

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Geçiş Dönemi Adaleti*

Eva Brems**

Özet

Uluslararası insan hakları hukuku, bir hükümetin geçmiş rejimin mirasıyla ve/veya şiddet içeren bir çatışmayla başa çıkma çabalarını da kapsamak üzere tüm politika alanlarındaki hükümet uygulamalarına yönelik asgari gereklilikleri ortaya koyar. İkinci Dünya Savaşı sonrası ulusüstü insan hakları koruma mekanizmaları oluşturmanın kendisini geçiş dönemi adalete yönelik bir çaba olarak değerlendirmek belli ölçülerde mümkündür. Bu durum özellikle savaşın bitiminden sadece birkaç yıl sonra, 1951'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) kabul eden Avrupa için geçerlidir. Sözleşmenin kabul edilmesinden itibaren, geçiş dönemi adalete ilişkin AİHS içtihadı, onarım ve tazminin yanı sıra yasal takibat, siyasi arındırma (*lustration*), hafıza ve hakikat dahil olmak üzere pek çok konuya ilişkin yüzlerce hüküm ve karar içerir. İchtihatta bahsi geçen olaylar, İkinci Dünya Savaşı'nın mirasını, Orta ve Doğu Avrupa'daki Komünist rejimlerin mirasını, eski Yugoslavya'da savaşın sonuçlarını kapsar. Bu içtihat, bir dizi standart ve kriter ortaya koymakta ve geçiş dönemi adaleti alanına göre bu standart ve kriterlere daha fazla önem atfedilmesini güvence altına almaktadır.

Giriş

Uluslararası insan hakları hukuku, bir hükümetin geçmiş rejimin mirasıyla ve/veya şiddet içeren bir çatışmayla başa çıkma çabalarını da kapsamak üzere tüm politika alanlarındaki hükümet uygulamalarına yönelik asgari gereklilikleri ortaya koyar. İnsan haklarının, insan haysiyetinin temel koşullarını sağlamayı hedeflediği düşünüldüğünde bu gayet yerindedir. Geçmişin insan hakları ihlalleri, insan hakları değerleri ve standartlarıyla tümüyle uyumlu bir çerçevede ele alınmak zorundadır. Ancak, uygulamada bunun nasıl sağlanacağı belirgin değildir. Barış anlaşmaları ve geçiş dönemi mekanizmalarını düzenleyenler açısından insan hakları normları, özellikle barış, güvenlik, istikrar ve sosyal uyum gibi aciliyet taşıyan kaygılar karşısında mutlaka öncelik taşımazlar.

Yakın zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Büyük Dairesi, Bosna Hersek'te Roman ve Yahudi bireylerin parlamento veya başkanlık seçimlerinde aday olmalarını engelleyen anayasal düzenlemenin ayrımcı olduğu kararını¹ verirken,

1 Sejdic ve Finci - Bosna Hersek, Başvuru No. 27996/06 ve 34836/06, AİHM (Büyük Daire) (22 Aralık 2009). AİHM'nin tüm içtihat kararlarına Mahkeme'nin web sitesindeki HUDOC veritabanından erişilebilir, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

* İngilizce orijinalinden *Hafıza Merkezi* adına Eylem Akçay tarafından çevrilmiştir.

** İnsan Hakları Merkezi, Ghent Üniversitesi, Belçika. Email: eva.brems@ugent.be

© Eva Brems (2011). Yayımcı Oxford University Press. Tüm hakları saklıdır.

Her türlü kullanım izni için lütfen journals.permissions@oup.com adresine yazınız.

elindeki bulgular Mahkemenin içtihadına göre gayet açıktı. Bununla beraber karar, Bosna'daki Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırlar arasındaki güç paylaşımında uzlaşma sağlayan 1995 Dayton Barış Anlaşması'nın önemli bir kısmını geçersiz kılmıştı. Mahkemedeki bir muhalif sonuca o denli öfkelenmişti ki hükmü 'Dayton Anayasası'nı besleyen kan ırmaklarını hesaba katmayı ihmal eden şöhret budalası bir illüzyon inşa etme pratiği' olmakla suçlamıştı.²

Son sözün görev tanımları icabı dar bir yasal bakış açısı ile hüküm veren yargıçlara bırakılmasına direnç göstermek elbette gereklidir. Bu, disiplinler arası bir yaklaşım gerektiren tüm karmaşık siyaset alanlarında böyledir. Oysa insan hakları norm ve mekanizmaları, geçiş dönemi adaletinin gelişen uluslararası normatif çerçevesinde önemli işlevler üstlenebilirler. İkinci Dünya Savaşı sonrası ulusüstü insan hakları koruma mekanizmaları oluşturmanın kendisini, bu olayların tekrar etmesini engellemeyi amaçladığı için geçiş dönemi adaletine yönelik bir çaba olarak değerlendirmek belli ölçülerde mümkündür. Bu durum özellikle savaşın bitiminden sadece birkaç yıl sonra, 1951'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) -resmi adıyla İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi'ni- kabul eden Avrupa için geçerlidir.

