



International
**SOCIAL SCIENCES
STUDIES JOURNAL**



SSSjournal (ISSN:2587-1587)

Economics and Administration, Tourism and Tourism Management, History, Culture, Religion, Psychology, Sociology, Fine Arts, Engineering, Architecture, Language, Literature, Educational Sciences, Pedagogy & Other Disciplines in Social Sciences

Vol:5, Issue:51
sssjournal.com

pp.6994-7009
ISSN:2587-1587

2019
sssjournal.info@gmail.com

Article Arrival Date (Makale Geliş Tarihi) 31/10/2019 | The Published Rel. Date (Makale Yayın Kabul Tarihi) 17/12/2019
Published Date (Makale Yayın Tarihi) 17.12.2019

AIHM KARARLARINDAN ÖRNEKLER İLE AIHS'YE EK PROTOKOL NO. 7

PROTOCOL NO. 7 TO THE ECHR ALONG WITH PRECEDENTS OF ECtHR

Arş. Gör Abdulkadir PEKEL

Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Kütahya/TÜRKİYE

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1696-6075>



Article Type : Research Article/ Araştırma Makalesi

Doi Number : <http://dx.doi.org/10.26449/sss.1965>

Reference : Pekel, A. (2019). "AIHM Kararlarından Örnekler İle AIHS'ye Ek Protokol No. 7", International Social Sciences Studies Journal, 5(51): 6994-7009.

ÖZ

Türkiye 31 yılı aşkın bir süreden sonra 7 no.lu ek Protokol'ü onaylamıştır. Uluslararası alanda Türkiye açısından bağlayıcı olan bu Protokol'ün önemi artmıştır. Buna rağmen bu Protokolü detaylı bir şekilde inceleyen bir çalışma bulunmamaktadır. Bu çalışma ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen karar örnekleri eşliğinde 7. ek Protokol ile getirilen 5 farklı hak incelenmeye çalışılmıştır. Her hak incelenirken önce madde metnine yer verilmiş, sonra Türk hukukundaki benzer hükümlere değinilmiştir. Bu yapıldıktan sonra madde ile korunan hukuksal değer içeriği ve maddenin kapsamı açıklanmaya çalışılmıştır. Son olarak korunan hakkın istisnalarına yer verildikten sonra örnek bir AIHM kararına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Potokol no. 7, AIHM, Sınır dışı, Eşler arası eşitlik, Non bis in idem

ABSTRACT

After more than 31 years, Turkey has ratified Additional Protocol No. 7 which became binding for Turkey in the international arena. Hence the importance of this Protocol has increased. However, there is no study examining this Protocol in detail. In this study, it is tried to examine 5 different rights brought by the 7th Additional Protocol with the examples of decisions given by European Court of Human Rights. While examining these rights, the text of the article was given first and then the similar provisions in Turkish law were mentioned. After this, the content of the legal value protected by the article and the scope of the article were tried to be explained. Finally, an exemple of ECtHR decision was given after the exceptions to the protected right were included.

Key Words: Protocol no. 7, ECtHR, Expulsion, Equality between spouses, Non bis in idem

1. GİRİŞ

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1976'da aldığı 791 sayılı tavsiye kararında, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki (MSHS) temel hükümlerin olabildiğince Avrupa'nın insan hakları koruma sistemi içine alınması gerektiği belirtiliyordu¹. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen haklar listesinin genişletilmesini hedefleyen ve 1976-80, 81-86 yıllarını kapsayan orta vadeli planlar yapıldı².

Neticede İnsan Hakları İdari komitesi tarafından hazırlanan 7. Ek Protokolün taslağı Bakanlar Komitesine sunuldu ve 374. Bakan Vekilleri Toplantısında kabul edilerek 22.11.1984'te imzaya açıldı³. Protokol – Protokolün 9. maddesi hükmü gereğince– 7 devletin onayını takip eden 2 aylık sürenin bitişini izleyen ayın

¹ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ (Steering Committee for Human Rights): "Açıklayıcı Rapor (Explanatory Report)", Strasbourg 1984, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96fd> par.2.

² İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 3.

³ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 5.

ilk günü olan 01.11.1988'de yürürlüğe girdi. Avrupa Konseyi'nin resmi internet sitesinden elde ettiğimiz bilgiye göre 2019 Ekim ayı sonu itibarıyla Protokol, Konsey üyesi 44 Devlet tarafından onaylanmıştır. Büyük Britanya Protokolü imzalamamış; Almanya ve Hollanda Protokolü imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamamışlardır. Türkiye ise 14.03.1985 tarihinde imzaladığı Protokolü 31 yılı aşkın bir süre sonra 02.05.2016 tarihinde onaylamıştır⁴.

Protokol, öngördüğü beş yeni hak ile Sözleşmenin haklar listesini genişletmektedir⁵. Nitekim Protokolün 7. maddesine göre; *“Taraf Devletler bakımından bu Protokolün 1-6. maddeleri, Sözleşmeye ilave Maddeler olarak kabul edilir ve Sözleşmenin bütün hükümleri buna göre uygulanır.”*⁶

Protokolün getirmiş olduğu haklar şunlardır:

- Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usul güvenceleri (m.1)
- Cezaî konularda temyiz hakkı (m.2)
- Haksız mahkumiyet için tazminat (m.3)
- Çifte yargılanmama ve çifte cezalandırılmama hakkı (m.4)
- Eşler arasında eşitlik (m.5)

Dolayısıyla farklı konularda hükümler getiren bu maddeleri ayrı başlıklar altında incelemek gerekir. Öte yandan yöntem açısından birlik ve tutarlılığı sağlamak için bu çalışmada tek bir şablonun tüm maddelere uygulanmasına özen gösterilmiştir. İncelememizde önce madde metnine yer verilecek, sonra Türk hukukundaki benzer hükümlere değinilecektir. Bu yapıldıktan sonra madde ile korunan hukuksal değerlerin içeriği ve maddenin kapsamı açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak korunan hakkın istisnalarına yer verildikten sonra örnek bir AIHM kararı ile açıklamalar sonlandırılacaktır.

2. EK PROTOKOL M.1: YABANCILARIN SINIR DIŞI EDİLMESİ HAKKINDA USULİ GÜVENCELER

2.1. Madde Metni

Maddenin metni aşağıdaki gibidir:

“1. Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir yabancı, hakkında hukuka uygun olarak ulaşılmış bir karar uyarınca yapılması hariç, bulunduğu ülkeden sınır dışı edilmeyecektir ve bu yabancı:

- a) *sınır dışı edilmesine karşı gerekçeleri sunmak,*
- b) *durumunun yeniden incelenmesini sağlamak, ve*
- c) *bu amaçlarla, yetkili makam ya da bu yetkili makam tarafından atanmış bir kişi ya da kişiler önünde temsil edilmek, olanaklarına sahip kılınacaktır.*

*2. Böyle bir sınır dışı edilme, kamu düzeni yararı bakımından yahut ulusal güvenlik nedenleri temelinde gerekli olduğu zaman, bir yabancı, bu Madde paragraf 1/a, b ve c çerçevesindeki haklarını kullanmadan önce de sınır dışı edilebilir.”*⁷

2.2. Türk Anayasal Ve Yasal Sisteminde Benzeri Hükümler

Anayasamızda konuyu doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 23. maddenin son fıkrasında vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği kuralı düzenlenmekte, 19. maddenin 2. fıkrasında ise hakkında sınır dışı etme kararı verilen bir kişinin yakalanması yahut tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı olmayacağı ifade edilmektedir.

⁴ Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=31/05/&CL=ENG> (30.10.2019). Türkiye 7. Ek Protokol'ü 10.03.2016'da 6684 sayılı kanunla kabul etmiş ve kanun 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Uygun bulma belgesi 02.05.2016 tarihinde Avrupa Konseyi'ne iletilmiş ve Protokol'ün 9. maddesinin 2. fıkrası gereğince Protokol, “uygun bulma belgesini depo etme tarihinden sonraki iki aylık bir evrenin sora ermesini izleyen ayın ilk günü”, yani 01.08.2016'da yürürlüğe girmiştir. Bkz.: **ŞİRİN, Tolga**: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme”, Erişim Tarihi: Ekim 2019; https://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol (30.10.2019).

⁵ **GEMALMAZ, Mehmet Semih**: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt II, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Legal, İstanbul 2012, s.114.

⁶ **GEMALMAZ, Mehmet Semih**: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul 2011, s. 169.

⁷ **GEMALMAZ**: 2011, s. 166.

