

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARI

Çev. Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ*

Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye Davası
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Büyük Daire Kararı
(Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99)
4 Şubat 2005

Başkan : L. Wildhaber

Üyeler : C. L. Rozakis, J.-P. Costa, Sir Nicholas Bratza,
G. Bonello, L. Caflisch, E. Palm, I. Cabral Barreto,
R. Türmen, F. Tulkens, N. Vajic, J. Hedigan,
M. Pellonpaa, M. Tsatsa-Nikolovska, A. B. Baka,
A. Kovler, S. Pavlovschi

Katip : P. J. Mahoney

PROSEDÜR

1. Mevcut dava, Bay Rustam Sultanovich Mamatkulov ve Bay Zainiddin Abdurasulovich Askarov adındaki iki Özbek vatandaşının İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin

* Kararı İngilizce aslından çeviren: Doç. Dr. Bülent Çiçekli, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Devletler Özel Hukuku öğretim üyesi, bulentcicekli@hotmail.com

(“Sözleşme”) 34. maddesi gereğince sırasıyla 11 ve 22 Mart 1999 tarihlerinde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapmış oldukları iki başvurudan (No. 46827/99 ve 46951/99) kaynaklanmaktadır.

2. Adli yardımdan yararlanmış bulunan başvuru sahipleri İstanbul Barosu avukatlarından Bay İ. Ş. Çarsancaklı tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise Müşterek-vekil Bay M. Özmen tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurular başvuru sahiplerinin Özbekistan Cumhuriyeti’ne iadesine ilişkin bulunmaktadır. Başvuru sahipleri, Sözleşme’nin 2, 3 ve 6. maddeleri ile Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesine dayanmaktadır.

4. Başvurular, Mahkemenin Birinci Kısım’ına gönderilmiş (İçtüzük m. 52/1) ve bu kısımda oluşturulan Mahkeme Dairesi tarafından 31 Ağustos 1999 tarihinde kabul edilebilir bulunmuştur. Söz konusu Daire şu yargıçlardan oluşmuştur: E. Palm, J. Casadevall, Gaukur Jörundsson, R. Türmen, C. Birsan, W. Thomassen ve R. Maruste; Kısım Katibi ise M. O’Boyle’dir.

5. İlgili Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararıyla (“Daire Kararı”), oy birliğiyle, 3. maddenin ihlal edilmediğine, 6. maddenin Türkiye’deki iade prosedürüne uygulanamayacağına ve Sözleşme’nin 6. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin şikayetleri ile ilgili ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Daire ayrıca altı oya karşı bir oyla Sözleşme’nin 34. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Son olarak, ilgili Daire, oybirliğiyle, ihlal bulgusunun bizatihi kendisinin başvuru sahiplerinin uğramış olduğu manevi zararın tazminine ilişkin adil bir karşılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. Bay Türmen’in kısmi muhalefet görüşü karara eklenmiştir.

6. Hükümet 28 Nisan 2003 tarihinde davanın Büyük Daire’ye götürülmesine ilişkin bir talepte bulunmuştur (Sözleşme’nin 43. maddesi).

7. Büyük Daire’nin ilgili paneli bu talebi 21 Mayıs 2003 tarihinde kabul etmiştir (İçtüzük m. 73).

8. Büyük Daire’nin oluşumu Sözleşme’nin 27/2-3. maddesi ile Mahkeme İçtüzüğü’nün 24. maddesi çerçevesinde belirlenmiştir.

9. Başvuru sahipleri ve Hükümet davayla ilgili birer özet değerlendirme sunmuşlardır. Ayrıca, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, İnsan Hakları İzleme örgütü ve AIRE Merkezine Mahkeme Başkanı tarafından yargılamanın yazılı aşamasına müdahil olarak katılma izni verilmiş ve bu kuruluşlarca ilgili mütalaalar sunulmuştur. (Sözleşme madde 36/2. ve İçtüzük madde 44/2).

10. 17 Mart 2004 tarihinde Strasburg'da İnsan Hakları Binası'nda bir duruşma yapılmıştır (İçtüzük madde 59/3).

Mahkeme nezdindeki duruşmada:

a. Hükümeti;

Müşterek-vekil Bay M. Özmen ve Danışmanlar Bayan M. Gülşen, Bayan V. Sirmen ve Bayan H. Sarı;

b. Başvuru sahiplerini;

Avukat İ. Ş. Çarsancaklı ve Danışman Bay L. Korkut temsil etmişlerdir.

Mahkeme Bay Çarsancaklı, Bay Korkut, Bay Özmen ve Bayan Sirmen'in sözlü beyanlarını dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

11. Başvuru sahipleri 1959 ve 1971 doğumlu olup halen Özbekistan Cumhuriyeti'nde tutuklu bulunmaktadır. Başvuru sahipleri Özbekistan'daki Erk (Özgürlük) isimli muhalefet partisinin üyesidirler.

A. İlk Başvuru Sahibi Bay Mamatkulov

12. İlk başvuru sahibi turist vizesi ile 3 Mart 1999 tarihinde Alma-Ata'dan (Kazakistan) İstanbul'a uçakla gelmiş bulunmaktadır. Başvuru sahibi Özbekistan'da bombalama eyleminde bulunarak yaralanmalara sebep olma ve Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı girişimi nedenleriyle uluslararası bir yakalama müzakeresi gereğince Atatürk Havaalanı'nda Türk polisi tarafından yakalanarak cinayet şüphesiyle göz altına alınmıştır.

13. Özbekistan Cumhuriyeti Türkiye ile imzalamış olduğu iki taraflı bir anlaşma gereğince ilgilinin iadesini talep etmiştir.

14. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 5 Mart 1999 tarihinde soruşturmayı yürüten hakimden ilk başvuru sahibinin yargılanmak üzere tutuklanmasını talep etmiştir. Avukatı tarafından temsil edilen ilk başvuru sahibi, aynı gün hakim önüne çıkarılmış ve Cezai Konularda Karşılıklı Yardımlaşmaya Dair Avrupa Sözleşmesi gereğince kırk beş gün süreyle tutukluluğunun devamına karar verilmiştir.

15. İlk başvuru sahibi 11 Mart 1999 tarihinde Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi tarafından sorgulanmıştır. Hızlandırılmış yargılama usulü çerçevesinde aynı gün verilen bir kararla, mahkeme hakimi, ilk başvuru sahibine yönelik suçlamalara atıfta bulunarak, söz konusu suçların siyasi veya askeri suç kapsamında olmayıp adi suç kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme hakimi ayrıca ilk başvuru sahibinin iade edilinceye kadar tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Avukatı ve bir tercümanı aracılığıyla temsil edilen ilk başvuru sahibi suçlamaları reddetmiş ve masum olduğunu ileri sürmüştür.

16. 11 Mart 1999 tarihinde yapılan duruşma sırasında sunulan yazılı mütalaalarda, ilk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin ülkesinin demokratikleştirilmesi için çalıştığını ve Özbekistan'daki siyasi muhaliflerin yetkililerce tutuklandığını ve hapisanelerde işkenceye tabi tutulduklarını ileri sürmüştür. İlk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin söz konusu zaman diliminde Kazakistan'da olduğunu ve hayatının risk altında olmasından dolayı yetkili Türk makamlarından siyasi sığınma talebinde bulunduğunu belirtmiştir. İlk başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin siyasi nitelikteki bir suçtan dolayı yargılanmakta olduğunu ve Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince Ceza Mahkemesi'nin Özbekistan'ın iade talebini reddetmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

17. 11 Mart 1999 tarihinde hızlandırılmış yargılama usulü çerçevesinde verilen karara karşı, ilk başvuru sahibi, 15 Mart 1999 tarihinde Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Dava dosyasını inceleyen Mahkeme heyeti ilk başvuru sahibinin itirazını 19 Mart 1999 tarihinde reddetmiştir.

B. İkinci Başvuru Sahibi Bay Askarov

18. İkinci başvuru sahibi sahte bir pasaportla 13 Aralık 1998 tarihinde Türkiye'ye giriş yapmıştır. Özbekistan Cumhuriyeti'nin yapmış olduğu iade talebi üzerine, ikinci başvuru sahibi, 5 Mart 1999 tarihinde Türk polisi tarafından yakalanarak göz altına alınmıştır. İkinci başvuru sahibi, Özbekistan'da bombalama eyleminde bulunarak yaralanmalara neden olmak ve Özbekistan Devlet Başkanı'na yönelik terörist saldırı girişiminde bulunmaktan dolayı cinayet şüphesi altında bulunmaktadır.

19. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 7 Mart 1999 tarihinde soruşturmayı yürüten hakimden ikinci başvuru sahibinin yargılanmak üzere tutuklanmasını talep etmiştir. İkinci başvuru sahibi aynı gün hakim önüne çıkarılmış ve ilgili hakim tutukluluğun devamına karar vermiştir.

20. Fatih Cumhuriyet Savcılığı 12 Mart 1999 tarihli bir yazıyla Fatih Asliye Ceza Mahkemesi'nden ikinci başvuru sahibinin vatandaşlığı ve işlediği iddia edilen suçun niteliği hakkında karar vermesini istemiştir.

21. İlgili Asliye Ceza Mahkemesi başvuru sahibini dinledikten sonra 15 Mart 1999 tarihli bir kararla Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesi gereğince başvuru sahibinin vatandaşlığı ve suçun niteliği konusunda karar vermiştir. Ulusal mahkeme başvuru sahibinin işlediği iddia edilen suçların siyasi veya askeri nitelikte olmadığını, tersine "*adi suç*" kapsamında olduğuna hükmetmiştir. İlgili mahkeme ayrıca başvuru sahibinin iade edilinceye kadar tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

22. İkinci başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin işlediği iddia edilen suçun siyasi nitelikte olduğunu ve Özbekistan'daki siyasi muhaliflerin yetkililerce tutuklandığını ve hapisanelerde işkenceye tabi tutulduklarını ileri sürmüştür. İkinci başvuru sahibinin vekili, müvekkilinin söz konusu zaman diliminde sahte bir pasaportla Türkiye'de bulunduğunu belirtmiştir.

23. İkinci başvuru sahibi 15 Mart 1999 tarihli karara karşı 18 Mart 1999 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Dava dosyasını inceleyen Mahkeme heyeti itirazı 26 Mart 1999 tarihinde reddetmiştir.

C. Başvuru Sahiplerinin İadesi ve Müteakip Olaylar

24. Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesi gereğince ve tarafların menfaati ile Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından, Mahkeme'nin ilgili Dairesi, 18 Mart 1999 tarihli kararı ile, Hükümet'e, yetkili Daire'nin konuyu görüşeceği 23 Mart 1999 tarihli oturumdan önce, başvuru sahiplerini Özbekistan'a iade etmemesinin arzu edildiğini bildirmeye (indicate) karar vermiştir.

25. Türk Hükümeti 19 Mart 1999 tarihinde başvuru sahiplerinin iade edilmesi kararını almıştır.

26. İlgili Daire 23 Mart 1999 tarihinde İçtüzüğün 39. maddesi gereğince bildirdiği geçici tedbirin yeni bir duyuruya kadar uzatılmasına karar vermiştir.

27. Başvuru sahipleri 27 Mart 1999 tarihinde Özbek yetkililere teslim edilmiştir.

28. Hükümet, iki başvuru sahibiyle ilgili olarak Özbek makamlarından aşağıdaki teminatları aldığını 19 Nisan 1999 tarihli bir yazıyla Mahkeme'ye bildirmiştir: Ankara'daki Özbek Büyükelçiliği 9 Mart ve 10 Nisan 1999 tarihlerinde eklerinde Özbekistan Cumhuriyeti Başsavcılığı'ndan gelen iki mektubun da yer aldığı iki notayı iletmiş bulunmaktadır. Bu notalara göre:

"Başvuru sahiplerinin mal varlıkları genel müsadereye tabi tutulmayacak, kendileri işkenceye maruz bırakılmayacak veya ölüm cezasına çaptırılmayacaklardır.

Özbekistan Cumhuriyeti İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne taraf olup hem Türkiye'ye hem de uluslararası topluma karşı bu Sözleşme hükümlerinden doğan yükümlülüklerine uygun hareket edeceğini beyan ve teyit etmektedir."

29. Hükümet, Özbekistan Dışişleri Bakanlığı'ndan gelen 8 Haziran 1999 tarihli bir diplomatik notayı, 11 Haziran 1999 tarihinde Mahkeme'ye iletmiştir. Notada şu hususlar yer almaktadır:

"Özbek adli makamlarınca sürdürülen soruşturmalar, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un, Mayıs 1997 tarihinden bu yana, Özbekistan Cumhuriyeti liderlerine ve halkına karşı yapılan terörist eylemlerin planlanmasında ve

organizasyonunda aktif rol oynadıklarını ortaya koymuştur. Bu faaliyetlerini meşhur aşırı dinci C. H. ve T. Y. liderliğindeki bir suç örgütünün üyeleri olarak sürdürmektedirler.

Yabancı ülke istihbarat servisleriyle yapılan işbirliği ile elde edilen bilgiler, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un Kazakistan ve Kırgızistan'da da suç işlediklerini göstermektedir. Önceden toplanan delillere dayanılarak hazırlanan iddianameler, suç örgütü kurmak, terörizm, Devlet Başkanı'na terörist saldırı, kuvvet kullanarak veya anayasal düzeni yıkarak iktidara gelme, kundaklama, sahte belge sağlama, kasıtlı adam öldürme dahil pek çok suçlamayı içermektedir.

Bütün soruşturmalar sanık avukatlarının katılımıyla yürütülmüştür. Sanıklar kendi rızalarıyla suç örgütünün faaliyetleri ve kendilerinin örgütteki rolleri konusunda ikrarda bulunmuşlardır. Bu bilgiler elde edilen diğer delillerle teyit edilmiştir.

Mamatkulov ve Askarov hakkında Özbekistan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen teminatlar Özbekistan'ın 10 Aralık 1984 tarihli "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nden doğan yükümlülükleri ile uyumlu bulunmaktadır.

Sanıklar ve avukatları soruşturmaya ve yargılamaya ilişkin iddia makamının delillerini incelemiş ve Yüksek Mahkeme'ye sunulan iddianamenin bir kopyası kendilerine tebliğ edilmiştir.

Soruşturma ve dava sırasında sanıkların güvenlikleri emniyetli tesislerin (bu amaçla özel olarak donanmış hücreler ile) kullanılması suretiyle sağlanmış ve sanıklara karşı olası saldırıların önüne geçmek için gerekli önlemler alınmıştır.

Yüksek Mahkeme'de sanıkların davası kamuya açık oturumlarda hali hazırda devam etmektedir. Oturumlar yerli ve yabancı basın mensupları tarafından takip edilmektedir. Diplomatik misyon üyeleri ile insan hakları örgütlerinin temsilcileri de duruşmalara devam etmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği yetkilileri de duruşmalara katılabirler."

30. 8 Temmuz 1999 tarihli bir mektupla, Hükümet, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin 28 Haziran 1999 tarihli kararıyla

başvuru sahiplerini itham edilen eylemlerden dolayı suçlu bulunduğunu ve hapis cezalarına çarptırdığını Mahkemeye bildirmiştir.

31. 15 Eylül 1999 tarihli bir mektupla, başvuru sahiplerinin avukatları başvuru sahipleriyle irtibat kuramadıklarını, Özbek hapishanelerindeki koşulların çok kötü olduğunu ve mahkumların işkenceye tabi tutulduğunu ifade etmişlerdir. Özellikle şu hususları belirtmişlerdir:

“ ...

Başvuru sahipleri Özbekistan Cumhuriyeti'nde adil yargılanma hakkından yararlanamamışlar ve duruşmaların aleni yapılması prensibine uyulmamıştır. Başvuru sahiplerinin yargılanması konusundaki bilgilerimiz Özbek yetkililerince verilen bilgilerle sınırlıdır.

Gözlemci avukatlar olarak duruşmalara katılma talebimizi 25 Haziran 1999 tarihinde yazılı olarak Ankara'daki Özbek Büyükelçiliği'ne iletmış olmamıza rağmen, herhangi bir cevap alınamamıştır.

Başvuru sahiplerinin davasının 'yerel ve yabancı basın mensupları ve insan hakları örgütlerinin temsilcileri' tarafından izlendiği iddiasına gelince, Özbekistan'da bulunan ve duruşmaları izleyebilecek tek hükümet dışı kuruluş 'Human Rights Watch'dır. Bu örgüt nezdinde yapılan yazılı taleplerimize rağmen, davanın seyri ve oturumlardaki gelişmeler hakkında herhangi bir detaylı bilgi alınamamıştır.

İadelerinden sonra başvuru sahipleri ile ne telefon ne de mektup yoluyla iletişim kurulamamıştır. Başvuru sahipleri ile hala herhangi bir irtibat vasıtamız bulunmamaktadır. Bu durum, başvuru sahiplerinin sağlıklı hapishane koşullarında tutulmadığı şüphemizi teyit etmektedir.

Mahkemeniz tarafından 9 Temmuz 1999 tarihinde gönderilen mektup ve basında yer alan bilgilere göre, Bay Mamatkulov 20 yıl hapis cezasına mahkum edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu bu ceza Özbekistan Ceza Kanunu'na göre verilebilecek en ağır cezadır. Buna ek olarak, Özbek hapishanelerindeki tutukluluk koşulları ve özellikle işkence uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, mahkumların hapishanelerde cezalarını sağlıklı koşullarda çekmeleri çok zor bulunmaktadır. Ayrıca, belirli mahkumlara ve özellikle ifade özgürlüğüyle ilişkili suçlardan mahkum olanlara ilave cezalar verildiğine genel olarak inanılmaktadır.”

32. Özbekistan Dışişleri Bakanlığı Taşkent'teki Türk Büyükelçiliği'ne 15 Ekim 2001 tarihinde aşağıdaki bilgiyi göndermiştir:

“28 Haziran 1999 tarihinde, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi R. Mamatkulov ve Z. Askarov'u aşağıda sıralanan eylemlerden dolayı suçlu bulmuş ve ilgilileri sırasıyla yirmi yıl ve on bir yıl hapis cezasına mahkum etmiştir:

R. Mamatkulov;

a. Ceza Kanunu'nun 28 ve 97. maddeleri gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Cezayı ağırlaştırıcı koşullarda adam öldürme. Bunlar arasında su suçlar yer almaktadır:

i. iki veya daha fazla kişinin öldürülmesi,

ii. resmi görevde olan bir kişinin veya onun yakın akrabasının öldürülmesi,

iii. başkalarının hayatını tehlikeye sokan vasıtaların kullanılması,

iv. zulmedici araçların kullanılması,

v. sanığın kendi çıkarına işlenen suç

vi. dini inançlar temelinde işlenen suç,

vii. başka bir suçu gizlemek veya işlenmesine yardımcı olmak amacıyla işlenen suç,

viii. bir grup insan veya bir suç örgütü tarafından bu örgütün çıkarına işlenen suç,

ix. Mükerrer suç);

b. Ceza Kanunu'nun 155/3(a-b) maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (terörizm suçu);

c. Ceza Kanunu'nun 156/2(d) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (din ve ırka dayalı ayrımcılık yaratan kin ve düşmanlığa teşvik);

d. Ceza Kanunu'nun 158/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı teşebbüsü);

e. Ceza Kanunu'nun 159/4. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini yıkma girişiminde bulunmak, Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini ele geçirmek veya yıkmak amacıyla komplo kurmak);

f. Ceza Kanunu'nun 161. maddesi gereğince on beş yıl hapis cezası (mal varlığını tahrip veya kişi sağlığına zarar verme girişimi, devlet organlarının faaliyetlerine zarar verme veya sosyal, politik ve ekonomik istikrarı sarsma niyetiyle katliam yapma);

g. Ceza Kanunu'nun 168/4(a-b). maddesi gereğince on iki yıl hapis cezası (dolandırıcılık, başkalarına ait mal varlığının bir grup kişi tarafından veya bir grup kişi çıkarına sahtekarlık veya hile yoluyla elde edilmesi);

h. Ceza Kanunu'nun 223/2(b). maddesi gereğince on yıl hapis cezası (Özbekistan topraklarına önceden tasarlayarak yasa dışı yollardan girip çıkmak);

i. Ceza Kanunu'nun 228/3. maddesi gereğince iki yıl kamu yararına hizmet yükümlülüğü (sahte belge, mühür, kaşe, antetli kağıt imal etme, kullanma ve satma);

j. Ceza Kanunu'nun 242/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (suç işlemek amacıyla silahlı bir örgüt veya çete kurmak ve böyle bir örgüt veya çetede üst düzey veya özel bir konumda bulunmak);

Ceza Kanunu'nun 59. maddesi (birden çok suça ilişkin cezaların birleştirilmesi) gereğince ağırlaştırılmış rejimli cezaevlerinde çekilmek üzere yirmi yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir.

R. Mamatkulov halen cezasını Navoi İlinin İçişleri Müdürlüğü'ne bağlı Zarafshan Cezaevi'nde çekmektedir. Sağlık durumu iyi olup yakınlarıyla görüşme imkanına sahiptir. Kendisi 22 Ağustos 2001 tarihli Af Kararı'ndan yararlanmamıştır.

Z. Abdurasulovich Askarov;

a. Ceza Kanunu'nun 28 ve 97. maddeleri gereğince on yıl hapis cezası (cezayı ağırlaştırıcı koşullarda adam öldürme. Bunlar arasında su suçlar yer almaktadır:

i. iki veya daha fazla kişinin öldürülmesi,

ii. resmi görevde olan bir kişinin veya onun yakın akrabasının öldürülmesi,

iii. başkalarının hayatını tehlikeye sokan vasıtaların kullanılması,

iv. zulmedici araçların kullanılması,

v. sanığın kendi çıkarına işlenen suç

vi. dini inançlar temelinde işlenen suç,

vii. başka bir suçu gizlemek veya işlenmesine yardımcı olmak amacıyla işlenen suç,

viii. bir grup insan veya bir suç örgütü tarafından bu örgütün çıkarına işlenen suç,

ix. Mükerrer suç);

b. Ceza Kanunu'nun 155/2(a-b) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (başkasının ölümüne neden olan terörizm suçu);

c. Ceza Kanunu'nun 156/2(d) maddesi gereğince on yıl hapis cezası (din ve ırka dayalı ayrımcılık yaratan kin ve düşmanlığa teşvik);

d. Ceza Kanunu'nun 158/1. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (Özbekistan Devlet Başkanı'na terörist saldırı teşebbüsü);

e. Ceza Kanunu'nun 159/4. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini yıkma girişiminde bulunmak, Özbekistan Cumhuriyeti'nin anayasal rejimini ele geçirmek veya yıkmak amacıyla komplo kurmak);

f. Ceza Kanunu'nun 161. maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (mal varlığını tahrip veya kişi sağlığına zarar verme girişimi, devlet organlarının faaliyetlerine zarar verme veya sosyal, politik ve ekonomik istikrarı sarsma niyetiyle katliam yapma);

g. Ceza Kanunu'nun 173/3(b). maddesi gereğince dokuz yıl hapis cezası (başkalarına ait mal varlığının bir grup kişi tarafından veya bir grup kişi çıkarına tahrip edilmesi veya kasıtlı olarak zarar uğratılması);

h. Ceza Kanunu'nun 223/2(b). maddesi gereğince on yıl hapis cezası (Özbekistan topraklarına önceden tasarlayarak yasa dışı yollardan girip çıkmak);

i. Ceza Kanunu'nun 228/3. maddesi gereğince iki yıl kamu yararına hizmet yükümlülüğü (sahte belge, mühür, kaşe, antetli kağıt imal etme, kullanma ve satma);

j. Ceza Kanunu'nun 242/1. maddesi gereğince on sekiz yıl hapis cezası (suç işlemek amacıyla silahlı bir örgüt veya çete kurmak ve böyle bir örgüt veya çetede üst düzey veya özel bir konumda bulunmak);

Ceza Kanunu'nun 59. maddesi (birden çok suça ilişkin cezaların birleştirilmesi) gereğince ağırlaştırılmış rejimli cezaevlerinde çekilmek üzere on bir yıl hapis cezasına mahkum edilmiştir.

Z. Askarov halen cezasını Kashkadarya İlinin İçişleri Müdürlüğü'ne bağlı Şayhali Cezaevi'nde çekmektedir. Sağlık durumu iyi olup yakınlarıyla görüşme imkanına sahiptir. Kendisi 22 Ağustos 2001 tarihli Af Kararı çerçevesinde aftan yararlanmamıştır."

33. 23 Ekim 2001 tarihli oturumda, Hükümet, Mahkeme'ye, Türk Elçiliği'nde çalışan iki görevlinin, başvuru sahiplerini, Taşkent'e uzaklığı biri 750, diğeri 560 kilometre olan Şayhali ve Zarafshan hapisanelerinde ziyaret ettiklerini bildirmiştir. Büyükelçilik görevlilerinin ifadelerine göre, başvuru sahiplerinin sağlık durumları iyi olup hapishane koşullarından da şikayetçi bulunmamaktadırlar.

34. 3 Aralık 2001 tarihinde, Özbek yetkililer, başvuru sahiplerinin bulunduğu hapisanedeki askeri doktorlar tarafından düzenlenen sağlık raporlarını Hükümet'e iletmislerdir. Doktorlar aşağıdaki bulgulara ulaşmışlardır:

"Bay M. Mamatkulov 9 Aralık 1999 tarihinde hapisaneye konmuştur. Geldiğinde herhangi bir sağlık problemi bulunmamaktadır. 14 Aralık 2000 ve 2 Nisan 2001 tarihlerinde yapılan muayenelerde hiçbir patolojik bulguya rastlanmamıştır.

