bu durumda köy boşaltma davalarında da mağdur sıfatının ortadan kalktığını ifade edebilmek için devletin sorumluluğu kabul edip, ihlalden doğan sonuçları ortadan kaldırması gerekir. Bunu sağlamak için malın iadesi ve tazminat yeterli olmayacağından, sorumluların da cezalandırılması gerekir. Sorumlular hakkında lüzumu muhakeme kararı verecek olan il idare kurulu, valiye hiyerarşik olarak bağlı kamu görevlilerinden oluştuğu için bağımsız sayılamaz.

Daha da önemlisi sistematik ağır ihlallerin mağdurları aşan bir niteliği vardır. Ağır ihlaller söz konusu olduğunda, gerçeği bilme hakkı sadece mağdura ait bir hak olarak da görülmemektedir. BM, İnsan Hakları İhlalcilerinin Cezasızlığı Özel Raportörü Joinet'nin ifade ettiği gibi gerçeği bilme aynı zamanda kolektif bir haktır ve devletin "hatırlama ödevi"nin karşısında tüm toplumun sahip olduğu bir haktır.²¹² Bu hak, geçmişe ilişkin olduğu kadar ileride ortaya çıkacak inkarcılığı da engelleyici olduğu için kilit niteliktedir.

Yukarıda açıklandığı gibi, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Giderim ve Onarım Hakkına İlişkin Temel ve Rehber İlkeler gerçeğin topluma açıklanması, sorumluluğun ve olayların kamuoyunda kabulü, mağdurların anılmasını ağır ih-

210 İçyer/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 18888/02, 12.1.2006, para. 85. Her ne kadar İçyer'de bu saptamanın daha erken tarihli Doğan kararında yapıldığı iddia edilse de ifade ilk kez İçyer'de kullanılmıştır.

211 Ayşe Öztürk/Türkiye, no. 24914/94, 15.10.2002, para. 56.

212 Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political) Final report prepared by Mr. Joinet pursuant to Sub-Commission decision 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 June 1997, para. 17.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

lal durumlarında giderim aracı olarak saymaktadır.²¹³ İlkelerle göre, devletler ağır ihlallerden sorumlu olanları soruşturmak ve suçlu bulunmaları halinde ise cezalandırmak yükümlülüğündedir.²¹⁴

Milyonlarla ifade edilen insanı etkileyen bir olgunun toplumun tamamı için de bir gerçeği bilme hakkı doğurduğu şüphesizdir. Bir başka deyişle, ağır insan hakları ihlalini soruşturup, açığa çıkarma sadece mağdurlara değil toplumun tümüne karşı bir yükümlülüktür.

5.4.6 Bir Garip Pilot Karar Öyküsü: Doğan'dan İçyer'e

Buraya kadar açıklanan içtihat birikimi Doğan ve Diğerleri²¹⁵ kararına kadar devam etmiştir. Doğan ve Diğerleri kararı, aksi yönde görüşlere rağmen²¹⁶, bir pilot karar değildir. Gerçi AİHM ilk defa bu kararında resmen yerinden edilmiş kişiler kavramını kullanmış²¹⁷, hükümetin Köye Dönüş ve Rehabilitasyon Projesi'nin yetersizliğini genel olarak değerlendirme fırsatı bulmuştur ama bu özellikler kararı pilot karar olarak nitelemek için yeterli değildir. Mahkeme'nin pilot karar yöntemi öncesi de bu tür genel değerlendirme yaptığı kararlar mevcuttur. Dahası, Doğan kararında "pilot karar" kavramı kullanılmadığı gibi 46. madde hakkında karar verilmemiş, yapısal bir bozukluk olduğuna dair bir ifade kullanılmamış, Bakanlar Komitesi'nin pilot kararlara ilişkin Res (2004) 3 sayılı kararına veya ilk pilot karar olan Broniowski'ye atıf yapılmamıştır. Bunun içindir ki kararda hükümetin alması gereken önlemlerin neler olabileceğine dair hiçbir ifade mevcut değildir. Bu kararın pilot karar olduğu da kararın kendisinde değil daha sonra bu karar atıfta bulunan İçyer kabul edilemezlik kararında ifade edilmiştir.²¹⁸

Bu husus hem usul hem esas açısından büyük bir öneme haizdir. Aşağıda açıklanacağı gibi İçyer kararı, uluslararası hukukun birçok ilkesini ve Strazburg birikimini hiçe sayan bir karardır. Pilot karar uygulaması açısından da eşi benzeri yoktur. Usul açısından bir benzeri yoktur, çünkü yukarıda açıklandığı gibi pilot kararda önerilen önlemlerin alınıp alınmadığını denetlemek için ya AİHM esasa ilişkin verilen kararda, davanın hakkaniyete uygun tatmine ilişkin (md. 41) kısmını sonraya bırakıp, ayrı bir kararla hem tazminat oranına hem de pilot

213 Temel ve Rehber İlkeler, İlke 22.

214 Temel ve Rehber İlkeler, İlke 4.

215 Doğan ve Diğerleri/Türkiye, no. 8803-8811/02, 8813/02 ve 8815-8819/02, 10.11.2004.

216 Dilek Kurban, "Türkiye'nin Yerinden Edilme Sorununun Uluslararası İnsan Hakları Kurum ve Kuruluşlarındaki Yansımaları", D. Kurban vd, s. 114.

217 Kurban, s. 113.

218 İçyer/Türkiye (kabul edilemezlik kararı), no. 18888/02, 12.1.2006, para. 73.

kararın gereğinin yapılıp yapılmadığına karar vermekte ya da bir pilot kararda önerdiği genel önlemin daha sonra vereceği bir kabul edilebilirlik kararında uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir. Mahkeme, pilot karar sonrasında, diğer başvuruları askıya alabileceği gibi pilot kararı denetleyeceği ikinci karara kadar benzer davalara bakmaya da devam edebilmektedir.²¹⁹ Oysa Doğan kararında, Mahkeme tarafından önerilen genel bir önlem olmadığı için uygulama iki türe de benzememektedir. Bu durumun garip sonucu, Doğan kararında önerilmeyen yöntemlerin İçyer kararında denetlenmesidir. Yine garip bir sonuç olarak İçyer kararı sonrasında AİHM, Tazminat Yasası'nın uygulanmasını görmek için beklememiş ve tüm diğer başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

Doğan-İçyer ilişkisinin esas açısından benzeri yoktur, çünkü İçyer kararında Doğan'da sayıldığı ifade edilen ilkeler²²⁰ daha önceki içtihadın tekrarıdır. Doğan davasında, başvuru sadece evlerinin yakılmasından değil ve fakat aynı zamanda daha sonra geri dönme taleplerinin yerine getirilmemesinden de yakınmaktadırlar.²²¹ Ancak karar etkili hukuk yolu açısından Strazburg içtihadını tekrar etmektedir: Sosyal risk ilkesinin yetersizliği, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek tam ve etkili bir soruşturma yapılması ödevi, il idare kurulunun bağımsız sayılmaması konusundaki yerleşik içtihat devam eden bir ihlal hali olarak tekrar sayılmıştır.²²² Öyleyse ilkeler hala geçerlidir ve etkili hukuk yolunun bu ilkelere uygun olması gerekir. Oysa durum çok farklıdır.

Doğan'dan İçyer'e kadar ne olmuştur ki, AİHM tüm yerinden edilme davalarını kabul edilemez bulacak radikal kararı almıştır? Bu sorunun cevabı için görülenleri ve görülmeyenleri ayırmak gerekmektedir. Doğan kararı sırasında taslak halinde olan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun, İçyer öncesi yürürlüğe girmiştir. Kararın verildiği tarihte bu yasa kapsamında kurulan zarar tespit komisyonlarına 170.000 civarında başvuru yapılmıştır.²²³ Yasanın gerekçesinde, açıkça Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bu yolla sonuç alamayanların başvurularının, verilen tazminat miktarlarının haksız zenginleşme aracı olarak kullanılmasının önlenmesinin hedeflendiği belirtilmiştir.²²⁴ Bu amaçla İçyer kararına kadar zarar tespit komis-

219 Konunun açıklaması için bkz. yukarıda not 39-42 ve ilgili metin.

220 Hükümet İçyer kararında Doğan'da geliştirilen ilkelere uyduğunu ifade ederken, AİHM de Doğan'daki etkililik testinin İçyer'de yerine getirildiğini belirtmektedir.

221 Bu nedenle de şikayet konusu durum süregelen bir ihlale vücut vermektedir.

222 Doğan ve Diğerleri/Türkiye, para. 105-109.

223 İçyer, para. 14.

224 Bkz. Genel Gerekçe.

yonlarının yoğun bir mesai yaptığı ifade edilmektedir. Öyle ki bir iddiaya göre, Dışişleri Bakanlığı doğrudan veya İçişleri Bakanlığı aracılığıyla tazminat komisyonları ile iletişime geçerek, özellikle AİHM’de beklemede olan başvurulara öncelik vermesini istemiştir.²²⁵ Mahkeme, İçyer kararında bu çabayı hem sayısal hem de niteliksel açıdan tatmin edici bulmuştur. Ne var ki çeşitli kaynaklar, İçyer sonrasında tazminatların düştüğünü kaydetmektedir.²²⁶

İçyer vakası daha önceki köy boşaltma davalarına benzemektedir. Başvurucu, Tunceli’nin Eğrikavak köyünden 3 Ekim 1994 tarihinde zorla çıkarıldığını iddia etmektedir. Başvurucu, iddiasını savcılığa bildirmiş, savcılık muhakeme izni için dosyayı İdare Kurulu’na yollamış ancak Kurul anılan tarihte hiçbir evin güvenlik güçleri tarafından yakılmadığı ve faillerin tespit edilemediğini belirterek muhakeme izni vermemiştir. 26 Ekim 2001’de başvuru köyüne geri dönebilmek için Tunceli Valiliğine başvurmuştur. Hükümet, başvurucunun iddiaların reddettiği gibi 5233 sayılı Kanunla kurulan komisyonların etkili bir iç hukuk yolu olduğunu ileri sürmüştür.

AİHM’e göre, hükümetin itirazı şu gerekçelerle kabul edilebilir niteliktedir:

Dava tarihinde, komisyonlar önünde 170.000 başvuru vardır ve hükümetin sunduğu kararlar komisyonun sadece teorik değil aynı zamanda pratik bir giderim aracı sunduğunu göstermektedir (para. 77); Komisyonun 7 üyesinin 6sının devlet memuru olması sorun değildir, çünkü bu komisyonlar mahkeme olmadığı gibi Xenides-Arestis’den farklı olarak Komisyon üyeleri başvuru sahiplerinde oturmamaktadır (para. 78-79); kanunda manevi tazminat öngörülmemiştir ama 12. madde uyarınca manevi tazminatın idare mahkemelerinden istenmesi mümkündür. (para. 81).

Bu değerlendirmenin sonucu olarak Mahkeme, Doğan’da ortaya koyulan etkililik testinin yerine getirildiğini ifade etmiştir.²²⁷ Hemen yukarıda Doğan’da tekrar edilen ilkelere bakınca, bu söylenenin ne kadar yanıltıcı olduğunu saptamak güç değildir. Tazminat komisyonları, il idare kurulları gibi bağımsız olmayan, yerleşik içtihadın aksine toplumun gerçeği öğrenme hakkını yerine getirmesi imkansız, devletin sorumluluğu kabul etmediği, ağır hak ihlallerini gerçekleştiren kişileri saptamayan ve cezalandırmayan; kısacası Strazburg içti-

225 D. Kurban (2006), “Batman İli Alan Aştırması Değerlendirmesi: Tazminat Yasası Değerlendirmesi”, D. Kurban vd., s. 192, 206, dn. 33. (“Batman İli”)

226 İnsan Hakları İzleme Örgütü (2006), Tazminat Yasası’nın, Yerinden Edilmiş İnsanlara Adil Olmayan, Kısıtlı ve Tutarsız Olarak Uygulanması Hakkında, Türk İçişleri Bakanlığı’na Memorandum, s. 11, 15-18; Yüksek, Diyarbakır’da, s. 166; Kurban, Batman İli, 206.

227 İçyer, para. 82.

hadına hiçbir şekilde uymayan yapılardır. AİHM'nin tüm bu hususları, hiç yokmuş gibi, tartışmaktan kaçınması bir yana, kısacık değerlendirmesi bile hatalarla doludur. Örneğin, 1994'de gerçekleşmiş bir olaya ilişkin manevi tazminatın 2006 yılında idare mahkemelerinden istenemeyeceğini Mahkeme'nin bilmesi neyle açıklanabilir? Daha önce defalarca idare mahkemelerinden çıkan kararların, sorumlular saptanmadığı ve ihlalin güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirildiğine dair karar örneği olmadığı için etkili olmadığına karar vermiş olan bir mahkemenin bu yeni saptaması nasıl inandırıcı olabilir?

Tazminat komisyonlarının, İçyer'de ifade edildiğinin aksine verilen maddi tazminatlar açısından etkili olduğu da tartışmaya açıktır. Komisyonların çalışma tarzı ve verdiği tazminatlar birçok açıdan eleştirilmektedir.²²⁸ Komisyonların bağımsızlığı, çok sayıda başvurunun yasa kapsamında görülmeyerek reddedilmesi, başvuruçular açısından ispat yükünün çok ağır olması, manevi tazminat olmaması, hukuki desteğin olmaması, tazminatların düşük olması bu eleştiriler arasında en sık dillendirilenlerdir. Dahası, AİHM'nin İçyer kararı sonrasında diğer başvuruları bekletmeyip kabul edilemez bulması sonucu, tazminat komisyonlarının çok düşük tazminatlara hükmettikleri, hatta daha önce verdikleri kararları geri alıp, bedelleri düşürdükleri ifade edilmiştir.²²⁹ Buna rağmen, benzer başvurularda henüz kabul edilebilirlik konusunda karar verilmemiş davalar tazminat komisyonlarına yönlendirilmiş, sadece İçyer kararından önce kabul edilebilir bulunan davalarda esastan karar verilmiştir.²³⁰

İçyer kararının denetlenmesine ilişkin diğer Avrupa Konseyi organlarının uygulaması da, esasa ilişkin hakların yaygın ve sistematik ihlalleri ilgilendiren pilot kararların neden ayrı bir usule tabi olması gerektiğini göstermektedir. İçyer kararının uygulanmasını denetleyen Komite 10 Ekim 2007 tarihli kararında,

228 Konuya ilişkin eleştirel değerlendirmeler için bkz S. Tanrıkulu (2007), "İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı ve İHAS'ın 13. Maddesi Bağlamında "Etkili Başvuru Hakkı" Çerçevesinde Türkiye'de 5233 sayılı Yasa Uyarınca Oluşturulan Zarar Tespit Komisyonlarının Hukuki Yapısı", 4 (10) Hukuk ve Adalet 233; Tesev/Norwegian Refugee Council/IDMC (2006), Güvensizlik Mirasının Aşılması: Devlet ve Yerinden Edilmiş Kişiler Arasında Toplumsal Mutabakata Doğru, (NRC ve Tesev: İstanbul), s. 33. M. Muller ve Sharon Lizzy (2007), The Internally Displaced Kurds of Turkey: Ongoing Issues of Responsibility, Redress and Resettlement, (KHRP: Londra); Kurdish Human Rights Project ve Bar Human Rights Committee of England and Wales (2006), The Status of Internally Displaced Kurds in Turkey: Return and Compensation Rights- An Update, (Londra: KHRP); İnsan Hakları İzleme Örgütü (2006), Tazminat Yasası'nın, yerinden edilmiş insanlara adil olmayan, kısıtlı ve tutarsız olarak uygulanması hakkında, Türk İşleri Bakanlığı'na Memorandum; Kurban, Batman İli, s. 192; Yükseler, Diyarbakır'da, s. 144; D. Kurban, "Hakkari İli Alan Araştırması Değerlendirmesi: Tazminat Yasası'nın Uygulanmasının Sonuçları", D. Kurban vd. (yay. haz), s. 245.

229 Bkz. yukarıda not 42.

230 Örn. Ağtaş/Türkiye, no. 33240/96, 2.2.2006.

diğer konularla birlikte bu süreci de değerlendirmiştir.²³¹ Anılan kararda İçyer'e ilişkin olarak söylenen tek şey, tazminat komisyonlarının yeterli bir etkili yol olarak kabul edilmesine ek olarak kanun kapsamına girmeyenlere Türk hukukunun çok geniş giderim imkanları vereceği konusundaki taahhüttür. Komite, 2008 yılı sonunda Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun'un derhal ve etkili bir şekilde uygulanmasına ilişkin başlığın, etkili korunma sağlandığı için kapatılmasına karar vermiştir.²³² Konuya ilişkin Parlamenterler Meclisi kararı da, siyasi organların hukuksal konularda karar vermesinin tehlikesini ortaya koymaktadır. PM de Bakanlar Komitesi gibi derinlemesine bir inceleme yapmadan Tazminat Komisyonlarının etkili hukuk yolu olduğu sonucuna ulaşmıştır.²³³

Sürecin hükümet açısından bir başarı olduğu açıktır.²³⁴ AİHM'nin süreci neden bu şekilde işlettiği ise sorgulanmaya muhtaçtır. İçyer kararı kısmen bu sorunun cevabını vermektedir. Mahkeme, Broniowski kararına atıfla, kopya davalarda bir hukuki sakatlığın saptanmasından sonra Mahkeme'nin birbirinin benzeri çok sayıda karar vermek zorunda kalmaması için sorunun ulusal düzeyde çözülmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Aksi takdirde, bu durum Sözleşme'nin kurduğu insan hakları koruma mekanizmasının etkili işleyişine zarar verecektir. Hükümet de sistemik soruna ilişkin etkin bir yol geliştirerek üzerine düşen görevi yerine getirmiştir.²³⁵

Tüm bu söylenenler ışığında İçyer kararı, sadece pilot kararların ne kadar tehlikeli bir siyasi araç haline gelebildiğini gösterme açısından değil salt verimlilik üzerine inşa edilmiş bir reform sürecinin insan hakları düşüncesine ne derece aykırı olduğunu göstermek açısından da sembol niteliği taşımaktadır. İçyer davasındaki olaylar, daha önceki köy boşaltma davalarının bir benzeridir. Ancak, yukarıda ifade ettiğimiz gibi spesifik ihlaller veya usuli hak ihlallerinden farklı olarak daha öncekilerin kopyası değildir. Türkiye davasında verilen kabul

231 Actions of Security Forces in Turkey: Progress achieved and outstanding issues CM/Inf/DH(2006)24 revised 2, 10 October 2007. Benzer bir bulgu için bkz. Parlamenter Meclis'in AİHM Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Res 1516 (2006)1 sayılı kararı, para. 9.3.

232 Execution of the judgments of the European Court of Human Rights, Actions of the security forces in Turkey Progress achieved and outstanding issues, Interim Resolution CM/ResDH(2008)69.

233 Assembly Resolution 1516 (2006) "Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights", para. 9.3. Konuya ilişkin Raportör Erik Jurgens'in raporu da Mahkeme kararını tekrar etmektedir. Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Doc. 11020 18 September 2006, para. 70.

234 Dönemin Dışişleri Bakanı Abdullah Gül'ün açıklaması için bkz. "Haklılığımız Belgelendi", Türkiye Gazetesi, 19 Ocak 2006.

235 İçyer/Türkiye, para. 84-85.

edilemezlik kararı buraya kadar ayrıntılarıyla anlatılan tüm ilkelerin bir pilot kararla reddedildiği kilit bir içtihatır. Sorun, Türkiye’deki yerinden edilmişlerle sınırlı değildir. Verimlilik adalete, nicelik niteliğe, siyaset insan haklarına galip gelmiştir.

6. Sonuç

Tüm reform sürecine hakim olan ilkenin verimlilik olduğunu söylemiştik. Amaç, daha çok davayı daha kısa zamanda bitirmektir. Bu da paradoksal bir şekilde en ciddi ihlal iddialarına en az korumayı sağlamak anlamına gelmektedir.²³⁶ Gerçekten de süreç boyunca sistematik ve ağır insan hakları ihlallerini etkin bir şekilde incelemeye yönelik hiçbir öneri ileri sürülmemiştir. Halbuki, gerek 1990ların sonrasındaki genişleme gerekse AİHM’nin önüne gelen yeni tip davalar Mahkeme’yi Sözleşme’nin yapıldığı yıllardan²³⁷ farklı bir durumla karşı karşıya bırakmıştır. AİHM artık sadece liberal demokrasinin eksik işlemesinden kaynaklanan münferit davalarla değil aynı zamanda çok sayıda sistematik ve yoğun insan hakları ihlaliyle karşılaşmaktadır.²³⁸ Aslında reform ihtiyacının temelindeki asıl sorunların başında bu durum gelmektedir. Bu davalara karşı daha gerçekçi bir yöntem, örneğin olgu tespit araçlarının geliştirilmesi, kendiliğinden harekete geçme (*proprio motu*), sistematik ihlalleri incelemeye yetkili özel bir dairenin kurulmasının vs. düşünülmemiş olmaması²³⁹, reform düşüncesinin bu durumu ciddiye almadığı sonucuna ulaşmamıza sebep veriyor. Pilot karar konusu bu geniş çerçeve içinde düşünülmelidir. AİHM’nin önündeki dava seline bir cevap bulması gerektiği açıktır. Bunun için benzer davalara yönelik pilot kararların verilmesi etkin bir yöntem olarak görülebilir. Ancak bunun uluslararası sorumluluk hukukunun ve insan hakları ilkelerinin aleyhine yapılması kabul edilemez. Bu çalışma, bugüne kadarki Strazburg içtihadının bu anlamda umut verici olmadığını ortaya koymaktadır.

Bu tutarsızlığı aşmanın yolu yine AİHS’de ve AİHM içtihadında aranmalıdır. Öncelikle, pilot kararların hukuki dayanağı Bakanlar Komitesi’nin faydacı bir kararı olamaz. Pilot karar verme yetkisi AİHM’nin yargılama ve ihlal bulgusuna ilişkin giderimler konusunda karar verme yetkilerinin doğal bir parçasıdır. Bu-

236 Dembour, s. 622.

237 D. Nicol (2005), “Original Intent and the European Convention on Human Rights”, Public Law 152.

238 Paul Mahoney (1999), “Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights”, 20 Human Rights Law Journal 1; Steven Greer (2006), The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects, (CUP: Cambridge), s. 38-41.

239 Bu tedbirler çok önceleri dile getirilmişti. Reidy, Hampson, Boyle, “Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the Case of Turkey” (1997) 15 Netherlands Quarterly of Human Rights 161

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

nun sonucu olarak pilot kararlar ancak diğer başvurular açısından da uluslararası hukuka uygun bir giderim sunacaksa verilebilir. Ağır insan hakları ihlallerini görünmez kılan, mağdurların ve toplumun gerçeği bilme hakkını ortadan kaldıran pilot kararlar AİHS'nin ruhu ve amacıyla çelişir.

Yakın tarihli AİHM içtihadı, benzer dava tipleri arasında bir ayırım gözetmek-sizin pilot karar yöntemini tehlikeli bir siyasi araca çevirmiştir. Mahkeme açısından, spesifik ihlallerle yaygın ve sistematik ihlaller açısından yapısal bir fark olmadığı gözlenmektedir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi AİHM önündeki kopya davalar arasında çok ciddi yapısal farklılıklar mevcuttur. Verilecek pilot kararların uluslararası hukuk ilkeleri ve adalete uygunluğu ancak bu farklılık dikkate alınarak sağlanabilir.

Şüphesiz, sorunlu gördüğümüz bu durumun siyasi nedenleri var olabilir. Bu, insan hakları hukuku çalışanların adalete uygun, iç tutarlılığı olan bir yargılama usulü talep etmelerine engel olmamalıdır.

Bölüm II

AİHS ve Yorum

Strasbourg’da Herküllere İhtiyacımız Var Mı?*

Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Yrd. Doç. Dr. Ali Rıza Çoban**

1. Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin koruma mekanizması olarak oluşturulan Strasbourg organları, yani Komisyon ve Mahkeme, ulus devletlerin kendi yargı yetkisine tabi olan alanlardaki işlemlerini denetleme yetkisine sahip uluslarüstü organlar olarak kurulduğunda, başarılması hiç de kolay olmayan bir görev ile karşı karşıya idiler. Egemenliklerine kıskançlıkla sahip çıkan ulus devletlerin kendi ülkelerindeki işlemlerinin Sözleşmeye uygunluğunu denetleyecek yani bir anlamda bu devletlerin iç işlerine müdahale edeceklerdi. Üstelik bu yetkilere sahip başka herhangi bir uluslararası organ da bulunmuyordu. O nedenle bu organların taraf devletler üstünde otoritelerini kurabilmeleri için bu yetkilerini politik nedenlerle kullanmayacakları konusunda taraf devletlerin güvenini kazanmaya ihtiyaçları vardı. Bunu yaparken bir taraftan Sözleşmede düzenlenen hakların etkin bir şekilde korunmasını gözetirken, diğer taraftan da

* Bu yazı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252’de yayımlanmıştır.

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Anayasa Mahkemesi Raportörü

taraf devletlerin Avrupa Konseyi üyeliğinden ve Sözleşme sisteminden dışlan-
mamalarına özen göstermeleri gerekiyordu.

Yani bir taraftan Sözleşmenin güvence altına aldığı insan hakları konusun-
da evrensel standartları oluşturmaları ve uygulamaları, diğer taraftan ise taraf
devletlerin egemenlik yetkilerine mümkün olduğunca saygı göstermeleri ge-
rekliydi. Strasbourg organları baştan itibaren bu iki farklı ve birbirine zıt amacı
mümkün olduğunca birlikte gerçekleştirecek yorum yöntemleri geliştirmeye
çalıştılar. Bu yorum yöntemlerinin geliştirilmesinde Mahkeme kadar Komis-
yonun da önemli rolü olmakla birlikte bugün Komisyon ortadan kalktığından
incelememiz Mahkemeyi odağına almaktadır.

Mahkeme, bir taraftan Sözleşmede güvence altına alınan hakları etkin bir
şekilde korumak için Sözleşmeyi teorik ve soyut değil, günün koşullarında ger-
çek bir güvence sağlayan “yaşayan belge” olarak yorumlamıştır. Bunun yanı sıra
amaçsal (teleolojik) ve özerk (otonom) yorum yöntemleriyle yaşayan belge
niteliğini pekiştirmiştir. Ancak diğer taraftan, taraf devletlerin egemenlik yet-
kilerine saygı göstermek ve Sözleşmenin uygulanmasında demokratik çoğul-
culuğa olanak tanımak amacıyla taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan
ödevlerinin kapsamını ve niteliğini tayinde taraf devletlere belli bir serbestiyet
tanımıştır.¹ Devletlerin sahip olduğu bu serbestîye ulusal takdir yetkisi ya da de-
ğerlendirme marjı denilmektedir. Her ne kadar doktrinde bu iki kavramın farklı
anlamlara geldiği ileri sürülmüşse² de aşağıdaki incelemelerde de görüleceği
gibi Mahkeme bu kavramı oldukça farklı bağlamlarda ve geniş anlamli olarak
kullanmaktadır. Kamu otoritelerinin işlemlerini sadece konusu ya da sebebi
ile sınırlı yorumlamamaktadır. O nedenle kavram burada işlemin hem konusu
hem de sebebine ilişkin kamu otoritelerine tanınan serbestîyi ifade edecek şe-
kilde ulusal takdir yetkisi şeklinde kullanılacaktır.

Ulusal takdir yetkisi aslında hukukçuların pek de yabancıları olmadıkları bir
kavramdır. Farklı adlandırmalarla da olsa pek çok hukuk sisteminde benzer kav-
ramların var olduğunu biliyoruz. Anayasa teorisinde yargısal kendi kendini sı-
nırlama (*judicial self-restraint*) olarak nitelendirilen doktrinin yanı sıra bizim hu-
kukumuzda benzer bir doktrin idare ve anayasa hukuku alanlarında “*yerindelik
denetimi yasağı*” adıyla uygulanmaktadır. Aynı şekilde İngiltere’de “*Wednes-*

1 Ş. Gözübüyük, ve F. Gölçüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara:Turhan, 2004) s. 121.

2 Kemal Gözler, *İdare Hukuku* (Bursa: Ekin, 2003) C. 1 s. 821.

bury reasonableness”³ ilkesi ABD’de ise “*Rational basis test*”⁴ aynı amaca yönelik ilkelerdir. Bütün bu farklı isimler altında uygulanan ilke özünde yasama ve yürütme makamlarının yargı organına göre hem sorunlara daha yakın olmaları nedeniyle daha fazla bilgili hem de demokratik meşruiyete sahip olmaları nedeniyle ülkede uygulanması gereken politikalar konusunda daha yetkili olmaları ve yargı organının apaçık bir hukuka aykırılık yoksa bu politikalara müdahale etmemesi anlamına gelmektedir.⁵ Demokratik bir hukuk devletinde yönetimde keyfiliğin önlenmesi için bu ilkenin kaçınılmaz olarak ölçülülük ilkesiyle yan yana uygulanması gerekir. Aksi takdirde yönetimin birey haklarına keyfi müdahaleleri bu doktrinin gölgesi altında kendisine yaşam alanı bulacaktır.

Bu çalışmanın konusu ulusal takdir yetkisi doktrininin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında oynadığı rol ve doğurduğu problemler olacaktır.

Mahkeme ulusal takdir yetkisi doktrininin pek çok farklı bağlamda kullanılmaktadır. O nedenle öncelikle bu doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolün doğru olarak tespit edilmesi gerekir. Mahkeme hem Sözleşmenin uygulanmasındaki kendi rolünü belirlerken hem de Sözleşmenin düzenlediği hakların içeriğini ve taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan ödevlerinin kapsamını tespit ederken bu doktrine başvurmaktadır. Üstelik bu alanların her birisinde de Mahkemenin doktrini uygulamasında yeknesaklık söz konusu değildir. O nedenle doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolü inceleyen pek çok çalışmada oldukça farklı yöntemleri kullanıldığı görülmektedir. Bazı yazarlar doktrinin tarihsel gelişimini⁶, bazıları ise Sözleşmenin her maddesi için ayrı ayrı doktrinin uygulamasını incelemiştirler.⁷ Diğer bazıları doktrinin hakların sınırlandırılmasındaki rolünü (substantial) ve Mahkemenin kendi yetkisini belirlerken

3 İngiliz idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan bu kavram *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, 1948 davasında Lord Greene tarafından ortaya konulmuştur. Buna göre eğer idarenin işlemi eldeki deliller dikkate alındığında makul bir yönetici tarafından alınamayacak kadar dayanaktan yoksun ise Mahkeme tarafından müdahale edilebilir. Bu kavramın takdir yetkisiyle ilişkisi manayı muhalifinden çıkmaktadır. Yani alınan karar makul sayılabilecek nitelikte olduğu sürece mahkeme müdahale etmemelidir.

4 Aaron A. Ostrovsky, “What’s So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals”, *Hanse Law Review* Vol.1 NO.1 (2005) s.47-64.

5 Ronald St. J. Macdonald, “The Margin of Appreciation” in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1993) s. 125.

6 Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1996).

7 Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (Antwerpen: Intersentia, 2002); J. Macdonald, “The Margin of Appreciation” in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht : Martinus Nijhoff, 1993).

(structural) oynadığı rolü ayırarak incelerken⁸ başka yazarlar ise Mahkemenin inceleme alanının tespitiinde doktrinin oynadığı rolü esas almışlardır.⁹

Bütün bu yaklaşım farklılıkları doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rolün karmaşıklığını göstermektedir. Bu doktrini inceleyen her yazar haklı olarak doktrinin uygulanmasında açıklık olmamasından yakınmıştır. Çünkü Mahkeme yukarıda belirtilen farklı bağlamlar arasında bir ayırım yapmaksızın, çoğu zamanda hepsini kapsar şekilde doktrine başvurmaktadır. Buna bir de Mahkemenin ulaştığı sonuçları gerekçelendirmekte zorlandığı davalarda can simidi olarak doktrine başvurması eklendiğinde durum tamamen içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.¹⁰ Dahası Mahkemenin doktrine sadece ilkesel nedenlerle değil, zaman zaman da pratik nedenlerle, mesela özellikle siyasal çatışma alanlarında taraf devletin aşırı tepkilerine maruz kalmamak için başvurması¹¹ Mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini önemli ölçüde zayıflatmakta ve Mahkemenin güvenilirliğini de yıpratmaktadır.

Doktrinin uygulamadaki rolü tespit edildikten sonra incelenmesi gereken husus insan haklarının korunmasında bu doktrinin kullanılmasının ilkesel açıdan doğru olup olmadığını tartışmaktır. Nihayet üzerinde durulması gereken son nokta eğer doktrinin kullanılması ilkesel açıdan doğru ise somut Mahkeme uygulamasının doğru olup olmadığını incelemektir.

Bu çalışmada öncelikle ulusal takdir yetkisi doktrininin meşruiyetine ilişkin tartışmalara yer verilmiş daha sonra ise Sözleşmenin uygulanmasında Mahkemenin rolü incelenmiştir. Mahkemenin rolünün tartışılmasında Dworkin'in anayasa yargıcının rolüne ilişkin olarak ileri sürdüğü temsili yargıç Herkül'e ilişkin fikirlerinden yararlanılmıştır. Daha sonra ise doktrinin Mahkeme içtihadında oynadığı rol incelenmiştir. Bu incelemede Mahkemenin bir hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmesinde başvurduğu inceleme aşamaları esas alınmıştır. Mahkeme kural olarak önüne gelen bir başvurunun esastan incelemesini beş aşamada gerçekleştirmektedir. Bunlar; a) Sözleşmede güvence altına alınan bir hak ve bu hakka bir müdahale var mı? b) Müdahale hukuki mi? c) Müdahalenin meşru bir amacı var mı? d) Müdahale demokratik bir toplumda gerekli mi e) Bu hak devlete pozitif bir ödev yüklüyor mu ve devlet bu ödevi

8 George Letsas , "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 26, No.4 (2006) pp.705-732.

9 Nicholas Levander, "The Problem of the Margin of Appreciation", *European Human Rights Law Review* Vol. 4, (1997) pp. 380-390.

10 Letsas, op.cit 3, p. 712.

11 Macdonald, s. 123.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yerine getirmiş mi? Mahkeme bu aşamaların her birisinde zaman zaman ulusal takdir yetkisi doktrinine başvurmuştur. O nedenle bu aşamalarda doktrinin oynadığı rolün ortaya konulmasının onun Sözleşmenin uygulanmasındaki işlevini daha iyi anlamamızı sağlayacağı düşünülmüştür.

2. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrininin Meşruiyeti

Ulusal takdir yetkisi doktrini Mahkeme içtihadıyla ortaya çıkmıştır. Sözleşmenin hiçbir yerinde “takdir yetkisi- margin of appreciation” kavramı yer almamakla birlikte Mahkeme, kararlarında sık sık bu kavramı kullanmış ve Sözleşmenin yorumunda önemli bir ilke haline getirmiştir. Mahkemenin bu doktrini geliştirmesinin ilkesel ve pragmatik nedenlerinin olduğu söylenebilir. İlkesel nedenler demokrasiye saygı ve Sözleşmenin uygulanmasında Mahkemenin ikincil (subsidiary) nitelikte bir yetkiye sahip olmasıdır. Pragmatik neden olarak ise Mahkemenin kendi otoritesini kabul ettirme ve taraf devletleri Sözleşme sistemi içinde tutma kaygısı gösterilebilir.¹²

Sözleşmenin temel amacı insan haklarını ve demokrasiyi korumaktır.¹³ Bu iki amaç bir arada gerçekleştirilmelidir. Yani ulusal ve uluslararası yargı yerleri insan haklarının korunmasında nihai denetleme yetkisini kullanırken bir taraftan da bu hakların somut olarak nasıl gerçekleştirileceği ve haklar arasında ya da haklar ile toplumun ortak çıkarları arasında çıkabilecek uzlaşmazlıkların nasıl çözüleceği konusunda ulusal makamlara kendi ülkelerinin koşullarına uygun politikalar geliştirmelerine imkan tanınmalıdır. Yani bu hususta bir takdir yetkisine sahip olmaları gerekir. Bu takdir alanı ne kadar dar tutulursa ulusal makamlar kendi toplumsal yapılarından kaynaklanan endişeleri kendi politikalarına ve yasalarına yansıtmakta o derece kısıtlanmış olacaklardır.¹⁴ Eski İnsan Hakları Komiseri Alvaro Gil-Robles’e göre Sözleşmeye taraf devletler arasında bazı konularda büyük anlayış farklılıkları bulunmaktadır. Mesela öğrencilerin okulda başlarını örtmeleri bazı ülkelerde herhangi bir tartışmaya yol açmazken bazı ülkelerde devletin temel değerlerine aykırı görülmektedir. Takdir yetkisi doktrini Sözleşme sisteminin bu farklılıkları tolere etmesini sağlamaktadır.

12 Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *International Law and Politics*, Vol. 31 (1999) s. 845.

13 Bkz. Burleigh Wilkins, “International Human Rights and National Discretion”, *The Journal of Ethics* Vol. 6 (2002) s. 377. Sözleşmede düzenlenen kişisel özgürlük haklarının (m. 8-11) sınırlandırılmasına ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece izin vermektedir. Dolayısıyla demokrasinin korunmasıyla insan haklarının korunması el ele yürütülmelidir.

14 Alvaro Gil-Robles, “Çoğulcu bir Toplumda İnsan Hakları” konferansında sunulan “Özgürlükler ve Farklılık ve Sosyal Uyum için Sınırlamalar” başlıklı tebliğ. http://www.coe.int/T/E/Commisioner_H.R./Communication_Unit/2Speech%20Conf%20The%20Hague%20211103.doc

Pekçok yazar Mahkemenin bu doktrine başvurmakla oynadığı evrenselci rolü dengelediğini düşünmektedir. Bu yazarlara göre Mahkeme bu doktrini meşru yorumla ilişkin içsel bir sınırlama olarak değerlendirmekte ve bu yolla kültürel çoğulculuğa olanak tanımaktadır.¹⁵ Demokrasi ile doktrin arasında kurulabilecek bir başka ilişki ise ulusal takdir yetkisi doktrininin politikacıları ülkelerin temel insan hakları sorunları konusunda harekete geçmeye mecbur etmesidir. Ulusal politikacılar haklarla ilgili sorunların çözümüne ilişkin temel kararların alınmasını yargıçlara bırakamazlar. Yargıcın ödevi takdir yetkisinin aşıp aşılmadığını denetlemektir. Yoksa yargıçların takdir yetkisini kendilerinin kullanarak yasama işlevine soyunmaları düşünülmemelidir. Politikacılar tam da bu tür kararları almak için seçilmişlerdir ve bu kararlarını tam bir güven ve sorumlulukla almalıdırlar.¹⁶ Dolayısıyla demokrasiyi korumayı temel hedeflerinden birisi olarak gören bir Sözleşmenin ve bu Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli bir Mahkemenin mümkün olduğunca demokratik karar alıcıların kararlarına müdahale etmekten kaçınması gerekir.

Takdir yetkisi doktrininin meşruiyeti için ileri sürülebilecek ilkesel gerekçelerden birisi de Mahkemenin, Sözleşmenin uygulanmasında ikincil (subsidiary) nitelikte bir role sahip olmasıdır.¹⁷ Sözleşmede yer alan hakları korumak öncelikle taraf devletlerin ödevidir. Bu, Sözleşmenin çeşitli maddelerinde açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin 1. maddesine göre taraf devletler Sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanlarındaki herkese tanıma yükümlülüğü altındadırlar. 13. maddeye göre ise Sözleşmede yer alan haklarından herhangi birisinin ihlal edildiğini ileri süren herkese ulusal makamlar önünde hakkını arama olanağı tanınmalıdır. 34. maddeye göre ise iç hukuk yolları tüketilmeden yapılan başvurular kabul edilemez. Bütün bu hükümler Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri sağlama ödevinin öncelikle taraf devletlerde olduğunu göstermektedir. Yani Sözleşmede yer alan hakka yapılan bir müdahaleyi ilk önce ulusal makamlar değerlendirecekler, birey bu değerlendirmeler sonunda hala Sözleşmeye aykırılığın giderilmediği düşüncesinde ise ancak o zaman uluslararası organ devreye girebilecektir.

15 Ignacio de la Rasilla del Moral, "The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine", *German Law Journal*, Vol. 07 No. 06 (2006) s.620.

16 Gil-Robles, agy.

17 İlkenin uygulamasını inceleyen bir çalışma için bkz. H. Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity" in Macdonald, Matscher, and Petzold (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993); Paolo G. Carozzo, "Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law", 97 *American Journal of International Law* (2003), s. 38-79.

Ancak bu hükümlerin zorunlu olarak ulusal takdir yetkisi doktrinine meşruiyet sağlayacağı kuşkuludur.¹⁸ Ulusal makamların iddiaları incelemede kronolojik önceliğinin olması zorunlu olarak ulusal makamların değerlendirmelerinin uluslararası makamlara göre önceliği olduğu anlamına gelmez. Ancak Mahkeme ikincilik ilkesini daha kapsamlı yorumlamaktadır. Buna göre ulusal makamlar sadece iddiaları inceleme ve ihlalleri ortadan kaldırma önceliğine sahip değildir, aynı zamanda haklar konusunda karar verme noktasında uluslararası organlara göre daha iyi konumdadırlar ya da daha fazla meşruiyete sahiptirler. Mahkeme kararlarında sıklıkla “ulusal makamlar kural olarak uluslararası yargıçtan daha iyi konumdadır” (*better placed*) cümlecğine yer vermektedir. Bu, Mahkemenin ikincilik ilkesini ulusal makamların normatif önceliği şeklinde algıladığını göstermektedir. Mahkeme ne zaman yukarıdaki cümlecği kullansa ulusal makamların kararına uyacağı ve Sözleşmenin ihlaline karar vermeyeceği anlamına gelmektedir.¹⁹ Mahkemenin bu yaklaşımının eleştirisi aşağıda daha detaylı bir şekilde yapılacaktır.

Ulusal takdir yetkisi doktrinini pragmatik nedenlerle açıklamak da mümkündür. Avrupa devletleri arasında insan haklarının korunmasına ilişkin tam bir ortak standart ancak zamanla tedrici bir şekilde oluşabilir. Böyle ortak bir standart oluşuncaya kadar taraf devletlerin rızasına dayalı olan Sözleşme mek-nizmasının varlığını sürdürebilmesi için takdir yetkisi doktrini işlevsel olacaktır. Bu doktrinin uygulanması Mahkeme ile taraf devletler arasında yetki çatışmalarının çıkmasını önlemekte ve Mahkemenin taraf devletlerin egemenlik yetkisi ile Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri arasında bir denge kurmasına olanak tanımaktadır.²⁰

Doktrinin uygulanmasına yöneltlen en önemli eleştiri ise insan haklarının evrenselliği ilkesine dayandırılmaktadır. Buna göre insan hakları kültüre, coğrafyaya ya da yaşam koşullarına bağlı olmaksızın bütün insanlar için geçerli ahlaki normlardır ve herkes için aynı değere sahiptir. O nedenle farklı uygulamalara geçerlilik tanınması anlamına gelen ulusal takdir yetkisi doktrini, insan haklarının evrenselliğinden uzaklaşarak kültürel göreceliliğe geçerlilik tanınması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu doktrin insan haklarının evrenselliğini zayıflatmaktadır.²¹ Ayrıca takdir yetkisi doktrinine başvurulması Mahkemenin ortak bir Avrupa standardı oluşturma çabasıyla da örtüşmemektedir.

¹⁸ Letsas, s.722.

¹⁹ Letsas, s. 722.

²⁰ Macdonald, s.123.

²¹ Benvenisti, s. 847.

Mahkeme ortak bir Avrupa standardı oluşturmak amacıyla Sözleşmede geçen kavramları taraf devletlerin iç hukukunda ne anlama geldiklerinden bağımsız olarak özerk bir şekilde yorumlamakta ve Sözleşmede geçen kavramlara tüm Avrupa devletleri için geçerli ortak anlamlar yüklemektedir. Bu ise Sözleşmenin yorumunda yerel etkilerin azaltılması anlamına gelmektedir. Oysa takdir yetkisi tam da bunun zıttına bir sonuç doğurmaktadır.²²

Doktrinin Mahkeme tarafından sıklıkla başvurulmuş bir yorum yöntemi haline gelmesinde yukarıda değinilen argümanlar önemli rol oynamaktadır. Ancak bu argümanların geçerliliği aşağıdaki incelemeler sırasında titizlikle sorgulanacaktır.

3. Sözleşmede Yer Alan Hak Ve Özgürlüklerin Korunmasında Mahkemenin Rolü

Uluslararası koruma mekanizmalarının rolüne ilişkin olarak iki farklı yaklaşımdan söz edilebilir. Bunlardan birincisi asgari standartların belirlenmesi ve her tür ideolojiden devletin bu sistem içinde yer almasına olanak tanınmasıdır. Bu durumda uluslararası koruma mekanizmaları belirlenen asgari standartlara uyulmasını sağlamaya yönelik sınırlı bir rol üstlenecektir. Buna dayanışmacı yaklaşım diyebiliriz. İkincisi ise ortak tek bir standardın belirlenerek tek bir ideolojinin bütün dünyada hakim olmasına çabalamaktır. Bu bir anlamda uluslararası insan hakları cihadı tavrının benimsenmesidir. Buna da amaçsal ya da teleolojik yaklaşım diyebiliriz.²³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendi rolünü tanımlarken bu yaklaşımlardan herhangi birisini tam olarak benimsemiş değildir. Mahkemenin kullandığı yorum yöntemlerinin bir kısmı birinci yaklaşıma bir kısmı ise ikinci yaklaşıma tekabül etmektedir. Mesela, özerk yorum, amaçsal yorum ve dinamik yorum yöntemleri ikinci yaklaşıma yakın iken, ulusal takdir yetkisi doktrini birinci yaklaşıma yakın gözükmektedir. Dolayısıyla Mahkemenin ortada bir tutum benimsediğini söyleyebiliriz. Ancak acaba olması gereken tavır hangisidir? Uluslararası koruma mekanizmaları bu arada AİHM kendisini insan haklarının nihai koruyucusu olarak görüp ona göre mi, yoksa asgari standartları koruması gereken bir organ olarak görüp buna göre mi davranmalıdır? Sözleşmede yer alan kavramların çoğu genel nitelikte olduğundan pek çok tartışmalı konunun bu kavramların kapsamına girip girmediğinin tespiti konusunda son sözü Mahke-

²² Moral, s. 620.

²³ Bkz. Terry Nardin, *Law, Morality and the Relations of States* (Princeton: Princeton University Press, 1989); Wilkins, s. 381.

me söyleyecektir. Ancak Mahkeme bu tespiti yaparken kendi değerlendirmeleriyle mi bir sonuca ulaşacaktır, yoksa taraf devletlerin iradesini mi esas almalıdır. Bu soruya farklı bir bağlamda Dworkin zor davalarda yargıcın benimsemesi gereken role ilişkin incelemesinde cevap vermektedir. Dworkin'in teorisi Anayasa hukukuyla ilgili yani Anayasa yargıcının tutumuyla ilgili olmakla birlikte bu kolaylıkla uluslararası insan hakları yargısına da uyarlanabilir.

Dworkin uygulanacak açık bir hükmün bulunmadığı zor davalarda yargıcın takınması gereken tutumu, yarattığı hayali bir yargıç yoluyla ortaya koymaktadır.²⁴ Bu hayali yargıç Herkül, insan üstü sezgi, kavrayış ve bilgiye sahip bir hukukçudur. Acaba Herkül uygulanacak açık bir kuralın bulunmadığı bir dava ile karşı karşıya kaldığında nasıl karar verecektir? Mesela Sözleşmenin 8. maddesi "herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır" hükmünü içermektedir. Taraf devletlerden birisinin homoseksüel ilişkileri yasakladığını varsayalım. Devlet bu düzenlemeyi yaparken bu tür ilişkilerin madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini varsaymıştır. Oysa cinsel tercihlerini homoseksüellikten yana kullanan bir birey ise devletin bu yasa ile sözleşmenin güvence altına aldığı kendi hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Böyle bir soruna çözüm bulmak için Herkülün kapsamlı bir haklar teorisine ihtiyacı vardır. Bu teori hükmün amacının her tür cinsel tercihi korumak olduğunu söyleyebilir. Ya da toplumda geleneksel olarak kabul gören tercihleri koruduğunu söyleyebilir. Eğer Herkülün benimsediği haklar teorisi birincisi ise o zaman taraf devletin düzenlemesi Sözleşmeye aykırı olacaktır. Fakat Herkülün benimsediği haklar teorisi ikicisi olursa düzenlemenin Sözleşmeye aykırılığından söz edilemez. Herkül haklara ilişkin bu teoriyi Sözleşmenin hükümlerinin altında yatan felsefi tez ya da ilkeleri keşfederek bulabilir. Yargıç Herkül'den beklenen Sözleşmenin dayandığı kapsamlı ahlaki ve felsefi tezleri aynı şekilde tutarlı bir teori ile keşfederek sorunu çözmesidir.²⁵

Oysa Dworkin'e göre, geleneksel anlayış yargıcın yasanın anlamını ortaya koymak için bütün yolları kullandıktan sonra önündeki olaya uygulanacak kesin bir kural bulunmadığı sonucuna ulaşırsa kendi tercihinin kullanmasını, eğer kendi tercihi ile toplum çoğunluğunun tercihi arasında farklılık varsa kendi tercihinin toplum tercihinin üstünde tutmaması gerektiğini savunuyor. Fakat Yargıç Herkül bu yaklaşımı reddetmektedir. Herkül uygulanacak ilkeyi tespit ederken toplumun gelenekleri de dahil olmak üzere tüm şartları değerlendirmekte ve tutarlı bir ilke ortaya koymaktadır. Bu ilke Herkülün kendi tercihi değildir. O

24 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) s. 105 vd.

25 Ibid, s. 108.

nedenle de toplumun tercihi ile yargıcın bireysel tercihinin çatışması diye bir durum söz konusu değildir. Elbette Herkülün ortaya koyduğu ilke ile toplumun çoğunluğunun görüşleri örtüşmeyebilir. Ancak bu, yargıcın bireysel tercihinin toplumsal tercihe üstün tutması anlamına gelmez. Zor davanın doğru cevabı ancak bu şekilde verilebilir.²⁶ Bu yaklaşım uluslararası yargıya uyarlandığında uluslararası yargıcın tutarlı bir teori ile sorunu çözmesini ve ulaştığı sonuç ile taraf devletlerin tercihleri arasında uyumsuzluk varsa ihlal bulmasını gerektirir. Elbette kürtaj, uyuşturucu kullanımı, geleneksel olmayan cinsel tercihler gibi tartışmalı olan ahlaki konularda da Herkül bu yöntemi uygulayacaktır. Mesela, insan onuru kavramının anlamını da bu şekilde tespit edecektir. Hatta kendisi insan onuru kavramına herhangi bir değer atfetmese bile yukarıda belirtilen yöntem ile onun ne anlama geldiğini tespit edebilir. Ve verilen kararlar kaçınılmaz olarak siyasal nitelik taşıyacaktır.²⁷

Dworkin zor davalarda da doğru bir cevabın olduğunu savunurken dayandığı tez şudur: Herkül bireylerin var olan hakları konusunda karar verir. Herkülün kararları hak yaratmaz aksine var olan hakları korur. Oysa geleneksel anlayışın yargıcı olan Herbert açık bir kuralın olmadığı durumlarda kendisini yasa koyucu yani hakların yaratıcısı olarak görmekte yani yargısal kararı hakkın yaratıcısı olarak görmektedir. O zaman da açık bir kuralın olmadığı durumda kendi görüşünü değil de toplumun görüşünü esas alması demokrasinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Herkül açısından ise durum daha farklıdır. Herküle göre yargı kararları bireyin var olan hakkını tespit etmektedir. Hakkın varlığı ya da yokluğu konusunda ise toplumsal tercihe göre karar verilemez. Kolay davalarda olduğu gibi zor davalarda da bireylerin hakları söz konusudur ve kolay davalarda halkın görüşüne başvurulmadığı gibi zor davalarda da başvurulmamalı ve bireyin hakları zor davalarda da korunmalıdır. Dworkin burada açıkça doğal haklar teorisine dayanmaktadır. Yargıcı doğal hukukun sözcüsü konumuna oturtmakta böylece demokratik eleştiriye saf dışı bıraktığını düşünmektedir.²⁸

Strasbourg yargıçları zor davalarda ulusal takdir yetkisi doktrinini benimsemekle açıkça Herkül'ü değil Herbert'i oynamayı tercih etmiştir. Karşı karşıya olduğumuz soru Strasbourg'da Herküllere ihtiyacımızın olup olmadığıdır. Bu soruya cevabımızın olumsuz olduğunu belirtmekle birlikte niçin olumsuz olması gerektiğine ilişkin izahı aşağıya bırakacağız.

26 İbid. s. 125.

27 İbid. s. 126 vd.

28 İbid. s. 129.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

Mahkemenin zor davalardaki tutumunun Konsey üyesi ülkeler arasında uzlaşma olmayan konularda Herbert'i oynamak olduğunu belirttik. Zor davadan kastımız Sözleşmede kullanılan kavramların genel nitelikte olması nedeniyle hakkın kapsamının açıkça anlaşılamadığı davalardır. Oysa kolay davalarda yani uygulanacak kuralın açık olduğu davalarda da Mahkemenin rolünün tespit edilmesi gerekmektedir.