Sınır dışı etmeye ilişkin bazı yasal düzenlemeler de temel olarak Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’da⁸ yer almaktadır⁹. “Muzır Şahıslar” başlıklı 19. madde, ülkede kalması genel güvenliğe, siyasi ve idari icaplara aykırı sayılan yabancıların İçişleri Bakanlığı tarafından belirli bir süre verilerek Türkiye’den çıkmaya davet edilecekleri, bu süre sonunda Türkiye’den çıkmayan yabancıların sınır dışı edilebileceklerini ifade etmektedir. Yine, 21. maddenin 3. fıkrasında tabiiyetsiz ya da Türk kültürüne bağlı olmayan yabancı göçebelerin sınır dışı edilebilecekleri belirtilmiştir¹⁰.

Bu kanuni düzenlemelerin yanında Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İkamet Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Mültecilerin Hukuki Durumlarına Dair 1951 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümler getirmektedir¹¹. Avrupa İkamet Sözleşmesi getirdiği koruma hükümleri açısından Protokol’ün 1. maddesine benzemektedir. Avrupa İkamet Sözleşmesi’nin 3. maddesi şöyledir:

“1. Âkit Taraflardan birinin, diğer âkit ülkesinde yasal olarak ikamet eden uyrukları ancak milli güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenine veya genel ahlâka aykırı davrandıkları takdirde sınır dışı edilebilirler. 2. Âkit taraflardan birinin, diğer herhangi bir âkit taraf ülkesinde yasal olarak iki yıldan fazla bir süredir ikamet etmekte olan uyruğu; milli güvenlik açısından kesin zorunluk yoksa, kendisi hakkındaki sınır dışı kararına karşı itirazda bulunmasına ve bu amaçla yetkili makama veya yetkili makamca özel olarak belirlenmiş kişi veya kişilere başvurmasına ve bu organlar önünde temsil olunmasına müsaade edilmeksizin sınır dışı edilemez. 3. Âkit Taraflardan birinin, diğer bir Âkit Taraf ülkesinde on yıldan fazla bir süredir ikamet eden uyrukları, yalnızca milli güvenlik nedeniyle veya bu maddenin birinci bendinde zikredilen diğer nedenlerin, özellikle ciddi bir nitelikte olması hallerinde sınır dışı edilebilir.”¹²

Yine MSHS’nin “Yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceler” başlıklı 13. maddesinde de Protokolün 1. maddesine benzer bir hüküm bulunmaktadır:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletlerden birinin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı, bu ülkeden ancak yasalara uygun olarak verilmiş bir karar uyarınca sınır dışı edilebilir ve ulusal güvenlik bakımından zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe, sınır dışı edilmesine karşı nedenler ileri sürmesine ve durumunun yetkili makamlar ya da yetkili makamlarca özel olarak atanmış kişi ya da kişilerce yeniden gözden geçirilmesine ve bu amaçla yetkili merciler önünde temsil edilmesine izin verilecektir.”¹³

Zaten giriş bölümünde belirtildiği üzere, 7. ek protokolün kabul edilme sebebi MSHS’de düzenlenen bazı temel hakları Avrupa Konseyi sistemine sokmaktır. Dolayısıyla Protokol’deki 1. maddenin kaynağını buradan aldığı söylenebilir.

Son olarak yabancıların topluca sınır dışı edilmelerini yasaklayan AİHS’ye ek 4 no.lu Protokol’ün 4. maddesinden bahsetmek gerekir. Türkiye, bu protokolü 1992 yılında imzalamış, 1994’te çıkarılan kanunla onaylamıştır. Ancak geçen 18 yıl içinde onay belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmemiştir. Bu protokol uluslararası hukuk bakımından Türkiye için bağlayıcı olmasa da, kanun çıkarılıp resmi gazetede yayınlandığı için iç hukuk bakımından geçerlidir¹⁴. Sonuç olarak yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri de yasaklanmış bulunmaktadır.

2.3. Madde İle Korunan Hukuksal Yararın İçeriği Ve Maddenin Kapsamı

Madde ile korunan hukuksal yararın kişi hürriyeti ve güvenliği olduğu söylenebilir. Nitekim Anayasa’da konuya kişi hürriyeti ve güvenliğinin istisnalarından biri olarak değinilmiştir. Yine maddede yabancıların ulusal makamlara başvuruları düzenlendiğinden AİHS’nin 13. maddesinde düzenlenen “etkili başvuru hakkı”nın da korunmaya çalışıldığı söylenebilir.

⁸ Resmi Gazete, Sayı: 7564, Tarih: 24.07.1950, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5683.pdf>

⁹ SİRMEN, K. Sedat: *Yabancıların Türkiye’den Sınır dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, Yaz 2009, s. 30.

¹⁰ Fıkra da yer alan “Çingene” sözcüğü, 5.1.2011 tarih ve 6097 sayılı kanunla “göçebe” olarak değiştirilmiştir. Çingenelerin sınır dışı edilmelerine ilişkin daha geniş bilgi için bkz.: AYDOĞAN, Doğa: *Yabancı Çingenelerin Türkiye’ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleri ile Türkiye’den Sınır dışı Edilmeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 1, 2007, s.6.

¹¹ SİRMEN: 2009, ss. 35-37.

¹² Resmi Gazete, Sayı: 20285, Tarih: 17.09.1989, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20285.pdf>

¹³ Resmi Gazete, Tarih: 21.07.2003, Sayı: 25175, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2>

¹⁴ GEMALMAZ: 2012, s.112.

Bununla birlikte AİHM içtihatlarında yabancıların sınır dışı edilmeleri konusu Sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri ve 6 ve 13 numaralı protokoller bağlamında değerlendirilebilmiştir. Buna göre sınır dışı edilecek olan yabancıların, gönderildiği ülkede işkence ve kötü muameleye maruz kalacağı yönünde kuvvetli emareler varsa kişi sınır dışı edilmemelidir¹⁵. Yine ölüm cezasını kaldırmış olan bir ülke, bir yabancıyı ölüm cezasının uygulandığı bir ülkeye sınır dışı etmemelidir¹⁶. Bu sebeplerle 7. Ek Protokol'ün 1. maddesinde korunan hukuksal yararın içeriği daha dar kapsamlı tutulmalıdır. Madde yalnızca yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin bazı usuli güvenceler getirmektedir. AİHS'nin 2 ve 3. maddeleri ile korunan hukuksal yararlar bu madde dışında ve ayrıca değerlendirilmelidir.

Öte yandan maddenin yalnızca ülkede hukuka uygun şekilde ikamet eden yabancıları kapsadığını belirtmeliyiz. Ülkeye henüz girmemiş olan, ya da sınırlı bir süre için bir limanda veya başka bir giriş noktasında bulunanlar için bu madde hükmü uygulanmaz. Yani madde, taraf devletin ülkesinde turizm veya ticari amaçla geçici olarak bulunanlar veya transit geçenler için değil, nispeten sürekli olarak bulunanlara uygulanır¹⁷. Keza, ülkede bulunmanın koşullarını belirleyecek olan da sözleşmecidir. Devletin koymuş olduğu kurallara uygun olarak ikamet etmeyen yabancı da bu madde korumasından yararlanamayacaktır¹⁸.

Birinci fıkrada söz konusu usul güvenceleri sayılmaktadır. Fıkranın a) bendinde yabancıların sınır dışı kararına karşı gerekçeleri ileri sürebileceği belirtilmiştir. Bunun ayrıca belirtilme sebebi, kararın yeniden inceleme süreci öncesinde de kişinin bu hakkı kullanabilme olanağını sağlamaktır¹⁹. Kararın yeniden incelenmesini sağlama güvencesi ise b) bendinde belirtilmiştir. Burada Sözleşmeciler devletlere yabancıya iki aşamalı bir yeniden inceleme süreci sağlanması gibi bir zorunluluk yüklenmemektedir. Bazı devletlerde yabancıların ilgili kararı temyiz edebilmesi imkanı var ise de protokol temyiz süreci sona erene kadar yabancıların ülkede tutulması gibi bir zorunluluk içermez²⁰. Son olarak c) bendinde belirtilen temsil edilme hakkı da sözlü bir duruşma yapılması zorunluluğunu getirmemektedir. Bütün prosedürler yazılı olarak işleyebilir, temsil yazılı olarak da gerçekleştirilebilir²¹.

2.4. Maddeye Göre Korunan Hakkın İstisnaları

Maddenin ikinci fıkrasında, kamu düzeni ve millî güvenlik gerekçeleri ile birinci fıkrada getirilen güvenceler uygulanmaksızın yabancıların sınır dışı edilebileceği belirtilmektedir. Ancak, taraf devlet kamu düzeni ve ulusal güvenlik açısından sınır dışı etme işleminin ölçülü bir nitelikte olması hususuna dikkat etmek zorundadır²². Devlet kamu düzeni gerekçesiyle, maddede sayılan güvencelerden yararlandırmadan bir yabancıyı sınır dışı ederse, bu istisnai durumun kamu düzeni açısından gerekli olup olmadığını ortaya koymak durumundadır²³.