Geçiş dönemi adaletine ilişkin AİHM içtihadı, tazmin ve onarımın yanı sıra yasal takibat, siyasi arındırma (*lustration*), hafıza ve hakikat dahil olmak üzere pek çok konuya ilişkin yüzlerce hüküm ve karar içerir. İchtihatta bahsi geçen en önemli olaylar, İkinci Dünya Savaşı'nın mirasını, Orta ve Doğu Avrupa'daki Komünist rejimlerin mirasını, eski Yugoslavya'da savaşın sonuçlarını kapsar. Tüm bu olaylarda, ilgili devletler ancak bir siyasi geçiş döneminden sonra AİHS sistemine katıldılar. AİHM'nin zaman bakımından yargı yetkisi (*temporal jurisdiction*), ilgili devlette AİHS'in yürürlüğe girmesinden önceki olayları kapsamadığından, geçiş dönemi adaletiyle ilişkili içtihadın etkisi pozitif normatiflikle sınırlı kalır. Fakat, bir bütün olarak, ilgili hiçbir aktör tarafından inkar edilemeyecek bir dizi standart ve kriter ortaya konmuştur. Bu makalede içtihadı incelemeye başlamadan önce, yerel geçiş dönemi adalet mekanizmalarını değerlendirerek AİHM gibi bir uluslararası insan hakları mahkemesine düşen rolü kısaca ele alacağız.

Yerel Geçiş Dönemi Adaletinde AİHM'nin Rolü

AİHM'nin geçiş dönemi adaletine ilişkin çalışmaları, sadece geçiş dönemi adaleti içtihadına özgü olmayıp Mahkeme için kalıcı zorluklar teşkil eden bir dizi gerilim alanında konumlandırılabilir.

Siyasal Olana Karşı Hukuki Olan

Tüm mahkemeler, fakat özellikle temel haklar konusunda hükümde bulunanlar, yargısal anlamda özkısıtlama (*judicial restraint*) ve aktivizm (*judicial activism*) arasında en uygun dengeyi bulmak zorundadırlar.³ Kıta Avrupası'nda güçler ayrılığı kuramının başlıca yorumları, yargıçların seçilmiş görevlilerin alanına özgü olduğu düşünülen hayli siyasi konularda son sözü söylemesi fikrine karşı çıkar. Geçiş dönemi adaleti

(Erişim tarihi: 6 Nisan 2011).

2 Yargıç Giovanni Bonello'nun karşıt görüşleri için bkz. Sejdic ve Finci - Bosna Hersek, Başvuru No. 27996/06 ve 34836/06, AİHM (Büyük Daire) (22 Aralık 2009), 54.

3 Dragoljub Popovic, 'Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights,' Creighton Law Review 42 (2009): 361-396.

düzenlemelerinin siyasi partiler ve hatta uluslararası delegasyonlar arasındaki üst düzey siyasi müzakerelerin sonucu olduğu ve bu nedenle yargı organının bu tür düzenlemelerle ilgilenirken en yüksek özkısıtlamayı göstermesi gerektiği iddia edilebilir. Bu akıl yürütmeyi takiben, geçiş dönemi adaleti meseleleriyle ilgilenmek konusunda Avrupa Konseyi'nin siyasi organlarının (Bakanlar Kurulu ve Parlamenter Meclisi) ve teknik programlarının daha fazla meşruiyeti olduğu söylenebilir.⁴

AİHM'nin 'siyasi açıdan hassas' davalardaki pratiği her iki yaklaşımı da barındırmıştır.⁵ Mesela, kürtaj konusunda karar vermektan sürekli olarak kaçınırken, Kürt meselesi⁶, Çeçen meselesi⁷, aynı cinsiyetten çiftlerin evlat edinmesi⁸ gibi siyasi açıdan hassas diğer konularda güçlü kararlar vermiştir. Buradan hareketle, Mahkemenin Avrupa'da insan haklarının denetlenmesi amacıyla geçiş dönemi adaleti önlemleri almaktan çekinmeyeceği anlaşılmaktadır. Bununla beraber, Avrupa Konseyi siyasi organlarının bu alandaki rolü daha önemli görülebilir. Ne de olsa bir konuyu ele almak için şikayet almak zorunda değillerdir ve yargı yetkisi gibi teknik engelleri bulunmamaktadır.⁹ Mesela, Sırbistan'ın Bakanlar Kurulu tarafından yönetilen katılım sonrası işbirliği programı, devleti, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara yönelik yasal takibat yapmaya, ayrıca Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'yle (ICTY) tam bir iş birliği yapmaya mecbur kılmaktadır.¹⁰

Ulusal Olana Karşı Ulusüstü Olan

Ulusüstü bir organ olarak AİHM'nin insan haklarını izlemedeki rolü, taraf ülkelerdeki yerel mahkemeleri tamamlayıcıdır.¹¹ Bu tamamlayıcılık ilkesi, mahkeme içtihadında ulusal otoritelerin 'takdir payı' doktriniyle ifade edilmiştir. Mahkeme, kapsamı değişebilen bu takdir payının varlığını her zaman kabul eder. Takdir payı geniş olduğunda, Avrupa'daki uygulama geniş ölçüde çeşitlilik gösterebilir. Her devlet mevzu bahis hak ile bu hakkı kısıtlayabilecek diğer çıkarlar arasında kendine uygun bir denge kurmayı gözetebilir.¹² Mahkemenin geçiş dönemi adaleti üzerine verdiği kararlarda

4 Örnek olarak Avrupa Konseyi Demokrasi ve Politik İşler Müdürlüğü uyuşmazlık sonrası programına bakınız. http://www.coe.int/t/dgap/progCoop_en.asp (Erişim tarihi: 6 Nisan 2011).