19 Aralık 2001 tarihinde, tutuklu, genel zayıflık ve öksürük nöbeti şikayetiyle cezaevi sağlık merkezine başvurmuş, muayene neticesinde şiddetli bronşit teşhisi konmuş ve ilaç tedavisi verilmiştir..."

"Bay A. Askarov 21 Temmuz 2001 tarihinde hapsedilmiştir. Geldiğinde herhangi bir sağlık problemi bulunmamaktadır. 25 Temmuz, 30 Ağustos ve 23 Ekim 2001 tarihlerinde yapılan muayenelerde hiçbir patolojik bulguya rastlanmamıştır..."

35. Hükümet, Özbek yetkililerince iletilen listeler bazında, başvuru sahiplerinin Ocak 2002 ve 2004 tarihleri arasında yakın akrabaları tarafından çeşitli defalarda ziyaret edildiğini Mahkemeye 16 Nisan 2004 tarihinde bildirmiştir.

36. Şu ana kadar, başvuru sahiplerinin avukatları kendileriyle görüşmemişlerdir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

37. (Olay anında yürürlükte olan (Ç. N.)) Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesi şu şekildedir:

“Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz.

Siyasi veya ona murtabat cürümlerden dolayı bir ecnebinin devletlere iadesi devletçe kabul edilemez.

Ecnebi devletçe vuku bulan iade talebi üzerine istenilen kimsenin Türkiye’de bulunduğu mahal mahkemesi asliyesince tabiiyeti ve cürümünün mahiyeti hakkında bir karar verilmesi lazımdır.

Türk tebaasından olduğu yahut cürümünün siyasi ve askeri veyahut bunlara murtabat cürümlerden bulunduğu mahkemece sabit olanların iadesi talebi kabul olunamaz.

Ecnebi olduğuna ve cürümünün adi ceraimden bulunduğuna karar verilen kimsenin iadesi talebi hükümetçe kabul olunabilir.

İadesi talep ve kabul olunan kimse hakkında mahalli müstantikliğinince tutuklama müzekkeresi verilebilir.”

B. İade

38. Türkiye ve Özbekistan arasındaki iade esasları, 18 Aralık 1997 tarihinde yürürlüğe giren *“Türkiye ve Özbekistan Cumhuriyetleri Arasında Medeni, Ticari ve Cezai Konularda Karşılıklı Yardımlaşma Anlaşması”* hükümlerine dayanmaktadır. Bu anlaşmanın ilgili hükmü şu şekildedir: *“Her bir Akit Devlet işbu Anlaşmada belirlenen durumlar ve koşullara bağlı olarak kendi yargı yetkisi içinde bulunan ve diğer tarafın yargı yetkisinde*

işlenen bir eylemden dolayı suçlanan veya mahkum edilen herhangi bir kişiyi diğer tarafa iade etmeyi taahhüt eder”.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Antlaşmalar Hukukuna Dair 1969 Tarihli Viyana Sözleşmesi

39. “Genel Yorum Kuralı” başlığını taşıyan 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesi şu şekildedir:

“1. Bir antlaşma, antlaşma metninde yer alan kavramlara normal olarak yüklenecek anlamlara göre iyi niyetli bir şekilde ve antlaşma amaç ve hedeflerinin ışığı altında yorumlanır.

2. Bir antlaşmanın yorumlanması açısından, antlaşma metnine, antlaşmanın önsözü ve eklerine ilave olarak, şu hususlar dahildir:

a. antlaşmaya ilişkin olarak ve antlaşmanın akdedilmesi amacıyla bütün taraflar arasında imzalanan herhangi bir anlaşma;

b. antlaşmanın akdedilmesine ilişkin olarak bir veya birden çok tarafça hazırlanan ve diğer taraflarca da antlaşmayla ilgili bir belge olduğu kabul edilen herhangi bir belge.

3. Antlaşmanın asıl metniyle birlikte aşağıdaki hususlar da dikkate alınır:

a. Antlaşmanın yorumu ve hükümlerinin uygulanması hakkında taraflar arasında sonradan yapılan herhangi bir anlaşma;

b. Antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin olarak tarafların mutabakatını gösteren ve antlaşmanın tatbiki ile ilgili olarak sonradan kabul edilen herhangi bir uygulama;

c. Taraflar arasında tatbiki kabil herhangi bir uluslararası hukuk kuralı.

4. Bir kavrama özel bir anlamın yüklenmesi tarafların bunu amaçladıklarının teyit edilmesine bağlıdır.”

B. Evrensel İnsan Hakları Koruma Sistemleri

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

40. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi İç Tüzüğü'nün 86. maddesi şu şekildedir:

“Komite, ilgili taraf Devlete başvuru hakkındaki görüşlerini iletmeden önce, o devlete, ileri sürülen ihlalin mağduru aleyhine telafisi güç zararların doğmasını önlemek amacıyla geçici tedbirlerin alınmasının arzu edilip edilmediğini bildirebilir. Bunu yaparken, Komite, ilgili taraf Devlete, geçici tedbirlerin alınması yönündeki görüşlerinin başvurunun esası hakkında herhangi bir tespit manasına gelmeyeceğini bildirir.”

41. 26 Temmuz 1997 tarihli kararında (Glen Ashby v. Trinidad ve Tobago kararında), Komite, ölüm cezasının infazını ertelemeyi talep eden geçici tedbir kararlarına uymaktan imtina eden bir Devletin durumunu ilk defa incelemiştir. Komite, İhtiyari Protokolü onaylamak suretiyle, Taraf Devletin bu protokolle öngörülen prosedür çerçevesinde Komite ile işbirliği yapma yükümlülüğü altına girdiğini ve bu bağlamda Sözleşme ve İhtiyari Protokol çerçevesinde üslendiği yükümlülükleri yerine getirmediğini vurgulamıştır (İnsan Hakları Komitesi Raporları, Cilt I).

42. 19 Ekim 2000 tarihli kararında (Dante Piandiong, Jesus Morillos ve Archie Bulan v. Filipinler kararında), Komite, şu hususların altını çizmiştir:

“Sözleşmeye taraf her bir Devlet, İhtiyari Protokolü kabul etmekle, İnsan Hakları Komitesi'nin Sözleşme'de düzenlenen haklardan herhangi birinin ihlal edildiğini ileri süren bireylerden gelen başvuruları kabul etme ve inceleme yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir (Önsöz ve Madde 1). Protokolü kabul etmekle, bir Devlet, yapılan başvuruların incelenmesine imkan sağlamak üzere Komiteyle iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapmayı ve incelemeyi sonra Komitenin Taraf Devlete ve ilgili kişiye görüşlerini iletmesini zımnen taahhüt etmiş olur (Madde 5 (1), (4)). Taraf Devletin Komite'nin başvuruyu inceleme ve değerlendirmesini ve görüşlerini açıklamasını engelleyen veya aksatan herhangi bir tedbir alması, söz konusu bu yükümlülükler ile bağdaşmaz.

Bir başvuruda kendisine isnat edilen herhangi bir ihlalden tamamen bağımsız olarak, bir Taraf Devlet, şayet Sözleşme'nin ihlal edildiğini ileri süren

bir başvurunun Komite tarafından incelenmesini engelleyen veya aksatan bir tedbir alırsa veya Komite'nin incelemesini konusuz ve görüşlerini açıklamasını faydasız ve nafîle hale getirirse, İhtiyari Protokol altındaki yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal etmiş olur” .

Sözleşme'nin 39. maddesine göre kabul edilen Komite İçtüzük Kuralları'nın 86. maddesi gereğince alınan geçici (ihtiyati) tedbir kararları, Protokol mucibince Komite'ye verilen rollerin ifası için zaruridir. Özellikle suç isnat edilen bir kişinin infaz edilmesi ya da ülkeden sınır dışı edilmesi gibi geri dönüşü mümkün olmayan tedbirler nedeniyle söz konusu bu Kural'a uyulmaması, İhtiyari Protokol aracılığıyla Sözleşme'de düzenlenen hakların korunması sistemini zedeler.”

Komite bu prensibi 15 Mayıs 2003 tarihli bir kararında da (Sholam Weiss v. Avusturya kararı) tekrar etmiştir.

2. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi

43. İşkenceyi Önleme Komitesi İçtüzüğü'nün 108/9. maddesi, “İşkence, Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme” hükümlerinin ihlal edildiğini ileri süren kişiler tarafından başlatılan yargılamalarda geçici tedbirlerin alınmasına imkan sağlamaktadır. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir başvurunun kabul edilebilir olup olmadığının incelenmesi sırasında, Komite veya Çalışma Grubu ya da işbu Tüzüğün 106. maddesinin 3. paragrafı gereğince görevlendirilen bir özel raportör, iddia edilen ihlalin mağduru olduğunu ileri süren kişi ya da kişilerin telafi edilemez bir zarara maruz kalmalarını önlemek için taraf Devletten geçici tedbirler almasını isteyebilir. Böyle bir talebin taraf Devlete bildirilmesi, başvurunun kabul edilebilirliği konusunda herhangi bir karar alındığı manasına gelmez”.

44. Venezüella'da ikamet eden ve alınan geçici tedbir kararı ile iade işlemi iptal edilmiş olmasına rağmen Peru'ya iade edilen bir Peru vatandaşının davasında (Rosana Nunez Chipana v. Venezuela kararı, 10 Kasım 1998), İşkenceyi Önleme Komitesi, ilgili Devletin “Sözleşme'nin ruhuna” uygun hareket etmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. Komite bu görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

“Taraf Devlet, Sözleşme’yi onaylayarak ve Komite’nin yetkisini 22. madde gereğince kendi isteğiyle kabul ederek, başvuruların incelenmesi prosedürünün uygulanmasında Komite ile iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu bakımdan, Komite’nin yerinde olduğunu düşünerek talep ettiği ihtiyati tedbirlere uyulması, söz konusu kişiyi Komite önündeki yargılamanın nihai sonucunu da hükümsüz kılabilecek telafisi mümkün olmayan zararlardan korumak açısından zaruridir.”

45. Kanada’da ikamet eden bir Hint vatandaşının, Hindistan’a iadesine ilişkin diğer bir kararda (T. P. S. v. Kanada kararı, 16 Mayıs 2000), İşkenceyi Önleme Komitesi, Kanada’dan bu iade işleminin durdurulmasını geçici tedbir olarak istemesine rağmen, talep edilen geçici tedbire uyulmamasının *“Komite önündeki yargılamanın nihai sonucunu hükümsüz hale getirebileceği”* görüşünü yinelemiştir.

C. Uluslararası Adalet Divanı

46. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün (İçtüzüğü’nün) 41. maddesi şu şekildedir:

“1. Mahkeme, şartların gerektirdiğine kanaat getiriyorsa, her iki tarafın haklarının korunması için alınması gereken geçici tedbirlerin hangileri olduğunu bildirmek yetkisine sahiptir.

2. Nihai karar verilmeye karar, alınması istenilen tedbirler derhal taraflara ve Güvenlik Konseyi’ne tebliğ edilir”.

47. Uluslararası Adalet Divanı pek çok davada geçici tedbir kararlarının amacının uyuşmazlık taraflarının karşılıklı haklarını korumak olduğuna işaret etmiştir (bkz, diğerleri yanında, Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri kararı, 27 Haziran 1986). *“Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme’nin Uygulanması”*na ilişkin bir davada (Bosna-Hersek v. Yugoslavya kararı), Adalet Divanı, geçici tedbir kararı verme (bildirme) yetkisinin:

“Uyuşmazlık hakkında karar verilmeye kadar, tarafların karşılıklı haklarını korumayı ve ihtilaf konusu olan haklara telafisi mümkün olmayan bir zararın verilmesini önlemeyi amaçladığını; ve Divan’ın bu tedbirlerle daha sonra başvuru sahibi veya davalıya ait olduğuna karar verilecek hakların muhafaza edilmesi konusunu göz önünde bulundurmak zorunda olduğunu”

belirtmiştir.

48. La Grand kararında (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri) 27 Haziran 2001 tarihli kararıyla Adalet Divanı şu hususa dikkat çekmiştir:

“102. ... Divanın Statüsünde düzenlendiği şekliyle 41. maddenin amacı, Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta tarafların karşılıklı haklarına zarar verilmesinden dolayı Divan’ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesine mani olmaktır. Adalet Divanı Statüsü’nün amaç ve hedefi ile 41. madde metninin ifadesi dikkate alındığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: geçici tedbirler bildirme (indicate) yetkisinin, söz konusu yetkinin gerekliliği ve koşulların gerektirdiği ölçüde kullanılması şartıyla, Divanın nihai kararı ile taraflar arasında belirlediği hakların korunması ve bu haklara bir zarar gelmemesi açısından, bağlayıcı olması gerekir. 41. madde gereğince belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığını iddia etmek, işbu maddenin amaç ve hedefine aykırıdır.

103. 41. madde gereğince verilen kararların bağlayıcı niteliğine işaret eden ve Divanın önem verdiği diğer bir unsur ise, Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın daha önceden benimsemiş olduğu bir ilkenin varlığıdır ki, “uluslararası yargı mercilerince kabul gören ve bir çok sözleşmede de yer alan bu evrensel ilkeye göre (...) dava tarafları nihai kararın icrasını engelleyebilecek her türlü adımdan ve, genel olarak niteliği ne olursa olsun, uyuşmazlığı ağırlaştırabilecek veya uzatacak her hangi bir fiilden kaçınmak zorundadırlar (Sofya ve Bulgaristan Elektrik Şirketi, 5 Aralık 1939 tarihli karar...).”

Bu yaklaşım daha sonra Adalet Divanı’nın 31 Mart 2004 tarihli Avena ve Diğer Meksika Vatandaşları davasında verdiği kararda da teyit edilmiştir (Meksika v. Amerika Birleşik Devletleri).

D. Amerikan İnsan Hakları Koruma Sistemi

1. Amerikan İnsan Hakları Komisyonu

49. Amerikan İnsan Hakları Komisyonu İçtüzüğü’nün 25. maddesi şu şekildedir:

“1. Acil ve önemli durumlarda ve eldeki mevcut bilgilerden hareketle gerek duyulması halinde, Komisyon, kendi inisiyatifiyle ya da taraflardan birinin talebi üzerine, kişilerin telafi edilemez zararlara uğramasını önlemek için ilgili Devletten ihtiyati tedbirler almasını isteyebilir.

2. Eğer Komisyon toplantı halinde değilse, Başkan veya Başkan'ın yokluğu halinde Başkan yardımcılarında biri, icra Sekreteryası aracılığıyla, önceki paragraftaki düzenlemenin uygulanmasıyla ilgili olarak diğer üyelerle istişarede bulunur. Şayet mevcut koşullar çerçevesinde makul bir süre içinde istişarede bulunmak mümkün değilse, Başkan veya Başkan Yardımcılarından birisi, Komisyon adına karar alır ve Komisyon'un diğer üyelerine bunu bildirir.

3. Komisyon, ihtiyati tedbir kararlarının benimsenmesine ve bu kararlara uyulmasına ilişkin herhangi bir konuda ilgili taraflardan bilgi talep edebilir.

4. Bu tedbirlerin alınması ve ilgili Devletçe benimsenmesi davanın esasına ilişkin bir ihsası rey oluşturmaz".

50. İhtiyati tedbirlerin kapsamı, bireysel başvuruya ilişkin olarak Komisyon tarafından verilen tavsiye kararına göre belirlenmektedir. 17 Eylül 1997 tarihinde Loayza Tamayo v. Peru davasında verdiği kararla, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Devletin, "temel fonksiyonu 'insan haklarına uyulmasını ve korunmasını geliştirmek olan' ... Amerikan Devletleri Örgütünün temel organlarından biri olan Amerikan İnsan Hakları Komisyonu gibi bir koruma organının tavsiyelerini yerine getirmek için her türlü çabayı göstermek zorunda olduğuna" karar vermiştir.

2. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi

51. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63/2. maddesi şu şekildedir:

"Son derece ağır ve acil durumlarda ve kişilere yönelik telafi edilemez zararları önlemek gerektiğinde, Mahkeme, ele aldığı uyuşmazlık dolayısıyla, yerinde olduğuna hükmettiği geçici tedbirlere karar verir. Henüz Mahkeme'ye intikal etmeyen bir dava söz konusu ise, Komisyon'un talebi üzerine bu tür tedbirleri alabilir".

52. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 25. maddesi şu şekildedir:

"1. Son derece ağır ve acil durumların mevcut olduğu davaların herhangi bir aşamasında ve kişilere yönelik telafi edilemez zararların önlenmesi gerektiği zaman, Mahkeme, Sözleşme'nin 63/2. maddesinin öngördüğü şartlarda, re'sen

veya taraflardan birinin talebi üzerine yerinde olduğuna hükmettiği geçici tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

2. Henüz Mahkeme'ye intikal etmeyen konulara ilişkin olarak, Mahkeme, Komisyon'un talebi üzerine harekete geçebilir.

3. Talep, herhangi bir vasıtayla başkana, yargıçlardan herhangi birine ya da Sekreterliğe yapılabilir. Her halükarda talebi alan makam, durumu derhal Başkan'ın dikkatine sunmak zorundadır.

4. Eğer mahkeme toplantı döneminde değilse, Başkan, Daimi Komisyon'la ve eğer mümkünse diğer yargıçlarla istişare ederek, Mahkeme'nin müteakip oturumda alabileceği herhangi bir geçici tedbir kararının etkinliğini sağlamak için gerekli olabilecek bu tür acil tedbirlerin alınmasını ilgili hükümetten ister.

5. Mahkeme veya Mahkeme toplantı döneminde değilse Mahkeme başkanı, tarafları geçici tedbirlerle ilgili olarak açık duruşmaya çağırabilir.

6. Mahkeme, Genel Kurul'a sunduğu yıllık raporda, raporun ait olduğu dönem içerisinde almış olduğu geçici tedbirler konusunda bir açıklamaya yer verir. Eğer bu tedbirler usulüne uygun olarak yerine getirilmez ise, Mahkeme, uygun olduğunu düşündüğü tavsiyeleri yapar."

53. Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi geçici tedbirlere uyma yükümlülüğünün esasa ilişkin kararlarının etkinliğini sağlamak için gerekli olduğunu pek çok davada ifade etmiştir. (bkz., diğerleri arasında, Chumina v. Peru kararı, 1 Ağustos 1991; Loayza Tamayo v. Peru kararı, 2 Temmuz 1996, 13 Eylül 1996, 11 Kasım 1997 ve 3 Şubat 2001; James ve Diğerleri v. Trinite ve Tobago kararı, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999, 16 Ağustos ve 24 Kasım 2000, 3 Eylül 2002; Haitili ve Haiti Asıllı Dominik uyruğundan Haitililer v. Dominik Cumhuriyeti kararı, 7 ve 18 Ağustos 2000, 26 Mayıs 2001; Alvarez ve Diğerleri v. Kolombiya kararı, 10 Ağustos 2000, 12 Kasım 2000. 30 Mayıs 2001; Hilaire, Constantine, Benjanin ve Diğerleri v. Trinite-ve-Tobago kararı, 21 Haziran 2002).

İki geçici tedbir kararında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin "Amerikan sisteminin iki denetim organının (Mahkeme ve Komisyon) işleyişine dair hükümler dahil Sözleşme'nin bütün hükümlerini iyi niyetle uygulamak zorunda olduklarını (pacta sunt servanda); ve Sözleşme'nin insan haklarını etkin bir şekilde koruma temel amacını dikkate alarak (Madde 1/1, 2, 51 ve 63/2), Devletlerin,

mağdur olduğu ileri sürülen kişilerin haklarının eski hale iadesini (restitutio in integrum) engelleyen faaliyetlere girişmekten kaçınmaları gerektiğini” hüküm altına almıştır (bkz., James ve Diğerleri v. Trinité ve Tobago kararı, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999 tarihli kararlar).

IV. ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ'NÜN ÖZBEKİSTAN HAKKINDAKİ BRİFİNG VE RAPORU

54. Dava konusu olay zamanında Özbekistan'daki durumla ilgili olarak, Uluslararası Af Örgütü, Birleşmiş Milletler İşkenceyle Mücadele Komitesi'ne verdiği ve Ekim 1999 tarihinde kamu oyuna sunduğu açıklamasında şu hususları belirtmiştir:

“ ... Uluslararası Af Örgütü'nün, Özbekistan'ın insan hakları eğitimi, demokratikleşme ve ülkenin mevzuatını uluslararası normlara uygun hale getirmeyi amaçlayan yasama ve yargı reformları konusunda resmi makamların desteğiyle ulusal alanda girişilmiş çok sayıda ve geniş kapsamlı teşebbüse rağmen, bu sözleşme uyarınca kendi üzerine düşen yükümlülükleri bütünüyle yerine getirmediği konusunda sahip olduğu kaygılar devam etmektedir.

... Aralık 1997'den bu yana, Namangan bölgesinde meydana gelen birkaç olayda kanun uygulayıcı görevlilerin öldürülmüş olması, toplu yakalama ve tutuklama dalgasına neden olmuştur. Uluslararası Af Örgütü bu tarihten itibaren kanun uygulayıcı makamların bağımsız imamlara (İslami liderlere) sadık olduklarını veya bağımsız İslami cemaatlerle bağlantılı olduklarını düşündükleri kişilere karşı işkence ve kötü muamele uyguladıklarına dair gittikçe artan sayıda bilgiler almıştır. 'Vahhabiler' olarak adlandırılan bu kişilerden yüzlercesi uluslararası adil yargılanma standartlarının gerisine düşen yargılamalar neticesinde uzun süreli hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Uluslararası Af Örgütü'nün endişeleri 1999 Şubatı'nda, başkent Taşkent'te altı adet bombanın patlamasından sonra yüzlerce kadın ve erkeğin tutuklanmasıyla artmıştır. Bu sefer tutuklanan, kötü muameleye tabi olan ve işkence gören kişiler arasında yasaklı muhalefet partisi ve hareketlerden Erk ve Birlik'in sempatizanı olduğundan şüphelenilen kişiler, bunların aile üyeleri, insan hakları gözlemcileri ile Hizb-üt-Tahrir gibi yasaklı İslami muhalefet partileri ve hareketlerinin destekçisi olduğu ileri sürülenler bulunmaktadır. Uluslararası Af Örgütü'nün dikkatine sunulan olayların hepsi olmasa bile, pek çoğunda, sorguya çekilen kimselerin seri bir şekilde ne kendi seçtikleri bir avukatla ya da aileleriyle görüşmelerine izin verildiği ne de tıbbi tedaviden yararlandık-

ları görülmüştür. Sorumlu mercilerin, savcılardan her seviyedeki mahkeme ve parlamento kamu denetçisine kadar, çok sayıdaki işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında zamanında, kapsamlı ve bağımsız soruşturmalar açmadıkları görülmüştür. Güvenilir ve bağımsız kaynaklara göre, işkence altında alındıkları bildirilen itiraflar, yargılama sürecinde rutin olarak kullanılmakta ve Uluslararası Af Örgütü tarafından incelenen pek çok olayda mahkumiyet kararı bu tür delillere dayanmaktadır. Uluslararası Af Örgütü, Taşkent suikastlarında olduğu gibi Namangan cinayetlerinin de ertesinde Cumhurbaşkanı'nın da içinde bulunduğu Özbek yetkililer tarafından yapılan açıklamalardan rahatsız olmuştur. Bu açıklamalar, devlet görevlilerinin toplumun bazı kesimlerine karşı zor kullanmasının doğrudan doğruya tasdikini oluşturmasa da, en azından işkence ve kötü muamele gibi yasa dışı metotların kullanımına göz yumulması olarak algılanabilirler. Nisan 1999'da insan hakları ve demokrasinin teminatı olarak resmedilen Devlet Başkanı İslam Kerimov Özbekistan'da istikrar ve özgürlüğü korumak için 200 kişinin kafasını uçurmaya hazır olduğunu açıkça belirtmiştir... Uluslararası Af Örgütü, yetkili makamların kötü muamele ve işkence iddiaları üzerine derinleştirilmiş ve tarafsız soruşturmalar açılmaması konusundaki ısrarlı tutumları ile birlikte söz konusu bu açıklamaların, kanun uygulayıcı makamlarca yapılan işkence ve kötü muamelenin kabul edilebilir ve hatta gerekli bir hareket tarzı olduğu ve kanun uygulayıcı makamların herhangi bir ceza görmeksizin bu tür eylemlerde bulunabileceği izlenimini vermesinden çekinmektedir.

İşbu brifing Özbekistan'daki kötü muamele ve işkence konusunda kapsamlı bir çalışma olma iddiasını taşımamaktadır. Brifing sadece Uluslararası Af Örgütü'nün şu anki en acil kaygılarını oluşturan olay ve konularla ilgili Sözleşme maddeleri üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Ceza hukukunda her türlü işkence eyleminin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (Madde 4).

Özbekistan her türlü işkence eyleminin ceza hukukunda suç teşkil etmesini ve bu suçların ağırlıklarına göre cezalandırılmasını zorunlu kılan Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca bütün yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Her ikisinde de işkence fiillerinin yasaklanmasına ve cezalandırılmasına rağmen, ne Anayasa da, ne de ceza kanununda, Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlendiği şekilde bir işkence tanımına yer verilmektedir.