AİHM de verdiği bir kararda, “millî güvenlik” kavramının ortak bir tanımının olmadığını ve devletlere bu konuda geniş bir takdir hakkı verildiğini kabul etmekle birlikte, bu takdir hakkının “millî güvenlik” kavramını doğal sınırları dışına çekerek haddinden fazla genişletilme yetkisi vermediğini de vurgulamıştır. Bu sebeple Mahkeme, yabancı statüsündeki başvuranın birkaç Bulgar vatandaşı ile birlikte, bir konserde uyuşturucu satmasını, yalnız başına Bulgaristan millî güvenliğini tehdit edecek bir olay olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, “eğer başvuran sınır dışı edilmezse, millî güvenliğe karşı bir risk oluşturur” gibi bir durumun olayda bulunmadığını belirtmiştir²⁴.

¹⁵ ÖZDEK, Yasemin: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayınları, Ankara 2004, s.175. Mesela bkz.: Soering / Birleşik Krallık, Başvuru no.: 14038/88, par. 91, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>.

¹⁶ KORFF, Dowe: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap*, çev.: Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Baskı, Belçika 2006, s.92. Mesela bkz.: Bader and Kanbor / İsviçre, başvuru no.:13284/04, par. 42, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70841>

¹⁷ ANAYURT, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin, Ankara 2004, s.148.

¹⁸ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 9.

¹⁹ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 13/1.

²⁰ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 13/2.

²¹ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 14.

²² ANAYURT: 2004 s.149.

²³ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 15.

²⁴ C.G. and Others / Bulgaria, Başvuru no.: 1365/07, par. 43, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-86093> (31.10.2019).

2.5. İnceleme Konusu Karar: Nowak / Ukrayna²⁵

2.5.1. Dava Konusu Olay ve Başvuru Prosedürünün Kat Edilmesi

Polonya'da yaşamakta olan başvurana hakkında devam eden bir soruşturma varken Ocak 2004'te Ukrayna'ya gitmiştir. Gitmeden önce kendisiyle irtibata geçilebilmesi için Polonya'da (Prezemska'de) bir adres bırakmış ve kendisi hakkındaki sürecin ne durumda olduğu ile ilgili bilgi almak için Mahkemeyi birkaç defa aramıştır. Mahkeme sürecin devam etmekte olduğu bilgisini vermiştir²⁶.

Mart 2004'te Lviv / Ukrayna'da çalışmaya başlamış, Haziran 2004'te ikamet izni 20 Mayıs 2005'e kadar uzatılmıştır. Bu arada Polonya'daki Szczecin Bölge Mahkemesi çağrılara uymadığı gerekçesiyle başvuranın 3 ay hapsine karar vermiştir²⁷.

Başvuranın, Ocak 2005'te saat 11:00 sıralarında arkadaşının arabasının çalındığını ihbar etmek amacıyla Polis Merkezine gitmiştir. Burada polis başvuranın pasaportunu kontrol edip kişisel bilgilerini tespit etmiş ve başvuranı bir hücreye kapatmıştır. Başvuranın tutuklanmasının sebebini sorduğunda kendisine "uluslararası hırsız" olduğu gerekçesiyle tutuklandığı söylenmiştir. Başvuran daha sonra polis memurları tarafından sorgulanmış ve sorgu esnasında kendisine birkaç defa dayak atıldığını, bileğinde ve kolunun üzerinde sigara ve kibrit söndürüldüğünü ileri sürmüştür. Buna ek olarak, dört gün boyunca aç ve susuz bırakıldığını ifade etmiştir²⁸.

24 Ocak 2005'te Ukrayna polislerinin başvuranı sınır dışı etme kararı uygulanmıştır. Kararda başvuranın özel amaçlarla 2004'te Ukrayna'ya geldiği ve 20 Mayıs 2005'e kadar geçerli bir ikamet izni olduğu yazmaktadır. Yine kararda, 20 Ocak 2005'te Lviv (Ukrayna) polislerinin Polonya makamları tarafından hırsızlık suçundan dolayı arandığını belirten bir çağrı aldığı belirtilmektedir. Bu sebeple "Yabancıların ve Vatansız Kişilerin Yasal Statülerine Dair" Ukrayna kanununun 32. maddesi uyarınca kişinin sınır dışı edilmesine ve 3 yıl boyunca ülkeye girişinin yasaklanmasına karar verilmiştir²⁹.

Bunun üzerine kişi Polonya'ya götürülmüş ve orada hapse atılmıştır. Bu esnada başına gelenlerden dolayı savcılığa şikayette bulunmuş ancak savcılığın gerekli belgeleri Ukrayna makamlarına ulaştırmasına rağmen herhangi bir sonuç alınamamıştır. Başvuranın, 22 Haziran 2005'te Przemyska Bölge Mahkemesi'ne dava açmış fakat dava yargı yetkisi yokluğu gerekçesiyle reddedilmiştir³⁰.

Mahkeme olayı Sözleşmenin 3 ve 5. maddeleri ile Protokolün 1. maddesi bakımından incelemiştir. Biz burada yalnızca Protokolün 1. maddesine ilişkin yapılan değerlendirmelere yer vereceğiz.

2.5.2. Kararın Maddi Bakımdan Değerlendirmesi

Mahkeme, Protokol'ün 1. maddesinin yalnızca hukuka uygun bir şekilde ikamet etmekte olan yabancılara uygulanacağını tekrar ettikten sonra başvuranın sınır dışı edildiği tarihte Ukrayna'da hukuka uygun bir şekilde ikamet edip etmediğini araştırmanın gerekli olduğuna karar vermiştir³¹.

Ukrayna hükümetinin konuyla ilgili herhangi bir iddia ileri sürmemesinden ve ulaşılabilir olan belgelerden başvuranın 20 Mayıs 2005'e kadar geçerli bir ikamet izninin bulunduğunu tespit etmesinden dolayı Mahkeme, başvuranın sınır dışı edildiği tarihte hukuka uygun bir şekilde ikamet etmekte olduğu konusunda ikna olmuştur³².

Mahkeme, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından ülkelerinde bulunan bir yabancıyı sınır dışı edip etmeyeceğine karar verme hususunda takdir hakkı bulunduğunu, ancak bu takdir hakkının kişinin Sözleşme'de sahip olduğu hakları çiğnemek şeklinde uygulanmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bir yabancı, ancak Protokolün 1. maddesi uyarınca, "yasaya uygun bir şekilde verilmiş bir karar" ile ve önemli usuli güvenceler uygulanarak sınır dışı edilebilir. Bu güvenceleri uygulamadan kişiyi sınır dışı etme, ancak milli güvenlik ve kamu düzeni gerektiriyorsa Protokole uygun olacaktır³³.

²⁵ Başvuru no.:60846/10, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104289>

²⁶ Nowak / Ukrayna par. 6, 7.

²⁷ Nowak / Ukrayna par. 8, 9.

²⁸ Nowak / Ukrayna, par. 10.

²⁹ Nowak / Ukrayna, par. 11.

³⁰ Nowak / Ukrayna, par. 12-19.

³¹ Nowak / Ukrayna, par. 79.

³² Nowak / Ukrayna, par. 80.

³³ Nowak / Ukrayna, par. 81.

Mahkeme, davaya konu olan olayda, başvuran hakkında alınan sınır dışı etme kararının aynı gün uygulandığını, anlamadığı bir dilde kendisine iletilmiş ve karara karşı gerekçeler ileri sürme ve yetkili bir merci önünde temsil edilme imkanı sunulmadığını tespit etmiştir. Dahası, Ukrayna hükümetinin, Protokolün 1. maddesindeki usuli güvenceleri karşılayan iç hukuk önlemlerine ilişkin hiçbir belge veya açıklama sunmadığını vurgulamış, iç hukuktaki bu eksikliği giderecek imkanların dava konusu olayda da başvurana tanınmadığını göz önünde bulundurarak Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁴.

Görüldüğü üzere mahkeme, bu olayda –bizim de yukarıda belirttiğimiz gibi– Protokolün 1. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle yabancıнын hukuka uygun ikamet edip etmediğini tespit etmiştir. Son kısımda da kişinin m.1 ile getirilen güvencelerden yararlanabilmesi için sınır dışı etme kararının anladığı bir dilde kendisine ifade edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Madde uygulaması ve amacı açısından bu durum önemlidir. Zira kendisine karşı alınan bir kararı anlayamayan kişinin buna karşı iddialar ileri sürmesi mümkün değildir. Keza, Mahkeme'nin maddede öngörülen güvencelerin iç hukukta karşılanması gerektiğine karar vermesi önemlidir.

3. EK PROTOKOL M.2: CEZAI KONULARDA TEMYİZ HAKKI

3.1. Madde Metni

“1. Bir suçtan ötürü bir yargı yeri tarafından mahkum edilen herkes, mahkum edilmesine ya da cezalandırılmasına ilişkin kararın, bir yüksek yargı yeri tarafından yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır. Bu hakkın kullanımı, bunun kullanılabilmesi koşulları da dahil olacak şekilde, yasa ile düzenlenecektir.

