

LAWYERS' RIGHTS WATCH CANADA

THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES

Amicus Curiae Brief

Dosya No. 2016/9808

T.C. Anayasa Mahkemesi

(Başvurucular: Ayşe Acinikli ve Ramazan Demir)

İçindekiler:

- I. Giriş
- II. İfade özgürlüğü hakkının korunması ve ifade özgürlüğüne saygı gösterilmesi zorunluluğu; Kabul edilemez kısıtlamalar
 - A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sistemi
 - B. Avrupa İnsan Hakları Sistemi
- III. Kamusal tartışmalara katılma ve örgütlenme hakkı bağlamında ifade özgürlüğü hakkı
 - A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sistemi
 - B. Avrupa İnsan Hakları Sistemi
- IV. Avukatların ve İnsan Hakları Savunucularının çalışmalarının korunması ve saygı gösterilmesi konusunda devletlerin görevleri
- V. Avukat ve İnsan Hakları Savunucularının ifade özgürlüğü hakkı
- VI. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı – Keyfi gözaltı ve tutuklamalara maruz kalmama
 - A. “Keyfilik” ve “Makul şüphe”
 - B. Suçlama ve tutuklanma gerekçeleri konusunda bilgilendirilme hakkı
 - C. Makul bir süre içerisinde yargıç ya da yargı makamı yahut mahkeme karşısına çıkartılma hakkı
- VII. Tutuksuz yargılanma hakkı
- VIII. Sonuç

I. Giriş

1. 2000 yılında kurulmuş Kanada Avukat Hakları İzleme Örgütü (LRWC), Kanadalı avukat ve diğer insan hakları savunucularının dünya genelinde uluslararası insan haklarının uygulanmasını desteklemek için kurulmuş bir Kanada örgütüdür. LRWC, insan hakları avukatı ve diğer insan hakları savunmanları ile ilgili olarak ulusal ve uluslararası mevzuat ve standartlara ilişkin hukuki analiz üretmektedir. LRWC'nin Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) içerisinde özel bir danışman statüsü bulunmaktadır.
2. İngiltere ve Galler Hukuk Cemiyeti, 166.000'den fazla hukukçuyu temsil eden bağımsız profesyonel bir yapıdır. Hukuk mesleğinin bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ve insan haklarının bütün dünyada desteklenmesi hedeflerinin arasındadır.
3. Bu mahkemenin dostu görüşü kısaca, avukat ve insan hakları savunucularının haklarının korunması bağlamında, özellikle, ifade ve örgütlenme özgürlüğü hakkı, kamusal tartışmalara katılma hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, tutuksuz yargılanma ve bütün bunlarla bağlı olarak masumiyet karinesi gibi adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkili haklar bağlamında Türkiye'nin tabi olduğu uluslararası hukuk kurallarının doğasını ve kapsamını açıklar ve uluslararası standartları belirler.
4. Ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi ve genel sözleşme hukuku kuralları gereğince Türkiye; taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri iyi niyetle uygulamakla yükümlüdür.¹ Ayrıca, Türkiye; anlaşmaları uygulamama gerekçesi olarak, iç hukuk hükümlerine başvuramaz.²
5. Türkiye Birleşmiş Milletler Şartı'nın tarafıdır.³ Türkiye, BM Şartı'nın, Birleşmiş Milletlere üye olduğu 24 Ekim 1945 tarihinden bu yana tarafıdır. BM Şartının 1. maddesinin 3. bendinde de belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletlerin temel amaçlarından birisi; “ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmeye ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak...”tır.
6. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (Statute of the ICJ) BM Şartının ayrılmaz bir parçasıdır ve Türkiye dahil olmak üzere Birleşmiş Milletlere üye bütün devletleri bağlamaktadır.⁴ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü uluslararası hukukun kaynakları olarak; anlaşmaları,

¹ United Nations (UN) Human Rights Committee (HR Committee), General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para. 3; Article 26 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*. The Human Rights Committee is the body of independent experts established by the *International Covenant on Civil and Political Rights* (MSSH), and mandated to monitor States Parties' implementation of the MSSH. The interpretations of the HR Committee and other treaty monitoring bodies of relevant treaties (including through general comments, recommendations to states parties following examination of their periodic reports on implementation under and jurisprudence, are authoritative. See Judgment of the International Court of Justice (30 November 2010), paras. 66-68, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>. Also see *infra* note 3.

² Articles 26-27 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, adopted in May 1969 at the UN Conference on the Law of Treaties; see HR Committee, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para. 4; General Comment No. 31, *supra* note 1.

³ UN, *Charter of the United Nations (UN Charter)*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI <http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html>.

⁴ *UN Charter*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, Articles 92 and 93, <http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html>.

uluslararası teamül hukukunu, uluslararası hukukun gelen ilkelerini (genel ilkeler) ve “çeşitli uluslardan en nitelikli doktrinini” belirlemektedir.⁵ Türkiye; bütün ülkeler açısından bağlayıcı olan uluslararası hukukun örfi kuralları ve genel prensiplerine bağlı kalmakla yükümlüdür.⁶

7. Türkiye; Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesini (MSHS)⁷ 15 Ağustos 2000 yılında imzalamıştır ve 23 Eylül 2003 tarihinde azınlık haklarını düzenleyen 23. madde ile ilgili çekince koyulması suretiyle MSHS tasdik edilmiştir.⁸ Türkiye Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine Ek Seçmeli Protokolü 24 Kasım 2006 tarihinde, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine Ek İkinci Seçmeli Protokolü ise 2 Mart 2006’da tasdik etmiştir. Her iki seçmeli protokol 24 Şubat 2007’de yürürlüğe girmiştir. MSHS’ne taraf bir devlet olarak Türkiye; diğer hususların yanı sıra, aşağıdaki başlıkları güvence altına almakla yükümlüdür:
 - a. Md. 14 bağlamında adil yargılanma hakkı; md. 14/2 bağlamında masumiyet karinesi ve md. 9/3 bağlamında tutuksuz yargılanma hakkı;
 - b. Md. 19 bağlamında düşünce ve ifade özgürlüğü
 - c. Md. 9 bağlamında keyfi olarak göz altına alınmama veya tutuklanmama hakkı
 - d. Md. 9/3 ve md. 14/1 bağlamında suçlamaları öğrenme ve yetkili, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önüne çıkartılma hakkı
8. MSHS’nin içerdiği hakların garanti altına alınması ve korunması sorumluluğu yalnızca hükümetin idari kurulları ile sınırlı değil ama aynı zamanda Türkiye yargı sistemi tarafından da etkin bir biçimde uygulanmalıdır. Örneğin MSHS doğrultusunda ifade özgürlüğünün doğası ve kapsamına ilişkin Genel Görüş 34 içerisinde İnsan Hakları Komitesi bu hususu doğrulamıştır:.

Görüş ve ifade özgürlüklerine saygı yükümlülüğü bir bütün olarak her taraf Devlet için bağlayıcılık taşır. Devletin tüm organları (yürütme, yasama ve yargı) ve diğer tüm kamusal veya yönetsel yetkililer, ulusal, bölgesel veya yerel hangi düzeyde olurlarsa olsunlar taraf Devletin sorumluluğunu paylaşma durumundadırlar. Bu sorumluluk, yarı-kamusal birimlerin fiilleri söz konusu olduğunda da taraf Devletin üzerine düşebilir.⁹

⁵ UN, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, Article 38,

<http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>. The teachings of the most highly qualified publicists of the various nations include general comments, concluding observations and jurisprudence of the UN HR Committee and other UN treaty bodies. See *supra* note 1.

⁶ UN Charter, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, Articles 92 and 93, <http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/index.html>; United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, Article 38, <http://www.refworld.org/docid/3deb4b9c0.html>; UN, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, Article 27, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html>. This treaty is generally considered to be customary international law. See Karl Zemanek, “Vienna Convention on the Law of Treaties” Vienna, 23 May 1969, UN Audiovisual Library of International Law, <http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>.

⁷ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> [accessed 13 May 2016].

⁸ “The Republic of Turkey reserves the right to interpret and apply the provisions of Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights in accordance with the related provisions and rules of the Constitution of the Republic of Turkey and the Treaty of Lausanne of 24 July 1923 and its Appendixes.”

⁹ HR Committee, General Comment No. 34: Article 19 (Freedom of opinion and expression), 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para. 7, <http://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html> [accessed 19 July 2016]. See also HR Committee, General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the

9. Türkiye aynı zamanda, 10 Mart 1954 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹⁰ ile de bağlıdır. Sözleşmeye taraf bir devlet olarak Türkiye'nin, başka yükümlülüklerinin yanı sıra, aşağıdaki hakları koruma altına alması zorunludur:
- AİHS md. 6/2 doğrultusunda masumiyet karinesi ile md. 5/3 doğrultusunda tutuksuz yargılanma hakkını da kapsar bir biçimde AİHS md. 6 gereğince adil yargılanma hakkı,
 - Md. 10 doğrultusunda ifade özgürlüğü
 - Md. 5 gereğince keyfi tutuklama ve gözaltı işlemine maruz kalmama hakkı
 - Md. 6/1 ve md. 5/3 gereğince suçlamaları öğrenme hakkı ile bağımsız ve yetkili bir yargıç karşısına çıkartılma hakkı

II. İfade özgürlüğü hakkına saygı duyma ve koruma yükümlülüğü: Kabul edilemez sınırlamalar

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sistemi:

10. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1946 yılındaki ilk oturumda benimsenen kararlardan birisi; bilgi alma ve yayma özgürlüğünü içeren bilgi edinme özgürlüğü olmuştur. Karar uyarınca bilgi edinme özgürlüğü “temel bir insan hakkı olup, .. Birleşmiş Milletlerin kutsadığı tüm hakların mihenk taşıdır.”¹¹
11. 10 Aralık 1948 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesi uyarınca:
- Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu 205 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.
12. Türkiye için bağlayıcı olan MSHS, onaylandığı 23 Eylül 2003 tarihinden bu yana bilgi edinme ve ifade özgürlüğünü koruma altına almaktadır. MSHS'nin 19. maddesine göre;
- Herkes düşünce özgürlüğü hakkına sahiptir;
 - Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir, bu hak bir kimsenin sözlü, yazılı veya basılı veya sanatsal bir şekilde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.
- BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Görüş no 34'teki değerlendirmesinde yer alan “başkalarına aktarılabilir her tür fikir ve görüşle ilgili iletişimi ve bunları ifade etmeyi içerir” cümlesi ile 19. maddeye “insan hakları tartışmaları” kavramını da eklemiştir.
13. MSHS'nin tarafı tüm devletlerin, devlet sınırları içerisinde, avukatlar ve insan hakları savunucuları da dahil olmak üzere tüm insanların sözleşme ile korunan haklarını

Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), paras. 4 and 8.

¹⁰ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html> [accessed 26 July 2016].

¹¹ UN General Assembly Resolution 59(I), 14 December 1946.

kullanabilmelerini sağlamak konusunda uluslararası hukuksal zorunluluğu vardır. Madde 2'ye göre:

1. Bu sözleşmeye taraf her devlet, bu sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı, ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.
 2. Sözleşmede tanınan hakları kendi mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu sözleşmenin hükümlerine uygun olarak Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler.
14. Belirli bazı koşullar çerçevesinde devletler ifade özgürlüğü hakkını sınırlayabilse de, bu tür sınırlamalar kesin olarak MSHS md. 19/3 doğrultusunda olabilir. MSHS md. 19/3 uyarınca:
- Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu haklar, sadece hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir:
- a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı
 - b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini (ordre public) veya sağlık ve ahlakı koruma
15. İnsan Hakları Komitesine göre, ifade özgürlüğü üzerindeki her türlü kısıtlama 3 aşamalı katı bir testten geçirilmelidir:¹²
- a. Kısıtlama herkes için açık ve erişilebilir bir yasal dayanağa sahip olmalıdır.¹³ Norm; "bir kişinin kendi davranışlarını norma göre düzenleyebileceği bir kesinlik taşınmalıdır" (vurgu eklenmiştir)¹⁴
 - b. Kısıtlama, başkalarının hak ve itibarını, ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ya da ahlakın korunması için gerekli ve meşru olmalıdır (vurgu eklenmiştir)¹⁵
 - c. Kısıtlamanın en azından görünen amaca ulaşılması doğrultusunda gerekliliği ve orantılılığı ispatlanabilmelidir. (vurgu eklenmiştir)¹⁶
16. İç hukukta ifade özgürlüğü hakkı üzerinde kısıtlamalara binaen Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması BM Özel Raportörü; yasaların ulusal, ırksal veya dinsel nefreti kışkırtmaya yönelik yasaklamaları düzenlerken yegane amacının; inanç

¹² HR Committee, General Comment No. 34: Article 19 (Freedom of opinion and expression), 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, <http://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html> [accessed 5 June 2016].

¹³ UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, 4 June 2012, A/HRC/20/17, <http://www.refworld.org/docid/5008134b2.html>.

¹⁴ *Ibid*, citing *The Sunday Times v. United Kingdom*, 26 April 1979, Application No. 6538/74, para. 49 (European Court of Human Rights).

¹⁵ UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, 4 June 2012, A/HRC/20/17, <http://www.refworld.org/docid/5008134b2.html>.