Mahkeme önüne gelen bir başvuruda somut olarak neyi inceleyecektir? Mahkemenin önünde iki yol vardır. Birinci alternatif, Mahkemenin ulusal mahkemelerin kararlarını göz ardı ederek Sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya somut olaylara kendisinin uygulamasıdır. İkinci alternatif ise kendisini tamamen ulusal makamların Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken iyi niyetli ve makul davranıp davranmadıklarını incelemeye sınırlamasıdır.²⁹ Mahkeme bu alternatiflerden herhangi birisine sıkı sıkıya bağlı kalmayı reddetmiştir. Önüne gelen davalarda olayın niteliğini dikkate alarak farklı tutumlar benimsemiştir. Bütün bütün ulusal makamların yerini almayı reddederken, yalnızca ulusal makamların makul, iyi niyetli ve dikkatli davranıp davranmadığını incelemekle de yetinmemiştir. Uyguladığı denetimin kapsam ve derinliği müdahale edilen hakkın niteliği, müdahalenin ciddiyeti vb unsurlara bağlı olarak genişlemekte ya da daralmaktadır. Mesela, mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili başvurularda Mahkemenin denetimi ulusal makamların kararlarının makul bir dayanağının olup olmadığıyla sınırlı kalırken³⁰ demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde müdahaleye izin veren bireysel özgürlük hakları (m. 8-11) ile ilgili olarak daha sıkı bir denetim uygulamaktadır.³¹ Mahkeme bu tür davalarda taraf devletlerin takdir yetkisine saygı göstereceğini belirtirken, kendi rolünü sadece başvuru konusu olan işlem ya da kararları soyut olarak değil, başvuru konusu olayı bir bütün olarak değerlendirmek şeklinde belirlemiştir.

Mesela bazı müstehcen (insan ve hayvanlar arasındaki ilişkileri de içeren) resimlere el konulmasına ilişkin *Muller*³² davasında Mahkeme yalnızca yerel mahkemenin müsadere kararını soyut olarak değerlendirmeyeceğini aksine, resimlerin niteliği, sergilenme şartları gibi bütün koşullarıyla birlikte değeren-

²⁹ Lavander, s. 382.

³⁰ *James and Others v. UK*, Series A 98, §. 40. ; Bkz. Yves Winisdoerffer, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No.1", *Human Rights Law Journal*, Vol. 19 No.1 s. 19.

³¹ Lavander, s. 383.

³² *Muller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/ 84, 24.05.1988.

direceğini belirtmiştir. Bu çerçevede serginin herkese açık ve girişin ücretsiz olması, giriş için herhangi bir yaş sınırının aranmaması, resimlerin içeriğine ilişkin herhangi bir uyarı ya da açıklama olmaması gibi unsurların taraf devlete (İsviçre) geniş takdir yetkisi tanınmasında rol oynadığını ortaya koymuştur. Elbette bu tip haklara müdahaleye ilişkin olarak taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin geniş ya da dar olmasını etkileyen daha pek çok faktör vardır. Ancak bunlar aşağıda incelenecektir.

Mahkeme 5. maddede düzenlenen kişi özgürlüğü hakkına ilişkin olarak yakalama sebepleri gibi belli konularda taraf devletlerin belli bir takdir alanına sahip olduğuna işaret etmektedir. Ancak yakalanan kişilerin en kısa sürede hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu en kısa sürenin belirlenmesinde taraf devletlerin takdir marjı oldukça dardır.³³

Adil Yargılama hakkıyla ilgili olarak Mahkeme nadiren takdir yetkisi kavramına başvurmuştur. Mahkeme genellikle ulusal bir mahkemenin verdiği kararın 6. maddeyi ihlal edip etmediğine karar vermekten kaçınmış ve incelemesini ulusal mahkemelerin 6. maddeyi uygulamasında kabul edilebilir sınırlar içinde davranıp davranmadığını incelemekle sınırlandırmıştır.

Mahkeme bazı durumlarda ise bizzat kendisi maddi olayları incelemek ve değerlendirmektedir. Mahkemenin bu şekilde bizzat kendisinin maddi olayları incelemesinde müdahale konusu olan hakkın niteliği de rol oynamaktadır. Eğer müdahale konusu olan hak, yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi bir hak ise önüne gelen belgelerden şikayet konusu olaya ilişkin sağlıklı bir bilgi edinemediği kanaatine vardığı takdirde bizzat inceleme yapmaya da karar verebilmektedir. Mesela Mahkeme bir kimsenin sınır dışı ya da iade edilmesi halinde gönderildiği ülkede işkenceye maruz kalma ihtimali varsa kişinin iade edilmemesi konusunda taraf devletlerin pozitif ödevi olduğuna hükmetmektedir. Mahkeme kişinin gönderileceği ülkede kötü muameleye uğrama riski olup olmadığını değerlendirirken taraf devletlerin karar anında sahip oldukları bilgilere göre bir sonuca ulaşmalarını kabul etmekle birlikte bizzat kendisi de değerlendirme yoluna gitmekte ve zaman zaman taraf devletin değerlendirmesinin aksine kararlar verebilmektedir.³⁴

33 *Winterwerp*, Series A, No. 33 s. 18-20 (1979) 2 EHRR 387; *Brogan*, Series A, No. 145-B s. 32-33 (1988) 11 EHRR 117.

34 *Salah Sheekh v. The Netherlands*, App. No. 1948/04, 11.01.2007; *Vilvarajah and others v. the United Kingdom* A215; *Tihampillai v. the Netherlands* 61350/00, 17/02/2004; *Venkadajalasarma v. the Netherlands* 58510/00, 17/02/2004; *Vijayanathan and Pusparajah v. France*, A241-B.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

4. Ulusal Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Mahkeme Uygulaması

Mahkeme başlangıçta 15. maddeye dayalı olarak olağanüstü hallerde Sözleşmede yer alan güvencelerden ayrılma hususunda bu doktrine başvururken³⁵ doktrinin uygulama alanını giderek genişletmiştir.³⁶ Ancak her hakla ilgili olarak doktrin farklı roller oynamaktadır. Mahkemenin doktrine ilişkin uygulamasının değerlendirilmesinde farklı yöntemler denenebilir. Ancak burada Mahkemenin önüne gelen bir başvuru incelerken takip ettiği aşamalarda doktrinin nasıl kullanıldığı incelenecaktır. Burada da esas olarak Sözleşmenin sınırlama hükümleri içeren 8-11 maddelerinde kullandığı inceleme aşamaları esas alınacaktır. Mahkeme aynı yöntemi protokollerde yer alan hakların bazıları için de uygulamaktadır. Buna göre Mahkeme bir davayı dört aşamada incelemektedir. Bu aşamalarda ilerlemek için Mahkemenin önceki aşamadaki soruya olumlu yanıt alması gerekir. Eğer yanıt olumsuz ise inceleme o noktada sonlanır. İlk aşamada sonlınırsa karar ihlal olmadığı yönünde olacaktır. Diğer aşamalarda ise her olumsuz yanıt Sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelir.

Birinci aşamada Sözleşmede güvence altına alınan bir hakka müdahale var mı sorusuna cevap aranmaktadır. Bu aşamada doğal olarak iddia edilen hakkın Sözleşmenin düzenlediği haklardan birisinin kapsamına girip girmediği de araştırılmaktadır.

İkinci aşamada müdahalenin hukuki bir dayanağının olup olmadığı araştırılmaktadır.

Üçüncü aşamada yapılan müdahalenin meşru bir amacının olup olmadığı incelenmektedir. Bu meşru amaçların neler olduğu her ne kadar oldukça geniş yorumlamaya müsait olsa da Sözleşmenin ilgili maddelerinde yer almaktadır.

Son aşamada ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği, yani ölçülü olup olmadığı araştırılmaktadır.

Bu aşamalara bir de devlete pozitif ödev yükleyen haklar bakımından pozitif ödevin olup olmadığı ve pozitif ödevin ihlal edilip edilmediği de eklenebilir. Bu pozitif ödevlerin önemli bir kısmı araştırma yapma yükümlülüğü şeklindedir.

35 Aslında ilk olarak Komisyon Kıbrıs davasında bu doktrine işaret etmiş ve Birleşik Krallık yetkililerinin "durumun zorunlu olarak gerektirdiklerinin değerlendirmede belli bir takdir kullanma yetkisine sahip olduklarını" belirtmiştir. Bkz. *Greece v. UK*, No 176/56, Yearbook Vol.2 s. 174; Mahkeme ise İrlanda başvurusunda bu kavramı kullanmıştır. *Ireland v. U.K.*, 2 EHRR 25 (1978) §. 36.

36 Aaron A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review* Vol.1 NO.1 (2005) s.47-64.

Şimdi bu aşamaların her birinde ulusal takdir yetkisi doktrininin nasıl bir rol oynadığını inceleyelim.

4.1. Hakkın Varlığı ve Ulusal Takdir Yetkisi

İlk aşamaya ilişkin olarak takdir yetkisi doktrinin bir işlevi olamayacağı düşünülebilir. Yani bir hakkın Sözleşmede düzenlenen haklardan birisinin kapsamına girip girmediği konusunda devletlere takdir yetkisi tanınmaması gerektiği düşünülebilir. Ancak uygulama bu yönde değildir. Aksine Mahkeme bizce yanlış bir şekilde bir hakkın kapsamının tayininde de takdir yetkisine atf yapmaktadır. Mesela transeksüellerin yeni cinsiyetlerinin tanınması konusunda Mahkeme devletlerin takdir yetkisine sahip olduklarına hükmetmektedir. Benzer şekilde homoseksüel ilişkiler ve aynı cinsten kişilerin evlenmeleri vb konularda Mahkeme devletlerin takdir yetkisine dayanarak başvuruları sonuçlandırmaktadır. Oysa burada Mahkeme Avrupa'da uzlaşma olmadığını söylemekle devletlere bir takdir yetkisi tanımamakta aksine bu hakların Sözleşme kapsamında olmadığına karar vermektedir. Elbette Mahkemenin bir hak iddiasını Sözleşmenin kapsamı içinde görmemesi taraf devletlerin bu hakları tanıyamayacağı ya da düzenleyemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu aşamadaki takdir yetkisi sorununun zor davalarda yargıcın oynayacağı role ilişkin bir sorun olduğunu belirtmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme buradaki rolünü oldukça sınırlı tutmakta ve Avrupa'da uzlaşma olmayan konularda hakkın kapsamını belirleme yetkisinin taraf devletlere ait olduğuna karar vermektedir.

Mahkemenin bu konularda takdir yetkisine atf yapması tamamen anlamsız da değildir. Sözleşmenin yaşayan belge olma niteliğini dikkate alarak Mahkeme dinamik yorum yöntemiyle ileride bu hakların Sözleşme kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir. Nitekim Mahkeme bu tür konularda tamamen taraf devletlerin tercihlerine göre hareket etmemekte Avrupa'da konuya ilişkin bir uzlaşmanın mevcut olup olmadığına bakmaktadır. Eğer Avrupa'da bir anlayış birliği oluşmuş ise artık o hak taleplerinin Sözleşme kapsamı içinde olduğuna ve taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olmadığına hükmetmektedir. Burada anahtar kavram *uzlaşma* kavramıdır. Nitekim Mahkeme *Dudgeon*³⁷ davasında homoseksüel ilişkileri yasaklayan Kuzey İrlanda yasasının Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme yetişkin bireyler arasındaki rızaya dayalı homoseksüel ilişkilerin bireyin özel

37 *Dudgeon v. UK*, 4 EHRR 149 (1982).

hayat hakkı içinde değerlendirilmesi ve cezalandırılmaması gerektiği yönünde Avrupa toplumlarında bir uzlaşmanın oluştuğuna dikkat çekmiş ve bu nedenle homoseksüelliği cezai yaptırıma bağlama konusunda Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda makamlarının takdir yetkisinin olmadığına hükmetmiştir. AİHM'in bu yaklaşımının başka mahkemeler tarafından da benimsendiğini hatırlatmak gerekir. Mesela, ABD Yüksek Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararında³⁸ homoseksüel ilişkileri yasaklayan Georgia yasasını ABD Anayasasının 14. Ekinde düzenlenen *due process* ilkesine aykırı bulmazken 2003 yılında verdiği başka bir kararında³⁹ bu konuda Amerikan toplumunda bir uzlaşmanın oluştuğu gerekçeyle eski içtihadını değiştirmiş ve homoseksüel ilişkiyi yasaklayan Texas yasasının Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken AİHM'nin kararlarına da atıf yapmıştır. Her iki kararda da Amerikan toplumunun ahlak anlayışına ve uzlaşmaya atıf yapılırken ilkinde uzlaşmanın yasaklama yönünde, ikincisinde ise serbest bırakma yönünde olduğuna karar verilmiştir.

AİHM içtihadı transeksüellerin yeni kimliklerinin tanınması konusunda ortak Avrupa standardının oluşumunu iyi bir şekilde örneklemiştir. Bu davalarda hukuki sorun transeksüellerin operasyon sonrası yeni cinsiyetlerinin tanınması ve resmi kayıtların buna uygun olarak değiştirilmesini isteme hakkının 8. maddede düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamına girip girmediği idi. Mahkeme bu soruya cevap ararken taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerine bakmış ve farklı düzenlemeler söz konusu ise Sözleşmede yer alan kavramın *şimdilik* bu hakkı kapsamadığına karar vermiştir. Ancak bu şu anlama da gelmektedir; belirsiz bir zaman sonra kavram bu hakkı da içerebilir ancak bunun için Konsey üyesi devletler arasında bir ortak anlayışın yani uzlaşmanın oluşması gerekir. Mahkeme 1987 tarihli *Rees*⁴⁰ kararında Avrupa'da bu konuda bir anlayış birliği bulunmadığına işaret etmiştir. 1991'de *Cossey*⁴¹ kararında durumun değişmediği tespitinde bulunmuştur. 1998'de *Sheffield and Horsham*⁴² kararında bazı yasal düzenlemeler olmakla birlikte transeksüelliğin bilimsel, ahlaki, hukuki ve sosyal sorunlara neden olmaya devam ettiği ve taraf devletler arasında ortak bir görüş birliğine ulaşılmadığına karar vermiştir. Ancak dört yıl sonra 2002'de son kararından sonra davalı devlette (Birleşik Krallık) ve genel olarak Konsey

38 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 191 (1986).

39 *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2481 (2003).

40 *Rees v. UK*, 9 EHRR 56 (1987) § 37.

41 *Cossey v. UK*, 13 EHRR 622 (1991) § 40.

42 *Sheffield and Horsham v. UK*, (1998) § 57-58.

üyesi ülkelerde önemli gelişmeler olduğu ve bu gelişmelerin eski kararından dönmelerini meşrulaştırdığını belirterek artık bu hakkın 8. madde kapsamına girdiğine karar vermiştir.⁴³ Mahkeme geçen dört yıllık sürede Avrupada hangi hayati değişikliğin gerçekleşerek bu uzlaşmayı ortaya çıkardığını yeterince açıklamış gözükmemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaşam hakkının kapsamını belirlerken de takdir yetkisi doktrinine atıf yapmıştır. Mahkeme Büyük Dairesi *Vo v. Fransa*⁴⁴ davasında hayatın başlangıcına ilişkin olarak Avrupa’da ne bilimsel ne de hukuki bir uzlaşma olmadığından taraf devletlerin bu alanda takdir yetkisine sahip olduklarına hükmetmiştir. Böylece bir doktorun hatası sonucu düşük yapan kadının ya da fetüsün Sözleşme kapsamında yaşam hakkına müdahale olmadığına karar vermiştir. Mahkeme aynı içtihadını dondurulmuş embriyoya ilişkin olan *Evans v. Birleşik Krallık*⁴⁵ davasında da tekrarlamıştır. İngiliz hukukunda embriyonun yaşam hakkından yararlanmasına ilişkin bir hüküm olmadığından hareketle Mahkeme, hayatın hangi anda başladığı konusunda Avrupada uzlaşma olmadığı için embriyonun Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen hakkının sözkonusu olmadığına hükmetmiştir.

Mahkemenin yukarıda verilen örneklerdeki tutumu hakların niteliğine ilişkin teorik bir sorunu tartışmayı gerektirmektedir. Mahkeme bu yorumuyla temel hakların devletlerin iradesiyle ortaya çıktığını kabul etmektedir. Yani bu anlayışa göre Sözleşmede düzenlenen haklar bireyin sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu evrensel haklar değil, devletlerin iradesiyle ortaya çıkan pozitif haklardır. Elbette taraf devletlerin iradesiyle oluşmuş bir Sözleşmenin uygulamasını gözetmekle yükümlü bir Mahkemenin belli ölçüde taraf devletlerin iradelerine önem atfetmesi ve yorumlarını elinde bulunan Sözleşmenin metnine dayandırması kaçınılmazdır. Ancak bu, Mahkemenin bütün bütün taraf devletlerin iradesiyle bağlı olduğu anlamına da gelmemektedir. Uluslararası sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin temel kurallardan birisi olan dar yorum ilkesinin anayasal nitelikteki, yani taraflar açısından ortak yükümlülük doğuran sözleşmeler açısından geçerli olmadığı, dar yorum ilkesinin yalnızca karşılıklı yükümlülükler doğuran sözleşmeler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁴⁶ Zaten Mahkeme

43 *Goodwin v. UK*, 35 EHRR 447 (2002), § 74; *I v. UK*, 40 EHRR 967 (2003).

44 *Vo v. France* [GC], ECHR 2004-VIII, § 82.

45 *Evans v. UK*, [GC], App. No. 6339/05, § 56, 17.04.2007.

46 Alexander Orakhelashvili, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Journal of International Law* vol. 14 (2003) 529-568; Alastair Mowbray, “Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 5 No. 1 (2005) 57-79.

buna dayanarak amaçsal, özerk ve dinamik yorum yöntemlerini geliştirmiştir.

Mahkemenin bu yaklaşımının Dworkin'in sınıflamasında Herkül'e değil Herbert'e uyduğunu belirtmiş ve Srazburgda Herküllere ihtiyacımızın olup olmadığı sorusunu sormuştuk. Gerçi Mahkemenin bu yaklaşımının yalnızca ahlaki bakımdan uzlaşma olmayan konularla sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Yoksa Mahkeme ahlaki çekişme konusu olmayan konularda Sözleşme kavramlarını özerk yorumlayarak iç hukuktakinden daha geniş bir anlam verebilmekte dolayısıyla hakkın kapsamını tespitte taraf devletin iradesi ile kendisini bağlı saymamaktadır. Mesela mülkiyet kavramını iç hukukların aksine şahsi haklar ve haklı beklentiler dahil bütün malvarlığı haklarını kapsar şekilde yorumlamaktadır.⁴⁷ Benzer şekilde gürültüden korunma hakkını⁴⁸ ve pis kokulardan korunma hakkını⁴⁹ aile hayatına saygı kavramı içinde değerlendirmektedir. Dolayısıyla buradaki tavrın Herkül tavrı olduğu söylenebilir.

Acaba ahlaki bakımdan Avrupada uzlaşma olmayan konularda Mahkeme kendisi bizatihi Sözleşmenin altında yatan haklar teorisini keşfederek ileri sürülen bir hak iddiasının Sözleşme kapsamına girip girmediğine karar vermeli midir? Mesela Sözleşmenin 2. maddesindeki yaşam hakkından dondurulmuş embriyonun ya da fetüsün yararlanıp yararlanmayacağına taraf devletlerin düzenlemelerinin ne olduğuna bakmaksızın kendisinin ortaya koyacağı bir hak teorisi çerçevesinde cevap vermesi gerekir mi?

Bütün problemlerine rağmen bu soruya olumsuz yanıt verilmesi daha uygun olacaktır. Yani temel ahlaki konularda Mahkeme kendi teorisini dayatmamalı taraf devletlerin tercihlerine üstünlük tanımalıdır. Elbette bu yaklaşımın problemleri de farkında olmak gerekir. Zira bu yaklaşım Sözleşme haklarını pozitif haklara dönüştürmekte ve hakları devlet iradesine bağlamaktadır. Bunun yanı sıra insan hakları alanına kaçınılmaz olarak kültürel rölativizmi davet etmekte ve farklı ülkelerde farklı haklar standardının uygulanmasına kapı aralamaktadır. Böylece de insan haklarının evrenselliğini tehdit etmektedir. Ayrıca bu yaklaşım uygulamada özellikle toplumsal azınlıkların aleyhine işleyecektir. Çünkü toplumun ötekileştirdiği sosyal gruplar kendi haklarını güvence altına almak için siyasal güç üretmekte zorlanacaklardır.

Ancak bütün bu sakıncalarına rağmen toplumun ahlaki standardının ne ol-

47 A. R., Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights* (Aldershot: Ashgate, 2004) ch. 6.

48 *Hatton and Others v. UK*, 02.10.2001.

49 *Lopez-Ostra v. Spain*, 09.12.1994, A 303-C.

ması gerektiğine ulusal ya da uluslararası yargıçlar değil toplumun demokratik karar alma mekanizmaları karar vermelidir. Zira yukarıdaki sakıncaların yargıçlar tarafından kaldırılacağına garantisi yoktur. Pekala yargıçlar da muhafazakar tutum takınabilir ve azınlıkların haklarını gözdardı edebilirler. Sözleşme hakları pozitif değil, doğal haklar olarak kabul edildiğinde de sonuç değişmeyecektir. Sorun, ister doğal, ister pozitif nitelikte olsun hakkın içeriğinin ne olduğuna kimin karar vereceği sorunudur. Yani hakka ilişkin kuralın tespit edilmesi, konulması yetkisinin kime ait olacağı sorunudur. Demokratik toplumlarda kural koyma yetkisi yargıçlara değil demokratik karar alıcılara aittir. Kural koymak siyasal bir işlemdir ve yargıçlar bu işleve soyunmamalıdır. Yargıcın işlevi konulan kuralın uygulanmasıdır. Kuralın uygulanması ise siyasi değil hukuki bir işlemdir. O nedenle Strasbourg'da Herküllere ihtiyacımız yoktur.

Mahkemenin tavrına bu noktada katıldığımızı belirttikten sonra başka bir pratik soruna değinmek gerekir. O da Avrupada uzlaşmanın var olup olmadığının nasıl tespit edileceğidir. Belli bir konuda Avrupa Konseyine üye devletler arasında uzlaşmanın mevcut olup olmadığına karar verecek olan Mahkemenin kendisidir. Ancak Mahkeme bu tespiti yaparken hangi kriterlere dayanacaktır? Konsey üyesi 47 ülkeden kaç iç hukuklarında bir hakkı tanıdığı zaman o konuda uzlaşma sağlanmış sayılacaktır? Sadece Avrupada uzlaşma sağlanmış olması yeterli midir? Daha geniş evrensel bir uzlaşmanın da aranması gerekir mi? Mesela yukarıda değinilen davalarda verilen kararlar ile homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiği konusunda Avrupada ve Amerikada uzlaşma sağlandığını gördük. Oysa Zimbabwe Yüksek Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararda Zimbabwe toplumunun cinsel konularda muhafazakar bir toplum olduğu gerekçesiyle homoseksüel ilişkileri cezalandıran yasayı anayasaya aykırı bulmamıştır.⁵⁰ Dolayısıyla homoseksüelliğin cezalandırılmaması konusunda evrensel bir uzlaşma oluşmamıştır. Bu da kaçınılmaz olarak kültürel göreceliği insan hakları alanına taşımaktadır.

Mahkemenin uzlaşma konusundaki tavrının tutarlı olduğunu da söylemek mümkün değildir. Yukarıda değinilen *Dudgeon* kararının yanı sıra başka bazı kararlarında⁵¹ da homoseksüellik konusunda Avrupa'da uzlaşma olduğuna

50 *Banana v. State*, Supreme Court, Zimbabwe, 8 BHRC 345 (2000).

51 *Smith and Grady v. UK*, 29 EHRR 495 (1999), Mahkeme bu davada Birleşik Krallık tarafından homoseksüel ilişkileri nedeniyle ordudan atılan başvuru sahiplerinin cinsel tercihleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıklarına karar vermiştir. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001) Mahkeme bu davada da babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesini ayrımcı nitelikte bulmuş ve 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

hükmetmiş ve bir kimsenin homoseksüel tercihleri nedeniyle çok önemli ve ikna edici sebepler olmadıkça ayırimcılığa tabi tutulamayacağına karar vermiş olmasına rağmen biraz farklı bir bağlamda *Frette*⁵² kararında bu uzlaşmanın bulunmadığına karar vermiştir. Bu davada Fransız makamları başvurucunun homoseksüel olması nedeniyle evlat edinmesine izin vermemiştir. Mahkeme de değerlendirmesinde çocuğun yararı dikkate alındığında homoseksüellerin evlat edinmesinin çocuğun sağlığı ve psikolojisi hakkında nasıl bir etkisi olacağı konusunda kesin bir bilimsel veri olmadığından devletin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir.⁵³ Oysa Mahkeme daha önce sırf babanın homoseksüel olması nedeniyle velayetin anneye verilmesinin cinsel tercihe dayalı ayırimcılık olduğuna karar vermişti.⁵⁴ Kendi çocuğunun velayetini almaya engel olmayan homoseksüellik evlat edinmeye engel olarak görülmüştür. Mahkeme bu konudaki uzlaşının nasıl değiştiğini açıklamadığı gibi çocuğun nasıl somut bir zarara karşı korunduğunu da izah etmemiştir. Bu konuda ileri sürülen tek gerekçe heteroseksüel çoğunluğun homoseksüeller konusunda sahip olduğu önyargı ve evlat edinilen çocuğun bu önyargıdan zarar görme ihtimalidir. Ancak bu önyargının haklardan mahrum edilmek için gerekçe teşkil etmeyeceği başka kararlarda ortaya konulmuştu. Dolayısıyla Mahkeme kararlarının bu noktadaki problemliliği yönü, ilkesel ve istikrarlı bir uygulamanın olmamasıdır. Uygulamadaki bu istikrarsızlık keyfiliği akla getirmektedir. Ayrıca *Frette* kararında Mahkeme çoğunluğunun kullandığı gerekçe oldukça tehlikeli uygulamalara kapı aralamaktadır. Mesela toplum çoğunluğunun önyargısı nedeniyle bir göçmene veya müslümana da evlat edinme konusunda aynı ayırimcılık yapılmış olsaydı bu da meşru görülebilirdi mi?

Ancak Mahkeme Büyük Dairesi çok yeni bir kararında *Frette* davasında Dairenin verdiği karardan ayrılmış ve sadece geleneksel olmayan cinsel tercihleri nedeniyle homoseksüel ve lezbiyenlerin evlat edinmekten alıkonulamayacaklarına karar vermiştir.⁵⁵

4.2. Devletlerin Pozitif Ödevi ve Takdir Yetkisi

Mahkeme, Sözleşmenin 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yüküm-

⁵² *Frette v. France*, 38 EHRR 438 (2004).

⁵³ T.W. Stone, "Margin of Appreciation Gone Awry: The European Court of Human Rights' Implicit Use of the Precautionary Principle in *Frette v. France* to Backtrack on Protection from Discrimination on the Basis of Sexual Orientation", (2003) 3 Connecticut Public Interest Law Journal 271.

⁵⁴ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 31 EHRR 1055 (2001).

⁵⁵ *E.B. v France*, App. No. 43546/02. (GC) 22.01.2008.

lülükler de getirdiğini içtihadıyla ortaya koymuştur.⁵⁶ Her ne kadar mahkeme “pozitif yükümlülük” kavramını tanımlamamışsa da Yargıç Martens bir karşıoy yazısında “taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar”⁵⁷ şeklinde bir tanım yapmıştır. Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde tanımlanınca pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak tecavüzleri önlemek için ceza hükümleri koyma, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve faileri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.⁵⁸ Mahkeme pozitif ödevlerle ilgili olarak da taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak bu takdir yetkisinin kapsamı çeşitli faktörlere bağlı olarak değişecektir.

Mahkeme pozitif ödevler söz konusu olduğunda taraf devletin uluslararası yargıca göre daha iyi konumda olduğu argümanını daha vurgulu bir şekilde dile getirmektedir.⁵⁹ Ancak yukarıda değinildiği gibi pozitif ödevlerin niteliği de haklara göre farklılıklar taşımaktadır ve bu tür ödevlerde takdir yetkisi doktrininin oynadığı rolü tam anlamıyla ortaya koyabilmek için her hak ve farklı nitelikteki pozitif ödevler için ayrı ayrı inceleme yapmak gerekir. Ne var ki biz burada bir kaç örnek vermekle yetineceğiz.

İstanbulda Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin *Öneryıldız*⁶⁰ davasında Mahkeme İstanbulun bu bölgesindeki sosyal, ekonomik ve şehirciliğe ilişkin sorunların nasıl çözüleceği konusunda kendi görüşlerini yerel makamların görüşlerinin yerine koymanın kendi görevi olmadığını hatırlatmış ve yerel otoritelerin öncelikleri ve kaynakların nasıl kullanılacağını belirleme konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir.

Ancak yetkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Mahkemeye göre, “bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye

56 Taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan pozitif yükümlülükleriyle ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz., Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2004).

57 *Gul v. Swirzerland*, ECHR 1996-I, 165.

58 Mowbray, s. 2.

59 Moral, s. 619.

60 *Öneryıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99, 30.11.2004 (GC) ECHR 2004-VII §.107.

sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi. Ve bu Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımı teşkil etmez ya da hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi Hükümetin Mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu.”⁶¹

Görüldüğü gibi Mahkeme her ne kadar sosyal problemlerin çözümünde uygulanacak politikaların ne olması gerektiği konusunda taraf devlet makamlarının yerine geçerek karar vermekten imtina ediyorsa da, yaşam hakkını tehdit eden bir tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak etkin bir tedbirin ne olabileceğini ortaya koymaktan kaçınmamakta ve böyle bir tedbirin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm olayından devleti sorumlu tutmaktadır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde yaşayan muhalif bir gazetecinin meçhul kişilerce öldürülmesi ile ilgili *Adalı*⁶² başvurusunda Mahkeme taraf devletlerin Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkından kaynaklanan yükümlülüklerinin güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümlerde etkin bir soruşturma yapılmasını da kapsadığını hatırlattıktan sonra bu soruşturmanın karşılaması gereken asgari standartları ortaya koymuştur. Yapılan soruşturmanın eksikliklerini de tek tek belirtmiştir. Buna göre öldürme olayı evin önünde gerçekleşmesine rağmen, evin terasında ve içinde herhangi bir araştırma yapılmamış, parmak izi aranmamış, olay mahallinin resimleri çekilmemiş, yapılan balistik inceleme KKTC polisinin elindeki kayıtlarla sınırlı tutulmuş Türkiye polisinin elindeki kayıtları kapsamamış, bazı önemli tanıklar dinlenmemiş ya da ilgisi olabilecek şahıslar sorgulanmamıştır.⁶³ Cinayetin nedenini bulmaya yönelik bir soruşturma yürütülmemiş, maktûlün gazeteci olarak faaliyetleri ile cinayet arasında bir ilişki olup olmadığı yeterince araştırılmamıştır. Ayrıca Mahkeme kamu otoriteleri tarafından yürütülen soruşturmanın kamuoyu denetiminden uzak oluşu ve maktûlün ailesinin soruşturma dosyasına ulaşamamasını da göz önüne almıştır. Bütün bu nedenlerle taraf devletin ölüm olayını etkin bir şekilde soruşturma pozitif ödevini yerine getirmedeğine ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme bu olayda da taraf devletin pozitif ödeviyle ilgili takdir yetkisini oldukça dar tutmuş ve nelerin yapılması gerektiğine kendisi karar vermiştir. Ancak hatırlatmak gerekir ki burada verilen örneklerin ikisi

61 İbid. §.107.

62 Adalı v. Turkey, App. No. 38187/97, 31.03.2005.

63 İbid. §.227-9.

de yaşam hakkına ilişkindir. Mesela mülkiyet hakkıyla ilgili olaylarda bu takdir yetkisinin daha geniş olduğunu hatırlatmak gerekir. Ne var ki takdir yetkisinin geniş olması bunun sınırsız olduğu anlamına gelmez. Nitekim Mahkeme İtalyan mahkemelerinin vermiş olduğu tahliye kararlarının polis yardımı olmaması nedeniyle uzun süre uygulanamamasının ev sahiplerinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁴ Bu olaylarda Mahkeme taraf devletin mahkeme kararlarının icra edilebilmesi için gerekirse polis yardımı sağlama pozitif ödevi olduğuna hükmetmiştir.

4.3. Müdahalenin Hukukiliği ve Takdir Yetkisi

Mahkeme başvurusunun Sözleşme ile korunan bir hakkına müdahale edildiğini tespit ederse sonraki aşamada bu müdahalenin hukuki bir dayanağının olup olmadığını inceleyecektir. Bu gereklilik Sözleşme metninden doğmaktadır. Sözleşmenin sınırlama hükmü içeren maddelerinin tamamı bu müdahalenin hukuka uygun olmasını şart koşmaktadır. Sözleşmenin aradığı hukukilik şartı bizim Anayasamızın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartından daha geniş kapsamlıdır. O nedenle sınırlamanın mutlaka kanunla yapılmış olması gerekmez. Kanundan daha alt düzeydeki düzenleyici işlemlerle yapılan sınırlamalar da Sözleşmeye uygun olabilir. Hatta mutlaka yazılı bir düzenleme olması da gerekmez. Mahkeme kararlarıyla oluşmuş yerleşik içtihat da hukukilik şartını yerine getirebilir. Ancak Mahkeme hukukilik şartının gerçekleşebilmesi için düzenleme ve uygulamaların belirli nitelikleri taşıması gerektiğine hükmetmiştir. Buna göre müdahaleye kaynaklık eden hukuki düzenlemenin açık, öngörülebilir, herkes tarafından ulaşılabilir ve istikrarlı bir şekilde uygulanır yani keyfiliği önleyecek nitelikte olması gerekir.⁶⁵

Dolayısıyla taraf devletlerin sınırlamayı nasıl bir hukuki çerçevede yapacağını takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak sınırlamaya dayanak oluşturan hukuki çerçevenin bireyler açısından öngörülürlüğü garanti etmesi gerekir. Mesela, kanunda açıkça sınırlamaya ilişkin bir düzenleme bulunsa bile eğer bu düzenleme keyfi bir şekilde yalnızca bazı kişilere uygulanıyorsa burada müdahalenin hukuka uygunluğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Vergi kaçırılmasını engellemek amacıyla Fransız yasaları vergi makamlarına satış bedelinin

64 Mahkeme bu nitelikte yüzlerce karar vermiştir. Burada tür davaların ilki olan iki karar zikredilmekte yetinilecektir. Bkz. *Immobiliare Saffi v. Italy*, 28.07.1999, EHRR 1999-V; *A.O. v. Italy*, App. No. 22534/93, 30.05.2000.

65 *Olsson v. Sweden*, (No. 1) App. No. 10465/83, A 130 §.61; Bkz. van Dijk, van Hoof, van Rinj and Zwaak (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Antwerpen: Intersentia, 2006) s. 336.

çok düşük gösterildiğinden şüphelenilmesi halinde gösterilen satış bedeli üzerinden gayrimenkulü satın almaya yetki veren bir önalım hakkı tanımıştır. Fransız makamları kanunun tanıdığı bu yetkiyi nadiren ve keyfi bir şekilde kullandığından Mahkeme bu uygulamanın Sözleşmenin istediği öngörülebilirlik şartını taşımadığına o nedenle de müdahalenin hukuki olmadığına karar vermiştir.⁶⁶ Bu kararda da görüldüğü gibi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hukuki düzenlemeler keyfiliğe mümkün olduğunca imkan tanımamalıdır. Elbette bir yasal düzenleme uygulayıcılara belli bir takdir hakkı tanıyacaktır. Hatta çoğu kez hukuki düzenlemelerin mutlak bir açıklık taşıması olanaksızdır. Bazı hususlar mutlaka uygulamada yorumlanarak belirginleşecektir. Ancak Mahkeme hukuki düzenlemelerin sahip olması gereken nisbi belirlilik düzeyine ilişkin olarak üç faktörden söz etmektedir: düzenlemenin içeriği, düzenlenen alan ve düzenlemeden etkilenenlerin durumu ve sayısı.⁶⁷ Bu hususlar dikkate alındığında bir düzenlemenin kötüye kullanımını önleyecek tedbirleri içeriyor olması önemlidir. Düzenleme tamamen keyfi uygulamaya imkan veriyorsa Sözleşmenin aradığı niteliklere sahip değildir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da ulusal düzenlemeler sınırlama için Sözleşmeden daha ağır bir hukukilik koşulu arıyorsa Mahkeme hukuka uygunluk standardını Sözleşmeye uygunluk düzeyinde mi yoksa daha ağır şartlar öngören ulusal hukuka uygunluk düzeyinde mi arayacaktır. Bu soruya verilmesi gereken cevabın açık olduğu düşünülebilir. Zira Sözleşme müdahalenin hukuka uygun olmasını aramaktadır. Burada sözü edilen hukuk taraf devletin iç hukukudur. Dolayısıyla iç hukuka aykırı olan bir müdahale Sözleşmeye de aykırı olacaktır. Mahkeme iç hukuka uygunluk şartını çok katı yorumlamamaktadır. Mesela Türk Anayasasına göre temel haklar ancak kanunla sınırlanabilir.⁶⁸ Üniversite öğrencilerinin okul kampüsünde giyecekleri kıyafete sınırlama getiren kanun düzeyinde bir hüküm bulunmamakla birlikte Mahkeme kanun altı düzenlemeler ve mahkeme kararlarına dayanan bir sınırlamanın Sözleşmenin öngördüğü hukukilik şartını taşıdığına karar vermiştir.⁶⁹ Mahkeme bu kararında Üniversite öğrencilerinin kıyafetini düzenleyen 2547 Sayılı yasanın Ek. 17. maddesinde yer alan “Kanunlara aykırı olmamak şartıyla üniversitelerde kılık kıya-

⁶⁶ *Hentrich v. France*, App. No. 13616/88, A296A.

⁶⁷ *Chorherr v. Austria*, App. No. 13308/87 25.08.1993 A-266B §.25; *Kalaç v. Turkey*, 27.02.1997 §.42; *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25.03. 1983, Series A 61, §. 88; *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, 28 .03.1990, A173, §. 68; *Herczegfalvy v. Austria*, 24.09.1992, A244, §. 89.

⁶⁸ Bkz. m.13.

⁶⁹ *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, (GC) 10.11.2005.

fet serbesttir” hükmünün içeriğinin mahkeme kararlarıyla bu yasağın dayanağı haline geldiğine işaret etmiştir.⁷⁰

4.4. Müdahalenin Amacı ve Takdir Yetkisi

Sözleşmede düzenlenen haklar istisnalar dışında mutlak nitelikte değildir ve sınırlandırılması mümkündür. Ancak sınırlamaların meşru bir amacının bulunması gerekir. Bu meşru amaçların neler olduğu Sözleşmenin her maddesinde ayrı ayrı sayılmıştır. Dolayısıyla Sözleşmede yer alan haklar ancak Sözleşmede öngörülen nedenlerle sınırlandırılabilir. Sınırlama sebepleri bakımından taraf devletlere herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Ancak bu sebeplerin oluşup oluşmadığını tespit etme yetkisi tamamen taraf devletlerin yetkisindedir. Bu yönüyle takdir yetkisinin en fazla rol oynadığı başka bir deyişle en geniş olduğu alan müdahale amacının meşruluğu alanıdır.⁷¹

Sözleşmenin sınırlama hükmü içeren maddelerinin tamamında sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Ancak hakkın niteliğine göre bu sınırlama sebepleri dar ya da geniş yorumlamaya imkan veren kavramlarla ifade edilmiştir. Mesela yaşama hakkına getirilen istisnalarda sınırlama nedenleri, “bir kimsenin saldırıdan korunması, bir suçlunun kaçmasının önlenmesi ve bir ayaklanmanın bastırılması için kuvvet kullanmanın zorunlu olduğu haller” şeklinde oldukça net ifade edilmiştir ve geniş yorumlamaya elverişli değildir. Oysa spektrumun öbür ucunda mülkiyet hakkına ilişkin sınırlama nedenleri “kamu yararı” ve “genel yarar” gibi oldukça geniş yorumlamaya müsait kavramlarla ifade edilmiştir. Sözleşmenin çeşitli maddelerinde yer alan sınırlama sebepleri, milli güvenlik, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması, ülke bütünlüğünün korunması, başkalarının haklarının ve namının korunması, kamu sağlığı ve kamu ahlakının korunması, kamu yararının gerçekleştirilmesi gibi nedenler olarak sayılmıştır.⁷²

Müdahale amacının meşruiyeti konusu Mahkeme içtihadında pek fazla ihlal nedeni olarak karşımıza çıkmamaktadır. Mahkeme müdahalenin meşru olup olmadığını her başvuruda incelemekle birlikte genellikle taraf devletlerin müdahale sebebi olarak gösterdiği nedenleri Sözleşmede öngörülen meşru amaçlar içinde değerlendirmiştir. Mahkeme bu güne kadar oldukça sınırlı sayıda

70 Kararın eleştirisi için bkz. K. Altıparmak, ve O. Karahanoğulları, “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 3, 249-276 (2004); Kerem Altıparmak and Onur Karahanogullari “After Şahin: The Debate on Headscarf is not Over”, European Constitutional Law Review, Vol. 2, Is. 02, (2006) 268-92.

71 Van Dijk, et al. s. 339.

72 Bkz. Sözleşmenin 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları.

başvuruda müdahale amacını meşru bulmamıştır.⁷³ Taraf devlet tarafından ile-ri sürülen gerekçeleri çok da inandırıcı bulmadığı durumlarda bile Mahkeme doğrudan müdahale amacının meşru olmadığına karar vermekten kaçınmak-ta ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını incelemektedir.⁷⁴ Mesela eski yunan Kralının malvarlığına el konulmasına ilişkin *The Former King of Greece*⁷⁵ davasında taraf devlet mallara el koyma amacını arkeolojik alanları ve ormanları koruma ve devletin cumhuriyet niteliğini mu-hafaza etme şeklinde açıklamıştı. Söz konusu kamulaştırma kanununun, cum-huriyete geçildikten 25 yıl sonra çıkarılmış olması nedeniyle Mahkeme kanunla cumhuriyet arasında ilişki kurmakta zorlanmış ise de doğrudan müdahale ama-cının meşru olmadığına hükmetmekten kaçınmıştır.⁷⁶

Mahkemenin müdahale amacı konusunda taraf devletlere neredeyse sı-nırsız bir takdir yetkisi tanımmasının nedeni bu unsuru müdahalenin gerekliliği ile birlikte değerlendirmesidir. Böylece Mahkeme taraf devletlerin toplumsal sorunlarını çözmeye yönelik politika yapımına müdahale etmekten kaçınmak-ta, sorunlarını nasıl çözecekleri konusunda demokratik organlara karar verme alanı bırakmaktadır. Ancak bir kez politika amacı tespit edildikten sonra kulla-nılan politika araçlarının bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını nispeten daha objektif kriterlerle denetlemek mümkün hale gelmektedir.⁷⁷ Bu tavırla Mahkeme rolünün siyasal değil hukuki olduğuna vurgu yapmaktadır.

4.5. Müdahalenin Gerekliliği ve Takdir Yetkisi

Sözleşme hakların ancak demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılmasına olanak tanımaktadır. Bu yalnızca 8-11 maddeler için değil sınırlama ve istisnaya yer veren tüm maddeler için geçerlidir. Ancak bir sınırla-manın ne zaman demokratik bir toplumda gerekli olduğuna soyut olarak karar vermek mümkün değildir. Bir sınırlamanın gerekliliğine ancak somut koşullar

73 *Darby v. Sweden*, App. No. 11581/85, 23.10.1990, A187, § 36 ; Bu başvuru İsveçte ödenecek kilise vergisinden muaf tutulma konusunda oturma kaydı olan yabancılarla, oturma kaydı olmayan yabancı-lar arasında ayırım yapılmasına ilişkin idi. Oturma kaydı olan yabancılar kilise vergisinden istisna edilirken, oturma kaydı olmayanlar istisna edilmemişti. Başvurucu mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Taraf devlet temsilcisi Mahkeme önündeki duruş-mada bu farklılığın meşru bir amacının olmadığını söylemiş, Mahkeme de buna dayalı olarak farklı uygulamanın meşru amacı olmadığına karar vermiştir. O nedenle bu karar Mahkeme içtihadında istisnai bir nitelik taşımaktadır.

74 *Chassagnou and Others v. France*, 29.04.1999, EHRR 1999-II.

75 *The Former King of Greece and Other v. Greece*, App. No. 25701/94, 23.11.2000, § 88.

76 Ali Rıza Çoban, *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights* (Aldershot: Ashgate, 2004) s. 202.

77 *Ibid.* s. 203.

dikkate alınarak karar verilebilir ve bu kaçınılmaz olarak taraf devletlere bir inisiyatif alanının tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu alanın ne kadar geniş ya da dar olduğunu ve bunu etkileyen faktörlerin neler olduğunu incelemeyen önce bir temel hakkın sınırlanmasının ne anlama geldiği üzerinde durmak gerekir.

Yukarıda değinildiği gibi Sözleşme belli amaçlarla taraf devletlerin hakları sınırlandırabileceğini öngörmüştür. Bu amaçlar yukarıda değinildiği gibi çok farklı kavramlarla da ifade edilse de, iki ana nedene indirgenebilir. Buna göre haklar ya başkalarının haklarıyla çatıştığı ya da toplumun ortak iyiliği ile uyumadığı için sınırlandırılır. Sınırlamanın hedefi bu çatışmaları ortadan kaldırmaktır. Ama acaba bu çatışma nasıl ortadan kaldırılacaktır. Toplumun iyiliği için bireyin hakkını feda etmek de bir çözümdür; birey hakkını önceleyerek toplumun iyiliğini ötelemek de. Ya da her iki taraftan birer miktar fedakarlık edilerek bir orta yol bulunabilir. Sözleşmenin sınırlama hükümleri dikkate alındığında ağırlığı toplumsal iyiden yana koyduğu söylenebilir. Çünkü Sözleşme istisnalar dışında açıkça hakları sınırlamaya imkan tanımaktadır. Bu bağlamda taraf devletlere tanınacak takdir yetkisinin genişliği toplum çıkarının daha fazla öncelenmesi anlamına gelmektedir. Taraf devletlere bu konuda tanınan takdir yetkisi hakkın kapsamına müdahale yetkisi anlamına geldiğinden bazı yazarlar bunu “maddi takdir yetkisi” olarak nitelemektedirler.⁷⁸ Çünkü burada sözkonusu olan Mahkemenin ve taraf devletin hakkın korunmasında oynayacağı roller değil, hakkın koruma alanına müdahale yetkisidir.

Bu alanda Mahkemenin denetim yetkisinin amacı hakka yapılan müdahalenin toplum çıkarı ile bireyin hakkı arasında makul bir denge sağlayıp sağlamadığını denetlemektir. Bu durumda takdir yetkisine atıf yapmak anlamlı gözükmemektedir.⁷⁹ Zira bu dengenin kurulup kurulmadığına Mahkeme takdir yetkisine atıf yaparak karar veremez. Sadece çeşitli gerekçelerle ulaştığı sonucu temellendirmede zorlandığı zaman gerçek sebepleri örten bir rolde takdir yetkisinden söz edilebilir.⁸⁰ Oysa Mahkeme makul dengenin kurulup kurulmadığına ilişkin bir karara ancak bu dengenin nasıl olması gerektiğine ilişkin bir ölçüyü kullanarak ulaşabilir.

Mahkeme bu amaçla ölçülülük ilkesini geliştirmiştir. Mahkemeye göre ölçülülük ilkesi Sözleşmenin tamamına hakim olan bir ilkedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki doğru bir şekilde uygulandığında bile ölçülülük ilkesi toplumsal

⁷⁸ Letsas, s.710.

⁷⁹ Ibid. s. 712.

⁸⁰ R. Singh et al. “Is There a Role for the ‘Margin of Appreciation’ in National Law after the Human Rights Act?”, *European Human Rights Law Review* Vol. 4 (1999).

çıkarı önceleyen bir doğaya sahiptir. Zira ölçülülük ilkesi amacın meşruiyetini sorgulamaz, sadece kullanılan aracın amaçla uyumlu olup olmadığını değerlendirmeye yarar. O nedenle Mahkeme tam bir ölçülülük denetimi yapsa da bu toplum çıkarlarının haklara önceliği gerçeğini değiştirmez. Çünkü Sözleşme metni bu toplumsal çıkarları hakların önüne koymuştur. Mesela ulusal bütünlük, ya da kamu ahlakının korunması ifade özgürlüğünden önceliklidir. Ancak bu önceliğin bir sınırı vardır o da demokratik toplumda gerekli olmaktır. Bunu da Mahkeme ölçülülük şeklinde yorumlamaktadır.

Ne var ki Mahkeme tam bir ölçülülük denetimi yapmaktan da kaçınmaktadır. Zira Mahkeme ölçülülük ilkesinin alt kuralları olan elverişlilik, gereklilik ve oranlilik⁸¹ kriterlerini katı bir şekilde uygulasa, mesela katı bir gereklilik testi icra etse, taraf devletin aldığı tedbirden daha hafif bir tedbir ile aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığını sorgulaması gerekir. Fakat Mahkeme genellikle bundan kaçınmakta, bu nedenle de maddi takdir yetkisine uygulama alanı yaratmaktadır. Dolayısıyla maddi takdir yetkisinin kapsamı ölçülülük ilkesini ne oranda katı bir şekilde uyguladığıyla ters orantılı olarak genişlemekte ya da daralmaktadır.

Mahkeme içtihadına göre takdir yetkisinin dar ya da geniş olmasını pek çok faktör etkilemektedir. Öncelikle toplumun ve devletin mukadderatını etkileyen olağanüstü durumların varlığı taraf devletlere tanınan takdir yetkisini genişletmektedir.⁸² Bu hallerde ulusal makamlar şartlara daha yakın ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle durumun gerektirdiği sosyal ihtiyaçları daha iyi takdir etme konumundadırlar.⁸³ Bu yaklaşımıyla Mahkeme olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerle ilgili olarak katı bir gereklilik testi uygulamayacağını çünkü maddi olaylara uzak olduğu için daha hafif bir tedbirle aynı sonuca ulaşmanın mümkün olup olmadığını değerlendirme konumunda olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme sadece tedbirlerin siyasî yerindeliliğini denetlemekten kaçınmakla kalmamakta bir ölçüde hukukî denetimden de kaçınmaktadır.

Takdir yetkisinin dar ya da geniş olmasını etkileyen başka bir faktör de ilgili hakka ilişkin Sözleşme maddesinin metnidir. Madde metni müdahaleyi ne kadar zor şartlara bağlarsa Mahkeme de o oranda katı bir ölçülülük testi uygu-

81 Marc-Andre Eisen, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in Macdonald et al (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: M. Nijhoff, 1993); Jeremy McBride, "Proportionality and the European Convention on Human Rights" in Ellis, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (Oxford: Hart Pub., 1999).

82 Moral, s.619.

83 *Ireland v. UK*, 18.01.1978, 2 EHRR 25.

lamakta ve takdir yetkisinin alanını daraltmaktadır. Mesela 2. madde “ Ölüm ... kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse” hakkın ihlali anlamına gelmeyeceği hükmünü içeriyor. Buna bağlı olarak Mahkeme Sözleşmede belirtilen durumlardan birisinde kuvvet kullanma sonucu ölüm meydana gelmişse kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelip gelmediğini denetliyor.⁸⁴ Bu noktada taraf devletlere tanınan takdir alanının oldukça dar olduğunu hatırlatarak sıkı bir gereklilik denetimi yapıyor. Mesela, sık sık gösterilerin yapıldığı bir yerde görevli güvenlik elemanlarının gerektiğinde göstericilere müdahale etmek üzere gerekli hafif silahlara sahip olmaması nedeniyle göstericilere müdahale etmek için gerçek mermi kullanılması sonucu meydana gelen ölümden mutlak zorunluluk kriterinin oluşmadığına hükmetmiştir.⁸⁵ Oysa Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 1. maddesi (P1-1) kamu yararının ya da genel yararın gerektirdiği hallerde mülkiyet hakkına müdahaleye izin vermektedir. Burada Mahkeme müdahalenin gerekliliği konusunda taraf devletin geniş takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmekte ve oldukça gevşek bir gereklilik testi uygulamaktadır.⁸⁶

Mahkeme içtihadına göre hakka yapılan müdahalenin ciddiliği takdir yetkisini daraltacaktır. Burada hakkın doğası, birey için önemi ve müdahalenin doğası da dikkate alınması gereken faktörlerdir.

Takdir yetkisinin kapsamını etkileyen bir başka faktör de Avrupada uzlaşmanın olup olmamasıdır. Mahkeme Avrupada uzlaşma olmayan konularda taraf devletlerin haklara müdahalede daha geniş takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmektedir. Mahkeme iki grup davada sıklıkla uzlaşma kavramına atıf yapmaktadır: kamu ahlakını ilgilendiren davalar ve toplumda siyasal gerilim ve çatışma konusu olan davalar.⁸⁷

Toplumun ahlak anlayışıyla ilgili davalarda Mahkeme kendisi aktivist davranarak bir ahlak anlayışı belirleyip ona göre önündeki başvuruyu sonuçlandırmak yerine, kendi kendini sınırlayarak taraf devlet makamlarının ortaya koyduğu ahlak anlayışına mümkün olduğunca saygı göstermeye çalışmaktadır. Kamusal ahlak kavramı en çok özel hayatın korunması hakkı (m. 8) ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ile (m. 10) ilgili davalarda karşımıza çıkmaktadır. 8. maddeyle ilgili sorunların önemli bir kısmı hakkın sınırlandırılmasından ziyade

84 *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 09.10.1997, EHRR 1997-VI.

85 *Güleç v. Turkey*, 27.07.1998, EHRR 1998-IV.

86 Çoban, s. 203 vd.