2. Bu hak, yasayla öngörülmuş hafif nitelikteki suçlar bakımından, ya da ilgili kişinin, en yüksek yargı yeri tarafından ilk derece mahkemesi olarak yargılanmış olduğu yahut beraat kararına karşı yapılan bir üst başvurunun ardından mahkum edilmiş bulunduğu davalar bakımından istisnalara tabi tutulabilir.”³⁵

3.2. Türk Anayasal Ve Yasal Sisteminde Benzeri Hükümler

Anayasamızda temyiz hakkını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 154. maddede Yargıtay düzenlenmiş bulunmaktadır. 154. maddeye göre; *“Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.”*

Görüldüğü üzere “temyiz hakkı” anayasada doğrudan düzenlenmese de cezai konularla ilgili olarak başvurulacak temyiz mercileri birer anayasal kurum olarak anayasada yerini bulmaktadır.

MSHS'nin 14/5 hükmünde bu haktan söz edilmektedir. Buna göre *“Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.”*

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda³⁶ da İstinaf (m.272 vd.) ve Temyiz (m.286 vd) kanun yolları düzenlenmektedir. Konumuzun sınırları dışına çıkmamak için ayrıntısına değinmeyeceğiz.

3.3. Madde İle Korunan Hukuksal Yararın İçeriği Ve Maddenin Kapsamı

Madde ile korunan hukuksal yarar, adil yargılanma hakkıdır. Bu hüküm, Protokol'de yer alan 3. ve 4. maddeler ile birlikte adil yargılanma hakkının tamamlayıcı unsurlarını teşkil etmektedir³⁷.

Madde hükmünde belirtildiği üzere, madde yalnızca ceza davalarında uygulama alanı bulur. Ceza davasının ne anlama geldiği de Mahkeme'nin Sözleşmenin 6. maddesine göre verdiği kararlara bakarak ortaya çıkacaktır³⁸. Mahkeme Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan *“medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda yöneltilen suçlamalar”* ifadesindeki “cezai alan” kavramını ulusal nitelemelerden bağımsız otonom bir kavram olarak kabul etmekte ve buna göre yorumlamaktadır. Mahkemeye göre bir suçlamanın varlığı konusunda önemli olan husus; fiilin niteliği ve özelliği ile

³⁴ Nowak / Ukrayna, par. 82, 83.

³⁵ GEMALMAZ: 2011 s. 166.

³⁶ Resmi Gazete, Sayı: 17.12.2004, Tarih: 25673, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>

³⁷ ANAYURT: 2004, s.149.

³⁸ ANAYURT: 2004, s.150.

öngörülen yaptırımın niteliği ve özelliğidir³⁹. Sözleşmeci devlet bir fiili suç haline getirip getirmemekte serbesttir, meğerki söz konusu fiil Sözleşme tarafından korunmakta olan bir hak olsun. Ancak ulusal hukukun suç saymadığı bir fiil (örneğin kabahatler) Sözleşme çerçevesinde suç olarak değerlendirilip 6. madde kapsamına (ve dolayısıyla 7. ek Protokolün 2. maddesi kapsamına) girebilir⁴⁰.

Protokolün 2. maddesi hem mahkumiyet hükmü (sentence) hem de sorumluluk saptanması kapsamında uygulanacaktır. Anglo-Sakson sisteminde ve jürili yargılamalarda bu durum önem arz etmektedir⁴¹.

Son olarak belirtmeliyiz ki madde ile davanın bir üst merci tarafından tekrar incelenmesi sağlanmak istenmektedir. Her ne kadar maddenin Türkçeye çevrilmesinde “temyiz hakkı” ifadesi tercih edilmişse de, üst derece yargılamasının temyiz ya da istinaf olması madde açısından önemli değildir. Yine, madde ile istinaf yolunun zorunlu olarak getirildiği de söylenemez⁴². Yani önemli olan davanın bir defa daha tekrar görülmesidir⁴³.

3.4. Maddeye Göre Korunan Hakkın İstisnaları

Maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, belirtmek gerekir ki hakka getirilen istisnalar kanunla (veya ulusal hukuka göre dengi bir düzenleme ile) öngörülmelidir (*as prescribed by law*). Fıkra küçük suçlar (hafif nitelikli suçlar) hakkın istisnalarından biri olarak kabul edilmiştir. Yaptırım olarak hapis cezası öngörülüp öngörülmediği önem derecesinin tespitinde önemlidir⁴⁴. Mahkeme de bu kriteri uygulamaktadır⁴⁵. Zhelyazkov / Bulgaristan⁴⁶ davasında hükümetin ileri sürmüş olduğu “söz konusu suçun önem derecesi düşük” yönündeki iddiayı kabul etmemiş ve ihlali tespit etmiştir⁴⁷.

Diğer bir istisna, üst derece mahkemesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığı yargılamalardır. Yüce Divan yargılaması, veya Yargıtay’ın ilk derece mahkemesi olarak görev yapması gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilir. *Anayurt*’a göre, bu istisna durumu yüksek mahkemelerin hiç hata yapmadan yargılama yapacakları veya daha doğru karar verecekleri varsayımına dayanmaktadır ve sırf yüksek mahkeme sıfatını taşıdığı gerekçesiyle verilen kararlara tartışılmazlık niteliği atfedilmesi Protokolün 2. maddesi hükmü amacıyla çelişki oluşturmaktadır⁴⁸. *Fanego* da bu görüşe katılmaktadır⁴⁹. Bizce de bu görüş uygundur çünkü ilk derece mahkemelerinde var olan yanılma riski üst derece mahkemeleri açısından da geçerlidir. Ancak Mahkeme’nin eğilimi bu fikri kabul etmemek yönündedir⁵⁰.

Son olarak, kişinin beraatından sonra üst derece mahkemesi tarafından mahkum edilmesi durumu da hakkın istisnası olarak belirlenmiştir. Bu durumda, davanın zaten iki derecede incelenmiş olduğu söylenebilir⁵¹.

3.5. İnceleme Konusu Karar: Krombach / Fransa⁵²

3.5.1. Dava Konusu Olay ve Başvuru Prosedürünün Kat Edilmesi

Fransız vatandaşı olan Bay Dieter Krombach (başvuran), ikinci eşi ve onun çocukları ile birlikte Almanya’da bir yazlıkta yaz tatili geçirmektedir. Bir gün başvuranın üvey kızı eve geldiğinde kendini kötü hissettiğini söylemiş, bunun üzerine başvuran, daha önce de yaptığı gibi, kıza (anemi hastalığının tedavisinde kullanılmak üzere satın aldığı) bir ilacı enjekte etmiştir. Aradan bir saat geçtikten sonra kız ölü bulunmuştur⁵³.

³⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılama’*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:49, Sayı 1, 1994, s. 207. Mesela (protokol özelinde) bkz.: Zhelyazkov / Bulgaristan, par. 43, Başvuru no.: 11332/04, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113750>; (Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında) Engel ve Diğerleri / Hollanda, Başvuru No.: 5370/72, par. 82, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479>.

⁴⁰ ÖZDEK: 2004, s. 199.

⁴¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref / GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Bası, Ankara 2011, s.312.

⁴² TURAN, Hüseyin: *Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri Ve Önemi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009, s.217.

⁴³ Nitekim protokolün bazı çevirilerinde madde başlığı “cezaî konularda iki dereceli yargılanma hakkı” olarak ifade edilmiştir. Mesela: Erişim Tarihi: Ekim 2019; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

⁴⁴ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par.21.

⁴⁵ FANEGO, Coral Arengüena: *The Right to a Double Degree of Jurisdiction in Criminal Offences*, Europe Of Rights: A Compendium On The European Convention Of Human Rights, Ed.: Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 2012, s. 171.

⁴⁶ Başvuru no.: 11332/04, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113750>

⁴⁷ Zhelyazkov / Bulgaristan, par. 40, 43, 44.

⁴⁸ ANAYURT: 2004, s. 150.

⁴⁹ FANEGO: 2012 s. 171.

⁵⁰ FANEGO: 2012 s. 172.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s. 312.

⁵² Başvuru no.: 29731/96, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59211>

⁵³ Krombach / Fransa, par. 9, 10, 11.

Alman yargı mercileri soruşturmaları yürütmüş ve nihayet başvuranın sorumlu olmadığına hükmetmiştir. Bunun üzerine ölen kızın babası Fransız makamlarına tekrar başvuruda bulunmuş, Fransız makamları soruşturma ve kovuşturma işlemlerini başlatmış ve başvuranın duruşmalara gelmesi için müteaddit defalar başvurana çağrı yapmışlar ancak başvuran duruşmalara gitmemiş, bir avukatla da temsil edilmemiştir⁵⁴. Neticede Fransız mahkemesi (Paris Assize Court) söz konusu ölümden başvuranı sorumlu tutmuş ve 15 yıl hapsine hükmetmiştir⁵⁵. Başvuranın kararın temyizi için yaptığı başvuru üst yargı mercii (Court of Cassation) tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Red gerekçesi, çağrılara rağmen duruşmalara gelmeyen sanığın kararı temyiz edemeyeceğini öngören Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 636. maddesidir⁵⁶.