[Özbek] Ceza Kanunu'nun 235. maddesi zor kullanarak itiraf elde etmeyi suç olarak düzenlemektedir. Zor kullanma metotlarını açık bir şekilde

tanımlamasına (dayak, çok ağır veya ağır şekilde vücuda yönelik zarar vermek, işkence) ve bu eylemleri işleyenleri somut olarak isimlendirmesine (soruşturma ve sorgulama görevlileri, vekiller) rağmen, söz konusu bu madde, işkencenin tanımında Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilenden çok daha dar bir tanım içermektedir. Bu maddede beş ila sekiz yıl arasında bir ceza öngörülmektedir.

Özbek Ceza Kanunu'nun diğer maddeleri ve özellikle 110. maddesi farklı müessir fülleri cezalandırmakla birlikte, hiç biri özel olarak devlet görevlilerinin eylemlerine ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Özbek basınında tutuklama ve sorgulama sırasında yasadışı metotlar kullanmaktan dolayı haklarında takibat yapılan güvenlik güçleri olduğundan bahsedilmiştir. Bununla birlikte, Uluslararası Af Örgütü'ne ulaşan bilgilere göre, incelenen dönem içerisinde, bu Örgüt tarafından ele alınan olaylarda insan hakları ihlali mağdurları tarafından işkence eylemlerinde buldukları tespit edilen güvenlik güçleri mensuplarından hiç biri yukarıda zikredilen Ceza Kanunu maddesi gereğince takibata uğramamıştır...

Uluslararası Af Örgütü'ne tekrar tekrar ulaşan güvenilir raporlarda şüphelilerin kendi seçtikleri avukatla görüşmelerine izin verilmediği bildirilmiştir. Kanun uygulayıcı makamlar, sanığın avukatı ile görüşmesine ancak sanık birkaç gün göz altında tutulduktan sonra izin vermişlerdir ki, bu dönem kötü muamele ya da işkence görme riskinin en yüksek olduğu bir safhadır. Kanun uygulayıcı makamlar pek çok olayda avukat ile görüşmeye ancak şüphelinin itirafını imzalamasından sonra izin vermişlerdir. Avukatların müvekkillerine sınırsız erişim imkanının güç olmasından dolayı, kabul edildiği zaman bile, avukatla müvekkil arasındaki görüşmeler ancak seyrek aralıklarla yapılmaktadır. Savunma avukatlarının soruşturmanın tüm aşamalarında hazır bulunmalarına nadir olarak izin verilmektedir...

Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 17. maddesi işkence uygulamasını açıkça yasaklamakta ve hakimler, savcılar ile soruşturma ve sorgulama görevlilerini yargılamanın bütün aşamalarında bireyin haysiyet ve onuruna saygı gösterme yükümlülüğü altına koymaktadır. Bununla birlikte, Uluslararası Af Örgütü, farklı kaynaklardan -eski mahkumlar, tutukluların aileleri, savunma avukatları, insan hakları izleme örgütleri, uluslararası insan hakları örgütleri, diplomatlar, mahkeme dokümanlarının nüshaları- sayısız raporlar almış ve bu raporlarda kanun uygulayıcı makamların, hiç kimsenin işkence veya acımasız, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz bırakılmayacağı konusundaki yasal yükümlülüklerini rutin olarak ihlal etmeye devam ettiği bildirilmektedir.

...

Hapishane Koşulları

Yargılanmak üzere tutuklanan kişilerin buldukları koşulların acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil edecek derecede kötü olduğu rapor edilmektedir. Özbek makamları, 1997 yılında, tutukluluk koşullarının BM'nin tutuklulara yapılan muameleye ilişkin temel asgari standartlarının çok gerisinde olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Kalabalık ortam temel bir sorun olup, her yatak nöbetleşe uyuyan en az iki mahkum tarafından kullanılmaktadır. Kötü sağlık koşulları, yiyecek ve temel tıbbi tedavi eksikliği tüberküloz gibi hastalıkların meydana gelme riskini artırmaktadır. Eski mahkumlar, hücreleri bir metre karelik ve ancak kapının yanında ayakta durulabilecek şekilde yerin altında bulunan 'delikler' olarak tarif etmektedirler. Hücrenin geri kalan kısmı sadece bir metre elli santim yüksekliğinde ve tutuklunun yalnızca oturabileceği ya da çömelebileceği tarzdadır. Ayrıca hücrelerin haşaratla dolu olduğu ifade edilmektedir. İdam mahkumlarının bulunduğu kısımdaki yaşam koşullarına gelince, Özbek yetkililerin, bağımsız gözlemcilerin mahkumları ziyaret etmelerine izin vermemesinden dolayı, bunları bağımsız olarak tahkik etmek güç bulunmaktadır."

55. Uluslararası Af Örgütü, Özbekistan hakkında hazırladığı 28 Mayıs 2002 tarihli yıllık raporunda ise şunları belirtmiştir:

"Hizb-ut-Tahrir (Kurtuluş Partisi) gibi yasadışı muhalif İslami hareket ve partilerin destekçisi olduğu ileri sürülen pek çok kişiye kanun uygulayıcı makamlar tarafından uygulanan kötü muamele ve işkence fiilleri azalmaksızın devam etmektedir. Binlerce dindar Müslüman ve Erk ve Birlik adındaki yasaklı seküler siyasi muhalefet partileri ve hareketlerinin düzinelerce üyesi ya da destekçisi, adil yargılanma hakkına uygun olmayan yargılamalar sonucu, yasadışı bir partiye üye olmaktan, yasadışı dini yayın dağıtmaktan ya da Devlete karşı eylemlerde bulunmaktan ağır hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Dindar Müslüman mahkumların özellikle hapishane kamplarında acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere tabi tutuldukları konusunda raporlar gelmeye devam etmektedir. Aralarında tanınmış bir insan hakları savunucusunun da bulunduğu bir çok tutuklunun işkence neticesinde öldüğü ileri sürülmüştür. Adil olmayan yargılamalar sonucu, en az 22 kişinin ölüm cezasına çarptırıldığı ve bunlardan en az dördünün cezasının infaz edildiği bildirilmiştir.

Yasaklı Erk Demokratik Partisi'nin sürgündeki yöneticisi Salih Mohammad, Kasım ayında Çek polisi tarafından Prag havaalanında yakalanmıştır.

Özbekistan tarafından kendisiyle ilgili yapılan iade talebi incelenene kadar tutukluluk hali devam etmiştir. 1999 tarihinde, Prag Şehir Mahkemesi tarafından iadesinin reddi karara bağlandıktan sonra, serbest bırakılarak mülteci statüsünü kabul eden Norveç'e gönderilmiştir.

Cumhurbaşkanı İslam Kerimov Eylül ayında yaptığı açıklamada her yıl yüz kadar kişiye ölüm cezası uygulandığını açıkça ifade etmiştir. Ekim ayında ölüm cezasını gerektiren suç sayısı dörde indirilmiştir.

İşkence ve kötü muamele suçlamaları

...

Dindar Müslüman mahkumların tutukevlerinde ve özellikle yüksek korumalı hapishane kamplarında özellikle acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelerin hedefi olduklarına dair raporlar gelmeye devam etmektedir...

2001 yılının Haziran ayında, 73 Tacik asıllı dağ köylüsü, gizli oturumlarla yapılan dört farklı yargılamada, Özbekistan İslami Hareketi'nin Ağustos 2000 yılında ülke sınırlarından içeri doğru yaptığı saldırı sırasında bunlara destek verdikleri için üç yıl ile on sekiz yıl arasında değişen hapis cezalarına mahkum edilmişlerdir. Hükümet bu uygulamayı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ne daha önceden vermiş olduğu güvencelere rağmen yapmıştır. Bu güvencelere göre, köylüleri buralardan tahliye etmenin nedeni, bunların yaşam koşullarını iyileştirmek olup bu şekilde zorla yerleri değiştirenlere karşı hiçbir adli takibat yapılmayacaktır. Mayıs ayında aynı anda ve önceden bildirimde bulunmadan Taşkent'te açılan dört toplu davada bir polis ordusu kordonuyla çevrili olarak farklı mahkeme binalarında yargılamalar yapılmıştır. Oturumlara katılmaya çalışan sanıkların yakınları tehdit edilmiş ve yetkililer bu kişileri şehri terk etmeye zorlamışlardır.

İnsan Hakları İzleme Örgütü'nü (Human Rights Watch) temsil eden yalnızca bir yabancı gözlemci davalardan birine katılmıştır. Yabancı diplomatlar, yerel insan hakları gözlemcileri ve medya organları dahil başka kimselerin katılımına izin verilmemiştir.

İnsan Hakları İzleme Örgütü gözlemcisine göre, savcılık makamı, sanıkların suçluluğuna dair hiçbir inandırıcı delil gösterememiştir. Bütün sanıklar, yargılama gününe kadar kimseyle görüştürülmeyerek tutuklu kalmışlar ve kendi seçtikleri bir avukat aracılığıyla temsil edilme hakkından mahrum bırakılmışlardır. Mahkeme önündeki yargılamada sanıkların itiraflarını geri çektikleri

bildirilmiş ve sanıklar güvenlik güçlerinin işlemedikleri suçları ikrar ettirmek için kendilerine işkence yaptıklarını ileri sürmüşlerdir. Sanıklar, bir kamera önünde ezbere söylemek üzere ikrarlarının kendilerine zorla ezberletildiğini iddia etmişlerdir. Sanıklardan bazıları mahkemeye vücutlarında bulunan ve onlara göre maruz bırakıldıkları işkence fiilinin sonucu olan izleri göstermişlerdir. Bununla birlikte mahkeme bu açıklamaları dikkate almamıştır...”

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 2 ve 3. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİALARI

56. Başvuru sahipleri Özbekistan Cumhuriyeti’ne iadelerinin Sözleşme’nin 2. ve 3. maddelerinin ihlalini oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Bu maddeler şu şekildedir;

Madde 2.

“1. Herkesin yaşam hakkı kanun tarafından korunur. Kanun’un ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın infazı dışında hiç kimse kasıtlı olarak yaşam hakkından mahrum bırakılamaz.

2. Ölüm,

a. bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması;

b. yasal olarak bir tutuklamanın gerçekleştirilmesi veya yasal olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi;

c. bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması

amacıyla kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk olduğu hallerde meydana gelmişse işbu maddenin ihlal edildiğinden söz edilemez.”

Madde 3.

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

Davanın koşullarını dikkate alarak, Mahkeme, bu şikayetin 3. maddede çerçevesinde incelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

A. Daire Kararı

57. Daire olayla ilgili herhangi bir nihai tespit yapamamasının, başvuru sahibine Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince iddialarını destekleyici delilleri elde edebilmesi için gerekli ilave araştırmaların yapılması fırsatının verilmemiş olmasından kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Daire ilgili madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmek için elindeki delillerin yeterli olmadığını değerlendirmiştir (Daire kararının 74 ve 77. maddelerine bkz.).

B. Tarafların İddiaları

1. Başvuru Sahipleri

58. Başvuru sahiplerini temsil eden avukatlar, iade zamanı itibariyle, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin 3. maddenin yasakladığı bir muameleyi doğuracağına inanmak için esaslı nedenlerin mevcut olduğunu ifade etmişlerdir. Bu bağlamda, başvuru sahibinin avukatları, Özbekistan hapishanelerinin kötü koşulları ile buralardaki işkence uygulamalarına dikkat çekmişlerdir.

59. İddialarını desteklemek için, insan hakları alanında çalışan "uluslararası inceleme organları"nın, hem idari bir uygulama olarak siyasi muhaliflere karşı yapılan işkence ve diğer kötü muamelelere, hem de Özbek rejiminin muhaliflere karşı yürüttüğü baskıcı politikalara dikkat çeken raporlarına atıfta bulunmuşlardır.

60. Başvuru sahiplerinin avukatları, müvekkillerinin, Türkiye'de yapılan iade yargılaması sırasında kendilerine yöneltilen suçlamaları reddettiklerini ve kendi lehlerine gerekli delillere ortaya koyduklarını belirtmişlerdir. Böylece, kendi seçtikleri bir avukatın yardımından yararlanma hakkı olmaksızın Özbek yetkilileri önünde aynı suçlamaların bütünüyle kabulü, bu kişilerin kötü muamele ve işkence sonucu işlemedikleri suçları "itiraf" etmeye zorlandıklarını göstermektedir.

2. Hükümet

61. Hükümet suçluların iadesine ilişkin yargılamalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin yalnızca talep eden devlette yasaklanan muamele ya da cezanın kesin olduğu ve ilgili kişinin işkence ya da kötü muameleye

maruz kaldığını gösterecek güçlü delillerin ortaya konduğu olaylarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

62. Hükümet, iadenin Özbek yetkilileri tarafından teminat verilmesinin ardından gerçekleştirilmiş olduğuna dikkat çekmektedir. Bu teminatlar, başvuru sahiplerinin ölüm cezasına mahkum edilmeyecekleri, işkence veya kötü muameleye tabi tutulmayacakları ya da haklarında genel olarak mal müsaderece cezasının uygulanmayacağına dair verilen güvenceleri kapsamaktadır. Özbek yetkilileri, İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tarafı olan Özbekistan Cumhuriyeti'nin, hem Türkiye'ye hem de uluslararası toplumun tamamına karşı bu Sözleşme hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüklerini kabul ve teyit ettikleri konusunda güvence vermiş bulunmaktadır. Ayrıca insan hakları örgütlerinin raporları 3. maddeye aykırı muamele iddialarını destekleyebilecek herhangi bir bilgi içermemektedir.

63. Hükümet, terörist eylemlerle suçlanan başvuru sahiplerinin Özbekistan Yüksek Mahkemesi tarafından birisi yirmi ve diğeri on iki yıl olmak üzere hapis cezalarına çarptırıldıklarını ve davaların görülmesi sırasında Türk Elçiliği ve diğere elçilik üyelerinin yanı sıra Helsinki Watch üyelerinden oluşan yaklaşık 80 kişinin hazır bulunduğuna dikkat çekmiştir. Diğere taraftan, Hükümet, başvuru sahiplerinin hapsedildikleri cezaevinde Türk Büyükelçiliği'nin iki yetkilisi tarafından ziyaret edildiklerini ve bu kişilere ne tutuklulukları ne de mahkumiyetleri sırasında kötü muameleye maruz kalmadıklarını söylediklerini ilave etmiştir.

64. Hükümet'e göre, 3. madde, iade eden Devlete, zamanla sınırlı olmayan bir sorumluluk yüklemek şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sorumluluk iade edilen kişinin suçluluğunun kabul edildiği ve cezasını çekmeye başladığı gün bitmelidir. İade anlaşması gereğince bir şüpheliyi teslim etmekle iade eden Devletin ilgili kişinin iade edilen devletteki mahkumiyet ve cezasından kaynaklanan muamele ya da cezaya neden olduğunu söylemek 3. maddenin lafzı anlamını kabul edilemez şekilde zorlamak olacaktır. Böyle bir karar, Sözleşme'ye taraf olmayan yabancı ülkelerin içişleri hakkında karar vermeyi icap ettireceğinden uluslararası anlaşmalardan doğan haklara bir müdahale teşkil edecek ve uluslararası adli prosedür normlarına aykırı olacaktır. Böyle bir değerlendirmenin, uluslararası terör ve organize suçlarla mücadelede işbirliğini sınırlamak suretiyle Sözleşmeciler Devlete ciddi bir zarar verme tehlikesi bulunmaktadır.

3. Müdahil Üçüncü Kişiler

65. İnsan Hakları İzleme (Human Rights Watch) Örgütü ve AIRE Merkezi dava konusu olay zamanında Özbekistan'daki bağımsız Müslümanların uğradığı baskıya işaret etmektedirler. Bu örgütler özellikle ortak bir şekilde suçlanan başvuru sahiplerinin yakınlarının işkenceye tabi tutulduklarını ve siyasi mahkumların Özbek hapishanelerinde gördükleri kötü muameleden dolayı öldüklerini ifade etmişlerdir. Ayrıca, Özbekistan'daki mevcut siyasi durum ve güvenlik güçleri üzerindeki etkin adli denetim eksikliği dikkate alındığında, Özbek Hükümeti'nden alınan teminatlar başvuru sahipleri açısından yeterli bir garanti oluşturmamaktadır.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

1. İlgili Prensipler

66. Sözleşmeciler Devletler, yerleşik uluslararası hukuk prensipleri gereğince ve işbu Sözleşme dahil akdi yükümlülüklerine tabi olarak, yabancıların ülkeye giriş, ikamet ve sınır dışı edilmeleri konusunda kontrol hakkına sahiptirler. Ne Sözleşme de ne de Protokollerin de siyasi sığınma hakkına yer verilmektedir (bkz., Vilvarajah ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri A No. 215, s. 34, 102. paragraf).

67. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşmeciler Devlet tarafından yapılan bir iade, söz konusu kişinin iade edildiği ülkede 3. maddenin hilafına bir muamele görme konusunda gerçek bir riske maruz kalacağını gösterecek önemli nedenler varsa, 3. madde çerçevesinde bir soruna yol açabilir ve bu nedenle söz konusu Devlet Sözleşme gereğince yükümlülük altına girebilir. Böyle bir sorumluluğun tesis edilmesi, talep eden ülkedeki koşulların 3. maddenin standartları çerçevesinde değerlendirilmesini kaçınılmaz bir şekilde icap ettirecektir. Bununla birlikte, ne genel uluslararası hukukta, ne de işbu Sözleşme veya başka sözleşmeler çerçevesinde, kabul eden ülkenin sorumluluğu hakkında karar verme veya bu devletin sorumluluğunu tesis etme söz konusu değildir. Sözleşme gereğince bir sorumluluğun ortaya çıktığı ölçüde, bir bireyi yasaklanan kötü muameleye doğrudan doğruya maruz bırakma sonucuna neden olan iadeyi yapan Sözleşmeciler Devlet sorumluluk sahibi

olacaktır (bkz., Soering v. Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989, Seri A. No. 161, s. 35, §§ 89-91).

68. Bir Sözleşmecî Devlet'in bir kişiyi bu kişinin işkence veya gayri insani ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalacağı konusunda önemli nedenlerin bulunduğu diğerk bir devlete bilerek teslim etmesinin, Sözleşme Önsözü'nün göndermede bulunduğu "*ortak siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukuk devleti mirası*" ile uyumu zor olacaktır (yukarıda zikredilen Soering kararı, s. 35, § 88).

69. 3. maddeye aykırı bir muamele görme konusunda gerçek bir riskin varlığına ilişkin inandırıcı nedenlerin olup olmadığı konusunda, Mahkeme, konuyu kendisine sunulan ya da gerektiğinde resen (proprio motu) edindiği verilerin tümüne dayanarak değerlendirecektir. Bu çeşit davalarda Sözleşmecî Devlet'in 3. madde altındaki sorumluluğu bir kişinin maruz kalacağı kötü muamele riskine bağılı olduğundan, böyle bir riskin varlığı öncelikle iade sırasında Sözleşmecî Devlet'in bilgi sahibi olduğu veya olması gereken gerçekler bazında ele alınması gerekir. Bununla birlikte, bu husus Mahkemenin iade işleminden sonra ortaya çıkan bilgileri göz önünde bulundurmasını engellemez. Söz konusu bu bilgiler ilgili Sözleşmecî Tarafın bir başvuru sahibinin kaygılarının sağlam bir temele dayanıp dayanmadığını teyit etmesi ya da çürütmesi açısından fayda sağlar (Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A. No. 201, s. 29-30, §§ 75-76; ve yukarıda zikredilen Vilvarajah ve Diğerleri kararı, p. 36, § 107).

Ancak, eğer başvuru sahibi Mahkeme davayı incelerken iade edilmemiş veya sınır dışı edilmemiş ise, ilgili zaman dilimi Mahkeme önündeki yargılamanın devam ettiği zaman dilimidir (bkz., Chahal v. Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996 tarihli karar, Reports 1996-V, §§ 85-86).

Bu durum tipik olarak Mahkeme İctüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme'nin geçici tedbir kararı vermesi nedeniyle sınır dışı veya iade işleminin ertelendiği durumlarda ortaya çıkar. Böyle bir kararın verilmesi çoğu zaman ilgilinin gönderileceği ülkede 3. maddenin yasakladığı bir muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskin olup olmadığını tespit etmek için Mahkeme'nin bütün delillere henüz sahip olmadığı manasına gelir.

70. Ayrıca, 3. maddenin kapsamına girebilmesi için, kötü muamelemin asgari bir düzeye ulaşması gerekmektedir. Bu asgari düzeyin

değerlendirilmesi eşyanın tabiatı gereği göreceli olup muamele veya cezanın mahiyeti ve çerçevesi, icra biçimi ve metodu, süresi ve fiziksel ya da zihinsel etkileri gibi davanın tüm koşullarına bağlıdır (yukarıda zikredilen Vilvarajah ve Diğerleri kararı, p. 36, § 107).

Kötü muamele iddialarının uygun delillerle desteklenmesi gerekir (bkz., mutatis mutandis, Klaas v. Almanya, 22 Eylül 1993 tarihli karar, Seri A, N. 269, ss. 17-18, § 30).

2. Yukarıdaki Prensiplerin Mevcut Davaya Uygulanması

71. 3. madde bağlamında bir sorunun dile getirilebilmesi için, başvuru sahiplerinin iade edilme anında 3. maddenin yasakladığı muamelelere tabi olacaklarına dair gerçek bir riskin mevcut olduğunu ortaya koymaları gerekmektedir.

72. Mahkeme, uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarında farklı siyasi görüşte olanlara karşı işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerinin idari bir uygulama olduğunu ifşa eden bilgiler ile Özbek yöneticilerinin bu siyasi muhaliflere karşı baskıcı bir politika uyguladığına dair başvuru sahiplerinin avukatları tarafından yapılan değerlendirmeleri göz önünde bulundurmuştur. Mahkeme, Uluslararası Af Örgütünün 2001 raporunda belirtmiş olduğu "*yasaklı İslami muhalefet partilerinin ve hareketlerinin taraftarı olduğu ileri sürülen kişilere karşı kanun uygulayıcı makamlar tarafından yapılan kötü muamele ve işkencelerin devam ettiğine dair raporları*" dikkate almıştır (yukarıdaki 55 Nolu paragrafa bkz.).

73. Bununla birlikte, söz konusu bu bulgular Özbekistan'daki genel durumu tasvir etmekte olduğundan, mevcut davada başvuru sahiplerince ileri sürülen somut suçlamaların ispat edilebilmesi için, bunların başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

74. Başvuru sahipleri, Mahkeme'nin, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine göre bildirmiş olduğu geçici tedbir kararına rağmen, 27 Mart 1999 tarihinde Özbekistan'a iade edilmişlerdir (yukarıda 24-27 Nolu paragraflara bkz.). Bu nedenle başvuru sahiplerinin Özbekistan'da 3. maddenin yasakladığı muameleye tabi olmaları konusunda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken tarih iade işleminin yapıldığı bu tarih olacaktır.

75. 39. maddeyi uygulayarak, Mahkeme, karar tarihi itibariyle elinde mevcut deliller dikkate alındığında gerçek bir riskin varlığı konusunda nihai bir karar veremeyeceğini belirtmiştir. Eğer Türkiye 39. madde bağlamında kendisinden istenen tedbirle uyumlu hareket etmiş olsaydı, söz konusu tarih gösterilecek deliller ışığında Mahkeme'nin davayı incelemiş olduğu tarih olacaktı (yukarıda 69 Nolu paragrafa ve yukarıda zikredilen Chahal kararı, 85-86 Nolu paragraflara bkz.). Türkiye'nin Mahkeme tarafından verilen geçici tedbir kararına (indication) uygun hareket etmemesi Mahkeme'nin normal prosedürünü takip etmesine mani olmuştur. Bununla birlikte, Mahkeme, talep edildiği üzere iade işlemi ertelenmiş olsaydı davanın sonucunun ne olacağı konusunda herhangi bir spekülasyonda bulunamayacaktır. Bu nedenle, Mahkeme, Türkiye'nin 3. madde çerçevesindeki sorumluluğunu 27 Mart 1999 tarihinde öğrenmiş olduğu koşullar itibariyle değerlendirecektir.

76. Mahkeme, Türk Hükümeti'nin, Özbek Hükümeti tarafından bir teminat verildikten sonra, iade işleminin gerçekleştirildiğini ileri sürdüğünü dikkate almıştır. İlgili dokümanda yer alan ifadeler, *"başvuru sahiplerinin mal varlığının genel müsadereye tabi tutulmayacağı, bu kişilerin işkence fiillerine maruz bırakılmayacakları ve ölüm cezasına mahkum edilmeyeceklerine"* dair bir teminatın Özbekistan Cumhuriyet Savcısı tarafından verildiğine işaret etmektedir. Özbekistan Cumhuriyeti Savcısı ayrıca *"Özbekistan Cumhuriyeti'nin İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin taraftı olduğunu ve hem Türkiye'ye hem de bir bütün olarak uluslararası topluma karşı Sözleşme'nin hükümlerinin gereklerine uyma yükümlülüğünü kabul ettiğini ve yinelediğini"* ilave etmiştir. Hükümet ayrıca Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'un tutuldukları Özbek hapisanelerindeki doktorlardan alınan sağlık raporlarını ibraz etmiş bulunmaktadır (yukarıda 28 ve 34 Nolu paragraflara bkz.).