87 Letsas, s. 722.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

belli yaşam pratiklerinin bu hakkın kapsamında olup olmadığıyla ilgilidir ve yukarıda tartışılmıştır.⁸⁸

İfade özgürlüğü bağlamında ise sorun toplumun genel ahlak anlayışıyla uyuşmadığı gerekçesiyle bazı ifadelere kısıtlama getirilip getirilemeyeceği ile ilgilidir. Mahkeme her ne kadar ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için çok önemli olduğunu, toplumu şok edici ifadelerle de müsamaha gösterilmesi gerektiğini⁸⁹ vurgulasa da toplumun ahlak anlayışına aykırı olan ifadelerle sınırlama getirilmesi konusunda taraf devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğuna hükmetmektedir.⁹⁰

Handyside kararında Mahkeme, ilköğretim okullarına tavsiye edilen bir kitabın 26 sayfasının cinselliğe ilişkin bilgiler içermesi nedeniyle müstehcenlik gerekçesiyle toplatılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Kararını kamu ahlakı konularında uzlaşma olmaması nedeniyle bu alanda taraf devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olması gerekçesine dayandırmıştır.⁹¹ Mahkeme aynı yaklaşımı geleneksel olmayan bazı ilişkileri resmeden resimlerin sergilenmesinin kısıtlanması ve müsadereesine ilişkin *Müller* kararında da tekrarlamıştır.⁹²

Mahkeme geleneksel dini inanışları ağır bir şekilde eleştiren ifadelerle ilgili olarak da takdir yetkisini geniş yorumlamıştır. Geleneksel Hristiyan inançlarının absürtlüğünü ima eden bir filmin geleneksel katolik toplumun yaşadığı bir kasabada gösterilmesine izin verilmemesi ve filmin müsadereesine ilişkin *Otto-Preminger*⁹³ davasında Mahkeme ifade özgürlüğünü kullanan bireylerin başkalarının inançlarıyla ilgili olarak mümkün olduğunca saldırgan bir tavırdan kaçınması gerektiğini, kamusal tartışmaya katkısı olmayan ifadelerle sınırlama getirilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme bir kilisenin dinsel içerikli reklamlarının radyoda yayınlanmasının engellenmesine ilişkin *Murphy*⁹⁴ davasında da dinsel içerikli reklamların yasaklanması konusunda Avrupada uzlaşma olmadığına vurgu yaparak taraf devletin reklamı yasaklama kararının radyo yayınlarında objektifliği sağlama amacıyla orantılı olduğuna karar vermiştir.

88 Bkz. yukarıda başlık 4.1.

89 *Handyside v. UK*, App. No. 5493/72, 07.12.1976, A24.

90 Önder Bakırcıoğlu, "The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases", *German Law Journal*, Vol. 08 No.07 (2007) s.716.

91 *Handyside v. UK*, §. 48-49.

92 *Müller and Others v. Switzerland*, App. No. 10737/84, 24.05.1988, A133.

93 *Otto-Preminger Institut v. Austria*, App. No. 13470/87, 20.09.1994, A295A, §.49.

94 *Murphy v. Ireland*, App. No. 44179/98, 10.07.2003, EHRR 2003-IX, §. 81

Mahkemenin uzlaşma olmadığı gerekçesiyle ulusal takdir yetkisine atıf yaptığı ikinci tür başvuru grubu ise taraf devletler açısından kritik nitelik taşıyan siyasal sorunlara ilişkin davalardır. Mahkeme bir devlet içinde ciddi kriz nedeni olan sorunlara Sözleşme vasıtasıyla müdahil olmak istememekte ve taraf devletlerin uygulamalarını takdir yetkisi doktrinine dayanarak incelemekten imtina etmektedir.

Özellikle olağanüstü nedenlerin varlığı halinde Sözleşme güvencelerinden kurtulmaya olanak tanıyan 15. maddenin uygulanmasında taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin geniş tutulması⁹⁵ bu kapsamda değerlendirilebilir.

Aynı şekilde siyasal çatışma konularında mahkemenin tutumu bu kapsamda ele alınmalıdır. Mesela Türkiyede Milletvekiliği genel seçimlerinde uygulanan % 10 seçim barajının çok yüksek olduğu konusunda hemen hemen bir fikir birliği olmasına rağmen temas ettiği siyasal sorunlar nedeniyle bir türlü değiştirememektedir.

2002 genel seçimlerinden sonra, partileri kendi seçim çevrelerinde oyların % 46'sini almasına rağmen ülke çapında % 6.22 oranında oy alarak %10'luk ülke barajını aşamaması nedeniyle milletvekili seçilemeyen *Yumak ve Sadak*⁹⁶, Sözleşmeye Ek 1. Protokolün 3. maddesindeki haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkemeye başvurmuştur.⁹⁷ Bu maddede düzenlenen hakkın demokrasi için önemini vurgulayan Daire çoğunluğu nisbi temsile dayalı seçim sistemini benimseyen Konsey üyesi ülkelerde farklı ülke barajı oranlarının uygulandığını ve bu konuda uzlaşma olmadığından taraf devletin takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Oysa Konsey üyesi hiçbir ülkede % 10 gibi yüksek bir oranda ulusal baraj uygulanmamaktadır. Bir seçim çevresinde % 45 oy alan bir parti hiçbir milletvekili çıkaramazken % 15 ve % 10 oy alan partilerin milletvekilliği kazanmasının demokratik ve adil olmadığını söylemek için çok fazla bir analize ihtiyaç yoktur.

Üniversite öğrencilerinin kılık kıyafetlerine ilişkin *Leyla Şahin*⁹⁸ kararındaki Mahkemenin tutumu da bu kategoride değerlendirilmelidir. Avrupa Konseyine üye ülkelerden hiçbirisinde üniversite düzeyinde başı örten bir kıyafetle okula girilmesine ilişkin bir yasak olmamasına rağmen Mahkeme, farklı bağlamlarda ortaya çıkan kıyafete ilişkin uygulamaları dikkate alarak bu konuda uzlaşma ol-

95 Macdonald, s.85.

96 *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. No. 10226/03, 10.01.2007.

97 3 milletvekili çıkaran Şırnak'ta 2002 seçimlerinde oyların % 45,95'ini DTP, %14,05'ini AKP ve %9,66'sını bağımsız aday almıştır. Sonuçta AKP 2 ve Bağımsız 1 milletvekili kazanmıştır.

98 *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, (GC) 10.11.2005.

madığına hükmetmiş ve taraf devletlerin bu alanda sahip olduğu takdir yetkisinin geniş olduğuna vurgu yapmıştır. Başkalarının haklarını korumak amacıyla üniversite öğrencilerine belli kıyafetlerin giyilmesini yasaklamanın ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkemenin siyasal nitelikli problemlere müdahale konusundaki isteksizliği anlaşılabilir ise de anlayışla karşılanmamalıdır. Bu tavır anlaşılabilir niteliktedir çünkü özellikle çoğul yapıli toplumlarda siyaset giderek sorun çözme kapasitesini yitirmekte ve bu sorunlar mahkemelere taşınmakta yani siyaset giderek hukukileşmekte ve yargısallaşmaktadır.⁹⁹ Mahkemenin hem iş yükü hem de ilkesel kaygılarla bu hukukileşmeden hoşnutsuz olması doğaldır. Diğer taraftan bu tavır anlayışla karşılanamaz. Çünkü bu nitelikteki sorunlar genellikle toplumun azınlıkta kalanları aleyhine sonuçlanmaktadır. Karar mekanizmalarına hakim olan çoğunluk azınlıktakilerin haklarını kısıtlamakta ya da göz ardı etmektedir. Bu durumda Mahkemenin ulusal takdir yetkisi doktrinine dayanarak ulusal makamların kararlarını değerlendirmekten kaçınması zaten zayıf durumda olan azınlıkların bütün bütün korumasız hale gelmesi anlamını taşımaktadır. Aynı şekilde temel hakların en yoğun tehdit altında olduğu olağanüstü durumlarda da maddi takdir yetkisine dayanarak Mahkemenin incelemesini yüzeysel tutması, kendisine en fazla ihtiyaç duyulan zamanda bireyleri çaresiz bırakması anlamına gelmektedir.

Sözleşme metni sınırlamalara olanak tanıdığı sürece Mahkemenin en azından bu sınırlamaların ölçülüüğünü sıkı bir şekilde denetlemesi, kendi ortaya koyduğu amaçları gerçekleştirmesi için zorunlu gözükmektedir. Aksi takdirde Sözleşmenin gerçek güvence sağlayan yaşayan bir belge olması mümkün değildir. Ancak bu konuda haklar için daha güvenceli bir yaklaşım ancak Letsas'ın¹⁰⁰ belirttiği gibi haklara ilişkin esaslı bir teörinin benimsenmesi halinde mümkün olacaktır. Dworkin'in koz teörisi bu amaca uygun gözükmektedir. Dworkin'e göre bireyin devlet karşısındaki en temel hakkı eşit ilgi ve saygı görme hakkıdır. Bütün haklar ve adalet ilkeleri buradan türemektedir. Haklar meşru olmayan müdahaleleri belirleme işlevi görür. Dworkin'e göre bir müdahale eğer dışsal tercihlere dayanıyorsa, yani bir kimsenin diğerlerinden farklı olduğu için bir haktan ya da avantajdan daha az yararlanması gerektiği anlayışına dayalı bir tercih ise bu müdahale meşru değildir.¹⁰¹ Ancak müdahale başkalarının hakla-

99 Ran Hirschl, "The New Constitutionalism and the Judicialisation of Pure Politics Worldwide", 2006 *Fordham Law Review* 75, 721-754.

100 Letsas, s. 729.

101 Ronald Dworkin, "Rights as Trumps" in Waldron, J. (ed.) *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press, 1984) s.161.

rının korunması gibi bir düşünceye dayanıyorsa meşrudur.

Mahkemenin böyle bir hak teorisinden hareket etmesi halinde maddi takdir yetkisi kavramına çok az uygulama alanı doğacağı söylenebilir. Zira yukarıda belirtilen davaların çoğunda toplum çoğunluğunun azınlığa ilişkin dışsal tercihlerinin rol oynadığını söyleyebiliriz. Ancak bu davalarda sorun kolaylıkla başkalarının hakkını koruma amacıyla da formüleleştirilebilir.

5. Sonuç

Ulusal takdir yetkisi doktrini Mahkeme tarafından bazı pragmatik ve ilkesel kaygılarla geliştirilmiştir. Ancak çok farklı bağlamlarda ve farklı işlevlerle doktrine atf yapılması doktrinin Mahkeme içtihadında nasıl bir işlev gördüğünün anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Doktrinin siyasal nitelikli sorunlarla hukuksal nitelikli sorunların ayrıştırılması halinde bir işlevinin olacağı söylenebilir. Siyasal nitelikli sorunlarda taraf devletlerin takdir yetkisine Mahkeme müdahale etmemelidir. Yani bir problemin tespiti ve ona uygulanacak çözüm yöntemini belirleme işlevi siyasal bir işlevdir ve Mahkeme bu alana müdahale etmemelidir. Ancak siyasal tercihler ortaya çıktıktan sonra onu uygulama araçları hukuki nitelik taşıyacaktır. Dolayısıyla uygulama araçlarının Sözleşme standartlarına uygun olması gerekir. Mahkemenin bu noktada ise takdir yetkisine başvurması hukukilik denetiminden kaçınması anlamına gelir ve kabul edilemez.

Bir hakkın sözleşme kapsamına girip girmeyeceğine ilişkin karar yasama karardır ve siyasal niteliktedir. Her ne kadar insan hakları standartlarının yerel kültür ve ahlak anlayışlarındaki farklılıkların ötesinde evrensel bir nitelik taşıdığı o nedenle kültürel göreceliliğe yer vermemek gerektiği şeklinde itirazlar yöneltirse de buradaki çatışmayı evrensellik ve görecelik ekseninde tanımlamak doğru olmaz. Burada sorun Sözleşmede yer alan kavramların içeriğini tanımlamanın hukuki mi yoksa siyasi bir nitelik mi taşıdığına karar vermektir. Sorunu başka bir şekilde yeniden formüleştirmek gerekirse; acaba Avrupa toplumunun ahlak anlayışının ne olduğuna uluslararası yargıçlar mı yoksa ulus devletlerin yetkili organları, özellikle de parlamentoları mı karar vermelidir? Her ne kadar bu sorular ilk bakışta hukuki nitelik taşıyor gibi gözükse de bizce siyasal bir içerik taşımaktadır ve taraf devletin demokratik karar alma mekanizmalarının yetkisinde olmalıdır.

Ancak bir hakka ne kadar müdahale edilebileceği kararı hukuki bir karardır ve bu alanda evrensel standartları belirleme yetkisi Mahkemededir. Ancak burada müdahale aracının belirlenmesi ile müdahalenin derecesi arasında ayırım yapmak gerekir. Müdahale aracının tespiti elbette siyasal nitelikli bir işlevdir ve

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

taraf devletlerin bunu takdir etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak Sözleşmede yer alan bir hakka ne derecede müdahale edilebileceğinin tespiti hukuksal bir işlevdir be bu alanda takdir yetkisine olanak tanınamaz. Eğer tanınırsa hakkın koruma alanının tespitiinde keyfilik itirazları kaçınılmaz hale gelir. Bu alanda kısa vadede yapılması gereken şey etkin bir ölçölülük denetiminin yapılmasıdır. Ama uzun dönemde haklara ilişkin teorik bir yaklaşımı hayata geçirme olanakları üzerinde düşünölmelidir.

Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk-Politika Ekseninde AİHM Kararları

Kazım Bayraktar*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları yaklaşık 200 yıldır pratik sergileyen burjuvazinin demokrasi, yargı bağımsızlığı ve özgürlük anlayışının en geniş sınırlarını ve kırmızı çizgilerini gösteren oldukça zengin bir içeriğe sahip. Sözleşmeyi imzalayan devletler de burjuvazinin hem demokratik hem de faşist iktidar biçimleri konusunda oldukça zengin tarihsel deneyimlere sahipler. AİHM'nin içtihatları, kapasite ve yaptırım gücünün sınırları bir bakıma burjuva demokrasi ve özgürlük ideo-politiğinin tarihinin en istikrarlı ve görece rahat bir döneminde dahi nasıl bir pratik sergilediğinin de göstergesidir. 200 yıl sonra gelinen nokta, 11 Eylül konseptinde ve bugün yaşanan sonuçlarında özetlenebilir.

200 yıldır dünyaya hakim olan burjuva ideolojisinin insanlığa vaat ettiklerinin hala çok uzağında olmamızın tarihsel toplumsal nedenlerini tartışmak bu sempozyumun konusu değil. Ancak hukuk-politika ilişkisi ekseninde “kuvvetler ayrılığı” ve “yargı bağımsızlığı” ilkelerinin AİHM içtihatlarındaki yansıması ve AİHM'i belirleyen güçlerin AİHM politikaları 200 yıldır vaat edilen mutluluğun neresinde olduğumuz konusunda hukuk-politika-yargı ilişkileri üzerinden

* Avukat, Ankara Barosu ve Çağdaş Hukukçular Derneği eski genel başkanı.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

önemli veriler sunuyor.

Toplumların, siyasal iktidarların askeri-politik-ekonomik-kültürel egemenlik hassasiyetlerine üretim-mülkiyet ilişkilerine göre dizayn edilmesinin en önemli araçlarından biri de yargıdır. Bu gerçeklik karşısında “kuvvetler ayrılığı” ve “yargı bağımsızlığı” ilkeleri nereye kadar gerçekçidir?

AİHS’nin 6. maddesinde tanımlanan adil yargılamanın önde gelen koşullarından biri yargıcın ve mahkemenin tarafsızlığıdır. AİHM’nin tarafsızlık tanımını ve bu konudaki hassasiyetinin niteliğini, ölçüsünü gösteren çok sayıda kararı vardır.

AİHM kararlarında tarafsızlıkla bağımsızlık arasında ilişki kurulmakla birlikte, sübjektif tarafsızlığın ispatına özel önem verilmektedir.

AİHM sübjektif- objektif, başka bir ifade ile öznel-nesnel tarafsızlık ayrımı yapar ve bu ayrımı şöyle tanımlar:

“Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun sözleşmenin 6. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davada ki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirleyecek nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.”

Sübjektif tarafsızlıkta aranan unsur yargıcın davanın taraflarından birine karşı önyargılı olup olmadığıdır. Bu, yargıcın kişisel tarafsızlığıdır. Hiçbir yargıç kişisel kanaatini ve önyargısını açığa vuracak açık davranışı kolay kolay göstermez, kanıt bırakmaz. Bu nedenle sübjektif tarafsızlığın ispatı zordur ve genellikle istisnai düzeyde kalır.

Objektif tarafsızlık yargıcın kişisel tutumunun dışındaki alanla ilgilidir ve AİHM konuyu Fey- Avusturya kararında şöyle değerlendirir:

“Nesnellik sınamasında, kişisel tutumundan ayrı olarak yargıcın tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturulabilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Burada tehlikeye atılan, demokratik toplumda ve her şeyden öte ceza davalarında, **sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güven hissidir**. Ancak sanığın, tarafsızlığa ilişkin duyduğu kuşku tek başına yeterli değildir, belirleyici olan söz konusu **kuşkunun nesnel olarak doğrulanıp doğrulanmadığıdır.**”

Objektif tarafsızlık konusunda kuşkunun nesnel olarak doğrulanıp doğrulanmaması öncelikle yargıçların ve mahkemenin bağımsızlığı ile ilgilidir. AİHM bu noktada görünüme önem vermekte öze yönelik değerlendirmelerde çelişkiye

düşerek **bağımsızlığı dar yorumlamakta** yargı bağımsızlığından uzaklaşarak başvuruya konu olan somut yargılamada, o yargılamayı yapan yargıçların tarafsız davranıp davranmadıklarını araştırmakta, başvuruçuyu tarafsızlık iddiasını somut olarak ispatlamaya zorlamaktadır.

Objektif tarafsızlık AİHM kararlarında yargı bağımsızlığı ile ilişkilendirilir. Ancak hem çelişkili hem sınırlı hem de sorunludur. Örneğin İncal- Türkiye davasında DGM yargıçlarından birinin asker olmasını bağımsızlığın objektif tarafsızlığın dolayısıyla adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin ihlali olarak değerlendirdi. Bu nedenle somut başvuruda askeri yargıcın sübjektif tarafsızlığının ispatını aramaz. Gerekçe olarak, askeri yargıcın yargıçlık görevi yaparken yürütme organından emir almasını, askeri disipline tabi olmasını, sicilinin yürütme tarafından verilmesini göstermiştir. Benzer şekilde iki başvuruda daha, sıkıyönetim mahkemelerindeki askeri yargıçların varlığını bağımsızlık ve tarafsızlığın ihlali olarak değerlendirmiş, gerekçe olarak, askeri üyenin Genel Kurmay Başkanlığı Personel Başkanı ve Adli Müşaviri, Kuvvet Komutanlığı Personel başkanı ve Adli Müşaviri ile Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanından oluşan kurul tarafından seçilmesini, Genel Kurmay Başkanının görüşü alınarak Milli Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanının üçlü kararnamesi ile atanmasını göstermiştir. Her iki yargı organındaki iki sivil yargıcın bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışma konusu yapılmamıştır.

Oysa kaldırılmadan önce DGM başkanlarının, sivil yargıç ve savcılarının atama, tayin ve özlük işlerini yürüten HSYK'nın başkanı yürütmenin üyesi Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı müsteşarı da kurulun doğal üyesidir.

Anayasanın 159. ve 144. ncü maddelerinde yer alan düzenlemeler Türkiye'de sivil yargıçlar açısından da yargı bağımsızlığından söz edilemeyeceğini çok açık bir biçimde göstermektedir. Bu bağımsızlığın adalet sisteminde yol açtığı ağır tahribatları, itibar yitimini, keyfilik ve tarafsızlık alışkanlığını her geçen gün artıran yeni örneklerle yaşıyoruz. En ironik ve trajik olanı ise Şemdinli'deki bombalı cinayet eyleminin davasına bakan savcı ve yargıçların başına gelenlerdir.

HSYK düzenlemesi karşısında başvuranın somut durumu üzerinden tarafsızlık ilkesinin ihlal edilip edilmediği araştırılmaz. Bağımsızlık yoksa tarafsızlığın var sayılması gerekir. Tıpkı askeri üye konusunda olduğu gibi.

Bir başka örnek de cezaevi disiplin kurulu üyelerinin bakan tarafından atanmasıdır. Cezaevi disiplin kurulunun verdiği öyle kararlar vardır ki bu kararlar hükümlülerin infazlarının yanmasına aylarca ve yıllarca daha hapiste yatmalarına neden olabilmektedir. Disiplin kurulları ağır sonuçlar doğurabile-

cek disiplin yargılamaları yapmaktadır. **AİHM cezaevleri disiplin kurullarının üyelerinin bakan tarafından atanmasını, bakanın komisyon üyelerine emir ve talimat verme yetkisi olmadığı gerekçesi ile AİHS'ne aykırı bulmamıştır.** Bu gerekçeyi yargı bağımsızlığı için yeterli gören AİHM HSYK konusunda da rahatlıkla aynı gerekçeyi kullanabilir. Çünkü mevzuatta Adalet Bakanının hakim ve savcılara emir ve talimat verme yetkisi yoktur.

AİHM her ülkenin iç politik ve sosyal dengeleri ile tarihsel gelişim koşullarını, AB ile uyum ve çelişkilerini gözeterek kararlar vermekte ve “kuvvetler ayrılığı” ve bunun bir parçası olan yargı bağımsızlığı konularında ölçülü ve sınırlı davranmaktadır.

“Kuvvetler ayrılığı” ilkesinin uygulanmadığı ülkelerde aynı süreçte birden fazla erk içinde görev alınabilmektedir. Pablo KY-Finlandiya davasında başvuru, temyiz mahkemesi yargıcının aynı zamanda parlamento üyesi olmasını 6. maddenin ihlali olarak AİHM önüne getirmiştir. Yargılama sonucunda mahkeme 6. maddenin ihlal edilmediğine karar verirken 1974 yılından itibaren temyiz mahkemesinde çalıştığı, davaya objektif yaklaşabilecek kadar deneyim sahibi olduğu gerekçesini kullanmış ve dava konusu ile ilgili olarak parlamentoda herhangi bir kararın alınmasına katılmamış olmasını yeterli görmüştür.

Bu örneklerden çıkan sonuç: AİHM yargı bağımsızlığını yargıçların emir talimat alıp almamaları sorununa indirgemekte, yargıçların emir talimat almalarına yönelik herhangi bir hüküm yasalarda yer almıyorsa bu durumu bağımsızlık için yeterli görmekte, başvurunun somut konusu çerçevesinde ilgili ulusal yargı üyelerinin sübjektif tarafsızlığı olup olmadığına bakmaktadır.

Yargı bağımsızlığını sübjektif tarafsızlığa indirgeyen AİHM, objektif tarafsızlığı da “*sanığın tarafsızlığa ilişkin duyduğu kuşkunun nesnel olarak doğrulanıp doğrulanmaması*”na indirgiyor. Sanık kendisini yargılayan mahkemeyi tanımlayıp çözümleyebilecek bilgi ve bilince sahip olmayabilir, bu nedenle kuşku duyulabilir. Askeri yargıçların görev yaptığı DGM yargılamalarında mahkemenin adaletine güvendiğini söyleyen çok sayıda sanık olmuştur. Ama o DGM’lerin yargılamaları yine de adil değildi.

Yargı bağımsızlığı düşüncesinin biçimsel anlamda dahi gerçekçi ve gerçek olduğu bir örnek hatırlamıyorum. Varsa da istisnai ve belirli tarihsel koşullar kesitiyle sınırlı olabilir. **Yargı bağımsızlığı denince, yürütmenin ve yasamanın hiçbir şekilde müdahale etmediği ve edemediği, yargı üyelerinin yasama ve yürütme üyelerinden ayrı çalıştığı, yargının tüm atama, disiplin, teftiş ve öz-lük işlerinin yapıldığı organlarda yargılama görevi yapan yargı üyeleri dışında**

hiç kimsenin yer almadığı bir sistemi anlıyorum. HSYK gibi kurumlarda yürütmeden üyeler bulunabiliyorsa o yargı sisteminin bağımsızlığından söz edilemez. Bu, üyeleri hükümetler yani sözleşmeye imza atan ülkelerin yürütme organları tarafından atanan AİHM içinde geçerlidir. AİHM üyeleri neden her ülkenin bağımsız yargıçlar kurulu tarafından ya da yargıçlar tarafından demokratik bir biçimde seçilmiyor? Neden HSYK üyeleri ve başkanı görev başındaki tüm yargıçlar tarafından seçilmiyor?

Bu soruların yanıtı şu sorunun içeriğinde gizli: AİHM’ nin (örneğin Pelegrin-Fransa, YAŞ kararlarıyla ilgili Türkiye) ve benzer kararlarında devletin egemenlik erkini kullanmasına aracı olan memurlar (silahlı kuvvetler mensupları, polisler, dışişleri memurları, hakimler ve savcılar) neden adil yargılanma hakkı kapsamı dışında bırakılıyor? AİHM kararlarında ki yanıt/gerekçe iki noktada toplanıyor: 1- Devletin egemenlik erki (her şeyin üstündedir(!)) 2- Bu erki kullananların “disiplin niteliği” (bu nedenle) ağır basmaktadır. (Rıza TÜRKMEN, Ankara Barosu İnsan Hakları Konferansı konuşması)

AİHM’ in bu gerekçesi çok şey ifade ediyor ve bize hukuku da, yargıyı da politikanın/yürütmenin yönlendirdiği gerçeğinin dolaylımsız itirafı oluyor.

Devletin egemenlik erkini kullanan bu kurumlar hak ve özgürlüklerin ihlalinin de korunmasından da sorumlu kurumlardır. Bu kurumların kendi iç işleyişleri adil değilse, bu kurum mensuplarının çoğunluğu demokrasi ve insan hakları bilincine ve duyarlılığına uzak, devletin egemenlik erkini kutsayıp hak ve özgürlüklerin karşısına koyan kişilerden oluşuyorsa (birkaç ay önce yargıçlar ve savcılara yönelik anket sonuçları hatırlanmalıdır.)-ki bu eşyanın tabiatı yani sınıfsal doğası gereği hep böyle olmaktadır-demokrasi de, insan hakları da, özgürlükler de biçimsel, sınırlı tarihsel ve siyasal konjonktüre göre değişken olacaktır.

Devletin egemenlik erkini kullananların adil yargılanma hakları yoksa, çoğu seçimle iş başına gelmeyen o erkin başında bulunanların her türlü haksız, hukuksuz, adaletsiz, yasadışı emir ve politikalarını uygulamak zorunda kalacakları, uygulamayanların en azından işten atılacakları ve uygulamaya yatkın kişilerin o görevlere atanacakları bir zemin var demektir. Gladyo ve derin devlet ilişkilerinin filizlenip geliştiği zemin tam da bu zemindir. Böyle bir zeminde organize olan ve devletin egemenlik erkini kullanan bu kurumların adil yargılanma hakkından yoksun bırakılan mensupları bireylerin ve toplumların hak ve özgürlüklerini ihlal ettiklerinde ise mağdurlar karşısında korunacaklar ve yine adil yargılama olmayacaktır. Hatta genellikle ya da hiç yargılanmayacaklardır. Tarihsel-toplumsal pratik de bunu sürekli olarak doğrulamaktadır.

Politikanın/siyasal iktidarın yargıya müdahalesinin ortadan kaldırılması yani gerçek anlamda yargı bağımsızlığı isteyen ve var olan ekonomik-politik rejimde bunun gerçek olabileceğine inanlar öncelikle şu sorunun yanıtını vermelidirler: siyasal iktidarlara ve devletleri hak ve özgürlükleri ihlalden caydıracak bir insan hakları yargısı (ulusal veya uluslararası düzeyde), siyasal iktidarlara atadığı yargıçlarla ve yine onların belirlediği (bir çok çekince ve sınırlamalarla malul) protokol ve sözleşmelerle mümkün müdür? ya da nereye kadar? “Kuvvetler ayrılığı” ve “yargı bağımsızlığı” ilkelerinin şekilsel yansımalı gerçekliği bu sorunun yanıtında içerilidir.

Düşünce özgürlüğü üzerinden düşünelim.

Hiçbir yasaklama ile karşılaşmadan düşüncenin açıklanabilmesi, düşüncenin biçimsel özgürlüğüdür. Düşüncenin gerçek özgürlüğü, onun ne kadar insana hangi araçlarla ve ne kadar zamanda ulaşabildiğine bağlıdır. Düşünce, haber ve bilgi iletişim araçlarının mülkiyetinin sermaye üzerinden tekelleştiği, geniş toplum kesimlerinin bu araçlardan yoksun bırakıldığı ekonomik ve siyasal rejim koşullarında gerçek düşünce özgürlüğünden söz edilemez.

Hak ve özgürlükler, ezilen toplum kesimlerinin ve sömürülen sınıfların elinde ekonomik ve siyasal rejimi değiştirecek, başka bir dünya kuracak maddi ve toplumsal bir güce dönüşmediği sürece devletin egemenlik erki açısından bir sorun yaratmaz, biçimsel demokrasinin de vitrinini süsler. Tersine, sınıflar arası uçurumların ve çatışmaların derinleştiği, yoksulluk ve zenginliğin uçlarda birikiminin hızlandığı, **başka bir dünya özleminin giderek yayıldığı tarihsel toplumsal süreçlerde hak ve özgürlüklerin var olan ekonomik ve siyasal rejimi değiştirecek maddi toplumsal bir güce dönüşme riski belirlediği zaman devletin egemenlik erkini kullanan kurumların öğretilmiş eğitilmiş refleksleri harekete geçer.** “Tehlikeli” olmaya başlayan hak ve özgürlükler devletin ve kamunun güvenliği, terör gibi klişeleşmiş gerekçelerle budanmaya başlanır. Yargı kurumları da şu veya bu ölçüde her ülkenin kendi koşullarına göre hukuka ve yasalara değil sürece uygun kararlar vermeye başlarlar. Yürütme/iktidar yargıyı gözlem ve denetim altına alır. Siyasal konjonktürden vazife çıkaramayan yargıyı ya bir biçimde yeniden yapılandırır ya da koşullara göre tadil eder. Bu da yetmezse demokrasi ve özgürlüklerle ilgili yasaları değiştirir, hukuku yeniden yapılandırır.

14 nolu protokol siyasal iktidarlara son 7-8 yıllık siyasal toplumsal koşullara ve deneyimlerine göre AİHM’ni geriye doğru ve işlevini zayıflatacak biçimde yeniden yapılandırma projesinden başka bir şey değildir. Ne getiriyor 14 nolu protokol:

- Kitlesele temelsiz başvurular aşınsından mahkemenin filtre kapasitesinin geliştilirilmesi. İlk filtre kabul edilmezlik kararının tek yargıç tarafından kesin olarak verilmesi. Bunun yanında 35. maddenin 3. paragrafının b fıkrası: “ *başvurucunun ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalmamış olduğuna kanaat getirirse, işbu sözleşme ve protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı anlayışının başvurunun esastan incelenmesini gerektirmemesi ve de ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla, 34. madde uyarınca herhangi bir kişisel başvuruyu kabul edilemez olarak ilan eder*” denilerek filtrenin tanımı belirsizleştirilmiş, koşullara göre davranmanın yolu açılmıştır.

Dil şartı başvuruları zorlaştıran diğere bir engeldir. Çeviri masraflarını karşılamayan mağdurlar AİHM’ e başvuramayacaklardır.

Dikkat edilirse AİHM’nin yargılama kapasitesi ve alt yapısı genişletileceğiyerde filtre işlevi ve kabul edilebilirlik kıstasında yargıçların takdir hakları genişletiliyor. Dil şartı getirilerek bireysel başvurular zora sokuyor.

AİHS’ne imza koyan siyasal iktidarların özü ve sözü bir olsaydı, hem AİHS’ni genişletecek hem de AİHM’nin kapasitesini, ödeneklerini, alt yapısını büyütecek protokoller yürürlüğe koyarlar, AİHM yargıçlarının her ülkenin yargıçları tarafından seçilmesinin önünü açarlardı. Çok şey midir? Neden yapılmaz? **Nedeni çok açık ve AİHM kararlarında da yazılı. Devletlerin adil yargılama kapsamı dışında bırakılan egemenlik erki.** Bu egemenliğin sınıfsal niteliği çözümlenmeden, demokrasi de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı da, hak ve özgürlükler de biçimsel olmaktan öteye gidemeyecektir. Biçimsel nitelikleri dahi tarihsel, toplumsal, siyasal koşullara göre sık sık sınırlanacak ya da ortadan kaldırılacaktır.

Bölüm III

Değişen Siyasi Ortamda Hassas Davalar

Migration and the Law

Recent Trends in the Protection Afforded by the European Convention on Human Rights

Françoise Tulkens*

I would like to begin by saying that I feel extremely honoured to be here and I am very grateful to the organising committee for having invited me. I am really impressed by your deep and comprehensive knowledge of the Convention and the case-law of the Court and I doubt whether I can tell you something new.

The European Convention on Human Rights (ECHR) is, more than ever, our common heritage (“patrimoine”) and we share in this respect a common responsibility at national and international level. This is the main reason why I value this kind of meeting since it gives us an opportunity to discuss the rights and freedoms guaranteed by the Convention as they are currently interpreted by the Court, in the context of our contemporary society.

Today, perhaps, the real issue here is how rights — especially human rights — are to be taken “seriously” to borrow Dworkin’s expression¹. Human rights are neither an ideology, nor a system of thought. If they are to have any mean-

* Judge of the European Court of Human Rights

1 R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

ingful bearing on the life of individuals and communities, they must be translated into action.

As far as migration is concerned, the issues covered by the European Convention on Human Rights, which, according to Article 1, guarantees to *everyone* within the jurisdiction of the Member States (47 today including Montenegro) the rights and freedoms defined in the Convention, are numerous, diversified and fundamental. Therefore, I will address what seem to me, today, the most important or sensitive ones, in a changing political climate.

I will start with some general considerations concerning the use of the machinery of the European Convention as a resource that can be tapped (I) before examining different situations which the Court has faced recently (II). I will confine myself to giving you *raw material* in order to enable you who are on the front line, to draw the lessons from this case-law, to appreciate its pertinence and limits, also to criticize it and to highlight its grey areas as well as its promises for the future.

I. General considerations / The ECHR as a resource that can be tapped

I will concentrate myself on three general considerations.

1. In the field of migration, the Court defines the scope of its intervention **in a standard, ritual formula** repeated in almost every decision. It reaffirms at the outset that a State is entitled, as a matter of well-established principle of international law and subject to its treaty obligations, to control the entry of aliens – non-nationals – into its territory and their residence there, including the right to deport and expel².

Some commentators have objections to the way the Court presents the reasoning and I have to confess that, to a large extent, I share their concern. This presentation implicitly influences subsequent analysis carried out by the Court. The provisions of the Convention are seen as restrictions to the States' sovereign power which remains the overriding principle and, moreover, in this case, a "well established" principle. Such an approach differs from the usual method according to which the rights protected by the Convention are the principle, a principle that can in some cases be undermined while respecting certain conditions. The rights protected by the Convention are also "well es-

2 See, among many other authorities, Eur. Ct. HR, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* judgment of 28 May 1985, § 67; Eur. Ct. HR, *Boujlifa v. France* judgment of 21 October 1997, § 42.

established” and no hierarchy allows them to be placed at a lower level. “To say that the rule is the sovereignty of States and that the exception is the respect of the Convention rights is not equivalent to supporting the opposite. The opposite consists in laying down the respect of the Convention rights as the principle and the limitations and/or interferences as the exceptions. If need be, in the name of the sovereignty of States as regards migration”³.

In fact, the formulation of the decision of the European Commission of Human Rights in the case of *X. v. Federal Republic of Germany* of 30 September 1974 seems preferable to me: “Even though the question of extradition, expulsion and the right to asylum do not figure, as such, amongst those rights which govern the Convention, the Contracting States have none the less agreed to restrict the free exercise of their rights under general international law, including their right to control the entry and exit of foreigners, to the extent and within the limits of the obligations they have accepted under the Convention”⁴.

2. As you know, the control mechanism of the Court is a judicial one and the Court may receive applications from any person or group claiming to be the **victim** of a violation of the Convention (Art. 34).

In this respect, the admissibility decision *Ariztimuno Mendizabal v. France* of 21 June 2005 is interesting. In this case, the applicant was issued with a series of temporary residence permits each valid for one year over a 14-year period. After such a long period, she eventually obtained a ten-year residence permit. Does this amount to reparation? The Court considers not, in so far as the alleged violation results from *the situation of precarity and uncertainty* experienced by the applicant over a long period. It follows that the authorities neither recognized nor repaired the violation alleged by the applicant and that the latter can still claim to be a victim⁵.

3. Lastly, Rule 39 of the Rules of Court, which introduces the **interim measures**, has always proved a necessary and useful tool in order to provide refugees and asylum seekers protection against irreparable damage. Its use

3 S. SAROLÉA, “Quelles vies privée et familiale pour l'étranger? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue québécoise de droit international*, volume 13, no. 1, 2000, p. 266. See also S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Brussels, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, pp. 621-622.

4 Eur. Comm. HR, appl. no. 6315/73, *X. v. Federal Republic of Germany* decision of 30 September 1974, *D.R.*, 1, p. 75.

5 The Court rendered its judgment on 17 January 2006 and held that there had been a violation of Article 8 ECHR.

was reinforced by the *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* judgment of 4 February 2005 which gives the invitation to the government a binding character⁶.

The case of *Gebremedhin v. France* (in which the Court rendered its judgment on 28 April 2007) shows the real usefulness of Rule 39 in a situation which is particular but seems to come up more and more. It concerns the decision by the authorities to refuse entry to the French territory on grounds of asylum, *at the border*, to an Eritrean journalist who claims that, on account of his past professional activities, his life would be threatened and he would be subjected to inhuman and degrading treatment if removed to Eritrea. In fact, a decision taken by the authorities at the very airport to refuse entry to the country acts as a bar to lodging an application for asylum; moreover, such a decision is enforceable, with the result that the individual concerned could be immediately returned to the country he or she claims to have fled. In the instant case, however, following the application of Rule 39 of the Rules of Court, the applicant had been granted leave to enter to the territory and had hence been able to lodge an application for asylum with OFPRA (the French Agency for the Protection of Refugees and Stateless Persons)⁷.

II. Various situations

Article 3. Prohibition of torture and inhuman or degrading treatment

The new Court, at its very beginning, sent out a strong message. In the *Selmouni v. France* judgment of 28 July 1999, the Court “takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies”⁸.

We know the strength of this provision is that it can produce a knock-on effect (“un effet par ricochet”) to incorporate some other fields into the Convention. In my view, this provision plays an increasing role in the field of **asylum and expulsion procedures**. Here we are faced today with two sensitive questions: **public security** and **terrorism and the medical situation**.

Public security

In this respect, the recent *Saadi v. Italy* judgment of the Grand Chamber of 28

6 Eur. Ct. HR (GC), *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, judgment of 4 February 2005.

7 Eur. Ct. HR, *Gebremedhin [Gaberamadhien] v. France*, judgment of 28 April 2007, § 54.

8 Eur. Ct. HR (GC), *Selmouni v. France*, judgment of 28 July 1999, § 101.

February 2008 is worth quoting⁹. The main questions were the following ones.

- Would the applicant run the risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if he were to be deported to Tunisia? In particular, can such a risk be established:

(a) on the basis of the fact that in Italy the applicant, initially suspected of terrorism, was in the end only convicted of forgery and receiving but has been served with a deportation order under the terms of a law entitled “urgent measures to combat international terrorism”?

(b) on the basis of the fact that in Tunisia the applicant has been sentenced in absentia to twenty years’ imprisonment by a military tribunal for membership of a terrorist organisation acting abroad in peacetime, and for incitement to terrorism?

- Can such a risk be established on the basis of the information available to the Court, including in particular the reports of international human-rights protection organisations (such as *Amnesty International and Human Rights Watch*) and governmental sources (such as the report by the US State Department)? What standard of proof does the Court require in similar cases? What evidence would be sufficient to persuade it to hold that enforcement of the deportation order would be contrary to Article 3 of the Convention? Can the Court accept the applicant’s expulsion, regard being had to the situation in Tunisia?

- Can the risk that the applicant might be exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention be excluded on the basis of: (a) the international undertakings given by Tunisia to which the Government have referred (see summary of the facts, §§ 51-52); (b) the attitude of the local authorities with regard to the activities of the International Committee of the Red Cross; (c) the diplomatic assurances requested by Italy from Tunisia? In particular, what weight should be attached to such diplomatic assurances (if Tunisia were to give them) or to a failure to reply on the part of the Tunisian authorities?

As a matter of fact, the key issue here was the future of the *Chahal v. the United Kingdom* case-law, which is disputed by some governments. Leave to intervene as a third party in the Court’s proceedings has been granted to the Government of the United Kingdom. While the government does not challenge the absolute nature of the prohibition in Article 3 against a Contracting State

9 Eur. Ct. HR (GC), *Saadi v. Italy*, judgment of 28 February 2008.

itself subjecting an individual to Article 3 ill-treatment, it insists however that the context of removal involves assessments of risk of ill-treatment, and also needs to afford proper weight to the fundamental rights of the citizens of Contracting States who are threatened by terrorism; in this respect, national security considerations cannot simply be dismissed as irrelevant in this context.

The decision of the Court was very strong, grounded on this very elaborate reasoning.

The Court observed that it could not underestimate the danger of terrorism and noted that States were facing considerable difficulties in protecting their communities from terrorist violence. However, that should not call into question the absolute nature of Article 3. Contrary to the argument of the United Kingdom as third-party intervener, supported by the Italian Government, the Court considered that it was not possible to weigh the risk that a person might be subjected to ill-treatment against his dangerousness to the community if not sent back. The prospect that he might pose a serious threat to the community did not diminish in any way the risk that he might suffer harm if deported¹⁰.

As regards the arguments that such a risk to be subjected to ill-treatment had to be established by solid evidence where an individual was a threat to national security, the Court observed that such an approach was not compatible with the absolute nature of Article 3. It amounted to asserting that, in the absence of evidence meeting a higher standard, protection of national security justified accepting more readily a risk of ill-treatment for the individual. The Court reaffirmed that for a forcible expulsion to be in breach of the Convention it was necessary – and sufficient – for substantial grounds to have been shown for believing that there was a risk that the applicant would be subjected to ill-treatment in the receiving country¹¹.

In this respect, the Court referred to reports by Amnesty International and Human Rights Watch which described a disturbing situation in Tunisia and which were corroborated by a report from the US State Department. These reports mentioned numerous and regular cases of torture inflicted on persons accused under the 2003 Prevention of Terrorism Act. The practices reported – said to be often inflicted on persons in police custody – included hanging from the ceiling, threats of rape, administration of electric shocks, immersion of the head in water, beatings and cigarette burns. It was reported that allegations

¹⁰ *Ibid.*, § 138.

¹¹ *Ibid.*, § 140.

of torture and ill-treatment were not investigated by the competent Tunisian authorities, that they refused to follow up complaints and that they regularly used confessions obtained under duress to secure convictions. The Court did not doubt the reliability of those reports and noted that the Italian Government had not adduced any evidence capable of rebutting such assertions.

The Court noted that in Italy Mr Saadi had been accused of international terrorism and that his conviction in Tunisia had been confirmed by an Amnesty International statement in June 2007. The applicant therefore belonged to the group at risk of ill-treatment. That being so, the Court considered that there were substantial grounds for believing that there was a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 if he were to be deported to Tunisia¹².

The Court further noted that the Tunisian authorities had not provided the assurances requested by the Italian Government. Referring to the notes verbales from the Tunisian Ministry of Foreign Affairs, the Court emphasised that the existence of domestic laws and accession to treaties were not sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the applicant's case, reliable sources had reported practices manifestly contrary to the principles of the Convention. Furthermore, even if the Tunisian authorities had given the diplomatic assurances, that would not have absolved the Court from the obligation to examine whether such assurances provided a sufficient guarantee that the applicant would be protected against the risk of treatment¹³.

Consequently, the Court found, *unanimously*, that the decision to deport Mr Saadi to Tunisia would breach Article 3 if it were enforced.

In this case, we are faced with a conflict between two obligations of the State, which are of a different nature: the obligation to *respect* the rights and freedoms of the Convention on the one hand; and the obligation to *protect* such rights and freedoms¹⁴. The former obligation is the negative obligation not to violate the rights and freedoms recognized under the Convention. The latter obligation is a positive obligation, which is an obligation of means, rather

¹² *Ibid.*, §§ 144 and 146.

¹³ *Ibid.*, §§ 147-148.

¹⁴ O. DE SCHUTTER & Fr. TULKENS, "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 169-216.

than an obligation of result¹⁵. The case-law of the Court has occasionally recognized this priority of the obligation to respect on the obligation to protect, although it has done so rather implicitly, by defining the obligation to protect as an obligation which, far from being unlimited in scope, is limited by the obligation to respect the rights and freedoms of the Convention. In the *Osman v. the United Kingdom* judgment of 28 October 1998 for instance, the Court defined thus the scope of the positive obligation to protect: “Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention”¹⁶.

Similarly, in *Keenan v. the United Kingdom*, the Court concluded that the right to life of the applicant’s son had not been violated, despite the fact that he was able to commit suicide in prison, in a context therefore where, in principle, he was under the protection of the authorities who might be imposed an obligation to ensure that such suicides are not committed. A decisive factor in the reasoning of the Court seems to have been that, by adopting even more restrictive surveillance measures within the prison setting, the prison authorities might have imposed excessive limitations on the prisoners’ autonomy: these authorities, said the Court, “must discharge their duties in a manner compatible with the rights and freedoms of the individual concerned. There are general measures and precautions which will be available to diminish the opportunities for self-harm, without infringing on personal autonomy”¹⁷. Many other examples could be offered¹⁸.

15 See Eur. Ct. HR, *Plattform ‘Ärzte für das Leben’ v. Austria*, judgment of 21 June 1988, § 34 (“While it is the duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully, they cannot guarantee this absolutely and they have a wide discretion in the choice of the means to be used (...). In this area the obligation they enter into under Article 11 of the Convention is an obligation as to measures to be taken and not as to results to be achieved”).

16 Eur. Ct. HR, *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, § 116.

17 Eur. Ct. HR, *Keenan v. the United Kingdom*, judgment of 3 April 2001, § 93. While they did not find that the prison authorities could be held responsible for Mark Keenan’s death, the Court did conclude in a separate part of the judgment that the infliction of punishment on Mark Keenan in the circumstances of the case was inhuman and degrading, contrary to Article 3 ECHR.

18 A particularly clear illustration is the case of *Enhorn v. Sweden*, where the applicant, an HIV-infected homosexual who had transmitted HIV to persons through sexual contacts, was deprived of his liberty in order to avoid the further spreading of the disease, in circumstances which the Court found incompatible with the requirements of Article 5 ECHR. The decisive question, in the view of the Court, was “whether the spreading of the infectious disease is dangerous to public health or safety, and whether

This – which may be described as a prioritization of the obligation to respect over the obligation to protect – is particularly relevant in the context of the adoption of measures countering terrorism. It is clear that, as it constitutes a serious violation of human rights – including the right to life –, terrorism should be combated by States by all appropriate means. However, as recognized in the early case-law of the Court, we should remain “aware of the danger [legislation providing for surveillance measures justified by the need to prevent and combat terrorism] poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it”; “the Contracting States may not, in the name of the struggle against espionage and terrorism, adopt whatever measures they deem appropriate”.

But this approach raises some controversy. For some authors¹⁹, it would be difficult to maintain that the State’s positive obligation to *protect* the rights of its citizens is less important than its negative obligation to *respect* those rights. The former duty is as firmly grounded in human rights law as the latter: both stem from the same fundamental legal guarantees. To attach more weight to the State’s negative obligation to respect than to its positive obligation to protect would boil down to introducing a hierarchy between the rights occurring on the different sides of the balance, and there is no place in modern human rights law for such a hierarchy. The conflict between liberty and security in the context of terrorism is one between two equally significant human rights values, one of which cannot take precedence over the other. As Richard Posner recently noted, “One is not to ask whether liberty is more or less important than safety. One is to ask whether a particular security measures harms liberty more or less than it promotes safety”²⁰.

This position is advanced in alleged contradiction to the position about the priority of the obligation to respect over the obligation to protect²¹. However,

detention of the person infected is the last resort in order to prevent the spreading of the disease, because less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the public interest” (Eur. Ct. HR, *Enhorn v. Sweden*, judgment of 25 January 2005, § 44): not any deprivation of liberty will be justified, simply because it serves the purposes of preserving the public health.

19 S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitations of Rights. The European Convention on Human Rights and the United States Constitution*, Hart Publ., Oxford / Portland, Oregon, 2008.

20 The footnotes are omitted. The reference to Richard A. Posner’s work is the following: R.A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006, at pp. 31-32.

21 Reference is made by S. Sottiaux to O. DE SCHUTTER, “La Convention européenne des droits de l’homme à l’épreuve de la lutte contre le terrorisme”, in E. BRIBOSIA & A. WEYEMBERGH (eds.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Brussels, Bruylant, 2002, pp. 85 et seq., at pp. 92-93.

I do not believe that there exists a real disagreement between these apparently conflicting views. No one denies that the rights and freedoms recognized by the Convention may be restricted for the sake of combating the threat to life and other human rights which has its source in terrorist activities²². We all agree that, at the same time, any measures adopted for the sake of combating terrorism must comply with the Convention. And we agree, especially, that such measures should not be immune from being scrutinized in this respect simply because they purport to ensure “security”, i.e., to protect the right to life. What is truly decisive is that the States may legitimately argue, against the imposition of far-reaching obligations to protect, that the adoption of certain measures, even if they would contribute to combating terrorism, would constitute such a threat to civil liberties that they should be excluded; and that, conversely, States may not adopt or maintain counterterrorist measures which do create such a threat, even though these measures might be effective in countering terrorism.

Medical reason

The second issue is the *medical situation* of the applicant and corollarily the access to and/or the quality of the treatment in the receiving country. More particularly, we have many applicants who are sadly infected with the HIV virus, and who complain about the fact that they will not get proper treatment in the country of destination so that their lives may be at risk or/and that their state of health would deteriorate if they were returned. It can be addressed under Article 3 of the Convention even though, as shown by the case-law, few

Reference is also made to R. DWORKIN, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, Feb. 28, 2002, 44, 47, to whom the same position is attributed.

22 This point may of course be generalized beyond counterterrorist measures. The protection of the rights of others, in particular where these are rights guaranteed under the Convention, constitutes a legitimate aim, which the State authorities may seek to pursue even where this may lead to certain interferences with other such rights. See, among many other examples, Eur. Ct. HR, *Bowman v. the United Kingdom*, judgment of 19 February 1998 (where, faced with a prosecution for violation of a regulation prohibiting expenditure in excess of GBP 5 by unauthorised persons on publications etc. during election period, the Court notes that freedom of expression (Art. 10 ECHR) and the right to free elections (Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention), while generally complementary, may in certain circumstances “come into conflict and it may be considered necessary, in the period preceding or during an election, to place certain restrictions, of a type which would not usually be acceptable, on freedom of expression, in order to secure the ‘free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature’” (§ 43); while recognizing that, “in striking the balance between these two rights, the Contracting States have a margin of appreciation, as they do generally with regard to the organisation of their electoral systems”, the Court nevertheless concludes that the prosecution of the applicant for having distributed pamphlets relating to abortion constitutes a disproportionate restriction on freedom of expression, and thus amounts to a violation of Article 10 ECHR).

applicants were able to convince the Court in this field²³. The Court recalls that, according to established case-law, aliens who are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory in order to continue to benefit from medical or social assistance. However, in exceptional circumstances an implementation of a decision to remove an alien may, owing to compelling humanitarian considerations, result in a violation of Article 3. In all these cases, the Court will use the exceptional circumstances of the *D. v. the United Kingdom* judgment of 2 May 1997 as a pivot in its appreciation.

The *N. v. the United Kingdom* case was a very difficult and sensitive one²⁴.

The applicant arrived in the United Kingdom from Uganda in 1998. She was already HIV positive. Her situation was described as appalling with a life expectancy of less than one year, her condition was thereby stabilised and, with continued drug treatment, she could remain well for decades. The applicant complained about her proposed expulsion under Articles 3 and 8 of the Convention. Rule 39 was applied. This case concerns this Court's current thinking on the "exceptional circumstances" test laid down in the *D. v. the United Kingdom* judgment of 2 May 1997. More broadly it gives rise to issues concerning a Contracting State's responsibilities and positive obligations in a social/humanitarian rights context and, indeed, the gap between Article 3 of the Convention and Articles 32 and 33 of the 1951 Refugee Convention. Furthermore, while the *D.* case and the present case concern HIV/AIDS, similar Convention issues arise in cases concerning the expulsion of an individual with a serious medical and psychiatric condition and where there would be medical treatment /life expectancy issues in the receiving countries.

On a pure analytical level, what were the possible solutions?

The most extreme option is to ignore the special *D.* test and apply a straight forward "substantial grounds" test. This is the applicant's first suggestion to the Grand Chamber, namely that she will suffer acutely in Uganda given the lack of medical care and so Article 3 requires she be retained in the United

23 Eur. Ct. HR, *S.C. v. Sweden*, inadmissibility decision of 15 February 2000; Eur. Ct. HR, *Bensaïd v. the United Kingdom*, judgment of 6 February 2001; Eur. Ct. HR, *Nasimi v. Sweden*, inadmissibility decision of 16 March 2004; Eur. Ct. HR, *Ndangoya v. Sweden*, inadmissibility decision of 22 June 2004; Eur. Ct. HR, *Dragan and Others v. Germany*, inadmissibility decision of 7 October 2004; Eur. Ct. HR, *Amegnigan v. the Netherlands*, inadmissibility decision of 25 November 2004; Eur. Ct. HR, *Ovdienko v. Sweden*, inadmissibility decision of 31 May 2005; Eur. Ct. HR, *Hukic v. Sweden*, inadmissibility decision of 27 September 2005.

24 Eur. Ct. HR (GC), *N. v. the United Kingdom*, judgment of 27 May 2008.

Kingdom.

The next option is to simply confirm and apply the test in *D.* without further clarification as the Court has done in cases since 1997. If it is applied to the present applicant's situation, no violation of Article 3 would be proposed as her circumstances would not be considered sufficiently acute as to be "exceptional" having regard to certain factual elements²⁵: following medical treatment in the United Kingdom, her condition is stable even if terminal without treatment; she is therefore fit to fly.

This leads to a third and more acceptable option namely to apply the *D.* test with further clarification. Just as the Grand Chamber clarified in *Boultif* and then in *Üner* a line adopted previously²⁶, the present Grand Chamber could now resolve the dilemma raised by *D.* It could do so by providing a general objective solution to medical expulsion cases and guidance as to its future application.

A final option – the most radical but perhaps the most honest – would be to change the *D.* case-law to *expressly* exclude the application of Article 3 in medical expulsion cases.