3.5.2. Kararın Maddi Bakımdan Değerlendirmesi

Başvuran, Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 636. maddesinin, hakkında gıyapta yargılama yapılan kişinin temyiz hakkı olmadığını kesin ifadelerle belirttiğini ifade etmiştir⁵⁷. Her ne kadar bu kişilere bir yeniden yargılama (retrial) hakkı verilse de başvuran bunun konuyla alakalı olmadığını ve bu yeniden yargılama esnasında tutuklu kalmak zorunda kalacağını belirtmiştir⁵⁸.

Hükümet de yeniden yargılama hakkından bahsetmiş, yeniden yargılamadan sonra başvuranın kararı temyiz edebileceğini belirtmiş, Protokolün 2. maddesinin temyiz hakkını düzenleme şeklini ulusal mevzuata bıraktığını dolayısıyla söz konusu hükmün devletin takdir yetkisi alanında kaldığını ileri sürmüştür⁵⁹.

Mahkeme ise başvuranın iddialarını kabul ederek, devletlerin temyiz hakkını düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkileri olsa da söz konusu hakkın özüne dokunmamaları gerektiğini belirtmiştir⁶⁰. Gıyabında yargılama yapılan kişinin mahkemenin emrine uyararak, yani hapiste tutuklu kalarak, kendini aklama ve yeni bir yargılama elde etme şansı var ise de, bu pek etkili bir prosedür olmayacaktır. Kişinin tutukluğu esnasında, savunma haklarını garanti etmek devletin pozitif yükümlülüğüdür⁶¹.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuranın Fransız Ceza Usul Kanununun 630-639 maddeleri uyarınca ilk derece mahkemesinde temsil edilme imkanının bulunmadığını, gıyabında yargılama yapılan savunma makamı olarak da üst derece mahkemesinde davanın yeniden görülmesini sağlamasının söz konusu olmadığını ifade etmiş ve dolayısıyla Protokolün 2. maddesi ile korunan temyiz hakkının elinden alındığına karar vermiştir⁶².

4. EK PROTOKOL M. 3: HAKSIZ MAHKUMİYETTEN ÖTÜRÜ TAZMİNAT

4.1. Madde Metni

*“Cezayı gerektiren bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum edilen bir kimsenin bu mahkumiyet kararı, yeni ortaya çıkan ya da sonradan tespit edilen olguların o mahkumiyet kararında adli bir hata yapıldığı sonucunu göstermekte olmasına dayanılarak bilahare bozulmuş yahut bu kimse affedilmiş ise, bu mahkumiyetin bir sonucu olarak cezaya çarptırılmış olmaktan zarar gören bu kişiye, bilinmeyen olgunun zamanında ortaya çıkarılmamasında tamamen ya da kısmen kendisinin sorumlu olduğu kanıtlanmadığı sürece, ilgili o Devletin yasaları ve uygulamaları uyarınca tazminat ödenecektir.”*⁶³

4.2. Türk Anayasal Ve Yasal Sisteminde Benzer Hükümler

Anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında; *“Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”* denmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 vd. hükümlerinde ise *“koruma tedbirleri nedeniyle tazminat”* durumu düzenlenmektedir. Ancak yukarıda görüldüğü üzere Protokolün 3. maddesi haksız mahkûmiyet dolayısıyla uğranılan zararın tazmininden bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu hükümler Protokol m.3 kapsamında değerlendirilemez, Sözleşmenin 5/5 hükmü kapsamında değerlendirilir⁶⁴.

⁵⁴ Krombach / Fransa, par. 35.

⁵⁵ Krombach / Fransa, par. 45.

⁵⁶ Krombach / Fransa, par. 48.

⁵⁷ Krombach / Fransa, par. 93.

⁵⁸ Krombach / Fransa, par. 94.

⁵⁹ Krombach / Fransa, par.95.

⁶⁰ Krombach / Fransa, par. 96.

⁶¹ Krombach / Fransa, par. 99.

⁶² Krombach / Fransa, par. 100.

⁶³ GEMALMAZ: 2011, s. 167.

⁶⁴ ANAYURT: 2004, s. 151.

Şu halde, Yargıtay kararlarına göre ceza davalarında da uygulama imkanı bulan⁶⁵, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki⁶⁶ hakim sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin (m.46 vd.) bu madde kapsamına girdiği söylenebilir çünkü orada da hukuka aykırı hüküm verilmesi durumunda devlete tazminat davası açılabileceği belirtilmektedir. Hakim sorumluluğu hakkındaki hükümlerin anayasal temeli olarak anayasanın m.40/3 hükmü gösterilebilir: “Kişinin, resmi görevliler tarafında vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu etme hakkı saklıdır.”

Protokolün 3. maddesi MSHS 14/6'ya karşılık gelmektedir.

4.3. Madde İle Korunan Hukuksal Yararın İçeriği, Maddenin Kapsamı Ve Hakkın İstisnası

Madde ile korunan hukuksal yarar adil yargılanmadır. Madde, her ne kadar doğrudan doğruya yargılama işlemleri hakkında hükümler getirmiyorsa da, hatalı bir yargılama sonunda verilen hatalı kararın “adil yargılanma” gereğince bir anlamda telafi edilmesi yolunu açmaktadır⁶⁷.

Maddenin uygulanmasının ilk koşulu ortada bir mahkûmiyet bulunmasıdır. Bu mahkûmiyet kesin olmalı, taraf devlet hukukuna göre başvurulabilecek başka bir hukuki yol bulunmamalı veya başvurulabilecek hukuki yol için öngörülen hak düşürücü süre geçmiş olmalıdır⁶⁸. Diğer koşul ise, kişinin suçsuz olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması ve bu bağlamda hakkındaki mahkûmiyet hükmünün iptal edilmesi veya kişinin affa uğramasıdır⁶⁹. Bu iptal veya af hukuki gerekçelerle yapılmalıdır, eğer siyasi ya da insani gerekçelerle af veya iptal söz konusuysa madde hükmü uygulama alanı bulmaz⁷⁰. Yine, kararın usuli gerekçelerle, yeni olmayan fakat üst derece mahkemesinin farklı bir şekilde değerlendirmesinden dolayı⁷¹ ya da üst mahkeme tarafından keşfedilen ve kişinin suçlu olduğuna ilişkin yeterli şüpheler içeren yeni deliller dolayısıyla bozulması durumunda bu madde uygulanmaz⁷².

Madde hükmü tazminatın ödenme şeklini iç hukuka bırakmıştır. Hüküm devletlerin, haksız mahkumiyetten dolayı tazminat için zararın varlığının ortaya konmasını şart koşmalarını engellemektedir ya da tazminat için miktar belirlememektedir⁷³.

Kişinin suçsuz olduğunun anlaşılmasını sağlayan delilin zamanında ortaya çıkmamasında kişinin kısmen veya tamamen sorumluluğunun bulunduğu durumlar maddenin istisnasını oluşturmaktadır.

4.4. İnceleme Konusu Karar: Poghosyan Ve Baghdasaryan / Ermenistan⁷⁴

4.4.1. Dava Konusu Olay ve Başvuru Prosedürünün Kat Edilmesi

1999 yılında birinci başvuru (Bay Poghosyan), tecavüz ve adam öldürmeden suçlu bulunmuş ve on beş sene hapis cezasına çarptırılmıştır. Ancak masum olduğunu iddia etmeye devam etmiştir. 2004 yılında başvuru mahkumiyeti iptal edilmiş ve başvuru cezaevinden salıverilmiştir. Sonrasında adam öldürme ile ilgili ilk soruşturmaları yapan iki polis, yetkilerini aşmaktan dolayı mahkum edilmişlerdir ve mahkeme, itiraf elde etmek için birinci başvurucuya kötü muamele uyguladıklarına karar vermiştir. Aynı bir hukuk davasının sonucunda birinci başvuru, gelir kaybından dolayı bir tazminat elde etmiştir ama manevi tazminat ile ilgili talebi, Medeni Kanunun bu tip bir zararı karşılamayı öngörmediği gerekçesiyle reddedilmiştir⁷⁵.

⁶⁵ ELMACI, Şerafettin: *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması*, Adalet Dergisi, Sayı 37, 2010, s.205.

⁶⁶ Resmî Gazete: Tarih: 4/2/2011 Sayı: 27836. Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s. 313.

⁶⁸ İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 22.