¹⁶ UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue*, 4 June 2012, A/HRC/20/17, <http://www.refworld.org/docid/5008134b2.html>.

sistemlerini, dinleri veya eleştirel kurumları korumaktan öte bireyleri düşmanlıktan, ayrımcılıktan veya şiddetten korumak olduğunun anlaşılır kılacak şekilde formüle edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹⁷ Raportör, şu gözlemleri aktarmıştır:

İfade özgürlüğü hakkı kapsamında; düşünceler, inanç sistemleri, dini olanlar da dahil kurumlar hakkında açık tartışmalar, denetimler yürütebilir, zaman zaman gerekçesiz, sert ve aşırı eleştiriler getirilebilir. Bir görüş, bir birey ya da bireyler topluluğu karşısında düşmanlık, ayrımcılık veya şiddeti savunmadığı sürece korunma kapsamındadır.¹⁸

17. Özellikle teröre teşviki önlemeye yönelik ceza yasaları ile ilişkili olarak BM Özel Raportörü, ifade özgürlüğü hakkının sınırlanması ile ilgili yukarıda söz edilen üçlü testi ayrıntılandırmıştır. Raportöre göre ilgili yasalar;

(a) doğası gereği açıkça tanımlandığı üzere gerçekten terörist olana teşvike yönelik hareketlerle sınırlı olmalıdır. (b) ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki kısıtlama ulusal güvenlik, kamu düzeni ve güvenliği veya kamu sağlığı ve ahlak için gerekli olmanın dışında bir nedene dayanmamalıdır. (c) kısıtlamalar yasadan kaynaklanmalı ve yasalar; “övme”, “yüceltme” gibi muğlak ifadelerden kaçınarak kesin bir dille yazılmalıdır. (d) Hareketin bir teşvik oluşturacağına ilişkin gerçek (objektif) bir risk söz konusu olmalıdır. (e) Amacın iki unsuruna açıkça atıf yapılmalıdır; mesajla iletişim kurmayı amaçlamak ve bu mesajın açıkça terörist bir hareketin gereği olması. (f) terörizme “hukuka aykırı” teşvike atıfta bulunulmak sureti ile cezai sorumluluğun dışında kalan hukuksal koruma veya ilkeleri korumalıdır.¹⁹

18. İnsan Hakları Komitesi, “terörizmi teşvik”²⁰ ve “aşırı faaliyet”²¹ gibi suçlamaların yasal düzenlemelerde yer almasının ifade özgürlüğü hakkına keyfi müdahaleye izin verdiğine dikkat çekmektedir. Bu noktada Türkiye’nin Terörle Mücadele Kanunu’nda terörizmin tanımına dikkat çekmek gerekmektedir:

Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.²²

19. İnsan Hakları Komitesi, Türkiye 8. Periyodik Raporu’na İlişkin Sonuç Gözlemleri başlıklı

¹⁷ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue on Promotion and Protection of the right to freedom of opinion and expression, A/66/290 (10 August 2011), para. 30, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A.66.290.pdf>.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue on Promotion and Protection of the right to freedom of opinion and expression, A/66/290 (10 August 2011), para. 34.

²⁰ HR Committee, *Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 30 July 2008, CCPR/C/GBR/CO/6, para. 26.

²¹ HR Committee, *Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 30 July 2008, CCPR/C/GBR/CO/6, para. 26.

²² *Law on Fight Against Terrorism* (Apr. 12, 1991, as amended in 2010), art. 1,

http://legislationline.org/download/action/download/id/3727/file/Turkey_anti_terr_1991_am2010_en.pdf [This article was not changed by the 2012 amendments].

2012²³ yılına ait raporunda, Türkiye'nin Terörle Mücadele Yasasını eleştirmiştir:

16. Komite, 1991 tarihli Terörle Mücadele Yasasının (3713 sayılı yasa) birçok hükmünün Sözleşme ile güvence altına alınan haklarla uyumsuz olduğu kaygısını taşımaktadır. Komite özellikle; (a) Terör eyleminin tanımındaki muğlaklık; (b) adil yargılanma hakkı üzerinde geniş kapsamlı kısıtlamalar uygulanması (c) insan hakları savunucuları, avukatlar, gazeteciler ve hatta çocukların, düşünce ve görüşlerini açıkladıkları için, özellikle Kürt sorununun şiddet içermeyen tartışılmasından dolayı Terörle Mücadele Yasası doğrultusunda suçlamalarla açılan davaların sayısının çokluğu (md. 2, 14, 19)²⁴ konularında kaygılıdır.

20. İfade özgürlüğünün iç hukuk düzenlemeleri ile kısıtlandığı durumlarda, özellikle dayanağın ulusal güvenlik ve kamu düzeni olduğu durumlarda, İnsan Hakları Komitesi 34 sayılı Genel Görüşünde dile getirir ki; ulusal güvenlik ile ilgili düzenlemelere, ulusal güvenliği zedelemeyen kamunun meşru yararını ilgilendiren bilginin bastırılması veya kamuoyundan saklanması, veya bu bilgiyi yayan gazeteci, araştırmacı, çevre aktivisti, insan hakları savunucusu ve diğerlerinin soruşturulması amacıyla başvurulması MSHS'nin 19(3) maddesi ile bağdaşmamaktadır.²⁵ İnsan Hakları Komitesine göre ayrıca;

Bu kişilerin faaliyetlerine dönük her türlü kısıtlama gereklilik ve orantılılık denetiminden mutlak olarak katı bir biçimde geçirilmeli ve “sadece belirlenen amaçlarla ve spesifik ihtiyaçla doğrudan ilgili olması koşulları ile uygulanmalıdır”.²⁶

21. İnsan Hakları Komitesi önüne gelen bireysel başvurular hakkında karar verirken, kısıtlama gerekçesinin ulusal güvenlik veya kamu düzeni ile ilgili olduğu durumlarda, istikrarlı bir şekilde, ifade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamayı meşru kılmak için kullanılan genel ifadeleri yeterli bulmamıştır. Aksine Devlet, “tehdidin somut olduğunu ispat etmek”, “yazarın hangi hareketinin” ulusal güvenliği zedelediğini ve elbette ifade özgürlüğü hakkının kısıtlanmasının neden gerekli ve ölçülü olduğunu ispat etmek zorundadır. “Bireyselleştirilmiş dayanakların(gerekçeler)”in yokluğu halinde MSHS'nin 19(2)'nin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.²⁷

22. Belirli bir durumda ifade özgürlüğü hakkının kısıtlanmasının neden gerekli olduğu hususunu ispat külfeti Devlettir. İnsan Hakları Komitesi'nin belirttiği üzere;

Yazarın md. 19 kapsamındaki haklarının kısıtlanmasının gerekli olup olmadığını ortaya koymak taraf Devletin yükümlülüğündedir. Bir taraf Devlet bilgi yayma konusunda bireysel özgürlükler ile kamu düzeninin sağlanılmasındaki genel yarar arasında belirli bir

²³ HR Committee, Concluding observations on the sixth periodic report of Turkey, adopted by the Committee at its 106th session, 15 October to 2 November, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-TUR-CO-1.doc>.

²⁴ Please note that the July 2012 amendments of the Anti-Terrorism Law did not change the definition of “terrorism”, so the criticisms of the HR Committee apply to the Law as amended.

²⁵ HR Committee, General Comment No. 34: Article 19 (Freedom of opinion and expression), 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para. 30 [footnotes omitted]. See HR Committee, *Concluding Observations on the Russian Federation*, 1 December 2003, CCPR/CO/79/RUS, para. 24.

²⁶ *Ibid*, para. 22.

²⁷ HR Committee, *Hak—Chul Shin v. Republic of Korea*, Communication No. 926/2000, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/926/2000 (2004), para. 7.3; *Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea*, Communication No. 518/1992, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/518/1992 (1995), para. 10.4.

alanda bir denge sistemi oluşturmaya çalışıyor olsa da, bu sistem sözleşmenin 19. maddesine aykırı bir biçimde işleyemez.²⁸

23. İfade özgürlüğünü kullanmanın, Devlete göre bu hakkın ‘ülkenin genel politik ortamını dikkate almadan’ kullanıldığı hallerde, ulusal güvenlik gerekçesi ile sınırlandırılmasına dair İnsan Hakları Komitesi şu değerlendirmede bulunmuştur:

Zor politik koşullarda ülke birliğini korumak ve tabi güçlendirmek meşru amacı çok partili demokrasi savunuculuğuna, demokrasinin temel ilkelerine ve insan haklarına gem vurmak yolu ile başarılabilir; bu bağlamda, hangi sınırlamanın ‘gereklik’ testine uyduğu sorusuna karar vermek, bu durumlarda gerekmez.²⁹

B. Avrupa İnsan Hakları Sistemi:

24. AİHS kapsamında ifade özgürlüğü hakkı 10(1). maddede düzenlenmiştir:

Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

25. AİHS md. 10(2), ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru olabilmesi için MSHS ile benzer kriterler tanımlamıştır:

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) defalarca ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların “artan toplumsal ihtiyaca” cevap vermesi gerektiğini, “öngörülen meşru amaçla orantılı” olmasını ve “ilgili ve yeterli” bir gerekçeye dayanması gerektiğini belirtmiştir.³⁰ İfade özgürlüğüne yönelik sınırlandırmaların “yasa ile düzenlenmiş olma” zorunluluğu uyarınca AİHM, bazı koşullar altında, teamül hukukunu³¹ ya da uluslararası hukuk³² prensiplerini de ifade özgürlüğüne müdahale için yasal dayanak olarak kabul etmiştir. Fakat bu durumlar sınırlıdır. Örneğin AİHS altında Nazi ideolojisini ve ırkçılığı yayan düşüncelerin yayılması ile nefretin ve ırk ayrımcılığının kışkırtılmasına yönelik sınırlandırmalara Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından izin verilmiştir.³³

27. AİHM bu sınırlandırmaların yerindeliğinin AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında ileri

²⁸ HR Committee, *Vladimir Schumilin v. Belarus*, Communication No. 1784/2008, U.N. Doc. CCPR/C/105/D/1784/2008 (2012), para. 9.4; HR Committee, *Viktor Korneenko v. Belarus*, Communication No. 1226/2003, U.N. Doc. (2012), para. 10.8.

²⁹ HR Committee, *Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/458/1991 (1994), para. 9.7.

³⁰ *Nikula v. Finlandiya*, Başvuru No. 31611/96, 21 Mart 2002, para. 24.

³¹ *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, Başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979, para. 47.

³² *Groppera Radio Ag and Others v. İsviçre*, Başvuru no. 10890/84, 28 Mart 1990, para. 68.

³³ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, *Kühnen v. Federal Almanya Cumhuriyeti*, Başvuru No. 12194/86, 12 Mayıs 1988 (Kabul edilebilirlik kararı).

sürüldüğü üzere ‘gerekli’ olup olmadığına karar vermek üzere bazı testler geliştirmiştir. *Handyside v. Birleşik Krallık* davasında³⁴ AİHM, Taraf Devletlerde tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmanın imkansız olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle Taraf Devletlere söz konusu tedbirin ‘gerekli’ olup olmadığının yorumlanmasında takdir yetkisi bırakılmalıdır. Yine de AİHM, bu ‘gereklilik’ testinin katı bir test olması gerektiğini vurgulamaktadır:

Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasındaki ‘gerekli’ sıfatının, bir yandan ‘zorunlu’ sözcüğü ve ‘mutlak gerekli’ ve ‘kesinlikle gerekli’ ifadeleri ile anlamdaş olmadığını, öte yandan ‘kabuledilebilir’, ‘olağan’, ‘yararlı’, ‘makul’ veya ‘arzu edilen’ deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır.³⁵

28. AİHM ayrıca Mahkeme’nin denetim görevinin Mahkeme’yi, ‘demokratik bir toplumu’ niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorladığını belirtmektedir. Mahkeme’ye göre:

İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, (Sözleşme’nin) 10. maddesinin 2. fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ki bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.³⁶

29. AİHM ayrıca yasaların yeterince ulaşılabilir olması ve kişilerin hukuka aykırı hareketlerden kaçınmasını sağlayacak düzeyde hassasiyetle formüle edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Örneğin *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye* kararında³⁷ AİHM, Türk Ceza Kanunu’nun 301’inci maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamının çok geniş ve belirsiz olduğuna, bu nedenle maddenin, kişilerin “eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını öngörme olanağı vermediğine” karar vererek AİHM’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁸ Bu kadar geniş ve belirsiz bir yasal düzenleme, işlendiği tarihte ulusal ya da uluslararası hukuk altında açıkça suç olarak düzenlenmemiş hiçbir eylem ya da ihmale ceza verilemeyeceğine ilişkin yasallık ilkesini (*nulla poena sine lege*) ihlal eder. Bu, uluslararası hukukta “herkesin eylemlerinin hukuka uygun ya da cezalandırılabilir olup olmadığını, önceden, bilmesinin mümkün olmasını” sağlayan genel bir prensiptir.³⁹

³⁴ *Handyside v. Birleşik Krallık*, Başvuru no. 5493/72, 7 Aralık 1976.

³⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık*, para. 48.

³⁶ *Handyside v. Birleşik Krallık*, para. 49.

³⁷ *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye*, Başvuru no. 27520/07, 25 Ocak 2012, para. 93-95. Bu başvuruda bay Akçam hakkında Ermenilerin 1. Dünya Savaşı sırasında sistematik olarak katlediklerine ilişkin bir yayınında “soykırım” ifadesini kullandıktan sonra Türk Ceza Kanunu’nun 301. maddesi uyarınca “Türklüğe hakaret” suçundan soruşturmaya tabii tutulmuştu ve AİHM, “Türklüğü aşağılama”ya karşı çıkartılan Türkiye yasalarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermişti.

³⁸ *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye*, para. 93.

³⁹ Permanent Court of International Justice, Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City [Advisory Opinion of 4 December 1935], page 57, available at: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_65/01 DECRETS-LOIS_DANTZIKOIS_AVIS_consultatif.pdf

III. Kamusal Tartışmalara Katılma ve Örgütlenme Hakkı Bağlamında İfade Özgürlüğü Hakkı

A. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sistemi

30. Avukatlar ve insan hakları savunucuları da dahil olmak üzere, herkesin, doğrudan ya da dolaylı olarak siyasi ve kamusal tartışmalara katılma hakkı, barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile bağlantılı temel bir haktır.⁴⁰

31. Bu bağlamda MSHS'nin 21. maddesine göre:

Barışçıl toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama konamaz.

MSHS'nin 25. maddesi, “doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma hakkının ve imkanının” (...) makul olmayan sınırlamalara tabi tutulamayacağını güvence altına almaktadır.

32. MSHS'nin 25. maddesiyle ilgili 25 Numaralı Genel Yorumda İnsan Hakları Komitesi,

MSHS'nin 25. maddesi ile korunan hakların gerçekleştirilmesini güvence altına almak amacıyla, vatandaşlar, adaylar ve seçilmiş temsilciler arasında toplumsal ve siyasi konulara ilişkin bilgi ve görüşlerin özgürce tartışılabilmesi hayati önemdedir. Bunun için toplumsal konular üzerine sansür ya da baskı olmaksızın yorum yapabilecek ve kamuoyunu bilgilendirebilecek özgür basın ve medya gerekmektedir. Bu, bireysel olarak ya da siyasi partiler ve diğer örgütler aracılığıyla siyasi faaliyetlerde bulunma, kamusal tartışmaya grime özgürlüğü, barışçıl gösteri ve toplantılar düzenleme, eleştirme ve muhalefet etme, siyasi açıklama yayınlama, seçimler için kampanya yürütme ve siyasi düşünceleri tanıtmaya (eklenen vurgu) da dahil, MSHS'nin 19., 21. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan hakların korunması ve gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.⁴¹

Benzer şekilde, MSHS'nin 19. maddesiyle ilgili 34 Numaralı Genel Yorum'da İnsan Hakları Komitesi de “toplumsal ve siyasi konular hakkındaki bilgi ve fikirlerin vatandaşlar, adaylar ve seçilmiş temsilciler arasında özgürce iletilmesinin esas” olduğunu belirtmiştir.⁴²

B. Avrupa İnsan Hakları Sistemi

33. Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri özgürlüğü hakkı (aşağıdaki paragrafları) içermektedir:

11. (1) Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

(2) Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç

⁴⁰ İnsan Hakları Komitesi, *CCPR Genel Yorum No. 25 Madde 25 (Kamusal Tartışmalara Katılım ve Oy Kullanma Hakkı)*, 12 Temmuz 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, para. 26.

⁴¹ İnsan Hakları Komitesi, *CCPR Genel Yorum No. 25 Madde 25 (Kamusal Tartışmalara Katılım ve Oy Kullanma Hakkı)*, 12 Temmuz 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, para. 26.

⁴² HR Committee, *CCPR General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression*, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, [footnotes omitted], para. 20.

işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

34. Kamusal tartışmalara katılma hakkı AİHM tarafından ifade özgürlüğü referans verilerek tanınmıştır. Mahkeme, kamu yararı içeren siyasi tartışma ya da söyleme getirilen herhangi bir sınırlandırmanın daha dar olduğuna karar vermiştir.⁴³ Mahkeme, “siyasal tartışma özgürlüğünün, Sözleşme’nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer aldığını” gözlemiştir.⁴⁴ AİHM’nin kararlarına göre, kamusal ihtilaf ya da kamu yararı olan ya da hükümetin eleştirildiği durumlarda sert kelimeler ve acımasız eleştiriler AİHM tarafından daha geniş bir derecede korunmaktadır.⁴⁵ Bu bağlamda AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamında, politik konuşma ya da tartışma - ki burada ifade özgürlüğü son derece önemlidir – ya da halkı ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına pek az yer vardır.⁴⁶

35.Örneğin *Arslan v. Türkiye* davasında⁴⁷ AİHM:

İzin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır.⁴⁸

36.*Incal v. Türkiye* kararında AİHM, “hükümetin sahip olduğu egemen konumun, özellikle haksız saldırılar ve düşmanlarının eleştirilerine cevap verilmesine ilişkin başka araçların bulunduğu durumlarda, cezai işlemlere başvurulması konusunda bir sınırlamanın uygulanmasını zorunlu kıldığını” eklemiştir.⁴⁹

IV. Devletlerin Avukatların ve İnsan Hakları Savunucularının Çalışmalarına Saygı Duyma ve Güvence Altına Alma Yükümlülükleri

37.BM Avukatların Rolüne Dair Temel İlkeler (Temel İlkeler)⁵⁰ BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların İslahı Sekizinci Kongresi’nin yapıldığı Havana, Küba’da 7 Eylül 1990 tarihinde oybirliği ile benimsenmiştir. Daha sonra, BM Genel Kurulunun, 18 Aralık 1990 tarihinde bütün katılımcıların oluru ile aldığı, Hükümetleri bu ilkelere saygılı olmaya ve iç hukuk düzenlemelerinde ve uygulamalarında dikkate almaya davet eden “Adaletin sağlanmasında insan hakları” konulu 45/166 numaralı kararında bu prensiplerin memnuniyetle karşılandığı belirtilmiştir.

38.Temel İlkelerin önsözüne göre ilkelerin amacı BM Üye Devletlerinin “insan haklarının

⁴³ *Stankov ve İinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü v. Bulgaristan*, başvuru no. 29221/95 ve 29225/95, 2 Ocak 2002, para. 88.

⁴⁴ *Lingens v. Avusturya*, Başvuru no. 9815/82, 8 Temmuz 1986, para. 42.

⁴⁵ *Bakınız, Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda*, Başvuru. no. 13778/88, 25 Haziran 1992; *Jersild v. Danimarka*, Başvuru no. 15890/89, 23 Eylül 1994.

⁴⁶ AİHM, *Otegi Mondragon v. İspanya*, Başvuru no. 2034/07, 15 Mart 2011, para. 50.

⁴⁷ *Arslan v. Türkiye*, Başvuru no. 23462/94, 8 Temmuz 1999.

⁴⁸ *Arslan v. Türkiye*, para. 46.

⁴⁹ *Incal v. Türkiye*, Başvuru no. 41/1997 ve 825/1031, 9 Haziran 1998, para. 57; *Castells v. İspanya*, Başvuru no. 11798/85, 23 Nisan 1992, para. 46.

⁵⁰ Available at: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>

desteklemesi ve avukatların meşru rolüne saygı duyulmasının sağlanması görevlerini yerine getirirken” desteklenmesidir. Temel İlkeler, Devletlerce hukuki temsil hakkının, avukatların bağımsızlığı ve güvenliğinin sağlanması ve Devlet makamlarından ve diğer otoritelerden gelen müdahalelerden korunması sureti ile garanti altına alınması için gerekliliği geniş kabul gören belirli ön koşullar tanımlamaktadır. Temel İlkelere uyulması, Devletin yükümlülük alanı içerisindeki insan haklarını koruma ve saygı ile adalete eşit erişim – ve hukuk tarafından korunma- yükümlülüğünün yerine getirilmesi için esastır.

39. Bu kapsamda 16. Temel İlke şöyledir:

Hükümetler avukatların; (a) Hiçbir baskı, engelleme, taciz veya yolsuz bir müdahaleyle karşılaşmadan her türlü mesleki faaliyeti yerine getirmelerini; (b) Yurt içinde ve yurt dışında serbestçe seyahat etme ve müvekkilleriyle görüşebilmelerini; (c) Kabul görmüş meslek ahlak kurallarına, görev ve standartlarına uygun faaliyette buldukları için herhangi bir kovuşturmayla veya idari, ekonomik veya başka bir yaptırıma uğratılmak sureti ile sıkıntı çekmemelerini veya tehditle karşılaşmamalarını sağlar.

40. Avukatlara yöneltilmiş çoğu engelleme ve tehdidin mesleki bağımsızlığın tanınmamasından ve avukatın müvekkili ile tanımlanmasından kaynaklı olduğunu ortaya koyan 18. Temel İlkeye göre “Avukatlar görevlerini icra etmeleri nedeniyle müvekkilleriyle veya müvekkillerinin davalarıyla özdeşleştirilemezler.”

41. BM *Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hak ve Sorumlulukları Üzerine Bildirge*⁵¹ 1999’da Genel Kurul tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir. 9. maddeye göre “İnsan hakları ve temel özgürlüklerin kullanılmasında, bu bildirmede amaçlanan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi dahil olmak üzere, bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte herkesin, [...] c) İnsan hakları ve temel özgürlüklerin savunulması için nitelikli ve profesyonel hukuksal yardım veya uygun olan diğer tavsiye ve yardımları verme ve sağlama hakkı vardır.”

42. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri, insan hakları savunucusu statüsünün kişinin yeterliliklerine göre değil, çalışmalarına göre değerlendirildiğini ifade etmektedir. İnsan haklarının geliştirilmesi için çalışan herhangi bir kişi veya grup insan hakları savunucusu olabilir.⁵² Benzer görüşler Avrupa Birliği Konseyi,⁵³ Avrupa Birliği Parlamenterler Meclisi,

⁵¹ BM Genel Kurulu, *Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hak ve Sorumlulukları Üzerine Bildirge*: Genel Kurul tarafından kabul edilen karar, 8 Mart 1999, A/RES/53/144, <http://www.refworld.org/docid/3b00f54c14.html>.

UN General Assembly, *Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms: resolution / adopted by the General Assembly*, 8 March 1999, A/RES/53/144, <http://www.refworld.org/docid/3b00f54c14.html>.

⁵² Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Human Rights Defenders: Protecting the Right to Defend Human Rights, Fact Sheet No. 29*, UN publications, Geneva, 2004, page 8, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet29sp.pdf>; Special Rapporteur on the Situation of the Human Rights Defenders, “Who is a Defender”, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/SRHRDefenders/Pages/Defender.aspx>.

⁵³ The European Union Guidelines on Human Rights Defenders have defined the term human rights defenders as “persons, groups and institutions of society that promote and protect universally recognized human rights and fundamental freedoms.” See *Council of the European Union. European Union Guidelines on Human Rights Defenders*, December 8, 2008, para. 3, <http://www.councilofeuropa.eu/uedocs/cmsUpload/16332-re02.es08.pdf>.

⁵⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (AAİHK) ⁵⁵ ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM) ⁵⁶ tarafından dile getirilmektedir.

43. Avukatlar, mesleklerini yerine getirirken, temel insan hak ve özgürlüklerini savunmak için hukuki yardım sağlarken, insan hakları savunucusudur. BM İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesinin 12(2) maddesi, Devletin (insan hakları) savunucularını, her türlü tehdit ve misillemeden koruma yükümlülüklerini düzenlemektedir:

Devlet, bu Bildirgede atıfta bulunulan meşru haklarını kullandıkları için bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte hareket eden tüm kişilerin her türlü şiddet, tehdit, misilleme, fiili veya hukuksal ayrımcılık, baskı veya diğer keyfi harekete karşı yetkili otoritelerce korunması için gerekli tüm önlemleri almalıdır.

44. 17 Aralık 2015'te, Türkiye, BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen A/RES/70/161 karar numaralı *Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesinde Toplumsal Kuruluşların (Organların), Grupların ve Bireylerin Hak ve Sorumlulukları Üzerine Bildirge* lehine oy kullanmıştır.⁵⁷ Karar, İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesini (1999) teyit etmekte ve "milli güvenlik ve terörle mücadele mevzuatlarının... bazı durumlarda, uluslar arası hukuka aykırı bir saikle, insan hakları savunucularını hedef almak veya çalışmalarını engellemek, güvenliklerini tehlikeye atmak amacıyla suiistimal edilmesinden" duyulan ciddi endişeyi dile getirmektedir. Karar ayrıca "Devletlerinde cezai ve hukuki prosedürlerin suiistimali yolu ile düşünce, ifade, örgütlenme, barışçıl gösteri özgürlüklerine yönelik sınırlamalar dahil olmak üzere insan hakları savunucularına yönelen tehdit, taciz ve saldırılar ve tehlikede hissetme halinden..." (önsöz, vurgu eklenmiştir) duyulan endişeye değinmektedir. 2. paragrafta karar, Devletleri "düşünce, ifade, barışçıl gösteri ve örgütlenme özgürlüklerini kullanan insan hakları savunucularının insan haklarının korunması ve sağlanması için esas olan (iş bu) haklarının korunduğundan ve güvenliklerinin sağlandığından emin olmak için gerekli her türlü önlemi alma"ya davet etmektedir.