5 Örnek olarak bkz. Marie-Bénédicte Dembour, 'The Convention in a Realist Light,' Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention, ed. Marie-Bénédicte Dembour (Cambridge: Cambridge University Press, 2006).

6 Diğerleriyle birlikte, *Menteş ve Diğerleri - Türkiye*, Rep. 1997-VIII, Fasc. 59, AI HM (Büyük Daire) (28 Kasım 1997); Tanrıku - Türkiye, Başvuru No. 23763/94, AI HM (Büyük Daire) (8 Temmuz 1999); Öcalan

- Türkiye, Başvuru No. 46221/99, AİHM (Büyük Daire) (12 Mayıs 2005).

7 Diğerleriyle birlikte, *Isayeva ve Diğerleri - Rusya*, Başvuru No. 57947/00, 57948/00 ve 57949/00, AİHM (Büyük Daire) (24 Şubat 2005); Chitayev - Rusya Başvuru No. 59334/00, AİHM (18 Ocak 2007); Ibragimov ve Diğerleri - Rusya, Başvuru No. 34561/03, AİHM (29 Mayıs 2008).

8 EB - Fransa, Başvuru No. 43546/02, AİHM (Büyük Daire) (22 Ocak 2008).

9 Avrupa Konseyi'nin komünizm sonrası geçişlerdeki rolü üzerine kısa bir bakış için bkz. Steven Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

10 Avrupa Konseyi Belgrad Ofisi, 'Serbia: Compliance with Obligations and Commitments and Implementation of the Post-Accession Co-operation Programme: CoE Committee of Ministers' 4th Report,' http://www.coe.org.rs/eng/news_sr_eng/?conid=1176 (Erişim tarihi: 6 Nisan 2011). Ayrıca bkz. Victor Peskin and Mieczysław P. Boduszynski, 'Balancing International Justice in the Balkans: Surrogate Enforcers, Uncertain Transitions and the Road to Europe,' *International Journal of Transitional Justice* 5(1) (2011): 52-74.

11 Bu konuda bkz. Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2009)

12 Takdir yetkisi üzerine (bkz. A.g.e.) sayısız referans vardır, o zellikle, Eva Brems, 'The Margin of

takdir payının hem kısıtlı hem de geniş olarak uygulandığı farklı durumlar görülebilir. Bir yandan, Mahkeme ciddi insan hakları ihlallerinin düzeltilmesini gözettiği ölçüde takdir payını kısıtlama gereksinimi duyabilir. Aslında, AİHS içtihadı, işkencenin yasaklanması¹³ ve yaşama hakkı bağlamında takdir payına yer bırakmaz. Diğer yandan, geçiş dönemi adaletinde 'tüm durumlara uygun tek kalıp' yaklaşımına karşı çıkan ve uygun geçiş dönemi adaleti girişimlerini şekillendirmede ulusal ve yerel bağlamların önemini vurgulayan belirgin bir eğilim ortaya çıkmıştır.¹⁴ Buna göre belirli bir bağlamda uygulanacak geçiş dönemi adaleti yaklaşımı geniş bir takdir payı gerektirebilir. Mahkemenin bu akıl yürütmeyi takip edip etmediği aşağıdaki içtihat incelemesinin odak noktalarından biridir.

Pozitif Normatiflik: Bir Devlet Geçiş Döneminden Sonra Ne Yapmalıdır

Devletin aktif bir harekette bulunmaması veya yeni rejimlerin geçmiş acılara yeterli cevap sunmaması karşısında, İkinci Dünya Savaşı'nda veya Komünist rejimlerde işlenen ciddi ihlallerden sağ kalanlar AİHM'e yazılı başvurularda bulunmuşlardır. İddiaların çoğu, Mahkemenin *ratione temporis* (zaman bakımından) yargılama yetkisi sınırları itibariyle kabul edilemez bulunmuştur. Zira Mahkeme sadece ilgili devlette AİHS'in yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşen olaylarla ilgilenebilirdi.¹⁵ Mesela, Bulgar Komünist rejiminin 1984-1989 arasında öldürme, hukuk dışı tutuklama ve zorla isim değiştirmeler dahil olmak üzere Türk azınlıklara yönelik baskılarına ilişkin dava reddedilmiştir, çünkü Bulgaristan AİHS'i 1992'de kabul etmiştir.¹⁶ Benzer şekilde, İkinci Dünya Savaşı sonrasında annesinin Alman soyundan olması dolayısıyla 12 yaşındayken tutuklanan ve beş aylık angaryaya tabi tutulan bir kadın Strasburg'da onarım talebinde bulunamamıştır çünkü Polonya'ya yönelik şikayetlerin 30 Nisan 1993 tarihinden sonra gerçekleşen olaylara ilişkin olması gerekmektedir.¹⁷