The Grand Chamber by a majority held that the return of the applicant to Uganda would not violate Article 3. It reiterated that Article 3 principally applied to prevent deportation where the risk of ill-treatment stemmed from the intentionally inflicted acts of State authorities or of other non-State bodies. While the decision to remove an alien suffering from severe mental or physical illness to a country where the facilities for treatment were inferior to those in the host country might raise an issue under Article 3, this could only be in a very exceptional case where the humanitarian grounds against removal were compelling. It was necessary in the view of the majority to maintain the high threshold set in *D.* in a case where the harm stemmed from a naturally occurring disease and the lack of sufficient resources to deal with it in the receiving country. To extend the protection of Article 3 to place an obligation on the Contracting State not to expel to a country where there was a substantial disparity in the level of health care would place too great a burden on Contracting

25 As identified by the domestic courts and summarised by the Government at pp. 24-26 of their observations.

26 Eur. Ct. HR, *Boultif v. Switzerland*, judgment of 2 August 2001; Eur. Ct. HR (GC), *Üner v. the Netherlands*, judgment of 18 October 2006.

States²⁷.

The Court examined the facts of the particular case before finding that they were distinguishable from the *D.* case but could not be distinguished from the other cases where no exceptional circumstances had been found. The applicant was not critically ill; on the evidence available the anti-retroviral medication was available in Uganda, although through lack of resources it was received by only half of those in need; and the applicant had family members there, although she claimed that they would not be willing or able to care for her if she was seriously ill²⁸.

The decision was not unanimous. The majority were criticised for having misinterpreted the earlier case-law in seeking to distinguish the case where a person faced the risk of ill-treatment at the hands of the State authorities and the case where the ill-treatment flowed from a naturally occurring disease. The judgment was also criticised for introducing an element of balance into Article 3 and for taking account of the likely cost burden on Contracting States. In any event, it was said that the “floodgate” argument was misconceived, there being no statistical evidence to support a contention that Europe would be vulnerable to becoming the sick-bay of the world if a violation were found in the present case. In the view of the minority, the *N.* case was very exceptional and close to the *D.* case, there being no doubt that in the event of her removal to Uganda the applicant would face an early death after a period of acute physical and mental suffering.

Article 5. Right to liberty and security

In this respect, I have to quote the *Saadi v. the United Kingdom* judgment of the Grand Chamber of 29 January 2008²⁹. It concerns asylum seekers’ rights under the Convention and the increasingly worrying situation regarding their detention. Furthermore, this is the first case in which the Court has been called upon to provide an interpretation of the first part of Article 5 § 1 (f), which authorises “the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country” and, in particular, of the requirement of necessity imposed by that provision. The circumstances of the case are in-

27 Eur. Ct. HR (GC), *N. v. the United Kingdom*, judgment of 27 May 2008, §§ 42-44. For a commentary, see Fr. JULIEN-LAFERRIÈRE, “L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 261 et seq.

28 *Ibid.*, §§ 50-51.

29 Eur. Ct. HR (GC), *Saadi v. the United Kingdom*, judgment of 29 January 2008.

teresting. On his arrival at the airport on 30 December 2000 the applicant was granted temporary admission under the terms of which he could spend the night in the hotel of his choice but had to return to the airport the following morning. On 31 December 2000 he reported as required and was again granted temporary admission until the next day. When he again reported to the airport as agreed he was granted temporary admission for the third time until 10 a.m. the following day, 2 January 2001. It was not until 2 January, after reporting as required, that he was detained and transferred to the Oakington reception centre, where there is a prison-like atmosphere.

The crux of the matter here is whether we are ready to accept that Article 5 of the Convention, which has played a major role in ensuring controls of arbitrary detention, should afford a lower level of protection as regards asylum and immigration which, in social and human terms, are the most crucial issues facing us in the years to come?

In this respect, the reasoning of the Court put the emphasis on different arguments.

The Court noted that, while the general rule set out in Article 5 § 1 was that everyone had the right to liberty, Article 5 § 1(f) provided an exception, permitting States to control the liberty of aliens in an immigration context. States were permitted to detain would-be immigrants who had applied for permission to enter, whether by way of asylum or not³⁰.

However, such detention had to be compatible with the overall purpose of Article 5, to safeguard the right to liberty and ensure that no-one should be dispossessed of his or her liberty in an arbitrary fashion³¹.

To avoid being branded as arbitrary, detention had to be carried out in **good faith**; it had to be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention had to be appropriate, bearing in mind that the measure was applicable not to those who had committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, had fled from their own country; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued³².

The Court recalled that the purpose of the Oakington detention regime was

30 *Ibid.*, § 64.

31 *Ibid.*, § 66.

32 *Ibid.*, § 74.

to ensure the speedy resolution of some 13,000 of the approximately 84,000 asylum applications made in the United Kingdom per year at that time. The applicant was selected for detention on the basis that his case was suited for fast-track processing. In those circumstances, the Court found that the national authorities acted in good faith in detaining the applicant³³.

The Court concluded that, given the difficult administrative problems with which the United Kingdom was confronted during the period in question, with an escalating flow of huge numbers of asylum-seekers, it was not incompatible with Article 5 § 1(f) to detain the applicant for seven days in suitable conditions to enable his claim to asylum to be processed speedily. Moreover, the provision of a more efficient system of determining large numbers of asylum claims rendered unnecessary recourse to a broader and more extensive use of detention powers. It followed that there had been no violation of Article 5 § 1³⁴.

The minority of six judges took a different view on the interpretation of Article 5 § 1 (f), holding that the power of detention only arose where there existed objectively verifiable grounds to believe that the applicant was liable to abscond before his asylum claim had been determined. It was their view that the majority's interpretation provided a lower level of protection than that recognised in other organisations, notably the European Union, Article 18 § 1 of the Council Directive of 1 December 2005 providing that Member States should not hold a person in detention "for the sole reason that he/she is an applicant for asylum"³⁵. Is it a crime to be a foreigner?

Article 8. Right to respect for private and family life

As K. Reid says, the "Convention organs have not been immune to the general atmosphere of 'Fortress Europe' [and] given the current political sensitivity of the issues, [they] are unlikely to give vent to much creative interpretation"³⁶.

Even if Article 8 of the Convention does not therefore contain an absolute right for any category of alien not to be expelled, the Court's case-law amply demonstrates that there are circumstances where the expulsion of an alien will

³³ *Ibid.*, §§ 75-77.

³⁴ *Ibid.*, § 80.

³⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on *minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status*, Art. 18 § 1 (O.J.E.U. L 326 of 13.12.2005, p. 23).

³⁶ K. Reid, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2nd edition, 2004, p. 367.

give rise to a violation of that provision³⁷. But which circumstances?

Double penalty

Against this background, I would like to address particularly the very sensitive issue of the *double penalty*, where the Court was faced with conflicting views. Indeed, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1504(2001) advocates that long-term immigrants, who have committed a criminal offence should be subjected to the same ordinary-law procedures and penalties as are applied to nationals and that the “sanction” of expulsion should be applied only to particularly serious offences affecting state security of which they have been found guilty³⁸. Moreover, whether the decision is taken by means of an administrative measure, or by a criminal court, a measure of this kind, which can shatter a life or lives, constitutes as severe a penalty as a term of imprisonment, if not more severe. That is why some States do not have penalties of this kind specific to foreign nationals, while others have largely abolished them in recent times³⁹.

Nevertheless, in the *Üner v. the Netherlands* judgment of 18 October 2006, the Court considers that, even if a non-national holds a very strong residence status and has attained a high degree of integration, his or her position cannot be equated with that of a national when it comes to the above-mentioned power of the Contracting States to expel aliens for one or more of the reasons set out in paragraph 2 of Article 8 of the Convention. “Even long-term immigrants who were born in the host State or arrived there during early childhood cannot derive a right from Article 8 not to be expelled on the basis of their criminal record, since paragraph 2 of that provision is couched in terms which clearly allow for exceptions to be made to the rights guaranteed in the first paragraph”. It is, moreover, of the view that a decision to revoke a residence permit and/or to impose an exclusion order on a settled migrant following a criminal conviction in respect of which that migrant has been sentenced to a criminal-law penalty does not constitute a double punishment, either for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7 or more generally. Contracting States are entitled to take measures in relation to persons who have been convicted

37 For the previous case-law, see A. SHERLOCK, “Deportation of Aliens and Article 8 ECHR”, *E.L.Rev.*, 1998, pp. 62 et seq.

38 PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, Recommendation 1504(2001) on *non-expulsion of long-term immigrants*, adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 14 March 2001, point 11(g).

39 The case of France springs to mind: see the Laws of 26 November 2003 and 24 July 2006.

of criminal offences in order to protect society – provided of course that, to the extent that those measures interfere with the rights guaranteed by Article 8 paragraph 1 of the Convention, they are necessary in a democratic society and proportionate to the aim pursued. Such administrative measures are to be seen as *preventive rather than punitive in nature*⁴⁰. Whether we like it or not – we are now faced with this judgment of the Grand Chamber of the Court which – provisionally – closes the door on this issue of the double penalty.

In *casu*, in the *Üner* judgment, as to the criminal conviction which led to the impugned measures, “the Court is of the view that the offences of manslaughter and assault committed by the applicant were of a very serious nature”. Furthermore, “taking his previous convictions into account (...), the Court finds that the applicant may be said to have displayed criminal propensities”⁴¹. I have strong doubts about this new criteria used by the Court, “criminal propensities”, which is the most intriguing criminology concept. In reality, this criterion gives to the State a very wide margin of appreciation. It is quite clear that the Court is no more in line with the judgment *Beldjoudi v. France* of 26 March 1992.

We have, however, an interesting judgment, *Sayoud v. France* of 6 July 2007, which shows – to my mind – the relativity of the *rationale* of the double penalty grounded on nationality. After the applicant had been expelled to Algeria following a criminal conviction because of his non-national status, it was discovered that, in fact, he had French nationality and that the expulsion was simply a mistake. At once, the concern about protection of society has disappeared...

Juveniles

The *Maslov v. Austria* judgment of 23 June 2008 concerned, under Article 8, the return of a Bulgarian national from Austria. He had arrived in Austria at the age of six, had spent the rest of his childhood and adolescence there and spoke the language. He was a legal resident there with his parents and siblings and had obtained an unlimited settlement permit in March 1999. But he had committed a number of offences when he was fifteen and sixteen, notably breaking into cars, shops and vending machines to steal cash. Only one offence involved violence, and consisted of pushing, kicking and bruising another boy. He was expelled from Austria when he was eighteen and subjected to a ten-

⁴⁰ Eur. Ct. HR (GC), *Üner v. the Netherlands*, judgment of 18 October 2006, § 56.

⁴¹ *Ibid.*, § 63.

year exclusion order.

The Grand Chamber confirmed its earlier judgment in the case of *Üner v. the Netherlands* in two important respects.

(a) It reiterated that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitutes part of the concept of “private life” and that Article 8 was applicable even in the absence of a “family life” within the particular community⁴².

(b) It confirmed the criterion set out in *Üner* to be applied in assessing whether an expulsion measure was necessary and proportionate. In the case of a young adult, such as the applicant, who had not yet founded a family of his own, the most relevant criteria were the nature and seriousness of the applicant’s offence, the length of his stay in the country, the time elapsed since the offence was committed and the solidity of the social, cultural and family ties with the host country and the country of destination⁴³.

Applying these criteria, the Court reached a different conclusion from that which it had reached in the *Üner* case. It found that the expulsion and exclusion of the applicant violated Article 8. It placed particular emphasis on the young age of the applicant at the time he committed the offences, which were found by the Court not only to have been non-violent for the most part but to have been typical acts of juvenile delinquency. In the view of the Court, where expulsion measures against a juvenile offender are concerned, the obligation to take the best interests of the child into account which is enshrined in Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child includes an obligation to facilitate his or her reintegration. The aim of reintegration would not be achieved by severing family or social ties through expulsion, which must remain a means of last resort in the case of a juvenile offender⁴⁴. In addition, the applicant not only had his main social and family ties in Austria where all his relatives lived but he had no proven ties with his country of origin⁴⁵. The proportionality of the measure was also affected by the length of the exclusion order, ten years in the case of a young adult being regarded as excessively long⁴⁶.

Article 13. Right to an effective remedy

This right is of course of crucial importance for the implementation of the

42 Eur. Ct. HR (GC), *Maslov v. Austria*, judgment of 23 June 2008, § 63.

43 *Ibid.*, § 71.

44 *Ibid.*, §§ 81-83.

45 *Ibid.*, §§ 96-97.

46 *Ibid.*, § 99.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

material rights of the Convention. On the one hand, for complaints relying on the fact that returning to the country of origin or being expelled would expose to a risk of treatment in breach of Article 3, **prevention** is essential. Could the Court use the potential of Article 13 in order to require that an effective domestic remedy is accessible as prevention measure? On the other hand, when the negative decisions have been reached by first instance tribunals, this remedy must have a **suspensive character**.

The necessity of this right of appeal with suspensive effect is also expressly underlined by Resolution 1471(2005) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 7 October 2005 on accelerated asylum procedures in member states: right to lodge an appeal against a negative decision and right to suspend the execution of measures until the national authorities have examined their compatibility with the European Convention⁴⁷.

Conclusion

I would like to end this short and non-exhaustive review with a personal view. Sometimes, I have this dream or maybe this nightmare. In the field of immigration, we, as judges, bear an enormous responsibility. We should ask ourselves the question: in ten, twenty or thirty years, how will history judge the way we are dealing with these issues today?

⁴⁷ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, Resolution 1471(2005) on *accelerated asylum procedures in Council of Europe member states*, adopted by the Assembly on 7 October 2005. point 8.5.

Göç ve Hukuk

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce Sağlanan Korumada Yeni Eğilimler

Françoise Tulkens*

Burada bulunmaktan büyük bir onur duyduğumu söyleyerek başlamak istiyorum ve beni davet ettikleri için organizasyon komitesine teşekkür borçluyum. Sözleşme ve Mahkeme içtihadına dairengin ve kapsamlı bilginizden gerçekten etkilendim ve size yeni bir şeyler sunabileceğimden şüphe duyuyorum.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), her zaman olduğundan da fazla ortak mirasımız (*patrimoine*) ve bu anlamda ulusal ve uluslararası düzeyde ortak bir sorumluluğu paylaşmaktayız. Bu, bu türden bir toplantıya önem atfetmenin temel nedeni çünkü bize Sözleşme tarafından korunan haklar ve özgürlükleri Mahkeme tarafından yorumlandıkları şekliyle günümüz toplumu koşullarında tartışma fırsatı veriyor.

Bugün belki de, burada gerçek sorun haklar özellikle de insan hakları Dworkin'in ifadesine başvuracak olursak nasıl ciddiye alınmalı.¹ İnsan hakları ne bir ideoloji, ne de bir düşünce sistemi. Eğer bireylerin ve toplulukların hayatı üze-

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı
Türkçeye Çeviren: Cavidan Soykan

1 R., Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977. (Türkçesi: Hakları Ciddiye Almak, Çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, 2007)

rinde herhangi anlamlı bir etkiye sahip olacaklarsa, eyleme çevrilmeleri gerekiyor.

Göç söz konusu olduğunda, 1. Madde'ye göre Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri Üye Devletlerin (Karadağ ile birlikte bugün 47 tane) yetki alanı içindeki herkese tanıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nce kapsanan konular, sayısız, çeşitli ve önemlidir. Bu nedenle bana bugün, değişen politik bir ortamda en önemli ya da en hassas görünenlere işaret edeceğim.

Mahkeme'nin son zamanlarda karşılaştığı farklı durumları (II) incelemeye geçmeden önce, yararlanılabilir bir kaynak olarak Avrupa Sözleşmesi mekanizmasının kullanımına ilişkin genel bazı değerlendirmelerle (I) başlayacağım. Kendimi sizlere ham materyal sunmakla sınırlandıracağım, böylece siz cephe hattında olanlar, içtihattan dersler çıkarabilir, onun sınırlarını ve uygulanabilirliğini değerlendirebilir ve aynı zamanda onu eleştirebilir ve gri bölgelerini olduğu kadar geleceğe dair umut vaat eden kısımlarını da vurgulayabilirsiniz.

I. Genel Değerlendirmeler/ Yararlanılabilir Bir Kaynak Olarak AİHS

Üç genel değerlendirme üzerine yoğunlaşacağım.

1. Göç alanında, Mahkeme müdahalesinin kapsamını, hemen hemen her kararında tekrarlanan standart, ritüel bir formülle tanımlar. Başlangıçta bir devletin, uluslararası hukukun yerleşik ilkesi gereği ve sözleşme yükümlülükleri altında, yabancıların-başka uyruktan olanların- kendi topraklarına girişini ve orada yerleşmesini kontrol etmeye yetkili olduğunu, sınır dışı etme ve çıkarma hakkı da dâhil olmak üzere tekrar teyit eder².

Bazı yorumcuların Mahkeme'nin gerekçelendirmesini aktarım şekline dair itirazları var ve itiraf etmeliyim ki, büyük ölçüde, ben de onların kaygılarını paylaşıyorum. Bu aktarım, Mahkeme tarafından daha sonrasında yapılan değerlendirmeyi üstü örtük bir şekilde etkiler. Sözleşme'nin hükümleri devletlerin hala üstünlüğünü koruyan ve bundan da fazlası, bu davada "yerleşik" bir ilke olan, egemenlik yetkisine sınırlama olarak görülür. Bu türden bir yaklaşım, Sözleşme tarafından korunan hakların ilke olduğu, bazı durumlarda belli koşullara saygı gösterilirken göz ardı edilebilen, olağan yöntemden ayrılır. Sözleşme tarafından korunan haklar aynı zamanda yerleşiktir ve hiçbir hiyerarşi onların daha düşük bir düzeyde değerlendirilmesine izin vermez. "Devletlerin egemenliğinin kural ve Sözleşme haklarına saygı göstermenin istisna olduğunu söylemek, tam tersini savunmakla eş değildir. Tam tersi ise Sözleşme haklarına saygı ilke ola-

2 Bakınız, diğer pek çok yetkili arasında, AİHM, *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/İngiltere* kararı 28 Mayıs 1985, para. 67; AİHM, *Boujlifa/Fransa* kararı, 21 Ekim 1997, para. 42.

rak almayı ve sınırlamaları ve/veya müdahaleleri istisna kabul etmeyi içerir.³ Gerektiğinde göçle ilgili olarak devletlerin egemenliği adına sınırlama yapılması gibi.

Aslında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 30 Eylül 1974 tarihli X/Almanya kararındaki formülasyonu bana daha tercih edilebilir görünmektedir: "Suçluların iadesi meselesi, sınır dışı etme ve iltica hakkı Sözleşme'de düzenlenen haklar arasında sayılmasa bile, Sözleşmeciler Devletler yabancıların giriş ve çıkışını kontrol etme hakkı da dâhil olmak üzere haklarını özgürce kullanmalarının genel uluslararası hukuk çerçevesinde sınırlandırılmasını, Sözleşme çerçevesinde kabul ettikleri yükümlülüklerinin kapsamı ve sınırları dâhilinde her şeye rağmen kabul etmişlerdir"⁴.

2. Bildiğiniz üzere, Mahkeme'nin kontrol mekanizması yargısaldır ve Mahkeme, Sözleşmenin ihlalinin (Madde 34) mağduru olduğunu iddia eden kişi veya gruplardan başvurular alabilir.

Bu bağlamda, 21 Haziran 2005 tarihli *Ariztimonu Mendizabal/Fransa* kabul edilebilirlik kararı ilginçtir. Bu davada başvurucuya on dört yıldan uzun bir süre her biri bir yıl geçerli olmak üzere bir dizi geçici ikamet izni çıkarılmıştır. Bu kadar uzun bir süreden sonra, başvurucu en sonunda on yıllık bir ikamet izni elde etmiştir. Bu giderime karşılık gelir mi? Mahkeme'ye göre hayır. Bu zamana kadar iddia edilen ihlal, başvurucu tarafından uzun bir süre yaşanan belirsizlik ve endişe durumundan kaynaklanmaktadır. Buna göre yetkililer başvurucunun ileri sürdüğü ihlali ne tanımış ne de tazmin etmişlerdir ve bu nedenle başvurucu hala mağdur olduğunu iddia edebilir⁵.

3. Son olarak, Mahkeme İçtüzüğü'nün geçici önlemler içeren 39. maddesi telafisi imkânsız zararlara karşı sığınmacı ve mültecilere koruma sağlamada her zaman gerekli ve faydalı bir araç olduğunu kanıtlamıştır. Kullanımı, hükümete bağlayıcı karakterde bir davet veren 4 Şubat 2005 tarihli *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* kararı ile güçlendirildi.⁶

28 Nisan 2007'de verdiği *Gebremedhin/ Fransa* kararı 39. maddenin gerçek

3 S. Saroléa, "Quelles vies privée et familiale pour l'étranger? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue québécoise de droit international*, volume 13, no. 1, 2000, s. 266. Ayrıca bakınız: S. Saroléa, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Brussels, Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, s. 621-622.

4 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararı, Başvuru No: 6315/73, X/Federal Almanya Cumhuriyeti, 30 Eylül 1974, D.R., 1, s. 75.

5 Mahkeme kararını 17 Ocak 2006'da sundu ve AİHS'nin 8. Maddesinin ihlali olduğuna karar verdi.

6 AİHM (Büyük Daire), *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, 4 Şubat 2005 kararı.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

işlevselliğini belirli bir olayla ortaya koymaktadır, fakat daha fazlası da gelecek gibidir. Karar, sınırda, yetkililer tarafından iltica talebiyle Fransa topraklarına girişi reddedilen, Eritre'ye geri gönderilmesi durumunda, geçmiş mesleki faaliyetlerine dayanarak hayatının tehlikeye gireceğini ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalacağını iddia eden Eriteli bir gazeteciye dairdir. Gerçekte yetkililer tarafından daha havaalanında ülkeye girişi engellemek için alınan bir karar, iltica başvurusunda bulunmaya bir engel olarak görülebilir; bundan da ötesi bu tür bir karar söz konusu kişinin kaçmak zorunda kaldığını iddia ettiği ülkeye anında geri gönderilmesi ile sonuçlanabilecek yürütülebilir bir karardır. Ne var ki, başvuru Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. Maddesinin uygulanması sonucu ülkeye girme izni almış ve böylece OFPRA'ya (Mülteci ve Devletsiz Kişilerin Korunması için Fransız Kurumu) iltica başvurusunu sunabilmiştir.⁷

II. Çeşitli Durumlar

Madde 3. İşkence ve insanlık dışı ya da Onur kırıcı Muamele Yasağı

Yeni Mahkeme, göreve başlar başlamaz güçlü bir mesaj verdi. 28 Temmuz 1999 tarihli *Selmoni/ Fransa* kararında Mahkeme, “temel özgürlükler ve insan haklarının korunması alanında artan oranda ihtiyaç duyulan yüksek standart bağlantılı ve kaçınılmaz olarak demokratik toplumların temel değerlerinin ihlallerinin değerlendirilmesinde daha katı olmayı gerektirir.”⁸

Biliyoruz ki, bu hükmün gücü Sözleşme'nin diğer bazı alanlarına da sirayet edecek tetikleyici bir etkide (*un effet par ricochet*) bulunabilecek olmasıdır. Benim görüşüme göre, bu hüküm iltica ve sınır dışı etme işlemleri alanında giderek daha da etkili bir rol oynamaktadır. Burada iki hassas soru ile karşılaşırız: Kamu güvenliği ve terör ve sağlık durumu.

Kamu Güvenliği

Bu bağlamda, Büyük Daire'nin oldukça yeni 28 Şubat 2008 tarihli *Saadi/İtalya* kararı atıf yapmaya değerdir⁹. Bu kararda temel sorular şunlardır.

Başvurucu Tunus'a sınır dışı edilseydi Sözleşme'nin 3. Maddesine aykırı bir muameleye maruz kalma riski ile karşılaşacak mıydı? Özel olarak böyle bir risk şu olgular ışığında öne sürülebilir mi?

Başvurucu İtalya'da başlangıçta terörizm ile bağlantılı olmaktan suçlanmışsa da, sonuçta sadece sahtecilik ve haksız kazançtan suçlu bulunmuş fakat “ulus-

7 AİHM, *Gebremedhin (Gaberamadhien)/Fransa*, 28 Nisan 2007 kararı, para. 101.

8 AİHM (Büyük Daire), *Selmouni/Fransa*, 28 Temmuz 1999 kararı, para. 101

9 AİHM (Büyük Daire), *Saadi/İtalya*, 28 Şubat 2008 kararı.

lararası terörizmle mücadele için acil önlemler” adı altındaki kanun hükümleri doğrultusunda sınır dışı edilme kararı ile karşı karşıya kalmıştır.

Tunus’ta başvuru, gıyabında askeri bir mahkeme tarafından barış zamanında yurt dışında faaliyet gösteren terörist bir örgüte üye olmaktan ve terörizme destek vermekten yirmi senelik hapis cezasına çarptırılmıştır.

Böyle bir risk, Mahkeme’nin elindeki bilgiler ışığında öne sürülebilir mi? ki bunların içinde özellikle uluslararası insan haklarını koruma örgütlerinin (Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi) ve hükümet kaynaklarının (Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığınca hazırlanan rapor gibi) raporları da varken. Benzer vakalarda Mahkeme ne tür bir kanıt standardı öngörür? Ne türden bir delil Mahkeme’yi sınır dışı etme kararının uygulanmasının Sözleşme’nin 3. Maddesine aykırı olacağına ikna etmeye yeterli olacaktır? Mahkeme başvurusunun sınır dışı edilmesini Tunus’taki duruma rağmen kabul edebilir mi?

Başvurucunun Sözleşme’nin 3. Maddesine aykırı bir muameleye maruz kalabilme riski: (a) Hükümetin atıfta bulunduğu Tunus tarafından verilen uluslararası taahhütler (olayların özeti için bkz. para. 51-52); (b) Yerel yetkililerin Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin faaliyetleri doğrultusundaki tutumu; (c) İtalya tarafından Tunus’tan talep edilen diplomatik teminatlar temelinde hariç tutulabilir mi? Özel olarak, bu türden diplomatik teminatlara (eğer Tunus verecekse) ya da Tunuslu yetkililer tarafından cevap verilmemesine nasıl bir önem atfedilebilir?

Asıl olarak buradaki temel sorun kimi hükümetlerce itiraz edilen *Chahal-Birleşik Krallık* içtihadının geleceğidir. Mahkeme sürecinde davaya üçüncü taraf olarak müdahil olma hakkı Birleşik Krallık Hükümeti’ne tanınmıştır. Hükümet, Sözleşmeci Devletin kendisinin bir bireyi 3. maddedeki kötü muameleye tabi tutması halinde, 3. maddede düzenlenen yasağın mutlak niteliğine karşı çıkmazken, ülke dışına çıkarma bağlamının kötü muamele riskinin değerlendirilmesini içerdiğini ama aynı zamanda terörizmle tehdit altında olan Sözleşmeci Devletlerin vatandaşlarının temel haklarına gereken önemin verilmesini gerektirdiğini vurgulamaktadır; hükümete göre. bu açıdan ulusal güvenlik hassasiyetleri kolayca konuyla ilgisiz görülüp bertaraf edilemez.

Mahkeme’nin kararı oldukça güçlü şu özenli muhakemeye dayandırılmıştır.

Mahkeme terörizm tehlikesinin küçümsenemeyeceğinin farkındadır ve Devletlerin toplumlarını terörün şiddetinden korumada oldukça büyük güçlüklerle karşı karşıya olduğunun farkındadır. Yine de bu 3. Maddenin mutlak

niteliğinin sorgulanmasına neden olmamalıdır. Müdahil olarak Birleşik Krallık Hükümeti'nin İtalyan Hükümeti'nce desteklenen iddiasının aksine, Mahkeme kişinin geri gönderilmemesi halinde topluma getireceği tehlikeye karşı kötü muameleye maruz kalma riskinin ölçülmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. Kişinin toplum için ciddi tehlike oluşturabileceği ihtimali her ne şekilde olursa olsun sınır dışı edilmesi halinde çekebileceği acı riskini hafifletmeyecektir¹⁰.

Bu türden bir kötü muameleye maruz kalma riskinin, kişinin ulusal güvenliğe tehdit teşkil ettiği yerde sağlam delillere dayandırılması gerektiğine ilişkin iddialar karşısında Mahkeme bu tür bir yaklaşımın 3. Maddenin mutlak niteliği ile bağdaşmadığını gözlemlemiştir. Üzerinde durmak gerekir ki; daha yüksek bir standardı karşılayacak delilin yokluğu halinde, ulusal güvenliğin korunması birey için kötü muamele riskini daha kolay bir şekilde kabul ederek maruz gösterilmiştir. Mahkeme bir kez daha teyit etmiştir ki; zorla sınır dışı etmenin Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmesi için, başvurunun geri kabul edilen ülkede kötü muameleye maruz kalacağına dair bir risk mevcut olduğuna inanmak için önemli dayanakların gösterilmiş olması gerekli ve yeterlidir.¹¹

Bu doğrultuda Mahkeme, Tunus'ta rahatsız edici bir durum olduğunu tanımlayan ve Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığı'nca hazırlanan bir raporla da teyit edilen Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün raporlarına atıf yapmıştır. Bu raporlar sayısız kez ve olağan bir şekilde 2003 Terörizmin Önlenmesi Kanunu kapsamında suçlanan kişilerin işkenceye uğradığından söz etmektedir. Rapor edilen uygulamaların -tavandan asma, tecavüz tehditleri, elektrik şokları verilmesi, başın suya sokulması, dayak ve sigara yanıkları dâhil- kişiler tarafından sıklıkla polis nezareti altındayken yaşandığı söylenmiştir. İşkence ve kötü muamele iddialarının Tunuslu yetkililerce soruşturulmadığı, şikâyetleri takip etmeyi reddettikleri ve sürekli olarak kanuna aykırı olarak baskı altında elde edilen itirafları kullandıkları rapor edilmiştir. Mahkeme bu raporların güvenilirliğinden şüphe duymamaktadır ve İtalyan Hükümeti'nin bu türden savları çürütecek nitelikte herhangi bir kanıt göstermediğinin farkına varmaktadır.

Mahkeme, İtalya'da Saadi'nin uluslararası terörizmle suçlandığının ve Tunus'taki mahkûmiyetinin Haziran 2007 tarihli bir Uluslararası Af Örgütü'nün açıklaması ile doğrulandığının farkındadır. Başvurucu bundan dolayı kötü mu-

¹⁰ Ibid, para. 138

¹¹ Ibid, para. 140

amele görme riski taşıyan gruba aittir. Böyle olması nedeniyle de, Mahkeme başvurusunun Tunus'a sınır dışı edilecek olursa 3. Maddeye aykırı muameleye maruz kalabileceğine dair gerçek bir riskin mevcut olduğuna inanmayı gerekti-
ren önemli dayanaklar bulunduğunu düşünmektedir.¹²

Mahkeme, ayrıca Tunuslu yetkililerin İtalyan Hükümeti'nce talep edilen güvenceleri sağlamadığını fark etmiştir. Tunus Dış İşleri Bakanlığı'nın notlarına kelimesi kelimesine atıf yapılacak olursa, Mahkeme ulusal hukukun varlığının ve sözleşmelere taraf olmanın, başvurusunun durumunda olduğu gibi, güvenilir kaynakların açıkça Sözleşme'nin ilkelerine aykırı uygulamaları rapor ettiği durumlarda kötü muameleye karşı yeterli bir koruma sağlamada kâfi olmadığını vurgulamaktadır. Buna ilaveten Tunuslu yetkililer diplomatik güvenceleri vermiş olsalardı bile, bu Mahkeme'yi bu türden güvencelerin başvurusunun kötü muamele riskine karşı korunmasında yeterli bir garanti sağlayıp sağlamadığını inceleme sorumluluğundan alıkoymayacaktır.¹³

Sonuç olarak, Mahkeme oy birliği ile Saadi'nin Tunus'a sınır dışı edilmesi kararının uygulanması halinde, 3. Maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.

Bu davada, devletin iki farklı nitelikteki iki yükümlülüğü arasındaki bir çatışma ile karşılaşmaktadır: bir yanda Sözleşme'nin hak ve özgürlüklerine saygı yükümlülüğü ve diğer yanda bu hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğü.¹⁴ İlk yükümlülük Sözleşme kapsamında tanınan hak ve özgürlükleri ihlal etmeme olarak negatif bir yükümlülük. İkinci yükümlülük bir sonuç yükümlülüğünden ziyade bir davranış yükümlülüğü olan pozitif bir yükümlülüktür.¹⁵ Koruma yükümlülüğünü, kapsam olarak sınırsız olmaktan uzak bir şekilde ve Sözleşme'de sayılan hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlülüğü ile sınırlı olarak tanımlayan Mahkeme içtihadı, üstü kapalı da olsa, saygı yükümlülüğünün koruma yükümlülüğü üzerindeki bu önceliğini ara sıra tanımıştır. Gerçi şimdiye kadar bunu koruma yükümlülüğünü, kapsam açısından sınırsız olmaktan uzak Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklere saygı yükümlülüğü ile sınırlı bir yükümlü-

12 Ibid., para 144 ve 146.

13 Ibid., para. 147-148.

14 O. DE SCHUTTER & FR. TULKENS, "Rights in Conflict: the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution", in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp, Intersentia, 2008, s. 169-216.

15 Bakınız ALHM, Platform 'Ärtze für das Leben'/ Avusturya, 21 Haziran 1988 kararı, para. 34 ("Barışçı bir şekilde gerçekleştirilecek kanuna uygun gösterileri mümkün kılacak makul ve uygun önlemleri almak Sözleşmecî Devletlerin göreviyken, bunu mutlak bir şekilde güvence altına alamazlar ve kullanılacak yöntemlerin seçiminde geniş bir takdir yetkisine sahiptirler (...) Bu alanda Sözleşme'nin 11. Maddesi altında üstlendikleri yükümlülük alınacak önlemlere dairdir, ulaşılacak sonuçlara değil").

lük olarak tanımlayarak üstü örtük bir şekilde yapmıştı. Örneğin 28 Ekim 1998 tarihli Osman/Birleşik Krallık kararında, Mahkeme pozitif koruma yükümlülüğünü şöyle tanımlamıştır: “Diğer bir geçerli görüş, polisin suçun önlenmesi ve kontrol edilmesindeki yetkisini tamamen usule uygun ve Sözleşme’nin 5. ve 8. Maddelerinde tanınan güvenceler de dâhil olmak üzere, suçluların adalet önüne çıkarılması ve suçun kovuşturulması faaliyetlerinin kapsamı üzerinde meşru sınırlamalar getiren diğer güvenceler doğrultusunda kullanmasını garanti altına alma ihtiyacıdır.”¹⁶

Benzer bir şekilde *Keenan/Birleşik Krallık* kararında Mahkeme; hapisnede intihar edebileceği, bu nedenle, prensipte bu tür intihar eylemlerini önlemek için sorumlu kılınmış yetkililerin koruması altında bulunduğu bir yerde olması gerçeğine karşın, başvurucunun oğlunun yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Hapishane koşullarında daha da sınırlayıcı gözetim önlemlerini kabul ederek, hapishane yetkililerinin tutukluların özerkliği üzerinde aşırı sınırlamalar getirmiş olmaları, Mahkeme’nin değerlendirmesindeki belirleyici bir unsur gibi görünmektedir. Bu yetkililer, Mahkeme’ye göre, “Söz konusu bireyin hak ve özgürlükleri ile uyumlu olacak şekilde görevlerini yerine getirmek zorundalar. Bireysel özerkliği ihlal etmeden kişinin kendisine zarar verme ihtimalini azaltacak genel yöntemler ve tedbirler mevcuttur”.¹⁷ Benzer birçok örnek ortaya konulabilir.¹⁸

Bu -saygı yükümlülüğünün koruma yükümlülüğü üzerinde öncelendirilmesi olarak tanımlanabilecek yaklaşım- terörizmle mücadelede alınacak önlemler bağlamı ile özellikle ilintilidir. Oldukça açıktır ki; yaşam hakkı da dâhil olmak üzere, insan haklarının ciddi bir ihlali anlamına geldiği için terörizm ile devletler her türlü uygun yoldan mücadele vermelidirler. Yine de Mahkeme’nin önceki içtihadında tanındığı gibi, “demokrasiyi savunma temelinde onun altını oyan

16 AİHM, *Osman/Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998 kararı, para.116.

17 AİHM, *Keenan/ Birleşik Krallık*, 3 Nisan 2001 kararı, para. 93, Mark Keenan’nın ölümünden hapishane yetkililerinin sorumlu tutulabileceği kararına varmasalar da, Mahkeme kararın ayrı bir bölümünde, dava koşullarında Mark Keenan’a verilen cezanın insanlık dışı, küçültücü ve AİHS’nin 3. Maddesi’ne aykırı olduğuna karar vermiştir.

18 Özellikle belirgin bir örnek başvurucunun cinsel ilişki yoluyla kişilere HIV bulaştırmış, HIV’den etkilenmiş bir homoseksüel olduğu *Enhorn/Isveç* davasıdır. Başvurucu Mahkeme’nin AİHS’nin 5. Maddesinin gerekleri ile uygun bulmadığı koşullar dâhilinde hastalığın yayılmasının önlenmesi amacıyla özgürlüğünden mahrum bırakılmıştır. Mahkeme açısından belirleyici soru, “bulaşıcı hastalığın yayılmasının kamu sağlığı ve güvenliğine bir tehdit oluşturup oluşturmadığı ve hastalıktan etkilenen kişinin gözetiminin hastalığın yayılmasının önlenmesi açısından son çare olup olmadığıdır. Çünkü daha az ciddi önlemler düşünülmüş ve kamu yararının korunması açısından yetersiz bulunmuştur” (AİHM, *Enhorn/Isveç*, 25 Ocak 2005 kararı, para. 44): Herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma, sadece kamu sağlığını koruma amaçlarına hizmet ettiği için uygun bulunmayacaktır.

ve hatta yok eden tehlikenin (gözetim önlemlerinin terörizmin önlenmesi ve onunla mücadele edilmesi için meşrulaştırdığı mevzuatın) farkında olalım”; Sözleşmeciler devletler terörizm ve casuslukla mücadele adına uygun görecekları her türlü önlemleri almasınlar.”

Fakat bu yaklaşım bazı çelişkiler doğurur. Bazı yazarlara göre¹⁹devletin vatandaşlarının haklarını koruma konusundaki pozitif yükümlülüğünün bu haklara saygı gösterme konusundaki negatif yükümlülüğünden daha az önemli olduğunu savunmak güç olacaktır. İlk yükümlülük de en az ikincisi kadar insan hakları hukukunda sıkı bir şekilde yerleşmiştir: Her ikisi de aynı temel hukuki güvencelerden kaynaklanır. Devletin negatif saygı gösterme yükümlülüğüne pozitif koruma yükümlülüğünden daha fazla önem atfetmek, terazinin her iki tarafındaki haklar arasında bir hiyerarşi yaratmaya girişimi anlamına gelecektir ve modern insan hakları hukukunda böyle bir hiyerarşiye yer yoktur. Terörizm bağlamında özgürlük ve güvenlik arasındaki çatışma, iki eşit önemdeki insan hakları değeri arasındaki, birinin diğerine üstün alınamayacağı bir çatışmadır. Richard Posner’ın yakın zamanda ifade ettiğı üzere, “Bu özgürlüğün güvenlikten daha az ya da çok önemli olup olmadığını sormak değildir. Bu belirli bir güvenlik önleminin özgürlüğe, emniyeti sağladığı ölçüde zarar verip vermediğini sormaktır.”²⁰

Bu yaklaşım saygı gösterme yükümlülüğünün koruma yükümlülüğü üzerindeki önceliğine ilişkin yaklaşıma karşı iddia edilen çelişki içerisinde geliştirilmiştir.²¹ Hâlbuki ben bu apaçık çatışmalı görüşler arasında gerçek bir görüş ayrılığı var olduğuna inanmıyorum. Hiç kimse Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklerin, yaşam hakkına karşı bir tehditle ya da kaynağı terörist faaliyetlerde bulunan diğer insan hakları ile mücadele için sınırlanabileceğini inkâr etmeyecektir.²²

19 S. SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitations of Rights. The European Convention on Human Rights and the United States Constitution*, Hart Publ., Oxford / Portland, Oregon, 2008.

20 Dipnotlar çıkarılmış. R.A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006, s. 31-32.

21 O. DE SCHUTTER, “La Convention européenne des droits de l’homme à l’épreuve de la lutte contre le terrorisme”, içinde E. BRIBOSIA & A. WEYEMBERGH (eds.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Brussels, Bruylant, 2002, s. 85 vd., s. 92-93’den aktaran S. Sottiaux. R. DWORKIN, “The Threat to Patriotism”, *The New York Review of Books*, Feb. 28, 2002, 44, 47’den aktaran S. Sottiaux.

22 Bu nokta antiterörizm önlemleri ötesine de genelleştirilebilir. Diğerlerinin haklarının korunması özellikle bu hakların Sözleşme altında garanti altına alındığı yerde, her ne kadar bu başka haklara belli müdahalelere yol açacak olsa da Devlet yetkililerinin izlemek isteyeceğı meşru bir amaç teşkil edebilir. Başka pek çok örnek arasından bakınız: AİHM, *Bowman/Birleşik Krallık*, 19 Şubat 1998 kararı (seçim döneminde yayınlara yetkisiz kişilerce 5 Sterlinden fazla harcanmasını yasaklayan düzenlemenin ihlali nedeniyle kovuşturma ile karşılaştığı yerde, Mahkeme ifade özgürlüğünün (Madde 10) ve serbest seçim hakkının (1 nolu Protokol, Madde 3) genel olarak tamamlayıcı olsalar da, bazı durumlarda

Hepimiz aynı zamanda kabul ediyoruz ki, terörizmle mücadele adına kabul edilecek her türlü önlem Sözleşme ile uyumlu olmalıdır. Ve kabul ediyoruz ki, özellikle bu tür önlemler, bu bağlamda sırf “güvenliği” sağlamayı, örneğin yaşam hakkını korumayı iddia ettikleri için soruşturmadan muaf tutulmamalıdır. Kesin olan şudur; devletler, geniş kapsamlı koruma yükümlülükleri yüklenmesi karşısında, belirli önlemlerin terörle mücadeleye katkıda bulunsu bile kişisel özgürlüklere karşı oluşturdukları tehdit nedeniyle dışlanmaları gerektiğini meşru bir şekilde ileri sürebilirken; tam tersi bir şekilde terörizme karşı etkili olsa bile bu nitelikte terörizm karşıtı önlemleri alamazlar ve sürdüremezler.

Sağlık Nedeni

İkinci husus başvurunun sağlık durumu ve bununla bağlantılı olarak, kabul edilen ülkedeki tedavinin niteliği ve/veya ona erişimdir. Daha özel olarak, üzücü bir şekilde HIV virüsünden etkilenmiş ve gideceği ülkede gerekli tedaviyi görmeyecekleri için, hayatlarının tehlikeye girebileceğinden ve/veya geri gönderilmeleri halinde sağlık durumlarının bozulacağından yakının pek çok başvuruvar. Sözleşme’nin 3. Maddesi kapsamında incelenebilir olsa da, içtihadın da gösterdiği üzere, çok az başvuru Mahkeme’yi bu alanda ikna edebilmiştir²³. Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, prensip olarak sınır dışı edilmeye tabi yabancıların tıbbi ya da sosyal destekten yararlanmaya devam etmek için, ülkede kalma konusunda hak iddia edemeyeceklerini hatırlatmaktadır. Yine de istisnai durumlarda bir yabancıнын sınır dışı edilmesi kararının uygulanması, mücbir insancıl nedenlere bağlı olarak 3. Maddenin ihlali ile sonuçlanabilir. Tüm bu vakalarda, Mahkeme 2 Mayıs 1997 tarihli *D/Birleşik Krallık* yargılamasının istisnai şartlarını kendi değerlendirmesi için kilit olarak alacaktır.

N/Birleşik Krallık kararı da zor ve hassas bir karardır.²⁴

“çatışabileceklerini ve seçimden önce veya seçim sırasında, ifade özgürlüğüne yasamanın seçiminde insanların düşüncelerini özgürce ifade edebilmesini garantilemek için normalde kabul edilmeyecek türden sınırlamaların getirilmesinin düşünülebileceğini (para. 43); “bu iki hak arasında denge kurulurken, Sözleşmeciler Devletlerin kendi seçim sistemlerinin düzenlenmesine göre takdir hakkı olduğunu” kabul eder. Mahkeme yine de başvurunun kürtaja ilişkin broşürleri dağıttığı için kovuşturulmasının ifade özgürlüğüne orantısız bir sınırlama teşkil ettiği ve bu nedenle AİHS Madde 10’nun ihlali olduğu sonucuna varır.

23 AİHM, S. C./İsveç, 15 Şubat 2000 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Bensaid/Birleşik Krallık, 6 Şubat 2001 kararı; AİHM, Nasimi/İsveç, 16 Mart 2004 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Ndan-goya/İsveç, 22 Haziran 2004 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Dragan ve Diğerleri/Almanya, 7 Ekim 2004 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Amegnigan/Hollanda, 25 Kasım 2004 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Ovdienko/İsveç, 31 Mayıs 2005 tarihli kabul edilemezlik kararı; AİHM, Hukic/İsveç, 27 Eylül 2005 tarihli kabul edilemezlik kararı.

24 AİHM (Büyük Daire), *N/Birleşik Krallık*, 27 Mayıs 2008 kararı.

Başvurucu 1998 yılında Uganda'dan İngiltere'ye gelmiştir. Geldiğinde zaten HIV virüsü taşımaktadır. Kendisine bir yıldan az bir ömür biçildiğinden durumu ürkütücü olarak tanımlanmıştır, durumu bu nedenle stabilize ve devamlı ilaç tedavisi ile birkaç on yıl iyi olma ihtimali vardır. Başvurucu önerilen sınır dışı edilme kararı hakkında Sözleşme'nin 3. ve 8. Maddeleri gereğince şikâyetle bulunmuştur. Vakada İchtüzüğün 39. Maddesi uygulanmıştır. Bu dava 2 Mayıs 1997 tarihli *D/Birleşik Krallık* yargılamasında ortaya konan "istisnai durumlar" testine ilişkin Mahkeme'nin son yorumlarına ilişkindir. Daha geniş kapsamlı olarak, Sözleşmeciler bir Devletin sosyal/insani haklar bağlamında sorumlulukları ve pozitif yükümlülüklerine ve açıkçası Sözleşme'nin 3. Maddesi ile 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 32. ve 33. Maddeleri arasındaki ayrılığa ilişkin konulara değinmektedir. Öte yandan, *D.* davası ve mevcut dava HIV Virüsü/Aids'e dairken, benzer Sözleşme sorunları ciddi tıbbi ve psikiyatrik durumu olan bir kişinin geri gönderilmesi ve geri gönderilen ülkelerde tıbbi tedavi/yaşam süresi sorunlarının yaşanabileceği vakalarda ortaya çıkabilir.

Saf analitik düzeyde, muhtelif çözümler neler olabilir?

En uç seçenek özel *D.* testini göz ardı etmek ve doğrudan doğruya "esaslı gerekçeler" testini uygulamaktır. Bu başvurunun Büyük Daire'ye ilk önerisidir, yani başvuru tıbbi tedavinin olmaması nedeniyle Uganda'da aşırı bir acı çekecektir ve bu nedenle 3. Madde onun Birleşik Krallıkta kalmasını gerektirmektedir.

Diğer seçenek, *D.* davasındaki testi, Mahkeme'nin 1997'den beri görülen davalarda yaptığı gibi, ilave açıklama olmaksızın basitçe onaylamak ve uygulamaktır. Bunun başvurunun durumuna uygulanması halinde, koşulları belli fiili gerçekler ışığında "istisnai" olarak değerlendirilmek için yeterli ciddiyette görülmeyeceğinden, 3. Maddenin ihlali öngörülmemelidir²⁵: Birleşik Krallıktaki tıbbi tedavi sonucunda durumu tedavi olmaksızın bile stabilize, bu nedenle uçak yolculuğuna dayanabilir.

Bu üçüncü ve daha kabul edilebilir bir seçeneğe götürür ki, o da *D.* testini ilave açıklama ile uygulamaktır. Daha önce Büyük Daire'nin Boulton ve daha sonra Ünner kararlarında açıklığa kavuşturduğu²⁶ gibi daha önce bir yöntem benimsemiştir, şimdi Büyük Daire *D* ile ortaya çıkan ikilemi çözebilirdi. Bunu tıbbi

25 Ulusal Mahkemelerce tanımlandığı ve sayfa 24-26'daki gözlemlerde Hükümet tarafından özetlendiği şekliyle.

26 AİHM, *Boulton/İsviçre*, 2 Ağustos 2001 kararı; AİHM (Büyük Daire), *Ünner/Hollanda*, 18 Ekim 2006 kararı.

sınır dışı etme vakalarına genel objektif bir çözüm ve bu çözümüm gelecekteki uygulaması için rehberlik sağlayarak yapabildi.

Son bir seçenek -en radikal fakat belki de en dürüst olanı- *D.* içtihadını tıbbi sınır dışı etme vakalarında 3. Maddenin uygulanmasını açıkça dışlayarak değiştirmek olabilirdi.

Büyük Daire çoğunluk kararı ile başvurucunun Uganda'ya geri dönmesinin 3. Maddeyi ihlal etmeyeceğine karar verdi. Mahkeme, 3. Maddenin temel olarak kötü muamele riskinin Devlet yetkililerinin ya da diğer Devlet dışı örgütlerin kasten neden oldukları fiillerinden kaynaklanan hallerde, sınır dışı etmeyi önlemek için uygulandığını tekrar belirtti. Ciddi zihinsel ve fiziksel acı çeken bir yabancıyı tedavi olanaklarının ev sahibi ülkeden daha aşağı düzeyde olduğu bir ülkeye gönderme kararı 3. Madde kapsamında bir konu ortaya çıkarabilirken, bu durum sadece geri göndermeye karşı insani nedenlerin zorlayıcı olduğu çok istisnai bir vakada olabilir. Çoğunluğun görüşü açısından, zararın doğal olarak gelişen bir hastalıktan kaynaklandığı ve bu hastalıkla baş etmek için geri gönderilen ülkede yeterli imkânların bulunmadığı *D.* davasında belirlenen yüksek eşiği sürdürmek zorunluydu. 3. Madde korumasını, sağlık hizmetinin niteliği açısından Sözleşmeciler Devlet ile arasında büyük fark bulunan bir ülkeye göndermeme yükümlülüğü yönünde genişletmek, Sözleşmeciler Devletler üzerinde gerçek anlamda bir yük getirecekti.²⁷

Mahkeme, hiçbir istisnai durumun bulunmadığı diğer davalardan ayırt edilemeyen fakat *D.* davasının olaylarından ayırt edilebilir özellikleri olduğunu bulmadan önce dava konusu olayları incelemiştir. Başvurucu ciddi şekilde hasta değildir, her ne kadar kaynakların yetersiz oluşu nedeniyle ihtiyaç duyulan ancak yarısı alınmış olsa da, eldeki delillere göre anti-retroviral tedavi Uganda'da mevcuttur ve başvuru her ne kadar ciddi şekilde hasta olması halinde kendisine bakmak istemeyeceklerini ya da bakamayacaklarını iddia etse de, Uganda'da aile üyelerine sahiptir.²⁸

Karar oybirliği ile alınmamıştır. Çoğunluk, davayı kişinin devlet yetkilileri elinde kötü muamele riski ile karşılaştığı ve kötü muamelenin doğal olarak gelişen bir hastalıktan kaynaklandığı davalardan ayırmaya çalışırken önceki içtihadı yanlış yorumlamakla eleştirilmiştir. Karar, aynı zamanda 3. Maddeye bir den-

27 AİHM (Büyük Daire), N/ Birleşik Krallık, 27 Mayıs 2008 kararı, para.42-44. Bir yorum için bakınız: Fr. JULIEN LAFERRIERE, "L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, s. 261 vd.

28 Ibid., para 50-51.

ge unsuru getirmesi ve Sözleşmeciler Devletler üzerindeki yükün olası maliyetini hesaba katması nedeniyle de eleştirilmiştir. Her halükarda, söz konusu davada bir ihlal bulunmuş olsaydı Avrupa'nın dünyanın reviri haline gelmeye açık olacağı yönündeki savı destekleyecek hiçbir istatistiksel delil yok iken, "seli önleyecek bir tampon" (*floodgate*) değerlendirmesinin yanlış bir saptama olduğu ifade edilmiştir. Azınlığın görüşü açısından, *N.* davası oldukça istisnaidir ve *D.* davasına da çok benzerdir, başvurunun Uganda'ya geri gönderilmesi halinde şiddetli fiziksel ve zihinsel acı döneminden sonra erken bir ölümle yüz yüze kalacağına hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

Madde 5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

Bu bağlamda, Büyük Daire'nin 29 Ocak 2008 tarihli *Saadi/Birleşik Krallık* kararını aktarmak zorunlu²⁹. Bu karar, sığınmacıların Sözleşme kapsamındaki haklarına ve alıkonulmalarına ilişkin artan orandaki kaygılara ilişkindir. Dahası, bu dava Mahkeme'den "kişinin ülkeye yetkisiz bir giriş yapmasının önlenmesi için yasal olarak yakalanmasını ya da alıkonulmasını" öngören 5. Maddenin 1. fıkrasının ve özel olarak da bu hüküm tarafından öngörülen zorunluluk şartının bir yorumunu yapmasının istendiği ilk davadır. Davanın koşulları ilginçtir. 30 Aralık 2000 tarihinde havaalanına varması üzerine başvurucuya geceyi seçeceği bir otelde geçirmesi, fakat ertesi sabah havaalanına dönmesi koşulu ile geçici kabul verilmiştir. 31 Aralık 2000 tarihinde başvurucunun gereğini yaptığı bildirilmiş ve kendisine bir sonraki güne kadar tekrar geçici kabul verilmiştir. Öngörüldüğü üzere havaalanına döndüğü bildirilen başvurucuya üçüncü kez ertesi güne, 2 Ocak 2001 sabah saat 10'a kadar tekrar geçici kabul verilmiştir. Başvurucu gerektiği gibi davrandığı 2 Ocak tarihinden öncesine kadar alıkonulmamış ve hapisane benzeri bir ortama sahip Oakington kabul merkezine nakledilmemiştir.