77. Kendisine ibraz edilen delilleri göz önünde bulundurarak, Mahkeme, yukarıda bahse konu tarihte, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riske maruz kaldıklarını ortaya koyacak sağlam delillerin mevcut olduğu sonucuna varamamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, mevcut davanın koşulları çerçevesinde uygun göreceği tarzda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmasına engel olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması aşağıda 34. madde bağlamında incelenmelidir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği bulgusuna varılamamıştır.

78. Başvuru sahiplerinin 3. madde çerçevesinde ileri sürmüş olduğu iddiaları (yukarıda 71-77 Nolu paragraflara bkz.) göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bu iddiaların 2. madde bağlamında ayrıca incelenmesini gerekli görmemektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6/1. MADDESİNİN İHLALİ İDDİALARI

79. Başvuru sahipleri Türkiye'deki iade prosedürünün ve Özbekistan'daki ceza yargılamasının adil olmadığını ileri sürmektedirler. Aşağıda ilgili kısmı verilmiş olan Sözleşme'nin 6/1. maddesi dayanak olarak kullanılmıştır:

"1. Kendisine karşı yöneltilen (...) her hangi bir cezai suçlamaya ilişkin karar verilmesi hususunda, herkes yasayla belirlenmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından (...) adil (...) yargılanma hakkına sahiptir."

A. Daire Kararı

80. Daire, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır (Daire kararının 80-81 Nolu paragraflarına bkz.). Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, Daire, kendisine sunulan delillerin başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldıklarını ortaya koymadığı ve bu noktada Madde 6/1 bağlamında ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşmıştır (Daire kararının 87. paragrafına bkz.).

B. Türkiye'deki İade Prosedürü

81. Başvuru sahipleri dava dosyasındaki tüm materyallere ulaşamamış olmaları veya işledikleri iddia edilen suçların nitelendirilmesine ilişkin savunmalarını verememeleri nedeniyle, iade taleplerini karara bağlayan ceza mahkemesi önündeki davada adil yargılama hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

82. Mahkeme, yabancıların girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında, bir başvuru-

ru sahibinin medeni hak ve yükümlülüklerini ya da kendisine karşı yöneltilen cezai bir suçlama hakkında tespit yapılması konusunu ilgilendirmediğini tekrar etmektedir (bkz., Maaouia v. Fransa [GC], No. 39652/98, § 40, ECHR 2000-X; Penafiel Salgado v. İspanya, (karar), No. 65964/01, 16 Nisan 2002; Sardinas Albo v. İtalya, (karar), No. 56271/00, 8 Ocak 2004).

83. Dolayısıyla, mevcut davada 6. maddenin 1. paragrafının uygulanmasına yer yoktur.

C. Özbekistan'daki Ceza Davası

84. Başvuru sahipleri, kendi ülkelerinde adil yargılanma hakkından yararlanma ihtimallerinin olmadığını ve ölüm cezasına mahkum edilmeleri ve cezalarının infazı hususunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda Özbek adli makamlarının yürütmeden bağımsız olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

85. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, müvekkillerinin, yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu bulundurulduğunu ve kendi seçtikleri bir avukat tarafından temsil edilmelerine izin verilmediğini iddia etmişlerdir. İfadelerinin işkence altında elde edildiğini ve suçluluk kararının söz konusu ifadelerle dayandığını belirtmişlerdir.

86. Hükümet, başvuru sahiplerinin iadesinin Türk Hükümeti'ni Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından yükümlülük altına sokamayacağını ileri sürmüştür.

87. Human Rights Watch ve AIRE Centre adlı iki müdahil kuruluş, başvuru sahiplerinin yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu bulundurulduğunu ve kendilerini temsil etmek üzere soruşturmaya yürütmekle sorumlu savcı tarafından belirlenen avukatlar görevlendirildiği için, kendi seçtikleri bir avukat tarafından temsil edilme hakkından yararlanamadıklarını belirtmişlerdir.

88. Mahkeme yukarıda adı geçen Soering kararında (s. 45, § 113) aşağıdaki hususları vurgulamaktadır:

"6. maddede düzenlendiği şekliyle, ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda çok önemli bir yere sahiptir. Mahkeme bir

iade kararının, istisnai olarak, bir firarinin adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması veya böyle bir ihlale maruz kalma riski altında bulunması durumunda, 6. madde bağlamında bir sorun ortaya çıkarabileceğini düşünmektedir ...”

89. Mahkeme, mevcut davada başvuru sahiplerinin 27 Mart 1999 tarihinde Özbek yetkililerine teslim edildiğini dikkate almaktadır. 28 Haziran 1999 tarihinde, Özbekistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Bay Mamatkulov ve Bay Askarov’u çeşitli fiillerden suçlu bulmuş ve sırasıyla birisini yirmi yıl, diğerini on iki yıl hapis cezasına mahkum etmiştir (yukarıda 32. paragrafa bkz.).

90. Mahkeme, 2. ve/veya 3. maddenin yasakladığı muamele riskinde olduğu gibi, gidilen ülkede adaletin ağır bir şekilde ihlal edilmesi riskini, esas olarak, Sözleşmecî Devlet’in ilgili kişileri iade ettiği zaman bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekler ışığında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. İadenin İçtüzüğü’nün 39. maddesi gereğince Mahkeme’ce verilen bir kararı (indication) müteakip ertelenmesi durumunda, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin de, Mahkeme’nin davayı incelediği zaman itibariyle mevcut bilgiler ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir (bkz., mutatis mutandis, yukarıda 75-77 Nolu paragraflar).

91. Başvuru sahipleri Özbekistan’a 27 Mart 1999 tarihinde iade edilmişlerdir. Her ne kadar, karar anında eldeki mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa da, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin yukarıda bahse konu Soering Kararı’nın 113. paragrafı anlamında adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli deliller bulunmamaktadır. Türkiye’nin İç Tüzüğü’nün 39. maddesi çerçevesinde verilen karara (indication) uymaması, Mahkeme’nin, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü’nün 39. maddesine uyulmaması hususu aşağıda 34. maddeye ilişkin olarak incelenecektir.

Bu nedenlerle, Sözleşme’nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşılamamıştır.

III. SÖZLEŞME'NİN 34. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

92. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, Türkiye'nin, İçtüzüğü'nün 39. maddesine uygun olarak Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbire rağmen, Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'u iade etmekle, Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu hareket etmediğini ileri sürmüşlerdir.

Sözleşme'nin 34. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Akit Taraflardan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri süren her bir kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grubu Mahkemeye başvuruda bulunabilir. Yüksek Akit Taraflar bu hakkın etkili icrasını hiçbir şekilde engellemekle yükümlüdürler”.

Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“ 1. Daire ya da, duruma göre, Başkanı, gerek bir tarafın veya ilgili diğer bir kişinin talebi üzerine, gerekse resen, bakmakta olduğu davanın sağlıklı işleyişi için ya da tarafların menfaati icabı olduğunu düşündüğü herhangi bir geçici tedbir kararını taraflara bildirebilir.

2. Bakanlar Komitesi alınan bu tedbirlerden haberdar edilir.

3. Daire, bildirdiği herhangi bir geçici tedbir kararının yerine getirilmesine ilişkin herhangi bir konuda taraflardan bilgi talep edebilir.”

A. Daire Kararı

93. Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararında, aşağıdaki sonuca ulaşmıştır:

“110. İhlal iddiasının mağduruna yönelik telafisi mümkün olmayan bir zararı önlemek üzere kendisine yönelik geçici tedbir kararı verilen (bildirilen) Sözleşme'ye Taraf herhangi bir Devlet bu tedbirlere uygun hareket etmek ve nihai kararın hükmünü ve etkinliğini zayıflatacak herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınmak zorundadır.

111. Bu nedenle, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme'ce verilen (bildirilen) geçici tedbir kararına uymamakla, Türkiye Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş bulunmaktadır”.

B. Tarafların İddiaları

1. Başvuru Sahipleri

94. Başvuru sahiplerinin temsilcileri, yetkili makamlara yaptıkları taleplere rağmen, başvuru sahiplerinin iadelerini müteakip müvekkilliği ile temas kuramamışlardır. Bu nedenlerden, başvuru sahipleri 3. maddede bağlamındaki iddialarını destekleyici delil elde etmek üzere ilave araştırmaların yapılması olasılığından mahrum bırakılmışlardır. İade işleminin yapılması, başvuru sahiplerinin başvurularının Mahkemeye etkin bir biçimde yapılması önünde gerçek bir engel oluşturmuştur.

2. Hükümet

95. Hükümet, Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Hükümet'e göre, 34. madde çerçevesinde ileri sürülen iddialar, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ortaya koydukları ile aynı olup dayanaktan yoksundur.

96. İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarının hükmüne ilişkin olarak, Hükümet, Cruz Varas ve diğerleri kararına atıfta bulunarak, Sözleşmeciler Devletlerin bu tarz kararlara (indications) uygun hareket etme konusunda yasal yükümlülüklerinin olmadığını vurgulamıştır.

97. Hükümetin iddiasına göre, mevcut davada geçici tedbir kararını bildiren mektubun lafzına bakıldığında tedbirin bağlayıcı olma amacını taşımadığı açıkça görülecektir. Uluslararası mahkemeler kendilerine uluslararası antlaşmalarca verilen yetkiler kapsamında faaliyette bulunurlar. Eğer antlaşma kendilerine bağlayıcı geçici tedbir kararı emretme yetkisi vermemişse, böyle bir yetki mevcut değildir.

3. Müdahil Üçüncü Kişi

98. Uluslararası Hukukçular Komisyonu, uluslararası hukukun genel prensipleri, antlaşmalar hukuku ve uluslararası dava hukuku ışığında, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince alınan (bildirilen) geçici tedbir kararlarının ilgili Devleti bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.

C. Mahkemenin Değerlendirmesi

99. Davalı Hükümetin Mahkeme İhtüzüğü'nün 39. maddesi gereğince bildirilen tedbirlere uygun hareket etmemesi, davalı Devletin Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin bireysel başvuru haklarının kullanımına mani olmama yükümlülüğünü ihlal edip etmediği sorununu ortaya çıkarmaktadır.

1. Genel Değerlendirmeler

(a) Bireysel Başvuru Hakkının Kullanımı

100. Mahkeme, bireysel başvuru hakkına ilişkin hükmün (Sözleşme'nin 34. maddesi, 11 Nolu Protokol yürürlüğe girmeden önceki 25. madde) Sözleşme insan hakları koruma sisteminin etkinliğini sağlayan temel garantilerden biri olduğunu daha önceki kararlarında ifade etmiştir. Böyle bir anahtar hükmü yorumlarken, Mahkeme, Sözleşme'nin insan hakları ve temel özgürlüklerini kolektif olarak uygulama amacına sahip bir antlaşma olma özel niteliğini dikkate almak zorundadır. Diğer klasik tipteki uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, Sözleşme, Sözleşme Devletler arasında sadece karşılıklı yükümlülükler doğurmaktan daha fazla bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Sözleşme, karşılıklı ve iki taraflı yükümlülükler ağı olmanın üzerinde ve ötesinde, Önsözde ifade edildiği şekliyle, "*kolektif uygulama*" imkanına sahip objektif yükümlülükler yaratmaktadır (bkz., *mutatis mutandis*, *Loizidou v. Türkiye* (ilk itirazlar) 23 Mart 1995, Seri A, No. 310, § 70).

101. Bireysel insan haklarını koruyan bir belge olarak Sözleşme'nin amaç ve hedefi, hükümlerinin sağladığı güvencelerin, bireysel başvuru sisteminin bir parçası olarak, pratikte ve etkin bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasını gerektirmektedir. Buna ilave olarak, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yorumu, "*demokratik bir toplumun değerlerini ve ideallerini sağlamak ve geliştirmek üzere tasarlanmış bir belge olarak Sözleşme'nin genel ruhu*" ile tutarlı olmak zorundadır (yukarıda adı geçen *Soering* kararı, § 87; ve, *mutatis mutandis*, *Klass ve Diğerleri v. Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar, Seri A, No. 28, s. 18, § 34).

102. Bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanımına engel olmama yükümlülüğü, Mahkeme önünde etkin bir şekilde şikayette bulunma ve bu şikayeti takip etmeye yönelik bireysel hakka herhangi

bir müdahale yapılmasını engellemektedir. Bu konu Mahkeme tarafından daha önceki kararlarında incelenmiş bulunmaktadır. 34. maddede düzenlenen bireysel başvuru sisteminin etkin bir şekilde işleyişi için başvuru sahiplerinin veya potansiyel başvuru sahiplerinin Mahkeme'ye yaptıkları başvuruyu geri çekme veya değiştirme konusunda yetkili makamlardan herhangi bir baskı görmeksizin serbest bir şekilde iletişim kurabilmeleri hayati derecede önemlidir. Mahkeme tarafından daha önceki kararlarında belirtildiği üzere, "baskı", sadece fiili veya potansiyel başvuru sahiplerine, bunların aile fertlerine ya da yasal temsilcilerine yönelik doğrudan güç kullanımı veya ciddi korkutma eylemlerini içermekle kalmayıp, aynı zamanda başvuru sahiplerini Sözleşme'nin sağladığı çözüm yollarını kullanmaktan vazgeçirmek veya cesaretini kırmak üzere tasarlanan dolaylı diğer uygunsuz eylemleri ve kontakları da ihtiva eder (diğer kararlar arasında bkz, *mutatis mutandis*, *Petra v. Romanya*, 23 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VII, § 43; *Kurt v. Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, Reports 1998-III, s. 1192, § 159; *Aksoy v. Türkiye*, 18 Aralık 1996 tarihli karar, Reports 1996-VI, s. 2288, § 105; ve *Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye*, 16 Eylül 1996, Reports 1996-IV, s. 1219, § 105). Hali hazırdaki amaçlar doğrultusunda, Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkeme'nin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da, netice olarak (in fine), gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

(b) Sözleşme Sisteminde Geçici Tedbirlerin Verilmesi

103. Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi bir Daire'ye veya duruma göre, Başkanı'na geçici tedbir kararı verme (bildirme) yetkisi tanımaktadır. 39. maddenin uygulanma nedenleri Mahkeme İçtüzüğü'nde düzenlenmemiş fakat Mahkeme tarafından dava hukuku aracılığıyla tespit edilmiştir. Sözleşme'ye Ek 11 Nolu Protokol'ün 1998 yılında yürürlüğe girmesinden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun uygulamasında olduğu gibi, Mahkeme, 39. maddeyi sadece sınırlı koşullarda uygulamaktadır.

104. Geçici tedbirler sadece sınırlı alanlarda verilmektedir (bildirilmektedir). Geçici tedbir konusunda çok sayıda talebin yapılmasına rağmen, Mahkeme, pratikte, sadece eğer telafisi imkansız bir zarar görme konusunda yakın bir risk var ise geçici tedbir kararı vermektedir. Sözleşme’de 39. maddenin uygulanma alanlarıyla ilgili somut bir hüküm bulunmama ile birlikte, uygulanma talepleri genellikle yaşam hakkını (Madde 2), işkence ve kötü muameleyle tabi tutulmama hakkını (Madde 3) ve istisnai olarak özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını (Madde 8) ya da Sözleşmede güvence altına alınan başka hakları ilgilendirebilmektedir. Geçici tedbir kararının bildirildiği davaların büyük bir çoğunluğu sınır dışı etme veya iade prosedürüne ilişkin bulunmaktadır.

105. Pek çok davada, geçici tedbirler alınması davalı Hükümete bildirilmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme’yi başvuru sahiplerinden geçici tedbir istemekten alıkoyan herhangi bir engel bulunmamaktadır (diğer kararlar yanında, bkz., İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya [GC] No. 48787/99, § 11 ECHR 2004’de yayınlanacak). Verilen (bildirilen) tedbir kararlarına uymayan Devlet sayısı çok az bulunmaktadır

106. 13 Aralık 1974 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu İçtüzüğü’nün 36. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

“Komisyon veya Komisyon toplantıda olmadığı zaman, Başkan, tarafların menfaati veya önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından faydalı gözükten herhangi bir geçici tedbirin alınmasını taraflardan isteyebilir.”

Geçici tedbirler konusunu düzenleyen hükümler yürürlüğe girmeden önce bile, Komisyon önündeki başvurunun amacını boşa çıkaracak tedbirlerin yürütmesinin durdurulmasını davalı Hükümetten istemekte tereddüt etmemiştir. Komisyon bu uygulamayı çok önceden özellikle iade ve sınır dışı davalarında benimsemiş ve ilgili Devletler bu konuda işbirliğine çok açık olmuşlardır (diğer kararlar yanında bkz., Yunanistan v. Birleşik Krallık, No. 176/56; X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 2396/65; Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 3321/67, 3322/67, 3323/67 ve 3344/67; Danimarka, Norveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 4448/70; ve E. R. v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 5207/71).

Hatta Brückmann v. Federal Almanya Cumhuriyeti davasında (Başvuru No. 6242/73), davalı Devlet, dava Komisyon önünde devam etmekteyken kendiliğinden ulusal bir tedbirin yürütmesini durdurmuştur.

107. 1 Ocak 1983 tarihinde yürürlüğe giren önceki Mahkeme İçtüzüğü'nün 36. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

"Bir Daire'nin oluşumundan önce, Mahkeme'nin Başkanı, Taraflardan birinin, Komisyon'un, başvuru sahibinin veya başka herhangi bir ilgili kişinin talebi üzerine ya da resen (proprio motu) Taraflardan herhangi birine, gerektiğinde, başvuru sahibine, herhangi bir geçici tedbir kararının alınması tavsiyesini bildirebilir. Oluşturulduğunda Daire veya, eğer Daire toplantı halinde değil ise, Başkanı aynı yetkiye sahiptir.

..."

Önceki Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarına ilişkin en dikkat çekici dava yukarıda bahsi geçen Soering davasıdır. Bu davada, Mahkeme, İçtüzüğün 36. maddesi gereğince İngiliz Hükümetine Strasburg'da yargılamalar devam ederken başvuru sahibinin Birleşik Devletler'e iade edilmesinin arzu edilmediği hususunu bildirmiştir. Sözleşme'ye ve Mahkeme kararına uymak amacıyla, İngiliz Hükümeti Birleşik Devletler'e karşı vermiş olduğu iade taahhüdünde temerrüde düşmek zorunda kalmıştır (§ 31 ve § 111). Böylece, söz konusu bu davada verilen karar, bir Taraf Devletin Sözleşme'den doğan yükümlülükleri ile üçüncü bir Devletle yapmış olduğu bir iade antlaşmasından doğan yükümlülükleri arasındaki uyumsuzluğu birincisine öncelik tanıyarak çözmüştür.

2. Başvuru Sahiplerinin İadesi Bireysel Başvuru Hakkının Etkin Bir Şekilde Kullanımını Engellemiş midir?

108. Sözleşme'den kaynaklanan çekirdek haklardan birinin başvuru sahibi tarafından kullanımına telafisi güç bir zarar verme riskinin makul bir şekilde var olduğunun ileri sürüldüğü mevcut dava gibi davalarda, geçici tedbirin amacı, Mahkeme'ce alınan tedbirin haklılığı konusunda bir karar verinceye kadar mevcut durumun muhafazasını sağlamaktır. Bu manada, başvuru konusunun mevcudiyetinin devamını sağlama amacını taşıması itibariyle, geçici tedbirler, Sözleşme şikayet sisteminin

esasını ilgilendiren bir konudur. Başvuru sahibi açısından, başvuru yapmak suretiyle elde edilmek istenen sonuç, Sözleşme’ce korunduğunu ileri sürdüğü hakkının telafisi imkansız bir zarara uğramadan önce muhafazasını sağlamaktır. Dolayısıyla, başvuru konusunun davalı Devletin eylemleri veya ihmalleri nedeniyle telafisi imkansız bir zarara uğrama riski altında olduğu değerlendirildiğinde, başvuru konusunu muhafaza etme anlamında Sözleşme’nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının “*etkin kullanımını*” sağlamak üzere, geçici tedbir kararı, başvuru sahibi tarafından talep edilmiş ve Mahkeme’ce verilmiştir.

Mevcut davada, başvuru sahiplerinin Özbekistan’a iade edilmiş olmaları nedeniyle, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 2 ve 3. maddeleri bağlamında başvuru sahipleri açısından sağlayacağı koruma düzeyi geri çevrilemez bir şekilde azaltılmıştır.

İlave olarak, Mahkeme, Strasburg’daki yargılama süresince başvuruyu normal prosedürü çerçevesinde incelemeye devam edebilmesi imkanının, başvuru hakkının etkin kullanımı nosyonu içinde zımnen var olduğunu değerlendirmektedir. Mevcut davada başvuru sahipleri iade edilmişler ve bunun sonucunda avukatlarıyla olan irtibatlarını kaybetmeleri yüzünden, Sözleşme’nin 3. maddesi çerçevesindeki iddialarını destekleyici delil elde etmek üzere derinlemesine araştırma imkanından yoksun kalmışlardır. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuru sahiplerinin gerçek bir kötü muamele riskine maruz kalıp kalmadıklarını hakkıyla değerlendirmekten, ve eğer maruz kalmışlar ise, bu bağlamda Sözleşme’nin amaç ve hedefinin gerektirdiği şekliyle Sözleşme’de düzenlenen güvencelerin “*fülen ve etkin*” olarak uygulanmasını sağlamaktan alı konmuştur (yukarıda 101 Nolu paragrafa bkz.).

109. Mahkeme, Sözleşme’de açık bir hüküm bulunmadığı durumlarda, organlarının, 34. maddeden gerek bu madde tek başına ele alındığında gerekse İctüzüğün 39. (önceki 36.) maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ya da herhangi bir başka kaynaktan geçici tedbir kararı emretme yetkisi çıkarıp çıkaramayacağını daha önceki kararlarında incelemiş bulunmaktadır (bkz., yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri; Conka ve Diğerleri v. Belçika, (Karar) No: 51564/99, 13 Mart 2001). Bu davalarda, Mahkeme böyle bir yetkinin ne 34. maddeden, netice olarak (in fine), ne de diğer kaynaklardan çıkarılacağı sonucuna ulaşmıştır (yukarıda bahse konu Cruz Varas ve Diğerleri, ss. 36-37, §§ 102-103).

110. Mevcut davayı incelerken, Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensiplerini ve yukarıda bahse konu Cruz Varas ve Diğerleri davasından bu yana diğer uluslararası organlar tarafından konu hakkında ortaya konan görüşleri dikkate alacaktır.

111. Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin, 23 Mayıs 1969 tarihli Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nde belirlenen kurallar ışığında yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bahse konu Viyana Sözleşmesi'nin 31/3-c maddesinde " *taraflar arasındaki ilişkilerde ilgili bütün uluslararası hukuk kurallarının*" dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, Devletlerin sorumluluğunu, bir insan hakları koruma belgesi olarak Sözleşme'nin kendine özgü karakterini göz önünde bulundururken, aynı zamanda bu alanı düzenleyen uluslararası hukuk prensiplerine uygun olarak belirlemelidir (Golder v. Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A, No. 18, § 29). Sözleşme, mümkün olduğu ölçüde, bir parçasını oluşturduğu diğer uluslararası hukuk prensipleriyle uyum içinde yorumlanmalıdır (Al-Adsani v. Birleşik Krallık [GC], no 35763/97, § 60, ECHR 2001-XI).

112. Geçici ya da ihtiyati tedbirlere, şikayetin Birleşmiş Milletler organları veya Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyonu'nun bireysel başvuru usulleri ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın uyuşmazlıkların adli çözüm usulleri çerçevesinde yapılmış olmasına bağlı olarak, farklı kurallar uygulanmaktadır. Bazen antlaşmanın bizzat kendisinde, diğer durumlarda ise içtüzük kurallarında, söz konusu tedbirlere ilişkin hükümler yer almaktadır (yukarıda 40, 43, 46, 49, 51 ve 52 Nolu paragraflara bkz.).

113. Son zamanlarda verilen pek çok karar ve hükümde, uluslararası mahkemeler ve kurumlar, geçici tedbirlerin önem ve amacına vurgu yapmakta ve bu tedbirlere riayetinin uluslararası mahkemelerin esasa ilişkin kararlarının etkinliğinin sağlanması açısından gerekli olduğunun altını çizmektedirler. Uluslararası uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalarda, geçici tedbirlerin amacı, tarafların haklarını korumak ve böylece uyuşmazlığa bakan organın hasımlı yargılama süreci sonunda sorumluluk bulgusuna ulaşması halinde ortaya çıkacak sonuçların etki doğurmasını sağlamaktır.

114. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin içtihadına göre, "*geçici*" tedbirlere uyulmaması, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Ulus-

lararası Antlaşma ile bu Antlaşma'nın İhtiyari Protokolü'nden doğan yasal yükümlülüklerin ve ayrıca bireysel başvuru usulü çerçevesinde Komite'yle işbirliği yapma görevinin ihlaline neden olmaktadır (yukarıda 41-42 Nolu paragraflara bkz.).

115. Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, bir taraf Devletin geçici tedbirlere uymaması konusunu pek çok kez incelemiş bulunmaktadır. Komitenin makul olduğunu düşündüğü geçici tedbir kararlarına uymanın, söz konusu kişiyi Komite önünde başlatılan yargılamanın nihai sonucunu hükümsüz kılacak telafisi imkansız zararlardan korumak için gerekli olduğuna, Komite tarafından karar verilmiştir (yukarıda 44-45 Nolu paragraflara bkz.).

116. Geçici tedbirlere ilişkin çeşitli kararlarında, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Haklarına İlişkin Amerikan Sözleşmesi'nin temel amacı yani insan haklarının etkin bir şekilde korunmasının güvence altına alınması dikkate alındığında, *"Tarafların Devletlerin mağdur olduğu ileri sürülen kişilerin haklarının eski hale iadesini (restitutio in integrum) zedeleyen eylemlerden kaçınmak zorunda olduğunu"* ifade etmiştir (bkz James ve Diğerleri v. Trinidad ve Tobago, 25 Mayıs ve 25 Eylül 1999 tarihli kararlar).

117. 27 Haziran 2001 tarihli La Grand kararında (Almanya v. Amerika Birleşik Devletleri), Uluslararası Adalet Divanı şu hususları belirtmiştir: *"Statünün amaç ve hedefi, Divan'ın bu Statü'yle kendisine verilen işlevleri yerine getirmesine imkan sağlamak ve özellikle Statü'nün 59. maddesi gereğince bağlayıcı kararlar vermek suretiyle uluslararası uyuşmazlıkların adli çözümü konusundaki temel işlevini yerine getirmektir. Divan'ın Statüsü'nde düzenlendiği şekliyle 41. maddenin amacı, Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta tarafların karşılıklı haklarına zarar verilmesinden dolayı Divan'ın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesine mani olmaktır. Adalet Divanı Statüsü'nün amaç ve hedefi ile 41. madde metninin ifadesi dikkate alındığında şu sonuç ortaya çıkmaktadır: geçici tedbirleri belirleme (bildirme) yetkisinin, söz konusu yetkinin gerekliliği ve koşulların gerektirdiği ölçüde kullanılması kaydıyla, Divan'ın nihai kararı ile taraflar arasında belirlediği hakların korunması ve bu haklara bir zarar gelmemesi açısından, bağlayıcı olması gerekir. 41. madde gereğince belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı olmadığını iddia etmek, işbu maddenin amaç ve hedeflerine aykırıdır."*

Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı, bu kararında 41. maddenin 1. paragrafındaki “bildirme yetkisi” (İngilizce metinde “power to indicate”; Fransızca metinde “pouvoir d’indiquer”) ile ikinci paragrafındaki “bildirilen” (İngilizce metinde “suggested”; Fransızca metinde “indication”) deyimlerinin katı dilbilimsel yorumuna ilişkin tartışmaya son vermiştir. Bir antlaşmanın hükümleri bu antlaşmanın amaç ve hedefleri göz önünde bulundurularak yorumlanmalıdır diyen Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Sözleşmesi’nin 31. maddesine atıfta bulunarak, Uluslararası Adalet Divanı, geçici tedbirlerin yasal açıdan bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu yaklaşım daha sonra Divan’ın 31 Mart 2004 tarihli Avena ve Diğer Meksika Vatandaşları (Meksika v. Amerika Birleşik Devletleri) davasında verdiği kararında da teyit edilmiştir (yukarıda 48 Nolu paragrafa bkz.).

118. Mahkeme, yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri kararında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun Sözleşme’nin önceki 25/1. maddesi (şimdi Madde 34) çerçevesinde bağlayıcı geçici tedbirler emretme yetkisi olup olmadığı sorunu hakkında karar verdiğini belirtmektedir. Mahkeme bu maddenin yalnızca Komisyon önüne getirilen davaları ilgilendirdiğini ve ilgilinin Komisyon’a bireysel başvuru hakkını kullanmasına müdahale edilmesini yasakladığını dikkate almaktadır. Mahkeme ayrıca 25. maddenin başvuru sahibine Sözleşme’nin I. Kısım’ında veya Sözleşme Protokollerinde düzenlenen esasa ilişkin haklardan ayırt edilebilen usuli nitelikte bir hak tanıdığını eklemektedir. Mahkeme bu nedenle incelemesini kendisinin değil, fakat Komisyon’un geçici tedbir kararı emretme yetkisiyle sınırlandırmıştır. Mahkeme, verilen geçici tedbir kararını (indication) Komisyon önündeki yargılamanın niteliği ve Komisyon’un rolü ışığında incelemiş ve “bu şekilde Devletin dikkatinin Komisyon önünde devam eden uyuşmazlığın sonucunu zarara uğratma tehlikesine çekildiği durumlarda, ... 3. maddede bilahare meydana gelen bir ihlalin, verilen geçici tedbir kararına uyulmamasından dolayı ağırlaştırılmış olduğu” sonucuna ulaşmıştır (yukarıda bahsi geçen Cruz Varas ve Diğerleri kararı, § 103).

119. Bu bağlamda, Mahkeme, kendisi ve Bakanlar Komitesi’nin tersine, Komisyon’un bir Sözleşmeci Devlet’in Sözleşme’yi ihlal etmiş olduğu konusunda bağlayıcı bir karar alma yetkisinin olmadığını vurgulamaktadır. Komisyon’un esasa ilişkin görevi geçici nitelikte olup Sözleşme’nin ihlal edilip edilmediğinin bilinmesi hususundaki görüşü bağlayıcı değildir.

120. Yukarıda bahse konu Conka ve Diğerleri kararında, Mahkeme, yukarıda 109. paragrafta verilen argümana atıfta bulunarak şu hususu eklemiştir: *“Belçika makamları, Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen geçici tedbirleri dikkate almamalarına ilişkin herhangi bir neden belirtmeksizin ... başvuru sahiplerini aynı gün sınır dışı etmişlerdir. Sadece istisnai durumlarda verilen bu tür geçici tedbirlere (indications) uygun hareket edilmesi yönündeki yerleşik uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir hareket tarzının ‘işbirliğinin makul ve uygulanabilir olduğunun değerlendirildiği davalarda Mahkeme’yle iyi niyetli işbirliği’ ilkesi ile telifi güç olacaktır.”*

121. Mahkeme’nin resmi olarak daha önce vermiş olduğu kararları takip etme mecburiyeti olmasa da, yasal belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından geçerli sebep olmaksızın daha önceki içtihadından ayrılmamalıdır (diğer kararlar yanında bkz., mutatis mutandis, Chapman v. Birleşik Krallık [GC], No. 27238/95, § 70, ECHR 2001-I, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık [GC], No. 28957/95, § 74, ECHR 2002-VI). Bununla beraber, Sözleşme’nin güvence altına olduğu hakların, teorik ve hayali olarak değil, fiilen ve etkili bir şekilde yorumlanması ve uygulanması son derece önemlidir. Sözleşme, içinde bulunulan günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir (diğer kararların yanında bkz., Tyrer v. Birleşik Krallık, 15 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A, No. 26, ss. 15-16, § 31; ve yukarıda bahsi geçen Christine Goodwin karar, § 75).

122. Ayrıca, Sözleşme’deki bireysel başvuru hakkı orijinal olarak ihtiyari bir koruma sistemi olarak tasarlanmış olsa da, Mahkeme, kişisel başvuru hakkının yıllar geçtikçe hayati bir önem kazandığını ve Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri koruma mekanizmasının önemli bir mihenk taşıını oluşturduğunu vurgulamaktadır. 1 Kasım 1998’e kadar yürürlükte olan sistemde, Komisyon’un kişisel başvuru hakkı konusundaki yetkisi Sözleşmecî Devlet’in bu yetkiyi resmi bir deklarasyonla belirli bir süre için tanınmasına bağlı idi. Bugünkü şekliyle yürürlükte olan koruma sistemi, bu manada, 11 Nolu Protokol ile değiştirilmiş olup kişisel başvuru hakkı artık Sözleşmecî Devletlerin yapacağı bir deklarasyona bağlı değildir. Böylece, bireyler artık günümüzde uluslararası düzeyde Sözleşme ile doğrudan kendisine tanınan hak ve özgürlükleri talep edebileceği gerçek bir dava hakkına sahip bulunmaktadır.

123. Bu bağlamda, Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensipleri, antlaşmalar hukuku ve uluslararası dava hukuku ışığında, geçici tedbirlerin kapsamının yorumlanmasının, bu tedbirlerin ilişkili olduğu prosedürlerden ya da korumaya çalıştıkları esasla ilgili karardan ayrı tutulamayacağını dikkate almaktadır. Mahkeme bu bağlamda Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. paragrafı gereğince antlaşmaların, iyi niyetli bir şekilde, bu antlaşmaların amaç ve hedefleri dikkate alınarak (yukarıda 39 Nolu paragrafa bkz.) ve aynı zamanda etkinlik prensibi çerçevesinde yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır.

124. Mahkeme gözlemlemektedir ki, Uluslararası Adalet Divanı, Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Komitesi ve Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi, işbu Mahkeme'nin işleyişini belirleyenlerden farklı antlaşma kuralları çerçevesinde faaliyette bulunsalar da, yakın zamanda vermiş oldukları kararlarda telafisi mümkün olmayan zarar riskiyle karşılaşılması durumunda tarafların ileri sürdükleri hakların korunmasının uluslararası hukukta geçici tedbirlerin önemli bir amacını temsil ettiğini teyit etmişlerdir. Hatta ifade edilebilir ki, söz konusu yasal sistem ne olursa olsun, adaletin düzgün işleyişi, yargılama devam ederken telafisi mümkün olmayan herhangi bir eylemde bulunulmamasını gerektirmektedir (bkz., mutatis mutandis, yukarıda bahse konu Soering kararı).

Mahkeme daha önceki kararlarında sınır dışı veya iade işlemlerinde etkili başvuru hakkına ilişkin olarak Devlet yükümlülükleri hakkında karar verirken durdurucu etkisi olan kanun yollarına sahip olmanın önemini vurgulamıştır. 13. maddedeki etkili başvuru hakkı kavramı, Sözleşme'ye aykırı olup etkileri potansiyel olarak geri çevrilemez olan tedbirlerin uygulanmasının önlenmesini sağlayacak bir kanun yolunu gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı, bu tür tedbirlerin ulusal makamlarca Sözleşme'yle uyumlu olup olmadıkları yönünde bir inceleme yapılmadan önce icra edilmesi 13. maddeyle uyumlu değildir (Conka v. Belçika, No. 51564/99, § 79, ECHR 2002-I). Bireysel insan haklarının korunmasında kanun yollarının etkinliği prensibinin ulusal yargı sistemlerindeki yargılamalar için geçerli olduğunu kabul ederken, bunun Mahkeme önündeki uluslararası yargılamalarda geçerli olan ve Sözleşme özünde yer alan bir gereklilik olmadığını kabul etmek zordur.

125. Benzer şekilde, Sözleşme sisteminde, geçici tedbirler, uygulamada tutarlı olarak tatbik edildiği şekliyle (yukarıda 104 Nolu paragrafa bkz.), Mahkemenin başvuruyu incelemesine ve, duruma göre, başvuru sahibinin ileri sürdüğü Sözleşme haklarından fiilen ve etkin bir şekilde yararlanmasına engel olan geri çevrilmesi mümkün olmayan durumlardan kaçınmada hayati bir rol oynamaktadır. Böylece, bu tür durumlarda, davalı bir Devletin geçici tedbire uymaması 34. maddenin güvence altına aldığı bireysel başvuru hakkının etkinliğini ve Devletin 1. madde bağlamında Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri koruma konusundaki resmi yükümlülüğünü zedeleyecektir.

Mevcut davada olduğu gibi Mahkeme tarafından geçici tedbir kararının bildirilmesi, Mahkeme'ye sadece başvuruyu etkin bir şekilde inceleme imkanı sağlamayacak fakat aynı zamanda Sözleşme tarafından başvuru sahibine sağlanan korumanın etkili olmasını sağlayacaktır. Bu tür geçici tedbir kararları (indications) aynı zamanda daha sonradan Bakanlar Komitesi'ne nihai kararın icrasını denetleme imkanı sunacaktır. Bu tür tedbirler bu şekilde ilgili Devletin Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince yasal olarak bağlayıcı olan nihai Mahkeme kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmesine imkan sağlayacaktır.

126. Dolayısıyla, bir Sözleşmeci Devlete -bu olayda Davalı Devlete- yönelik olarak bir geçici tedbir kararının bildirilmesinin etkileri, Sözleşme'nin 1, 34 ve 46 maddelerince Sözleşmeci Devletlere yüklenen yükümlülükler ışığında incelenmelidir.

127. Yukarıda belirtildiği şekilde davanın gerçekleri açık bir şekilde ortaya koymuştur ki, Mahkeme, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinden dolayı, bunların yapmış oldukları şikayetleri benzeri davalardaki yerleşik uygulamaları gereğince sağlıklı bir şekilde incelemekten ve nihayetinde, gerektiğinde, iddia edildiği şekliyle Sözleşme'nin potansiyel olarak ihlaline karşı bu hakları korumaktan, alı konmuştur. Sonuç olarak, başvuru sahiplerinin iade edilmeleri, bu kişilerin Sözleşme'nin 34. maddesince güvence altına alınan bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını faydasız bir hale getirerek boşa çıkarmıştır.

3. Sonuç

128. Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince, Sözleşmeci Devletlerin kişilerin bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını engelleyebilecek herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınma sorumluluğunu üstlendiklerini tekrar hatırlatmaktadır. Bir Sözleşmeci Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkemenin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşmenin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

129. Elindeki mevcut delilleri dikkate alarak, Mahkeme, Türkiye'nin, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde verilen geçici tedbir kararına uymaması nedeniyle, Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

130. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir:

"Eğer Mahkeme Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve Yüksek Akit tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği taktirde, hakkaniyete uygun olarak zarar gören tarafın tazminine hükmeder".

A. Zarar

131. Büyük Daire'de, başvuru sahiplerinin avukatları müvekkillerinden her biri için, maddi ve manevi tazminat olarak daha önce Daire'de yapmış oldukları 1.000.000 Fransız Frangı, yani 304.898 Euro tutarındaki tazminat taleplerini tekrarlamışlardır.

132. Daire aşağıdaki şekilde karar vermiştir (Daire kararının 115. paragrafına bkz.):

"Başvuru sahipleri ileri sürdükleri maddi zararın niteliğini belirtmediklerinden, Mahkemenin bu talebi reddetmekten başka bir alternatifi bulunmamaktadır. İddia edilen manevi zarara gelince, Mahkeme, 34. maddeye ilişkin tespitinin, 41. maddenin amacına uygun yeterli ve hakkaniyete uygun bir tazmin biçimi olduğuna hükmetmektedir."

133. Hükümet, Büyük Daire'nin Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşması durumunda, Daire'nin bulgularını kabul edeceğini belirtmektedir. Alternatifinde, talep edilen miktarların aşırı olduğunu değerlendirmektedir.

134. Daire kararında olduğu gibi, Mahkeme, iddia edilen maddi zararın ispat edildiğini düşünmemektedir.

Diğer taraftan, Mahkeme, davanın koşulları çerçevesinde Türkiye'nin 34. maddeyi ihlal etmesinin sonucu olarak başvuru sahiplerinin inkar edilemeyecek şekilde manevi zarara uğramış olduklarını ve bu zararın sadece davalı Devletin 34. maddeden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmediği tespitiyle tamir edilemeyeceğini düşünmektedir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince hakkaniyet çerçevesinde hareket ederek, Mahkeme, her bir başvuru sahibine 5.000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmetmektedir.

B. Masraf ve Harcamalar

135. Başvuru sahiplerinin temsilcileri Daire önünde yaptıkları talepleri yinelemişler ve Büyük Daire önündeki yargılamadaki avukatlık ücreti konusunu Mahkeme'nin takdirine bırakmışlardır.

136. Hükümet masraf ve harcamalara ilişkin talebin usulüne uygun bir şekilde ispatlanmadığını düşünmektedir.

137. Daire kararına kadar olan yargılamalar için, Daire, başvuru sahiplerine, adli yardım olarak Avrupa Konseyi tarafından ödenen 905 Euro düşülmek suretiyle, 10.000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

138. Mahkeme başvuru sahiplerine Mahkeme'deki bütün masrafları karşılamak üzere adli yardım olarak Avrupa Konseyi'nden alınan 2.613,17 Euro düşülmek suretiyle, 15.000 Euro ödenmesine hükmetmiştir.

C. Temerrüt Faizi

139. Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankası'nın yıllık bazda marjinal ödünç verme oranına yüzde üç eklenmesi sonucu ortaya

çıkacak miktara denk düşecek şekilde belirlenmesinin uygun olacağını değerlendirmektedir.

Bu gerekçelerle, Mahkeme;

1. On dört oya karşı üç oyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine;

2. Oybirliğiyle şikayetin Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde ayrıca incelenmesine gerek olmadığına;

3. Oybirliğiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanmayacağına;

4. On üç oya karşı dört oyla Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edilmediğine;

5. On dört oya karşı üç oyla Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığına;

6. On dört oya karşı üç oyla aşağıdaki şekilde hükmetmiştir:

(a) Davalı Devlet, üç ay içerisinde, tahakkuk edecek her türlü vergiyle birlikte aşağıdaki meblağları ödeyecektir:

(i) Her bir başvuru sahibinin ikamet ettiği ülkedeki ulusal para birimine çevrilmek suretiyle başvuru sahiplerinin her birine manevi tazminat olarak 5.000 (beş bin) Euro;

(ii) Masraf ve harcamalar için adli yardım olarak Avrupa Konseyi'nden alınan 2.613,17 Euro (iki bin altı yüz on üç Euro on yedi sent) düşülmek ve ödeme günü kurundan Türk Lirası'na çevrilmek suretiyle 15.000 (on beş bin) Euro;

(b) Yukarıda meblağlara yukarıda belirtilen üç aylık süreden itibaren ödeme gününe kadar temerrüt süresince Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme kolaylığına uyguladığı basit faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle elde edilecek oran üzerinden faiz işletilecektir;

7. Oybirliğiyle başvuru sahiplerinin hakkaniyete uygun geri kalan tazminat taleplerinin reddine karar vermiştir.

4 Şubat 2005 tarihinde İngilizce ve Fransızca olarak Strasburg'daki İnsan Hakları Binası'nda yapılan açık duruşmada hüküm altına alınmıştır.

Luzuis Wildhaber
Başkan

Paul Mahoney
Katip

Sözleşme'nin 45/2 ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74/2. maddeleri gereğince, aşağıdaki ayrı görüşler işbu karara eklenmiştir:

(a) Bay Cabral Barreto'nun aynı yöndeki görüşü;

(b) Baz Rozakis'in kısmi muhalefet görüşü;

(c) Sir Nicolas Bratza, Bay Bonello ve By Hedigan'ın müşterek kısmi muhalefet görüşü;

(d) Bay Caflisch, Bay Türmen ve Bay Kovler'in müşterek kısmi muhalefet görüşü.

L. W.

P. J. M.

Hakim Cabral Barreto'nun Aynı Yönde Görüşü

Türkiye'nin mevcut davada Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmaktayım.

Mahkeme'nin davayı incelemesinden önce başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmemeleri yönündeki talebine Türkiye'nin uymaması başvurunun etkili bir şekilde incelenmesini imkansız kılmıştır.

Bu yüzden, başvuru sahiplerinin bireysel başvuru haklarını etkili bir şekilde kullanmalarına mani olunmuştur (kararın 127. paragrafına bkz.).

Bununla birlikte, çoğunluğun "*bir Sözleşmecî Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal*

edilmesi olarak değerlendirilecektir" (kararın 128. paragrafına bkz.) şeklindeki görüşüne katılmakta zorlanmaktayım.

Bu genel sonuç, geçmiş yıllarda Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç kararında tesis edilen ve daha sonra Conka v. Belçika kararında da fiilen teyit edilen prensiplerden bir ayrılma teşkil etmektedir.

Eğer çoğunluğun gerekçesini doğru bir şekilde anlamış isem, bir hükümetin geçici tedbir kararı talebine uygun hareket etmemesi gerçeği tek başına kendiliğinden (per se) Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlalini icap ettirmektedir.

Benim katılmadığım husus Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiğine yönelik olarak ulaşılan bu "*mekanik*" bulgudur.

Bana göre, Devletlerin geçici tedbirlere bağlayıcı bir nitelik tanımayı daima reddetmiş olmaları, Mahkeme'nin bu niteliği tanımaya ve Devletlere kabul etmekten imtina ettikleri yükümlülükleri yüklemesine engel olmaktadır.

Sözleşme'ye Taraf Devletler bununla birlikte bireysel başvuru hakkının kullanımına mani olmama yükümlülüğünü üslenmişlerdir.

Dolayısıyla, eğer bir geçici tedbir kararına uyma talebinin reddedilmesi başvuru hakkının kullanımını engeller ise, bu durumda Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Bununla birlikte, eğer, böyle bir ret kararına rağmen, başvuru sahibinin başvuru hakkını etkili bir şekilde kullanması ve Mahkeme'nin davayı hakkıyla incelemesi mümkün olmuş ise, bu takdirde ulaşılabilecek sonuç farklı olmalıdır.

Bu sonuç, benim kanaatime göre, Sözleşme ve Mahkeme İçtüzüğü hükümlerinin etkisini gösteren ve kararda vurgulanması gereken bir değerlendirmedir.

Bir hükümetin Mahkeme'nin yapmış olduğu bir talebe uymamasına rağmen, başvuru sahibinin bireysel başvuru hakkını etkili bir şekilde kullanabildiği ve mahkemenin tatmin edici koşullarda başvuruyu hakkıyla inceleyebildiği durumların varlığını biliyorum.

Özellikle aklıma Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girebilecek ve geçici tedbirlerin alınmasını haklı çıkaracak koşullarda hastalığa maruz kalan bir kişinin tutukluluk koşulları gelmektedir.

Bu durumlarda, usuli yönler devreye girmemektedir.

Her ne kadar hükümetin Mahkeme'nin talebine uymaması 3. maddenin ihlal edildiği, hatta ağır bir şekilde ihlal edildiği, sonucuna ulaşılmasını icap ettirse de, başvuru sahibinin başvuru hakkını kullanmış olmasından ve Mahkeme'nin de şikayeti usulünce incelemiş olmasından dolayı, bu durum 34. maddenin ihlali sonucunu doğurmayacaktır.

Aklıma gelen diğer bir dava türü ise bir kişinin başvurunun incelenmesinden önce iade edilmemesi yönünde Mahkeme'nin talepte bulunmasına rağmen, bu kişinin ölüm cezasının olduğu bir ülkeye iade edilmesi durumudur.

Bu duruma rağmen, başvuru sahibinin iadeyi talep eden devlette çalışan bir avukat tarafından temsil edilmiş olması, başvuru sahibi ile avukatı arasında şikayetin daha iyi koşullarda yapılmasına yardım edecek şekilde faydalı bir irtibatın kurulmasına imkan sağlamıştır.

Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin Mahkeme'ye bağlayıcı geçici tedbir kararı verme yetkisi tanımamasını üzüntüyle karşılarken, eğer Sözleşmeciler Devlet'in geçici tedbir kararına uymaması başvuru sahibinin başvuru hakkını kullanmasına mani olur ve bu şekilde Mahkeme'nin şikayeti etkili bir şekilde incelemesi imkansız hale gelir ise, ancak bu takdirde Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucunu kabul etmek durumunda kalabilirim.

Hakim Rozakıs'ın Kısmi Muhalefet Görüşü

Mahkeme çoğunluğunun davanın koşullarında Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiği ancak 3. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki görüşünü paylaşmakla birlikte, Hakim Bratza, Bonello ve Hedi-gan'ın müşterek kısmi muhalefet görüşlerinde açıkladıkları ve benim de tamamıyla katıldığım gerekçeler nedeniyle, çoğunluğun 6. maddenin ihlal edilmediği yönündeki bulgularına katılamamaktayım.

Hakim Bratza, Bonello ve Hedıgan'ın Müşterek Kısmi**MUHALEFET GÖRÜŞÜ**

1. Mahkeme çoğunluğunun başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmeleri yüzünden Türkiye'nin Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerine uymadığına ilişkin sonuç ve gerekçelerini paylaşmakla birlikte, çoğunluğun başvuru sahiplerinin iade edilmelerinin Sözleşme'nin 3 ve 6. maddelerini ihlal etmediği yönündeki sonucuna katılamamaktayız. Kanaatimize göre, mevcut davanın koşulları çerçevesinde, başvuru sahiplerinin haklarının her iki madde açısından da ihlali söz konusudur.

Madde 3

2. Bir bireyin iadesi veya sınır dışı edilmesi olaylarında Sözleşme'nin 3. maddesinin uygulanmasıyla ilgili genel prensipler kararın 66 ila 70. paragrafları arasında özetlenmiştir. Bu özete şu hususu eklemek isteriz ki, 3. maddenin yasakladığı kötü muamele, sınır dışı ve iade olaylarında dahi mutlak bir yasaklama özelliğine sahip bulunmaktadır. Bir bireyin faaliyetleri hangi ölçüde istenmeyen, tehlikeli veya terörizmle ilişkili bir faaliyet olursa olsun, 3. maddeye aykırı bir muamele görme konusunda gerçek bir riskin varlığının gösterildiği durumlarda, söz konusu faaliyetler bu yasaklamayı ortadan kaldıracak bir husus olarak göz önüne alınamayacaktır (bkz., 15 Kasım 1996 tarihli *the Chahal v. Birleşik Krallık* kararı, Reports 1996-VI, §§ 79-80). Böyle bir riskin varlığının gösterildiği durumlarda, iadenin reddedilmesi, uluslararası antlaşmalardan doğan haklara bir müdahale veya uluslararası adli süreçle ilgili normların ihlalini teşkil etmeyeceği gibi, kaçınılmaz şekilde Sözleşme'nin 3. maddesinin standartları karşısında Sözleşme'ye taraf olmayan iade talebinde bulunmuş ülkedeki koşulların değerlendirilmesini icap ettirecektir (bkz., Mahkeme'nin 7 Temmuz 1989 tarihli *Soering v. Birleşik Krallık* kararı, Seri A, No. 161, §§ 83 ve 88-91).