AİHM hükümlerinin zaman bakımından yargılama yetkisi engelini aşacak bir yorumunun yapılması imkansız değildir. Başvuranlar da bu yönde kuvvetli argümanlar geliştirmiştir. Mesela, Komünist rejimlerde zorunlu askerlik süresince komünizmin potansiyel düşmanları olarak görülen bireylere uygulanan zorunlu iş için onarım, zorunlu çalıştırmanın yasaklanması (Madde 4) kapsamında değil adil yargılanma hakkı (Madde 6) ve mülkiyet hakkı (Protokol 1 Madde 1) kapsamında dava edilmiştir. Fakat AİHM, prosedürel düzenlemeler altında temel haklar oluşturan, veya mevcut mülkiyeti korumak amacıyla konulmuş bir hükmü mülkiyet edinme hakkının korunması amacıyla

Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights,' *Zeitschrift fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996): 240-314; Eva Brems, 'The Margin of

Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Accommodating Diversity within Europe,' *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, ed. David P. Forsythe and Patrice C. McMahon (Lincoln, NE: University of Nebraska Press, 2003).

13 David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed. (New York: Oxford University Press, 2009).

14 David Bloomfield, Teresa Barnes and Luc Huyse, eds, *Reconciliation after Violent Conflict: A Handbook* (Stockholm: International IDEA, 2003); 'The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: Report of the Secretary-General,' UN Doc. S/2004/616 (2004).

15 Danimarka, Almanya, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Norveç, İsveç ve İngiltere'de AİHS 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girdi. Madde 59(2)'ye göre AİHS, onaylandığı ülkede ilgili devletin bir onaylama aracına sunduğu gün yürürlüğe girer.

16 *Harun Abiloglu ve Diğer 96 kişi - Bulgaristan*, Başvuru No. 39553/98, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) (20 Mayıs 1998).

17 *Siewert - Polonya*, Başvuru No. 44988/98, AİHM (dec.) (21 Kasım 2000).

kullanan yenilikçi yorumlara girişmek istememiştir.¹⁸ BM İnsan Hakları Komisyonu ise, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 26. Maddesindeki ayrımcılık karşıtı kanun hükmünü kullanarak, yeni rejim altında ihlalin sürekliliğine dayalı farklı bir yaklaşım benimsemiştir.¹⁹ Netice itibarıyla, AİHM'nin yargılamayı zamana bağlı olarak reddetmesinin bir tercih olduğu ve bunun bir alternatifi olduğu iddia edilebilir.²⁰

Terörün ve Şiddet İçeren Baskıların Faillerini Yargıla

Zamansal kısıtlamalar uygulanmadığında, AİHS'te geçmiş rejimlerin ciddi insan hakları ihlallerine ilişkin getirilen ilk yükümlülük, sivillerin öldürülmesi, kaybetmeler, işkence ve benzer suçlardan sorumlu olan failer hakkında soruşturma açılmasıdır. Yaşam hakkı (Madde 2), ölümler ve kaybetmelerin araştırılması, sorumlu olanların tespit edilmesi ve cezalandırılmasına yönelik prosedürel bir zorunluluk içerir.²¹ Benzer bir prosedürel zorunluluk işkencenin yasaklanması konusunda da geçerlidir (Madde 3).²² Söz konusu olaylar AİHS'in ilgili devlette yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşmiş olsa bile Mahkeme, prosedürel önlemlerin önemli bir kısmı AİHS'in yürürlüğe girmesiyle birlikte kabul edildiği veya edilmiş olması gerektiği için prosedürel zorunlulukları ele alabilir. Bu çerçevede, AİHS Romanya'da ancak Haziran 1994'te yürürlüğe girmiş olsa bile Mahkeme Aralık 1989'da Timişoara'daki anti-komünist gösterilerin şiddetle bastırılması ile ilgili insan hakları ihlali tespitinde bulunabilmişti.²³ Yargıçlar Romanya yetkililerinin şiddetin faillerini kovuşturmakta ihmali olduğunu belirtmişlerdi.

Geçmiş Hakkında Özgür Tartışma İçin Alan Bırak

Hakikat arayışı, bir toplumun şiddet dolu ve otoriter geçmişini ele alma çabalarının temel bir parçasıdır. AİHS her ne kadar bir devleti resmi bir hakikat arayışı pratiğini harekete geçirmeye zorlamıyorsa da, devletlerin geçmiş hakkında yürütülecek tartışmaları sınırlama veya kontrol etme imkanlarını sınırlandırır.