Burada sorunun temeli, bizim keyfi alıkonulmanın kontrollerini sağlamada temel bir rol oynayan Sözleşme'nin 5. Maddesi'nin, sosyal ve insani anlamda gelecek yıllarda karşımıza çıkacak en önemli sorunlar olacak olan iltica ve göç konusunda daha düşük bir düzeyde bir korumaya olanak tanımasını kabul etmeye hazır olup olmadığımızdır.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin gerekçelendirmesi vurguyu başka değerlendirmelere yapmıştır.

Mahkeme, 5. Maddenin 1. fıkrasındaki genel kural herkesin özgürlük hak-

29 AİHM (Büyük Daire), *Saadi/Birleşik Krallık*, 29 Ocak 2008 kararı.

kına sahip olduğunu ifade ederken, 5. Maddenin 1. Fıkrası (f) göç bağlamında yabancıların özgürlüğünü kontrol etmek için Devletlere izin vererek bir istisna tanıdığını not etmiştir. Devletlerin, iltica amacıyla olsun ya da olmasın ülkeye giriş yapmak için başvuruda bulunmuş olan olası göçmenleri alıkoymasına izin verilmiştir³⁰.

Yine de bu türden bir alıkoyma, özgürlük hakkını korumak için 5. Maddenin genel amacı ile uyumlu olmalıdır ve hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi olarak yoksun bırakılmayacağını garanti altına almalıdır³¹.

Keyfi olarak nitelendirilmemesi için, alıkoyma iyi niyetle gerçekleştirilmeli, kişinin ülkeye yetkisiz olarak giriş yapmasını önleme amacıyla yakından bağlantılı olmalı, alıkoymanın mekânı ve koşulları uygun olmalı, tedbirin suç işlemiş olanlara değil, hayatlarından endişe eden, ülkelerini terk etmek zorunda kalan yabancılara uygulanabilir olduğu akıldan çıkarılmamalı ve alıkoymanın süresi izlenen amacın gerektirdiği makul süreyi aşmamalıdır.³²

Mahkeme Oakington alıkoyma rejiminin amacının Birleşik Krallık'ta o dönemde bir yıl içinde yapılan yaklaşık 84,000 iltica başvurusundan bir kısmı olan 13,000 kadarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını sağlamak olduğunu hatırlatmaktadır. Başvurucu, başvurusu hızlı işlem sürecine uygun olması nedeniyle alıkonulma için seçilmiştir. Bu şartlar altında Mahkeme ulusal yetkililerin başvuru alıkoymada iyi niyetli davrandıklarını kabul etmiştir³³.

Mahkeme, söz konusu süre boyunca Birleşik Krallığın karşılaştığı idari problemleri tırmanan orandaki sığınmacı sayıları ile birlikte göz önünde bulundurarak, 5. Maddenin 1. fıkrasının iltica başvurusunu hızlı bir şekilde almayı sağlamak için başvuru alıkoyma uygun koşullarda yedi gün alıkoymak için uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Dahası, büyük sayıdaki iltica başvurularını sonuçlandıracak daha etkili bir sistemin sağlanması, daha geniş kapsamlı ve aşırı alıkoyma yetkilerinin kullanımına yol açmıştır. Mahkeme 5. Maddenin 1. fıkrasının ihlali olmadığına karar vermiştir³⁴.

Altı hâkimden oluşan azınlık, 5. Maddenin 1. fıkrasının yorumu konusunda iltica başvurusu sonuçlanmadan başvuru alıkoyma kaçmaya eğilimli olduğuna dair objektif olarak doğrulanabilir inanılacak gerekçeler olması halinde alıkoyma

30 Ibid, para. 64.

31 Ibid., para. 66.

32 Ibid., para. 74.

33 Ibid., para. 75-77.

34 Ibid., para. 80.

yetkisinin söz konusu olabileceğini savunarak, farklı bir görüş benimsemiştir. Onların görüşüne göre; çoğunluğun yorumu diğer örgütlerce, özellikle Avrupa Birliği'nce sağlanan, üye Devletlerin bir kişiyi "sadece iltica başvurusu olması temelinde"³⁵ gözetiminde tutamayacaklarına dair 1 Aralık 2005 tarihli Konsey Direktifinin 18. Maddesinin 1. Fıkrası korumasından daha düşük bir koruma sağlamaktadır³⁶. Yabancı olmak bir suç mudur?

Madde 8. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması

K. Reid'in söylediği gibi "Sözleşme organları "Avrupa Kalesi"nin genel atmosferinden bağışık değişler [ve] sorunların güncel politik hassasiyeti nedeniyle çok da yaratıcı bir yorumda bulunmaya meyilli değişler."³⁷

Sözleşme'nin 8. Maddesi bu nedenle herhangi bir sınıf yabancıнын sınır dışı edilmemesi yönünde mutlak bir hak içermiyor olsa da, Mahkeme'nin içtihadı bir yabancıнын sınır dışı edilmesinin bu hükmün ihlali anlamına geleceği durumların var olduğunu fazlasıyla göstermektedir.³⁸ Peki ama bu koşullar nelerdir?

Çifte Cezalandırma

Bu arka plana karşı, Mahkeme'nin çatışan görüşlerle karşılaştığı özellikle oldukça hassas çifte cezalandırma konusuna işaret etmek istiyorum. Özellikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1504 (2001) sayılı Tavsiye Kararı cezayı gerektiren suç işleyen uzun dönemli göçmenlerin vatandaş olanlara uygulanan aynı hukuki yollara ve cezalara tabi olması gerektiğini ve "sınır dışı etme" yaptırımının özellikle devlet güvenliğini etkileyen ciddi suçlardan suçlu bulunmaları halinde uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁹. Bunun da ötesinde, karar ister idari bir yaptırımın aracı olarak alınsın ister bir ceza mahkemesi tarafından verilsin, yaşam veya yaşamları parçalayacak bu türden bir yaptırım, daha ciddi değilse en az hapsedme kadar ciddi bir ceza teşkil eder. Bu nedenle bazı Devletler yabancı uyruklular için bu türden cezalara sahip değildir, diğer bazıları da son dönemde bu cezaları kaldırmıştır⁴⁰.

35 Ibid., para. 80.

36 Avrupa Konseyi, Üye Ülkelerde mülteci statüsünün sağlanması ve geri alınmasına ilişkin asgari standartlara dair 1 Aralık 2005 tarihli 2005/85/EC sayılı Direktif.

37 K. Reid, *A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights*, London, Sweet & Maxwell, 2nd edition, 2004, s. 367.

38 Daha önceki içtihat için, bakınız: A. Sherlock, "Deportation of Aliens and Article 8 ECHR", *E. L. Rev.*, 1998, s.62 vd.

39 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Meclis adına hareket eden Daimi Komite tarafından alınan uzun dönemli göçmenlerin sınır-dışı edilmesine dair 1504(2001) sayılı Tavsiye kararı, 14 Mart 2001, sayı 11(g).

40 Fransa'daki durum akla gelmektedir. Bakınız 26 Kasım 2003 ve 24 Temmuz 2006 tarihli kanunlar.

Bununla beraber 18 Ekim 2006 tarihli Üner/Hollanda kararında Mahkeme, bir yabancı uyruklunun çok güçlü bir ikamet statüsü bulursa ve yüksek derecede toplumla kaynaşmış olsa da, yukarıda sözü edilen Sözleşmeciler Devletlerin 8. Maddenin 2. fıkrasında geçen bir ya da birden fazla nedenden dolayı yabancıları sınır dışı etme yetkisi söz konusu olduğunda durumunun bir vatandaşla eşit sayılamayacağını belirtmektedir. “Misafir ülkede doğmuş ya da çok erken yaşta misafir ülkeye gelmiş uzun dönemli göçmenler bile, 8. Maddeden sabıka kayıtları temelinde sınır dışı edilmemeye dair bir hak elde edemezler, çünkü bu hükmün 2. Fıkrası açıkça birinci fıkrada koruma altına alınan haklara istisna getirilebileceğine izin veren bir şekilde düzenlenmiştir. Dahası, Mahkeme’ye göre; yerleşik bir göçmenin ceza hukukunca bir cezaya çarptırılması sonucu ceza mahkûmiyetini izleyen göçmenin ikamet iznini kaldıran ya da onu sınır dışı etmeye yönelik bir karar, ne 7. Protokolün 4. Maddesi amaçları ne de daha genel ilkeler çerçevesinde bir çifte cezalandırma teşkil eder. Sözleşmeciler Devletler toplumu korumak için cezayı gerektiren suç işlemiş kişilere ilişkin olarak gerekli önlemleri almaya yetkilidirler. Elbette bu önlemlerin, Sözleşme’nin 8. Maddesinin 1. fıkrasınca korunan haklara müdahale ettikleri oranda demokratik bir toplumda gerekli ve izlenen amaçla orantılı oldukları var sayılır. Bu türden idari önlemler doğası gereği cezalandırıcı olmaktan ziyade önleyici olarak görülmelidir.⁴¹ Beğensek de beğenmesek de Mahkeme’nin Büyük Dairesi’nin –geçici olarak- bu çifte cezalandırma konusuna ilişkin kapıyı kapatan kararı ile karşı karşıya bulunmaktayız.

Üner kararında, itiraz konusu olan önlemlere yol açan suça karşın, “Mahkeme başvuru tarafından işlenen kasten adam öldürme ve saldırı suçlarının ciddi nitelikte olduğu görüşündedir.” Bunun da ötesinde, “önceki mahkûmiyetleri göz önüne alınacak olursa (...), Mahkeme başvuruçunun suç eğilimleri sergileyen bir görünüme sahip olduğunun söylenebileceğini kabul eder.”⁴² Mahkeme tarafından kullanılan, kriminolojide en merak uyandıran kavram olan bu yeni “suç eğilimleri” ölçütü hakkında ciddi şüphelerim var. Gerçekte bu ölçüt devlete geniş bir takdir yetkisi tanır. Oldukça açıktır ki Mahkeme 26 Mart 1992 tarihli *Beldjoudi/Fransa* kararındaki görüşünü değiştirmiştir.

Bununla birlikte, -kanımca- uyrukluğa dayalı olarak çifte cezalandırmanın mantıksal temelini göreceliğini gösteren ilginç 6 Temmuz 2007 tarihli *Sayoud/Fransa* kararımız var. Başvuruçunun cezayı gerektiren bir suçtan mahkûmiyeti

41 AİHM (Büyük Daire), *Üner/Hollanda*, 18 Ekim 2006 tarihli karar, para. 56.

42 Ibid., para. 63.

sonrası vatandaş olmaması nedeniyle Cezayir'e sınır dışı edilmesinden sonra, anlaşılmıştır ki, aslında kendisi Fransız vatandaşdır ve bu sınır dışı tamamen bir hatadır. Bir seferde toplumun korunması kaygısı yok olmuştur.

Yetişkin Olmayanlar

23 Haziran 2008 tarihli *Maslov/Avusturya* kararı 8. Madde kapsamında Bulgaristan vatandaşı bir kişinin Avusturya'dan dönmesine ilişkindir. Kendisi Avusturya'ya altı yaşında gelmiş, çocukluğunun ve gençliğinin geri kalanını burada geçirmiş ve bu ülkenin dilini konuşmaktadır. Ebeveynleri ve kardeşleri ile birlikte yasal olarak ikamet etmektedir ve Mart 1999'da süresiz bir ikamet izni elde etmiştir. Fakat on beş ve on altı yaşındayken özel olarak araba ve dükkânlara girmek, otomatik makinelerden nakit çalmak gibi birtakım suçlar işlemiştir. Sadece bir suç diğer bir çocuğu itmeyi, dövmeyi ve incitmeyi içermesi nedeniyle şiddet içermektedir. Başvurucu on sekiz yaşındayken Avusturya'dan sınır dışı edilmiş ve on yıllık bir ihraç kararına maruz kalmıştır.

Büyük Daire Üner/Hollanda davasında verdiği kararı iki önemli açıdan onaylamıştır.

Mahkeme, yerleşik göçmenler ile içinde yaşadıkları topluluk arasındaki sosyal bağlar bütününe "özel hayat" kavramının bir parçasını oluşturduğunu ve 8. Maddenin belirli bir topluluk içinde "aile hayatının" yokluğu halinde bile uygulanabilir olduğunu tekrar etmektedir⁴³.

Üner kararında ortaya konan ölçütün, sınır dışı etme önleminin gerekli ve orantılı olup olmadığını değerlendirmede uygulanabilir olduğunu teyit etmektedir. Başvurucu gibi henüz kendi ailesini kurmamış genç bir reşidin durumunda, en geçerli ölçüt başvurucunun suçunun ciddiyeti ve niteliği, ülkede kalış süresi, suçun işlenmesinden beri geçen süre ile ev sahibi ülke ve varış ülkesi ile olan sosyal, kültürel ve ailevi bağların sıklığıdır.⁴⁴

Bu ölçütleri uygulayarak, Mahkeme Üner kararında ulaştığı sonuçtan daha farklı bir sonuca varmıştır. Mahkeme başvurucunun ihraç edilmesi ve sınır dışı edilmesinin 8. Maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme başvurucunun suçları işlediği zamanki genç yaşına özel bir vurgu yapmıştır. Bu suçlar Mahkemeye göre büyük ölçüde şiddet içermemektedir ve aynı zamanda çocuk suçları açısından da oldukça tipik görülebilecek hareketlerdir. Mahkeme'nin görüşüne göre; bir çocuk suçluya karşı sınır dışı etme önlemi söz konusu olduğunda, Bir-

43 AİHM (Büyük Daire), *Maslov/Avusturya*, 23 Haziran 2008 tarihli karar, para. 63.

44 Ibid., para. 71.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

leşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinde düzenlenen çocuğun menfaatlerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü, onun tekrar topluma kazandırılmasını kolaylaştırma yükümlülüğünü de içerir. Topluma yeniden kazandırma amacı, çocuk suçlu vakasında en son araç olarak kalması gereken sınır dışı etme kararı ile çocuğun aile ve sosyal bağlarını zedeleyerek başarılamaz.⁴⁵ Buna ek olarak başvuru tüm akrabalarının yaşadığı Avusturya'da sadece temel sosyal ve ailevi bağlara sahip olmakla kalmamakta fakat menşei kendi ülkesi ile hiçbir kanıtlanmış bağı bulunmamaktadır.⁴⁶ Önlemin orantınlılığı sınır dışı kararının uzunluğundan da etkilenmiştir, on yıllık süre genç bir birey açısından aşırı derecede uzun olarak değerlendirilmiştir⁴⁷.

Madde 13. Etkili Başvuru Hakkı

Bu hak tabii ki Sözleşme'nin esas haklarının uygulaması için hayati derecede önemlidir. Bir yandan menşe ülkeye geri gönderme ya da sınır dışı etmenin 3. Madde'nin ihlali anlamında bir muamele riski doğuracağı iddiasına dayalı şikâyetler için **önleme** asli niteliğe sahiptir. Mahkeme 13. Madde'nin potansiyelini etkili bir iç hukuk yolunun bir önleme aracı olarak erişilebilir olmasını zorunlu kılmak için kullanabilir mi? Diğer yandan ilk derece mahkemeleri tarafından olumsuz kararlar alındığında, bu giderim yolu **ihtiyati tedbir niteliğinde** olmalıdır.

Tedbir etkisi de taşıyan bu itiraz hakkının gerekliliği, aynı zamanda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1471(2005) sayılı 7 Ekim 2005 tarihli üye ülkelerdeki hızlandırılmış iltica usulleri üzerine kararında da açıkça vurgulanmıştır: Olumsuz karara karşı itirazda bulunma ve ulusal yetkililer tarafından Avrupa Sözleşmesi'ne uygunluğu belirlenene kadar önlemlerin yürütmesinin durdurulmasını talep hakkı.⁴⁸

Sonuç

Bu kısa ve tüketici olmayan değerlendirmeyi kişisel bir görüşle sonlandırmak istiyorum. Bazen şu rüyayı ya da kâbusu görüyorum. Göç alanında biz hâkimler büyük bir sorumluluk taşıyoruz. Kendimize şu soruyu sormamız gerekiyor: On, yirmi ya da otuz yıl içinde tarih bugün bu sorunlarla baş etme şeklimizi nasıl yargılayacak?

⁴⁵ Ibid., para. 81-83.

⁴⁶ Ibid., para. 96-97.

⁴⁷ Ibid., para. 99.

⁴⁸ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin, üye ülkelerdeki hızlandırılmış iltica usulleri üzerine 1471(2005) sayılı kararı, 7 Ekim 2005, 8. 5. madde

Fragmentation, *lex specialis* and Tensions in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights

Bill Bowring*

Introduction

This paper sketches what is in all probability a heretical view, developing arguments to be found in my book (2008)¹, and in my chapter in the collection edited by Phil Shiner and Andrew Williams². As in those chapters, I draw on my own experience taking Kurdish (from 1994 to 1999) and then Chechen (from 2000 to the present) cases to the European Court of Human Rights (ECtHR). What I now attempt is to radicalise those arguments, on the basis of the materialist and historicised account of international law and human rights for which I contend.

In short, I argue that the *lex specialis* doctrine as developed in particular

* Birkbeck College

1 B Bowring *The Degradation Of The International Legal Order?: The Rehabilitation Of Law And The Possibility Of Politics* (Abingdon: Routledge Cavendish, 2008) (Abingdon: Routledge Cavendish, 2008), Chapter 4, "After Iraq: International Law in Crisis", pp. 69-98.

2 B Bowring "How will the European Court of Human Rights deal with the UK in Iraq? Lessons from Turkey and Russia" in Phil Shiner and Andrew Williams (eds) *The Iraq War and International Law* (Oxford: Hart Publishing) pp. 285-312.

by the International Court of Justice, in the 1996 *Nuclear Weapons*³ and 2004 *Wall*⁴ Advisory Opinions, and the 2005 *DRC v Uganda*⁵ case is an example of a category error, so far as it brings human rights law (IHR) and humanitarian law (IHL) into a relationship with each other, for example that of “complementarity”. Chalk is being compared with or even substituted by cheese. Or still worse, the two are being mixed together: chalky cheese is horribly indigestible, while cheesy chalk is no good at all for writing on blackboards.

I start with what I consider to be the manifest confusion of the ICJ. I then turn to the concept of “fragmentation of international law” as it impacts on the issue of the relationship of IHR to IHL; and the pay close attention to the purported maxim *lex specialis derogat lege generali*, around which there now appears to be a consensus of sorts. Third, I outline what are for me the key differences between IHL and IHR. Finally, I illustrate my position in contrast to a number of contemporary scholars: Schabas, Droege, Hampson, Abresch, Quenivet, and Orakhelashvili. My conclusion is that the European Court of Human Rights has in this matter at least, consciously or not, chosen the correct path in dealing with cases which have come before it, especially the Chechen cases.

The confusion of the ICJ

Perhaps the most glaring example of the ICJ’s confusion is to be found in the following well-known passage from the *Wall* case:

106. More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.

I agree with the ICJ that human rights obligations do not cease in the case of

3 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, 1996 I.C.J. (July 8) at para 25

4 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9) at para 106.

5 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda) 2005 I.C.J. 116 (Dec 19), at paras 216-217.

armed conflict, whether international or internal, save where there has been a formal derogation under Article 4 of the ICCPR or Article 15 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The ICJ's error lies, I contend, in treating IHR and IHL as commensurable "branches of international law".

This passage has given rise to varying interpretations. In her 2005 study for the UN Sub-Commission, Françoise Hampson⁶ commented that this passage makes it "clear that *lex specialis* is not being used to displace [human rights law]. It is rather an indication that human rights bodies should interpret a human rights norm in the light of [the law of armed conflict]." With all due deference to her, this is to compound the category error. She may well agree with Noam Lubell, who notices that IHL and IHR appear to be quite different languages: teaching IHL to human rights professionals or discussing human rights law to military personnel can seem like speaking Dutch to the Chinese or vice versa.⁷ But interpreting Dutch in the light of Chinese might prove a fruitless operation.

Fragmentation and the Chechen cases

For the same reasons, it is, I contend, wrong to describe the tension between IHL and IHR as a case of fragmentation. There is no unity there in the first place to be fragmented. And in a recent analysis of trends in the politics of international law, Martti Koskenniemi has described the alleged fragmentation in the following terms:

Recent debates of global governance and especially international law's fragmentation have well demonstrated the emergence and operation of structural bias. Through specialization – that is to say, through the creation of special regimes of knowledge and expertise in areas such as 'trade law', 'human rights law', 'environmental law', 'security law', 'international criminal law', 'European law', and so on – the world of legal practice is being sliced up in institutional projects that cater for special audiences with special interests and special ethos. The point of creating such specialized institutions is precisely to affect the outcomes that are being produced in the international world. Very little is fully random out there, as practising lawyers know very well, directing their affairs to those institutions where they can expect to receive the most sympathetic hearing.⁸

6 F Hampson and I Salama 'Working paper on the relationship between human rights law and humanitarian law' Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 53rd session, Doc E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 June 2005.

7 N Lubell, 'Challenges in applying human rights law to armed conflict' (2005) 87:860 *International Review of the Red Cross* 737-754, at 744.

8 M Koskenniemi "The Politics of International Law – 20 Years Later" v.20 n.1 (2009) *European Journal*

It is most certainly true that practitioners decide on the best tribunal for their clients in the way Koskeniemi describes. Prior to the public hearing at the ECtHR of the first six Chechen cases against Russia⁹, the applicants' lawyers argued between themselves as to whether it would assist their clients, the victims of gross violations of the right to life and other ECHR rights, to refer to or to rely upon the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). They decided – rightly – not to.

I explain in detail below why I think there are such profound differences between IHL and IHR, and why treating IHR and IHL simply as two branches of the law like any others, for example contract law or criminal law, is mistaken.

Lex specialis

The question arises whether the applicants ought – or were in some way required – to have argued IHL. I contend that this question is based on greater confusion still: that is, with regard to the supposed *lex specialis* doctrine.

Martti Koskeniemi, in his Report for the International Law Commission¹⁰, analysed the “two ways in which law may take account of the relationship of a particular rule to general one.”¹¹ In his view, the application of a genuine *lex specialis* would be the case of a *modification, overruling or setting aside* of the general rule. He referred to the Commentary to Article 55 of the draft articles on responsibility of States for international wrongful acts, which explained that:

“ (4) For the *lex specialis* principle to apply it is not enough that the same subject matter is dealt with by two provisions: there must be some actual inconsistency between them, or else a discernable intention that one provision is to exclude the other.”¹²

of *International Law* 7-19, at p. 9.

9 These were: the bombing of the civilian refugee column in October 1999: *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*, (App nos 57947/00, 57948/00 and 57949/00); the massacre in the Staropromyslovskiy district of Grozny: *Khashiev and Akayeva v Russia* (App nos 57942/00 and 57945/00; and the indiscriminate bombing of the village of Katyr-Yurt in February 2000: *Isayeva v Russia* (App no 57950/00). Judgments of 24 February 2005.

10 M Koskeniemi *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission* (2007) Helsinki: The Eric Castren Institute Research Reports 21/2007; and (2006) International Law Commission A/CN.4/L.682, of 4 April 2006, at <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>

11 Koskeniemi (2007) *ibid*, para 88, p. 49.

12 J. Crawford *The International Law Commission's articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 307.

However, referring to the *Neumeister* case¹³ he asserted that *lex specialis* will be applicable even in the absence of direct conflict between two provisions, where it might be said that both apply concurrently.¹⁴

He asked:

“Or what to say of the place of *lex specialis* in the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* case (1996)? Here the ICJ observed that both human rights law (namely the International Covenant on Civil and Political Rights) and the laws of armed conflict both applied “in times of war”. Nevertheless, when it came to determine what was an “arbitrary deprivation of life” under Article 6 (1) of the Covenant, this fell “to be determined by the applicable *lex specialis*, namely the law applicable to armed conflict”.¹⁵ In this respect, the two fields of law applied concurrently, or within each other. From another perspective, however, the law of armed conflict - and in particular its more relaxed standard of killing - set aside whatever standard might have been provided under the practice of the Covenant.”

His conclusion was that the maxim *lex specialis derogat lege generali* refers to a “standard technique of legal reasoning... its power is entirely dependant on the normative considerations for which it provides articulation: sensitivity to context, capacity to reflect State will, concreteness, clarity, definiteness.” It follows that the maxim “cannot be meaningfully codified.” It follows, and I agree with him, that there can be no question of compulsion.

Some differences between IHL and IHR

At the most superficial level IHL and IHR have much in common. Both are bodies of law ratified by states and binding on states. In both cases there are large multilateral treaties, ratified by most states. But there the similarity ends.

I start by pointing out some significant differences between the law of armed conflict and humanitarian law.

The first relates to history.

IHL is far older than IHR. It is to be found at the beginning of recorded history, on the earliest recorded interactions between polities.¹⁶ IHR on the other

13 *Neumeister v Austria* Judgment of 7 May 1974, ECHR Series A (1974) No.17, p. 13, para 29.

14 Koskeniemi (2007) *ibid* para 91, p.50-1.

15 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996 p. 240, para. 25.

16 See for example J Ober “Classical Greek Times” in M Howard, G. Adreopoulos and M Shulman (1994) *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World* (New Haven, Yale University Press), pp.12-26,

hand did not exist in any form before the 18th century, in the declaration and bills of the French and American Revolutions.¹⁷ Even then, it formed part of domestic, constitutional law rather than international law, and was only emerged in international law after World War I.

The second concerns the character of the normative structures themselves. IHL is, I assert, intrinsically conservative, taking armed conflict as a given, as indeed it always has been in human society. Prior to the Red Cross codification, IHL was known as “the laws and customs of war”. There is on the other hand no such pre-history for IHR, which is in principle and has always been revolutionary, scandalous in its inception, inspired by collective action and struggle, and threatening to the existing state order.¹⁸

The third follows from the second, and relates to the nature of the redress provided. Breaches of IHL call for action by one state against another, as in the *DRC v Uganda* case¹⁹; or, as with the Geneva Conventions, punishment of “grave breaches” carried out by individuals. The individuals concerned must be investigated and prosecuted by states, or more recently by bodies created by states, through the agency of the Security Council or treaty bodies. In either case, the actor seeking redress is the state or its surrogate. The victim has no standing as such. Despite having been established by private actors, the International Committee of the Red Cross is a mediator between states, or, as in Additional Protocol II, non-state actors with the capacity to control territory. I emphasise that while by virtue of the Geneva Conventions states bind themselves to “respect and ensure respect” for the conventions, the mechanism of enforcement is primarily that of international criminal law.

IHR is the diametrical opposite. It is the province of individual complaint, before the Second World War to national courts, and following WW II to treaty bodies and mechanisms in which states, and not individuals, are brought to account. However it must be emphasised that the initial claimants of first generation rights were the revolutionary movements against absolutism in the 18th

17 In this I concur with Alastair MacIntyre in his *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2nded, London: Duckworth, 1990 (1985)).

18 See B Bowring (2008) *ibid*, Chapter 6 “A substantive account of human rights” pp.111-118; and B Bowring “Misunderstanding MacIntyre on Human Rights” in Kelvin Knight and Paul Blackledge (eds) *Revolutionary Aristotelianism: Ethics, Resistance and Utopia*, special issue of *Analyse & Kritik*, (2008), v.30 n.1 pp.205-214; and also published under the same title (Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008); B Bowring pp.205-214; and response to this chapter by MacIntyre at pp.272-3.

19 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*DRC v Uganda*) 2005 I.C.J. 116 (Dec 19).

century; those of the second generations were typically trade unions and other social movements, whose struggles attained legal recognition with the creation of the International Labour Organisation in 1919. And those of the third generation were, as is well known, peoples, notably colonised peoples fighting for their independence. The first and most important of the rights of the third generation is the right of peoples to self-determination, finally recognised in common Article 1 of the 1966 International Covenants on human rights.²⁰

It is at this point IHL has been profoundly marked by developments in IHR. The anti-colonial struggles were largely aimed at securing independence with-in defined, overseas, territories – that is, the so-called ‘salt-water self-determination’, in respect of territories separated from the colonial metropolis by seas and oceans, the territories to which the UN declaration of 1960 was directed.²¹ The non-state protagonists were the ‘national liberation movements’.²² That was the period, up to the collapse of the USSR, when the use of force by self-determination movements – National Liberation Movements - was not, as is so often the case today, characterised as ‘terrorism’.²³

Until 1977, when two Additional Protocols were promulgated (AP I and AP II), there was no successful attempt to update the rules of conduct of hostilities from those contained in the Geneva Conventions of 1949 so as to take account of use of force in the cause of self-determination, as Hampson and Salama point out²⁴. They suggest that ‘this may have been partly attributable to the reluctance, after both the first and second world wars, to regulate a phenomenon which the League of Nations and later the United Nations were intended to eliminate or control.’²⁵ However, this is to downplay the significance of the Protocols.

20 See the key collection, which awakened my own interest in international law, J Crawford (ed) *The Rights of Peoples* (Oxford, Clarendon Press, 1988); and Chapter 1 “Self-determination – the revolutionary kernel of international law”, pp.9-38 in Bowring (2008) *ibid*.

21 UN General Assembly Res 1514(XV) (14 December 1960).

22 See the excellent analysis of the legal issues, J Faundez, ‘International Law and Wars of National Liberation: Use of Force and Intervention’ (1989) 1 *African Journal of International and Comparative Law* 85; HA Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements* (Oxford, Clarendon Press, 1990).

23 See G Andreopoulos “The Age of National Liberation Movements” in Howard et al 1994 (*ibid*). pp.191-213; and B Bowring “Positivism versus self-determination: the contradictions of Soviet international law” in Susan Marks (editor) *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), pp. 133-168.

24 For a useful brief summary of the history of IHL see note 16 in Hampson & Salama, n 4, at 25-6.

25 Hampson & Salama, n 4, fn 16, at 26.

It is of course the case, that, as they note, AP I dealt with international armed conflicts, up-dating provisions on the wounded and sick, and formulating rules on the conduct of hostilities, while AP II dealt, for the first time, with high-intensity non-international armed conflicts. In this, they follow Doswald-Beck and Vité, in whose view the most important contribution of AP I 'is the careful delimitation of what can be done during hostilities in order to spare civilians as much as possible.'²⁶ However, of a number of scholars recently publishing on the tension (or clash) between IHR and IHL, only William Abresch recognises that the Additional Protocols aimed to extend the reach of the existing treaties governing international conflicts to internal conflicts: 'thus, Protocol I deemed struggles for national liberation to be international conflicts'²⁷. In other words, if an armed conflict is a struggle for national liberation against 'alien occupation' or 'colonial domination' it is considered an 'international armed conflict' falling within AP I.²⁸

This, I suggest, is the key to understanding the significance of both Additional Protocols. They were the response of the ICRC, and then the overwhelming majority of states which have ratified the Protocols, to the new world of 'internationalised' internal conflicts, in the context of armed struggle for self-determination by National Liberation Movements. In this way the international legal recognition of the right of peoples to self-determination impacted directly on IHL.

How contemporary scholars deal with these differences

The heretical nature of my contention may be highlighted by an examination of the writings of a number of contemporary scholars, exercised in various ways by the relationship between IHL and IHR.

I suggest that the differences I outlined above are much more profound than the differences proposed, for example, by William Schabas in his recent article.²⁹ Schabas submits that the *lex specialis* and "belt and suspenders" (that IHL and IHR are additive in nature) approaches "are predicated on the idea

26 L. Doswald-Beck, and S. Vité, 'International Humanitarian Law and Human Rights Law' n 293 (1993) *International Review of the Red Cross* 94-119, at 9.

27 W. Abresch, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya' (2005) 16 *EJIL* 741, 742.

28 Additional Protocol I, Article 1(4), and see Abresch, n 38, at 753.

29 William Schabas "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum" (2007) v.40 *Israel Law Review* Special Issue: Parallel Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law, pp.592-613.

that there is a fundamental compatibility between the two systems.” On the contrary, he argues, these two theories “overlook a fundamental difference in conception between the two systems, namely the attitude they take to aggressive war.”³⁰ He points out that IHL is predicated on an indifference to the origin of the conflict, whereas IHR “has suggestions within it, albeit hesitant and underdeveloped, that aggressive war is itself a violation.” This he terms a “human right to peace.”

That is a persuasive argument, and contains a degree of truth. Schabas is right: IHL presumes that armed conflict is taking place, and for that reason expects that there will be civilian casualties when force is used. Of course, civilians may not be directly targeted.

This aspect of IHL is well illustrated by the Rome Statute of the International Criminal Court. This creates war crimes of “intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities”³¹, and “intentionally directing attacks against civilian objects”³². But the intentional launching of an attack “in the knowledge that incidental loss of life or injury to civilians...” (which includes an attack launched by a reckless perpetrator³³) is only a war crime where such loss of life or injury is “clearly excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated.” This has been explained, for example in the Australian military manual, as “so excessive as to clearly indicate wilful intent or wanton disregard for the safety of the civilian population.”³⁴

Thus, in order to convict a military officer or indeed a political leader of the respective war crimes the prosecutor must be able to prove a high degree of recklessness. This is in practice extremely difficult: the tendency will be always to pay deference to the judgment of responsible commanders.

The IHR regime is quite different. The presumption is that the State will take the utmost care to protect the lives of civilians. In order to benefit from the derogations in Article 2 (right to life) of the ECHR, the State has the heavy bur-

30 Schabas, *ibid*, p. 593.

31 Article 8(2)(b)(i), p.130 in K Dörmann and others *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

32 Article 8(2)(b)(ii), p.148 in Dörmann et al, (2003) *ibid*.

33 See Dörmann et al, (2003) *ibid* p.165: “... there seemed to be agreement between States that this.. should not lead to the result of exonerating a reckless perpetrator who knows perfectly well the anticipated military advantage and the expected incidental damage or injury, but gives no thought to evaluating the possible excessiveness of the incidental injury or damage.”

34 Dörmann et al (2003) *ibid*, p.172

den of proving that the use of force was “no more than absolutely necessary” in “action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”³⁵ Thus, in *Isayeva*, the Court concluded as follows:

“The Court considers that using this kind of weapon in a populated area, outside wartime and without prior evacuation of the civilians, is impossible to reconcile with the degree of caution expected from a law-enforcement body in a democratic society... The massive use of indiscriminate weapons stands in flagrant contrast with this aim and cannot be considered compatible with the standard of care prerequisite to an operation of this kind involving the use of lethal force by State agents”³⁶.

In spite of the evidence that the military became aware that civilians were attempting to leave the village to escape from the fighting, the Court found that “no document or statement by the military refers to an order to stop the attack or to reduce its intensity”³⁷. It also rejected the finding of the Russian Government military experts’ report of 11 February 2002 that the actions of the operational command corps were legitimate and proportionate to the situation³⁸.

The outcome could not have been more different than that which could have been achieved under IHL. The State failed to discharge the burden placed on it by the standards and principles of IHR. This result was not the product of the application of even an implied “human rights to peace”. This great achievement of the French and American Revolutions has the effect of placing real limitations on what a State can do in peacetime. And in order to benefit from the existence of a state of war, the Russian State would have had to derogate from the ECHR pursuant to Article 15 of the ECHR; and the derogation itself may be challenged in the ECtHR.³⁹

Similarly, I contend that my account has far more substance than the account usually given by contemporary scholars of the difference between IHR and IHL. Take for example that provided by Cordula Droege, a Legal Adviser in the ICRC.⁴⁰

³⁵ Article 2(2)(c).

³⁶ *Isayeva v Russia*, para. 191.

³⁷ *Ibid.*, para. 196.

³⁸ *Ibid.*, para. 198.

³⁹ See *Brannigan and McBride v UK*, App Nos. 14553/89 ; 14554/89, judgment of 26 May 1993

⁴⁰ Cordula Droege “The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict.” (2007) v.40 *Israel Law Review* Special Issue: Parallel Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law, pp. 310-355.

She asserts that “Modern human rights can be traced back to the visionaries of the Enlightenment who sought a more just relationship between the state and its citizens.” Tom Paine was I think a bit more radical, as was Robespierre. I suggest that such a formulation neglects entirely the Battle of Yorktown in 1781 or the storming of the Bastille in 1789. Robespierre famously declared that “If the spring of popular government in time of peace is virtue, the springs of popular government in revolution are at once virtue and terror: virtue, without which terror is fatal: terror, without which virtue is powerless.”⁴¹

For Droege, “Humanitarian law, for its part, was primarily based on the reciprocal expectations of two parties at war and notions of chivalrous and civilised behaviour. It did not emanate from a struggle of rights-claimants, but from a principle of charity – “inter arma caritas.” This is better – but was it not the case when Cromwell confronted the defenders of Drogheda in 1649, that the contemporary laws of war were clear: if surrender was refused and a garrison was taken by an assault, then the lives of its defenders would be forfeit? Geoffrey Parker cites Henry V’s brutal speech to the besieged burghers of Harfleur in the 1590s as imagined by Shakespeare⁴², and notes that this remained true in the 18th century. The Duke of Wellington wrote later that “I believe it has always been understood that the defenders of a fortress stormed have no claim to quarter.”⁴³ This is hardly a principle of charity; or was at least a yawning exception to it.

Droege goes on: “Considerations of military strategy and reciprocity have historically been central to its development. And while human rights were an internal affair of states, humanitarian law, by its very nature, took its roots in the relation between states, in international law.” This gets much closer to the heart of the matter.

Is there a “new merger” between IHL and IHR? The Chechen cases again

More recently, Noelle Quenivet (whose PhD supervisor was Francoise Hampson) has co-edited a book suggesting that there is a “new merger” be-

41 See Slavoj Žižek (ed) (2007) *Virtue and Justice: Maximilien Robespierre* (London:Verso); and for an analysis of American revolutionary thought, Michael Hardt (ed) (2007) *The Declaration of Independence* (London: Verso).

42 *Henry V* act 3, scene 3, lines 7-18.

43 See Geoffrey Parker “Early Modern Europe” in M. Howard et al (eds) (1994) *ibid* Chapter 4, pp.40-58, p.48, citing Wellington to Geoffrey Canning, 3 February 1820 in *Despatches, Correspondence and Memoranda of Field Marshall Arthur, Duke of Wellington* (Millwood, NY: Kraus Reprint, 1973), 1:93.

tween IHL and IHR.⁴⁴ As Quenivet puts it in her introduction: “At the heart of the enquiry is whether the two bodies of law, IHL and IHR have finally merged into a single set of laws.”⁴⁵

She cites with approval Cerna’s remark⁴⁶ that IHL “evolved as a result of humanity’s concerns for the victims of war, whereas human rights law evolved as a result of humanity’s concern for the victims of a new kind of internal war – the victims of a new kind of internal war – the victims of Nazi death camps.” It will be plain from my remarks above that, *pace* Cerna, this is as far from what actually happened as could be the case. I repeat that laws and customs of war have accompanied the use of armed force since the beginning of history, while human rights are much more recent, but pre-existed the Holocaust.

In her own chapter in her collection, commenting on the Chechen cases, Quenivet asserts that the Strasbourg Court “never assessed whether military operations conducted by state authorities were carried out in order to gain a military advantage. This is certainly linked to the fact that the very notion of military advantage is one encapsulated in IHL, and is therefore beyond the legal remit in which the [Court] assesses violations of the ECHR.”⁴⁷ She concludes: “Without explicitly recognising that it is appraising the compliance of states with the core principles of IHL in non-international armed conflicts, the [Court] is in fact referring to the main principles of the *lex specialis*”⁴⁸ and further: “What is remarkable is that the Court applies the detailed provisions applicable in times of international armed conflict to situations of non-international armed conflict.” I hope I have shown in the preceding passages that the Court would very likely have reached a quite different result if it had been confronted with applying IHL to individual commanders. The ECtHR was able to make the findings of fact it did precisely because it was applying different standards within a very different conceptual framework.

William Abresch on the other hand, believes that the ECtHR has applied the

44 R Arnold and N Quenivet (eds), (2008) *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers).

45 Arnold and Quenivet, (2008) *ibid.*, p. 1.

46 In C Cerna “Human Rights in Armed Conflict: Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies” in F Kalshoven and Y Sandoz (eds) *Implementation of International Humanitarian Law* (Brill, 1989), 31, 34.

47 N Quenivet “The Right to life in International Humanitarian Law and Human Rights Law” in R Arnold and N Quenivet (eds), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp.331-353, 341.

48 N Quenivet, *ibid.*, p.353.

doctrines it has developed on the use of force in law enforcement operations for example by the police), to high intensity conflicts involving large numbers of insurgents, artillery, and aerial bombardment.⁴⁹ He correctly observes that for lawyers trained and practising within IHL the law of international armed conflict would be the ideal proper law for internal armed conflict. He calls this an 'internationalizing trajectory'.⁵⁰ However, he contends that the ECtHR has broken from such a trajectory, in order to derive its own rules from the 'right to life' enshrined in Article 2 of the ECHR. His prognosis is that:

given the resistance that states have shown to applying humanitarian law to internal armed conflicts, the ECtHR's adaptation of human rights law to this end may prove to be the most promising base for the international community to supervise and respond to violent interactions between the state and its citizens.⁵¹

He therefore continues to believe that IHL is the proper law to be applied to situations such as the Chechen (or the Kurdish) conflicts.

He is in reality therefore not so far from Hampson, who clearly considers that the Strasbourg Court should take IHL into account, and believes that despite the fact that the Court has never referred to the applicability of IHL, 'there is an awareness of the type of analysis that would be conducted under IHL'.⁵² In this she follows the 'classical' model of Doswald-Beck and Vité, who considered that 'the obvious advantages of human rights bodies using [IHL] is that [IHL] will become increasingly known to decision-makers and the public, who, it is hoped, will exert increasing pressure to obtain respect for it'.⁵³ Similarly, Aisling Reidy, who was one of the lawyers in the Kurdish cases, together with Hampson and the present author⁵⁴, considered that in the Turkish cases the Strasbourg Court was 'borrowing language from [IHL] when analysing the scope of human rights obligations. Such willingness to use humanitarian law concepts is encouraging'.⁵⁵ She too saw this development as 'certainly wel-

49 W Abresch, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya' (2005) 16 *European Journal of International Law* 741, at 742.

50 at 742.

51 Abresch (2005) *ibid* at 743.

52 Hampson & Salama (2005) *ibid*, at 18.

53 L Doswald-Beck, and S Vité, 'International Humanitarian Law and Human Rights Law' n 293 (1993) *International Review of the Red Cross* 94-119 at 108.

54 See B Bowring (1996) 'The Kurds of Turkey: Protecting the Rights of a Minority' in Kirsten Schulze, Martin Stokes, Colm Campbell (eds) *Nationalism, Minorities and Diasporas: Identities and Rights in the Middle East* (London: I. B. Tauris)

55 A Reidy, 'The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international

come in so far as it contributes to a stronger framework for the protection of rights.”⁵⁶ I disagree. I cannot see how the use of the alien framework of IHL in such a case would be “encouraging”.

I can illustrate these points by further reference to the Chechen cases at the European Court of Human Rights.⁵⁷ These were cases brought by individual Chechen “victims” against the Russian Federation. There could have been an inter-state case, and perhaps should have been; but this would still have been a complaint of violation of individual rights. The Chechen applicants in many ways spoke for the whole of their people. Their objective in the proceedings was not to obtain monetary compensation. What they wanted was the vindication, at the highest level, of the truth of their account of what had happened to them and to the mass of Chechens. At this level Russia’s right to sovereign action was at stake.

One by-product – entirely contingent as it happens – of the judgments in their favour, was the naming in the case of *Isayeva v Russia*, which concerned the indiscriminate bombing of the village of Katyr-Yurt in February 2000⁵⁸ of senior Russian officers, General Shamanov and General Nedobitko, in the context of findings of fact which amount to the commission of war crimes. That places their investigation with a view to prosecution firmly on the agenda. In their submissions to the Council of Europe’s Committee of Ministers on compliance with the judgments in October 2005⁵⁹, the applicants argued that “these two officers were found to have been responsible for a military operation which involved the “massive use of indiscriminate weapons” and which led, *inter alia*, to the loss of civilian lives and which has been found to have violated Article 2 of the European Convention on Human Rights. The applicants submit that in the light of the Court’s findings..., criminal proceedings should be opened in respect of both of them.”⁶⁰

Moreover, the successful – in my view – application of IHR to internal armed conflict gives the lie to Greenwood’s judgment that war is “far too complex and

humanitarian law’ (1998) *International Review of the Red Cross* 513, at 521.

⁵⁶ *Ibid* at 521.

⁵⁷ References for the first six cases are given above.

⁵⁸ App no 57950/00.

⁵⁹ See http://www.londonmet.ac.uk/library/i81669_24.doc; and for the process of enforcement of the Chechen judgments as a whole, see <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/affiliated-centres/ehrac/ehrac-litigation/chechnya---echr-litigation-and-enforcement/enforcement-of-chechen-judgments.cfm>

⁶⁰ At paras 28 to 31, and 36 to 40.

brutal a phenomenon to be capable of being constrained by rules designed for peacetime.”⁶¹

Finally, I turn to the recent work of Alexander Orakhelashvili.⁶² He notes “interdependence” of IHR and IHL as explained by the ICJ in the *Wall* case, and “parallelism” as displayed in the *Congo-Uganda* case. He cites the *Kunarac* case for the proposition that IHR and IHL are “mutually complementary”⁶³ and that “their use for ascertaining each other’s content and scope is both appropriate and inevitable.”⁶⁴

He comments in detail on the first six Chechen cases⁶⁵, and concludes that “the European Court’s approach allows it to secure the legal outcome required under both human rights law and humanitarian law, even though it does not directly apply the provisions of the latter body of law, as norms falling outside its competence.”⁶⁶ This, I respectfully submit, is quite wrong. I have sought to show above that the defendant(s), the burden and standard of proof, and the evidential issues, would have been quite different had IHL been the proper body of law for these cases.

His conclusion, with which I also disagree, is that “the Court’s approach should be based, as it mostly is, on the implicit application of the standards of humanitarian law, albeit cloaked in the Convention-specific categories of legitimacy, necessity and proportionality.”⁶⁷ I return to the metaphor of chalk and cheese: these categories have an entirely different origin and content from those of IHL.

Conclusion

As I signalled in my introduction, it is my view that the European Court of Human Rights has in this matter at least, consciously or not, chosen the correct path in dealing with cases which have come before it, especially the Chechen

61 C Greenwood “Rights at the Frontier: Protecting the Individual in Time of War” in B Rider (ed) *Law at the Centre* (Kluwer Law International 1999) p.277, 293.

62 A Orakhelashvili “(2008) The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?” v.19 n.1 *European Journal of International Law* 161-182; and A Orakhelashvili “The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation” *International Law and Justice Colloquium*, New York University, 26 February 2007, at iijl.org/research/documents/orakhelashvili.pdf

63 IT-96-23-T; Judgment of 22 February 2001, para 467.

64 Orakhelashvili (2008) *ibid*, p.164.

65 At pp.170-174.

66 Orakhelashvili (2008) *ibid*, p.174.

67 Orakhelashvili (2008) *ibid*, p.174.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

cases. Of course, the Court is of course perfectly capable of dramatic wrong turnings, as when it mistakenly eliminated the content of democracy in *Zdanoka v Latvia*⁶⁸ or helped to create in Kosovo, through its judgments in *Behrami* and *Saramati* “a legal black hole over which there is no independent human rights supervision.”⁶⁹ Part of the problem is that the ECtHR has only a limited understanding of the historical significance of the body of law upon which it adjudicates. But if I am right as to the specificity and revolutionary content of IHR, then perhaps it is the law itself which ensures that the ECtHR, in some of its judgments at least, is capable of rising to the occasion.

68 See B Bowring “Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors” (2007) 11 *KHRP Legal Review* pp.67-96, at <http://www.bbk.ac.uk/law/about/ft-academic/bowring/negatingpluralistdemocracy> .

69 See M Milanovic and T Papic “As Bad As It Gets: The European Court’s *Behrami* and *Saramati* Decision and General International Law” (2009) v.58 pt.2 *International and Comparative Law Quarterly* pp.267-296, at 295.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Parçalanma, *lex specialis* ve Gerilimler

Bill Bowring*

Giriş

Bu yazı, kitabımda (2008)¹ ve Phil Shiner ve Andrew Williams'ın derlemesinde² yer alan bölümümde bulunabilecek argümanları geliştirerek, büyük ihtimalle yaygın görüşe aykırı (*heretical*) olan bir değerlendirmenin taslağını sunmaktadır. Bu bölümlerde olduğu gibi, burada da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürdüğüm Kürt (1994'ten 1999'a kadar) ve Çeçen (2000'den bugüne kadar) davalarından edindiğim kendi deneyimime dayanıyorum. Şimdi yapmayı deneyeceğim şey, bu argümanları, uluslararası hukuk ve insan haklarının savunduğum materyalist ve tarihselci değerlendirmesi temelinde radikal-
leştirmek olacak.

Kısaca, özellikle Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1996 Nükleer Silah-

* Londra Üniversitesi, Birkbeck College

Türkçeye çeviren: Gökçen Alpkaya-Kerem Altıparmak

1 B Bowring *The Degradation Of The International Legal Order?: The Rehabilitation Of Law And The Possibility Of Politics* (Abingdon: Routledge Cavendish, 2008) (Abingdon: Routledge Cavendish, 2008), Bölüm 4, "After Iraq: International Law in Crisis", s. 69-98.

2 B Bowring "How will the European Court of Human Rights deal with the UK in Iraq? Lessons from Turkey and Russia", Phil Shiner ve Andrew Williams (yay. haz.) *The Iraq War and International Law* (Oxford: Hart Publishing) pp.285-312

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

lar³ ve 2004 Duvar⁴ Danışma Görüşlerinde ve 2005 Kongo/Uganda davasında⁵ geliştirildiği haliyle *lex specialis* doktrininin, insan hakları hukukunu (İHH) ve insani hukuku (UİH) örneğin “tamamlayıcılık”ta olduğu gibi birbirleriyle ilişkiye taşıdığı ölçüde, bir kategori yanlışı örneği olduğunu savunuyorum. Tebeşir, peynir ile karşılaştırılıyor hatta ikame ediliyor. Ya da daha kötüsü, ikisi birbirine karıştırılıyor: Oysa tebeşirli peyniri sindirmek zordur, peynirli tebeşir ise tahtaya yazmak için hiç uygun değildir.

UAD’nin açık kafa karışıklığı olarak değerlendirdiğim şeyle başlayacağım. Daha sonra İHH ve İH ilişkisi konusunu etkilediği kadarıyla “uluslararası hukukta parçalanma” kavramına geri dönecek ve bugün etrafında ortalama bir oydaşma beliren *lex specialis derogat lege generali* şeklinde ifade edilen ilkeye yakından bakacağım. Üçüncü olarak bana göre İHH ile İH arasındaki temel farklılıkları ortaya koyacağım. Son olarak duruşumu, günümüzdeki bir dizi akademisyen; Schabas, Droege, Hampson, Abresch, Quenivet ve Orakhelashvili’ye karşılaştırarak açıklayacağım. Ulaştığım sonuç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, en azından bu konuda, önüne gelen davaları, özellikle Çeçen davalarını görürken, bilinçli olarak ya da değil, doğru yolu seçmiş olduğudur.

UAD’nin kafa karışıklığı

UAD’nin kafa karışıklığının belki de en çarpıcı örneği, Duvar davasının şu tainmiş pasajında bulunabilir:

106. Daha genel olarak, Divan, Medeni ve Siyasal Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 4. maddesinde bulunan türdeki aykırı önlem alma hükümlerinin etkisi dışında, insan hakları sözleşmeleri tarafından sunulan korumanın silahlı çatışma durumunda sona ermediği kanısındadır. Böylece, uluslararası insani hukuk ve insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından üç olası durum bulunmaktadır: Bazı haklar münhasıran uluslararası insani hukukun konusu olabilir; bazıları münhasıran insan hakları hukukunun konusu olabilir; nihayet bazıları da uluslararası hukukun bu dallarının her ikisinin de konusu olabilir. Kendisine yöneltilen soruyu yanıtlamak için Divan uluslararası hukukun bu dallarının her ikisini de, yani insan hakları hukukunu ve *lex specialis* olarak da uluslararası insani hukuku değerlendirmeye alacaktır.

- 3 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Danışma Görüşü, 1996 I.C.J. (8 Temmuz), para. 25.
- 4 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territory, Danışma Görüşü, 2004 I.C.J. 136 (9 Temmuz), para 106.
- 5 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda) 2005 I.C.J. 116 (19 Aralık), para, 216-217.

MSHUS'nin 4. maddesi veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 15. maddesi uyarınca resmen hakların askıya alındığına dair bildirim yapıldığı durumlar hariç, uluslararası veya ulusal nitelikte insan hakları yükümlülüklerinin silahlı çatışma durumunda kesintiye uğramayacağı konusunda UAD'ye katılıyorum. Kanımca, UAD'nin hatası İHH ile UİH'yi ortak standartlarla ölçülebilir "uluslararası hukuk dalları" olarak değerlendirmesinde yatmaktadır.

Bu pasaj farklı yorumlara yol açmıştır. BM Alt Komisyonu için yaptığı 2005 tarihli çalışmasında, Françoise Hampson⁶, bu pasajın, "*lex specialis* [insan hakları hukukunu] yerinden etmek için kullanılmadığını açık hale getirdiği ve daha çok, insan hakları organlarının bir insan hakları normunu [silahlı çatışma hukuku] ışığında yorumlamaları gerektiğinin göstergesi " olduğu yorumunda bulunmuştur. Kendisine bütün saygım bir yana, bu, kategori yanlışını daha da ağırlaştırmaktır. Hampson, İHH ile UİH'nin tamamen değişik dillere sahip olduğunu belirten Noam Lubell ile iyi anlaşabilir: İnsan hakları profesyonellerine UİH öğretmek ya da askeri personele insan hakları hukukundan söz etmek Çinlilere Felemenkçe konuşmak ya da tersi gibidir.⁷ Ama Felemenkçeyi Çincenin ışığında yorumlamak sonuç vermeyecek bir uğraştır.