3. Kararda belirtildiği gibi, ilgili kişinin iade edilmesi halinde iade edildiği ülkede 3. maddenin yasakladığı muameleye maruz kalma riskinin varlığı esas olarak söz konusu iade veya sınır dışı işleminin icra edildiği zamanda söz konusu kişiyi iade etmekten sorumlu Sözleşmeci Devlet'in bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekleri dikkate alarak de-

ğerlendirilmelidir. İlgili kişinin iadesinden sonra gün ışığına çıkan ve Sözleşmecî Devlet'in yapmış olduğu takdirî ya da başvuru sahibinin korkularının haklı temele dayanıp dayanmadığını teyit veya reddetme noktasında potansiyel değere sahip olan bilgileri göz önüne almaktan Mahkemeyi alı koyan herhangi bir husus bulunmamaktadır. Ancak, Mahkeme'nin Vilvarajah kararında açıkça görüldüğü üzere (Vilvarajah ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri A, No. 215, s. 37, § 112), başvuru sahibinin iadesini müteakip iade edildiği ülkede gördüğü fiili muameleye ilişkin deliller nihai belirleyici olmayıp, esas belirleyici husus, sınır dışı edilme zamanında ilgili kişinin 3. maddeyi ihlal edebilecek düzeyde kötü muameleye tabi olacağına öngörülüp öngörülemeyeceğidir.

4. İki başvuru sahibi Türkiye'de sırasıyla 3 ve 5 Mart 1999 tarihlerinde tutuklanmışlardır. Daire Başkanı, 18 Mart 1999 tarihinde Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesini uygulayarak, Daire'nin başvuruyu inceleme fırsatının olacağı 23 Mart 1999 tarihindeki toplantısına kadar, taraf menfaatleri ve Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin arzu edilmediğini Türk Hükümeti'ne bildirmiştir. Türk Hükümeti 19 Mart'ta başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmelerine karar vermiştir. 23 Mart'ta, Daire, 39. madde gereğince bildirdiği geçici tedbir kararını yeni bir açıklama yapıncaya kadar uzatma kararı vermiştir. Başvuru sahipleri 27 Mart'ta Özbek yetkililerine teslim edilmiştir. Dolayısıyla cevap verilmesi gereken soru başvuru sahiplerinin daha sonraki bir tarihte 3. maddenin yasakladığı muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı nedenlerin olup olmadığıdır.

5. Mahkeme'nin ilgili Dairesi İçtüzüğü'nün 39. maddesini uygulayarak, en azından böyle bir riskin ilk bakışta (prima facia olarak) varlığı konusunda gereken şekilde tatmin olmuştur. Böyle bir görüşün kabulü bize göre de sağlam bir temele dayanıyor gözükmektedir. Kararda belirtildiği şekilde, söz konusu zaman diliminde Özbekistan'daki genel insan hakları durumu çok kötü olup, uluslararası insan hakları örgütlerinin son zamanlardaki raporları bu ülkedeki siyasi muhaliflerin idari bir uygulama olarak işkence ve diğer kötü muamele çeşitlerine maruz kaldığını ifşa etmektedir. Özellikle, Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesi için Uluslararası Af Örgütü tarafından hazırlanıp Ekim 1999 tarihinde kamu oyuna açıklanan brifingde Özbekistan'ın İşkenceyi Önleme

Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini tamamıyla uygulama konusunda başarısız olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu brifing, diğer hususların yanında, 1997 yılından bu yana İslami cemaatlerin üyesi olduğu düşünülen kişilerin kanun uygulayıcı makamlarca kötü muamele ve işkenceye tabi tutuldukları konusundaki raporların sayısındaki artıştan bahsetmekte, ayrıca özellikle Şubat 1999'da başkent Taşkent'te meydana gelen bombalama olaylarını müteakiben yasaklı siyasi muhalif parti ve hareketlerin (özellikle Erk ve Birlik) destekçisi olduğundan şüphelenilen kişilerin yakalanması, kötü muamele ve işkenceye tabi tutulmalarına ilişkin raporlara dikkat çekmektedir. Brifing ayrıca işkenceyle elde edildiği bildirilen itirafa dayalı delillerin rutin olarak yargılama sürecinde kullanıldığı ve Uluslararası Af Örgütü tarafından incelenen pek çok davada mahkumiyet kararlarının bu itiraflara bağlı olarak alındığına ilişkin bağımsız ve güvenilir raporlara atıfta bulunmuştur. Yine brifingde Özbekistan Devlet Başkanı'nın ifadeleri dahil Özbek yetkilileri tarafından kamu oyuna yapılan açıklamalara atıfta bulunularak, bu açıklamaların eğer Devlet görevlileri tarafından şiddetin kullanılmasını doğrudan yaptırıma bağlamıyor ise, en azından işkence ve kötü muamelenin kullanımına göz yumma şeklinde anlaşılacağı belirtilmektedir.

6. Çeşitli insan hakları örgütlerinin raporlarındaki bulguların Özbekistan'daki genel durumu doğru bir şekilde tanımladığını kabul etmekle birlikte, Mahkeme çoğunluğu, bu bulguların başvuru sahiplerinin mevcut davada yapmış oldukları somut suçlamaları desteklemeye yetmediğini ve başka delillerle bunun teyit edilmesi gerektiğini değerlendirmektedir (karar, § 73). Çoğunluğun görüşüne göre, başvuru sahiplerinin iade edilmeleri zamanında 3. maddenin yasakladığı bir muameleye uğrama konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını ortaya koyacak esaslı nedenlerin var olduğu sonucuna Mahkeme'nin ulaşmasını sağlayacak yeterli teyit edici deliller toplanamamıştır (karar, § 77).

7. Özbekistan'daki genel durumla ilgili tartışmasız şekilde ortaya konan bulguların başvuru sahiplerinin bu ülkeye iade edildikleri takdirde kötü muameleye uğrama konusunda gerçek bir risk altında buldukları yönündeki somut iddiaları desteklemediği görüşüne katılmamaktayız. Tam tersine, ulaşılan bu bulguların başvuru sahiplerinin böyle bir muameleye uğrama konusunda özellikle risk altında olduklarını ortaya koyan kuvvetli delil teşkil ettiğini düşünmekteyiz.

Her iki başvuru sahibi hem Erk üyesi olmaktan, hem de bombalama neticesinde yaralanmalara neden olmaktan ve Özbekistan Devlet Başkanına terörist saldırı girişiminden dolayı cinayet şüphesiyle Mart 1999 tarihinde (Taşkent'te meydana geldiği bildirilen terörist bombalama saldırılarından hemen sonra) tutuklanmışlardır.

8. Mahkeme'nin bildirmiş olduğu geçici tedbir kararına Türkiye'nin uymamış olmasının Mahkeme'yi normal usulleri gereğince başvuruyu tam ve etkili şekilde incelemekten alı koyan ve özellikle mevcut dava gibi bir olayda başvuru sahiplerinden makul bir şekilde istenebilecek başka ne gibi teyit edici delillerin olabileceği bize açık ve net gözükmemektedir. Böyle bir durumda, Mahkeme'nin 39. maddenin uygulanmasına temel teşkil eden endişeleri gidermek için gerekli zorlayıcı delillerin yokluğunda 3. madde gereğince yapılan bir şikayeti reddetmekte aceleci hareket etmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

9. Gerekli risk düzeyinin yeterince gösterilmediği sonucuna ulaşırsen, Mahkeme çoğunluğu davanın üç somut özelliğine vurgu yapmaktadır - Özbek Hükümetince verilen teminatlar; bu teminatlara eşlik eden Cumhuriyet Başsavcısı'nın Özbekistan'ın Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne taraf olduğu ve bu Sözleşme gereklerine uyma yükümlülüğünü kabul ve teyit ettiğine dair açıklaması; ve iki başvuru sahibinin tutulduğu Özbek hapisanesi doktorlarından alınan sağlık raporları.

10. Bu faktörlerden hiç birinin tek başına ya da birlikte iade edilmelerini müteakip başvuru sahiplerini bekleyen muameleye ilişkin ciddi kaygıları giderecek ölçüde bağlayıcı veya yeterli olduğunu düşünmüyoruz. Teminatlara gelince, başvuru sahiplerinin tesliminden önce verilen tek teminatın (yani 9 Mart 1999 tarihli olan) bile Mahkeme'ye 39. maddenin uygulanmasından ve Mahkeme'nin geçici tedbir kararı dikkate alınmaksızın iade işleminin icra edildiği tarihten çok sonra, 19 Mart 1999 tarihine kadar gönderilmemesini çarpıcı buluyoruz. Ayrıca, iyi niyetli verilmiş olsa bile bir bireyin kötü muameleye tabi tutulamayacağına dair bir teminat, kendiliğinden, bu teminatın etkili bir şekilde uygulanacağına ilişkin şüphelerin olduğu durumlarda, yeterli bir güvence teşkil etmeyecektir (örneğin; bkz., yukarıda bahsi geçen the Chahal v. Birleşik Krallık kararı, § 105). İadeyi talep eden Devlet tarafından verilen teminatlara tanınacak ağırlık her bir olay için söz konusu zaman diliminde o Devlette mevcut koşullara bağlı olacaktır. Başvuru sahiplerinin tesli-

mi zamanında Özbekistan'daki siyasi muhaliflere yapılan muameleye ilişkin deliller, bizim kanaatimize göre, başvuru sahiplerine yeterli bir güvenlik garantisi sağlama noktasında verilen teminatların etkinliğine ilişkin ciddi şüphelere neden olacak niteliktedir.

11. Aynı düşünce çoğunluğun Özbekistan'ın İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'ne taraf olmasına yapılan vurgu için de geçerlidir. Bu bağlamda, Uluslararası Af Örgütü'nün Özbekistan'ın bu Sözleşme'den doğan akdi yükümlülüklerini yerine getirmediği ve bu yükümlülüklerle rağmen, başvuru sahiplerinin yakalanma ve teslim tarihinde, muhalif parti ve hareket mensuplarına yönelik geniş çaplı işkence ve kötü muamele iddialarının yapılmaya devam ettiği yönündeki bulgusuna özellikle dikkat çekmek isteriz.

12. Zarafshan ve Şayhali hapishanelerindeki doktorların verdikleri sağlık raporlarına ilişkin olarak, bu çok genel ve ayrıntılı olmayan raporların (birinci başvuru sahibi için) Aralık 2000 ve Nisan 2001 tarihi ile (ikinci başvuru sahibi için) Temmuz ve Ekim 2001 tarihinde yapılan tıbbi muayeneler sonucu verildiği gözükmektedir. Bu ise en azından başvuru sahiplerinin iade edilmelerinden itibaren yirmi bir ay, yargılama ve mahkumiyetlerinden itibaren ise on sekiz ay geçtikten sonraki bir tarihtir. İade işlemi yapıldıktan sonra meydana gelen olayların, dikkate alınabildiği ölçüde, arada geçen sürede ve özellikle yargılamaya kadar geçen sürede, başvuru sahiplerinin gördüğü muamele konusuna herhangi bir ışık tutmayan bu raporlara çok fazla bir ağırlık verememekteyiz. Kanaatimize göre, söz konusu olaylardan çok sonra başvuru sahiplerinin fiziksel bütünlüklerine ilişkin ortaya konan deliller, başvuru sahiplerinin iade edildikleri zamanki korkularının haklı bir nedene dayandığı hususunu reddetmek için kullanılamaz.

13. Bu nedenlerden dolayı, başvuru sahiplerinin kötü muamele görme konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı delillerin ortaya konduğunu ve bu riske rağmen başvuru sahiplerinin iade edilmesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini düşünüyoruz.

Madde 6

14. Mahkeme, her ne kadar bu güne değin bir bireyin sınır dışı veya iade işleminin icra edilmesi halinde Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal

edildiği sonucuna ulaşmamış olmakla birlikte, sınır dışı edilen kişinin gönderildiği ülkede adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiği veya ihlal edilme riskinin mevcut bulunduğu durumlarda oldukça sıklıkta böyle bir sonucun ihtimal dışı olmadığını hüküm altına almıştır (örnek olarak bkz., yukarıda bahsi geçen Soering v. Birleşik Krallık, paragraf 113; Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, 26 Haziran 1992 tarihli karar, Seri A. No. 240, § 110; Einhorn v. Fransa (karar), No. 71555/01, 16 Ekim 2001, § 32; Razaghi v. İsveç (karar), No. 64599/01, 11 Mart 2003; Tomic v. Birleşik Krallık (karar), No. 17837/03, 14 Ekim 2003). Neyin adaletin "ağır" ihlalini oluşturduğu Mahkeme içtihadında tamamıyla açıklanmış bulunmamaktadır. Ancak "ağır" sıfatının kullanımı net bir şekilde Sözleşmecî Devlet'in kendi ülkesinde meydana gelmesi halinde 6. maddenin ihlali sonucunu doğurabilen yargılama prosedüründeki basit düzensizlikler veya güvencelerdeki yetersizliğinin ötesinde daha sıkı bir haksızlık testinin uygulanmasını amaçlamaktadır. Mahkemenin de vurguladığı gibi, 6. madde, bir bireyin iade edileceği ülkede onu bekleyen koşulların Sözleşme'deki güvencelerin her biri ile tam uyumlu olduğu hususunda bir Sözleşmecî Devlet tatmin olmadıkça bu bireyin teslim edilemeyeceği manasına gelecek bir genel prensip olarak yorumlanamaz (bkz., yukarıda bahsi geçen Soering kararı, § 86). Bizim görüşümüze göre, "ağır" kelimesinin vermek istediği mana 6. maddenin güvence altına aldığı hakkın özünü temelinden geçersiz kılacak veya tahrip edecek ölçüde bu maddenin güvence altına aldığı adil yargılanma prensiplerinin ihlal edilmesidir.

15. Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı muamele riskinde olduğu gibi, 6. maddenin amaçları doğrultusunda da, ilgili kişinin iade edildiği ülkede adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riski, esas olarak, iade işleminin yapıldığı esnada davalı Devletin bildiği veya bilmesi gerektiği gerçekler temel alınarak değerlendirilmelidir.

16. Mahkeme çoğunluğu eldeki mevcut deliller ışığında başvuru sahiplerinin Özbekistan'da adil yargılanma göreceklere hususundan "şüphelenmek için söz konusu zaman dilimi itibarıyla haklı nedenlerin bulunabileceğini" teyit etmektedirler (karar, § 91). Bununla birlikte, mahkeme çoğunluğu, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin Mahkeme'nin Soering kararındaki içtihadı anlamında adaletin ağır bir şekilde ihlalini oluşturacağı konusunda yeterli delil olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

17. Bunun aksine, söz konusu zaman dilimindeki mevcut deliller bazında, başvuru sahiplerinin adil bir yargılanma görmelerinden şüphe etmenin yanı sıra aynı zamanda adaletin ağır bir şekilde ihlal edilmesine maruz kalma konusunda gerçek bir risk altında oldukları hususunda esaslı deliller bulunduğunu değerlendirmekteyiz. Bizim düşüncemize göre, Uluslararası Af Örgütü'nün brifing dokümanı, işkenceyle elde edilen itirafların mahkumiyet kararı vermek için rutin olarak kullanıldığını, sanıkların kendi seçtikleri bir avukatla görüşme hakkından oldukça sıkça mahrum bırakıldıklarını, kanun uygulayıcı makamların işkence riskinin yüksek olduğu birkaç gün süreyle sanık göz altında tutulduktan sonra sanıkların avukatlarıyla görüşmelerine izin verdiğini haklı çıkaracak güvenilir delilleri ortaya koymaktadır. İlave olarak, pek çok durumda kanun uygulayıcı makamların sanık itirafını imzaladıktan sonra bir avukatla görüşmesine izin verdikleri ve avukatlar ile müvekkileri arasındaki görüşmelere izin verildikten sonra bile bunun genellikle seyrek olarak gerçekleştiği ve savunma avukatlarının soruşturmanın bütün aşamalarında bulunmalarına nadiren izin verildiği sonucuna ulaşılmıştır.

18. Şimdiye kadar iki başvuru sahibinin davasında haksız yargılamanın giderilmesine ilişkin korkular konusunda, bu kişilerin iade edilmesinden sonra ortaya çıkan bilgiler, ancak bu endişelerin haklı temellere dayandığını teyit etme amacına hizmet etmektedir. Başlangıç kısmında, başvuru sahiplerinin Özbekistan'daki mal varlıkları ve göreceklere muameleler konusunda Türk Hükümeti'ne teminat verilmesine rağmen, başvuru sahiplerinin tabi olacakları ceza yargılamasının adil olması konusunda Türk Hükümeti tarafından talep edilen veya Özbek yetkililerden alınmış olan herhangi bir teminatın gözükmeyeceğini vurgulamıştık. Daha spesifik olarak, başvuru sahiplerine yapılan suçlamaların ağırlığına rağmen, başvuru sahiplerinin yasal temsilcileriyle olan temaslarının devamını güvence altına almak veya Özbekistan'a iade edildiklerinde adli yardım veya kendi seçecekleri bağımsız avukatlardan yardım görmelerini sağlamak için herhangi bir gayret gösterilmediği gözükmektedir. Aslında, yasal temsilcilerinin ortaya koyduğu ve üzerinde ihtilaf edilmeyen delillere göre, iade bir defa gerçekleştiikten sonra, avukatları, her iki başvuru sahibiyile de yargılamanın öncesinde ve sonrasında ne mektup, ne de telefonla temas kurma imkanına sahip olamamışlardır. Özbek yetkililer, mahkumiyet kararlarının esas olarak dayandığı itirafların başvuru sahiplerinin serbest iradeleri sonucu

alındığını ve yargılamaların kamuya açık yapıldığını ve ayrıca yargılamaya, diğerlerinin yanı sıra, “*insan hakları örgütlerinin temsilcilerinin*” katıldığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, bu iddialar Mahkeme önündeki diğer deliller ve özellikle başvuru sahiplerinin duruşmalarına katılmalarına izin verilen tek insan hakları örgütü olan - İnsan Hakları İzleme (Human Rights Watch) - Örgütü’nün Müdahil Üçüncü Kişi sıfatıyla ortaya koyduğu deliller ışığında değerlendirilmelidir. Bu delillere göre, başvuru sahiplerine kendi seçtikleri avukatlar aracılığıyla temsil edilme hakkı tanınmamış, savunma avukatı cumhuriyet savcısı tarafından tayin edilmiş, başvuru sahipleri Haziran 1999’da yargılama başlayıncaya kadar kimseyle görüştürülmeksizin tutuklu olarak bulundurulmuş; dava kamuya, başvuru sahiplerinin bütün aile fertlerine ve savunma adına tutulan avukatlara kapalı tutulmuş; ve başvuru sahiplerinin mahkumiyetinde kullanılan itiraflar bu kişilerin göz altında tutulduğu ve kendi avukatlarıyla görüşme imkanının olmadığı yargılama öncesi polis soruşturması sırasında imzalanan beyanlara dayanmaktadır.

19. Kanaatimize göre, mevcut davada Mahkeme önündeki deliller, iade tarihinde başvuru sahibi açısından adaletin ağır bir şekilde ihlali konusunda gerçek bir riskin varlığını tesis etmek için yeterlidir. Bu koşullarda, başvuru sahiplerinin teslimi aynı zamanda Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal etmektedir.

Yargıç Cafilisch, Türmen ve Kovler’in Kısmi Muhalefet Görüşü

1. Kısmen muhalif olduğumuz bu karar Mahkemece belirlenen geçici tedbirlerin bağlayıcı etkisi konusunda muğlak bulunmaktadır. Şüphesiz önemli bir konu olmakla birlikte, Mahkeme İçtüzüğü’nün 39. maddesinde, “*bildirilen*” (indicated) geçici tedbirlerin yasal sonuçlarına yönelik doğrudan herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kararın 128. paragrafından çoğunluğun bu tedbirlere bağlayıcı bir nitelik atfetmek istediği sonucu çıkarılabilecektir. Bu karar geçici tedbirlerin emredici niteliğini esas itibarıyla Sözleşme’nin 34. maddesine dayandırmaktadır. Kararın 128. paragrafı, bir Sözleşmeci Devlet’in geçici tedbirlere uymamasının Mahkeme’nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemesine engel olacağını, başvuru sahibinin hakkını etkin bir şekilde kullanmasına mani olacağını ve böylece Sözleşme’nin 34. maddesinin (bireysel başvuru hakkının) ihlal edilmiş olacağını ifade etmektedir.

2. Sözleşme'nin 34. maddesinin, Mahkeme'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararlarının Sözleşmeye Taraf Devletler için bağlayıcı olduğu sonucuna varmada bir temel olarak kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. -Tarafımızca kabulü mümkün olmamakla birlikte- bazı durumlarda geçici tedbirlere uymamanın 34. maddeyi ihlal edeceği kabul edilse bile, böyle bir uymamanın Mahkeme'nin gerçekten başvuru sahibinin şikayetini incelemesine mani olup olmadığı ve bireysel başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanımına engel teşkil edip etmediğinin her bir durumda belirlenmiş olması gerekir. Mahkeme'nin, geçici tedbir kararına uyulmamasına rağmen, başvuru sahibinin şikayetini incelemesi için gerekli bütün unsurlara sahip olduğu durumlar kesinlikle bulunmaktadır. Ayrıca, Mahkeme'nin 39. maddeyi hükümete değil başvuru sahibine (örneğin açlık grevine gidildiği durumlarda) uyguladığı durumlar da söz konusudur.

3. Mevcut davada, Mahkeme, başvuru sahiplerinin 3. madde altındaki şikayetlerini incelemek için gerekli bütün unsurları elinde bulundurmaktadır. Davalı Hükümet, başvuru sahiplerinin ölüm cezasına çarptırılmayacağı; işkenceye tabi tutulmayacakları ve mal varlıklarına el konulmayacağı hususlarında Özbek yetkililerinden resmi garantiler almış bulunmaktadır. Mahkeme'ye sunulan sağlık raporları, başvuru sahiplerinin cezaya çarptırıldıktan ve hapis haneye konduktan sonra kötü muameleyle uğramadıklarını, hem fiziksel hem de psikolojik olarak sağlık durumlarının iyi olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Taşkent'teki Türk Büyükelçiliği'nin iki mensubu başvuru sahiplerini hapis hanede ziyaret etmiş ve izlenimlerini Mahkeme'ye rapor etmişlerdir. Verdikleri raporlara göre, başvuru sahiplerinin sağlık durumları iyi olup; kendileri davadan önce ya da davadan sonra tutuklu buldukları yerlerde herhangi bir kötü muameleyle maruz kalmamışlar ve aileleri bu kişileri düzenli olarak ziyaret edebilmektedirler.

4. Bu başlangıç değerlendirmelerimizi müteakip olarak, bu karara muhalif kalmamızı tetikleyen somut konuya, yani Mahkeme'nin "*bildirdiği*" geçici tedbirlere uyulmamasının Sözleşme'nin 34. maddesini ihlal edeceği yönünde Mahkeme'nin varmış olduğu bulguya dönmek istiyoruz. Bu konuyu sırasıyla (i) Mahkemenin dava hukuku; (ii) Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) dava hukuku; (iii) akdi yorum kuralları ışığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; ve (iv) ilgili genel uluslararası hukuk kurallarını incelemek suretiyle ele alacağız.