AİHM uzun süredir kamuya yönelik 'siyasi' beyan ve ifadeleri hak olarak koruma altında saymaktadır. Dolayısıyla, bu tür hakların üzerindeki kısıtlamaları sıkı biçimde incelemeye tabi tutar. Bu düşünme tarzı, eski rejimden birilerinin o dönemki eylemleri hakkında iddialarda bulunduğu veya tarihin yorumlanışına hararetle karşı çıktığı için suçlanmış olan kişilere de uygulanmıştır.²⁴ Mahkeme, 'tarihsel hakikat arayışının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası' olduğunu kabul eder.²⁵ Bu tür ifadelerin özgür bırakılması önemli kamusal mevzulardır çünkü insanları 'geçmişle yüzleşmeye'²⁶ zorlarlar veya '[bir ülkenin] gelecekteki demokratik gelişimine yansımaları' olabilir.²⁷

18 *JS ve Diğerleri - Polonya*, Başvuru No. 33945/96, AİHM (dec.) (23 Mart 2000).

19 *Simunek v.d. - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No. 516/1992, HRC (31 Temmuz 1995). Ayrıca *Çek Cumhuriyeti*yle ilgili bir dizi dava üzerinden tutarlı içtihatı takip etmek için bkz. *Adam* (25 Temmuz 1996), *Des Fours Walderode* (30 Ekim 2001), *Kriz* (1 Kasım 2005), *Ondracka* (31 Ekim 2007), *Kohoutek* (17 Temmuz 2008) ve *Slezak* (20 Temmuz 2009).

20 Tom Allen, 'Restitution and Transitional Justice in the European Court of Human Rights,' *Columbia Journal on European Law* 13 (2006): 1-46.

21 *Harris v.d.*, y.a.g.e. n 13.

22 AİHS Madde 3, bazen Madde 13'te düzenlenen etkili yargılama hakkıyla birleştirilerek kullanılır.

23 *Sandru ve diğerleri - Romanya*, Başvuru No. 22465/03, AİHM (8 Aralık 2009).

24 Örneğin, *Oberschlick (no 2) - Avusturya*, Rep. 1997-IV, Fasc. 42, AİHM (1 Temmuz 1992).

25 *Monnat - İsviçre*, Başvuru No. 73604/01, AİHM (21 Eylül 2006), sec. 57.

26 *Karsai - Macaristan*, Başvuru No. 5380/07, AİHM (1 Aralık 2009), sec. 35.

27 *Feldek - Slovakya*, Başvuru No. 29032/95, AİHM (12 Temmuz 2001), sec. 81. Bu davada demokratik geçiş bağlamının rolü üzerine bkz. James A. Sweeney, 'Divergence and Diversity in Post-Communist European Human Rights Cases,' *Connecticut Journal of International Law* 21 (2005): 1-40.

Burada iddiaların olgusal zemini olmalıdır.²⁸ Bununla beraber, ifade özgürlüğü ilkesi, 'rencide edici, sarsıcı veya rahatsız edici fikirler'²⁹ için uygulandığı gibi, 'herhangi bir kesinliğe varmanın muhtemel olmadığı' ve 'tartışmanın henüz devam ettiği bir alan'³⁰ olan tarihsel tartışmalara da uygulanır. Ayrıca, konu üzerinden uzun bir zaman dilimi geçtiğinde, özgür tartışmaya ilişkin sınırlamaların meşruiyeti daha da azalır. İsviçre'nin İkinci Dünya Savaşı'ndaki rolünün eleştirisiyle ilgili bir başvuruda Mahkemenin yaklaşımı şöyle olmuştur:

*Geçen 50 yıllık zaman sonunda bu tür ifadelerle ilgilenmek, 10 veya 20 yıl öncesinde olduğu kadar makul olmamaktadır. Bu, her ülkenin kendi tarihi üzerine açık ve serinkanlılıkla tartışmak için göstermesi gereken çabaların bir kısmını oluşturur.*³¹

Bununla beraber, politikacı olarak aktif olmayan insanların eylemlerine ilişkin iddialar söz konusu olduğunda, yerel yetkililer geçen zamanı tam tersi şekilde yorumlayabilir ve böylece unutulma hakkını tanıyabilirler. İkinci Dünya Savaşı sırasında tanınmış bir Alman film yapımcısı tarafından işlenen bir cinayetin tartışmasını yeniden gündeme getiren bir gazeteciye karşı açılmış bir itibarsızlaştırma davasında Mahkeme bu yönde karar vermişti. Film yapımcısı cezasının bir kısmını çekmiş, kalanı için ise affedilmişti.³²

Bu durumun da gösterdiği gibi, özgür tartışma için alan bırakma ihtiyacı otoriter geçmişin kendisiyle, ayrıca geçmişin mirasına yönelik alınan tavırla, diğer bir deyişle geçiş dönemi adaleti süreciyle ilişkilidir. Bu bağlamda Çek yetkililerinin, üyelerinin Komünist dönem suçları ile ilgili cezasızlıklarını sonlandırmak adına bir siyasi partiye onay vermeyi reddetmeleri, örgütlenme özgürlüğünü ihlal eden bir durum olarak görülmüştü.³³