10. paragraf ile bütün Devletler şuna teşvik edilmektedir:

(İ)nsan haklarının farkına varılması için güvenli ve mümkün kılıcı bir ortam meydana getirmek ve bunu korumak ve özellikle (a) İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinin suç haline getirilmediğinden veya Devletin uluslar arası insan hakları hukukundan kaynaklı yükümlülüklerine ve sözlerine aykırı sınırlamalara tabi tutulmadığından emin olmak.

⁵⁴ The Parliamentary Assembly of the Council of Europe has stated that "Human Rights Defenders are all those persons who, individually or jointly, act to promote or protect human rights. Their activities in this field define them as human rights defenders." See *Parliamentary Assembly of the Council of Europe, The situation of human rights defenders in Council of Europe Member States*, Resolution 1660, April 28, 2009, point 2, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17727&lang=en>.

⁵⁵ Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), *Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas*. OAS/Ser.L/V/II.124 Doc. 5 rev. 1 March 7, 2006, para. 13, <http://www.IACHR.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm#UNIDAD>, and Second Report on the Situation Human Rights Defenders in the Americas, OAS/Ser.L/V/II. Doc.66, para. 12, <http://www.oas.org/es/IACHR/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>.

⁵⁶ Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), *Case of Human Rights Defender et al. v. Guatemala*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 28, 2014. Series C No. 283, para. 129; Cf. *Case of Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil*. Preliminary Objections and Merits. Judgment of November 28, 2006. Series C No. 161, para. 77, and *Case of Luna López v. Honduras*, para. 123.

⁵⁷ UN General Assembly, A/RES/70/161, 17 December 2015, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/161

45.Devletin, insan hakları savunucularını ve faaliyetlerini korumak yükümlülüğü, dünyanın farklı yargı çevrelerinde de bir yükümlülük olarak tanındığını gösterir şekilde, AAİHM tarafından da tanınmıştır. AAİHM'ye göre insan hakları savunucularının çalışmaları “demokrasinin ve hukuk devletinin güçlenmesi için esastır.”⁵⁸ Mahkemeye göre:

İnsan hakları savunması ancak bunun parçası olan insanların hiçbir tehdit veya herhangi bir fiziksel, psikolojik veya manevi saldırı veya diğer türde taciz ile karşılaşmamaları halinde özgürce yerine getirilebilir. Bu nedenle, yalnızca yasal ve şekli koşulları yaratmak değil, bunun yanında insan hakları savunucularının çalışmalarını özgürce yürütebilecekleri fiili şartların sağlandığından emin olmak Devletin yükümlülüğüdür. Ek olarak, Devlet insan hakları savunucusu olan veya kamusal işlev yürüten kişilere tehdit veya riskli durum ile karşı karşıya kaldıklarında veya insan hakları ihlalleri raporladıklarında çalışmalarını özgürce yürütebilmek için gerekli araçları sağlamalı; tehdit aldıklarında hayatlarına veya bütünlüklerine yönelik saldırıları durdurmalı; devlet görevlileri veya özel kişilerden gelen ihlallerin ortadan kaldırılması için koşullar yaratmalı; çalışmalarını engellemekten kaçınmalı ve onlara yönelmiş hak ihlallerini etkili ve eksiksiz bir biçimde soruşturmalı ve cezasızlığa karşı mücadele etmelidir.⁵⁹

V. Avukatların ve İnsan Hakları Savunucularının İfade Özgürlüğü Hakkı⁶⁰

46.Avukatları ve insan hakları savunucularını mesleki görevlerini yapmalarından alıkoyan engeller sıklıkla ifade, örgütlenme veya toplantı yapma özgürlüğü haklarına yönelik kısıtlamalar şeklindedir. Bu olgu bakımından, 23. *Temel İlke* özellikle avukatların ifade ve örgütlenme özgürlüğü hakkına atıfta bulunur ve şunu tesis eder:

[a]vukatlar, diğer yurttaşlar gibi ifade, inanç, örgütlenme ve toplantı yapma özgürlüğü hakkına sahiptir. Özellikle, hukuk, adaletin uygulanması ve insan haklarının artırılması ve korunması ile ilgili konular hakkında genel görüşmelerde yer alma ve yerel, ulusal veya uluslararası organizasyonlara katılma veya bunları oluşturma ve yasal olan davranışları ya da yasal bir organizasyona üyelik nedeniyle mesleki kısıtlamalar yaşamaksızın bunların toplantılarına katılma haklarına sahip olacaklardır. Bu hakların kullanılmasında, avukatlar daima kanun ve hukuk mesleğine ait bilinen standartlar ve etik ilkeler doğrultusunda hareket edeceklerdir.

47.Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(2000)21 sayılı Tavsiye I.3 ilkesine göre:

⁵⁸ IACtHR, *Case of Human Rights Defender et al. v. Guatemala*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 28, 2014. Series C No. 283, para. 28; *Case of Valle Jaramillo et al. v. Colombia*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 27, 2008. Series C. 192, para. 87, and *Case of Castillo González, Merits*. Judgment of November 27, 2012. Series C No. 256, para. 124.

⁵⁹ IACtHR, *Case of Human Rights Defender et al. v. Guatemala*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 28, 2014. Series C No. 283, para. 142; See also, Resolutions 1818/01 of May 17, 2001 and 1842/02 of the General Assembly of the Organization of American States, Human Rights Defenders in the Americas: Support for the Work of Individuals, Groups and Civil Society Organizations for the Promotion and Protection of Human Rights in the Americas, of June 4, 2002 which resolved “[t]o urge Member States to step up their efforts to adopt the necessary measures, in keeping with their domestic law and with internationally accepted principles and standards, to safeguard the lives, personal safety and freedom of expression of human rights defenders.”

⁶⁰Bu bölüm aşağıdan alıntı yapılarak gelecekte yayınlanacak olan bir yayın için M. Brillman ve R. Taveri tarafından yürütülen araştırmaya dayalı olarak hazırlanmıştır: İngiltere ve Galler Hukuk Derneği “Uluslararası İnsan Hakları Kanunu kapsamında Hukuk Mesleğinin Bağımsızlığı” (yakında).

[a]vukatlar inanç, ifade, hareket, örgütlenme ve toplantı yapma özgürlüğünü kullanmalı ve özellikle, hukuk ve adaletin uygulanması ile ilgili genel görüşmelere katılma ve yasama reformlarını önerme hakkına sahip olmalıdır.⁶¹

Bu ilke, Bakanlar Komitesinin aşağıdakini belirttiği bir önsöz ile Tavsiyeden önce yer almaktadır:

[c]herhangi bir yönden veya herhangi bir nedenle, doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir uygunsuz kısıtlama, etki, teşvik, baskı, tehdit veya müdahale olmaksızın kendi mesleki görevlerinin yerine getirilmesinde avukatların bağımsızlığını garanti eden, adaletin uygulanması ile ilgili adil bir sisteme dair ihtiyacın bilincindedir.

48. Benzer biçimde, BM *İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesinin* 5. maddesine göre:

[i]nsan haklarını ve temel özgürlükleri geliştirmek ve korumak amacıyla herkes, bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte, ulusal ve uluslararası düzeyde:

(a) Barışçıl biçimde bir araya gelmek veya toplantı yapma;

(b) Hükümet dışı kuruluşlar, dernekler veya gruplar kurmak, bunlara üye olarak girmek ve katılma hakkına sahiptir;

49.6. maddede, *İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi* şunu temin eder:

Herkesin, bireysel olarak ve başkalarıyla birlikte:

[...] (b) İnsan haklarına ilişkin belgeler ile uygulanabilir uluslararası diğer belgelere uygun olarak tüm insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin düşünceleri, haberleri ve bilgileri yayınlamak, başkalarına iletmek veya özgürce yaymak;

(c) İnsan haklarına ve temel özgürlüklere hem hukuksal olarak hem de pratikte uyulması yönünde inceleme, araştırma, saptama, değerlendirme, bu yollar ve diğer uygun yollar aracılığıyla kamunun dikkatini bu sorun üzerine çekme hakkı vardır.

50. *İnsan Hakları Savunucuları Bildirgesi* 3(a) maddesinde, insanların aşağıdaki haklarını güvence altına alır:

[İ]nsan haklarının ve temel özgürlüklerin ihlali konusunda, şikâyet üzerine makul sürede karar vermesi gereken, ulusal olarak yetkili kılınan adli, idari veya yasama otoritelerine veya Devletin hukuksal sistemine uygun olarak kurulan yetkili tüm diğer otoritelere dilekçe veya diğer uygun yöntemlerle başvurarak devlet görevlileri ve organlarının politika ve eylemlerini şikâyet etme.

51. BM İnsan Hakları Komitesi, *Kivenmaa/Finlandiya* davasında insan hakları savunucularının kendi ifade özgürlüğü haklarının uygulanması bakımından, MSHS 19. maddede belirtilen şekilde, bir insan hakları savunucusunun bir toplantı esnasında ziyaretçi bir Devlet başkanının insan hakları geçmişine eleştiride bulunan broşürlerin dağıtılması ve bir afişin kullanılması ile ilgili olarak “insan hakları sorusu konusunda açık bir biçimde görüşleri dâhil olmak üzere bir bireyin siyasi görüşlerini ifade etme hakkının, Sözleşmenin 19. maddesi ile garanti edilen ifade özgürlüğünün parçasını teşkil ettiğini” dile getirmiştir.⁶²

⁶¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye devletlere yönelik avukatlık mesleğini uygulama özgürlüğü konulu Bakanlar Komitesi'nin R(2000)21 sayılı Tavsiyesi, 25 Ekim 2000.

⁶² İH Komitesi, *Kivenmaa ve Finlandiya*, Bildiri No. 412/1990, BM Belg. CCPR/C/50/D/412/1990, 9 Haziran 1994, Sayfa 15 / 27

52. Benzer biçimde, AİHM, pek çok davada avukatların bir müvekkili temsil ettiklerinde ayrıca gerçek kişiler olarak mesleki kapasitelerinde kamusal işlere/tartışmalara katılabilmeleri ve ifade özgürlüğü haklarına saygı duyulması gerektiği ve buldukları Devletlerin yargılama yetkisi altında bunların garanti edilmesi kararını vermiştir.

53. Örneğin, avukatların müvekkillerini temsil ederken ifade özgürlüğü hakkı bakımından, AİHM, bu hakkın *Steur/Hollanda* davada ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu dava, bir avukat tarafından mesleki kapasitesi ve adli işlemler esnasında verdiği bir ifadeyi içermiştir. Bu ifade, kendisine karşı bir disiplin şikâyetine yol açmıştır ki bu da ilgili mesleki disiplin organı tarafından yerinde bulunmuştur. Avukat, bu disiplin organı tarafından ihtar edilmiş, ancak kendisine karşı hiçbir yaptırım uygulanmamıştır. Buna rağmen, AİHM avukatın sansürlendiğini;

Diğer bir deyişle, resmi olarak hatalı biçimde yürürlükteki mesleki standartları ihlal etmiş olduğunu değerlendirerek avukatın ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu durum, başvuru sahibinin gelecekteki davalarda müvekkillerini savunurken, gerçeğe dayalı ve yasal argümanları seçerken kendisini kısıtlamasına yol açabileceğinden, başvuru sahibinde olumsuz bir etki yaratabilir. Bu nedenle, başvuru sahibinin, ifade özgürlüğü konusunda bir “formaliteye” veya bir “kısıtlamaya” tabi tutulduğunu değerlendirmek makuldür.⁶³

AİHM şunu da eklemiştir:

[b]aşvuru sahibine hiçbir yaptırımın uygulanmadığı gerçektir, ancak, durum böyle olsa bile müvekkilinden kanıt elde edilme biçiminin eleştirisine dair bir *ex post facto* incelemenin, bir avukat olarak müvekkillerinin çıkarlarını koruma görevi ile uzlaşması zordur ve mesleğinin icra edilmesine bir “caydırıcı etki” (chilling effect) yaratabilir.⁶⁴

54. AİHM, avukatlara uygulanan yaptırımların bu “caydırıcı etkinin” ve mesleklerinin icrasına ilişkin sonuçları aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

[m]ahkemeler nezdinde yasal işlemler esnasında savunmalar, usul dilekçeleri vb.’nin seçiminde kendilerini kısıtlı hissedebilir ve muhtemelen müvekkillerinin davalarına potansiyel olarak zarar verebilirler. Kamunun adaletin uygulanmasına olan güvenini kazanmak için, etkin temsilin sağlanması amacıyla hukuk mesleğinin yeteneğine güven duymaları gerekir.⁶⁵

55. Bu bağlamda, AİHM bir avukatın ifade özgürlüğü hakkının izin verilemez bir şekilde kısıtlanmasının sadece avukat bakımından AİHS'nin 10. maddesinin ihlaline değil, ayrıca, müvekkili bakımından da AİHS'nin 6. maddesinin ihlaline yol açabileceğini öngörmüştür:

[b]ir savunma avukatına bir hapis cezasının uygulanmasının, sadece 10. madde kapsamında avukatın haklarına değil, ayrıca Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında müvekkilin adil yargılanma haklarına da yansımaları olabilir. Bunu, “caydırıcı etkinin” adaletin etkin bir şekilde uygulanması bağlamında mahkemeler ve avukatlar arasında uygun dengenin kurulmasında değerlendirilecek önemli bir faktör olduğu ifadesi izler.⁶⁶

para. 9.3.