⁶⁹ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s.313.

⁷⁰ ANAYURT: 2004, s. 151.

⁷¹ Matveyev / Rusya, Başvuru no.: 26601/02, par. 43, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87352>

⁷² İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 25.

⁷³ Shilyayev / Rusya, par. 20, Başvuru no.: 9647/02. Olayda başvuran hükmedilen tazminat miktarının az olduğundan şikayet etmiş, mahkeme de kişinin alıkonulma süresini, yerel mahkemenin olayı değerlendiriş tarzını göz önünde bulundurarak tazminat miktarının orantısız olmadığına hükmetmiştir. Şu halde, söz konusu Protokolün 2. maddesine göre hükmedilecek tazminatın orantılı olmak zorunda olduğu söylenebilir. Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70466>

⁷⁴ Başvuru no.: 22999/06, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111416>

⁷⁵ Poghosyan ve Baghdasaryan / Ermenistan, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılan özet çeviri. Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117769>

4.4.2. Kararın Maddi Bakımdan Değerlendirmesi

Mahkeme, her ne kadar 7 No.lu Protokol'ün 3. maddesi yasaya veya ilgili devlette var olan uygulamaya uygun olarak tazminat verilmesini güvence altına alıyorsa da, iç hukuk ve uygulamalarında öngörülmesi bile bir tazminatın doğacağını vurgulamıştır. Bu doğal sonuçtur. Çünkü Protokole taraf olmakla ilgili devlet tazminat ödemeyi yükümlenmektedir. İç hukuka bırakılan ise tazminat prosedürünün şeklidir. Yine Mahkeme, Protokolün 3. maddesi amacının yalnızca maddi zararların değil, maddi olmayan; sinir bozukluğu, ıstırap, yaşam kalitesinin bozulması gibi zararların da karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvurana bu yönde bir tazminat ödenmediğini görerek ihlali tespit etmiştir⁷⁶.

5. EK PROTOKOL M.4: (AYNI SUÇTAN ÖTÜRÜ) İKİ KEZ YARGILANMAMA YA DA CEZALANDIRILMAMA HAKKI

5.1. Madde Metni

“1.Hiç kimse, bir Devletin hukukuna ve ceza usul mevzuatına uygun olarak kesin bir hükümlerle beraat etmiş ya da mahkum edilmiş bulunduğu bir suçtan ötürü, aynı Devletin yargı yetki alanındaki suç kovuşturması manzumesi içinde yeniden yargılanmayacak yahut cezalandırılmayacaktır.

2.Yukarıdaki paragraf hükümleri, eğer yeni ortaya çıkan ya da sonradan tespit edilen kanıtlar var ise, ya da daha önce görülen davada davanın sonucunu etkileyen esaslı bir hata yapılmış ise, ilgili Devletin hukukuna ve ceza usul mevzuatına uygun olarak bu davanın yeniden açılmasına engel teşkil etmeyecektir.

3.Sözleşme Madde 15'e dayanılarak bu Protokolün hükümlerinden hiçbir sapma yapılmayacaktır.”⁷⁷

5.2. Türk Anayasal Ve Yasal Sisteminde Benzer Hükümler

Anayasamızda konuyu düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Madde, MSHS m. 14/7'yi karşılamaktadır. Ceza Kovuşturmasının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁷⁸ m.35, Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷⁹ m. 9, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁸⁰ m. 53, “non bis in idem” ilkesini, düzenleyen, Türkiye'nin taraf olduğu diğer sözleşmelerdir⁸¹.

Türk Ceza Kanunu'nun⁸² 11. maddesi Protokolün 4. maddesi ile düzenlenen “non bis in idem” ilkesi temel almaktadır⁸³.

“Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşığı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçta yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.” (m. 11/1)

Görüldüğü üzere yabancı bir ülkede hüküm verilmiş olması yargılama yapılmasına engeldir. Yine TCK m.12'de de benzeri bir hüküm vardır:

“Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye'de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikayeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.” (m.12/2)

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/7 hükmünde de “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar” verileceği ifade edilmektedir.

⁷⁶ Poghosyan ve Baghdasaryan / Ermenistan, par. 51, 52.

⁷⁷ GEMALMAZ: 2011, s. 167

⁷⁸ Resmi Gazete, Sayı: 15877, Tarih: 13.3.1977. Erişim Tarihi: Ekim 2019;

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002080.pdf

⁷⁹ Resmi Gazete, Sayı: 10365, Tarih: 26.11.1959. Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10365.pdf>

⁸⁰ Resmi Gazete, sayı:15877, tarih: 13.3.1977. Erişim Tarihi: Ekim 2019;

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002081.pdf

⁸¹ ÖZEN, Mustafa: *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2010, s. 403-406; İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ: 1984, par. 27.

⁸² Resmi Gazete, sayı: 25611, tarih: 12.10.2004, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

⁸³ DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2011, s.159.

5.3. Madde İle Korunan Hukuksal Yararın İçeriği Ve Maddenin Kapsamı

Madde ile ceza hukukunun en temel ilkelerinden biri düzenlenmektedir⁸⁴. “Non bis in idem” ilkesi, hem Roma hem Kilise hukuku döneminde gerek mahkumiyet gerekse beraat kararları açısından uygulanmış çok eski bir ilkedir⁸⁵. İslam hukukunda da “kaziye-i muhkem” kurumu eski zamanlardan beri uygulanmaktadır⁸⁶. İlke, hukuk güvenliği ile kesin hüküm otoritesini sağlamaktadır⁸⁷. İlkenin amacı kişinin her an ceza kovuşturması tehdidi altında kalmasını önlemek, bir fiilden dolayı beraat veya mahkumiyet kararı elde eden bireyin gelecekte aynı fiille ilgili kovuşturmayla maruz kalma şüphesini bertaraf etmektir⁸⁸. Sonuç olarak getirilen bu madde ile hukuk güvenliğinin ve adil yargılama hakkının korunmak istendiğini söyleyebiliriz.

Madde “non bis in idem” ilkesini taraf devletin ulusal hukukuyla sınırlandırmış bulunmaktadır⁸⁹. Dolayısıyla kişinin, aynı fiilden dolayı birden fazla ülkede yargılanması Protokole aykırı olmayacaktır. Yine maddenin uygulama alanı bulabilmesi için kişinin bir “kesin hüküm” ile mahkum olması ya da beraat etmesi gerekir, iç hukuk açısından kesinleşmemiş başvuru yolu olan bir karar için bu madde hükmü uygulanmaz⁹⁰.

Metninden de anlaşılacağı üzere, madde uygulaması ceza yargılaması alanı ile inhisar edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla medeni hukuk veya idare hukuku alanında bu madde uygulanmaz. Ancak yukarıda Protokol’ün 2. maddesine ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Yani Mahkeme, ulusal hukukun idari yaptırım olarak nitelendirdiği bir kararı ceza yargılaması alanına sokarak aynı fiilden iki kez yargılama yapıldığı gerekçesiyle madde hükmünün ihlal edildiğine karar verebilir⁹¹.

Son olarak maddenin üçüncü fıkrası sebebiyle Sözleşmenin 15. maddesindeki mutlak haklar listesine bir yenisinin eklendiğini söylememiz gerekir. Bu hakkın savaş veya ulusal güvenliği tehdit eden başka bir halde sınırlandırılması mümkün değildir.

5.4. İnceleme Konusu Karar: Sergey Solotukhin / Rusya⁹²

5.4.1. Dava Konusu Olay ve Başvuru Prosedürünün Kat Edilmesi

Başvuran, “huzur bozucu küçük eylemlerden” dolayı İdari Suçlar Kanunu’nun 158. maddesine dayanılarak ulusal mahkeme tarafından üç gün hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Daha sonra, aynı olaylarla ilgili olarak başvuru hakkında bir ceza kovuşturması açılmıştır. Başvurucu polis karakoluna getirilir getirilmez polisler hakaret etmek ve kamu düzenini bozmaktan dolayı Ceza Kanunu’nun 213. maddesine göre “huzur bozucu eylemlerde” bulunmaktan yargılanmış neticede beraat etmiştir.

5.4.2. Kararın Maddi Bakımdan Değerlendirmesi

Mahkeme özerk yorum ilkesinden yola çıkarak yukarıda da değinildiği üzere öncelikle olaydaki yargılamaların cezai yargılama olup olmadığına karar vermeyi gerekli bulmuştur. Çünkü ulusal hukuka göre ilk mahkumiyet bir ceza mahkumiyeti değil, idari yaptırımdır⁹³. Bu bağlamda Mahkeme, Protokolün 4. maddesi açısından yargılama prosedürlerinin sadece ulusal makamlarca ne şekilde hukuki tasnife tabi tutulduğuna bakarak karar vermenin maddenin amacına aykırı olacağını belirtmektedir⁹⁴. Sonuç olarak Mahkeme –yukarıda 2. madde ile ilgili olarak da belirtildiği gibi- hapis yaptırımını uygulanmış olmasından dolayı ilk mahkumiyeti idari yaptırım olarak değil, cezai yargılama olarak değerlendirmiştir⁹⁵.