Geçmiş tartışma özgürlüğüne dair önemli bir istisna, Yahudi Soykırımı'nın inkar edilmesinin veya savunulmasının kriminalleştirilmesidir. Bu tip suçlar bir dizi Avrupa yargısında ceza gerektiren suç kapsamına alındı ve ifade özgürlüğüne meşru bir sınırlama olarak değerlendirildi.³⁴ Böyle bir bağlamda, Mahkeme, AİHS haklarının başkalarının haklarını ortadan kaldıramayacağını belirten 17. Maddenin suistimal edildiğine dayanarak karar verdi. Mahkemeye göre, Yahudi Soykırımı'nın inkarı,

*hakikat arayışına benzer bir tarihsel araştırma mevzusu değildir. Bu yaklaşımın amacı ve sonucu birbirinden tamamen farklıdır. Gerçek hedef, Nasyonal Sosyalist rejime itibarını iade etmektir.*³⁵

Yine de, bu tür suç isnatları geniş bir biçimde yorumlandıkları takdirde ifade

28 *Feldek - Slovakya*, Başvuru No. 29032/95, AİHM (12 Temmuz 2001), sec. 81. Olgulara dayanmayan suçlamalar itibarı korumak adına kısıtlanabilir: *Radio France - Fransa*, Başvuru No 53984/00, AİHM (30 Mart 2004).

29 *Handyside - İngiltere*, Başvuru No. 5493/72, AİHM (7 Aralık 1976), ve sonrasındaki tutarlı içtihat.

30 *Monnat - İsviçre*, Başvuru No. 73604/01, AİHM (21 Eylül 2006), sec. 63.

31 A.g.e., sec. 64.

32 *Middelburg, Van Der Zee ve Het Parool - Hollanda*, AİHM (dec.) (21 Ekim 1998)

33 *Linkov - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No. 10504/03, AİHM (17 Aralık 2006).

34 *Garaudy - Fransa*, Başvuru No. 65831/01, AİHM (24 Haziran 2003); *Remer - Almanya*, Başvuru No. 25096/94, AİHK (6 Eylül 1995).

35 *Garaudy - Fransa*, Başvuru No. 65831/01, AİHM (24 Haziran 2003).

özgürlüğünü ihlal edebilirler. Zira Mahkeme özgür tarih tartışmasının önemini vurgulamaktadır.³⁶

Eski Rejimin Güvenlik Birimleri Tarafından Tutulan Kişisel Dosyalara Erişim Sağlanması

AİHM, kamu yetkililerin³⁷ ulusal güvenliği tehdit edici bilgi içermeyen kişisel verilere dair tuttukları dosyalara devletlerin etkin bireysel erişim sağlamasını şart koşmuştur.³⁸ Eski rejimin güvenlik birimleri tarafından tutulan çoğu dosyanın artık ulusal güvenlik sebebiyle gizli tutulması gerekmemektedir. Bu nedenle bilgiye erişim şartı sağlanabilir. Mahkeme, bir bireyin yerel kanunda bu yöndeki bir düzenlemenin yokluğunda erişim talebinde bulunduğu bir davayla henüz karşılaşmamıştır. Bununla beraber, bir bireyin *Romanian Securitate* (Romen gizli servisi) tarafından tutulan kişisel dosyalarına erişmek için altı yıldan fazla beklemek zorunda kaldığı bir durumu, erişim düzenlemelerinin etkin olmadığına dayanarak bir ihlal olarak değerlendirmişti. Mahkeme, Romanya yetkililerinin, başvuranın makul bir süre içerisinde dosyalara erişimini sağlayacak işler ve erişilebilir bir prosedür sunmaya ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getiremediklerini belirtmişti.³⁹

Zorunlu Değil: Başka Bir Rejimin Sebep Olduğu Zararın Telafisi

Eski rejimde zulüm gören bireyler, geçiş döneminden sonra sürgün, angarya, mülkiyet kaybı ve buna benzer yaşadıkları diğer ihlallerin onarımı için çaba sarf edebilirler. Yukarıda belirtildiği gibi, bu tür iddiaların çoğu *ratione temporis* (zaman bakımından yargı yetkisi) açısından kabul edilemezdir. AİHM, zamana bağlı kabul ilkesine dahi başvurmadan, AİHS'in taraf devletlere geçmişte devlet otoritesi adı altında yapılan hataların mağdurlarına telafide bulunma zorunluluğu getirmediğini belirtir. Sonuçta, bu tür telafilerdeki seçim kriterlerini belirleyen ikinci derecedeki düzenlemeler, söz konusu kriterler bariz biçimde keyfi veya AİHS'in temel ilkeleriyle tutarsız olmadıkça ilkesel olarak Mahkeme yargısının dışında kalır.⁴⁰

1 Ocak 2003 itibariyle Belçika vatandaşı olan ve Alman işgali süresince Belçika'da ikamet etmiş olan Yahudi ve Roman İkinci Dünya Savaşı mağdurlarına sosyal yardım hakkı sağlayan Belçika yasası, tazminata hak sahipliğini belirleyecek zararda Belçika devletinin sorumlu olup olmadığına dair sahip olduğu geniş takdir yetkisi itibariyle ayrımcı bulunmamıştı.⁴¹ Benzer şekilde Almanya, Nazi Almanyası⁴² ve Doğu Almanya hükümeti⁴³ dahil olmak üzere eski rejimler tarafından yapılan haksızlıklar için tazminat yükümlülüğüne sahip değildi. 1 Numaralı Protokolün 1. Maddesine dayanarak yapılan tazminat talepleri, başvuranların geçerli bir tazminat beklentisine sahip olamamaları sebebiyle AİHS'in konu bakımından yargı yetkisi (*ratione materiae*) ile uyumsuz