⁶³ AİHM, *Steur ve Hollanda* davası, Başvuru No. 39657/98, 28 Ekim 2003, para. 29.

⁶⁴ *Ibid*, para. 44; *Nikula ve Finlandiya* davası, Başvuru No. 31611/96, 21 Mart 2002, para. 54; AİHM, *Kyprianou ve Kıbrıs* davası, Başvuru No. 73797/01, 15 Aralık 2005, para. 85.

⁶⁵ AİHM, *Kyprianou ve Kıbrıs* davası, Başvuru no. 73797/01, 15 Aralık 2005, para. 175.

⁶⁶ AİHM, *Kyprianou ve Kıbrıs* davası, Başvuru no. 73797/01, 15 Aralık 2005, para. 175; AİHM, *Steur ve Hollanda*,

56. AİHM, avukatlara yaptırımların uygulanmasını, “avukatların özel durumu” veya “Baro üyelerinin yaptığı mesleğin özel niteliği” nedeniyle adaletin uygulanmasını potansiyel olarak olumsuz biçimde etkilediğini düşünmektedir ki AİHM bunu şu şekilde açıklamaktadır,:

[m]ahkeme yetkilileri kapasitesiyle saygılı, dürüst ve itibarlı olması gereken davranışlarında kısıtlamalara tabidirler; ancak yargılama yetkisi alanlarından birbirinden farklılık gösterebilecek özel haklar ve ayrıcalıklardan da yararlanırlar – bunlar arasında, sıklıkla, mahkemede kullanılan argümanlara ilişkin belirli bir özgürlük bulunur.⁶⁷

57. Buna istinaden, AİHM, bir avukatın ifade özgürlüğü hakkına uygulanan herhangi bir kısıtlama ve özellikle cezai yaptırım şeklini alan kısıtlamalar bağlamında, bir kısıtlamaya muhtemelen izin verilebileceği istisnai koşulları tesis etmiştir:

[m]adde 10, sadece ifade edilen fikirlerin ve bilginin özünü değil ayrıca iletdikleri şekli de korur. Avukatlar da kesin olarak adaletin tesis edilmesi konusunda alenen yorumda bulunma hakkına sahipken, eleştirileri belirli sınırları aşmamalıdır. Üstelik mahkemede bir avukatın ifade özgürlüğü sınırsız değildir ve yargı erki gibi belirli çıkarlar, bu hakkın kısıtlamalarını gerekçelendirmek için yeterince önemlidir. Buna rağmen, hüküm verme prensipte ulusal mahkemelerin konusu olsa bile, Mahkeme, savunma avukatının ifade özgürlüğüne dair kısıtlamanın – yalnızca hoşgörülü bir ceza yaptırımı yoluyla – demokratik bir toplumda gereken şekilde sadece olağanüstü koşullarda kabul edilebileceği mealde içtihadına atıfta bulunur.⁶⁸

58. Diğer durumlarda, AİHM, bu tür bir hakkı kullandıkları anda müvekkillerini yasal olarak temsil etmeyen avukatların ifade özgürlüğü hakkına uygulanan kısıtlamalar konusunda karar vermiştir. Örneğin, mesleği avukatlık olan kişiler siyasi aktivitelere girdiklerinde veya kamu işlerine katıldıklarında. Bir avukat ve siyasi parti üyesi olan başvuru sahibinin yerel makamlar hakkında eleştiride bulunduğu broşürleri yurttaşlar arasında “şiddet, düşmanlık ve nefretin kullanımını teşvik etmeksizin” dağıtmasına ilişkin *Incal ve Türkiye arasındaki* davada, AİHM, başvuru sahibinin “Türkiye’de terörizm sorunlarından herhangi bir şekilde sorumlu olduğunun” çıkarılamayacağı kararını vermiştir.⁶⁹

59. Avukatların ifade özgürlüğü hakkı diğer yargılama yetkisi alanlarında da tanınmıştır. Örneğin, Afrika İnsan ve Toplum Hakları Komisyonu (AİTHK) bir avukatın insan hakları konusunda genel bir konuşma yapmak üzere davet edildiği, ancak Devlet makamlarınca (görünürde ulusal güvenliğe yönelik algılanan bir tehdit temelinde) seyahatinin yasaklandığı, tehdit edildiği ve tutuklandığı bir davada şunu tespit etmiştir:

[b]u tür [ülkesinde insan haklarının geliştirilmesine yönelik] eylemler ve ifadeler insan haklarının en önemli uygulamaları arasındadır ve bu itibarla Devletin bu hakları anlamsız nedenlerden dolayı ve bu temel insan haklarının uygulamasına müdahale edilmesinin orantısız olacağı şekilde askıya almasına izin vermeyen önemli bir korumanın sağlanması gerekir.⁷⁰

Başvuru No. 39657/98, 28 Ekim 2003, para. 37; AİHM, *Nikula ve Finlandiya*, Başvuru No. 31611/96, 21 Mart 2002, para. 26.

⁶⁷ AİHM, *Steur ve Hollanda* davası, Başvuru No. 39657/98, 28 Ekim 2003, para. 38; AİHM, *Nikula ve Finlandiya*, Başvuru No. 31611/96, 21 Mart 2002, para. 22.

⁶⁸ AİHM, *Kyprianou ve Kıbrıs* davası, Başvuru no. 73797/01, 15 Aralık 2005, para. 174.

⁶⁹ AİHM, *Incal ve Türkiye* davası, 41/1997/825/1031, 9 Haziran 1998, para. 50, 52.

⁷⁰ Afrika İnsan ve Toplum Hakları Komisyonu (ACHPR), *Ghazi Suleiman Hukuk Ofisleri ve Sudan* davası, Bildiri No. 228/99, 29 Mayıs 2003, para. 62.

60. Aynı davada, AİTHK, Devlet makamlarının eylemlerinde orantılılığının bulunmadığını şu kanıta dayanarak tespit etmiştir:

hükümet [mağdura] her bir durumda insan haklarına ilişkin desteğini ifade etmek için alternatif bir yol sunmamıştır. Bunun yerine, davalı Devlet, tehditlerde bulunarak veya duruşmasız yargılamadan sonra ceza vererek, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin eylemlerinin değerini değerlendirmeksizin [mağdurun] insan haklarını kullanmasını yasaklamıştır.⁷¹

61. AİTHK, Devletin orantılılık ilkesini karşılamadığını değerlendirmiş ve gereklilik testlerinin ayrıca “[mağdurun] barışçıl eylem araçlarını savunduğu ve savunuculuğunun asla sivil itaatsizliğe neden olmadığı olgusu ile kanıtlanmıştır.” Avukatlara uygulanan yaptırımların sebep olduğu olası “caydırıcı etkiye” ilişkin AİHM ifadelerine benzer olarak, AİTHK, Devlet makamlarının gerçekleştirdiği eylemlerin “Sudan'da insan haklarının geliştirilmesine ve korunmasına katkıda bulunabilecek diğerleri üzerinde “ciddi biçimde cesaret kırıcı etkiye” sahip olduğunu gözlemlemiştir.⁷²

62. İnsan hakları savunucularının insan hakları çalışmaları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin savcılığı ile iddia edilen bağlantıları nedeniyle başka bir dava olan *Monim Elgak, Osman Hummeida ve Amir Suliman/Sudan* davasında, AİTHK, iddia edilen bağlantıların Devlet makamları tarafından ifade özgürlüğü haklarının kısıtlanmasına ilişkin “tek neden” olduğunu tespit etmiştir. Bu tür bağlantıların, mevcut olsalar bile, “diğerlerinin yaşamlarını, ulusal güvenliği, ahlakı, ortak çıkarı tehlikeye attığının veya diğer meşru önyargıya neden olduğunun” ortaya konmaması nedeniyle, AİTHK, insan hakları savunucularının ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir ihlal olduğunu tespit etmiştir.⁷³

VI. Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Keyfi Tutuklama ve Gözaltı Dokunulmazlığı

A. “Keyfilik” ve “Makul Şüphe”

63. İH Komitesi, kişinin güvenliğini sağlama yükümlülüğünün, gözaltına alınmamış bireyleri yetkili kişiler tarafından yapılan tehditlere karşı koruma yükümlülüğünü içerdiğini belirtmiştir.⁷⁴ Bu, Devlet makamları tarafından olumlu biçimde görülmeyen müvekkilleri temsil eden avukatlara karşı tehditlerle ilgili olduğunda önemli bir tespittir.

64. Türkiye'deki tüm insanlar, uluslararası olarak korunan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Bu hak, keyfi tutuklama ve gözaltı dokunulmazlığı hakkını da içerir. Uluslararası insan hakları hukuku kapsamında yasal olması için, tutuklamalar ve gözaltılar, ayrımcılık yapmama ilkesi dâhil olmak üzere yerel ve uluslararası hukukunun hem resmi hem de maddi kuralları doğrultusunda yürütülmeli ve keyfi olmamalıdır.

65. “Keyfi” gözaltına yönelik yasaklama, bir kişinin yasal olarak gözaltına alınabileceği şartlar ve prosedürlerin yerel mevzuatta saygın bir yere sahip olmasını ve göz altıların bu tür

⁷¹ *Ibid*, para. 63.

⁷² *Ibid*, para. 65.

⁷³ ACHPR, *Monim Elgak, Osman Hummeida ve Amir Suliman ve Sudan* davası, Bildiri No. 379/09, 14 Mart 2014, para. 115.

⁷⁴ İH Komitesi, Bildiri No. 449/1991, *Barbarin Mojica ve Dominik Cumhuriyeti* davası, para. 5.4; Bildiri No. 314/1988, *Bwalya ve Zambiya* davası, para. 6.4.

kanunlar doğrultusunda gerçekleşmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda, MSHS madde 9(1) şunu ifade eder:

Herkes, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak Gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

İH Komitesi pek çok davada tutuklama ve gözaltı nedenlerinin yerel mevzuatta açıkça belirtilmiş olması gerektiğini sürekli ifade etmiştir.⁷⁵

66. Benzer biçimde, AİHM; *AİHS'nin* 5(1) maddesinde açıklanan, gözaltı veya tutuklamanın “yasal” ve “kanunlar tarafından düzenlenen bir prosedüre göre olması” yönündeki gerekliliklerin, gözaltı ve tutuklamanın,

...sadece ulusal kanunların usul ve maddi kurallarıyla tam uyumlu olmakla kalmaması, aynı zamanda herhangi bir özgürlükten yoksun bırakmanın 5. madde ile tutarlı olması ve keyfi olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ek olarak, kişisel özgürlüğün önemi bakımından, yürürlükteki ulusal kanunun Sözleşme tarafından belirtilen “yasallık” standardını karşılaması esastır; bu da, tüm yazılı veya sözlü hukukun, yurttaşın – gerekirse, uygun tavsiye ile – koşullar altında makul olan ölçüye kadar belirli bir işlemin içerebileceği sonuçları öngörmesine izin verecek kadar yeterli biçimde kesin olmasını zorunlu kılar...⁷⁶

Tutuklama ve gözaltının hukuk doğrultusunda gerçekleşmesi gerektiğine dair ilke, diğer birçok belgede de tekrarlanmaktadır.⁷⁷

67. Tutuklama ve gözaltının “keyfiliği” bağlamında, İH Komitesi şunu açıklamıştır:

(MSHS) Madde 9, 1. paragrafının hazırlanma geçmişi, “keyfiliğin” “kanun hilafına” dengelenmemesi ve uygunsuzluk, adaletsizlik, tahmin edilebilirliğin olmaması ve gerekli kanun süreci unsurlarını içerecek şekilde daha geniş anlamda yorumlanmasını gerektiğini onaylar. Komitenin önceki bir durumda gözlemlemiş olması nedeniyle; bu, yasadışı tutuklama uyarınca tutuklu yargılanmanın sadece yasal olması değil tüm şartlarda makul olması gerektiği anlamına gelir. Tutuklu yargılanma ayrıca tüm şartlarda da gerekli olabilir, örneğin, kaçıışı engellemek, kanıt müdahale etme veya suçun tekrarını önlemek.⁷⁸

68. “Keyfiliğin” bir örneği tutuklamanın aşırı uzunluğudur (bu tür bir dönemin uzunluğu otomatik olarak tespit edildiğinde veya suçlamadan sonra uygulanacak potansiyel cezanın uzunluğuna dayandığında).⁷⁹ *Salim Abbassi ve Cezayir arasındaki* davada, İH Komitesi keyfiliğin nitelendirilmesinden kaçınmak amacıyla, tutukluluğun Devlet tarafının uygun gerekçelendirmeyi sağlayabileceği süreyi aşmaması gerektiğine dair içtihadını hatırlatmıştır.⁸⁰ Ayrıca, bireylerin mahkeme emri olmadan tutuklandığı ve mahkeme emri

⁷⁵ İK Komitesi, Bildiri No. 702/1996, *Clifford McLawrence ve Jamaika* davası, para. 5.5; Bildiri No. 770/1997, *Dimitry L. Gridin ve Rusya Federasyonu*, para 8.1.