Mahkeme, “aynı suç” kavramını anlamlandırırken, geçmişte farklı yollar izlemiştir: Bunların bir kısmında fiillerin hukuken nasıl nitelendirildiklerine bakmaksızın olayların kimliğine önem vermiş, bazılarında aynı olaylar farklı suçlara yol açabilir ilkesini koymak suretiyle hukuki nitelemeye önem vermiş, başkalarında

⁸⁴ ANAYURT: 2004, s. 152.

⁸⁵ ÖZEN: 2010, s. 390.

⁸⁶ KİNCİ, Ekrem Buğra: “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Kanun Yolları)” Erişim Tarihi: Ekim 2019, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/mahkemekararlarinkontrolu.pdf>, s.22.

⁸⁷ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s.314.

⁸⁸ ÖZEN: 2010, s. 390.

⁸⁹ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s.314.

⁹⁰ ANAYURT: 2004 s. 153

⁹¹ GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ: 2011, s. 314. Yazarların aktardıkları kararlar: Grandiger / Avusturya, Başvuru no.: 15963/90, par. 55, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958>; Fischer / Avusturya, Başvuru no.: 37950/97, par. 23, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59475>

⁹² Başvuru no.: 14939/03, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222>

⁹³ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 48.

⁹⁴ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 52.

⁹⁵ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 56.

da iki suçun temel ortak unsurlarını aramıştır. Bu yolların farklılığının 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin güvenceye aldığı temel hakla uyuşmayan bir hukuki güvensizlik kaynağı haline geldiğini düşünen AİHM, AİHS anlamında “aynı suç” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamaya karar vermiştir⁹⁶.

Sonuç olarak çeşitli uluslararası sözleşmelerdeki yaklaşımları inceledikten sonra, 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin birinci suçun oluşmasına yol açan aynı olaylar veya “özünde” aynı olan olaylar nedeniyle ikinci bir suç için bir insanın kovuşturulmasının veya yargılanmasının yasaklanması şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatine ulaşmıştır⁹⁷.

Mahkeme başvuranın ceza yargılamasında beraat etmiş olmasının 4. maddeden yararlanmasını engelleyip engellemeyeceğini de incelemiştir. Bu bağlamda maddenin yalnızca ikinci defa cezalandırılmayı değil, ikinci defa yargılanmayı da engellediğinin altını çizmiştir⁹⁸. Dolayısıyla başvuranın beraat etmesi sebebiyle maddenin uygulanamayacağından bahseden Hükümet'in iddialarını reddetmiştir⁹⁹.

5.4.3. Konuyla İlgili Türk Anayasa Mahkemesi'nin Vermiş Olduğu Bazı Kararlar

Anayasa Mahkemesi *non bis in idem* ilkesine dolaylı olarak ve hukuk devleti ilkesi bağlamında değinmektedir. Örneğin, bir kararında “*non bis in idem*” ilkesini anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan “hukuk devleti” ilkesi kapsamında değerlendirmeye almıştır¹⁰⁰.

Olayda Ankara 1. İdare Mahkemesi Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinde, ek ödeme miktarının belirlenmesinde disiplin cezalarının da etkili olacağı yönündeki hükmün kişinin iki defa disiplin cezasına çarptırılması anlamına geleceğini belirtmiştir. Çünkü kişi hem disiplin cezası almakta, hem de ek ödemeden mahrum kalmaktadır. İptal başvurusunda bulunan mahkemeye göre;

“Aynı eylemde ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bu ilke ilk bakışta sadece ceza hukuku kapsamında verilen cezaları ilgilendiren bir ilke olarak görünmekte ise de disiplin hukukunun ceza hukuku ilişkisi dikkate alındığında aynı ilkenin Hukuk Devleti'ni gerçekleştirilmesi açısından disiplin hukukunda da yer alması gerektiği açıktır.”¹⁰¹

Mahkeme bu tartışmalara girmemiş, ek ödemeden kesinti yapılmasının disiplin yaptırımı olarak nitelenemeyeceğini ifade ederek iptal başvurusunu reddetmiştir.

Mahkeme vermiş olduğu daha eski tarihli başka bir kararında¹⁰², ilkeyi daha somut bir şekilde uygulayarak iptal kararı vermiştir. İptal edilen hüküm şöyledir:

16.6.1964 günlü, 477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 40. maddesi şöyledir:

“Disiplin mahkemeleri tarafından verilip kesinleşmiş bulunan hükümlerde kanuna aykırılık bulunduğunu öğrenen Genelkurmay Başkanı, Askerî Yargıtaya başvurması için Askerî Yargıtay Başsavcısına yazılı emir verilmesi hususunda Millî Savunma Bakanından istemde bulunur.

Bu istem üzerine veya ayrıca Millî Savunma Bakanı disiplin mahkemelerince verilip kesinleşmiş bulunan hükümlerde kanuna aykırılık bulunduğunu öğrenirse, Askerî Yargıtaya başvurması için Askerî Yargıtay Başsavcısına yazılı emir (Değişik ibare: 5461 - 22.2.2006/m.5) verebilir.

*Bu hususta yazılı emir ile ilgili Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunundaki hükümler uygulanır. Şu kadar ki, Askerî Yargıtay işin disiplin mahkemesinin görevini aştığı sonucuna varırsa hükmü bozarak dâva dosyasının yetkili ve görevli mercie gönderilmesine karar verir. **Bu halde yeniden yapılacak inceleme ve kovuşturma sonucuna göre gereken karar verilir. Disiplin mahkemesi tarafından verilen ve yerine getirilen cezalar yeniden verilecek cezadan indirilir.**”¹⁰³*

⁹⁶ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 70-74.

⁹⁷ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 97.

⁹⁸ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 110.

⁹⁹ Sergey Solotukhin / Rusya, par. 111.

¹⁰⁰ Esas Sayısı: 2008/114, Karar Sayısı: 2010/53, Karar Tarihi: 01.04.2010; Resmi Gazete, Sayı: 27633, Tarih: 06.07.2010.

¹⁰¹ Esas Sayısı: 2008/114, Karar Sayısı: 2010/53, Karar Tarihi: 01.04.2010; Resmi Gazete, Sayı: 27633, Tarih: 06.07.2010.

¹⁰² Esas Sayısı: 2004/13, Karar Sayısı: 2007/58, Karar Tarihi: 17.5.2007; Resmi Gazete, Sayı: 26707, Tarih: 21.11.2007.

¹⁰³ Resmî Gazete, Sayı: 11738, Tarih: 26.06.1964, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.477.pdf>

Mahkeme söz konusu hüküm için şu gerekçelerle iptal kararı vermiştir:

“Anayasa’nın 145. maddesi uyarınca kurulan disiplin mahkemeleri kararlarının gerek itiraz üzerine, gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşmesi halinde kesin hüküm haline gelmesi nedeniyle, aradan bir süre geçtikten sonra sanığın yeniden yargılanması ve bu yargılamadan olumsuz olarak etkilenmesi, hukuk güvenliğini, vatandaşların mahkemelere olan inancını ve yargıda istikrarı olumsuz olarak etkileyeceğinden bu durum hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur”¹⁰⁴

Mahkeme bu kararında “hukuk güvenliği” ilkesine dayanmaktadır. Non bis in idem ilkesiyle korunmak istenen hukuksal yararlarından biri de –yukarıda belirtildiği üzere- “hukuk güvenliği”dir.

6. EK PROTOKOL M.5: EŞLER ARASINDA EŞİTLİK¹⁰⁵

6.1. Madde Metni

“Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, evlenmede, evlilik süresinde ve evliliğin sona ermesi halleri bakımından söz konusu özel hukuk nitelikli haklardan yararlanmakta ve sorumlulukları üstlenmekte eşit olacaktırlar. Bu Madde, Devletlerin, çocukların menfaatleri bakımından gerekli türdeki önlemleri almalarına engel teşkil etmeyecektir.”¹⁰⁶

6.2. Türk Anayasal Ve Yasal Sisteminde Benzer Hükümler

Anayasanın 41. maddesinin birinci fıkrasında “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” denmektedir. Madde MSHS’nin 23/4 hükmünü karşılamaktadır.

Medeni Kanununun 41 maddesinde de; “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. / Birliği eşler beraberce yönetirler. / Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” denmektedir.