2. Mahkemenin Dava Hukuku

5. Mahkeme'nin konuyla ilgili pozisyonu Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç davasında (20 Mart 1991 kararı, Seri A, No. 201) özetlenmiş bulunmaktadır. Bu davada, başvuru sahipleri, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bildirdiği (indicated) (Komisyon İçtüzüğü'nün 36. maddesi mevcut Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesine benzer bir metin içermektedir) geçici tedbirler konusunda Sözleşmede somut herhangi bir kural bulunmamasına rağmen, Sözleşme'nin 25. (şimdi Sözleşme madde 34/1) maddesinin garanti altına aldığı bireysel başvuru hakkını tamamıyla sağlamak için bu tedbirlere bağlayıcı etki tanınmasının gerekli olduğunu savunmuşlardır. Mahkeme vermiş olduğu cevapta "Sözleşme'de geçici tedbirlere ilişkin bir hükmün yokluğunda, 36. madde gereğince verilen bir geçici tedbirin Sözleşmeciler Devletler üzerinde bağlayıcı yükümlülük doğuracağı şeklinde anlaşılamayacağını" (§ 98), "herhangi bir şekilde bu hakkın etkin kullanımına engel olmamayı üslenme kelimelerinden 36. madde (şimdi 39) gereğince Komisyon'un vermiş olduğu geçici tedbirlere uyma zorunluluğunun çıkarılmasının 25. maddenin (şimdi 34) lafzını zorlayacağını" (§ 99), ve "geçici tedbirler emretme yetkisinin gerek 25. maddeden, netice olarak (in fine), gerekse diğer kaynaklardan çıkarılamayacağını" (§ 102) ifade etmiştir. Mahkeme bu sonuca pratikte "bu tedbirlere neredeyse tamamıyla uyulmasına" rağmen ulaştığını (§ 100; bu konuda ayrıca bkz §§ 7 ve 18) eklemiştir. Bu "müteakip uygulama", "Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme hükmünün yorumlanması konusunda varmış oldukları bir mutabakat olarak algılanabilir (burada Mahkeme'nin Soering kararına ve 23 Mayıs 1969 tarihli Akitler Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'ne atıfta bulunmaktadır), ancak Sözleşme'de başlangıçta düzenlenmeyen yeni hak ve yükümlülüklerin yaratılması şeklinde anlaşılabilir (18 Aralık 1986 tarihli Johnston ve Diğerleri kararına atıf, Seri A, No. 112, § 53)" (vurgu eklenmiştir). Mahkeme, "36. maddede düzenlenen geçici tedbirlere riayetle ilgili uygulamanın bu tedbirlerin bağlayıcı bir yükümlülüğe neden olduğu anlayışına dayandırılmayacağı ve bu tatbikatın makul ve uygulanabilir olarak değerlendirildiği durumlarda Komisyon ile iyi niyetli bir şekilde işbirliği yapma meselesi olduğu" sonucuna (yani meselenin bir kolaylık sağlama ve nezaket konusu olduğuna) ulaşmıştır (ibid).

6. Yukarıda açıklanan emsal içtihat, yakın tarihte, Mahkeme'nin verdiği ve -davalı Devletin dikkate almadığı- geçici tedbirler ile bağlantılı olarak, Mahkeme tarafından Conka v. Belçika kararında da teyit edil-

miş bulunmaktadır (13 Mart 2001 tarihli karar, No. 51564/99). Mevcut davadaki çoğunluk görüşü, Mahkeme'nin kendi yargı yetkisine ilişkin olarak Cruz Varas davasında -ki bu davada Mahkeme kendisinin değil Komisyonunun geçici tedbir kararı verme yetkisini incelemiştir- ortaya koyduğu prensipleri yinelemiş olduğu Conka kararı ışığında çok ikna edici değildir. Conka kararından bu tarafa Mahkeme'nin dava hukukunu taban tabana zıt bir sonuca ulaşacak şekilde yeniden gözden geçirmesini haklı çıkaracak herhangi bir değişikliğin olduğunu düşünmüyoruz. Mevcut davada ifade edildiği üzere, (Mahkeme) *“yasal belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri çerçevesinde, kendi içtihadından, haklı bir neden olmaksızın, ayrılmamalıdır”* (§ 121).

7. Yukarıda açıklanan dava hukuku esas itibariyle şu manaya gelmektedir ki, Sözleşme hükümlerini yorumlama hakkı olmakla birlikte, Mahkeme, -yorum yoluyla veya usul kuralları vazetmek suretiyle ya da her ikisi aracılığıyla- arzu edilen manada oldukça yaygın bir uygulama olsa bile, buna eşlik eden ve opinio juris ile desteklenen yeknesak bir uygulama olmadığı müddetçe (Belçika'nın Conka davasındaki tavrına veya Türkiye'nin bu davadaki davranışına bkz.), Sözleşme metnine yeni kurallar yazamaz. Sadece Sözleşmeciler Devletler bir bütün olarak Sözleşme'yi yapılacak eklemelerle değiştirebilirler. Burada eklenmesi gereken bir yorum da şudur ki, eğer geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliği Sözleşme'nin 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkına tam etki verilmesi lüzumundan çıkarılacak ise, Devletler arası başvurular da durum ne olacaktır? Bu tür davalarda belirlenen tedbirler ihtiyari olmaya devam edecek midir? Ya da bu tedbirler, kıyas yoluyla, Sözleşme'nin 33. maddesine (devletler arası davalarda) tam etki verebilmek için bağlayıcı olarak mı değerlendirilecektir?

3. Uluslararası Adalet Divanı'nın Dava Hukuku: La Grand Davası

8. Mahkeme'nin kararı Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) yakın tarihteki La Grand davasında verdiği karara dayanmaktadır (27 Haziran 2001 tarihli karar, ICJ Reports, §§ 48 ve 117). Bu dayanma yanlış yönlendirilmiş gözükmektedir. Çünkü, Uluslararası Adalet Divanı'nın kendisini bulduğu konum ile bu Mahkeme'nin durumu arasında esaslı bir fark bulunmaktadır.

9. La Grand davasında, Uluslararası Adalet Divanı'ndan, kendi kurucu antlaşmasının bir hükmünü yani Statüsü'nün 41. maddesini yorumlaması istenmiştir. Bu Statü'ye Taraf Devletler tartışmasız bir şekilde bu maddeye muvafakat etmişler ve işbu maddeyle bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, buradaki konu tamamıyla bir akdin yorumlanması meselesidir, yani 41. maddede kullanılan "*bildirilen*" (indicated) kelimesinin bu hüküm çerçevesinde alınan tedbirlerin uyumsuzluğa taraf Devletler açısından bağlayıcı olup olmadığı konusunda karar verilmesi meselesidir. Bu meseleyle uğraşmaktan uzun yıllar kaçındıktan sonra, Uluslararası Adalet Divanı, La Grand davasında, 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenen yorum kurallarını temel alarak ve özellikle bütün Sözleşmeciler Devletler için bağlayıcı bir yükümlülük olan Statü'nün 41. maddesinin amaç ve hedefine dayanarak olumlu bir sonuca ulaşmıştır. 41. maddeye ilişkin olarak, bahse konu "*amaç ve hedef*" "*her iki tarafın söz konusu haklarını korumak*" ve Divana Statüsü'nün 59. maddesi gereğince bağlayıcı kararlar alma imkanı tanımaktır. Ayrıca, bu hükme ulaşılması tabii olarak geçici tedbirlerin bağlayıcı nitelikte olması gerektiği sonucunu mantıklı kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle burada imkan sağlayan bir akdi hükümle ulaşılabilecek hedef arasında yakın bir ilişki vardır.

10. Lahey Divanı Statüsü'nün 41. maddesine benzer ifadeleri kullanan geçici tedbir hükümleri içeren diğer uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına Taraf Devletlerin de, Divan'ın yeni dava hukuku ile aynı kategori içinde yer alacağı beklenmektedir. Bu uluslararası çözüm mekanizmaları tabii olarak bu şekilde hareket etme hakkına sahiptirler. Çünkü bütün yapacakları şey yorumlama yetkisine sahip oldukları mekanizmayı kurucu belgede düzenlenen geçici tedbirler hakkındaki hükmü incelemekten ibarettir.

11. Bunun tam tersine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde böyle bir hüküm mevcut değildir. Ne Mahkemeye İçtüzük Kuralları vazetme yetkisi veren Sözleşme'nin 26(d) maddesi, ne de bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. Maddesi, ex nihilo, bağlayıcı geçici tedbirler düzenlemek ve böylece Sözleşme'ye Taraf Devletlere rızaları olmaksızın bir yükümlülük yüklemek suretiyle, Sözleşmedeki bir "*boşluğu*" doldurmak açısından inceleme altındaki konuyla yeterince irtibatlıdır. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir akdin sadece yorumlanması ile bunun değiştirilmesi ve yargısal fonksiyonların kullanımı ile uluslararası hukuk yapımı arasında önemli bir fark vardır.

12. Mahkeme'nin Büyük Dairesi'nin ve ondan önce ilgili Dairesi'nin Mamatkulov ve Askarov kararları ile gerçekleştirdiği husus yasama fonksiyonunu kullanmaktır. Zira, mevcut haliyle Sözleşme'nin hiçbir yerinde Sözleşme'ye Taraf Devletler için Mahkemenin bildireceği geçici tedbirlere bağlayıcı etki tanıma zorunluluğu şart koşulmamaktadır. Bu yüzden kanaatimize göre bu Mahkeme Lahey Divanı'nın gösterdiği yolda gidemez ve mevcut dava hukukundan ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır.

4. Akdi Yorum Kuralları Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

13. Avrupa Mahkemesi'nin mevcut dava hukukunun, geçici tedbirlere bağlayıcı etkiye sahip bir kural olarak Sözleşme'de yer verilme olasılığı ve buna yönelik bir dayanak sunmadığı ortaya konmuştur. Ne de böyle bir gerekçe veya olasılık Lahey Divanı'nın yakın tarihteki kararlarından ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, bu iki faktörden bağımsız olarak, Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31 ve 32. maddelerinde yer verilen yorum kurallarının Mahkeme'nin mevcut davada ulaştığı sonuçları destekleyip desteklemediği üzerinde durulması gerekecektir. Bu bağlamda, 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin yorumuna ilişkin olarak aşağıdaki kurallar inceleme konusu yapılabilir: antlaşmanın metni; teleolojik (amaçsal) yorum; Sözleşmeciler Devletlerin müteakip uygulamaları; hazırlık çalışmaları; ve ilgili uluslararası hukuk kuralları.

14. Daha önce vurgulandığı üzere, Sözleşme'nin metni, geçici tedbirler ve bunların bağlayıcılık etkisi konusunda sessiz bulunmaktadır. Bu tedbirler için söz konusu tek dayanak Mahkeme genel kuruluna İçtüzük Kuralları vasetme yetkisi veren Sözleşme'nin 26(d) maddesinde bulunabilir. Mahkeme aynen bunu yaparak 39. maddeyi İçtüzük Kuralları'nın içine yerleştirmiştir. Açıktır ki, söz konusu kural Sözleşmeciler Devletlere Sözleşme'de düzenlenmeyen yükümlülükleri yüklemekle Sözleşme'yi ihlal etmediğinden dolayı Mahkeme'nin bunu yapmaya yetkisi bulunmaktadır. Yine açıktır ki, Taraflar, Sözleşme'yi hazırlarken, sadece Mahkeme'nin vazedeceği İçtüzük Kuralları'nın gücüne bağlı olarak Mahkeme'ce belirlenecek geçici tedbir kararlarına uyma yükümlülüğü vermek niyetine kesinlikle sahip bulunmamaktadırlar. Ek Protokoller'de geçici tedbirler ve bunların bağlayıcı niteliği konusunda

herhangi bir bahsin mevcut olmayışı ve geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliği konusunun bir Protokol hükmüyle düzenlenmesine ilişkin önerilerin kabul edilmemesi göstermektedir ki, taraflar daha sonra da böyle bir şey yapma niyetine sahip bulunmamaktadırlar (aşağıda bkz., § 18).

15. “Yaşayan belge” doktrini bağlamında Mahkeme’ce uygulanan teleolojik (amaçsal) yorum metodu (antlaşmanın “amaç ve hedefi”) kararda büyük ölçüde dayanak olarak kullanılmış olmakla birlikte, bizler böyle bir hareket tarzı için pek fazla bir neden görememekteyiz. Cruz Varas davasında bu metod açık bir şekilde kullanılmamıştır bile. Ayrıca, geçici tedbirlerin niteliğine ilişkin olarak, kararın verildiği tarih ile şimdiki zaman arasında çok fazla bir şey değişmemiştir: bağlayıcı geçici tedbirler o zaman olduğu kadar şimdi de arzu edilen bir husustur. Bununla birlikte, Mahkeme’nin kurucu belgesi olan Sözleşme’de buna imkan sağlayan bir hükmün yokluğunda, böyle bir bağlayıcılık haklı çıkarılamaz. Ayrıca, Mahkeme’nin Cruz Varas kararındaki içtihadı, mahkemenin kendisinin verdiği tedbirlere ilişkin olarak Conka kararı ile UAD’nın La Grand kararından sadece üç ay önce teyit edilmiş bulunmaktadır.

16. Sözleşme’nin 34. maddesinin sağladığı bireysel başvuru hakkının Mahkemeye bağlayıcı geçici tedbirler alma yetkisi tanımaksızın çok fazla bir mana ifade etmeyeceği ve bu yüzden bu maddenin amaç ve hedeflerini karşılamadığı için geçici tedbirlerin emredici niteliğinin kabul edilmesinin zaruri olduğu ileri sürülmüştür. Aslında, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde, bağlayıcı geçici tedbirler alınma olasılığı içermeyen başvuru hakkının kesinlikle etkili bir başvuru hakkı olmadığı ifade edilmiştir. Mahkemelerin zorunlu yargı yetkisinin üstün geldiği ulusal düzeyde bu doğru olabilir. Ama uluslararası düzeyde bu kesinlikle doğru değildir. İlk olarak, devletler uluslararası mahkemelerin zorunlu yargı yetkisini kabul edip etmemekte ve eğer kabul ederlerse de, örneğin geçici tedbirlerin bağlayıcı niteliğine ilişkin kurallara yer vermeyerek kapsamını sınırlamakta tamamıyla serbesttirler. 18 Mart 1965 tarihli Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Washington (Dünya Bankası) Sözleşmesi’nin kurduğu tahkim usulü çerçevesinde durum böyledir (Madde 47). İkinci olarak, uzun yıllar boyunca Uluslararası Daimi Adalet Divanı (1920-1939) ve onun halefi Uluslararası Adalet Divanı, var olduğu sürenin büyük bir kısmında (1946-2001) kendilerini bağlayıcı niteliğini belirtmeksizin geçici tedbir kararı vermekle sınırlandırmışlardır. Üçüncü olarak, Sözleşme’nin 34. maddesi Devletlerden

“bireysel başvuru yapma hakkının” etkin kullanımına herhangi bir şekilde engel olmamalarını şart koşmuştur (vurgu eklenmiştir). Geçici tedbirler sağlamamaktan dolayı ve evleviyetle (a fortiori) bu geçici tedbirlere bağlayıcı etki tanımamak nedeniyle bireysel başvuru hakkına hiçbir şekilde “engel” olunmamaktadır. Bunun aksini söylemek 34. maddenin anlamını Mahkeme’nin yorumlama işini bırakıp yasama fonksiyonunu üslendiği bir noktaya taşımak olacaktır. Bunun böyle olduğu başka uyuşmazlık çözüm araçlarıyla da gösterilmiştir: başka hiçbir yerde yargı yetkisi ve başvuru hakkı geçici tedbirlerin verilmesi ve bağlayıcı etkiye sahip olması konusunda irtibatlandırılmamıştır. Dolayısıyla, Lahey Divanı, LaGrand davasında geçici tedbir kararlarının niteliğini karara bağlarken -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 34. maddesinin aşağı yukarı dengi olan- Statüsü’nün 35. maddesine dayanmaktan kaçınmıştır. Divan kendi Statüsü’nün 41. maddesini yorumlamış ve bu hükmün alınan tedbirlerin ihtiyari olması halinde amacını karşılayamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Eğer 1950 tarihli Sözleşme Lahey Divanı Statüsü’nün 41. maddesi ile mukayese edilebilir bir hükme sahip olsaydı, bizler de muhtemelen, bu hüküm bazında, geçici tedbir kararı “bildirmenin” (indicate), teleolojik yorum yoluyla, bu tedbirleri “emretmek” ya da “şart koşmak” manasına gelmesi gerektiği sonucuna varacaktık. Kurucu belgesi -İçtüzüğü değil!- UAD Statüsünün 41. maddesine benzer bir hüküm içeren Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin durumunda, bu husus bir sorun bile olmamaktadır. Çünkü, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 63/2. maddesi, Mahkeme’nin geçici tedbir kararı emretmesine imkan sağlamaktadır. Mevcut davadaki problem ise benzeri bir sonuca ulaşmak için makul bir yasal temelin bulunmamasıdır. Sözleşme’nin 34. maddesi bu amaca hizmet edememekte ve geçici tedbirlerin bağlayıcılığı nosyonunun Sözleşme metnine ithalini imkansız kılmaktadır.

17. Sözleşme’nin hazırlık çalışmaları Viyana Antlaşmalar Sözleşmesi’nin 32. maddesi gereğince göz önünde bulundurulabilecektir. Avrupa Mahkemesi’nin Cruz Varas davasındaki kararı, 1950 Sözleşmesi’ne UAD Statüsü’nün 41. maddesine benzer bir hükmün konulmasına ilişkin önerilere rağmen, bunun yapılmadığını göstermektedir – ki bu durum tabii olarak bağlayıcı geçici tedbirler verme yetkisinin Sözleşmeye ithalini destekleyen bir husus değildir.

18. Cruz Varas kararında da tartışılan ve incelenmesi gereken diğer bir husus ise, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde bir yorum

unsuru olarak bahsedilen Sözleşmeci Devletlerin müteakip uygulamalarıdır. Söz konusu Sözleşme'nin 31 (3)(b) maddesi "*antlaşmanın uygulanmasında tarafların antlaşmanın yorumu üzerinde mutabık kaldıklarını ortaya koyan herhangi bir müteakip uygulamaya*" atıfta bulunmaktadır. Bu uygulama aynı şekilde Cruz Varas davasında göz önünde bulundurulmuştur. Sözleşme organlarının konuyla ilgili tavsiyeler benimseme konusunda baştaki başarısız girişimlerinden sonra (§ 96), Mahkeme, geçici tedbirlere -tamamıyla olmasa da- hakim bir şekilde uyulması konusunda Sözleşmeci Devletlerin işbirliği yapma arzusundan esinlendikleri sonucuna ulaşmıştır. Diğer bir ifadeyle, bu uygulamanın, Viyana Sözleşmesinin gerektirdiği şekilde, "*Tarafların ilgili antlaşmanın yorumu konusunda mutabık olduklarını ortaya koyduğuna*" dair herhangi bir delil bulunmamaktadır. İnsan Haklarını Koruma Usullerinin İyileştirilmesine İlişkin Uzmanlar Komitesi'nin (DH-PR) 1994 yılı başındaki olağanüstü toplantısında 31 Ocak 1994 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından gönderilen reform önerileri, bunun aksinin doğru olduğunu göstermektedir (Dokümanlar DH-PR(94)2 ve DH-PR(94)4). Hem Komisyon hem de Mahkeme, yeni Mahkeme'nin Sözleşme'de sağlanacak bir hükümlerle yasal olarak bağlayıcı etkiye sahip geçici tedbir kararı verme yetkisinin olması gerektiğini düşünmektedir. Mahkeme'nin önerisi 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63(2). maddesine benzer bir niteliktedir. Komisyon'un tercihi geçici tedbir kuralları ile ilgili Komisyon (Madde 36) ve Mahkeme'nin (Madde 36) İçtüzük Kuralları'nın Sözleşme metni içinde yer alması yönündedir. İsviçre delegasyonu da geçici tedbirlerle ilgili "*Mahkeme'nin gerekli her türü geçici tedbir kararını şart koşabileceği ...*" şeklinde bir maddenin Sözleşmeye konması amacıyla bir öneri sunmuştur (Doküman DH-PR(93)20, 22 Kasım 1993).

19. Bu üç teklif, eğer kabul edilmiş olsaydı, Mahkeme'nin geçici tedbir kararlarının zorunlu addedilmesi (UAD Statüsü'nün 41. maddesinde olduğu gibi) gerektiği hususunun ileri sürülmesini mümkün kılacaktı. Ancak her üç teklifte hükümet uzmanlarınca reddedilmiştir. Daha sonra, Göç, Mülteciler ve Demografi Komitesi, Mahkeme İçtüzüğü'nün 36. maddesi gereğince bildirilen geçici tedbirlerin üye Devletler için zorunlu yapılmasını teklif etmiştir. (Taslak Rapor, AS/PR (1997) 2 gözden geçirilmiş, 19 Şubat 1997). Bakanlar Komitesi geçici tedbirler konusundaki bir hükmü Sözleşme'ye koymaktan imtina etmiştir. Bu ise uygulamadaki söz konusu yaygın kabulün, üzerinde mutabık kalınan bir yorumdan değil, ancak nezaket, işbirliği ve kolaylık sağlama düşün-

cesinden kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Bakanlar Komitesi de bağlayıcı geçici tedbirlere ilişkin bir hükmün 14 Nolu Taslak Protokole konmasını önermeye hazır gözükmemiştir. Komite'nin geçici tedbirlerin bağlayıcılığı varsayımı hakkında herhangi bir şey yapmayı lüzumsuz görmesinden dolayı değil, bu tedbirleri zorunlu yapma konusunda herhangi bir mutabakat olmadığından bu sonuca ulaşılmıştır.

20. Mevcut davada, Mahkeme'nin bizzat kendisi geçici tedbir kararlarının ihtiyari olduğunu değerlendirmiştir. Bu husus hem "bildirme" (suggested) ve "benimsenmelidir" (should be adopted) ibarelerini kullanan 39. maddenin lafzından, hem de, davalı devlet Türkiye'ye yönelik 18 Mart 1999 tarihli mektubun metninden açık bir şekilde görülmektedir. Söz konusu mektupta şu ifade yer almaktadır:

"Birinci Kısımın Başkanı, Mahkeme İçtüzük Kuralları'nın 39. maddesi çerçevesinde tarafların menfaati ve Mahkeme önündeki yargılamanın düzgün işleyişi açısından başvuru sahibinin yetkili dairenin 23 Mart 1999 tarihindeki toplantısından önce Özbekistan Cumhuriyeti'ne iade edilmemesinin arzu edildiği hususunu hükümetinize bildirmeye karar vermiştir."

21. Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)(c) maddesi çerçevesinde Daire'nin uyguladığı "Taraflar arasındaki ilişkilere uygulanan ilgili uluslararası hukuk kuralları" konusunda nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Uluslararası mahkemeler ve yargı organlarını kuran pek çok antlaşmanın geçici tedbirlerin bildirilmesine (indication) (antlaşmaların pek çoğunda bu terim kullanılmaktadır) yetki verdiği doğrudur. UAD'nın La Grand davasında bu terime atfetmiş olduğu anlam şüphesiz bir şekilde bu antlaşmaların yorumlanmasında önemli bir etkiye sahip olacaktır. Ancak, bu terim, mevcut Mahkeme üzerinde, bu Mahkemeyi kurucu belge olan Avrupa Sözleşmesi geçici tedbir kararı "bildirme" (indicate) hususunda herhangi bir yetki içermediği müddetçe, böyle bir etkiye sahip olamayacaktır.

5. İlgili Uluslararası Hukuk Kuralları

22. Geriye incelenmesi gereken Mahkeme uluslararası hukukun bir genel kuralına göre ya da medeni milletlerce kabul görmüş hukukun genel prensiplerine göre: (i) geçici tedbir kararı bildirebilir mi (indicate); ve (ii) böyle bir tedbiri emredebilir mi (order), sorusu kalmaktadır.

Eğer bu mümkün olacak ise, Mahkeme, geçici tedbir kararı verilmesine imkan sağlayan herhangi bir antlaşma hükmünün yokluğunda bile, böyle bir kuraldan ya da prensipten hareketle zorunlu geçici tedbirler vazetme yetkisini haklı çıkarabilecektir. Medeni milletlerce kabul görmüş hukukun genel prensiplerine ilişkin olarak, ulusal düzeyde geçerli zorunlu yargı kuralı çerçevesinde bu düzeyde zorunlu geçici tedbirler hakkında geniş çapta uygulanan bir kuralın varlığı kuvvetle muhtemeldir. Bunun tam tersine, daha önce altı çizildiği gibi (§ 16), bu kural uluslararası düzeyde hakim bir kural olmadığı için, bu düzeyde bağlayıcı bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, bu prensibin uluslararası mahkemelerin işleyiş alanına aktarılması mümkün değildir.

23. Bununla birlikte bir antlaşma hükmünün yokluğunda bile, uluslararası mahkeme ve yargı organlarının İçtüzük Kuralı vazedebilmelerine izin veren bir örf ve adet kuralının mevcut olması gerekir ki, bu kural geçici tedbir kararı düzenleme yetkisini içerebilsin. Fakat söz konusu bu kural, geçici tedbirler emretme yetkisini içerecek şekilde anlaşılabilir.

6. Sonuçlar

24. Yukarıdaki bütün açıklamalardan şu sonuç ortaya çıkmaktadır ki, işbu Mahkeme'ce "*bildirilen*" geçici tedbirlerin zorunlu niteliği, ne uluslararası hukukun genel prensiplerinden, ne de 23 Mayıs 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi ışığında yorumlandığı şekilde 34. maddeden (bireysel başvuru hakkı) veya 26. maddenin (d) paragrafından (Mahkeme'nin içtüzük kuralları vazetme hakkı) çıkarılabilir. Aynı sonuca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, mevcut davanın başlangıcındaki tavrı dahil, kendi uygulamasından hareketle de ulaşılabilir (bkz., kararın 24. paragrafı).