⁷⁶ AİHM, *Steel and Others ve Birleşik Krallık* davası (Bşv. No.67/1997/851/1058), para. 54.

⁷⁷ Bkz. örneğin: *İlkeler Bütünü*, İlke 9, 12, 13, 36(2); *Tokyo Kuralları*, Kural 3; *Havana Kuralları*, Kural 68 ve 70; *AİHS*, Madde 5; *Avrupa Konseyi Tavsiyesi (2006)13*, para. 8(1); *Avrupa Konseyi Tavsiyesi (2008)11*, para. 3

⁷⁸ İH Komitesi, Bildiri No. 458/1991, *Albert Womah Mukong ve Cameroon* davası, para. 9.8, *diğerlerinin yanında*, in Bildiri No. 1085/2002, *Abdelhamid Taright, Ahmed Touadi, Mohamed Remli ve Amar Yousfi ve Cezayir* davasında, para. 8.3, ve Bildiri No. 1128/2002, *Rafael Marques de Morais ve Angola* davasında, para. 6.1 yeniden teyit edildi [dipnot göz ardı edildi].

⁷⁹ İH Komitesi (2006) Sonuç Gözlemleri: İtalya (CCPR/C/ITA/CO/5), para. 14.

⁸⁰ İH Komitesi, Bildiri No. 1172/2003, *Salim Abbassi ve Cezayir* davası, para. 8.4.

olmadan tutuklu bulunduğu durumların 9(1) maddesi kapsamında keyfi tutuklama ve gözaltına tabi tutulmama hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁸¹ İçtihat, tutukluluğun cezalandırıcı bir nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir.⁸²

69. AİHM bir tutuklamanın yapılabilmesi için “makul şüphenin” bulunması gerekliliğinin, keyfi tutuklama ve gözaltıya karşı temel bir koruma oluşturduğunu belirtmiştir:

“Makul bir şüphenin” bulunması, ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin edebilecek olguların veya bilginin varlığını varsayar. Ancak, “makul” olarak görülebilecek husus ilgili tüm koşullara dayanacaktır.⁸³

70. AİHM, makul şüphenin bulunmadığı davalar bağlamında, belirli münferit bir olayı açıkça ortaya koyan “uygunsuz nedenlerin, her zaman özellikle suçlayıcı bir kanıtla işaret ederek kanıtlanamayacağını” (örneğin, *Gusinskiy* davasında olduğu gibi yazılı bir belge) belirtmiştir.⁸⁴

71. Örneğin, bir insan hakları savunucusunun gözaltına alınması ve tutuklanması ile ilgili olan *Rasul Jafarov ve Azerbaycan arasındaki* davada AİHM, uygunsuz nedenlere dair kanıtın “ilgili davaya özel olguların birleştirilmesinin” izlediğini gözlemlemiştir.⁸⁵ AİHM, başvuru sahibinin davasının “tek başına değerlendirilemeyeceğini” belirtmiş ve diğer hususların yanında, ülkedeki çok sayıda insan hakları aktivistinin “tutuklandığını ve ağır hapis cezalarını içeren ciddi cezai suçlarıyla suçlanmış olduklarını dikkate almıştır.”⁸⁶

72. Dava koşullarının geneli bakımından, AİHM *Rasul Jafarov ve Azerbaycan arasındaki* davada şunu belirtmiştir:

şüphe duyulan önlemlerin fiili amacı, başvuru sahibini insan hakları alanındaki faaliyetleri nedeniyle susturmak ve cezalandırmaktır. Bu değerlendirmeler ışığında, Mahkeme başvuru sahibinin özgürlüğünün kısıtlandırılmasının onu Sözleşmenin 5 § 1 (c) maddesinde şart koşulan şekilde, bir suçu işlemiş olduğuna dair makul şüphe üzerine yetkin bir hukuki makam huzuruna çıkarma dışındaki amaçlar için uygulandığını tespit etmektedir.⁸⁷

73. Hukuk mesleği üyelerinin tutuklanması ve gözaltına alınmasına ilişkin “makul şüphe” gerekliliği bağlamında, AİHM *Elçi ve diğerleri ile Türkiye arasındaki* davada, büyük ölçekli tutuklamalar ve gözaltına almaların AİHM tarafından, avukatların adaletin uygulanmasını yerine getirme rolleri nedeniyle “özellikle kesin incelemeye” tabi olacağını belirtmiştir:

Mahkeme, adaletin uygulanmasında ve hukukun üstünlüğünün muhafaza edilmesinde hukuk mesleğinin merkezi rolüne vurgu yapmaktadır. Avukatların mesleklerini gerekçesiz bir engelleme olmadan yapabilme özgürlüğü demokratik bir toplumun temel bir bileşeni ve özellikle adil yargılamayı ve kişisel güvenlik hakkını garanti eden Sözleşme hükümlerinin etkin biçimde yürütülmesi için gerekli bir ön şarttır. Dolayısıyla, hukuk mesleğinin üyelerine işkence yapılması veya tacizde bulunulması Sözleşme sisteminin özüne darbe vurmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir şekilde, özellikle

⁸¹ İK Komitesi, Bildiri No. 90/1981, *Luyeye Magana ex-Philibert ve Zaire* davası, para. 8.

⁸² *de Morais ve Angola* davası, yukarıda belirtilen not 79, para. 6.1.

⁸³ AİHM, *Fox, Campbell ve Hartley ve İngiltere* (Bşv. no. 12244/86, 12245/86, 12383/86), para. 32.

⁸⁴ AİHM, *Rasul Jafarov ve Azerbaycan*, Başvuru no. 69981/14, 17 Mart 2016, para. 158.

⁸⁵ *Ibid*, para. 158.

⁸⁶ *Ibid*, para. 161.

⁸⁷ *Ibid*, para. 162.

avukatların toplu olarak tutuklanmaları ve gözaltına alınmaları ve avukatlarının aranması gibi bu tür eziyet iddiaları özellikle Mahkeme tarafından kesin incelemeye tâbi olacaktır.⁸⁸

B. Tutuklama ve Suçlamalara İlişkin Bilgilendirilme Hakkı

74. MSHS'nin 9(2) ve 14(3) maddeleri, Devletlerin gözaltına alma anında alınan kişileri gözaltının nedenleri hakkında bilgilendirmeleri ve onlara karşı yapılan suçlamalar ve bu suçlamaların nedenlerini anladıkları dilde ve yeterli ayrıntı ile bilgilendirmeleri; böylelikle gözaltına alınmalarının yasallığının ivedilikle karar verilmesine yönelik yasal işlemlerin başlamasına olanak sağlanması konusunda zorunlu kılındıklarını tesis etmektedir. Bu ilkeler çeşitli diğer uluslararası belgelerde tekrarlanmaktadır.⁸⁹

75. İH Komitesi, *Genel Yorum No. 32*, paragraf 31'de şunu belirtmektedir:

Paragraf 3 (a)'da belirtilen cezai bir suçla suçlanan tüm kişilerin çabucak ve anladıkları dilde ayrıntılı olarak kendilerine yapılan cezai suçlamaların niteliği ve nedeni konusunda bilgilendirilme hakkı, madde 14 tarafından sağlanan, cezai işlemlerde minimum garantilerin ilkidir. Bu garanti, gözaltında olmayan kişiler dâhil olmak üzere, cezai suçlamaları içeren tüm davalar için geçerlidir; ancak suçlamalar yöneltilmeden önce başlatılan ceza kovuşturmaları için geçerli değildir. Bir gözaltına ilişkin nedenlerin bildirim, Sözleşmenin 9. maddesi, 2. paragrafında ayrıca garanti edilir. Suçlama hakkında “derhal” bilgilendirilme hakkı, bilginin ilgili kişi yerel kanun kapsamında bir cezai suçla resmi olarak suçlanır suçlanmaz verilmesini veya aynı şekilde bireyin alenen ismen belirlenmesini zorunlu kılar... (göz ardı edilen alıntılar).⁹⁰

76. *Campbell ve Jamaika arasındaki* davada İH Komitesi, bir cezai suçlama hakkında ‘ivedilikle’ bilgilendirme gerekliliğine ilişkin en önemli nedenlerden birinin gözaltına alınan bireyin yetkin adli bir makam tarafından gözaltına alınmasının yasallığı konusunda ivedilikle bir karar verilmesini talep etmesine olanak sağlamaktır.⁹¹ “Yıkıcı faaliyetlerle varsayılan bağlantı” için bir tutuklama ve gözaltı, 9(2) maddesi dâhil olmak üzere, “ilgili mevzuat kapsamında bir cezai suç teşkil eden ‘yıkıcı faaliyetlerin’ kapsamı ve anlamı bakımından bir açıklama olmaksızın”, özellikle ifade özgürlüğü hakkının ima edildiği durumlarda MSHS'nin amaçları için yeterli değildir.⁹²

C. İvedilikle Bir Hâkim veya Adli Yetkili Huzuruna Çıkarılma ve Makul Süre İçinde Yargılanma Hakkı

77. Türkiye'de gözaltına alınan bireyler ivedilikle bir adli makamın önüne çıkarılmalıdır; böylece yetkin bir Mahkeme, ilk gözaltına alınmanın ve tutuklama söz konusu ise, bunun gerekçelendirilip gerekçelendirilmediğini tespit edebilir. Gözaltına alınan bir birey, makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahiptir. Suçlamadan önce, birey, kaçma riski, kanıt müdahale veya tekrarlama riskini taşımadığında ve tespit edilen risk(ler)i önlemek için gözaltı dışında başka hiçbir aracın bulunmadığının ortaya konmadığı durumlarda masum

⁸⁸ AIHM, *Elçi ve diğerleri ile Türkiye* davası, Başvuru no. 23145/93 ve 25091/94, 13 Kasım 2003, para. 669.

⁸⁹ Bkz. örneğin: *İlkeler Bütünü*, 10 ve 12. İlkeler; *Tokyo Kuralları*, Kural 7.1; *AIHS*, Madde 5(2).

⁹⁰ İH Komitesi, *CCPR Genel Yorum No. 32: Madde 14 (Mahkemeler ve komisyon nezdinde eşitlik ve adil yargılama hakkı)*, 23 Ağustos 2007, CCPR/C/GC/32, para. 31, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

⁹¹ İK Komitesi, Bildiri No. 248/1987, *Campbell ve Jamaika* davası, para. 6.3.

⁹² İK Komitesi, Bildiri No. 33/1978, *Carballal ve Uruguay* davası, para. 12-13.

varsayıma ve serbest bırakılma hakkına sahiptir. Tutuklamayı ve gözaltını inceleyen adli makam, yürütmeden bağımsız olmalı, ilgili kişiyi şahsen dinlemeli ve duruşma öncesi gözaltını yönlendirme veya tutuklanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olmalıdır. Mahkeme, tutuklamaya veya bir serbest bırakma talebini redde dair kararlara ilişkin gerekçelerini vermelidir. Tutuklanan/gözaltına alınanlar, bu kararlara veya şartlı serbest bırakılmayı ortadan kaldıran kararlara karşı daha yüksek bir adli veya diğer yetkin makama başvurma hakkına sahip olmalıdır.

78.MSHS'nin, 9(3) maddesi “[c]ezai bir suç ile ilgili olarak gözaltına alınan veya tutuklanan herhangi bir kişinin, ivedilikle bir hâkim veya kanunlarca yargı yetkisini kullanmayla yetkilendirilmiş herhangi bir yetkilinin huzuruna çıkarılacağını ve makul bir süre içinde yargılanma veya serbest bırakılma hakkına sahip olacağını” belirtir.⁹³ İH Komitesi, 9(3) maddenin birinci cümlesinin amacının, cezai bir suçla suçlanan bir kişinin gözaltına alma işleminin adli denetime tabi tutulması olduğunu belirtmiştir. “Bu itibarla, bunun, bir kişinin ilk gözaltına alındığında yerine getirilmemesi, bu durum düzeltilinceye kadar 9(3) maddesinin ihlalinin devamına yol açacaktır.”⁹⁴

79.MSHS kapsamında, gözaltına alınan bir kişinin ivedilikle bir adli makam önüne getirilmesi görevi, gözaltına alınan kişinin bunu talep edip etmediğine bakılmaksızın geçerlidir.⁹⁵

VII. Duruşma Bekleyen Kişinin Salıverilme Hakkı⁹⁶

80.Tutuklama, uluslararası hukukta yalnızca gerektiğinde ve son çare olarak kullanılacak bir seçenek olarak görülür. Tutuksuz yargılama karinesi, masumiyet karinesine ve kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına dayanır ve herkes için eşit biçimde sağlanmalıdır. Tutukluluğa uluslararası hukukta yalnızca belirli sınırlı koşullar altında izin verilir.