Parçalanma ve Çeçen Davaları

Aynı nedenlerle, İHH ile UİH arasındaki gerilimi bir parçalanma hali olarak tasvir etmenin yanlış olduğunu iddia ediyorum. Öncelikle, ortada parçalanacak bir bütünlük yok. Ayrıca, uluslararası hukuk politikasındaki eğilimlere ilişkin yakın tarihli bir analizinde, Martti Koskeniemi, sözde parçalanmayı şu sözlerle tasvir etmektedir:

Küresel yönetime ve özellikle de uluslararası hukukun parçalanmasına ilişkin yakın dönemlerdeki tartışmalar, yapısal bir eğilimin doğuşunu ve işleyişini ortaya koyuyor. Uzmanlaşma yoluyla –yani 'ticaret hukuku', 'insan hakları hukuku', 'çevre hukuku', 'güvenlik hukuku', 'uluslararası ceza hukuku', 'Avrupa hukuku' vs gibi alanlarda özel bilgi ve uzmanlık alanları yaratma yoluyla- hukuk pratiği dünyası özel ilgilere ve özel değerler sistemine (*ethos*) sahip özel dinleyicileri besleyen kurumsal projelerle dilim dilim doğranmaya başlamıştır. Böyle uzmanlaşmış kurumlar yaratmanın nedeni tam olarak uluslararası dünyada üretilmekte olan çıktılar etkilermektir. Davalarını bu kurumlar arasında onu en

6 F Hampson ve I Salama 'Working paper on the relationship between human rights law and humanitarian law' Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 53rd session, Doc E/CN.4/Sub.2/2005/14, 21 June 2005

7 N Lubell, 'Challenges in applying human rights law to armed conflict' (2005) 87:860 International Review of the Red Cross 737-754, 744.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

olumlu karşılayacağını beklediklerine götüren hukuk uygulamacılarının çok iyi bildiği gibi, buradaki pek az şey tam olarak tesadüfidir.⁸

Uygulamacıların müşterileri için en iyi mahkemeye Koskenniemi'nin tasvir ettiği şekilde karar verdikleri kesinlikle doğrudur. AİHM'de Rusya'ya karşı ilk altı Çeçen davasının⁹ kamuya açık duruşmasından önce, başvuruçuların vekilleri, kendi aralarında, Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) içtihadına göndermede bulunmanın ya da ona dayanmanın, yaşam hakkının ve diğer AİHS haklarının ağır ihlallerinin mağduru olan müşterilerine yardımcı olup olmayacağını tartışmışlardı. Olmayacağına –haklı olarak- karar verdiler.

Aşağıda niçin İHH ile UIH arasında böylesine derin farklar bulunduğunu düşündüğümü ve İHH ile UIH'ye sadece hukukun diğerleri gibi iki dalı, örneğin sözleşme hukuku veya ceza hukuku gibi davranmanın niçin yanlış olduğunu aydınlatırlarıyla anlatacağım.

Lex specialis

Sorun, başvuruçuların UIH'yi ileri sürmeleri gerekip gerekmediği –ya da bir biçimde kendilerinden bunun beklenip beklenmediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun yine daha da büyük bir kafa karışıklığına dayandığını iddia ediyorum: yani, varsayılan *lex specialis* doktrini bakımından.

Martti Koskenniemi Uluslararası Hukuk Komisyonu için hazırladığı Raporunda¹⁰, “hukukun bir özel kuralın bir genel kural ile ilişkisini hesaba katmasının iki yolu”nu¹¹ analiz etmiştir. Koskenniemi'ye göre, *lex specialis*in hakiki bir uygulaması, genel kuralı değiştirme, bozma ve geçersiz kılma olabilir. Koskenniemi, burada:

“(4) *Lex specialis* ilkesinin uygulanması için aynı konunun iki hüküm tarafından düzenlenmesi yeterli değildir: Aralarında gerçek bir bağdaşmazlığın veya bir hükmün diğerini bertaraf ettiğine ilişkin görünür bir niyetin bulunması gerekir”¹²

8 M Koskenniemi “The Politics of International Law – 20 Years Later” v.20 n.1 (2009) European Journal of International Law 7-19, s. 9.

9 Bunlar; Ekim 1999'da sivil sığınmacı konvoyunun bombalanmasına ilişkin Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya, (no. 57947/00, 57948/00 ve 57949/00); Grozni'nin Staropromyslovskiy bölgesindeki katliama ilişkin Khashiev ve Akayeva/Rusya (no 57942/00 ve 57945/00; ve Şubat 2000'de Katyr-Yurt köyünün sivil savaştan ayrımı olmaksızın bombalanmasına ilişkin Isayeva/Rusya (no 57950/00), 24 Şubat 2005 davalandır.

10 M Koskenniemi Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission (2007) Helsinki: The Eric Castren Institute Research Reports 21/2007; and (2006) International Law Commission A/CN.4/L.682, of 4 April 2006, at <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>

11 Koskenniemi (2007) *ibid*, para. 88, s. 49

12 J. Crawford The International Law Commission's articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), s.307

açıklamasını yapan uluslararası haksız fiillerde devletlerin sorumluluğuna ilişkin taslak maddelerin 55. maddesinin Yorumuna göndermede bulunmuştur.

Buna karşılık, Neumeister davasına¹³ göndermede bulunarak, *lex specialis*, her ikisinin de aynı zamanda uygulandığı söylenebildiğinde, iki hüküm arasında doğrudan bir çatışma yokluğunda bile uygulanabilir olacağını öne sürmüştür.¹⁴

Koskenniemi şöyle sormaktadır:

“*Lex specialis* Nükleer Silahların Tehdidi ya da Kullanılmasının Yasallığı davasındaki (1996) yerine ne denebilir? Divan burada hem insan hakları hukukunun (yani Medeni ve Siyasal Haklara ilkin Uluslararası Sözleşme) hem de silahlı çatışma hukukunun “savaş zamanları”nda birlikte uygulandığını gözlemlemiştir. Yine de, iş Sözleşmenin 6 (1). maddesi bakımından “yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakma”nın ne olduğunu belirlemeye gelince, bunun “uygulanabilir *lex specialis*, yani silahlı çatışmaya uygulanabilir hukuk tarafından belirlenmesi” gerekmiştir.¹⁵ Bu bakımdan, hukukun bu iki alanı aynı anda ya da her biri diğerinin içinde uygulanmıştır. Buna karşılık, bir başka bakış açısından, silahlı çatışma hukuku –ve daha özelden onun daha esnek öldürme standardı- Sözleşme uygulaması çerçevesinde sağlanabilecek herhangi bir standardı geçersiz kılmıştır.”

Vardığı sonuca göre, *lex specialis derogat lege generali* ilkesi “hukuksal muhakemenin standart bir tekniği”ne göndermede bulunur. “...[O]nun gücü tamamen kendilerine açıklık getirdiği normatif değerlendirmelere bağımlıdır: Bağlama duyarlılık, Devlet iradesini yansıtmaya kapasitesi, somutluk, açıklık, belirginlik.” Bu nedenle, ilke “anamlı bir biçimde kodifiye edilemez”. Yine bunun sonucu olarak, ki kendisine katılıyorum, bu konuda bir zorlama olamaz.

İHH ile ÜİH Arasındaki Bazı Farklılıklar

En yüzeysel düzeyde İHH ile ÜİH’nin pek çok ortak yanı vardır. Her ikisi de hukukun devletler tarafından onaylanan ve devletleri bağlayan dallarıdır. Her ikisinde de, devletlerin çoğu tarafından onaylanan geniş çaplı çok-taraflı antlaşmalar vardır. Ama benzerlikler burada biter.

Silahlı çatışma hukuku ile insani hukuk arasındaki dikkat çekici bazı farkları vurgulayarak başlayacağım.

İlki tarihle bağlantılı.

ÜİH, İHH’den çok eskidir. Ona kayıtlı tarihin başlangıcında, siyasal birimler

13 Neumeister/Avusturya, 7 Mayıs 1974, Series A (1974) No. 17, s. 13, para. 29

14 Koskenniemi (2007) ibid para. 91, s. 50-1.

15 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory opinion, I.C.J. Reports 1996 s. 240, para. 25.

arasındaki kayıtlı en erken etkileşimlerde rastlıyoruz.¹⁶ Buna karşılık, İHH 18. Yüzyıldan, Fransız ve Amerikan devrimlerinin bildirge ve bildirilerinden önce hiçbir biçim altında var olmamıştı.¹⁷ O zaman bile, uluslararası hukukun değil, iç, anayasal hukukun bir parçasını oluşturmuş ve uluslararası hukukta ancak Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmıştır.

İkincisi normatif yapıların karakterlerinin kendisiyle ilgili. İnsan toplumunda gerçekten de her zaman olmuş olduğu gibi, silahlı çatışmayı verili olarak ele alan UİH'nin özünde muhafazakar olduğunu ileri sürüyorum. UİH, Kızılhaç kurallaştırmasından önce, "savaş yasa ve gelenekleri" olarak bilinirdi. Öte yandan, ilke olarak ve her zaman devrimci olmuş olan, başlangıcı skandallı, kolektif eylem ve mücadeleden esinlenen ve mevcut devlet düzenini tehdit eden İHH için böyle bir tarih-öncesi yoktur.¹⁸

Üçüncüsü, ikincinin devamı ve sağlanan telafinin doğasıyla bağlantılı. UİH'nin ihlalleri DKC/Uganda¹⁹ davasında olduğu gibi bir devletin diğerine karşı harekete geçmesini ya da Cenevre Sözleşmelerinde olduğu gibi bireyler tarafından gerçekleştirilen "ağır ihlaller" in cezalandırılmasını gerektirir. İlgili bireyler, devletler ya da yakın zamanda Güvenlik Konseyi'nin ya da antlaşma organlarının aracılığıyla devletlerce yaratılan organlar tarafından soruşturulmalı ve kovuşturulmalıdır. Her durumda, telafi talep eden aktör devlet ya da onun vekilidir. Mağdurun, mağdur sıfatıyla bir statüsü yoktur. Gerçek kişilerce kurulmuş olmasına rağmen, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (UKK) devletler arasında ya da II. Ek Protokol'de olduğu şekliyle, bir toprağı kontrol etme kapasitesine sahip devlet-olmayan aktörler arasında bir arabulucudur.

Cenevre Sözleşmeleri uyarınca devletler kendilerini sözleşmelere "saygı göstermek ve saygı gösterilmesini sağlamak" ile bağlamalarına rağmen, bu yükümlülüğün icra mekanizmasının öncelikle uluslararası ceza hukuku olduğunu hatırlatmak gerekir.

16 Bkz. örneğin J Ober "Classical Greek Times", M Howard, G. Adreopoulos and M Shulman (1994) *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World* (New Haven, Yale University Press), s.12-26

17 Bu konuda Alastair MacIntyre'in *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2nded, London: Duckworth, 1990 (1985)) adlı eserine katılıyorum.

18 Bkz. B Bowring (2008) *ibid*, Chapter 6 "A substantive account of human rights" pp.111-118; ve B Bowring "Misunderstanding MacIntyre on Human Rights", Kelvin Knight ve Paul Blackledge (yay. haz.) *Revolutionary Aristotelianism: Ethics, Resistance and Utopia*, Analyse & Kritik özel sayı, (2008), v.30 n.1 pp.205-214; ve ayrıca aynı başlıkla yayımlanan (Stuttgart: Lucius & Lucius, 2008); B Bowring pp.205-214; ve bu bölüme MacIntyre'in verdiği cevap, s.272-3

19 Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda) 2005 I.C.J. 116 (Dec 19)

İHH bunun tamamen zıttıdır. İHH, II. Dünya Savaşı'ndan önce ulusal mahkemelere ve II. D.S.'den sonra bireylerin değil, devletlerin sorguya çekildiği antlaşma organlarına ve mekanizmalarına yönelen bireysel şikayetlerin alanıdır. Bununla birlikte, belirtilmelidir ki ilk kuşak hakları ilk ileri sürenler 18. yüzyıldaki mutlakiyetçiliğe karşı devrimci hareketlerdi; ikinci kuşak hakları ileri sürenler, mücadeleleri hukuksal yansımasını 1919'da Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kurulmasında bulan sendikalar ve diğer toplumsal hareketler idi genellikle. Ve üçüncü kuşak hakları ileri sürenler ise, bilindiği gibi halklar, özellikle bağımsızlıkları için savaştan koloni altındaki halklardı. Üçüncü kuşak hakların ilki ve en önemlisi, sonunda 1966 tarihli İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin ortak 1. Maddesinde tanınan halkların kendini belirleme hakkıdır.²⁰

Bu noktada İHH'deki gelişmeler UIH'ye derinden bir biçimde damgasını vurmuştur. Anti-sömürgeci mücadeleler büyük ölçüde, belirli, deniz aşırı topraklarda -BM'nin 1960 bildirgesinin²¹ yöneldiği, sömürgeci metropollerden deniz ve okyanuslarla ayrılan topraklara ilişkin "tuzlu su self-determinasyonu"-bağımsızlığı sağlamayı hedefliyordu. Devlet-dışı kahramanlar "ulusal kurtuluş hareketleri" idi.²² SSCB'nin çöküşüne kadarki bu dönem, self-determinasyon hareketlerinin -Ulusal Kurtuluş Hareketleri- kuvvet kullanmasının, bugün çoğunlukla olduğu gibi "terörizm" olarak nitelenmediği dönemdi.²³

Hampson ve Salama'nın belirttiği gibi²⁴, Ek Protokollerin (EP I ve EP II) ilan edildiği 1977'ye kadar, kendi kaderini tayin mücadelesinde kuvvet kullanımını hesaba katacak şekilde çatışmaların yürütülmesine ilişkin kuralların 1949 Cenevre Sözleşmelerindeki hallerinin güncelleştirilmesine yönelik hiçbir başarılı girişim gerçekleşmemiştir. Bu yazarlara göre "bu kısmen, hem Birinci hem de İkinci Dünya Savaşlarının ardından, Milletler Cemiyeti'nin ve daha sonra Birleşmiş Milletler'in sona erdirmeye veya kontrol etmeye çalıştığı bir olguyu düzen-

20 Bkz. benim uluslararası hukuka olan ilgimi uyaran temel derleme, J Crawford (yay. haz.) *The Rights of Peoples* (Oxford, Clarendon Press, 1988); ve Bowring (2008)'deki Bölüm 1 "Self-determination – the revolutionary kernel of international law", s.9-38.

21 UN General Assembly Res 1514(XV) (14 December 1960).

22 Hukuksal sorunların mükemmel bir irdelemesi için bkz., J Faundez, 'International Law and Wars of National Liberation: Use of Force and Intervention' (1989) 1 *African Journal of International and Comparative Law* 85; HA Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements* (Oxford, Clarendon Press, 1990).

23 See G Andreopoulos "The Age of National Liberation Movements", Howard et al 1994 (ibid), s.191-213; ve B Bowring "Positivism versus self-determination: the contradictions of Soviet international law", Susan Marks (yay. haz.) *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), s.133-168.

24 UIH tarihinin kısa bir özeti için bkz. not 16'da Hampson & Salama, n 4, 25-6.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

lemeye yönelik gönülsüzlüğe bağlanabilir”di.²⁵ Buna karşılık bu, Protokollerin önemini hafife almak anlamına gelecektir.

Şüphesiz ki, onların da belirttiği gibi, EP I yaralı ve hastalara ilişkin hükümleri güncelleştirmesi ve çatışmaların yürütülmesine ilişkin kurallar formüle edilişle uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin iken, EP II’nin, ilk defa, uluslararası-olmayan yüksek yoğunluklu silahlı çatışmalara ilişkin olduğu bir gerçektir. Bununla, EP I’in en önemli katkısının ‘çatışmalar sırasında yapılabilecekleri sivilleri mümkün olduğunca korumak amacıyla dikkatle sınırlandırmak’ olduğu görüşündeki Doswald-Beck ve Vité’yi izlemektedirler.²⁶ Buna karşılık, İHH ile UİH arasındaki gerilime (veya çatışmaya) dair yakın zamanlarda yazan akademisyenler arasında sadece William Abresch, Ek Protokollerin uluslararası çatışmaları düzenleyen mevcut antlaşmaların düzeyini iç çatışmalara da genişletmeyi amaçladığını kabul etmektedir: “Böylece, Protokol I ulusal kurtuluş mücadelelerini uluslararası çatışma saymaktadır”²⁷. Başka bir deyişle, eğer bir silahlı çatışma ‘yabancı işgali’ veya ‘sömürgeci tahakküm’e karşı ulusal kurtuluş için bir mücadele ise, EP I kapsamına giren bir “uluslararası silahlı çatışma” olarak kabul edilecektir.”²⁸

Bunun her iki Ek Protokolün de önemini anlamak için anahtar olduğu kanı-sındayım. Bunlar, Uluslararası Kızılhaç Komitesi’nin ve ardından da Protokolle-ri onaylayan ezici çoğunlukta devletin, Ulusal Kurtuluş Hareketleri tarafından kendi kaderini tayin için verilen silahlı mücadele bağlamında “uluslararasılaş-mış” iç çatışmaların yeni dünyasına verdiği yanıt idi. Bu yolla halkların kendi kaderini tayin hakkının uluslararası alanda hukuken tanınması doğrudan UİH üzerinde etki yaratmıştır.

Çağdaş akademisyenler bu farklılıkları nasıl ele alıyorlar

Benim savımın sıradışı niteliği, UİH ile İHH arasındaki ilişkiyle çeşitli şekillerde uğraşan bir dizi çağdaş akademisyenin yazdıklarının incelenmesiyle vurgulanabilir.

Ben yukarıda ortaya koyduğum farklılıkların, örneğin William Schabas’ın yakınlarında yayımlanan yazısında²⁹ sunduğu farklılıklardan çok daha derin oldu-

25 Hampson & Salama, n 4, dipnot 16, 26.

26 L. Doswald-Beck, and S Vité, ‘International Humanitarian Law and Human Rights Law’ n 293 (1993) International Review of the Red Cross 94-119, 9.

27 W Abresch, ‘A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya’ (2005) 16 EJIL 741, 742.

28 Ek Protokol I, Madde 1(4), ve bkz. Abresch, n 38, 753.

29 William Schabas “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus Ad Bellum” (2007) v.40 Israel Law Review Special Issue: Parallel Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law, s.592-613

ğunu savunuyorum. Schabas *lex specialis* ve (UİH ile İHH'nin doğaları itibariyle tamamlayıcı olduğuna ilişkin) “kemer ve askı” yaklaşımlarının “bu iki sistem arasında temel bir uyumluluk bulunduğu düşüncesine dayandığı”nı belirtmektedir. Buna karşılık, kendisi, bu iki teorinin “iki sistem arasındaki kavramsallaştırmadaki bir temel farkı, yani saldırgan savaş karşısında benimsedikleri tutumu görmezden geldiği”ni ileri sürmektedir.³⁰ UİH'nin savaşın kökeni karşısındaki bir kayıtsızlığa dayandığını, buna karşılık İHH'nin “tereddütlü ve yeterince gelişmemiş olsalar da, saldırgan savaşın kendisinin bir ihlal olduğuna ilişkin görüşler barındırdığına” işaret etmektedir. Schabas, bunu “insanın barış hakkı” olarak adlandırmaktadır.

UİH'nin bu yönü Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Roma Statüsünde gayet iyi tasvir edilmektedir. Statü “saldırıların sivil halka karşı bu niteliğiyle, ya da çatışmalarda doğrudan yer almayan sivil kişilere karşı kasıtlı olarak yöneltilmesini”³¹ ve “sivil eşyaya kasıtlı olarak saldırı yöneltilmesini”³² savaş suçu olarak düzenlemektedir. Ama “arızı can kayıpları olacağını ya da sivillere zarar geleceğini bilerek” kasıtlı olarak yapılan bir saldırı (pervasız bir failin gerçekleştirdiği bir saldırı da dahil³³) ancak böyle bir can kaybı ya da zarar “umulan somut ve doğrudan askeri fayda bakımından açıkça aşırı” ise bir savaş suçudur. Bu, örneğin Avustralya askeri kılavuzunda, “sivil halkın güvenliği konusunda açık bir niyeti ya da ağır bir ihmali alenen gösterecek kadar aşırı” olarak açıklanmaktadır.³⁴

Böylece, bir askeri görevliyi ya da bir siyasi lideri kendi savaş suçlarından kovuşturmak için savcının çok yüksek derecede bir ihmali kanıtlaması gerekir. Bu uygulamada son derece zordur: Eğilim her zaman sorumlu komutanların yargısına saygı gösterme yönünde olacaktır.

İHH rejimi tamamen farklıdır. Burada karine devletin sivillerin yaşamını korumak için en yüksek özeni göstereceğidir. AİHS'nin 2. maddesindeki (yaşam hakkı) sapma hükümlerinden yararlanmak için Devlet “ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için” kullanılan kuvvetin “mutlak zorunluluğu

30 Schabas, *ibid*, s. 593.

31 Madde 8(2)(b)(i), s. 130 in K Dörmann and others Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court (Cambridge: Cambridge University Press, 2003)

32 Madde 8(2)(b)(ii), s. 148 in Dörmann et al, (2003) *ibid*.

33 Bkz. Dörmann et al, (2003) *ibid* s.165: “... bunun tahmin edilen askeri avantajı ve beklenen arızı zarar ve ziyanı mükemmel derecede iyi bilen ama arızı zarar ve ziyanın olası aşırılığını değerlendirmeyen pervasız bir faili aklama sonucuna götürmemesi yönünde ... Devletler arasında bir anlaşma olduğu görülmektedir.”

34 Dörmann et al (2003) *ibid*, s.172

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

aşmadığını” kanıtlamak için ağır bir ispat yüküne sahiptir.³⁵ Nitekim, Isayeva kararında, Mahkeme şu sonuca ulaşmıştır:

“Mahkeme, bir yerleşim bölgesinde, savaş zamanı dışında ve daha siviller tahliye edilmeden bu tür bir silahın kullanılmasını, bir kolluk makamından demokratik bir toplumda beklenen düzeyde özenle bağdaştırmanın mümkün olmadığını düşünmektedir. ... Ayırım gözetmeyen silahların büyük çapta kullanımı, bu amaçla açık bir çelişki olarak durmakta ve Devlet ajanlarının ölümcül güç kullandığı bu türden harekâtlar öncesi alınması gereken önlem standartlarıyla uyumlu olduğu düşünülememektedir”³⁶.

Askerlerin, sivillerin çatışmalardan kaçmak için köyü terk etmeye çalıştığından haberleri olduğuna dair delillere rağmen, Mahkeme “askerler tarafından yapılan hiçbir açıklama veya belgenin saldırıyı durdurmaya veya yoğunluğunu azaltmaya yönelik bir emre işaret etmediği”ni³⁷ tespit etmiştir. Mahkeme, ayrıca Rus Hükümeti’nin 11 Şubat 2002 tarihli askeri uzmanlar raporunda belirtilen harekât birliği komutanlığının eylemlerinin duruma göre meşru ve orantılı olduğu bulgusunu da reddetmiştir.³⁸

Sonuç, UİH’ye göre elde edilebilecek olandan daha fazla farklı olamazdı. Devlet, İHH’nin standart ve ilkelerinin kendisine yüklediği yükümlülüklerin gereğini yerine getirememiştir. Bu sonuç, “insanın barış hakkı”nın zımnen bir uygulanmasının bile ürünü değildir. Fransız ve Amerikan Devrimlerinin bu büyük başarısı, bir Devletin barış zamanında yapabileceklerine gerçek sınırlar koyma etkisine sahiptir. Savaş durumunun varlığından yararlanabilmek için, Rus Devleti AİHS’nin 15. maddesi uyarınca AİHS’yi askıya almak zorunda olacaktı; ve bu bildirimin kendisine de AİHM’de karşı çıkılabilecektir.³⁹

Benzer bir şekilde, İHH ve UİH arasındaki farka ilişkin verdiğim tanımın genelde çağdaş akademisyenlerin verdiği tanımdan çok daha esaslı olduğunu düşünüyorum. Örneğin, UKK hukuk danışmanlarından Cordula Droege tarafından verilene⁴⁰ bakalım.

Droege “Modern insan haklarının izinin, devlet ile vatandaşları arasında daha

35 Madde 2(2)(c)

36 Isayeva/Rusya, para. 191.

37 Ibid., para. 196.

38 Ibid., para. 198.

39 Bkz. Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık , App Nos. 14553/89 ; 14554/89, 26 Mayıs 1993 tarihli karar.

40 Cordula Droege “The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict.” (2007) v.40 Israel Law Review Special Issue: Parallel Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law, pp.310-355

adil bir ilişki arayan Aydınlanma'nın ileri görüşlülerine kadar sürülebileceği"ni ileri sürmektedir. Kanımca, Tom Paine, Robespierre gibi biraz radikaldi. Böyle bir formülasyonun, 1781 Yorktown Savaşı'nı veya 1789 Bastille baskınına tamamen göz ardı ettiğini ileri sürüyorum. Robespierre'in şu deyişi ünlüdür: "Eğer barışta halk hükümetinin kaynağı erdem ise, devrim içinde halk hükümetinin kaynakları hem erdem hem terördür: erdemin olmadığı yerde terör ölümcüldür, terörün olmadığı yerde de erdem çaresiz."⁴¹

Droege'ye göre, "İnsani hukuk, kendi adına, temelde savaşılan iki tarafın karşılıklı beklentilerine ve yiğit medeni davranış kavramlarına dayanmaktadır. İnsani hukuk, hak taleplerlerinin mücadelesinden değil bir merhamet ilkesinden – *'inter arma caritas'*– doğmuştur." Bu daha iyidir –ama dönemin savaş yasaları açık olduğuna göre, Cromwell 1649'da Drogheda'yı savunanlarla karşılaştığında durum bu değil midir?: Düşman teslim olmayı reddederse ve garnizon bir saldırıyla ele geçirilirse, savunmacıların hayatları kaybedilmiş olacaktır. Geoffrey Parker, Shakespeare'in⁴² tasarladığı, 1590larda Henry V'in Harfleur'in kuşatma altındaki sakinlerine yaptığı acımasız konuşmayı hatırlatmakta ve bunun 18. yüzyılda da doğru olarak kaldığını not etmektedir. Wellington Dükü daha sonra, "baskına uğrayan kalenin savunucularının aman dileme hakkının bulunmadığının her zaman kabul edildiğine inanıyorum"⁴³ demektedir. Bu hiç de bir merhamet ilkesi değildir; veya en azından bu ilkenin çok derin bir istisnasıdır.

Droege devam ediyor: "Askeri strateji ve karşılıklılığa ilişkin konular tarihsel olarak insani hukukun gelişiminin merkezinde yer almıştır. Ayrıca insan hakları devletlerin iç işlerine ilişkin, insani hukuk, doğası gereği, kökenini uluslararası hukukta devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinden almıştır." Bu bizi çok daha fazla konunun merkezine yaklaştırmaktadır.

ÜİH ile İHH arasında "yeni birleşme" var mı? Tekrar Çeçen davaları

Daha yakın bir tarihte, Noelle Quenivet (doktora danışmanı Francoise Hampson'dı) ÜİH ile İHH arasında "yeni bir birleşme" olduğunu savlayan bir kitabı yayın hazırlayanlar arasındaydı.⁴⁴ Quenivet'in girişte belirttiği gibi: "Soru-

41 Bkz. Slavoj Zizek (yay. haz.) (2007) *Virtue and Justice: Maximilien Robespierre* (London:Verso); ve Amerikan devrim düşüncesinin bir çözümlemesi için, Michael Hardt (yay. haz.) (2007) *The Declaration of Independence* (London: Verso)

42 Henry V perde 3, sahne 3, satır 7-18

43 Bkz. Geoffrey Parker "Early Modern Europe", M. Howard et al (yay. haz.) (1994) *ibid* Bölüm 4, s.40-58, s. 48, Wellington'tan Geoffrey Canning'e atf yapıyor, 3 February 1820 in *Despatches, Correspondence and Memoranda of Field Marshall Arthur, Duke of Wellington* (Millwood, NY: Kraus Reprint, 1973), 1:93

44 R Arnold ve N Quenivet (yay. haz.),(2008) *International Humanitarian Law and Human Rights Law:*

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

nun temelinde iki hukuk dalının, UİH ve İHH'nin sonuçta tek bir hukuk dizgesinde birleşip birleşmediği bulunmaktadır.”⁴⁵

Quenivet, Cerna'nın⁴⁶ UİH'nin “insanlığın savaş mağdurlarına ilişkin kaygılarının sonucu olarak geliştiği, insan haklarının ise insanlığın yeni tür bir iç savaşın mağdurlarına –Nazi ölüm kampları mağdurları- ilişkin kaygılarının sonucu olarak geliştiği” sözlerine onaylayarak atıfta bulunmaktadır. Yukarıdaki ifadelerimde açıkça görüleceği üzere, *pace* Cerna, bu gerçekte olanlardan olabildiğince uzak bir değerlendirmedir. Savaş yasa ve geleneklerinin tarihin başlangıcından beri silahlı güç kullanımına eşlik ettiğini, insan haklarının ise çok daha yakın tarihli, ancak Holokost öncesi, olduğunu hatırlatıyorum.

Quenivet, derlemesinin Çeçen davalarını yorumladığı kendi bölümünde, Strazburg Mahkemesi'nin “devlet makamları tarafından yürütülen askeri harekâtların askeri avantaj sağlamak için mi hayata geçirildiğini hiçbir zaman değerlendirmediyi” ileri sürmüştür. “Bu, şüphesiz askeri avantajın UİH tarafından içerilen bir kavram olmasına bağlıdır ve bu nedenle [Mahkeme'nin] AİHS ihlallerini değerlendirdiği hukuksal alanının dışındadır”.⁴⁷ Quenivet şu sonuca ulaşmaktadır: “Devletlerin uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda UİH'nin temel ilkeleriyle uyumluluğunu değerlendirdiğini açıkça kabul etmeden, [Mahkeme] gerçekte *lex specialis*'in ana ilkelerine gönderme yapmaktadır”⁴⁸ ve dahası “Dikkate değer olan, Mahkeme uluslararası silahlı çatışma döneminde uygulanabilir olan ayrıntılı hükümleri uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışma durumlarına uygulamaktadır.” Umuyorum ki, önceki paragraflarda, Mahkeme'nin UİH'yi birey olarak komutanlara uygulama durumunda kalmış olsa büyük ihtimalle çok farklı bir sonuca ulaşmış olacağını gösterebilirdim. AİHM, bulguladığı olayları tamamıyla çok farklı bir kavramsal yapı içinde farklı ölçütler uyguladığı için bulgulayabilmiştir.

Öte yandan William Abresch, AİHM'nin kolluk operasyonlarında (örneğin polis tarafından) güç kullanımı için geliştirdiği doktrinleri çok sayıda isyancı, ağır silahlar ve hava bombardımanı bulunan ağır yoğunluklu çatışmalar için de

Towards a New Merger in International Law (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers)

45 Arnold ve Quenivet, (2008) *ibid*, p.1

46 C Cerna “Human Rights in Armed Conflict: Implementation of International Humanitarian Law Norms by Regional Intergovernmental Human Rights Bodies”, F Kalshoven ve Y Sandoz (yay. haz.) *Implementation of International Humanitarian Law* (Brill, 1989), 31, 34

47 N Quenivet “The Right to life in International Humanitarian Law and Human Rights Law”, R Arnold ve N Quenivet (yay. haz.), *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008), s.331-353, 341

48 N Quenivet, *ibid*, s.353

uyguladığına inanmaktadır.⁴⁹ Haklı olarak, UIH içinde eğitilmiş ve çalışan hukukçular için iç silahlı çatışmalar için ideal uygun hukukun uluslararası silahlı çatışma hukuku olduğunu gözlemlemektedir. Abresch bunu ‘uluslararasılaşan bir yörünge’ olarak tanımlamaktadır.⁵⁰ Ancak o, AİHM’nin AİHS’nin 2. maddesinde düzenlenen ‘yaşam hakkı’ndan kendi kurallarını çıkarmak için bu yörüngeden çıktığını ileri sürmektedir. Tahmini şudur:

Devletlerin insani hukuku iç silahlı çatışmalara uygulama konusunda gösterdikleri direniş dikkate alındığında, uluslararası toplumun devlet ve vatandaşları arasında gerçekleşen şiddet ilişkisini denetleyip, tepki verebilmesi için en umut verici temel AİHM’in insan hakları hukukunu bu amaçla uyarlaması olabilir.⁵¹

Bu nedenle Abresch, Çeçen (veya Kürt) çatışmaları gibi durumlar için UIH’nin uygulanacak uygun hukuk olduğuna inanmaktadır.

Bu nedenle, Abresch gerçekte Strazburg Mahkemesi’nin açıkça UIH’yi dikkate alması gerektiğini düşünen ve Mahkeme hiçbir zaman UIH’nin uygulanabilirliğine atıfta bulunmasa bile ‘UIH’ye göre yapılacak çözümleme tipi hakkın da bir farkındalık olduğuna inanan’ Hampson’dan⁵² çok uzakta yer almıyor. Bu şekilde Hampson, ‘insan hakları organlarının [UIH]’yi kullanmasının açık faydasının, [UIH’nin], UIH’ye saygının sağlanması için artan bir şekilde baskı uygulaması umulan karar alıcılar ve toplum tarafından giderek artan bir şekilde bilinir olacağını⁵³ düşünen Doswald-Beck and Vité’nin ‘klasik’ modelini takip etmektedir. Benzer bir şekilde, Hampson ve bu satırların yazarıyla⁵⁴ birlikte, Kürt davalarının avukatlarından biri olan Aisling Reidy, Türk davalarında Strazburg Mahkemesi’nin ‘insan hakları yükümlülüklerinin kapsamını çözümlerken [UIH]’nin dilini ödünç aldığını’ düşünmektedir. ‘İnsani hukuk kavramlarını kullanma yönündeki böyle bir isteklilik cesaret vericidir.’⁵⁵ Reidy de, bu gelişmeyi ‘hakların korunması için daha güçlü bir yapıya katkı sağladığı ölçüde kesinlikle

49 W Abresch, ‘A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya’ (2005) 16 European Journal of International Law 741, 742.

50 742.

51 Abresch (2005), 743.

52 Hampson & Salama (2005) ibid, 18.

53 L Doswald-Beck ve S Vité, ‘International Humanitarian Law and Human Rights Law’ n 293 (1993) International Review of the Red Cross 94-119, 108.

54 See B Bowring (1996) ‘The Kurds of Turkey: Protecting the Rights of a Minority’, Kirsten Schulze, Martin Stokes, Colm Campbell (eds) Nationalism, Minorities and Diasporas: Identities and Rights in the Middle East (London: I. B. Tauris)

55 A Reidy, ‘The approach of the European Commission and Court of Human Rights to international humanitarian law’ (1998) International Review of the Red Cross 513, 521.

hoş karşılamaktadır.⁵⁶ Ben buna katılmıyorum. Böyle bir davada UİH'nin yabancı yapısının kullanımının nasıl "cesaret verici" olduğunu anlayamıyorum.

Bu noktaları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki Çeçen davalarına⁵⁷ başka yollamalar yaparak aydınlatabilirim. Bu davalar, bireysel Çeçen "mağdurlar"ın Rusya Federasyonu'na karşı açtıkları davalardır. Bu konuda bir devlet başvurusu da olabilirdi ve hatta belki de olmalıydı; ama bu bile bireysel hakların ihlaline ilişkin bir şikayet olacaktı. Çeçen başvuruçular bir çok yönden tüm halkları adına konuştular. Yürüttükleri davalardaki amaçları tazminat elde etmek değildi. İstedikleri, kendilerine ve yığınlarca Çeçen'e ne olduğu konusunda kendi anlatımlarının doğruluğunu en üst düzeyde kanıtlamaktı. Bu seviyede Rusya'nın egemen davranış hakkı tehlikededir.

Lehlerine sonuçlanan kararların bir yan ürünü –gerçekleştiği sırada tamamen bir tesadüf olan- Şubat 2000'de Katyr-Yurt köyünün rasgele bombalanmasına ilişkin Isayeva/Rusya davasında⁵⁸, savaş suçu işlenmesi anlamına gelen olayların saptanması bağlamında üst düzey subaylar, General Shamanov ve General Nedobitko'nun isimlerinin verilmesidir. Bu, generallerin haklarında dava açma düşüncesiyle soruşturulmasını kesin bir şekilde gündeme sokmuştur. Başvuruçular, Ekim 2005'te Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, kararlara uyumla ilgili yaptıkları sunumda⁵⁹, "bu iki subayın 'ayrım gözetmeyen silahların büyük ölçüde kullanıldığı' bir askeri hareketten sorumlu olduklarının tespit edildiğini" ve bunun diğerleri yanında, sivil yaşam kayıplarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ihlaline sebep olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvuruçular, Mahkeme'nin bulguları ışığında her iki subay hakkında cezai sürecin başlatılması gerektiğini belirtmişlerdir.⁶⁰

Bunun da ötesinde, -bence- İHH'nin iç silahlı çatışmaya başarılı bir şekilde uygulanması Greenwood'un savaşın "barış zamanı için tasarlanmış kurallarla sınırlandırılmaya yetmeyecek düzeyde karmaşık ve acımasız bir olgu" olduğuna dair yargısının⁶¹ yanlışlığını da ortaya koymuştur.

56 Ibid, 521.

57 İlk altı davanın referansları yukarıda verildi.

58 No. 57950/00.

59 Bkz. http://www.londonmet.ac.uk/library/i81669_24.doc; Çeçen kararlarının icrası sürecinin bütünü için bkz., bkz. <http://www.londonmet.ac.uk/research-units/hrsj/affiliated-centres/ehrac/ehrac-litigation/chechnya---echr-litigation-and-enforcement/enforcement-of-chechen-judgments.cfm>

60 Para. 28-31 ve 36-40.

61 C Greenwood "Rights at the Frontier: Protecting the Individual in Time of War", B Rider (yay. haz.) Law at the Centre (Kluwer Law International 1999) p.277, 293

Son olarak, Alexander Orakhelashvili'nin yakın tarihli çalışmasına⁶² dönüyorum. Orakhelashvili, Duvar davasında UAD tarafından açıklandığı gibi İHH ve ÜİH'nin "birbirine bağlılığı"na ve Kongo/Uganda davasında gösterilen "koşutluk"larına dikkat çekmektedir. İHH ve ÜİH'nin "karşılıklı tamamlayıcılığı"⁶³ "diğerinin içerik ve kapsamının belirlenmesinde kullanılmaları hem uygun hem kaçınılmazdır"⁶⁴ önerisi için Kunarac davasını örnek göstermektedir.

Orakhelashvili, ilk altı Çeçen davası⁶⁵ hakkında ayrıntılı bir yorum sunmakta ve "yetkisi dışında olduğu için ikinci hukuk sisteminin hükümlerini doğrudan uygulamaya bile, Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımının hem insan hakları hukukunun hem de insani hukukun gerektirdiği hukuksal sonucu sağlamaya müsait olduğu" sonucuna ulaşmaktadır.⁶⁶ Saygıyla belirtmek isterim ki, bu çok yanlışır. Yukarıda, bu davalarda ÜİH'nin uygun hukuk dalı olması halinde davalı(lar) ın, ispat yükü ve standardının ve delil konularının çok farklı olacağını açıklamaya çalıştım.

Orakhelashvili'nin yine katılmadığım sonucu ise "Mahkeme'nin yaklaşımı, büyük ölçüde olduğu gibi, Sözleşme'ye özgü meşruluk, zorunluluk ve orantılilik kategorileriyle gizlense de insani hukuk ölçütlerinin zımni uygulanmasına dayanmalıdır"⁶⁷ şeklindedir. Tekrar tebeşir ve peynir benzetmesine dönüyorum: bu kategoriler ÜİH'de olandan tamamen farklı bir kaynağa ve içeriğe sahiptirler.

Sonuç

Başlangıçta sinyallerini verdiğim gibi, kanımca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi en azından bu konuda, bilinçli olarak ya da değil, önüne gelen davalarda ve özellikle Çeçen vakalarında doğru yolu seçmiştir. Şüphesiz, Zdanoka/Letonya'da⁶⁸ yanlışlıkla demokrasinin içeriğini yok ettiğinde veya Behrami ve Saramati kararlarıyla Kosova'da "bağımsız bir insan hakları denetimi bulunma-

62 A Orakhelashvili "(2008) The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?"v.19 n.1 European Journal of International Law 161-182; ve A Orakhelashvili "The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: A Case of Fragmentation" International Law and Justice Colloquium, New York University, 26 Şubat 2007, ilj.org/research/documents/orakhelashvili.pdf

63 IT-96-23-T; 22 Şubat 2001 tarihli karar, para 467

64 Orakhelashvili (2008) ibid, s.164.

65 S.170-174

66 Orakhelashvili (2008) ibid, s.174

67 Orakhelashvili (2008) ibid, s.174

68 See B Bowring "Negating Pluralist Democracy: The European Court Of Human Rights Forgets the Rights of the Electors" (2007) 11 KHRP Legal Review s.67-96, <http://www.bbk.ac.uk/law/about/ft-academic/bowring/negatingpluralistdemocracy>

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yan bir kara delik”⁶⁹ yaratılmasına yardım ettiğinde olduğu gibi Mahkeme dramatik yanlış dönüşler yapma imkânına tamamen sahiptir. Sorunun bir kısmı, AİHM’in hakkında karar verdiği hukuk dalının tarihsel önemine ilişkin sınırlı bir anlayışa sahip olmasıdır. Ama eğer İHH’nin özgül ve devrimci içeriği konusunda haklıysam, AİHM’nin, en azından bazı kararlarında, gereğini yapmasını sağlayan belki de hukukun kendisidir.

69 Bkz. M Milanovic ve T Papic “As Bad As It Gets: The European Court’s Behrami and Saramati Decision and General International Law” (2009) v.58 pt.2 International and Comparative Law Quarterly s. 267-296, 295.

Bir Hakikat Komisyonu Olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

M. Sezgin Tanrıkulu*

Hakikat komisyonu nedir?

Hakikat komisyonları, belli bir ülkede geçmişte ordu veya diğer devlet güçleri ya da silahlı muhalefet örgütleri tarafından işlenmiş ağır insan hakları ihlallerini araştırmak üzere kurulan organlara verilen genel isimdir. Hakikat komisyonları genelde, bir ülkedeki geçiş süreci esnasında veya bunun hemen sonrasında kurulurlar. Bu süreç, Şili ve Güney Afrika'da olduğu gibi tedrici demokratikleşme, El Salvador'da olduğu gibi iç savaşın müzakereler yoluyla bitirilmesi, Uganda ve Çad'da olduğu gibi isyancıların askerî zaferi, Arjantin ve Uruguay'da olduğu gibi baskıcı askerî yönetimden sonraki hızlı demokratik açılım şeklinde gerçekleşebilir. Hakikat komisyonlarına ihtiyaç duyulmasının başlıca sebebi, ihlalleri aydınlatma konusunda klasik/geleneksel hukuksal araçların işlememesi ya da yetersiz kalmasıdır.

Türkiye'de Kürt sorunu bağlamında yaşanan ağır insan hakları ihlallerinin aydınlatılması amacıyla bir hakikat komisyonu oluşturulması yönünde fikir ve talepler bir süredir kamuoyuna yansımaktadır. Ancak bu talepler, bugüne kadar siyasi otorite ve kamuoyu nezdinde yankı bulmamıştır. Esasen ulusal hakikat komisyonları genelde devletin yürütme organı tarafından, nadiren yasama or-

* Diyarbakır Barosu Eski Başkanı

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

ganınca kurulur ve himaye edilirler. Bunun dışında, El Salvador ve Guatemala’da olduğu gibi, Birleşmiş Milletlerin girişimleriyle kurulan ve onun himayesinde çalışan hakikat komisyonları da vardır. Dolayısıyla siyasi otoritenin isteksiz olduğu durumlarda, BM gibi uluslararası kuruluşların devreye girmesinin de şartları yoksa resmi bir hakikat komisyonu kurmak mümkün olmaz.²

İnsan haklarının sistematik ve yoğun bir şekilde ihlal edildiği uzun bir dönem boyunca Türkiye’de başta yargı olmak üzere ulusal hukuk yolları ya hiç işlememiş ya da çok yetersiz kalmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne (İHAM) bireysel başvuru hakkının tanındığı tarihten itibaren, mahkeme pek çok olayda mağdurların gözünde tek güvenilir hukuksal çare haline gelmiştir. Gerçekten de İHAM, ulusal makamlar önünde dile getirilmesi bile çok zor ve riskli ihlallerde, adalet duygusunu kısmen de olsa tatmin edecek önemli kararlar verdi. Bunun dışında, özellikle “olgu saptama duruşmaları” yöntemi sayesinde, ihlallerin kayda geçmesini sağlamak suretiyle bir tür hafıza çalışması yaptı. Bu açıdan İHAM’ın bir tür hakikat komisyonu işlevi gördüğü söylenebilir. Şüphesiz İHAM, şeklen bir hakikat komisyonu olarak değerlendirilemez. Ama Türkiye’nin bu şartları altında, bir hakikat komisyonunun yerine getirebileceği önemli işlevlerden bazılarını gerçekleştirmiştir. Bu yazıda, söz konusu işlevin hangi yollarla ve ne ölçüde yerine getirildiği tartışılacaktır. Bunun için de, öncelikle ihlallerin bir dökümünü yapmak yararlı olacaktır.

TÜRKİYE’NİN YAKIN GEÇMİŞİ:

OHAL DÖNEMİ (GÜNEYDOĞU, 1987 – 2002)

1987’den 2002’ye kadar süren OHAL döneminde pek çok insan hakları ihlali yaşandı. Burada bu ihlallerden sadece “yaşam hakkı” (yargısız infaz – faili meçhul) ve “mülkiyet hakkı”na (köy boşaltma – yakma) ilişkin olanlar hakkında veriler sunulacaktır.

1. Yaşam Hakkı

Olağanüstü Halin yürürlükte kaldığı dönem boyunca OHAL Valiliğinin yetki alanına giren olan yerleşim birimlerinde meydana gelen ölümlerin resmi açıklamalara dayalı dökümü şöyledir:

Yasadışı örgüt mensupları ile güvenlik güçleri arasında meydana gelen çatış-

2 Hakikat komisyonlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mithat Sancar, *Geçmişle Hesaplaşma – Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s.108 vd.

malarda **772** örgüt mensubu, **11.830** güvenlik görevlisi, **5.887** sivil insan yaralanmış; **25.344** örgüt mensubu, **3.541** güvenlik görevlisi, **5.105** sivil insan hayatını kaybetmiştir. Bölgede meydana gelen mayın ve bomba patlamalarında ise **864** sivil insan, **1.848** TSK ve diğer güvenlik görevlisi yaralanmış; **572** sivil insan, **371** TSK ve diğer güvenlik görevlisi de hayatını kaybetmiştir.³

Bölgede toplam **1248** adet siyasi nitelikte öldürme olayı meydana gelmiş, bu olaylardan **750**'si aydınlatılmış olup, **77**'sinin faili firari, **421**'inin ise faili meçhul olarak araştırılmaktadır. Gözaltında bulunduğu sırada değişik nedenlerle **18** kişi hayatını kaybetmiş, bunlardan **3**'ü kalp rahatsızlığı, **1**'i sağlık nedeniyle, **1**'i yer gösterme esnasında, **1**'i yer gösterme esnasında açılan taciz ateşi sonucu, **2**'si kırsal alanda yer gösterme esnasında çıkan çatışmada, **7**'si kendini asarak, **1**'i yüksekten atlayarak, **1**'i nefes yolunu tıkaması suretiyle ve **1**'i ise gözaltında silahla intihar etmek suretiyle ölmüştür. Toplam **194** kişinin terör olayları nedeniyle kayıp olduğu belirlenmiştir. Bunlardan **9**'unun cezaevinde olduğu, **32**'sinin sağ olarak bulunduğu, **21**'inin öldüğü anlaşılmış, **132**'si ise halen kayıp olarak aranmaktadır⁴.

2. Mülkiyet Hakkı

Meclis Araştırma Komisyonunun 1998 yılında açıklanan raporuna göre, 1997 yılı Kasım ayı itibarıyla OHAL ve mücavir alanı kapsayan bölgede **905**'i köy, **2.523**'ü mezra olmak üzere toplam **3.428** yerleşim birimi boşaltılmış olup, **378.335** kişi yerinden edilmiştir.

Türkiye'de faaliyet gösteren insan hakları kuruluşlarının verilerine göre ise, bu dönemde yaklaşık **4.000** köy ve köyaltı yerleşim birimi boşaltılmış ve üç milyonun üzerinde insan zorla göç ettirilmiştir. Zorla göç ettirme uygulamaları, 1990'lı yılların ortalarında OHAL bölgesi ve "mücavir" illerin yanı sıra "iç güvenlik harekâtı" uygulamalarının geçerli olduğu bütün illerde yürürlüğe konulmuş olup, bu uygulama 1993-1996 yılları arasında en üst düzeye ulaşmıştır. TİHV ve İHD'nin yanı sıra, ABD Dışişleri Bakanlığı ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi uluslararası kurum ve kuruluşların raporlarında bu dönemde **3.000**'in üzerinde köy ve köyaltı yerleşim biriminin yakıldığı/boşaltıldığı belirtilmiştir.

3 CHP Diyarbakır Milletvekili Mesut DEĞER'in, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına; Milli Savunma Bakanlığınca yazılı olarak cevaplandırılmak üzere vermiş olduğu 29.01.2003 tarihli **Soru Önergesi**'ne, Milli Savunma Bakanlığı tarafından verilen 28.02.2003 tarih, 1400-249 sayılı cevap.

4 CHP Diyarbakır Milletvekili Mesut DEĞER'in, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına; Adalet Bakanlığınca yazılı olarak cevaplandırılmak üzere vermiş olduğu 29.01.2003 tarihli **Soru Önergesi**'ne, Adalet Bakanlığı tarafından verilen 23.05.2003 tarih, 402 sayılı cevap.

İHAM'ın Rolü

İHAM'a bireysel başvuru hakkının tanınması (1987) ile bu dönemin başlangıcı zamansal olarak çakışmaktadır. İHAM'ın insan hakları ihlallerini aydınlatma konusunda önemli bir rol oynadığı pek çok örnekten kolaylıkla anlaşılabılır. Bu bağlamda, özellikle “**olgu saptama duruşmaları**”nın büyük katkısı olmuştur. İdari mekanizmaların ve yargının işlevsizliği nedeniyle İHAM, olgu saptama duruşmaları yöntemini Türkiye aleyhine yapılan başvurularda sık kullanmıştır. Bu duruşmalar, önemli bazı olaylarda hakikatin anlaşılmasını ve belgelenmesini sağlamıştır. Bu olayların en önemlilerinde mahkemenin tespitleri ve kararları şöyle olmuştur:

Mahkeme **Süheyla Aydın / Türkiye** başvurusunda hükümetin ön itirazlarını değerlendirdikten sonra, Hükümet'in AİHS'nin 38 § 1. (a) maddesi uyarınca, olayları tespit etme görevinde Komisyon'a ve İHAM'ye tüm gerekli olanakları sağlama yükümlülüğünü yerine getiremediği sonucuna varmıştır.⁵

Mahkeme **Tanış ve diğerleri / Türkiye** kararında da gerçekleştirdiği olgu saptama duruşmasında soruşturma sırasında etkin rol oynayan tarafları dinlemiş ve bu tarafların ifadeleri ışığında hakikate ulaşmaya çalışmıştır. Mahkeme aynı zamanda Türk hükümetinin başvuru sahiplerinin iddialarını reddetmeye elverişli belgelere sahip olmasına rağmen tatminkâr açıklama yapmamasının ve kendisinde bulunan bilgileri vermemesinin Sözleşmenin 38/1-a maddesinde

5 **Süheyla Aydın/Türkiye, 25660/94, 24.05.2005**; “Hükümet, kabuledilebilirlik sonrası görüşlerinde, iç hukuk yollarının tüketilmediği konusunda ısrar etmiştir. Hükümet, Komisyon'un yalnızca başvuranın 2. madde şikayeti ile ilgili olarak bu konuya değindiğini ve başvuranın yapmış olduğu diğer başvurularla ilgili olarak iç hukuk yollarından yararlanıp yararlanmadığını araştırmadığını belirtmiştir. Hükümet ayrıca, başvuranın şikayetlerini daha etkin bir şekilde takip etmekten korkabileceği iddiasını reddetmiştir, çünkü başvuran basınla ve İnsan Hakları Derneği'nin Diyarbakır koluyla görüşmekten korkmamıştır.

Son olarak İHAM, 4 Nisan 1994 tarihinde Hükümet'in, Necati Aydın'a refakat eden polis memurlarını teşhis etmediğini ve Mahkeme'ye çağırmadığını gözlemler (bkz. yukarıda kaydedilmiş olan paragraf 13). Hükümet'in, Komisyon'un polis memurlarını şahsen dinlemesine ilişkin kararını sorgulamasıyla ilgili olarak (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 13), İHAM şu an bu Mahkeme için geçerli olduğu gibi, bir görgü tanığının olayların değerlendirilmesiyle ilişkili olup olmadığına, ilişkiliyse, bunun derecesine ve bu tür görgü tanıklarından ifadenin ne şekilde alınması gerektiğine karar vermenin Komisyon'un yükümlülüğü olduğunu hatırlatmıştır (bkz. Orhan/Türkiye, no. 25656/94, § 271, 18 Haziran 2002).

İHAM, Hükümet'in Komisyon'un ilgili dokümanlar, bilgi ve görgü tanıklarına ilişkin taleplerine cevap olarak gecikmeler ve ihmaller hususunda hiçbir tatmin edici açıklamada bulunmamış olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, bu hususta Hükümet'in tutumundan gerekli sonuçları çıkarabileceği kanısındadır. Ayrıca İHAM, sorumlu Hükümet'in Sözleşme işlemlerindeki işbirliğinin önemine atıfta bulunarak (bkz. yukarıda kaydedilen paragraf 137) ve bu nitelikteki bir ifade-alma uygulamasından doğabilecek kaçınılmaz zorlukların farkında olarak (bkz. yukarıda kaydedilen Timurtaş, § 70), Hükümet'in AİHS'nin 38 § 1. (a) maddesi uyarınca, olayları tespit etme görevinde Komisyon'a ve İHAM'ye tüm gerekli olanakları sağlama yükümlülüğünü yerine getiremediği sonucuna varmıştır.”

yüklenen yükümlülüklerle bağdaşmadığı kanaatine varmıştır⁶.