6.3. Madde İle Korunan Hukuksal Yararın İçeriği, Maddenin Kapsamı Ve Sınırı

Madde ile eşitlik ilkesi korunmaktadır. Söz konusu olan eşitlik medeni hak ve yükümlülüklerde eşitlik, kamu hukuku kapsamındaki uygulamalar bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yani madde ile, mülkiyet, çocuklarla ilişkiler, kişisel statü gibi durumlarda eşitlik sağlanmaktadır. İş yahut sosyal güvenlik alanlarına ilişkin düzenlemeler veya idare hukuku konuları bu madde açısından değil, belki Sözleşmenin 14. maddesi açısından değerlendirilir¹⁰⁷.

Mahkeme, madde ile esasen devletlere evlilik ile ilgili hususlarda eşitlik ilkesini tatmin edici yasal düzenlemeler yapması yönünde pozitif yükümlülük getirildiğini ifade etmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla Mahkeme, incelemesini yasal düzenlemelere yöneltmekte ve devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini incelemekte, yasal düzenlemeleri hedef almayan, yalnızca ilgili ülke makamlarının uygulamalarından kaynaklanan başvuruları reddetmektedir¹⁰⁹. Mahkeme kararları incelendiğinde hiç ihlal kararı olmadığı görülecektir. Bu madde Sözleşmenin 8, 12 ve 14. maddeleri karşısında uygulama imkanı bulamamaktadır¹¹⁰.

Madde 8. madde bağlamında bir özel hüküm değil, 8. maddeye yapılan bir ilavedir¹¹¹. Maddede evlilikte ve evliliğin sona ermesinde eşitlikten bahsedilmesi maddenin boşanma hakkı verdiği anlamına gelmez, devletler bu madde ile kişilere boşanma hakkı tanıma gibi bir yükümlülük yüklenmemişlerdir¹¹².

Çocuklar yararına alınabilecek önlemler hakkın istisnası olarak belirtilmiştir. Örneğin anneye muhtaç çocuğun velayetinin anneye verilmesi durumunda madde ihlal edilmiş olmayacaktır. Nitekim, Chepelev /

¹⁰⁴ Esas Sayısı: 2004/13, Karar Sayısı: 2007/58, Karar Tarihi: 17.5.2007; Resmi Gazete, Sayı: 26707, Tarih: 21.11.2007.

¹⁰⁵ *Gemalmaz* Türkiye’nin 7. ek Protokolü imzalamış olmasına rağmen onaylamamasın sebebi olarak bu maddeyi göstermekte idi. Yazara göre Türk Medeni Kanunu’nda 2001’de yapılan değişiklikle kanunun eşitsiz yönleri büyük ölçüde bertaraf edilmiştir. Bu yüzden, sözleşmenin onaylanması beklenmelidir. Bkz.: **GEMALMAZ**: 2012, s. 115. *Gemalmaz*’ın bu beklentisi yaklaşık yedi yıl sonra gerçekleşmiştir.

¹⁰⁶ **GEMALMAZ**: 2011, s. 167.

¹⁰⁷ **İNSAN HAKLARI İDARİ KOMİTESİ**: 1984, par. 35, 36.

¹⁰⁸ *Cernecki / Austria*, Başvuru no.: 31061/96, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5362>

¹⁰⁹ *Iosub Caras / Romania*, Başvuru no.: 7198/04, par. 56, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76507>; *Monory / Hungary and Romania*, Başvuru No.: 71099/01, par. 4, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23761>.

¹¹⁰ **ŞİRİN, Tolga**: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme”, Erişim Tarihi: Ekim 2019; https://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar_%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol

¹¹¹ **ANAYURT**: 2004 s.153.

¹¹² **GÖZÜBÜYÜK / GÖLCÜKLÜ**: 2011, s.345.

Rusya kararında Mahkeme, Protokolün 5. maddesi bakımından ihlal olmadığına karar verirken, çocukların korunmasına yönelik gerekli önlemlerin alındığı şeklindeki hükümet iddiasını kabul etmiştir¹¹³.

7. SONUÇ

Sözleşmeye ek 7 numaralı Protokol, MSHS’de belirlenmiş bazı hakların Sözleşme kapsamına ve AİHM korumasına alınması açısından önem taşımaktadır. Özellikle “adil yargılanma hakkı” bağlamındaki, MSHS m.14’te yer alan fakat Sözleşme’de bulunmayan, bazı hak ve menfaatler Protokol ile AİHM koruması kapsamına alınmıştır. Protokol ile “non bis in idem” ilkesinin Sözleşme kapsamına alınması, AİHS m. 15 ile belirlenen çekirdek alanın da genişlemesi sonucunu doğurmuştur.

Türkiye ise 1985’te imzaladığı bu Protokol’ü yaklaşık 31 yıl aradan sonra onaylamıştır. İnsan hakları alanında, yabancılar, evlilikte eşitlik ve adil yargılanma hakkı ile ilgili önemli yenilikler ve gelişmeler getiren bu Protokolün imzalanması, insan hak ve özgürlükleri adına önemli bir adım olmuştur. Üstelik 1985’ten bu yana Türkiye, eşitlik ile ilgili ve Protokol’ün getirdiği diğer alanlarda büyük gelişmeler de gösterdiğinden, Türkiye’nin Protokol’den dolayı yoğun tazminat sorunlarıyla karşılaşması gibi bir durum ortaya çıkmayacaktır.

Sonuç olarak bir kısmı zaten anayasal ve yasal mevzuat tarafından koruma altına alınmış bazı hususlar bu sözleşmenin onaylanması ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de denetim alanına girmiştir. Bu çalışmada Protokol’deki hükümlerin Türk hukukundaki anayasal ve yasal karşılıkları da gösterilmeye çalışılmıştır. Mahkeme içtihatlarının 7. Ek Protokol kapsamındaki haklarla ilgili konularda çoğalması ve gelişmesi, sonraki çalışmalara kaynak teşkil edecektir.

8. KAYNAKÇA

8.1. Kitap Ve Makaleler:

- ANAYURT, Ömer: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nda Kişisel Başvuru Yolu*, Seçkin, Ankara 2004.
- AYDOĞAN, Doğa: *Yabancı Çingenelerin Türkiye’ye Giriş, İkamet, Seyahat Özgürlükleri ile Türkiye’den Sınırdışı Edilmeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Sayı 1, 2007.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2011.
- DOUWE, Korff: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap*, çev.: Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi Yayınları, 1. Baskı, Belçika, Kasım 2006
- ELMACI, Şerafettin: *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması*, Adalet Dergisi, Sayı 37, 2010
- FANEGO, Coral Arengüena: *The Right To A Double Degree Of Jurisdiction In Criminal Offences*, Europe Of Rights: A Compendium On The European Convention Of Human Rights, Ed.: Javier Garcia Roca, Pablo Santolaya, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda, 2012.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt II, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal, İstanbul, Aralık 2012
- GEMALMAZ, Mehmet Semih: *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri*, I. Cilt Bölgesel Sistemler, İstanbul 2011.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılama’*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:49, Sayı 1, 1994
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Gölcüklü Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, 9. Bası, Ankara 2011, s.312.
- KİNCİ, Ekrem Buğra, “İslam Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Kanun Yolları)”, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/mahkemekararlarininkontrolu.pdf>
- ÖZDEK, Yasemin: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayınları, Ankara 2004.
- ÖZEN, Mustafa: *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2010.

¹¹³ Başvuru no.: 58077/00, par. 36, Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81910>

ŞİRMEN, K.Sedat: *Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı:3, Yaz 2009.

ŞİRİN, Tolga: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme", Erişim Tarihi: Ekim 2019; https://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol

TURAN, Hüseyin: *Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri Ve Önemi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 84, 2009.

8.2. Mahkeme Kararları:

Başvuru no.: 14939/03, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222>

Başvuru no.: 15963/90, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958>

Başvuru no.: 19823/92, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57911>

Başvuru no.: 11332/04, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113750>

Başvuru no.: 11332/04, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113750>

Başvuru no.: 1365/07, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-86093>

Başvuru no.: 22999/06, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111416>

Başvuru no.: 22999/06, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117769>

Başvuru no.: 26601/02, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-87352>

Başvuru no.: 29731/96, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59211>

Başvuru no.: 45983/99, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79107>

Başvuru no.: 5370/72, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70841>

Başvuru no.: 58077/00, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81910>

Başvuru no.: 60846/10, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104289>

Başvuru no.: 9647/02, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70466>

Başvuru no.: 14038/88, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>

Başvuru no.:37950/97, Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59475>

8.3. İnternet Kaynakları

Erişim Tarihi: Ekim 2019;

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=31/05/2013&CL=ENG>

Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/024.htm>

Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479>

Erişim Tarihi: Ekim 2019; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

Erişim Tarihi: Ekim 2019; http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf>

Erişim Tarihi: Ekim 2019;

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002080.pdf

Erişim Tarihi: Ekim 2019;

http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002081.pdf

Erişim Tarihi: Ekim 2019; <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm> İnsan Hakları İdari Komitesi (Steering Committee for Human Rights) tarafından hazırlanan açıklayıcı rapor (Explanatory Report).