25. Bu nedenle burada incelenen konunun yargısal bir işlemde ziyade bir yasama işlemi olduğu temel sonucuna ulaşılmış bulunuyoruz. Ne bu Mahkeme'nin kurucu belgesi, ne de genel uluslararası hukuk prensipleri, Devletlerin geçici tedbir kararlarına uymak zorunda oldukları sonucuna varılmasını mümkün kıldıkları için, Mahkeme bunun aksi yönde karar veremez ve bu yüzden Taraf Devletler üzerinde yeni bir yükümlülük getiremez. İşbu Mahkeme'nin pozitif hukuk (de lege

lata) açısından bağlayıcı nitelikte geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmak, Sözleşme’de verilen yetkinin dışına çıkmaktır (ultra vires). Böyle bir yetki arzu edilir gözükabilir; ancak bunu sağlamak Sözleşmeci Taraflara düşmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye Kararı

(Özet ve Yorum)

1. Sunuş ve Özet

Mevcut davada Özbekistan’da muhalif siyasi hareket mensubu iki Özbek vatandaşının Özbekistan’da işlemiş oldukları ileri sürülen suçlardan dolayı yargılanmak üzere Türkiye tarafından bu ülkeye iade edilmelerine ilişkin işlemler şikayet konusu yapılmıştır. Dava konusu olay, ilk olarak, 11 ve 22 Mart 1999 tarihli iki başvuru (No. 46827/99 ve 46951/99) ile Mahkeme’nin ilgili Dairesi önünde incelenmiş bulunmaktadır.

İlgili Daire, 6 Şubat 2003 tarihli kararıyla, oy birliğiyle, 3. maddenin ihlal edilmediğine, 6. maddenin Türkiye’deki iade prosedürüne uygulanamayacağına ve Sözleşme’nin 6. maddesi çerçevesinde başvuru sahiplerinin şikayetleri ile ilgili ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığına karar vermiştir. Daire ayrıca altı oya karşı bir oyla Sözleşmenin 34. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Türk Hükümeti 28 Nisan 2003 tarihinde davanın Büyük Daire’ye götürülmesine ilişkin bir talepte bulunmuş (Sözleşme’nin 43. maddesi) ve bu şekilde söz konusu dava Büyük Daire tarafından incelenerek karara bağlanmıştır.

Mevcut davanın ilgili Daire önündeki gelişim sürecinde, ilgili Daire, tarafların menfaati ve yargılamanın düzgün işleyişi açısından, ilk olarak başvuruyu inceleyeceği duruşmaya ve daha sonra ise yeni bir duyuruya kadar ilgililerin iade edilmemesinin arzu edildiğini ifade eden geçici tedbir kararını davalı Hükümete bildirmiştir.

Bildirilen bu geçici tedbir kararına rağmen, davalı Devlet, ilgilileri, kendi iç hukuk hükümleri ve Özbekistan’la yapmış olduğu iade anlaşması gereğince, Özbek hükümetinin vermiş olduğu teminatlar üzerine, Özbekistan’a iade etmiştir. Başvuru sahipleri Özbekistan’da yapılan

yargılamalar neticesinde hapis cezasına çarptırılmış ve dava tarihinde halen bu cezalarını çekmektedirler.

Başvuru sahiplerinin avukatları, Uluslararası Af Örgütü gibi uluslararası insan hakları örgütlerinin raporlarına da dayanarak, Özbek hapisanelerindeki işkence ve kötü muamele uygulamalarının yaygın olduğunu ve iade edilmelerinden sonra müvekkilleri ile irtibat kuramadıklarını iddia etmişlerdir.

Başvuru sahipleri ayrıca hem Türkiye'deki iade prosedürü çerçevesinde hem de Özbekistan'daki ceza yargılaması sırasında müvekkillerinin adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Başvuru sahipleri nihayet ilgili Daire'nin bildirdiği geçici tedbir kararına davalı Hükümetin uymamasından dolayı Sözleşme'de güvence altına alınan bireysel başvuru haklarının ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

Netice itibariyle, başvuru sahipleri, Türkiye'nin kendilerini Özbekistan'a iade etmekle Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 34. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, esas itibariyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine, 2. madde çerçevesinde inceleme yapılmasına gerek olmadığına, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanmayacağına, Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak 6. maddenin 1. paragrafının ihlal edilmediğine ve Türkiye'nin 34. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerine uymadığına karar vermiştir.

1.1 Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

İlgili Daire önündeki yargılamada, başvuru sahiplerinin avukatları, iade zamanı itibariyle, başvuru sahiplerinin Özbekistan'a iade edilmelerinin 3. maddenin yasakladığı bir muameleyi doğuracağına inanmak için esaslı nedenlerin mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir. Daire ise bu iddiayla ilgili herhangi bir nihai tespit yapamamasının, başvuru sahibine Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince iddialarını destekleyici delilleri elde edebilmesi için gerekli ek araştırmaların yapılması fırsatının verilmemiş olmasından kaynaklandığı sonucuna ulaşmıştır. Daire ilgili madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmek için elindeki delillerin yeterli olmadığını değerlendirmiştir.

Büyük Daire önündeki yargılamada, Hükümet, suçluların iadesine ilişkin yargılamalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin yalnızca talep eden devlette yasaklanan muamele ya da cezanın kesin olduğu ve ilgili kişinin işkence ya da kötü muameleye maruz kaldığını gösterecek güçlü delillerin ortaya konduğu olaylarda uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Hükümet'e göre, 3. madde, iade eden Devlete, zamanla sınırlı olmayan bir sorumluluk yüklemek şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sorumluluk iade edilen kişinin suçluluğunun kabul edildiği ve cezasını çekmeye başladığı gün bitmelidir. İade anlaşması gereğince bir şüpheliyi teslim etmekle iade eden Devletin ilgili kişinin iade edilen devletteki mahkumiyet ve cezasından kaynaklanan muamele ya da cezaya neden olduğunu söylemek 3. maddenin lafzı anlamını kabul edilemez şekilde zorlamak olacaktır.

Sunulan delilleri göz önünde bulundurarak, Mahkeme, yukarıda bahse konu tarihte, başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesinin yasakladığı muameleyle karşılaşma konusunda gerçek bir riske maruz kaldıklarını ortaya koyacak sağlam delillerin mevcut olduğu sonucuna varamamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, mevcut davanın koşulları çerçevesinde uygun göreceği tarzda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmasına engel olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması 34. madde bağlamında incelenmelidir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği bulgusuna varılamamıştır. Başvuru sahiplerinin 3. madde çerçevesinde ileri sürmüş olduğu iddiaları, göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bu iddiaların 2. madde bağlamında ayrıca incelenmesini de gerekli görmemiştir.

1.2 Adil Yargılanma Hakkı

Daire önündeki yargılamada, başvuru sahipleri, Türkiye'deki iade prosedürünün ve Özbekistan'daki ceza yargılamasının adil olmadığını ileri sürmüşlerdir. Daire, 6. maddenin 1. paragrafının Türkiye'deki iade prosedürüne uygulanamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, Daire, kendisine sunulan delillerin başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkından yoksun bırakıldıklarını ortaya koymadığı ve bu noktada Madde 6/1 bağlamında ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Büyük Daire önündeki yargılamada ise, başvuru sahipleri dava dosyasındaki tüm materyallere ulaşamamış olmaları veya işledikleri iddia edilen suçların nitelendirilmesine ilişkin savunmalarını verememeleri nedeniyle, iade taleplerini karara bağlayan ceza mahkemesi önündeki davada adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, yabancıların girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, Sözleşme'nin 6/1. maddesi bağlamında, bir başvuru sahibinin medeni hak ve yükümlülüklerini ya da kendisine karşı yöneltilen cezai bir suçlama hakkında tespit yapılması konusunu ilgilendirmediğini tekrar etmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, mevcut davada 6. maddenin 1. paragrafının uygulanmasına yer olmadığı görüşündedir.

Özbekistan'daki ceza yargılamasına ilişkin olarak, başvuru sahipleri, kendi ülkelerinde adil yargılanma hakkından yararlanma ihtimallerinin olmadığını ve ölüm cezasına mahkum edilmeleri ve cezalarının infazı hususunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda Özbek adli makamlarının yürütmeden bağımsız olmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

Hükümet, başvuru sahiplerinin iadesinin Türk Hükümeti'ni Sözleşme'nin 6/1. maddesi bakımından yükümlülük altına sokamayacağını ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre, karar anında eldeki mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa da, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli deliller bulunmamaktadır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen karara (indication) uymaması, Mahkeme'nin, adaletin ağır bir şekilde ihlal edilme riskinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması hususu aşağıda 34. maddeye ilişkin olarak incelenecektir. Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşılamamıştır.

1.3 Bireysel Başvuru Hakkı

Başvuru sahiplerinin temsilcileri, Türkiye'nin, İçtüzüğü'nün 39. maddesine uygun olarak Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbire rağ-

men Bay Mamatkulov ve Bay Askarov'u iade etmekle, Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu hareket etmediğini ileri sürmüşlerdir.

İlgili Daire'ye göre, ihlal iddiasının mağduruna yönelik telafisi mümkün olmayan bir zararı önlemek üzere kendisine yönelik geçici tedbir kararı bildirilen Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet bu tedbirlere uygun hareket etmek ve nihai kararın hükmünü ve etkinliğini zayıflatacak herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınmak zorundadır. Bu nedenle, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkemece bildirilen geçici tedbir kararına uymamakla, Türkiye Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş bulunmaktadır.

Büyük Daire önündeki yargılamada ise, başvuru sahiplerinin avukatları, iadelerini müteakip başvuru sahipleri ile temas kuramamalarının, başvuru sahiplerini 3. madde bağlamındaki iddialarını destekleyici delil elde etmek için gerekli ek araştırmaların yapılması olasılığından mahrum bıraktığını ileri sürmüşlerdir. Böylece, iade işleminin yapılması, başvuru sahiplerinin başvurularının Mahkemeye etkin bir biçimde yapılması önünde gerçek bir engel oluşturmuştur.

Hükümet, Sözleşme'nin 34. maddesi çerçevesinde ayrıca bir sorunun ortaya çıkmadığını belirtmiştir. Hükümet'e göre, 34. madde çerçevesinde ileri sürülen iddialar başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında ortaya koydukları ile aynı olup, dayanaktan yoksundur. İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde Mahkeme tarafından bildirilen geçici tedbir kararlarının hükmüne ilişkin olarak, Hükümet, Cruz Varas ve diğerleri kararına atıfta bulunarak, Sözleşmeciler Devletlerin bu tarz kararlara (indications) uygun hareket etme konusunda yasal yükümlülüklerinin olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkemenin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da, netice olarak (in fine), gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesi gereğince, Sözleşmeciler Devletlerin kişilerin bireysel başvuru haklarının etkin kullanımını engelle-

yebilecek herhangi bir eylem veya ihmalden kaçınma sorumluluğunu üstlendiklerini tekrar hatırlatmaktadır. Bir Sözleşmecî Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve, bu yüzden, Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Mevcut deliller ışığında, Mahkeme, Türkiye'nin, Mahkeme İçtüzüğü'nün 39. maddesi çerçevesinde bildirilen geçici tedbir kararına uymaması nedeniyle, Sözleşme'nin 34. maddesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

1.4 Kararda Atıf Yapılan Davalar

Vilvarajah ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 30 Ekim 1991,
Soering v. Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989,
Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç, 20 Mart 1991,
Chahal v. Birleşik Krallık, 15 Kasım 1996,
Klaas v. Almanya, 22 Eylül 1993,
Maaouia v. Fransa, No. 39652/98,
Penafiel Salgado v. İspanya, No. 65964/01, 16 Nisan 2002,
Sardinas Albo v. İtalya, No. 56271/00, 8 Ocak 2004,
Loizidou v. Türkiye, 23 Mart 1995,
Klass ve Diğerleri v. Almanya, 6 Eylül 1978,
Petra v. Romanya, 23 Eylül 1998,
Kurt v. Türkiye, 25 Mayıs 1998,
Aksoy v. Türkiye, 18 Aralık 1996,
Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, 16 Eylül 1996,
İlaşcu ve Diğerleri v. Moldovya ve Rusya, No. 48787/99,
Yunanistan v. Birleşik Krallık, No. 176/56,
X v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 2396/65,
Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 3321/67,
3322/67, 3323/67 ve 3344/67,

Danimarka, Norveç ve Hollanda v. Yunanistan, No. 4448/70,
E. R. v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 5207/71,
Brückmann v. Federal Almanya Cumhuriyeti, No. 6242/73,
Conka ve Diğerleri v. Belçika, No. 51564/99, 13 Mart 2001,
Golder v. Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975,
Al-Adsani v. Birleşik Krallık, No. 35763/97,
Chapman v. Birleşik Krallık, No. 27238/95,
Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, No. 28957/95,
Tyrrer v. Birleşik Krallık, 15 Nisan 1978,
Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, 26 Haziran 1992,
Einhorn v. Fransa, No. 71555/01, 16 Ekim 2001,
Razaghi v. İsveç, No. 64599/01, 11 Mart 2003,
Tomic v. Birleşik Krallık, No. 17837/03, 14 Ekim 2003,
Johnston ve Diğerleri, 18 Aralık 1986.

2. Yorum

Bu dava hem Büyük Daire tarafından incelenmiş olması hem de oldukça önemli karşı görüşleri içermiş olması nedeniyle, Mahkeme içtihadı açısından önemli bir yere sahiptir. Ayrıca, gerek çoğunluk görüşünde, gerekse karşı oy görüşlerinde konuyla ilgili uluslararası hukuktaki gelişmelerin ve bu alanda sözleşmeler hukukunun yorumlanması konusunun irdelenmesi nedeniyle de, uluslararası hukuk öğretimi açısından emsal teşkil edecek bir olay çalışması niteliğindedir.

Dava konusu olayda, iki Özbek vatandaşının Türkiye tarafından Özbekistan'a iade edilmesine yönelik işlemler şikayet konusu yapılarak Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 34. maddelerinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Büyük Daire, dava konusu şikayeti esas itibarıyla, Sözleşme'nin 3, 6 ve 34. maddeleri çerçevesinde incelemiş ve karara bağlamıştır.

2.1 Madde 3

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, 3. madde bağlamında bir ihlalin söz konusu olabilmesi için, başvuru sahiplerinin iade edilme

anında 3. maddenin yasakladığı muamelelere tabi olacaklarına dair gerçek bir riskin mevcut olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Mahkeme'nin bu davadaki değerlendirmesine göre, Özbekistan'da siyasi muhaliflere yapılan kötü muamele ve işkence uygulamalarını ortaya koyan bulgular Özbekistan'daki genel durumu tasvir etmekte olduğundan, mevcut davada başvuru sahiplerince ileri sürülen somut suçlamaların ispat edilebilmesi için, bunların başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

Başvuru sahiplerinin Özbekistan'da 3. maddenin yasakladığı muameleye tabi olmaları konusunda gerçek bir riskin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken tarih iade işleminin yapıldığı tarih olacaktır. Mahkeme, bahse konu tarihte, böyle bir değerlendirmeyi dayandırabileceği sağlam delillerin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Türkiye'nin İç Tüzüğü'nün 39. maddesine göre bildirilen geçici tedbir kararına uymamasının kendisinin böyle bir değerlendirme yapmasına engel olduğunu değerlendiren Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmamasının 34. madde bağlamında incelenmesi gerektiğini düşünmektedir.

Ancak, Hakim Bratza, Bonello ve Hedigan, Özbekistan'daki genel durumla ilgili bulguların başvuru sahiplerinin bu ülkeye iade edildikleri takdirde kötü muameleye uğrama konusunda gerçek bir risk altında buldukları yönündeki somut iddiaları desteklemediği görüşüne katılmamaktadırlar. Tam tersine, başvuru sahiplerinin kötü muamele görme konusunda gerçek bir riskle karşı karşıya olduklarına inanmak için esaslı delillerin ortaya konduğunu ve bu riske rağmen başvuru sahiplerinin iade edilmesinin 3. maddeyi ihlal ettiğini düşünmektedirler.

Burada Mahkeme üyeleri davanın koşullarında eldeki mevcut delillerin 3. maddenin ihlal edilip edilmediği konusunda bir değerlendirme yapmak için yeterli olup olmadığı konusunda uyuşmazlığa düşmüşlerdir. Çoğunluk görüşü eldeki mevcut delilleri bu konu hakkında bir karar vermek için yeterli görmediğinden dolayı, şikayetin 34. madde bağlamında başvuru hakkının ihlali çerçevesinde incelenmesinin yerinde olacağını değerlendirmektedir. Azınlık görüşü ise Mahkeme dosyasındaki delillerin bu konuda bir değerlendirme yapmak için yeterli bir zemin oluşturduğundan hareketle 3. maddenin ihlal edildiğini düşünmektedir.

Mahkeme'nin 3. maddeyle ilgili vermiş olduğu diğer kararlarında (örnek olarak bkz., Jabari, Thampibillai) ortaya koyduğu delil kriteri ile bu davanın koşulları mukayese edildiğinde azınlık görüşünün daha isabetli olduğu gözükmemektedir. İade konusunda Türkiye'nin benzeri bir geçici tedbir kararına uygun hareket ettiği Jabari davasının koşulları dikkate alındığında, söz konusu o davada, Mahkeme'nin, eğer Türkiye başvuru sahibini iade edecek olursa 3. maddeyi ihlal etmiş olacaktır şeklinde bir hükme ulaştığı görülecektir. Burada ise, bildirilen geçici tedbir kararına uyulmamasından dolayı, Mahkeme, 3. maddeyle ilgili daha dikkatli bir inceleme yapmak yerine, delil yetersizliğinden hareketle 34. maddenin ihlaline dayalı bir sonuca ulaşmayı tercih etmiştir.

2.2 Madde 6

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak, Mahkeme, karar anında elinde mevcut bilgiler ışığında, başvuru sahiplerinin gönderildikleri ülkede adil yargılanma görmelerinden şüphelenmek için nedenler bulunsa bile, yargılamadaki herhangi bir düzensizliğin adaleti ağır bir şekilde ihlal edeceğini gösteren yeterli delillerin olmadığını düşünmektedir. Mahkeme'ye göre, Türkiye'nin geçici tedbir kararına uymaması, Mahkeme'nin böyle bir değerlendirme yapmasında kendisine yardımcı olacak ilave bilgileri elde etmesine mani olmuştur. Bu nedenle, Mahkeme, İç Tüzüğü'nün 39. maddesine uyulmaması hususunu Sözleşme'nin 34. maddesi bağlamında incelemiş ve böylece Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlali bulgusuna ulaşmamıştır.

Yine, Hakim Bratza, Bonello ve Hedigan tarafından ifade edilen ve Hakim Rozakis'in katıldığı kısmi muhalefet görüşüne göre, mevcut davada Mahkeme önündeki deliller, iade tarihinde başvuru sahibi açısından adaletin ağır bir şekilde ihlali konusunda gerçek bir riskin varlığını tesis etmek için yeterlidir. Bu görüşe göre, mevcut koşullar altında, başvuru sahiplerinin teslimi aynı zamanda Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmektedir.

Özbekistan'da adil yargılanma hakkının ağır bir şekilde ihlal edildiğini gösteren dikkate değer bulgular göz önüne alındığında, azınlığın bu görüşüne katılmamak zor gözükmemektedir. Karar metninde de atıfta bulunulan raporlar ve hakkında ihtilaf olmayan gerçekler, 6. madde

çerçevesinde yeterli bir incelemenin yapılmasını haklı çıkaracak bir düzeyde gözükmemektedir. Özellikle, Uluslararası Af Örgütü brifing dokümanında yer alan, itirafların işkenceyle elde edildiği, sanıkların kendi seçtikleri avukatlarıyla görüşme imkanının olmaması, savunma avukatlarının Cumhuriyet Savcısı tarafından belirlenmesi gibi hususlar bu sonucu desteklemektedir.

3. maddedeki yaklaşımına benzer bir şekilde, Mahkeme, 6. maddeyle ilgili daha derinlemesine bir inceleme yaparak ihlal sonucuna ulaşmak yerine, delil yetersizliğinden hareketle 34. maddenin ihlaline dayalı bir sonuca ulaşmayı tercih etmiştir.

2.3 Madde 34

Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, 34. maddedeki bireysel başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanımına engel olmama yükümlülüğü, Mahkeme önünde etkin bir şekilde şikayette bulunma ve bu şikayeti takip etmeye yönelik bireysel hakka herhangi bir müdahale yapılmasını engellemektedir. Mahkeme, 34. maddede düzenlenen yükümlülüğün Sözleşmeciler Devletlerden, sadece başvuru sahiplerine baskı uygulamaktan kaçınmayı değil, aynı zamanda bir başvurunun konusunu tahrip etmek ya da ortadan kaldırmak suretiyle Mahkeme'nin başvuruyu normal prosedür çerçevesinde incelemesini faydasız kılan ya da başka şekillerde buna engel olan herhangi bir eylem ya da ihmalden kaçınmayı da sonuç itibarıyla gerektirdiği sonucuna ulaşmaktadır.

Mahkeme'ye göre, bireysel başvuru hakkı başlangıçta ihtiyari bir koruma sistemi olarak tasarlanmış olsa da, zaman içinde, Sözleşme koruma sisteminin önemli bir mihenk taşı haline gelmiş ve artık Sözleşme ile doğrudan kendisine tanınan hak ve özgürlükleri uluslararası düzeyde talep edebileceği gerçek bir dava hakkına dönüşmüştür. Bir Sözleşmeciler Devlet'in geçici tedbirlere uygun hareket etmemesi, Mahkeme'nin başvuru sahibinin şikayetini etkin bir şekilde incelemekten alı konması ve başvuru sahibinin hakkının etkin kullanımının engellenmesi ve dolayısıyla Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlali olarak değerlendirilecektir.

Hakim Barreto, bir Hükümetin geçici tedbir kararına uygun hareket etmemesinin tek başına kendiliğinden (per se) Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlalini icap ettirmeyeceğini vurgulayarak, Sözleşme'nin

34. maddesinin böyle “mekanik” bir şekilde ihlal edildiği bulgusuna itiraz etmiştir. Barreto’ya göre, eğer Sözleşmeciler Devlet’in geçici tedbir kararına uymaması başvuru hakkının kullanılmasına mani olur ve bu yüzden Mahkeme’nin şikayeti etkili bir şekilde incelemesi imkansız hale gelir ise, ancak bu takdirde Sözleşme’nin 34. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşılabilir.

Hakim Caflisch, Türmen ve Kovler, Mahkeme’nin Cruz Varas davasında Komisyon tarafından verilen geçici tedbirlerle ilgili içtihadına dayanarak bu sonuca itiraz etmişlerdir. Mahkeme, Cruz Varas davasında, Sözleşme’de herhangi bir hükmün yokluğunda bir geçici tedbirin Sözleşmeciler Devletler üzerinde bağlayıcı yükümlülük doğuramayacağını, geçici tedbirler emretme yetkisinin gerek Sözleşme’den sonuç olarak gerekse diğer kaynaklardan çıkarılamayacağını ifade etmiştir. Bu tedbirlere pratikte neredeyse tamamıyla uyulduğunu gösteren “müteakip uygulama” ise Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme hükmünün yorumlanması konusunda varmış oldukları bir mutabakat olarak algılanabilir, ancak Sözleşme’de başlangıçta düzenlenmeyen yeni hak ve yükümlülüklerin yaratılması şeklinde anlaşılabilir.

Bahse konu bu azınlık görüşüne göre, ne Mahkeme’ye İttüyük Kuralları vasetme yetkisi veren Sözleşme’nin 26(d) maddesi, ne de bireysel başvuru hakkını düzenleyen 34. maddesi, bağlayıcı geçici tedbirler düzenlemek ve böylece Sözleşme’ye Taraf Devletlere rızaları olmaksızın bir yükümlülük yüklemek suretiyle Sözleşme’deki bir “boşluğu” doldurmak için kullanılabilirler. Değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, bir akdin sadece yorumlanması ile bunun değiştirilmesi ve yargısal fonksiyonların kullanımı ile uluslararası hukuk yapımı arasında önemli bir fark vardır. Azınlık görüşü, ayrıca, Mahkeme’nin Cruz Varas kararındaki içtihadını mahkemenin kendisinin verdiği tedbirlerle ilgili olarak çok yakın bir tarihte Conka kararı ile teyit ettiğini hatırlatmaktadır.

Azınlık görüşü, sonuç olarak, burada incelenen konunun yargısal bir işlemde ziyade bir yasama işlemini ilgilendirdiğini düşünmektedir. Ne Mahkeme’nin kurucu belgesinden, ne de genel uluslararası hukuk prensiplerinden, bu Sözleşme bağlamında Devletlerin geçici tedbir kararlarına uymak zorunda oldukları sonucu çıkarılamayacağı için, Mahkeme’nin aksi yönde karar vermesi ve Taraf Devletlere yeni bir yükümlülük getirmesi mümkün değildir. Mahkeme’nin pozitif hukuk

açısından bağlayıcı nitelikte geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmak, Sözleşme’de verilen yetkinin dışına çıkmak olarak değerlendirilmektedir.

Mahkeme, Sözleşme’yi mümkün mertebe dinamik, yani yaşayan bir belge olarak yorumlayıp günümüz koşullarına göre anlamlandırmak istemektedir. Azınlık görüşü ise davanın koşulları çerçevesinde Mahkeme’nin içtihadının artık bir yorum konusu olmaktan çıkıp bir yasama faaliyetine dönüştüğünü, ancak Mahkeme’nin böyle bir yetkiye sahip olmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme kendisinde bu rolü ve misyonu görürken, acaba uluslararası bir yargı organı olmaktan çıkıp ulusal-üstü yani supra-nasyonal bir yapıya mı dönüşmek istemektedir? Bunun böyle olup olmayacağını veya Mahkeme’nin hangi ölçüde bu yönde kararlar vereceğini önümüzdeki yıllar gösterecektir.