6. Tanış ve Diğerleri/Türkiye, 65899/01, 02.08.2005; 12. Sezgin Tanrikulu
62. Tanık 1963 yılında doğmuş olup, olayların geçtiği sırada Diyarbakır'da yaşamaktadır. Diyarbakır İnsan Hakları Vakfının avukatı ve temsilcisidir.
63. Serdar ve Ebubekir'i şahsen tanımamaktadır. Bununla birlikte HADEP bünyesindeki faaliyetlerinden ötürü tehditlere maruz kaldıklarından haberi vardır. Kaybolduklarını 26 Ocak 2001'de öğrenmiştir.
64. Tanık, 29 Ocak 2001 tarihinde Diyarbakır İnsan Hakları Demeği Başkanı Osman Baydemir ve başka iki kişiyle birlikte Silopi Cumhuriyet Savcısı Kubilay Taşdan'ın yanına gittiklerini belirtmiştir. Savcı, Silopi Jandarma Komutanı ile telefonda konuştuğunu; Komutanın da kendisine Serdar ve Ebubekir'in gözaltına alınmadığını; Jandarma merkezine de getirilmediğini ifade ettiğini söyler. Kendileri Savcıya "siz neden jandarma merkezine gitmediniz", "Neden yerinde gözaltı kayıtlarını incelemediniz?" diye sormuşlardır. O da kendilerine telefon konuşmaları ile yetindiğini belirtmiş; aramalarına Şırnak'ta devam etmelerini, ısrarla söylemiştir.
65. Tanık, Silopi Jandarma Komutanına ve Vali yardımcısına ulaşamadığını belirtmiştir. Aynı gün Şırnak Cumhuriyet Savcısına gitmişlerdir. Savcı olaydan haberdar edilmişti ve Silopi Savcılığının yazılı bilgilendirmesini bekliyordu; daha sonra Şırnak Jandarma Alay Komutanlığını arayarak anılan kişilerin gözaltına alınıp alınmadığını sordu. Kendisi, tanıklara, başka bir girişimde bulunmaya yetkili olmadığını belirtmiştir.
66. 31 Ocak 2001 tarihinde, tanık ve diğer hukukçular « Silopi Kayıpları Hakkında Rapor » başlıklı raporu kaleme almışlar ve böylece durumu kamuoyuna duyurmuşlardır. Serdar ve Ebubekir'in kaybolması bu surette medya tarafından geniş olarak işlenmiştir. Olayın medyaya duyurulmasından dört gün sonra, Şırnak Valisi anılan kimselerin Jandarmaya merkezine geldikleri ve kısa bir süre sonra da burayı terk ettiklerine dair bir bildiri yayımlamıştır.
67. Tanık, 4 Şubat 2001 tarihinde, Osman Baydemir ile birlikte, gerçeklerin yadsınma sebeplerini ve bazı sorulara cevap verilmesini talep ettikleri bir kamuoyu açıklaması yaptıklarını belirtmiştir. Bu beyanlarından ötürü kovuşturulmuş ve yargılanmışlar, sonunda da suçlamalardan aklanmışlardır.
30. Kubilay Taşdan
129. Tanık 1969'da doğmuştur ve olayların geçtiği tarihte Silopi Cumhuriyet Savcısıdır. Silopi'de, Hakan Başverdi, Gündoğan Öztürk ve kendisi olmak üzere üç savcı olarak çalışmakta idiler.
130. Tanık, ne Serdar'ı ne de Ebubekir'i tanımamaktaydı, onlarla hiç karşılaşmamıştı. Olaydan, 25 Ocak 2001'de, saat 17'ye doğru, İdris Tanış vasıtasıyla haberdar olmuştu. Silopi Jandarma Komutanlığı ile telefonla bağlantıya geçmiş ve Komutanın yerine bakan subaydan, jandarma nezdindeki tüm birimlerde araştırma yapılmasını talep etmiştir. Süleyman Can kendisini aramış ve anılan kimselerin Jandarma Komutanlığına gelmediğini ve gözaltına alınmadıklarını ifade etmişti.
- Savcı bu bilginin ardından, bunları doğrulamak için anılan mahalle gitmeyi gerekli bulmamıştır. Usule göre, jandarma komutanı her türlü gözaltına alma işleminden ve tutuklamanın gerekçesinden onu haberdar etmek zorundadır. Ona göre, jandarmalar tarafından söylenenlerin hepsi gerçeği yansıtmaktadır. Kendisi şunları ifade eder : « Serdar ve Ebubekir'in gözaltına alınmadıklarını farz etmiştik, araştırma sözlü olarak gerçekleştirildi, Komutan tarafından konu hakkında verilen bilgiyi uygun bulmuştum. 26 Ocak 2001'de Şırnak, Cizre ve İdil savcılıkları ile telefonla irtibata geçtim ve onlara bu kimselerin kendi bölgelerinde gözaltına alınmış olup olmadığını sordum. Cevaplar olumsuzdu. Aynı gün Sn. Tanış, kayıplardan birinin babası ile geldi, ifadesini aldık, dilekçelerini verdiler; soruşturma o günün tarihini taşır. 27 ve 28 Ocak'ta, Serdar ve Ebubekir'i Jandarma Komutanlığına girerken gördüğünü iddia eden bir kimsenin ifadesini not ederek, 25 Şubat 2001 tarihinde merkezde bulunan asker ve subayların isimleri ile birlikte tam listesinin gönderilmesi konusunda Jandarma Komutanlığına talimat verdim. Ayrıca o gün nöbetçi olan beş altı asker dinledim. Muhtemel bir gözaltının benden saklanamayacağını tekrarlıyorum; bu kişilerin jandarma merkezine gelmiş olmaları olgusu bana bir şey kazandırmamıştır. 29 Ocak 2001'de, iç düzenlemelerimize uygun olarak, soruşturma dosyasını, birkaç jandarma ve askeri dinleyen meslektaşım Gündoğan Öztürk'e verdim. Aynı gün, İnsan Hakları Demeğinden bir delegasyon beni görmeye geldi ve soruşturmanın gidişatına ilişkin sorular sordu. Ben onlara Serdar ve Ebubekir'i Şırnak'ta aramaları gerektiğini söylemedim. Süleyman Can'la sürekli olarak telefonla bağlantı kurdum, onunla şahsen karşılaşmadım ; bu olayda anılan kişilerin akıbetleri

Mahkeme “**Akdeniz ve diğerleri**” dosyasında komisyon aracılığı ile yapılan araştırmaları kararında değerlendirmiştir. Bu davada komisyon delegasyonu tam bir “hakikat komisyonu” gibi çalışmış, tarafları dinlemekle kalmayıp aynı zamanda tartışmalı noktalar hakkında detaylı incelemeler yapmıştır⁷.

konusunda hiçbir bilgimiz yoktur. 29 Ocak 2001 tarihinde, ziyaretçi giriş kayıtları ile gözaltı kayıtlarını gördüm ve buradaki imzaları kontrol ettim ».

131. Soruşturma usulüne ilişkin olarak, tanık, bir olayın soruşturulması çerçevesinde savcının jandarma merkezine her zaman gidebileceğini, gözaltı bölmelerinin incelenmesi ya da gözaltının hukuksuzluğu ve gözaltı şartlarının doğrulanması gibi hususlarda mahallinde soruşturma yapabileceğini ifade etmiştir.

132. Tanık, jandarma komutanlığına gelmesini istemek için Serdar’ı arayan jandarmanın durumu hakkında fikrini belirtmemiştir. Tanık, soruşturmanın gizliliğini gözönünde bulundurarak, bu kimsenin ismini veremeyeceğini ifade etmiştir.

b) Delegelerce toplanan ifadelere gelince ; Mahkeme, tanıklarca yapılan beyanlara atfedilecek anlam ve ağırlığa özel bir önem vermiştir.

c) Çelişkili anlatımların bir arada bulunduğu bir olayda, Mahkeme kaçınılmaz olarak, maddi olguların saptanması konusunda bir ilk derece mahkemesinin karşılaşacağı zorluklarla karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme’nin tanıkları gelmeye icbar etme yolunda bir yaptırım yetkisi yoktur. Bu durum karşısında, tanık olarak çağırılanlardan, dönemin Şırnak Jandarma Alay Komutanı Levent Ersöz ve 25 Ocak 2001 tarihinde Serdar Tanış’a telefon eden ve ismi Hükümet tarafından bildirilmeyen kişi, delegeler önünde hazır bulunmamışlardır. Ayrıca, Mahkeme, gizlenen bilgileri de gösteren bir biçimde soruşturma dosyasını elde edememiştir. Sonuç olarak, ödevin yerine getirilmesindeki bu eksiklikler, Mahkeme’nin maddi olguların saptanması görevine engel oluşturmuşlardır.

Somut olaydaki gibi, savunma mevkiindeki Hükümet, bilgilere ulaşmada ve başvuru sahiplerinin iddiasını doğrulayacak ya da reddedecek tanıkların icbarında tek yetkili olduğu zaman, onun bu konudaki kusuru, yeterli bir gerekçelendirmede bulunmadığı takdirde, başvuru sahiplerinin iddialarının temelleri konusunda sonuçların çıkarılmasına izin verilebilir. (bkz., mutatis mutandis, Akkum ve diğerleri - Türkiye, no 21894/93, § 209, İHAM 2005-... (özet)).

163. Mahkeme, Sözleşmede öngörülen usulün her zaman affirmanti incumbit probatio (kanıt yükü iddia edene aittir) prensibinin katı bir biçimde uygulanmasına uygun olmadığını altını çizer. Mahkeme daha önce, Devletlerin, başvuruların ciddi ve etkili incelenmesine izin vermek adına gerekli tüm kolaylıkları sağlamasının, 34. maddeyle kurulan bireysel başvuru mekanizmasının iyi işlemesi için hayati öneme sahip olduğuna karar vermiştir. (bkz., örneğin, Tanrıku - Türkiye [BD], no 23763/94, § 70, İHAM 1999-IV). Sözleşmede kendisine tanınan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bireyin Devlet görevlilerini suçladığı bu tipteki davalara ilişkin yargılamalarda, bazen Savunmacı Devletin bu iddiaları doğrulamaya ya da reddetmeye elverişli olan belgelere ulaşabilecek tek makam olması kaçınılmazdır. Bir hükümetin, tatminkar bir açıklama göstermeksizin, kendisinde bulunan bilgileri vermemesi, sadece Savunmacı Devletin kendisine Sözleşmenin 38/1 a) maddesinde yüklenen ödevi saygısının zedelenmesine değil ; aynı zamanda bu kaçınma durumundan, iddiaların esası hakkında sonuçlar çıkarılmasına da neden olabilir. (Timurtaş - Türkiye, no 23531/94, §§ 66 et 70, İHAM 2000-VI, ve Tepe - Türkiye, no 27244/95, § 128, 9 Mayıs 2003). Aynı değerlendirme, Devletin, tanıkların dinlenmeye hazır bulundurulmasını sağlamadığı ve böylece olayların tespitini tehlikeye düşürdüğü hallerde de geçerlidir.

164. Anılan ilkeler ışığında, Mahkeme kendisinin başvurunun incelenmesi için gerekli gördüğü, gizlenen bilgilerin ifşa edildiği soruşturma dosyası, dönemin Şırnak Jandarma Alay Komutanı Levent Ersöz’ün dinlenebilmesi, 21 Ocak 2001’de Serdar Tanış’a telefon eden ve ismi bildirilmeyen kişinin kimliği gibi kanıt unsurlarını elde etmeyi umduğu halde, bu taleplerinin yerine getirilmesi için Hükümetin gereken özeni göstermemesinin, Devlete Sözleşmenin 38/1 a) maddesinde yüklenen yükümlülüklerle bağdaşmadığı kanaatinde dir.

7 **Akdeniz ve Diğerleri / Türkiye, 23954/94, 31.05.2001;** 7. Davanın olayları özellikle tarafların üzerin-

de tartışmalı olduğu Türkiye'nin Güneydoğusunda yer alan Alaca Köyü civarında 1993 Ekim ayında güvenlik güçleri tarafından yapılan operasyonlar sırasında gelişen olaylar ile ilgilidir. Komisyon Sözleşmenin 28/1 (a) maddesi uyarınca tarafların yardımıyla bir soruşturma gerçekleştirmiştir.

8. Komisyonun Delegasyonu (Mrs J. Liddy, Mr M. P. Pellonpaa and Mr P. Lorenzen) 30 Eylül - 4 Ekim 1997 ve 4 - 9 Mayıs 1998 tarihleri arasında Ankara'da şahitleri dinledi. Bu dinleme işlemi dokuz başvuru da kapsamakta idi:

Kayıp Turan Demir'in annesi Zekiye Demir; kayıp Nusreddin Yerlikaya'nın kardeşi Abdurrahim Yerlikaya; kayıp Behçet Tutus'un kardeşi Selahattin Tutus; olaylara şahit olan köylü Mehmet İlbey; Panak Jandarma Karakol Komutanı Ulvi Kartal; Kulp Jandarma Karakol Komutanı Ali Ergülmez; Bingöl Cumhuriyet Savcısı Kenan Sağlam; Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı Bekir Selçuk; Hükümet tarafından davet edilen köylüler Lüftü Baran, Vehbi Baser ve Hakkı Zümrüt; Operasyon sırasında Bolu kuvvetleri komutanı olan General Yavuz Ertürk; kayıp Mehmet Salih Akdeniz'in eşi Pembe Akdeniz; kayıp Mehmet Şerif A var ve Hasan Avar'ın annesi ve baldızı olan Vesha Avar.

9. Komisyon'un aşağıda Bölüm A'da özetlenen olay ile ilgili bulguları 27 Ekim 1999 tarihli Raporda açıklanmıştır. Başvuru sahipleri Komisyonun olay ile ilgili bulgularını kabul etmiştir. Hükümetin olaylara ilişkin açıklamaları ise aşağıda (Bölüm B) özetlenmiştir.

Komisyon delegasyonuna dayanarak başvuru sahiplerinin, kayıp kişilerin aile bireylerinin ve köylü Mehmet İlbey'in (ifadelerinde) dürüst olduklarına ve delilleri verme şekillerinin inandırıcı olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar bunların bir kısmı ifadelerinde bazı detayları biraz karıştırdı. Ancak Özellikle üzerinden geçen zaman dikkate alınırsa sadece umulmadık bir şey olmayan tarihler konusunu karıştırmış olduklarına dikkat edilmelidir. Bazı kadın şahitler ve Sabri Avar gayet basit şekilde, mütevazı bireyler olarak yeteneklerinin elverdiği ölçüde sorulan soruları samimi olarak cevapladılar. Komisyon, bütün başvuru sahiplerinin içinde bulunduğu durumu, yakınlarının kaybolmasından sonra ortaya çıkan belirsizliğin yarattığı acılardan dolayı derin ve sonsuz bir ıstırap hali şeklinde yorumlamış ve birçok kez yakınlarının kaderi hakkında kendilerine bilgi verilmesi için başvurduklarını belirtmiştir. Onların delilleri, aileler tarafından olayların hemen ardından dava açılmış olması ve daha fazla şahit dinledikçe delillerin güvenilirliğinin artması gibi destekleyici ek belgeler ile büyük bir uygunluk içindedir. Önemli kısımları itibariyle bu ifadeler hükümetin getirdiği köylü şahitler tarafından da doğrulanmıştır. Aksi olarak Komisyonunun Delegasyonu Jandarmanın şahitleri olan Ulvi Kartal ve Ali Karagülmez'in ifadelerinden olumsuz izlenimler edinmişlerdir. Bu iki şahidin o tarihte sözü edilen bölgede operasyon yapıldığı yönündeki ifadeleri dahil olmak üzere diğer delilleri, General Yavuz Ertürk'ün operasyonun yapıldığını ve iki şahidin bundan haberdar olması gerektiği yönündeki açıklamaları ışığında güvenilir bulunmuştur. Doyurucu ve İkna edici bir şahit olarak General Ertürk etkileyici olmakla birlikte, Hükümet, General Ertürk'ün delillerini Komisyona sunması sırasında başvuru sahiplerinin temsilcilerinin hazır olmalarına izin vermemesi nedeniyle delillerinin ağırlığını (değerini) azaltmıştır. Komisyonun olgulara dayanan kaygılarına ilişkin açıklamalardan ve kesin cevaplar vermekte istekli davranmamıştır. Köylülere davranış şekilleri, helikopterlerin kullanılması ve Alaca bölgesindeki mezarlara ve köylere askerlerin girmediği yönündeki iddialarının güvenilirliği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Delegasyon Hükümet tarafından sunulan deliller ile başvuru sahiplerinin olaylara ilişkin açıklamalarındaki çelişkili noktaları incelemiştir. Detaylardaki bazı farklılıklar geçen süre dikkate alınırса açıklanabilir bulunmuş ve aynı zamanda bu farklılıkların başvuru sahiplerinin ve şahitlerinin güvenilirliğini etkileyecek nitelikte olmadığı görülmüştür. Raporları genel anlamda birbirine uyumlu, güvenilir ve inanılır niteliktedir.

19- Bu bağlamda Komisyon aşağıdaki bulgulara ulaşmıştır

2. Güvenlik güçleri tarafından köylülerin gözaltına alınması

Operasyonların başlamasından hemen sonra askerler PKK'nın sığınak ve depolarının yerlerini tespit etmek için rehber olarak kullanmak, PKK ile ilişkileri konusunda sorgulamak ve başka bir yerde alıkoymak üzere götürmek için köylüleri bir araya getirmeye başladı.

Köylüler ilk olarak Şenyayla ve civarında 9 Ekim günü gözaltına alınmaya başlandı. Askerler Gurnik, Mezire ve Licik'e 10 Ekim'de ulaştı. Bazı köylüler isimleri ile aranmakta idi. Diğerleri genel olarak kimlik kontrolü için bir araya getirildiler. Askerler Gurnik mezarasının yakınındaki Kepir tepesine helikop-

Mahkeme Ayder ve Diğerleri / Türkiye kararında ulusal düzeyde yapılan

terlerin indiği ve levazım tedariki yapıldığı bir kamp kurdular. Muş il sınırına yakın Kayalısı ve Licik yakınında bir veya iki askeri kamp daha kurulmuştu. Köylüler bir süre bu kamplarda tutulmuşlardır. Operasyonun başlangıcında Şenyayla'da yaşayan köylüler bomba taşıyan uçaklar görmüşlerdir. Mehmet Salih Akdeniz askerler tarafından görünüşte rehber olarak alınmıştır. Bir iki gün sonra Mehmet Salih askerler tarafından Kepir'de kurulan kampta tutulmuştur.

Kepir1 de köylüler değişik kısıtlama uygulamalarının yapıldığı farklı gruplar halinde tutulmuşlardır. Onların on biri (daha sonra kaybolan kişiler) bir grupta tutuldular. Bunlar yemek, tuvalet ihtiyacı ve ziyaretçiler geldiği durumlar hariç devamlı bağlı olarak tutuldular. Bununla birlikte dört şahit (Pembe Akdeniz, Vesha Avar, Selahattin Tutuş ve Mehmet İlbey) bu grupta olmasına rağmen Mehmet Salih Akdeniz'in bağlanmadığını belirtmişlerdir. Diğer yakalananlar-Selahattin Tutuş, Mehmet İlbey- yaklaşık 30-50 kişiden oluşan köylüler ile birlikte bir grupta tutulmuşlardır. Bunlar gündüzleri kampta bulundukları halde geceleri Gurnik'teki evlerine dönmüşlerdir. Abdurrahim Yerlikaya ve Ali Yerlikaya on bir kişilik grup ile bir arada veya onların yakınında bağlı olarak tutulmuşlardır.

On bir kişiye Kepir'de nasıl muamele edildiğine gelince Komisyon şu bulgulara ulaşmıştır; Mehmet Salih Akdeniz hariç diğer on bir kişi bağlanmışlardır (Vesha Avar sonuç olarak yakınlarının ayak parmaklarının şiştiğini belirtmiştir);

-Hepsi gece ve gündüz açık havada tutulmuşlardır (Mehmet Şah Atala'nın kızardığı, titrediği, soğuktan etkilendiği görülmüştür);

-Askerler tarafından sorgulanmışlardır;

-Hepsi acı ızdırap endişe ve korku içinde idiler (Turan Demir'in aç, susuz ve acı içinde olduğu belirtilmiştir; Mehmet Salih Akdeniz diğerleri çok kötü bir durumda olduğunu öldürüleceğinden korktuğunu söylemiştir; Mehmet İlbey'in ifadelerinde bu yakalananların çok kötü bir durumda olduğu, açlığa mahkum oldukları ve bir hafta bağlı tutulduklarını belirtilmiştir);

1993 Ekim ayında Diyarbakır bölgesinde Kulp-Muş-Bingöl üçgeninde bir askeri operasyon gerçekleştirilmiştir. Operasyon General Yavuz Ertürk komutasında Bolu Tuğayı tarafından gerçekleştirilmiştir. Operasyon sırasında maksimum 6 kişi alan UH-1 helikopterleri dışında hiçbir helikopter veya uçak kullanılmamıştır. Operasyon sırasında yakalanan kişiler yürüyerek Muş'a götürülmüşlerdir.

Yetkili makamlar kaybolduğu iddia edilen 11 kişi hakkında hemen bir soruşturma başlatmışlardır. Başvuru sahibi, Kemal Taş'a oğlunun salıverilmesinden hemen sonra bilgi verilmiştir. Diğer başvuru sahipleri tarafından verilen dilekçelerde sadece bilgi istenmiş ve herhangi bir suçlama yer almamaktadır. Dilekçe vermek için niçin uzun bir süre bekledikleri konusunda hiçbir açıklama da yapmadan her olayda dilekçeler sadece Aralık 1993'te verilmiştir.

Başvuru sahiplerinin yakınlarının ortadan kayboluşları ve tutuklanmalarında güvenlik güçlerinin müdahalesi olduğu yönündeki iddiaları tamamen temelsizdir. Eğer binlerce asker operasyona katılmış ise askerlik süreleri bittikten sonra bazılarının bu konuda konuşmaları beklenirdi.

Tüm bu şartlar altında söz konusu kişiler muhtemeldir ki PKK tarafından kaçırılmış olsunar.

Hükümet, 11. tutuklunun Ümit Taş olduğu yönünde yeterli herhangi bir delilin olmadığını ve Komisyonun görgü şahitlerinin Ümit Taş'ın yaşını farklı olarak söylemelerine karşılık yeterli açıklamalar getirmediği konularında itiraz etmiştir. Dolayısıyla başvuru sahiplerinin 11 yakınının askerler tarafından alındığı yönündeki iddialarını ispat edecek kesin, şüphe olmayan bulgular yoktur. Ayrıca başvuru sahiplerinin başvuru yapmak için niçin Aralık ayına kadar bekledikleri ve başvuru niçin Kulp yerine Diyarbakır'da yaptıklarına ilişkin açıklama olmadığını da ileri sürmüşlerdir. Kaybolan kişilerin neredeyse tümünün Devlet yanlısı olarak bilinmeleri ve o tarihe kadar hiç suç işlememiş olmaları diğer faktörler ile beraber değerlendirildiğinde bu kişilerin büyük olasılıkla PKK tarafından kaçırıldıklarını göstermektedir.

Mahkeme, Komisyonun araştırmasını sadece başvuru sahiplerinin sundukları belgelere ve delillere değil dosyadaki tüm delillere dayanarak hazırladığı görüşündedir. Komisyon raporunda delillerdeki tartışılabilir noktalar hakkında detaylı incelemelere yer verildiğini ve şahitlerin verdiği delillerin güvenilirliği ve önemi konusunda değerlendirme yapıldığını belirtmiştir. Generalin delillerinin ağırlığı konusundaki görüşünde Generalin delillerini sunarken başvuru sahiplerinin temsilcilerinin önünde delillerini sunmaktan kaçınması nedeniyle sorulan sorulara cevap verirken tutum ve davranışlarının gözlemle-

soruşturmaların eksik kaldığını belirtmiştir. Bunun üzerine, Mahkeme beş gün boyunca Ankara’da delegasyon temsilcisi vasıtasıyla tanıkları sorgulamış ve tanık ifadelerinden yola çıkarak hakikatlere ulaşmaya çalışmıştır⁸.

nememesini de hesaba katmıştır. Komisyon 11. Yakalanan kişinin Ümit Taş olduğu konusunda çok az delil olduğunu kabul etmiş, ancak sonuç olarak bu delillerin ispat standartları için aranan gerekli seviyeye ulaştığına inanmaktadır.

Mahkeme, başvuru sahiplerinin iddia edilen operasyon hakkındaki anlatımlarının yetkili makamlar tarafından başından itibaren yalanlandığını kaydetmiştir. Gerçekten de Hükümet Komisyonla sözü edilen operasyonun hiçbir zaman gerçekleşmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte delillerin toplanması sırasında ortaya çıkmıştır ki, iddia edildiği gibi büyük çaplı bir askeri operasyon, operasyonun başladığı ilk anlardan itibaren başvuru sahipleri tarafından adı verilen bir komutanın yönetiminde gerçekleştiği ortaya çıkmıştır. Birçok noktada başvuru sahiplerinin operasyona ilişkin anlatımları çoğu zaman Hükümetin kendi şahitleri tarafından desteklenmiş yani doğrulanmıştır. Örneğin Köylü Vehbi Başer kendisinin ve diğerlerinin operasyon sırasında bölgede yaşadığını ve o bölgede helikopterlerin seslerini duyduğunu belirtmiştir. Başvuru sahiplerinin iddia ettiği gibi General de Muş’tan gelen jandarma güçlerinin yer aldığından söz etmiş ve askerlerinin köylüleri rehber olarak kullandıklarını kabul etmiştir.

- 8 **Ayder ve Diğerleri/Türkiye, 23656/94, 08.01.2004;** Komisyon; Hükümet tanıklarından bir çoğunun olaylardan hemen sonra evlerin güvenlik güçleri tarafından kasten yakıldığı iddialarından haberdar olduklarını Komisyon Delegatesine söylemesine karşın, bu başvuru Hükümete bildirilene kadar güvenlik güçlerinin olumsuz eylemleri ile ilgili iddialar konusunda hiç bir soruşturma yapılmadığını belirtmektedir. Başkomiser Mustafa Öztan bu anlamdaki söylemleri gazetelerden okumuş, Hakim Gürcan Acar ise hasar tespit görevini yerine getirirken bu suçlamalarla ilgili kadın sesleri duymuştur. Şahap Yaralı bu iddialardan gazeteler ve televizyonlar aracılığı ile haberdar olmuştur.

Başvuru sahipleri Ahmet Ayder ve Yusuf Lalealp savcılığa gittiklerini, ancak herhangi bir yardım alamadıklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte, Savcı Mehmet Dabak, Komisyon Delegatesine, güvenlik güçlerinin kasten evlerini yaktığı ile ilgili olarak herhangi bir şikayet almadığını söylemiştir. Sayın Dabak tarafından ileri sürülen, halkın aslında kendisine gelmekten ziyade Mahkeme hakimie gitmiş oldukları biçimindeki olasılık konusunda Komisyon karar verememekle birlikte. Sayın Öztan ve Yandığı güvenlik güçlerinin yanlış hareketleri hakkındaki iddiaları gazeteden okumuş iken Sayın Dabak’ın bu iddiaları okumamış olmasını garip bulmaktadır. Değişik gazetelerin iddialara yer vermiş olduğu açıktır. Komisyon Sayın Dabak’ın bu haberleri okumuş olsa idi. bunun temelinde bulunan olaylarla ilgili soruşturmalar yapacağı biçimindeki ifadesinden hiç etkilenmemiştir.

82. Mahkeme, Hükümetin endişelerini taşımamaktadır. Komisyonun bu bulgulara Ankara’da 5 günlük zaman zarfında sözlü olarak ifade aldıktan sonra ulaştığını belirtmektedir. Komisyonun bu sonuca, başvuru sahiplerinin iddialarını destekleyen ve güvenilirliği konusunda şüphe uyandıran unsurları göz önüne alarak ulaştığını düşünmektedir. Böylece, kendisine sunulan kanıtlara göre, başvuru sahiplerinin söylediğinin aksine. 22 Ekim 1993 tarihinde Lice’de teröristlerin bulunduğu göz ardı edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Buradan Hükümet tarafından ortaya konulan kanıtların göz önüne alınmadığı biçimindeki Hükümet iddiasının doğru olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bundan başka Mahkeme, başvuru sahibinin iddiasının ispat edilmediği yönündeki Hükümet iddiasını da reddetmektedir. Komisyon Delegatesinin başvuru sahiplerinin ve tanıkların dürüstlüğü ve güvenilirliği ile ilgili herhangi bir şüphe ortaya koymadıkları bu olayda, böyle bir hipotezin uygulanmasına mahal yoktur. Tersine Komisyon Delegatesi daha yaşlı tanıkların ifadesinin zaman zaman biraz karışık olsa bile, başvuru sahiplerinden Ayder, Doman, Biçer, Ekmekçi ve bunların tanıklarının ikna edici bulunmuştur. Komisyon, ifadelerinin detaylı ve bir bütün olarak ele alındığında tutarlı olduğunu düşünmüştür. Lalealp’in sözlü ifadesi biraz karışık olarak tanımlanmış, ancak bununla birlikte dürüst ve ikna edici bulunmuştur. Komisyon Delegatesi onu samimi bulmuş ve güvenilir bir tanık olarak kabul etmiştir. Öte yandan Başkomiser Öztan’ı suskun bir tanık olmaktan ziyade, kaçamaklı cevap veren bir tanık olarak tanımlamıştır.

Mahkeme, ayrıca helikopterlerin varlığı ile ilgili Komisyonun detaylı analizlerinin bulunduğu göz önüne alındığında evlerin ateşe verilmesi ve helikopterlerle ilgili kanıtların değerlendirilmesinde herhangi bir boşluk hissetmemiştir. Mahkeme, 22 Ekim 1993 tarihinde helikopterler ile ilgili operasyon emirleri konusunda Komisyon Delegatesinin talebinin reddedildiği hususu göz önüne alındığında, Komisyonun bu konudaki çabala-

SONUÇLAR

İHAM'nin yukarıdaki olaylarda uyguladığı yöntem ve verdiği kararların önemli sonuçları olmuştur. Bunların bir kısmı, hakikat komisyonlarının işlevleriyle büyük ölçüde örtüşmektedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Mahkemeye ulaşma şansına sahip olmuş mağdurlar bakımından, yaşadıklarını ve gördüklerini resmi bir platformda anlatma ve kayda geçirme imkânı sunmuştur. Bu durum, hakikat komisyonlarının en önemli katkıları arasında yer alan **“travmayla baş etmeyi kolaylaştırma”** işlevine denk düşmektedir.

2- O tarihlere kadar ortaya çıkmamış tanıkların dinlenmesine imkân sağlamıştır. Bu ise, yine hakikat komisyonlarının başlıca katkıları arasında kabul edilen **“hakikati aydınlatma”** işlevine karşılık gelmektedir.

3- Ağır ihlallerin muhtemel sorumlularının ismen ve/veya görev itibariyle tanımlanmasını sağlayacak veriler toplamış ve belgelemiştir. Böylece, ulusal hukuk yollarının olağan işleyişe kavuşacağı dönemde ihlallerin müeyyidesiz kalmasının önüne geçmeye yarayacak dayanaklar sunmuştur.

4- İleride demokratikleşme sürecinin derinleşmesi durumunda, geçmişte aynı ihlallere maruz kalmış, fakat mahkemeye başvuru imkânı bulamamış kişiler için güçlü ve değerli bir arşiv yaratmıştır. Bunu da, hukuksal takip için hafıza kaydı olarak yorumlayabiliriz.

Dostane Çözüm

Bu ağır ihlallerin böylece tespit edilmesinden sonra Mahkemenin eğilimi, benzer başvuruları dostane çözüm ve/veya hükümetin tek taraflı kabul bildirimleriyle kayıttan düşürme yönünde oluşmuştur.

- Dostane çözüm şu temeller üzerine kurulmuştur;
- Hükümetin sorumluluğu kabul etmesi
- Üzüntü bildirme

rım eleştirmenin Hükümete yakışmadığını belirtmek ister.

Özetle Mahkeme, Hükümet tarafından yapılan eleştirilerin haklı olmadığını tespit etmiş olup, olayların Komisyon tarafından tespit edildiği biçimini kabul etmiştir.

Mahkeme, Sözleşmenin 35/1. maddesinde sözü edilen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, Devlet aleyhine bir uluslararası yargı ya da hakem kuruluşunun önüne getirilmeden önce ulusal adalet sistemi ile sağlanan yasal yolların **tüketilmesini** zorunlu kıldığını tekrarlamaktadır. Bununla birlikte, 35/1. maddeye göre yetersiz ve etkisiz hukuk yollarının tüketilmesi gerekmemektedir. Ayrıca, genel olarak kabul edilen uluslararası kurallara göre, başvuru sahibinin sahip bulunduğu iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden kurtaran Özel durumlar da olabilir. Bunun sebeplerinden birisi de, Devlet ajanlarının verdiği ciddi zarar veya kötü davranış iddialarına cevap verme konusunda yardım etme veya soruşturma yapmada ulusal yetkililerin eksik kalmasıdır (yukarıda anılan Akdivar ve Diğerleri kararı paragraf 65-60, 24 Nisan 1998 tarihli Selçuk ve Asker v. Türkiye kararı, Reports 1998 - II sayfa 907, paragraf 65)."

- Tekrarın önlenmesi için tedbir alma
- Tazminat

Dostane çözümlerde;

- Özür dileme
- Sorumluları açığa çıkarmayı sağlayacak soruşturma ve yargılama
- Görevden alma

unsurları yoktur. Bu durum, İHAM'nin hakikat komisyonu yönünde işlev görmede en zayıf kaldığı noktayı oluşturmaktadır.

5233 Sayılı Kanun

Bu kanun, Mahkemenin Akdivar'da başlayan Menteş-Asker'le devam eden, Doğan davasıyla son noktasına ulaşan köy yakma içtihadının bir sonucudur. Kuşkusuz AB sürecinin de bunda önemli etkisi olmuştur. Zira BK önceki kararlarının izlenmesi sürecinde hükümetin bu konuda hangi tedbirleri aldığını not etmiştir. Nihayet Ayder kararıyla Mahkeme, 5233 sayılı kanunun öngördüğü başvuru mekanizmasını yeterli bir iç telafi yolu sayarak yaklaşık 1500 başvuruya ilgili olarak örnek-pilot kararını açıklamıştır.

Öte yandan, Bakanlar Kurulunun 23.6.2003 tarihli ve 2003/5930 sayılı Kararıyla kabul edilip 24.7.2003 tarihli ve 25178 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar"ın "Yargının işlevselliği ve kapasitesinin artırılması suretiyle etkin bir yargı sisteminin tesis edilmesi" başlığı altındaki (24.14.1.1.) numaralı tablodaki 18 inci sırada "Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun Tasarısı"nın beklenen yürürlük tarihi 2004 yılı olarak belirlenmiştir.

Bu dönemde yaşanan olaylar, sonuçları bugün de devam eden ağır bir travma yaratmıştır. Bu travmayla baş etme açısından İHAM'in katkısı küçümsenemez; ama kendisinden bir hakikat komisyonunun yapabileceklerine ulaşmasını beklemek de mümkün ve doğru değildir. Zira;

- Mahkeme, bu soruşturmaları ve kararları travmatik olayların kendisi devam ederken vermiştir. Henüz bu dönem **geçmiş** değildir.
- Hakikat komisyonlarının işlevi bakımından önemli olan unsur, hükümetin iradesinin kurucu olmasıdır.
- Kurucu iradenin eksikliğini kolaylaştırıcı iradeyle telafi etmek yoluna da gidilmemiştir.

Bölüm IV

Kararların Uygulanması ve Türkiye

AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi

Serkan Cengiz*

Yeni Avrupa’da İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı? Hayal kırıklığı mı? Bugünün verileri, koşulları ve istatistikleri ile böylesi bir sorunun cevabını kolaylıkla ve berraklıkla verebilmek çok mümkün değil. Buna karşın Sözleşmenin hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemi ortaya koyan, tecrübeleri yansıtan birkaç çalışma¹ dikkatlice okunduğunda, böylesi bir sorunun cevabı elbette inanılmaz bir başarı, demokrasi ve insan haklarının gelişimi açısından büyük bir kazanım olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dayandığı arka plan ışığında; ulusal makamların eylem ve işlemlerinin ikincil de olsa uluslararası bir Mahkeme denetimine tabi tutulmasının hayata geçirilebilmesi, ortak bir demokrasi anlayışının yaratılması, uygulanması ve geliştirilmesi açısından kuşkusuz can alıcı bir önem taşımaktadır.

Buna karşın böylesi bir hedefin hayata geçirilmesinde birincil sorumluluk elbette Avrupa Konseyi üyesi ülkelere düşmektedir. Konsey üyesi ülkeler bir

* İzmir Barosu, www.serkancengiz.av.tr

1 Özellikle Richard J. Evans’ın “*the Coming of the Third Reich*” ve “*the Third Reich in Power*” adlı çalışmaları, Adolf Hitler’in Silahlanma Bakanı Albert Speer’in Spandau Cezaevinde kaleme aldığı “*Inside the Third Reich*” adlı otobiyografisi ve son olarak Hannah Arendt’in “*Eichmann in Jerusalem*” adlı çalışması.

rehber niteliği taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarını ve yaklaşımını baz alarak ulusal hukuklarını demokratik toplum ilkeleri ve hukukun üstünlüğü prensibi ışığında günün ihtiyaçlarına göre biçimlendirmekle yükümlüdürler (Sözleşme madde.1). Doğası gereği etkin bir dış müdahaleyi açıkça gerektirmeyen bu yükümlülüğün bir sonucu olarak üye devletlerden uyum sürecinin gereklerini kendi iç dinamikleriyle yerine getirmeleri beklenmektedir.

Uyum sürecinin gereği Konsey üyesi ülkelerce yerine getirildikçe, üye ülkelerin egemenlik sınırları dahilinde bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler Konsey sınırları içerisinde Sözleşme bağlamında tanınmış hak ve özgürlüklere kolaylıkla ulaşabileceklerdir. Konsey üyesi ülkelerin, üyeliğe girişle birlikte hayata geçirmeyi kabul ettikleri bu uyum sürecinin denetimi Konsey organları özellikle de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi'nin sorumluluğu altındadır.

AİHS'in gereklerini yerine getirmeyen, belirli sebeplerden dolayı uyum sürecini kendi inisiyatifi ile tamamlamayan bir üye ülke, devlet başvurusu ve özellikle de bireysel başvuru yoluyla Konsey organlarından birisi olan Mahkemenin denetimi ile karşı karşıya kalacaktır. Bireysel veya devlet başvurusu yolu ile yargısal bir denetim mekanizması işleten Mahkeme, yargılama sonrasında, iddia edilen ihlalin veya ihlallerin var olup olmadığını tespit eder ve kararın kesinleşmesiyle birlikte ilgili başvuru bağlamında yargılama görevini tamamlar ve kararı, ihlal tespiti içermesi koşuluyla, icra süreci için Bakanlar Komitesine havale eder.

Yargılama sürecinin bitmesinden sonra başlayan bu yeni aşama Mahkeme kararların icrası ve sürecin denetimidir. Mahkeme kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi ve bu sürecin etkin bir izleme ile kontrol altında tutulması Mahkemeye sunulabilecek benzer veya aynı tip (klon) yeni başvuruların önünün kesilmesine ve dolayısıyla da bu tür potansiyel başvuruların ulusal seviyede önceden çözülmesine neden olacaktır.

Mahkeme kararlarının icrasından ve bu sürecin denetiminden sorumlu olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bugün başarılı olup olmadığı tartışılan Mahkeme mekanizmasının geleceği açısından oldukça önemli bir misyon

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

üstlenmiştir.² Bu mekanizmanın ne kadar iyi işlediği, Mahkemenin çalışmasını ne şekilde etkilediği hususlarının analizine geçmeden önce Mahkeme faaliyetlerine ilişkin 2007 verilerine bir göz atalım.

2007 yılına ait bazı veriler³

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin sayısı	: 47
Avrupa Konseyi ülkelerinin toplam nüfusu	: 850 Milyon
2007 Yılında Yapılan Başvuru Sayısı	: 41.716
31 Aralık 2007 itibariyle Mahkeme önündeki derdest toplam başvuru sayısı	: 79.427
31 Aralık 2007 itibariyle Mahkeme önündeki derdest toplam başvuru sayısı (Türkiye açısından)	: 9.173 (3.sırada)

Ortaya Çıkan Bazı Sonuçlar

Mahkeme'nin çalışmasına dair son veriler ve Mahkeme'nin Türkiye hakkındaki son kararları incelendiğinde öne çıkan problemleri şöyle sıralayabiliriz.

Mahkemeye gönderilen başvuruların sayısı her geçen yıl artmıştır.

Mahkemenin hali hazırdaki yavaşlığı 11 nolu Protokol ile aşılamamıştır.

Mahkeme'nin 2008 yılının Ocak, Şubat ayları ile Mart ayı başı itibariyle Türkiye hakkında son kararlarının (judgments) başvuru numaraları, söz konusu başvuruların ağırlıklı olarak 2000 yılı ile 2004 yıllarında arasında yapıldığını göstermektedir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı yapılan bir başvuru ortalama 4 ila 8 yıl arasında sonuçlandırılmaktadır. Bu koşullar altında 2008 yılı itibarıyla yapılan olağan bir başvurunun bugünkü şartlar altında sonuçlandırılma tarihi en erken 2012 en geç 2016'dır.

Aşırı dava yükü ve bir takım konjektürel nedenlerle (11 Eylül saldırısı ve sonraki gelişmeler ışığında anti-terör mücadelesi) Mahkeme'nin son dönemlerde vermiş olduğu kararların (Türkiye açısından), esasa ilişkin ihlal tespitleri ve yapılan değerlendirmeler açısından geçmişteki kararlara oranla çok daha geri olduğu gözlemlenmektedir. Mahkeme örneğin yaşam hakkı ihlali veya işkence

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, Serkan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", Toplum ve Hukuk Dergisi, 2003 Bahar Sayısı

3 İlgili veriler AIHM tarafından yıllık olarak yayımlanan 2007 Raporundan alınmıştır (www.echr.coe.int)

ve kötü muamele yakınmalarını konu alan başvurularda delillerin değerlendirilmesi aşamasında başvuru sahipleri orantısız bir ispat külfeti altına sokan, başvurularca sunulan delilleri yeterli görmeyen veya delillerin elde edilme sürecine etkisi olmayan başvuru sahibinin, içinde bulunduğu koşulları çok fazla önemsemeyen, devletin bu konudaki sorumluluğunu görmezden gelen bir yaklaşım değişikliğine gittiğine dair yaygın bir inanç bulunmaktadır.

Mahkeme son dönemlerdeki kararlarında ikincillik ve tamamlayıcılık ilkelerini baz alarak ulusal makamların kararlarının esasına müdahale edemeyeceğini, takdir marjı açısından ulusal makamların öncelikli ve daha iyi konumda olduğunu belirterek incelemesini ulusal makamların eylem ve işlemlerinin Sözleşmeye şeklen uygun olup olmadığının denetlenmesiyle sınırlandırmıştır.

Mahkeme örneğin adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin başvurularda yalnızca askeri yargıçlar (*Incal/ Türkiye, Başvuru no: 22678/93, 9 Haziran 1998 tarihli karar*), uzun yargılama (*Özkan / Türkiye, Başvuru no. 50733/99, 9 Kasım 2004 tarihli Daire kararı*), Yargıtay (*Göç / Türkiye, Başvuru no: 36590/97, 11 Temmuz 2002 tarihli Büyük daire Kararı*) ve Danıştay (*Bayram Meral / Türkiye, Başvuru no: 33446/02, 27.11.2007 tarihli karar*) Başsavcılığının tebliğnamelerinin gönderilmemesi gibi şekli sorunlar üzerinde durmakla yetinmiş, masumiyet karinesinin ihlali, hukuka aykırı delillerin varlığı, savunma hakkı, silahların eşitliği ilkesi vb. esasa ilişkin pek çok önemli noktayı atlayan bir tavır içine girmiştir.

Mahkeme son olarak Türkiye açısından oldukça gürültü koparan meselelerde (*türban, seçim barajı vs.*) zorunlu toplumsal ihtiyaç (*pressing social need*) ve üye devletlere bırakılan takdir marjı (*margin of appreciation*) prensiplerine dikkat çekerek ilgili başvuruları reddetmiştir.

Türkiye özelinde AİHM

1954 yılından bu yana Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tarafı olan Türkiye, 1990 yılında egemenlik sahası içinde bulunan kişilere bireysel başvuru hakkını tanıyarak ulusal hukukun sonraki yıllarda hatırı sayılır bir şekilde değişmesine neden olacak bir süreci başlatmıştır.

Bireysel başvuru hakkının tanınmasıyla birlikte 1990-2000 yılları arasında Mahkemeye gönderilen bireysel başvurular, ağırlıklı olarak Sözleşmenin 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence ve kötü muamele yasağı), 5. (özgürlük ve güvenlik hakkı), 6. (adil yargılanma hakkı), 13. (etkin iç hukuk yolu) ve son olarak 1 nolu Protokolün 1.maddesine dayanmıştır.

90'lı yılların özellikle ikinci yarısında Türkiye açısından ilan edilmeye başlanan Mahkeme kararlarının sayısı ve muhtevası 1954-1990 yılları arasındaki uyum sürecinde dişe dokunur bir gelişmenin sağlanamadığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme bu dönemde yapılmış başvurulara ilişkin kararlarıyla, Türkiye'de(ki) ilgili dönemdeki hak ihlallerinin hangi boyutlarda ve sıklıkta olduğunu açıkça ortaya koymuş ve en önemlisi de bu döneme ilişkin kararlar diğer ülkelere dair yargılamalarda referans içtihat olarak kabul görmeye başlamıştır. Konsey'in en kıdemli üyelerinden birisi olan Türkiye, istemeyerek de olsa Sözleşmenin yorumlanması ve geliştirilmesi açısından beklenmedik bir katkı sunmuştur. Bir başka ifadeyle Türkiye'nin içinde bulunduğu durum Sözleşme mekanizmasının etkinliğinin analizi ve eksiklerinin ortaya konulması açısından eşsiz bir emsal oluşturmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye hakkında vermiş olduğu kararların ulusal mahkeme kararları üzerinde ne gibi etkiler doğurduğu, Mahkeme kararlarının bir sonucu olarak değiştirilen ulusal mevzuatın yine ulusal mahkemeler ve makamlar üzerinde yarattığı etkiler hususunda çok fazla ulusal kaynağın olmayışı, bu etkilerin bilimsel anlamda ortaya konulmasını ve analizinin yapılmasını güçleştiren bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme ve Mahkemenin Türkiye hakkındaki kararları bazı davalar özelinde ve de dönemsel olarak kamuoyunda yer tutsa da (örneğin Abdullah Öcalan ve Leyla Şahin davaları) Konseyin bir nevi Anayasa Mahkemesi olan AİHM'in ve kararlarının ulusal mahkemeler, makamlar ve hukukçular açısından ne şekilde algılandığı ve algılanması gerektiği hususunda elimizde sadece birkaç ipucu mevcuttur. Bu ipuçlarından en önemlisi Mahkeme tarafından yayımlanan yıllık çalışma raporlarıdır.

1990-2000 yılları arasındaki süreci 1954 yılında başlayan bir uyum döneminin son evresi olarak kabul edersek Avrupa Birliği giriş sürecinin hızlandığı, üyeliğin gerektirdiği yasal ve anayasal düzenlemelerin hızla çıkarıldığı 2000 yılı sonrasına dair verilerin Mahkeme'nin işleyişinin tahlili anlamında daha kabuledilebilir sonuçlar ortaya koyabileceği inancındayız. Bu nedenle ilk olarak 2000-2007 yılları arasında Mahkeme'nin Türkiye açısından yayınlamış olduğu konuyla ilgili istatistiklere göz atmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

AİHM verileri ışığında Türkiye (2000-2007)⁴

Turkey in light of data on the ECtHR (2000-2007)

(Başvuruların Değerlendirilmesi) (Evaluation of applications)

Yıllar (Years)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Toplam/ Total
Başvuru sayısı (number of applications)	1117	2499	3879	2944	3930	2244	2353	2830	21796
Kabuledilebilirlik Ka. (number of admissibility decisions)	279	90	102	142	172	241	362	387	1775
Kabuledilmezlik Ka. (number of inadmissibility striking off decisions)	394	384	1639	1632	1817	1366	3166	1573	11971
Karar (esas) (number of judgments on merits)	26	171	55	76	156	276	320	331	1411
Karar (dostane çözüm) Judgments (friendly settlements)	12	57	45	44	10	6	8	3	185

Yukarıdaki tablonun ortaya koyduğu sonuçlardan bazıları şunlardır:

Türkiye’den Mahkemeye her yıl ortalama 3.000 başvuru gönderilmektedir.

Mahkemenin başvurulara ilişkin vermiş olduğu kararlar her yıl bir öncekine nazaran artmış olsa da, bu husus Türkiye’den yapılmış başvuruları hızını kesememiştir.

Mahkeme önündeki derdest başvurular açısından Türkiye 9.137 başvuru ile 54 yıl sonra bile hala üçüncü sıradadır.

Kuşkusuz salt başvuru ve Mahkeme kararlarının sayısı değil Mahkeme kararlarının muhtevası ve ihlal tespit edilen maddelerin neler olduğu ve bunların yoğunluğu da Sözleşme sisteminin etkinliğinin değerlendirilmesi açısından oldukça önemli sonuçlar ortaya koyacaktır. Bu nedenle 2003-2007 yılları arasın-

4 Tablodaki veriler Mahkeme tarafından yıllık olarak yayınlanan raporların derlemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

da Mahkeme'nin Türkiye açısından yayınlamış olduğu kararlara ilişkin istatistiklere göz atmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

AİHM verileri ışığında Türkiye (2003-2007)⁵

Turkey in light of data on the ECtHR (2003-2007)

(Türkiye Açısından İhlallerin Değerlendirilmesi)

(Evaluation of the findings of the Court in respect of Turkey)

Yıllar (Years)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Toplam/ Total
Yaşam hakkı / Etkin Olmayan Soruşturma (md.2) <i>(Right to life/ lack of effective investigation)</i>				1/2	6/18	15/26	9/21	3/11	34/78
İşkence/ Kötü ve Alçaltıcı Muamele/ Etkin Olmayan Soruşturma (md.3) <i>(Torture/ inhuman and degrading treatment/ Ineffective investigation)</i>				1/8/2	1/14/2	0/27/1	3/24/1	8/23/16	13/96/22
Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (md.5) <i>(Right to liberty and security)</i>				9	28	49	69	95	250
Adil Yargılanma Hakkı / Uzun Yargılama (md.6) <i>(Right to fair trial / Length of proceedings)</i>				56/3	74/8	93/32	93/48	99/67	415/158
Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı (md.8) <i>(Right to respect for private and family life)</i>				5	6	3	8	5	27
İfade Özgürlüğü (md.10) <i>(Freedom of expression)</i>				6	20	39	35	26	126
Etkin İç Hukuk Yolu (md.13) <i>(Right to an effective remedy)</i>				4	21	36	55	25	141
Mülkiyetin Korunması (md.1, 1 nolu Protokol) <i>(Protection of property)</i>				5	42	65	82	58	252

5 Tablodaki veriler Mahkeme tarafından yıllık olarak yayınlanan raporların derlemesidir. Ayrıntılı bilgi için bkzn. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>

Yukarıdaki tablonun ağırlıklı olarak ortaya koyduğu sonuç, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere dair ihlallerin sayısında da yıllar içerisinde hatırı sayılır bir azalmanın olmayışdır.

Bir diğer ifadeyle gerek Türkiye gerekse de Mahkeme kararlarının icra sürecinin denetiminden sorumlu olan Bakanlar Komitesi, kendilerine verilen görevleri gerektiği gibi yerine getirememiş ve sonuç olarak Sözleşme tarafından korunan hakların ilişkin ihlallerin ulusal düzlemde etkin bir şekilde çözülmesi sağlanamamıştır. Mahkemenin hali hazırdaki yavaşlığının ve yukarıdaki önemli eksikliklerin bir başka önemli sonucu ise AİHM'in geleceğini ipotek altına alan aynı tipten yüzlerce başvurunun bu süre zarfında Mahkemeye taşınması ve iş yükünün anormal şekilde artmasıdır.

Türkiye Özelinde Bazı AİHM kararları ve Takip Eden Yasal Değişiklikler

Akkuş / Türkiye davası (Kamulaştırma yasası)

Başvuru no : 19263/92
Başvuru tarihi : 1992
Karar Tarihi : 9 Temmuz 1997
İhlal : Kamulaştırma yasası gereğince ödeme şekli ve geç ödeme
(1 nolu Protokol md.1 mülkiyet hakkı ihlali)

Mevzuat değişiklik tarihi : 24 Nisan 2001 tarihli ve 4650 sayılı kanun ile kamulaştırma yasası değiştirilmiştir.

Incal / Türkiye Davası (Askeri yargıç ve savcılar)

Başvuru no : 22678/93
Başvuru tarihi : 1993
Karar Tarihi : 9 Haziran 1998
İhlal : Yargılamayı yapan DGM'de Askeri yargıç bulunması

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

(Sözleşme md.6/1- Adil Yargılanma hakkının ihlali)

Mevzuat değişiklik tarihi : 18 Haziran 1999 tarihli ve 4388 yasa ile Anayasanın 143. maddesi değiştirildi. 4390 sayılı yasasının yürürlük tarihi olan 22 Haziran 1999 tarihinde DGM’lerde görev yapan askeri yargıç ve savcılarının görevleri sona erdi.

Taşkın ve Diğerleri / Türkiye Davası

Başvuru no : 46117/99

Başvuru tarihi : 1999

Karar Tarihi : 10.11.2004

İhlal : Ulusal mahkeme kararlarına rağmen siyanür liçi yöntemi ile altın arama faaliyetinin devamı, çevre halkın büyük ölçekli çevre projelerinde bilgilendiril memesi ve karar mekanizmalarına dahil edilmemesi, siyanür liçi yöntemi ile altın arama faaliyetinin devamı için Mahkeme kararlarının etrafından dolanacak Bakanlar Kurulu Gizli Kararnamesi çıkarılması.