36 *Lehideux ve Isorni* - Fransa, Rep. 1998-VII, Fasc. 92, AİHM (23 Eylül 1998); *Orban, De Bartillat and Editions Plon* - Fransa, Başvuru No. 20985/05, AİHM (15 Ocak 2009), sec. 52.

37 *Gaskin - İngiltere*, Başvuru No. 10454/83, AİHM (7 Temmuz 1989), sec. 49; *Odievre* - Fransa, Başvuru No. 42326/98, AİHM (Büyük Daire) (13 Şubat 2003), sec. 41-47.

38 *Leander - İsveç*, Başvuru No. 9248/81, AİHM (26 Mart 1987), sec. 51.

39 *Haralambie - Romanya*, Başvuru No. 21737/03, AİHM (27 Ekim 2009).

40 *Wos - Polonya*, Başvuru No. 22860/02, AİHM (dec.) (1 Mart 2005), sec. 80.

41 *Epstein ve Diğerleri - Belçika*, Başvuru No. 9717/05, AİHM (dec.) (8 Ocak 2008).

42 *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione ve Diğer 275 Kişi - Almanya*, Başvuru No. 45563/04, AİHM (dec.) (4 Eylül 2007).

43 *Unilever - Almanya*, Başvuru No. 32901/04, AİHM (dec.) (13 Mart 2007).

bulunmuştur. Böyle bir durum ancak yerel hukuktan kaynaklanabilir.⁴⁴ Ne mülkiyet hakkının etkin bir biçimde kullanılması mümkün olmayan hallerde tanınacağı veya uzun süre önce ortadan kalktığı hallerde yeniden işleyeceği umudu, ne de o zamanlar geçerli olan hukukun bugün başvuranların lehine değiştirileceği inancı kendi başlarına meşru beklentiler olarak görülmemiştir.⁴⁵ Uygunluk kriterinin yanı sıra, eğer tazminat talebi kaybedilen bir mülkiyet içinse mülkiyetin tazmin edilmesinin kapsamı ve şartları da yine Mahkeme incelemesinin dışında kalır.⁴⁶

Mahkeme, AİHS'nin ayrımcılık karşıtı 14. Maddesi çerçevesinde, geçmiş hataların onarımı alanındaki ayrımcılık iddialarını ele almayı da reddeder. Buna göre 14. Madde ile ilgili yapılacak bir başvuru, davanın sınırları içinde kalan temel maddelerden biriyle birlikte yapılmalıdır. Kural gereği bir AİHS hükmünün 'sınırları', ayrımcılıkla ilgili olarak incelendiğinde, aynı hükmün kendi başına incelendiği zamanki kapsamına göre daha geniş olacaktır.⁴⁷ Bununla beraber, Mahkeme yerel hukukta meşru bir beklentiye dayanmayan tazminat taleplerinin de 14. Madde'yle birlikteliğini sağlama amacıyla 1 Numaralı Protokol'ün 1. Maddesi'nin sınırları dışında kaldığını belirtir.⁴⁸ Bu yaklaşımın tam karşısında ise BM İnsan Hakları Komisyonu, ICCPR'nin ayrımcılığı yasaklayan 26. Maddesi'ni bağımsız biçimde uygulamış, Çek restorasyon (*restitution*) rejimini AİHM'nin Büyük Dairesi tarafından daha önceden reddedilen bir dava da dahil olmak üzere pek çok davada ayrımcı bulmuştur.⁴⁹ AİHS 12 Numaralı Protokol de benzer bir şekilde ayrımcılık yasağının bağımsız uygulanması ilkesini yürürlüğe sokar. Bu protokolün giderek artan sayıda devlette yürürlüğe girmesiyle birlikte, Mahkeme ayrımcılık iddialarını uygunluk kriterleri itibariyle tazminata hükmedilebilir şekilde değerlendirmek zorunda kalacaktır. Fakat bu tür başvuruların artık *ratione materiae* (konu bakımından yargı yetkisi) itibariyle kabul edilemez görülemeyecek olması, yerel yetkililerin sahip olduğu geniş takdir payı gereğince asılsız veya gerekçesiz bulunamayacakları anlamına gelmez.⁵⁰

Bir tazminat programı yerel seviyede uygulamaya başlanacağı zaman ortaya AİHS 6. Madde veya 13. Madde ve 1 Numaralı Protokol'ün 1. Madde'sine ilişkin zorluklar çıkabilir.⁵¹ O halde, tazminatla ilgili kararların tümüyle yetkili bir yargı organı

44 Diğerleriyle birlikte bkz. *Broniowski - Polonya*, Başvuru No. 31443/96, AİHM (Büyük Daire) (22 Haziran 2004), sec. 124–125; *Pashkovskiy - Ukranya ve Polonya*, Başvuru No. 4582/05, AİHM (dec.) (17 Haziran 2008); *Ernewein ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 14849/08, AİHM (dec.) (12 Eylül 2009).