81.Türkiye'de keyfi tutuklama ve gözaltının yanı sıra tutuklamaya uygulanabilir ilgili uluslararası belgeler şunları içerir: *Evensel İnsan Hakları Beyannamesi*, *MSHS*, *Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesine ek Seçimlik Protokol*,⁹⁷ *Her Türlü Irkçı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması konulu Uluslararası Sözleşme (CERD)*,⁹⁸ *Kadınlara karşı Her Türlü*

⁹³ Benzer hükümler için, ayrıca bkz: *İlkeler Bütünü*, İlke 11, 37, 38; *Tokyo Kuralları*, Kural 6.3; *Pekin Kuralları*, Kural 7.1; *Havana Kuralları*, Kural 70; *AIHS*, Madde 5(3); *Avrupa Konseyi, Tavsiye (2006)13*, para. 14-16 ve 18.

⁹⁴ İH Komitesi, Bildiri No. 521/1992, *Vladimir Kulomin ve Macaristan davası*, para. 11.3.

⁹⁵ İK Komitesi, Sonuç Gözlemleri: Kore Cumhuriyeti, CCPR/C/79/Add.114, 1 Kasım 1999, para. 13. Benzer biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, incelemenin otomatik olması gerektiğine ve gözaltına alınan kişinin başvurusuna bağlı olamayacağına karar vermiştir: *AIHM, McKay ve İngiltere davası* (Bşv. No. 543/03), para. 34.

⁹⁶ Bu bölüm (izinle) büyük oranda LRWC adına Lois Leslie, B.Soc.Sc. (Onur Derecesi) LL.B, LL.M tarafından hazırlanan 14 Ağustos 2012 tarihli “Türkiye’de Avukatların Tutuklanması ve Gözaltına Alınması: Uluslararası Hukuk nezdinde Duruşma Öncesi Salıverilme Hakkı” raporuna dayanır ve buradan alıntılar içerir. Bu bölümün hazırlanmasında danışılan kullanışlı kaynaklar şunları içerir: BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ile birlikte Uluslararası Barolar Birliği (2003), *Adaletin Uygulanmasında İnsan Hakları: Hakimler, Savcılar ve Avukatlar için İnsan Hakları Kılavuzu* (BM), özellikle, Bölüm 5, “İnsan Hakları ve Tutuklama, Duruşma Öncesi Gözaltı ve İdari Gözaltı”; BM İnsan Hakları Merkezi (1994) Profesyonel Eğitim Dizileri No.3: *İnsan Hakları ve Duruşma öncesi Gözaltı – Duruşma Öncesi Gözaltı ile ilgili Uluslararası Standartlar El Kitabı* (BM) ve Amerikan Baro Birliği Hukukun Egemenliği Girişimi, *Duruşma Öncesi Gözaltı Prosedürü konulu Uluslararası Standartlar El Kitabı* (2010).

⁹⁷ *Kişisel ve Siyasi Haklar konulu Uluslararası Sözleşmeye yönelik Opsiyonel Protokol*, kabul tarihi 16 Aralık 1966, 999 U.N.T.S. 171, yürürlüğe giriş tarihi 23 Mart 1976, <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-one.htm>.

⁹⁸ *Her Türlü Irkçı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması konulu Uluslararası Sözleşme*, kabul tarihi 21 Aralık 1965, yürürlüğe giriş tarihi 4 Ocak 1969, 660 U.N.T.S. 195, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>.

Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması konulu Sözleşme (CEDAW),⁹⁹ Tutuklulara Muameleye ilişkin Standart Asgari Kurallar (“Standart Asgari Kurallar”)¹⁰⁰, Her Türlü Gözaltı veya Hapis altında bulunan Tüm Kişilerin Korunmasına ilişkin Birleşmiş Milletler İlkeler Bütünü (“İlkeler Bütünü”),¹⁰¹ Hapis Dışı Tedbirlere ilişkin Birleşmiş Milletler Standart Asgari Kurallar (“Tokyo Kuralları”),¹⁰² Kadın Tutukluların Muamelesine ve Kadın Suçlulara dair Hapis Dışı Tedbirlere ilişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (“Bangkok Kuralları”)¹⁰³ ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsancıl Hukuka dair Ciddi İhlallerin Mağdurları için Çözüm ve Tazminat Hakkı konusunda Temel İlkeler ve Kılavuzlar (“Çözüm ve Tazminat Hakkı konusunda Temel İlkeler ve Kılavuzlar”).¹⁰⁴

82. Bölgesel belgeler arasında AİHS, *Avrupa Hapishane Kuralları konulu Üye Devletlere yönelik Bakanlar Komitesinin Rec (2006)2 sayılı Tavsiyesi* (“Avrupa Konseyi, Tavsiye (2006)2”)¹⁰⁵ ve *Üye Devletlere yönelik tutuklu yargılama, gerçekleştiği koşullar ve kötüye kullanıma karşı koruyucu tedbirlere dair hüküm konulu Tavsiye Rec (2006)13* (“Avrupa Konseyi, Tavsiye (2006)13”).¹⁰⁶

83. MSHS'nin 9(3) maddesine göre: “Duruşma bekleyen kişilerin tutuklanması genel kural olmayacaktır, ancak salıverme duruşmaya çıkmanın sağlanmasına dönük garantilere tabi olabilecektir...” Uluslararası ve bölgesel standartlar tutukluluğun yalnızca suçlanan kişinin kaçmasını, ciddi bir suç işlemesini veya adaletin uygulanmasına müdahale etmesini önlemek için kullanıldığında gerekçelendirilebilir. Gerekçe ne olursa olsun, tutuklama olası en geniş alternatif aralığının değerlendirilmesini takiben, Mahkemenin tanımlanan riski ele almak için gerekli kaldığı durumda sadece en son çözüm olarak kullanılmalıdır.

84. İH Komitesi *Genel Yorum No. 8*'de ‘tutukluluğun bir istisna ve mümkün olduğunca kısa olması gerektiğini’ belirtir.¹⁰⁷ Benzer biçimde, ilgili uluslararası belgeler hapsin gereksiz kullanımından kaçınılması için hapis dışı tedbirlere başvurmanın altını çizer ve tutukluluğun son çözüm yolu olarak kullanılmasını vurgular.¹⁰⁸

⁹⁹ *Kadınlara karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması konulu Sözleşme*, kabul tarihi 18 Aralık 1979, yürürlüğe giriş tarihi 3 Eylül 1981, BM Belg. A/34/46, 193 (1979), <http://www2.ohchr.org/english/law/cedaw.htm>.

¹⁰⁰ Tutuklulara Muameleye ilişkin Standart Asgari Kurallar, Birleşmiş Milletler Sekreterliği, Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Muamele konusu Birinci Birleşmiş Milletler Kongre Raporu, Cenevre, İsviçre (Ağu. 22-Eyl. 3, 1955), ek I.A. Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından onaylı, E.S.C. Res. 663C XXIV (31 Temmuz 1957). Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından tadilat, E.S.C. Res. 2076 LXII (13 Mayıs 1997), <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoners.htm>.

¹⁰¹ Her Türlü Gözaltı veya Tutuklu Tüm Kişilerin Korunmasına ilişkin İlkeler Bütünü, G.A. Res. 43/173, BM Belg. A/RES/43/173 (9 Aralık 1988),

<http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>.

¹⁰² *Yakın Gözetim İçermeyen Tedbirlere ilişkin Birleşmiş Milletler Standart Asgari Kurallar (Tokyo Kuralları)*, G.A. Res. 45/110, BM Belg. A/RES/45/110 (14 Aralık 1990), <http://www2.ohchr.org/english/law/tokyorules.htm>.

¹⁰³ *Kadın Tutuklulara Muameleye ve Kadın Suçlular için Yakın Gözetim İçermeyen Tedbirlere ilişkin BM Kuralları (Bangkok Kuralları)*, kabul tarihi Genel Kurul Kararı no. 65/229, 21 Aralık 2010, <http://daccess-ods.un.org/TMP/7960160.97068787.html>.

¹⁰⁴ *Uluslararası İnsan Hakları Kanununun Ağır İhlalleri ve Uluslararası İnsani Hukuka dair Ciddi İhlallerin Mağdurları için Çözüm ve Tazminat Hakkı konusunda Temel İlkeler ve Kılavuzlar*, kabul ve ilan tarihi Genel Kurul kararı no. 60/147, 16 Aralık 2005, <http://www2.ohchr.org/english/law/remedy.htm>.

¹⁰⁵ *Bakanlar Komitesi tarafından 11 Ocak 2006 tarihinde kabul edilen Avrupa Hapishane Kuralları hakkında üye devletlere yönelik Bakanlar Komitesinin Tavsiyesi Rec(2006)2*, http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/Recommendations_en.asp.

¹⁰⁶ *Bakanlar Komitesi tarafından 27 Eylül 2006 tarihinde kabul edilen gözaltında yargılanma, gerçekleştiği koşullar ve kötüye kullanıma karşı koruyucu önlemlere dair hüküm konulu üye devletlere yönelik Bakanlık Komitesinin Tavsiyesi Rec(2006)13*, http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/PRISONS/Recommendations_en.asp.

¹⁰⁷ CCPR Genel Yorum No. 8: Madde 9 (Kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkı), 1982, para. 3.

¹⁰⁸ Bkz: *İlkeler Bütünü*, İlke 39; *Tokyo Kuralları*, Kural 2.3, 3.1, 3.4, 3.5, 5.1, 6; *Pekin Kuralları*, Kural 13 ve 19; *Havana Kuralları*, Kural 1 ve 2; *Bangkok Kuralları*, Kural 58; *AİHS*, Madde 5(1)(c) ve 5(3); *Avrupa Konseyi, Tavsiye (2006)13*, para. 3-7.

85. BM Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Sekizinci Kongresi, ceza adaleti sürecindeki gecikmeler hakkında ciddi endişeyi ve hapisane nüfusu içinde duruşma tutuklu bulunanların yüksek yüzdesini ifade etmiş ve üye Devletlerin tutukluluk halini sadece koşullar kesin olarak gerektirdiği takdirde ve ceza kovuşturmasında son bir çözüm olarak kullanılmasını tavsiye etmiştir.¹⁰⁹ BM Keyfi Gözaltı (Tutuklama) Çalışma Grubunun başkanı, belirli suçlara ilişkin duruşma öncesi salıverilmenin zorunlu reddine dair bir sistemin, “karar vericinin bireysel şartları dikkate almasına izin vermemesi nedeniyle”, tanıma göre keyfi olabileceğini belirtmiştir.¹¹⁰

86. MSHS kapsamında, duruşma öncesi gözaltı yasal, makul ve tüm koşullarda gerekli olmalıdır “örneğin, sanığın kaçmasını engellemek, kanıta müdahale etme veya suçun tekrarını önlemek.”¹¹¹ *Aleksander Smantser ve Beyaz Rusya* arasındaki davada, İH Komitesi duruşma öncesi gözaltının istisna kalması ve kefaletin verilmesi gerektiğine dair önceki kararları tekrar teyit etmiştir:

suçlanan kişinin kaçma veya kanıta müdahale etme, tanıkları etkileme veya Devlet tarafının yargılamasından kaçma olasılığının bulunduğu durumlarda haricinde.”... Bir Devlet tarafının yalnızca yazarın soruşturmalara müdahale edeceğine veya kefaletle serbest kaldığında kaçacağına dair varsayım, Sözleşmenin 9. maddesinin 3. paragrafındaki kurala yönelik bir istisnayı gerekçelendirmez.¹¹²

87. İH Komitesi, suçlanan kişinin sadece yabancı olması olgusu, bu kişinin duruşmasını beklerken tutuklu kalacağı anlamına gelmediğini belirtmiştir.¹¹³ *Grishin ve Rusya arasındaki* davada, AİHM madde 5(3)“ün ikinci bendinde şunu yeniden ifade etmiştir:

bir suçla suçlanan bir kişi, Devlet, tutukluluk halinin sürdürülmesini gerekçelendirmek için “ilgili ve yeterli” nedenlerin bulunduğunu gösteremediği takdirde, duruşmasını beklerken salıverilmelidir. Yerel mahkemeler, masumiyet karanesi ilkesine ihtimam göstererek, bireysel özgürlüğe saygı kuralından ayrılmayı gerekçelendiren gerçek bir kamu çıkarı gerekliliği varlığının lehine veya aleyhine olan tüm olguları incelemelidir ve bunları salıverilme başvuruları konulu kararlarında belirtmelidirler.”¹¹⁴

88. AİHM, davalının neden bırakılmayacağını kanıtlamaya dair sorumluluğun Devlette olduğunu kararına varmıştır.¹¹⁵ Suçlanan kişinin kaçma tehlikesi “sadece riske edilen cezanın şiddetine dayalı olarak değerlendirilemez”, ancak “bir kaçma tehlikesinin varlığını teyit edebilecek veya tutuklu yargılamayı gerekçelendiremeyecek kadar hafif görünmesini sağlayabilecek diğer birkaç ilgili faktöre atf yapılarak değerlendirilmelidir.”¹¹⁶ *Grishin ve Rusya arasındaki* davada AİHM, kaçma riski “çeşitli faktörlere, özellikle ilgili kişinin karakteri, ahlaki değerleri, evi, işi, varlıkları, aile bağlarıyla ilgili olanlara ve kovuşturma

¹⁰⁹ Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Muamele konulu Sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresi, Havana, 27 Ağustos – 7 Eylül 1990, A/Conf.144/28/Rev.1, sf. 158.