(Sözleşme md.6/1- Adil Yargılanma hakkının ihlali, Sözleşme md.8 Özel hayata ve aile hayatına saygı)

Mevzuat değişiklik tarihi : AİHM kararı sonrasında 16.12.2003 günlü ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğinin Geçici 3. ve Geçici 6. maddelerine dayanarak altıncı şirkete ÇED (Çevre Etki Değerlendirme Belgesi) belgesini alması açısından muafiyet tanınmış, ÇED belgesi yerine Çevre Durum Değerlendirme Belgesi adı altında, ÇED belgesi alma yeterliliğine sahip olmayan işletmelerin alması öngörülen yeni bir belge alması sağlanarak şirkete süratle yeni bir ruhsat verilmiştir. Şirket bu ruhsata dayalı olarak 20 Mayıs 2005 tarihinde tekrar faaliyete geçmiştir. Bunun üzerine ikinci kuşak AİHM davalarının pilotu niteliğinde olan Dikmenoğlu / Türkiye başvurusu, 8. ve 6. madde altında ileri sürülen önceki ihlallerin yanı sıra ulusal hukuk yollarının da etkisiz olduğu gerekçesiyle tarafımızca Mahkemeye sunulmuştur.

Mahkeme, talebimiz üzerine, 13 Eylül 2005 tarihli kararı ile başvurumuza öncelik verilmesine karar vermiştir.

Danıştay Altıncı Dairesi 31.10.2007 tarihli kararı ile 16.12.2003 günlü ve 25318 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğinin Geçici 6.maddesini oy çokluğuyla iptal ederek, bu maddeye dayanı-

arak çıkarılan Çevre Durum Belgesinin altıncı şirkete bir muafiyet sağladığını, Çevre yasasında böylesi bir muafiyet öngörülmediğini belirterek bir kez daha başvuruçuların hukuk mücadelesini haklı bulmuştur.

Buna karşın konuyla ilgili vakayla ilgili olarak yaklaşık 1.500 başvuru iki başvuru altında ve ikinci kez AİHM'e başvurmak durumunda kalmışlardır. Şirketin sodyum siyanür kullanarak yürüttüğü altın çıkarma faaliyetleri ve AİHM yargılaması halen devam etmektedir.

Yukarıdaki üç örneğin ortaya koyduğu sonuçlardan bazıları şunlardır:

- Mahkeme, 92, 93 ve 99 yıllarında yapılan başvuruları sırasıyla 1997, 1998 ve 2004 yıllarında yani başvuru tarihinden 5 yıl sonra sonuçlandırmıştır.
- Mahkemenin bu öncül davaları inceleme süresi içerisinde aynı konuda yüzlerce başvuru AİHM'e taşınmıştır (özellikle kamulaştırma işlemi ve DGM yargılamaları açısından).
- Mahkemenin kararlarını ilan etmesinden çok sonra konuyla ilgili yasal mevzuatı değiştirilmiş ve gecikmeli de olsa aynı konudaki potansiyel başvuruların ulusal hukukta çözümlenmesine olanak sağlanmıştır. Buna karşın değişiklik tarihine kadarki süre içerisinde AİHM'e sunulmuş olan ve yüzlerle ifade edilebilecek başvurular AİHM'de sonuçlanmayı beklemiştir. (Kamulaştırma davaları ve DGM yargılamaları açısından).
- *Taşkın ve Diğerleri / Türkiye* davası sonrasında ilgili Devlet kurumları hukukun etrafından dolanma (*circumvent*) yöntemlerine başvurmaya devam etmektedirler. Sonuç olarak dava özelinde 1997 tarihli Danıştay kararı ile 10 Kasım 2004 tarihli AİHM kararlarının gerekleri halen yerine getirilmemiştir.

Mahkeme Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi

Sözleşme'nin 46. maddesinde de belirtildiği üzere, taraf devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uymaları (özellikle taraf oldukları davalarda) insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde çok önemli bir araç olan Sözleşme mekanizmasının devamlılığı açısından temel bir rol oynamaktadır.

"AİHS madde 46: "Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."

Kesinleşmiş olan Mahkeme kararlarının (gerek inceleme konusu yapılan başvuru gerekse de bütünsel açıdan) uygulanmasının sağlanması Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Bakanlar Komitesi'nin sorumluluğu altındadır.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

Sözleşme'ye taraf devletler AİHM kararı bağlamında hayata geçirdikleri yeni yasal ve idari düzenlemeler ile aldıkları diğer önlemleri (buna tazminatın başvurucaya ödenmesi de dahildir) Bakanlar Komitesi'nin bilgisine sunmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük sayesinde ulusal hukukta alınan bir dizi önlem, konuyla ilgili AİHM kararları ışığında incelenmek üzere, Bakanlar Komitesi'nin bilgisine sunulmaktadır. Bakanlar Komitesi Sözleşme'den kaynaklanan denetim yetkisinin bir gereği olarak, sunulan bilgiler ve uygulama üzerinde bir dizi ayrıntılı inceleme yapmakta ve inceleme sonucunda hazırlanan Komite kararları gerek kamuoyuna gerekse de ilgili devlete bildirilerek, incelenen önlemlerin yeterli olup olmadığı hususunda bilgi verilmektedir.⁶

Mahkeme kararlarının uygulanmasının denetlenmesiyle kastedilen bir takım benzer ihlallerle gelecekte karşı karşıya kalınmasının önlenmesi amacıyla ulusal düzeyde genel ve özel tedbirlerin alınması, ulusal düzeyde ihlal sonrası yaratılan yeni durumun Mahkeme kararındaki tespitler ışığında değerlendirilmesi, yeterli olup olmadıklarının, ihtiyaca cevap verip vermediklerinin tespiti, yeterli olmamaları durumunda ilgili Devlet'e tavsiyelerde bulunularak sorunun çözümünün sağlanmasıdır.

Peki bir devlet Mahkeme kararlarının gereğini yapmaz ise ne olur?

AİHM kararlarının üye devletler tarafından yerine getirilmemesi durumunda uygulanabilecek yaptırımlar ve kim tarafından uygulanacağı Avrupa Konseyi Statüsü'nde düzenlenmiştir. Statünün özellikle 8. maddesi bu konuya ilişkin hükümler ihtiva etmektedir:

Avrupa Konseyi Statüsü 8. madde: "Avrupa Konseyi'nin üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir müddet için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından yedinci maddedeki şartlar dahilinde Konsey'den çekilmeye davet edilebilir. Bu davet nazarı itibara alınmadığında Komite, bizzat Komite'nin tayin edeceği tarihten itibaren bahis mevzuu üyenin artık Konseye mensup olmadığına karar verebilir."

Avrupa Konseyi Statüsü 3. madde: "Avrupa Konseyi'nin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve hükmü altında bulunan her şahsın insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanma prensibini kabul eder. Birinci fasılda yazılı gayenin güdülmesine samimi ve fiili bir surette iştirak etmeyi taahhüt eyler."

Mahkeme kararlarını uygulamamakta ısrar eden devletler, Konsey'den

6 Komite kararları için bknz http://www.coe.int/t/cm/humanRights_en.asp

çıkarılmaya kadar varabilen bir takım yaptırımlarla karşı karşıya kalabilirler.⁷ Fakat Bakanlar Komitesi, bu sürecin işletilmesinde en azından bugüne kadar pek istekli davranmamıştır. Komite'nin taraf devletlerin dışişleri bakanlarından veya daimi temsilcilerinden oluştuğu (politik oluşumu) göz önüne alındığında bu esnekliği anlamak daha da kolaylaşacaktır. Örneğin, *Loizidou/Türkiye* yargılamasında, kararın icrasının yaratacağı kapsamlı sonuçları göz önüne alan Türkiye uzun bir süre kararın gereklerini yerine getirmekten imtina etmiştir. Bakanlar Komitesi konuya ilişkin değişik zamanlarda yayınladığı kararlarında bu duruma dikkat çekmiş, fakat Konsey Statüsü'nün 8.maddesi kapsamında herhangi bir yaptırıma başvurmamış sadece Türkiye'yi kararı uygulamaya davet etmekle yetinmiştir. Buna karşın Bakanlar Komitesi ilgili kararın icrasına dair 24 Temmuz 2000 tarihli kararında, kendisine tahsis edilmiş olan birtakım yollara başvurabileceği hususunda ilk kez bir Sözleşme tarafına (Türkiye'ye) ikazda bulunmuştur.⁸ Bunun üzerine Türkiye Mahkeme tarafından hükmedilen tazminatı başvurucaya ödemek durumunda kalmıştır.

14 Nolu Protokol Işığında Yeni Sistem⁹

Sözleşme, kabul edildiği 1950 yılından bu yana pek çok değişikliğe tabi tutuldu. Söz konusu değişikliklerle hedeflenen Avrupa toplumunun geçirdiği değişim sürecinin gereklerine cevap verebilen bir Sözleşme ve Mahkeme yaratma ihtiyacıydı. Bu konudaki en önemli düzenlemelerden birisi 1994 yılında imzaya açılan ve 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 nolu Protokoldür. 11 nolu Protokol, tüm zamanlı faaliyet gösteren tek bir Mahkeme yaratılmasını (Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun kaldırılması), bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Mahkeme'ye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle başvuru usulünün basitleştirilmesi ve kısmen de olsa yargılamaların hızının artırılması amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde istenilen kısalmanın, özellikle üye ülke sayısındaki son yıllardaki hızlı artış nedeniyle, gerçekleşmediğini görmekteyiz.

7 Albaylar cuntası döneminde Yunanistan'ın Konsey üyeliğinden çekilmesi.

8 Bakanlar Komitesi kararı, 24 Temmuz 2000, Karar DH(2000)105 : "Türkiye'nin Mahkeme'nin vermiş olduğu bir kararı uygulamayı reddetmesi onun, Avrupa Konseyinin bir üyesi ve bir Yüksek Sözleşen Taraf olarak, uluslararası yükümlülüklerini önemsemediğini açık olarak göstermektedir....Komite, Türkiye'nin bu karar uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla elinde bulunan tüm yollara başvuracağı kararını deklare eder."

9 14 nolu Protokol hakkında ayrıntılı bilgi ve Protokolün tam çevrisi için bkz CENGİZ, Serkan "14 nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi Ocak-Şubat 2005 Sayısı*.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

Yukarıda kısaca özetlenen dava yükü artışının Mahkemenin faaliyetleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin kaldırılması amacıyla, Kasım 2000 tarihinde Roma’da yapılan Avrupa Bakanları İnsan Hakları Konferansında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine “*söz konusu durum ışığında etkin çözümlerin yaratılması amacıyla kapsamlı bir çalışma*” başlatması çağrısı yapıldı.

Bu çağrı sonrasında Konsey tarafından yürütülen konuyla ilgili çalışmalar, temel olarak 3 konu üzerinde odaklanmıştır:

- Kitleseel temelsiz başvurular açısından Mahkemenin filtre kapasitesinin geliştirilmesi;
- Başvuruların kolaylıkla reddedilmesini öngören yeni bir kabul edilebilirlik kriteri yaratılması (ciddi insan hakları ihlalleri); ve son olarak
- Mahkemeye sunulmuş önceki davaların tekrarı mahiyetindeki davalara ilişkin önlemler alınması (klon davalar).

Hedeflenen bu amaçları gerçekleştirmek amacıyla hazırlanan 14 nolu Protokol çok büyük bir hızla Konsey üyesi ülkelerin birisi (Rusya) dışında tamamı tarafından onaylandı. Rusya’nın imzalamaması nedeniyle yürürlüğe giremeyen 14. nolu protokol ile yeni bir kabul edilebilirlik kriteri Sözleşmeye eklenecektir. Bu kriter ihlal iddiasının şayet ciddi olması halinde başvurunun (diğer mevcut koşulları da yerine getirmesi şartıyla) kabul edilebilir bulunabileceğidir.

14. nolu Protokol Madde 12

Sözleşmenin 35.maddesinin 3.paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilir:

“3 Mahkeme;

Başvuruyu işbu Sözleşme ve Protokolleri hükümleri ile bağdaşmaz, açıkça dayanaktan yoksun veya başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirir; veya

Başvurucunun ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalmamış olduğuna kanaat getirirse, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı anlayışının başvurunun esastan incelenmesini gerektirmemesi ve de ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla,

34.madde uyarınca sunulan herhangi bir kişisel başvuruyu kabuledilemez olarak ilan eder.”

Yeni 35. maddenin 3. paragrafının a fıkrası yürürlükteki 3. paragraf olup bu konuda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna karşın yeni eklenen b fıkrası ile çok önemli bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmiştir. Fıkra göre bir

başvurunun kabuledilebilir bulunabilmesi için başvurunun “ehemmiyetli bir dezavantaja” maruz kalması gerekecektir. Buna karşın başvurunun, Sözleşme ve Protokollerden kaynaklanan insan haklarına saygı uyarınca, incelenmesinin gerekli olması halinde (şöz konusu başvuru nedeniyle sorumlu Devletin ÷lkesinde bir mevzuat değışikliğıne gidilecek olması gibi) başvuru “ehemmiyetli bir dezavantaja” maruz kalmamış olsa dahi Mahkeme başvuruyu kabul edebilir ilan edebilecektir. Paragrafın ne şekilde yorumlanacağı tüm÷yle Mahkemenin pratiğıyle belli olacaktır.

Bu madde ile getirilen yeni kabuledilebilirlik kriteri -“*ehemmiyetli bir dezavantaja maruz kalma*” – oldukça belirsizdir. Kuşkusuz bu belirsizlik bazı insan hakkı ihlallerinin önemsiz olarak addedilmesi anlamına gelebilecek ve taraf Devletlerin bazı ihlleri bu gerekçe ile göz ardı edebilmesine olanak tanıyacaktır.

Bu madde ile getirilecek olan yeni kabuledilebilirlik kriteri, Protokolün yürürlüğü gireceğı tarihe kadar hakkında kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan tüm başvurular açısından uygulanacaktır. Buna karşın söz konusu yeni kabuledilebilirlik kriteri Protokolün yürürlüğünü takip eden ilk iki yıl içerisinde, sadece Daireler ve Büyük Daire tarafından uygulanacaktır. İki yıllık sürenin akabinde ise tek yargıç oluşumu ve Komiteler tarafından da uygulanmaya başlanacaktır. Dolayısıyla Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte hakkında henüz kabuledilebilirlik kararı verilmemiş olan ve Daireler tarafından gör÷lmekte olan tüm başvurular açısından bu fıkra hükmü uygulanabilecektir.

Buna karşın *b* fıkrasının en sonuna eklenen “*ulusal bir mahkeme tarafından layıkıyla ele alınmamış hiçbir davanın bu gerekçeyle reddedilmemesinin sağlanması şartıyla*” cümlesi söz konusu kuralın ulusal bir Mahkeme tarafından Sözleşme ve içtihatlar ışığında layıkıyla ele alınmamış hiçbir bireysel başvuruya uygulanmayacağını belirterek değışikliğin yaratacağı tehlikeler bir nebze de olsa önlenmeye çalışılmıştır.

Buna karşın Avrupa’daki pek çok insan hakları kuruluşu, avukat, akademisyen bireyin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde hak arama mücadelesinin engelleneceğı gerekçesiyle bu değışikliğı karşı çıkmaktadır.¹⁰

SONUÇ

Madde metinlerinden ve Mahkemenin kararlarından da anlaşılacağı üzere

10 Uluslararası Af Örgütü, the AIRE Centre, Interights, Liberty 25 Şubat 2004 tarihinde dönemin İngiliz Dışışleri Bakanı Jack Straw’a yazdıkları mektupta yeni kabul edilebilirlik kriterinin Avrupa Konseyinin temeli olan ve tüm sistemin üzerine inşa edildiğı bireysel dilekçe hakkı açısından radikal bir sapma yaratacağına dikkat çekmişlerdir.

Sözleşme mekanizması ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında temel görev öncelikle taraf Devletlere düşmektedir. Devletlerin başarısız olması ölçüsünde Sözleşme mekanizması devreye girmekte ve bireyin hak kayıpları önlenmeye çalışılmaktadır. Önemli olan bir diğer husus da Devletlerin sadece taraf oldukları davalara ilişkin verilen Mahkeme kararlarına değil tüm Devletlerle ilişkin verilen Mahkeme kararlarına icabet etmelerinin ve bunlar uyarınca iç hukuklarında düzenleme yapmalarının zorunlu olmasıdır.

Mahkemeye yapılan başvuru sayısındaki artış göz önüne alındığında Türkiye özelinde Konsey üyesi devletlerin üzerlerine düşen yükümlülüğü gerektiği şekilde ve hızla yerine getirmediikleri ortaya çıkmaktadır. Peki Mahkeme kararlarının icrasının denetiminden sorumlu olan Bakanlar Komitesi, özellikle Devlet kaynaklı bu direnmeler ve ayak sürümeler karşısında ne gibi ciddi tedbirlere başvurmuştur. Konseyden çıkarma yaptırımı da dahil olmak üzere bir dizi “sürecin” tetikleyicisi olan bir mekanizmanın kontrolüne sahip olan Bakanlar Komitesi bu güne kadar ne derece etkin davranmıştır. Mahkemeye sunulan binlerce benzer başvuru şunu gösteriyor ki Bakanlar Komitesi Sözleşmenin 46.maddesi altında kendisine verilen görevleri gerektiği şekilde yerine getirememiştir.

Sonuç olarak dava yükünün bu derece artmasında esas sorumlu olan iki unsur (Devletler ve Bakanlar Komitesi) bir kenara bırakılarak bireysel başvuru mekanizmasının bireyler açısından getirdiği koruma mekanizması, 14 Nolu Protokolün getireceği oldukça muğlak terimlerden oluşan yeni kabul edilebilirlik kriteri ile, daraltılmaya çalışılmaktadır. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin temeli olan bireysel başvuru hakkına oldukça zarar verecek, bireyi Devlet karşısında daha da güçsüz kılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasının Devletlerin İç Hukukuna Etkileri ve Türkiye Uygulaması

Tahir Elçi*

I-GİRİŞ

Türkiye 1954 yılından beri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) tarafıdır. Türkiye, Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan ilk devletlerden biri olmasına rağmen, bireysel başvuru hakkını 1987, Avrupa İnsan Hakları Divanının zorunlu yargı yetkisini ise 1990 yılında tanımıştır. Bu tarihlerden sonra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu Sözleşmenin öngördüğü yargısal mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (11 Nolu Protokolden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı) Türkiyeli hukukçuların ilgisini çekmeye başlamıştır. Mahkeme kararları; takip eden yıllarda önce hukukçular arasındaki tartışmalara ve giderek yargı kararlarına konu olmuştur. AİHM kararları günümüzde; bazı toplumsal sorunların –başörtüsü, türban- tartışılması bağlamında sıradan yurttaşların bile konuştuğu en popüler konular arasına girmiştir. Şüphesiz AİHM kararlarının Türkiye’de başta hukuki, yargısal ve idari birçok alanda etkileri olmuş, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde önemli gelişmelere

* Diyarbakır Barosu

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yol açmıştır. Ancak AİHM kararlarının bir bütün olarak Türkiye’de insan hakları-na saygının sağlanmasında tam bir başarısından söz etmek ise ne yazık ki henüz olanaklı değildir.

Bu sunuşumda; önce konuya ilişkin genel bazı bilgilerden sonra, Konferansın genel başlığı bağlamında (başarı mı, hayal kırıklığı mı?) AİHM kararlarının iç hukuka etkilerini, Mahkemenin bazı kararları ile ulusal makamların işlem ve uygulamaları ışığında irdelemeye çalışacağım. “Başarı mı, hayal kırıklığı mı?” sorusuna, AİHM yargılamasının Türkiye’de başarılı olduğu konular ile gelişme sağlayamadığı alanların ortaya konularak cevap bulunabileceğini düşünüyorum.

II- GENEL BİLGİLER

Sözleşmenin 46. maddesine göre; Mahkemenin kararları bağlayıcı olup, Sözleşmeciler devletler; taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt etmişlerdir. Elbette İnsan Hakları Mahkemesi kararları, ulusal mahkeme kararlarını doğrudan hükümsüz kılmamaktadır. AİHM kararlarının yerine getirilmesinin usulünü ve bu konuda bireysel ve genel olmak üzere diğer tedbirleri alma şeklinin takdiri ulusal makamlara aittir. Bu arada Mahkemeye yapılacak şikâyetler bir ulusal mahkeme kararından kaynaklanabileceği gibi, idari makamların bir eylem ve işleminden veya devletin Sözleşme bağlamında sorumluluğunu doğuran başka bir nedenden de kaynaklanabilir. Mahkeme şikâyet edilen konunun Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen hükümleri ihlal edip etmediğini saptar ve bazı koşullarda bir tazminata da hükmeder. Kararların ilgili ülke tarafından yerine getirilip getirilmediğini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi izlemektedir. Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi usulü ile ilgili Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde farklı uygulamalar bulunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesinin son paragrafı; usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını öngörmüştür. Aynı Maddeye 07.05.2004 tarihinde eklenen bir hükümler; usulüne göre yürürlüğe konulmuş *temel hak ve özgürlüklere ilişkin* milletlerarası antlaşmalarla ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türkiye’nin iç hukukundaki yeri konusunda yargı kararlarında bir fikir birliği bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir çok kararında AİHS hükümlerine göndermeler yapmış, Sözleşmeyi karar-

larına temel dayanak norm olmazsa da, destekleyici normlardan biri olarak kullanmıştır. Danıştay ise Sözleşmenin ulusal yasa hükmünde olduğuna ilişkin kararlar vermiştir. Son yıllarda Yargıtay özellikle ceza yargılamalarında Sözleşme hükümlerine ve Mahkeme kararlarına daha sık referanslar yapmaktadır. Örneğin Türkiye’de ceza alanında en üst kurum ve bir içtihat makamı olan Ceza Genel Kurulu, İslamcı yazar ve Milli Gazete yazarı Selahattin AYDAR ile ilgili kararında; AİHS hükümlerine ve AİHM’NİN çok sayıda kararına ve özellikle de ifa- de özgürlüğü konusundaki bilinen içtihadına göndermeler yapmıştır. (CGK’nin 23.11.2004 tarih ve 2004/ 8-130 Esas 2004/206 Karar sayılı kararı) 2004 yılında Anayasada yapılan, *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası adlaşmalarla ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı..” biçimindeki* yeni düzenlemeden sonra, Sözleşmenin ulusal normlardan daha üstün hale geldiği konusunda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Öte yandan Türkiye Sözleşmeye taraf birçok Avrupa Konseyi üyesi ülkesinde olduğu gibi AİHM kararlarını yargılamanın yenilenmesi nedeni yapmıştır. 2003 yılında Ceza Usul Yasası¹, Medeni Usul Yasası² ve İdari Yargılama Yasasının³ *yargılamanın yenilenmesi* konusunu düzenleyen maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre; bir ulusal mahkeme tarafından verilmiş bir kararın Sözleşme hükümlerine aykırılığının Mahkemece saptanması durumunda, kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl için yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilecektir.

Ancak Ceza Usul Yasasında 21 Ocak 2003 tarih ve 4793 sayılı yasayla AİHM kararına dayanılarak yeniden yargılamaya bir istisna da getirilmiş ve bu yasanın

- 1 Halen yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Yasasının 311. maddesi 1/f ve 2. fıkrası şu düzenlemeyi getirmektedir:” f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.
- 2 Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Halen yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 445 maddesinin 11. fıkrası şu şekildedir: (Ek bend: 23/01/2003 - 4793 S.K./1. md.) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.
- 3 İdari Yargılama Usulü Kanunun 53 /(ı) ve aynı yasanın Geçici 5. maddesi aşağıdaki gibidir: ı) (Ek bend: 15/07/2003 - 4928 S.K./6. md.) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yürürlüğe girdiği tarihten önce AİHM'e yapılmış ve kesinleşmemiş kararları kapsam dışında tutulmuştur. Bu istisnanın PKK Örgütü Lideri Abdullah Öcalan'ın yeniden yargılanmasının engellenmesinin amaçlandığı bilinmektedir.

III-AİHM KARARLARININ TÜRKİYENİN İÇ HUKUKUNA GENEL OLARAK ETKİLERİ

- Avrupa İnsan Hakları Divanının zorunlu yargı yetkisinin tanındığı 1990 yılında, Türkiye'de gözaltı süresi 30 gündü. Mahkemenin konuya ilişkin ihlal kararları üzerine, aşamalı şekilde gözaltında tutulma süresi azalmaya başlamış ve en son genel suçlar bakımından 06.03.1997 tarih ve 4229 sayılı yasayla, Sakık ve Diğerleri /Türkiye kararından sonra da 2001 tarihinde tüm suçlar bakımından gözaltı süresi Mahkemenin Brogan/Birleşik Kralık kararında oluşturulan standarda uygun olarak azami 4 güne indirilmiştir.
- Mahkemenin 09.06.1998 tarih ve 22678/93 başvuru numaralı İncal/Türkiye ve Çıraklar/Türkiye kararları üzerine; Anayasa'da ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemesi yasasında değişiklik yapılarak, bu Mahkeme heyetinde yer alan askeri yargıcın görevi sona erdirilmiştir.
- Yine Mahkemenin Sözleşmenin 5 ve 6. maddeleriyle bağlantılı şikâyetler üzerine verdiği kararlardan sonra; önce genel suçlar bakımından daha sonra da devlet aleyhine işlenen suçlar bakımından da, zanlıların yakalamadan sonra avukatıyla görüşmesi, ifade sırasında avukatın hukuki yardımından yararlanması ve yakınlarına haber verilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.
- Keza AİHM'İN Mehmet GÖÇ/Türkiye kararı üzerine; 11 Ocak 2003 tarih ve 4778 sayılı yasayla, ceza yargılaması prosedüründe temyiz aşamasında Yargıtay Başsavcılığının Tebliğnamesinin taraflara bildirilmeye başlanmıştır. Aynı şekilde Ağır Ceza Mahkemelerinde daha önce dosya üzerinden görülen haksız yakalama ve tutuklama nedeniyle açılan tazminat davaları duruşmalı olarak yapılmaya başlanmıştır.
- Mahkemenin ifade özgürlüğüne ilişkin bir dizi kararları üzerine; Terörle Mücadele Yasasının örgüt propagandasını düzenleyen meşhur 8. maddesinde ve o tarihte yürürlükte olan Türk Ceza Yasasının 159 ve 312. maddelerinde kısmi değişiklik yoluna gidilmiştir.
- İşkence şikâyetiyle yapılan başvurular üzerine verilen kararlar ve Avrupa Birliği'nce yapılan eleştiriler üzerine; işkence şikâyetlerinin soruşturma iznine

tabii olmaksızın doğrudan savcılar tarafından soruşturulabilmesinin yolu açılmış ve işkenceyi düzenleyen ceza yasasının ilgili maddelerinde düzenlemeye gidilerek, işkencenin tanımında uluslararası standartlara paralel düzenleme ve cezaların artırılması yoluna gidilmiştir.

- Yine 1990'lı yıllardaki yasal faizin düşük, buna karşı enflasyonun % 80'lerde seyretmesi ve aynı yıllarda kamulaştırma ödemelerinin geç ödenmesi nedeniyle Mahkemenin 09 Temmuz 1997 tarihli Akkuş/Türkiye ve 1998 tarihli Aka/Türkiye kararları üzerine 3095 sayılı Yasada ve Kamulaştırma Yasasında değişiklik yoluna gidilmiştir.
- Öte yandan AİHM Kararlarının Adalet Bakanlığı Bülteni ve resmi internet sayfalarında yayımı sağlanmış, hâkim-savcı ve kolluk güçlerinin insan hakları eğitimine yönelik proje-programlar düzenlenmiş ve savcıların insan hakları ihlallerine ilişkin harekete geçmeleri için bir dizi genelge yayınlanmıştır.

Sonuç ve Değerlendirme; Türkiye'de hala 1990'lı yıllarda yaşanan insan hakları ihlallerine benzer örnekler görülmekte ise de, aynı yaygınlık ve koşullardan söz etmek artık mümkün değildir. Türkiye'deki genel demokrasi ve insan hakları ortamının iyileşmesinde AİHM kararlarının çok önemli rolü bulunsa da, tek belirleyici faktör bu Mahkemenin kararları değildir. Başta CPT (İşkenceyi Önleme Komitesi) olmak üzere Avrupa Konseyinin diğer kurumları, Avrupa Parlamentosu, Birleşmiş Milletlerin kimi kurum ve Raportörleri, ulusal ve uluslararası NGO'ların yoğun eleştiri ve raporları bu iyileşmelerde etkili olmuştur. Ve en son 1999 yılında Türkiye'nin Avrupa Birliğine aday adaylığının kabul edildiği Helsinki Zirvesi, ardından 2001-2002 yıllarında Katılım Ortaklığı Belgesi ve Ulusal Programın hazırlanması ve ardından İlerle Raporları ve AB'ye resmi müzakerelerin başlaması yaşamsal önemde etkili olmuştur. Ama asıl Türkiye'deki insan hakları ihlallerine ışık tutan ve diğer aktörlere de yol gösterici olan AİHM kararları olmuştur. Dolayısıyla AİHM kararlarının iç hukuka etkileri tartışılırken bütün bu faktörlerin bir arada görülmesi gerekmektedir.

IV-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YARGILAMALARI VE TÜRKİYE

Mahkeme; bazı kararlarıyla Türkiye'nin karanlık bir dönemine ışık tutmuş; başta yaşam hakkı, işkence yasağı ve zorla yerinden edilme gibi, insan haklarının ağır ihlallerini saptamış ve bu ihlaller karşısında ulusal adli ve idari makamların kayıtsız tutumlarını gözler önüne sermiştir.

Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Divanının zorunlu yargı yetkisini tanıdığı

ve şikayetlerin Strasbourg'a yeni yeni götürüldüğü 1990'lı yıllarda Türkiye'de insan hakları manzarası içler acısıydı. Özellikle ülkenin güneydoğusunda; olağanüstü hal uygulamasının yürürlükte olduğu 1987-2002 yılları arasında keyfi infazların, gözaltında kayıpların yaygın ve işkencenin sistematik olarak uygulandığı, PKK üyelerine karşı yürütülen askeri operasyonlarda Kürt yurttaşların yaşadığı binlerce yerleşim biriminin (köy-mezra) yakıldığı veya boşaltılarak köylülerin zorla yerlerinden edildikleri, buna karşılık ise insan hakları ihlallerinden sorumlu olanlara karşı alabildiğine adli ve idari bir hoşgörü ve korumanın olduğu ve hak arama yollarının fiilen neredeyse tümüyle kapalı olduğu trajik bir manzara hakimdi. Yakınları gözaltına alındıktan sonra bir daha haber alamayan, ellerinde dilekçeleri kapı kapı dolaştıkları ama tüm resmi kapıların yüzlerine kapandığı, yakınlarının akıbetini soracak kişi ve kurum bulamayan mağdurların hikâyeleri hala hatırlardadır. Bu yıllardaki karanlık tablo birçok Mahkeme kararına da yansımıştır.

Anılan yıllarda; gözaltında kayıp şikayetiyle yapılan başvurular üzerine Mahkemenin verdiği kimi kararları şu şekilde sıralamak mümkündür: Ertak/Türkiye, Timurtaş/Türkiye, Taş/Türkiye, Çakıcı/Türkiye, Kurt/Türkiye, Tanış ve Deniz/Türkiye, Akdeniz ve Diğerleri/Türkiye, Vehap Canan/Türkiye vd. Bu kararlar; 1992-2002 yılları arasında gözaltında kayıp vakıalardan sadece bir kaçıdır. Güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındıktan sonra, yakınlarının adli ve idari makamlara yaptıkları başvurulara rağmen, bir daha kendilerinden haber alınmaması nedeniyle şikayetlerin Strasbourg'a götürülmesi üzerine; Mahkeme; Sözleşmenin 2, 3, 5 ve 13. maddelerinin ihlaline karar vermiştir.

Aşağıdaki kararlarda da Mahkeme; şikayete konu olayda kişinin doğrudan resmi görevlilerce yaşama hakkının ihlal edildiği ya da gerekli önlemlerin alınmayarak veya öldürmeden sonra da gerekli soruşturmaların yapılmayarak Sözleşmenin 2 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir: Tanrıkulu/Türkiye, Kılıç/Türkiye, Kaya/Türkiye, Oğur/Türkiye, Süheyla Aydın/Türkiye, Oğur/Türkiye, Güleç /Türkiye.

Öte yandan anılan yıllarda yaygın ve sistematik işkence uygulamalarına örnek olarak Mahkemenin Aksoy/Türkiye ve Tekin/Türkiye kararlarını vermek mümkün.

Yine Türkiye'nin güneydoğusunda yerleşim birimlerinin yakılması bağlamında mülkiyet hakkının ihlali kararlarına; Akdivar/Türkiye, Selçuk ve Asker/Türkiye, Menteş/Türkiye, Doğan/Türkiye kararları bunlardan bazılarıdır.

1990'lı yıllarda yaygın ve ağır insan hakları ihlalleri arasında belli sayıda şika-

yetle ilgili de olsa Mahkemenin yukarıdaki kararları Türkiye’de yaşanmış karanlık bir döneme güçlü bir ışık tutmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu Konferansın yapıldığı Ankara Adliyesinde gerçekleştirdiği bulgu saptama/tanık dinleme duruşmalarında hayli mesai yapmış biri olarak, tarihin bu yıllarda Mahkemenin yargılama faaliyetini ve yukarıdaki kararlarını insan hakları mücadelesinde önemli bir başarı olarak kaydedeceğinden kuşku bulundurmamaktadır.

Mahkemenin bu yıllarda yaptığı tanık dinleme duruşmalarının insan hakları ihlalleri bağlamındaki etkisini şu şekilde somutlaştırmak mümkündür: Yakını gözüaltına alınıp bir karakola götürülen ve bir daha da kendisinden haber almayan bir vatandaş, Karakolun komutanına ulaşma bir yana, Savcılıkta bile yakınının akıbetini soran dilekçesini kayıtlara geçiremeyerek, Adliye kapılarından dönerdi. Avukatların bile mağdurlar adına resmi makamlara başvuru yapmakta güçlük çektiği yıllarda, bir süre sonra aynı Karakolun Komutanlarını veya olayın meydana geldiği yerin savcısını bu binada sorgulama imkanı bulmamın verdiği heyecanı hala duyumsuyorum. En son bu Binada kamuoyunda “Silopi Kayıpları” olarak bilinen iki HADEP’ linin gün ortasında Silopi İlçe Jandarma Komutanlığına girdikten sonra bir daha çıkmayan Tanış ve Deniz/Türkiye davasının duruşmasına katılmışım.

V- AİHM KARARLARININ, TÜRKİYE’DEKİ İNSAN HAKLARININ DEĞİŞİK ALANLARINA İLİŞKİN UYGULAMA VE ETKİLERİ İLE YENİDEN İNCELEME SORUNU.

a) Yaşam Hakkı;

AİHM’in yukarıda sözü edilen kimi kararlarının iç hukukumuza olumlu etkilerini vurgulamakla birlikte, insan haklarının ağır ihlallerini teşkil eden gözüaltında kayıp, faili meçhul cinayetler ve keyfi infazlara ilişkin AİHM kararlarının gerekleri yerine getirilmemektedir. Bir ceza davasının sonunda verilecek kararın AİHM tarafından Sözleşmeye aykırı bulunarak ihlal kararı verilmesi üzerine sanık lehine yargılamanın yenilenmesi yolu açılmıştır. Ancak yaşam hakkı ihlal edilen mağdur lehine AİHM tarafından verilen karar nasıl yerine getirilecektir? Şüphesiz burada Bakanlar Kurulunun da önemle vurguladığı gibi Mahkeme kararları üzerine yeniden inceleme sorununu tartışmamız gerekmektedir.

Konuyu en yeni olay ve kararlardan biri olan 02 Ağustos 2005 tarih ve 65899/01 numaralı Tanış ve Deniz/Türkiye kararı bağlamında açıklamaya çalışacağım. Daha önce jandarma yetkilileri tarafından ölümlü tehdit edilen Tanış ve Deniz, 20 Ocak 2001 günü, önce sivil giyimli bir grup jandarma istihbarat görevlisi tarafından Silopi ilçesinin merkezinde saat: 13:30’da sivil plakalı bir araca binmeye zorlanıyorlar. Tanış; ancak resmi bir makamdan çağrı alır ve resmi bir

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

yere davet edilirse gideceğini söyleyerek araca binmeyi reddeder. 15 dakika sonra saat: 13: 45'te bir telefon çağrısı alır ve Silopi İlçe jandarma Komutanlığına davet edilir. Tanış ve Deniz Karakola giderler ama bir daha kendilerinden haber alınamaz. Yaklaşık bir yıl sonra Silopi Savcılığı GSM Şirketlerinden aldığı telefon görüşme dökümlerinden, Tanış'ı saat: 13:45'te arayan kişinin Şırnak İl Jandarma Alay Komutanlığı Sorgu Birim Amiri olan görevli olduğunu tespit eder. Ancak bir dizi formalite işleminden sonra, savcılık jandarma görevlileri hakkında takipsizlik kararı veriyor.

AİHM, Tanış ve Deniz davasıyla ilgili Ankara'da bulunduğumuz binada 2003 yılında bir tanık dinleme duruşması da düzenledi ve Ağustos 2005 tarihinde kararını açıkladı. Mahkeme bir dizi bulgu ve saptamadan sonra kısaca şunu söyledi: Tanış ve Deniz kaybolmadan önce jandarma görevlilerince tehdit edildiler. Tanış ve Deniz'in Jandarma Karakoluna girdiklerini gören inandırıcı tanıklar var, ancak oradan güvenlik içinde çıktıklarını gösterir deliller yok, bu durumda kaybolmalarından devlet sorumludur. Bu karardan sonra, AİHM'nin bulgu ve saptamaları doğrultusunda dosyanın yeniden ele alınarak soruşturmanın bu yönde yürütülerek sorumlular hakkında dava açılmasını yazılı olarak savcıdan talep ettim ve Mahkeme kararının bir çevirisini de yazılı talebime ekledim. Ancak savcı AİHM'in bu kararından sonra bir işleme girişmemektedir. Şimdi AİHS'NİN 46. maddesi uyarınca; sadece mahkeme kararında öngörülen cüzi tazminatın başvuruçulara ödenmesiyle kararın gereği yerine getirilmiş oluyor mu? Görüldüğü gibi, yeniden yargılama yeterli olmamakta, kararın niteliğine göre ulusal makamlar tarafından dosyanın yeniden ele alınarak Mahkemenin bulgu ve saptamaları doğrultusunda yeniden incelemenin de yapılması gerekmektedir.

Bu gün eskisi kadar olmazsa da hala yaşam hakkının ihlaline ve yargısız infaz veya aşırı güç kullanılarak yaşam hakkına yapılan müdahalelere ilişkin şikâyetlere tanık olunmaktadır. Son dört yıl içinde kamuoyu gündemini de hayli meşgul etmiş birkaç örnek, AİHM'nin kararlarının bu alanda yeterli etki ve değişimi sağlayamadığını göstermektedir.

- Kasım 2004 tarihinde Mardin ili Kızıltepe İlçesinde evlerinin önünde 12 yaşındaki bir ilköğretim okulu öğrencisi olan Uğur Kaymaz ve babası Ahmet Kaymaz'ın Özel Tim görevlileri tarafından öldürülmesi, ardından davanın Mardin'den Eskişehir'e nakli ve polis görevlileri hakkında berat kararı verilmesi,
- Kasım 2005 tarihinde bu kez Hakkari'nin Şemdinli ilçesinde bir Kitapçının iki jandarma istihbarat görevlisi ve onların emri altındaki bir itirafçı tarafından

bombalandıktan sonra halk tarafından suçüstü yakalanarak savcılığa teslim edilmelerine rağmen, suçüstü yakalanan sanıklar ve bazı üst düzey askeri yetkili hakkında soruşturma başlatan ve iddianame düzenleyen Ferhat Sarıkaya adlı savcının meslekten ihraç edilmesi ve daha sonra sanıkların Askeri Mahkemece serbest bırakılması,

- 28 Mart 2006 tarihinde Diyarbakır’da iki gün süren kitlesel bir gösteri sırasında çoğu çocuk olmak üzere 10 sivilin polis görevlilerinin ateşli silahlarıyla öldürülmesi ve hala sorumluların saptanarak haklarında bir dava açılmamış olması
- En son 15 Şubat 2008 tarihinde Cizre ilçesinde gösteri yürüyüşü sırasında Yahya Menekşe adlı bir çocuğun polis panzeri altında kalarak yaşamını yitirmesi, AİHM’nin Türkiye ile ilgili verdiği kararlarda yaşam hakkının korunması bağlamında vurgulanan standartların uygulamaya geçmediğini göstermektedir.

AİHM Türkiye’nin güneydoğusundan yapılan şikayetler üzerine bir dizi kararında; yaşam hakkının önemini, korunması için gösterilmesi gereken asgari standartları ve sonrasında ulusal adli makamların göstermeleri gereken tutuma dikkat çekmiş ve bu bağlamda çok sayıda ihlal kararı vermiştir.

Öte yandan bir dönem yaşam hakkının korunması bağlamında önemli bir işlev gören AİHM, son yıllarda giderek yeterli inceleme yapmadan kararlar vermektedir. Yaşam hakkı ve işkence yasağı ihlali ile ilgili şikayetlerde; yeterli ve titiz bir inceleme yaparak devletin doğrudan sorumluluğunun olup olmadığının saptanması yerine; olayda devletin sorumluluğuna işaret etmeksizin, ulusal makamlarca şikayetlerin yeterince soruşturulmadığı gerekçesiyle ihlal kararı ve cüzi bir tazminatla yetinen kararlar vermektedir.

Bu tutum değişikliğinin, ağır iş yükü nedeniyle şikayete ilişkin kapsamlı ve belki de Türkiye’de bulgu saptama duruşmaları ile doğrudan delil toplama çalışması yerine kısa yoldan bir karar verme isteğinden kaynaklandığı inancındayım. Bu konudaki bir örnek için bakınız Besra ÜÇAK/Türkiye,75527/01)

b) İşkence Yasağı ve Kişi Özgürlüğü

Sözleşmenin 3 ve 5. maddeleri bağlamında Mahkemenin bir kararı üzerinden; gerek Mahkemenin işkence şikâyetinin ispatı ile ilgili standartlarını, gerekse de aynı Mahkeme kararının Sözleşmenin 5. maddesi bağlamında iç hukukta uygulanmasını incelemeye çalışacağım. Bu karar 8 Kasım 2005 tarih ve 78027/01 sayılı Emrullah Karagöz/Türkiye kararıdır. 2001 yılının son aylarında gözaltına alınan ve bir üniversite öğrencisi olan Emrullah Karagöz, yasa dışı PKK

örgütüne yardım etme suçlamasıyla dört gün gözaltında tutulduktan sonra Devlet Güvenlik Mahkemesi hâkimi karşısına çıkarılmış ve tutuklanmasına karar verilmiştir. Tutuklandığı gün cezaevine konulması gereken başvuru, aynı anda 430 sayılı Olağan Üstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/c maddesi uyarınca 10 gün süreyle sorgu merkezine geri götürülmesine, aynı hakim tarafından karar verilmiştir. Başvuru cezaevine konulmadan, cezaevine giriş ve çıkış işlemleri yapılarak sorgu merkezine götürülmektedir. Devam eden tarihlerde bu başvuru hakkında bu şekilde dört kez karar verilmiş, başvuru bu şekilde toplam 44 gün aynı merkezde tutulmuştur. Cezaevinden alınarak sorgu merkezine götürülmesine izin kararını veren Hâkim; kendisine detaylı bir dosya sunulmadan ve sanığı görmeden dosya üzerinden karar vermektedir. Her on günün son günü sadece cezaevi girişi-çıkışı yapılmakta, bu işlemler sırasında vücudunda darp ve şiddet izi bulunmadığına dair iki cümlecik bir tıbbi rapor düzenlenmektedir. Mahkeme, Kasım 2005 tarihli kararında; bu işlemin Sözleşmenin 5/1 maddesinin ihlali olduğuna karar verdi. Bu şikayetin hemen Hükümete bildirilmesi ve kabul edilebilirlik kararı üzerine; 430 sayılı KHK'nin 3/c maddesinde değişiklik yapılarak bu süre 4 güne indirildi. Ayrıca hakimın sanığın tekrar sorgu merkezine götürülmesine karar verirken bizzat kendisini görmesi ve beyanının alınması gerektiğine dair bir düzenleme yapıldı.

Başvurucunun yakınları ve avukatı; başvurunun sorgu merkezine götürülmesinin işkence uygulaması amacıyla yapıldığını, işleme son verilerek tam teşekküllü bir sağlık merkezinde tıbbi muayeneden geçirilmesini talep ettiler. Ancak bu talep yaklaşık 5 ay sonra gerçekleşti ve tabii bu kadar süre sonra işkence izlerini saptamak mümkün olmadı. Uluslararası Af Örgütü başvuru ve benzer durumdaki diğer kişilerle ilgili kapsamlı bir rapor yayımladı. Yine artan şikayetler üzerine CPT Diyarbakır'a bir ziyaret gerçekleştirerek, cezaevlerinde başvuruyla görüştü. Aynı tarihte sorgu merkezinde bulunan başka kişiler başvurucuya işkence yapıldığına tanıklık yaptılar. Daha sonra, 44 gün boyunca başvuruyla ilgili; bir ifade alındığına veya yer gösterme, başkalarıyla yüzleştirme yapıldığına dair ne ulusal adli makamlara ne de AİHM'e bir belge sunulmadı. İşkence şikayetimizle ilgili de Diyarbakır Valiliği soruşturma izni vermedi. Ve sonuç olarak AİHM; başvurunun işkence gördüğüne dair tıbbi rapor bulunmadığı gerekçesiyle 3. maddenin ihlali kararını vermedi.

c) Adil Yargılama Hakkı

Yukarıda ifade edildiği üzere 2003 yılında Ceza Yargılama Yasasında bir değişiklik yapılmış, AİHM'in ulusal bir ceza mahkemesi kararını sözleşmeye

aykırı bulması üzerine, aynı konuda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği düzenlemesi getirilmiştir. Burada hemen iki önemli noktaya dikkat çekmek istiyorum. Yukarıda genel bilgiler bölümünde de ifade edildiği gibi Ceza Usul Yasasında 21 Ocak 2003 tarih ve 4793 sayılı yasayla bir istisna da getirilmiş ve bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce AİHM'e yapılmış ve aynı tarihte kesinleşmemiş kararları kapsam dışında tutulmuştur. Öcalan için getirilen istisna kapsamında kalan çok sayıda kişi bu nedenle mağdur olmuştur. Bakanlar Komitesi başta Halki Güneş/Türkiye kararı nedeniyle, 4793 sayılı yasa uyarınca yeniden yargılanma talebinin reddedilmesi nedeniyle Türkiye'yi uyarın kararlar almıştır.

Daha önce Devlet Güvenlik Mahkemesi yargılamaları nedeniyle AİHM önüne çok sayıda şikayet götürülmüş ve Sözleşmenin 6. maddesi ile ilgili Mahkemenin onlarca ihlal kararı bulunmaktadır. Her ne kadar önce bu Mahkemede askeri yargıcın görevi sona erdirilmiş, ardından Mahkemenin adı özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi olarak değiştirilmişse de, bu mahkemelerin yaptığı adaletsiz ve uzun yargılamalara ilişkin şikâyetler bitmemiştir. DGM'nin verdiği kararların 6. maddenin ihlalini teşkil ettiği ve Türkiye'de yeniden yargılama konusu olan en tipik örneklerden biri eski DEP (Demokrasi Partisi) Milletvekili olan Sadak, Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye kararıdır. Milletvekili iken DGM'de PKK örgüt üyesi oldukları gerekçesiyle yargılanarak 1994 tarihinde 15 yıl hapis cezasına çarptırılan başvuru sahiplerinin şikâyetleriyle ilgili, Sözleşmenin 6. maddesinin bir dizi hükmünün ihlal edildiğine ilişkin kararı üzerine, yeniden yargılama talepleri kabul edilmiş ve davaya yeniden bakılmıştır. Ancak DGM yerine kurulan Ankara Ağır Ceza Mahkemesi eskini hükmünü yeniden vermiş ve kararında bir değişiklik yapmamıştır. Dava halen Yargıtay'da temyiz incelemesinde bulunmaktadır.

Mahkeme DGM'lerin haklarında işkence ve benzeri hukuka aykırı delillere dayalı mahkumiyet kararları verildiği şikâyetleriyle ilgili ihlal kararları vermekten kaçınmaktadır. Uzun süre yargılama nedeniyle verilen kararların yeniden yargılama konusu yapılmasına da yarar bulunmamaktadır. Ancak Sadak, Zana, Dicle ve Doğan kararında olduğu gibi, ulusal mahkeme önünde bir dizi adil yargılama ilkesinin ihlal edildiği (tanıkların doğrudan dinlenmesi, sanık savunmalarında geçen konuların araştırılması vb.) kararlar üzerine de, yeniden yapılan yargılamada AİHM kararlarının gereği yerine getirilmemektedir.

Devam eden yargılamalarla ilgili bir uygulama örneği de Erdoğan Yakışan/Türkiye kararı üzerine yaşanmıştır. 1994 yılından beri Diyarbakır DGM'de tutuklu olarak yargılanan Erdoğan Yakışan hakkında AİHM'nin 06 Mart 2007 tarih

- 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı, Hayal Kırıklığı mı? •

ve 11339/03 sayılı kararı üzerine yargılama devam ederken 2007 yılında Tahliye edilmiştir.

d) Mülkiyet hakkı

Bilindiği gibi olağanüstü hal uygulamasının yürürlükte olduğu 1987-2002 tarihleri arasında; TBMM gibi resmi kurumların raporlarına göre de; üç binin üzerinde yerleşim birimi ve üç milyon üzerinde insan zorla yerlerinden edilme uygulamalarından etkilenmiştir. 1990'lı yıllarda bölgede hakim olan baskı ve dehşet ortamında çok az sayıda şikayet Mahkeme önüne götürülmüş, insan hakları ortamında kısmi bir iyileşmenin görüldüğü 2000 yılından sonra, bu konuda devam eden mağduriyet bağlamında binlerce şikayet AİHM önüne götürülmüştür. BM ve Avrupa Birliği Kurumlarının da yoğun eleştirileri üzerine Türkiye'de olağanüstü hal uygulamasının yürürlükte olduğu yıllarda zarar görenlerin maddi zararlarının karşılanmasına ilişkin 5233 sayılı yasa yürürlüğe girmiştir. Türkiye'de valiliklerde oluşturulan zarar tespit komisyonlarının Diyarbakır ve Tunceli'den bazı başvuru sahiplerinin taleplerini karara bağlaması üzerine; AİHM 12 Ocak 2006 tarih ve 18888/02 sayılı model kararını açıklayarak, bu yöndeki tüm şikayetleri reddetmeye başlamıştır.

Mahkeme Türkiye'de zorla yerinden edilme ve mülkiyetten yoksun bırakma gibi trajik bir meselede acele etmiş, ulusal makamların amaçlı olan ilk kararları üzerine, meselenin tüm yönlerini değerlendirmeden ve yürürlüğe giren yasanın sorunu gidermekten uzak niteliğini görmeden, daha önceki kararlarıyla çelişerek Aydın İçyer kararını vermiştir.

Zorla yerinden edilme sorunuyla ilgili çıkarılan Tazminat Yasasının Uygulamasında halen yaşanan temel sorunlar;

-Köye dönüş ile ilgili bir düzenleme içermiyor. Sorun devam ediyor. Sadece güvenlik sorunları nedeniyle; köyün inşası ve alt yapısının hazırlanması bakımından da dönüş için bir düzenleme, kaynak yok.

-Komisyonun mevcut yapısı/birleşimi de işlemiyor. Komisyonun işleyiş ve kararları tümüyle Vali yardımcısı ve Özel İdarede bu iş görevlendirilen polis memurları yürütüyor.

-İşlemler tümüyle tek taraflı yürütülüyor. Başvurucu ve avukatının müdahale ve kararı etkilemesine olanak yok. Dosyadaki bilgi ve belgelere başvuru ve avukatı ulaşmıyor.

-Mahkeme, kağıt üzerinde bile bir çok açıdan sorunlu görünen Komisyonun uygulamada yürüyemeyeceğini göremedi. İş yükü altında "sorundan kurtulma"

refleksi ile acele karar verdi.

-Aydın İçyer kararından, Yasayla ilgili bir dizi değerlendirme hatası yaptı. Manevi tazminatın idari yargıda dava edilebileceği vs.

VI- SONUÇ

Yukarıda verilen somut karar ve uygulamalardan da anlaşılacağı üzere; AİHM Kararları ve yargılamasının Türkiye’deki yasama faaliyetinde, yargısal faaliyette ve idari uygulamalarda etkileri olmuş, insan haklarının birçok alanında bir dizi iyileştirici düzenleme ve uygulamaya yol açmıştır. Ancak AİHM Kararlarının bireysel başvuru hakkının tanındığı 1987 yılından beri geçen 20 yıllık sürede, Türkiye’de insan haklarına saygının sağlanmasında önemli bir başarısından söz etmek henüz olanaklı değildir. Özellikle; yaşam hakkı, işkence yasağı ve ifade özgürlüğü ile geçmişte yaşanan zorla yerinden edilme bağlamında mülkiyet hakkıyla ilgili başarıdan bahsetmek mümkün değildir. Öte yandan Mahkemenin kendisi de giderek, önüne gelen şikâyetleri yeterince incelemeyen, ağır iş yükü nedeniyle bir an önce bir karar verme isteğiyle yetersiz kararlar vermeye başlamıştır. Özellikle Mahkemenin bütçe sorunu nedeniyle artık bulgu saptama duruşmaları düzenlemek istememesi ve zorla yerinden edilme bağlamındaki mülkiyet davalarında Hükümetin kimi manevraları ile yüz binlerce mağduru ilgilendiren genel nitelikteki konularda (Aydın İçyer/Türkiye kararında olduğu gibi) yetersiz kararlar verebilmektedir. Bu nedenle Konferansın genel başlığı bağlamında; “hala ne tümüyle hayal kırıklığı, ne de başarı, daha gidilecek çok yol var.” demek en doğrusu gibi geliyor bana.

Geçici Madde 5 - (Ek madde: 15/07/2003 - 4928 S.K./7. md.)

53- üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.



ANKARA BAROSU YAYINLARI