¹¹⁰ Laurel Townhead, “Kadınların Duruşma Öncesi Gözaltına Alınmaları ve Çocuklarına olan Etkisi”, Şubat 2007, Quaker BM Ofisi, Hapisteki Kadınlar ve Hapsedilen Annelerin Çocukları serisi, sf. 13’te, 20 Aralık 2006’da İnsan Hakları Konseyinin ikinci normal oturumunda, Geçici Gözaltı konulu Çalışma Grubu Leila Zerougi tarafından zorunlu ceza hakkında yapılan yorumlardan alıntı yapmıştır, <http://www.quno.org/humanrights/women-in-prison/womenPrisonLinks.htm>.

¹¹¹ İH Komitesi *Mukong ve Kamerun* davası, yukarıda bahsedilen not 29, para. 9.8.

¹¹² İK Komitesi, Bildiri No. 1178/2003, *Aleksander Smantser ve Beyaz Rusya* davası, para. 10.3.

¹¹³ İK Komitesi, Bildiri No. 526/1993, *Hill ve İspanya* davası, para. 12.3.

¹¹⁴ AİHM, *Grishin ve Rusya* davası (Bşv. No. 14807/08), para. 139.

¹¹⁵ AİHM, *Ilijkov ve Bulgaristan* davası (Bşv. No. 33977/96), para. 85.

¹¹⁶ AİHM, *Tomasi ve Fransa* davası (Bşv. No 12850/87), para. 98.

yapılan ülke ile olan tüm bağlantılarına başvurularak değerlendirilmelidir”¹¹⁷ diye ifade etmiştir.

89. Türkiye'nin yerel mahkemeleri, bir kaçma riskinin bulunduğunu açıklayarak nedenleri vermelidir. Tutukluluk hali, sadece “suçun niteliği, kanıt durumu ve dava dosyasının içeriği dikkate alınarak” gibi eşanlı klişe terimleri kullanarak” onaylamak yeterli değildir.¹¹⁸ AİHM, *Cahit Demirel ve Türkiye arasındaki* davada, başvuru sahibine, art arda tutuklu kaldığı çok sayıdaki dönemin AİHS 5(3) maddesi kapsamında tutukluk halinin uzunluğunun makul olma durumu değerlendirildiğinde bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁹ AİHM, şunu kabul etmiştir: “kanıt durumunun” “suçun ciddi göstergelerinin varlığı ve kalıcılığı” ile ilgili olabileceğini ve karşı karşıya olunan cezanın şiddetinin kaçma riskinin değerlendirilmesinde ilgili bir unsur olduğunu onaylamış olmasına rağmen, “ne kanıt durumu ne de suçların ağırlığı, altı yıl, dört ayı aşan önleyici bir tutukluluk dönemini meşrulaştırmak için gereğe teşkil edemez”¹²⁰ AİHM şuna da dikkat çekmiştir:

Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvuru sahibinin serbest bırakılmasının özellikle daha sonraki kovuşturma sürecinde bir süre geçtikten sonra ne derecede bir risk teşkil edebileceğini belirtmemiştir. Ayrıca, ilk derece mahkemesi başvuru sahibinin devam eden tutukluluk hali dışında yurtdışına çıkış yasağı veya kefaletle salıverme gibi bir önleyici tedbirin uygulanmasını asla dikkate almamıştır...¹²¹

90. İlgili kişinin ciddi suçlara dahline dair güçlü bir şüphenin varlığı, bir yandan ilgili bir faktör teşkil ederken, tek başına uzun süreli bir duruşma öncesi tutukluluk halini gerekçelendiremez.¹²² Duruşma beklenirken salıverilme, davalının duruşma öncesinde ilave suçları işleyebileceği temelinde reddedilirse, yerel mahkeme riskin kanıtlandığı ve gözaltının tespit edilen riski önlemek için muhtemelen tek yol olduğuna ikna olmalıdır. Bir kişinin önceki sabıkalara yönelik bir atıf, salıvermeyi reddetmeyi gerekçelendirmek için yeterli olamaz.¹²³

91. Tanıklara müdahale riski bağlamında, AİHM şunu belirtir:

yerel mahkemelerin, önemli derecede gizli anlaşma riskinin var olduğunu ve başvuru sahibinin tutukluluk süresi boyunca var olmaya devam ettiğini ortaya koymaları için, sadece kanıtla desteklenmeyen soyut bir riske atıfta bulunmaları yeterli değildir. Soruşturmanın veya adli kovuşturmanın ilerlemesi, başvuru sahibinin kişiliği, tutuklamadan önceki ve sonraki davranışı ve kanıtın tahrifatını veya imhasını veya tanıkların manipülasyonunu hedefleyen eylemlerde bulunarak yeniden kazandığı özgürlüğü kötüye kullanabileceğine dair korkuyu gerekçelendiren diğer belirli göstergeler gibi diğer ilgili faktörleri analiz etmiş olmaları gerekir...¹²⁴

¹¹⁷ AİHM *Grishin ve Rusya* davasında, yukarıda bahsedilen not 114, para. 143.

¹¹⁸ AİHM, *Cahit Demirel ve Türkiye* davası (Bşv. No. 18623/03), para. 24-25.

¹¹⁹ *Ibid*, para. 23.

¹²⁰ *Ibid*.

¹²¹ *Ibid*, para. 26.

¹²² AİHM, *Van Der Tang ve İspanya* davası (Bşv. No 19382/92), para. 63. Ayrıca bkz. AİHM, *Ilijkov ve Bulgaristan* arasındaki dava (Bşv. No. 33977/96), para. 81.

¹²³ AİHM, *Muller ve Fransa* davası (Bşv. No. 21802/93), para. 44.

¹²⁴ AİHM *Grishin ve Rusya* davasında, yukarıda bahsedilen not 114, para. 148.

92. *Öcalan ve Türkiye arasındaki* davada, AIHM terörizm suçlarından şüpheli kişilerin tutuklanmasına ilişkin daha önceki kararları onaylamıştır. Terörizm suçlarının kovuşturmasının,

şüphesiz olarak yetkili makamlara özel sorunları getirmesine rağmen...[b]u, kovuşturma yapan makamların madde 5 kapsamında şüphelileri terörizmle ilgili olduğu iddiasını seçtiklerinde sorgulamak üzere tutuklamak için yerel mahkemelerin nihai olarak Sözleşme gözetim kuruluşlarının etkin denetiminden bağımsız olarak tam yetkiye sahip olmaları anlamına gelmez.¹²⁵

93. Bir kişinin salıverilmesi mi yoksa tutuklanması mı gerektiğine karar verirken, yetkili makamlar, sanığın duruşmaya çıkmasını sağlayan alternatif tedbirleri değerlendirmek üzere *AIHS*'nin 5(3) maddesi kapsamında bir yükümlülüğe sahiptirler.¹²⁶ Mahkemenin kaçma riskinin bulunduğunu değerlendirdiği durumlarda, yetkili makamlar, davalının bir duruşmaya çıkmasını sağlayacak tutukluluk seçeneğine alternatifleri değerlendirme görevine sahiptir.¹²⁷

94. Tutuksuz yargılanmak üzere salıverilmenin bir koşulu olarak mali bir kefalet belirlendiğinde, yerel makamlar suçlanan kişinin devam eden tutukluluk halinin kaçınılmaz olup olmadığına karar verdikleri gibi uygun kefaletin belirlenmesinde de daha fazla özen göstermelidir.¹²⁸

95. Tutuksuz yargılanma hakkı içsel olarak suçlu olduğu kanıtlanana kadar masum varsayılma hakkı ile bağlantılıdır. Türkiye'nin aşağıdakileri temin eden Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinin 11(1). ve MSHS'nin 14(2). maddeleri kapsamında şart koşulan şekilde bu hakka saygı göstermesi zorunludur: “Bir cezai suçla suçlanan herkes, kanuna göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum varsayılma hakkına sahip olacaktır.”

96. İH Komitesi, *Genel Yorum No. 32*, paragraf 30'da şunu belirtmektedir:

Madde 14, paragraf 2'ye göre suçla işlemek ile suçlanan herkes, kanun uyarınca suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum varsayılma hakkına sahip olacaktır. İnsan haklarının korunması için temel olan masumiyet karinesi suçun kanıtlanması yükümlülüğünü savcılığa yüklemekte; suç makul şüphenin ötesinde kanıtlanıncaya kadar hiçbir suçun var olduğunun varsayılmayacağını garanti etmektedir; suçlanan kişinin şüpheden kendi lehine faydalanmasını sağlamaktadır ve bir cezai eylemden dolayı suçlanan kişilere bu ilke doğrultusunda muamele edilmesini zorunlu kılmaktadır...¹²⁹

VIII. Sonuç

97. Bu *Mahkemenin Dostu Görüşü* özellikle avukatların ve insan hakları savunucularının müvekkillerini yasal olarak temsil ederken veya toplumsal işlere katılırkenki ifade, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü haklarının yanı sıra özgürlük ve güvenlik hakkı ile masum

¹²⁵ AIHM, *Öcalan ve Türkiye* davası, (Bşv. No 46221/99), para. 104.

¹²⁶ AIHM, *Yevgeniy Kuzmin ve Rusya* davası (Bşv. No. 6479/05), para. 34.

¹²⁷ AIHM, *Khodorkovskiy ve Rusya* davası (Bşv. No. 5829/04), para. 186.

¹²⁸ AIHM, *Mangouras ve İspanya* davası (Bşv. No. 12050/04), para. 37.

¹²⁹ İH Komitesi, *CCPR Genel Yorum No. 32: Madde 14 (Mahkemeler ve komisyon nezdinde eşitlik ve adil yargılama hakkı)*, 23 Ağustos 2007, CCPR/C/GC/32, para. 30,

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

sayılma hakkı ve tutuksuz yargılanma hakkı gibi adil yargılanma haklarına dair Türkiye'yi bağlayan uluslararası insan hakları hukukunu ortaya koymaktadır.

98. Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin İH Komitesinin içtihadı ve Genel Yorumları ve AİHM'nin kararlarında yorumlanan şekilde bu özetde belirtilen uluslararası insan hakları hukuku ve ilkelerinin, bu özetin verildiği davada uygulanmasını sağlaması saygıyla talep edilmektedir. Türkiye'deki mevzuat, yukarıda özetlenen MSHS, AİHS ve diğer uluslararası hukuk ve ilkeler tarafından getirilen yükümlülükler dâhil olmak üzere uluslararası insan hakları yükümlülükleri ile kesin olarak uyumlu biçimde yorumlanmalıdır. Yargı erki, bu bağlayıcı uluslararası hukuk yükümlülüklerine uyumu sağlamakla sorumludur.
99. AİHS'nin koruduğu hakların kısıtlamaları bakımından, 18. madde şu düzenlemeyi içermektedir: “[b]ahse konu hak ve özgürlüklere yönelik bu Sözleşme altında izin verilen kısıtlamalar, öngörüldükleri amaçlar dışındaki herhangi bir amaç için uygulanmayacaktır”. Bu Mahkemenin Dostu Görüşü özetinde belirtilen şekilde, *Rasul Jafarov ve Azerbaycan arasındaki* davasında, AİHM “şüphe duyulan fiili önlemlerin amacı başvuru sahibini insan hakları alanındaki faaliyetleri nedeniyle susturmak ve cezalandırmak” olduğu kararını vermiştir. Buna istinaden, bir kişinin insan haklarıyla ilgili konularda çalışmasını engelleme amacıyla bir kısıtlama getirildiğinde, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına dair hiçbir kısıtlamaya izin verilmez.
100. Ayrıca, görevlerini yapan avukatların ve insan hakları savunucularının ifade özgürlüğünü kısıtlama etkisini yaratan iç hukuk kuralları, Türkiye için bağlayıcı olan MSHS'ye, AİHS'ne ve diğer uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerine aykırı biçimde uygulanmamalıdır.
101. Son olarak, bu görüşün verildiği davaya uygulanabilir uluslararası insan hakları hukuku ve iç hukukun, başvurucuların derhal ve şartsız salıverilmelerini zorunlu kıldığı saygıyla bilgilerinize sunulmaktadır. Görüşte açıklanan türde kanıtların yokluğunda, tutukluluğun keyfi ve masumiyet karinesi başta olmak üzere sınırlandırılmayan başkaca adil yargılanma haklarının ihlali niteliğinde olduğu görüşü saygıyla Mahkemeniz ile paylaşılmaktadır.

İmza sayfası:

Gail Davidson (Yönetici Direktör)

Avukat Hakları İzleme Örgütü Kanada

Robert Bourns (Başkan)

İngiltere ve Galler Hukuk Topluluğu

Marina Brilman (Uluslararası İnsan Hakları politika danışmanı)

İngiltere ve Galler Hukuk Topluluğu

- Onay: bu *Uzman Görüşü* özeti Hollanda kanunları kapsamında kurulu kâr gütmeyen bir organizasyon olarak Lawyers for Lawyers tarafından onaylanmıştır.