45 *Von Maltzan ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, AİHM (Büyük Daire) (2 Mart 2005), sec. 74; *Gratzinger ve Gratzingerova - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No. 39794/98, AİHM (Büyük Daire) (10 Temmuz 2002), sec. 69 ve 73.

46 *Jantner - Slovakya*, Başvuru No. 39050/97, AİHM (4 Mart 2003), sec. 34; *Von Maltzan ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, AİHM (Büyük Daire) (2 Mart 2005), sec. 74.

47 *Harris v.d.*, y.a.g.e. n 13.

48 *Gratzinger ve Gratzingerova - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No. 39794/98, AİHM (Büyük Daire) (10 Temmuz 2002); *Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione ve Diğer 275 Kişi - Almanya*, Başvuru No. 45563/04, AİHM (dec.) (4 Eylül 2007); *Ernewein ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 14849/08, AİHM (dec.) (12 Eylül 2009).

49 *Gratzinger - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No 1463/2006, HRC (25 Şubat 2007). Ayrıca bkz. Patrick Macklem, 'Rybná, Praha 1: Restitution and Memory in International Human Rights Law,' *European Journal of International Law* 16 (2005): 1–23.

50 Bkz. *Epstein ve Diğerleri - Belçika*, Başvuru No. 9717/05, AİHM (dec.) (8 Ocak 2008). Ayrıca bkz. *Jakowicz - Polonya*, Başvuru No. 16778/02, AİHM (13 Ekim 2009), sec. 78; *Zgola - Polonya ve Paciej - Polonya*, Başvuru No. 41367/02, AİHM (dec.) (24 Kasım 2009).

51 Örneğin, *JS ve Diğerleri - Polonya*, Başvuru No. 33945/96, AİHM (dec.) (23 Mart 2000); *Urbarska Obec Trencianske Biskupice - Slovakya*, Başvuru No. 74258/01, AİHM (27 Kasım 2007); *Driza - Arnavutluk*,

tarafından yönetilmesi⁵² ve tazminatla ilgili düzenlemelerin bireysel çıkarlar ile toplumun genel çıkarları arasında adil bir dengeyi gözetmesi, yani bir devletin tazminat miktarını belirleyecek kuralların benimsenmesini gereksiz yere uzatmaması gerekmektedir.⁵³ Yerel bir tazminat programının mevcut olmadığı durumlarda ise AİHM, tazminata yönelik yasal engelleri ortadan kaldırmaya istekli davranmamıştır. Örneğin Mahkeme, bir Fransız iş mahkemesinin İkinci Dünya Savaşı sırasında zorla çalıştırılma ile ilgili verdiği tazminat kararı karşısında Almanya'nın öne sürdüğü devletlerin dokunulmazlığı kuralının, AİHS'in 6(1) Maddesi'nde içerildiği şekliyle mahkemeye erişim hakkına orantısız bir sınırlama getirmediğini belirtmiştir.⁵⁴ Yunanistan'da Nazi işgal güçlerinin işlediği katliamın kurbanlarının yakınları Yunan mahkemesinden tazminat kararı almış, fakat bu hüküm, Yunan hükümetinin Alman devletinin dokunulmazlığını desteklemesi nedeniyle uygulamaya konulamamıştır. AİHM bu durumun ne 6(1) Maddeyi ne de 1 Numaralı Protokol'ün 1. Madde'sini ihlal etmediğini savunmuştur.⁵⁵

Negatif Normatiflik: Bir Devlet Geçiş Döneminden Sonra Neleri Yapmamalıdır
İnsan Hakları standartları devletlere bir dizi pozitif yükümlülük getirmenin yanı sıra, bunun da öncesinde, geçilemeyecek bazı çizgiler tanımlayarak devletlerin politik tercihlerini sınırlayan bir çerçeve oluşturur. Geçiş dönemi adaletine dair önlemlerin kabul edilmesi genellikle devam etmekte olduğundan veya bu önlemlerin söz konusu üye devletlerde AİHS'in yürürlüğe girdiği tarihten sonra etkin olmalarından dolayı, AİHM için geçiş dönemi adaleti alanında bir dizi negatif gereklilik oluşturma imkanı daha fazla olmuştur.

Af Yok

İnsan hakları ihlallerinin faillerini kovuşturma gerekliliğinin doğal sonucu, bu bireyler için affın kabul edilemez olmasıdır. AİHM, taraf ülkelerden afa ilgili herhangi bir başvuru almamıştır. Bununla beraber, ilgili bir davada bu konu hakkında yorumu olmuştur. Moritanya eski istihbarat yetkilisinin evrensel yargılama yetkisi kapsamında Moritanya'daki af yasasına rağmen Fransa'da suçlu bulunduğu bir dava ile ilgili görüşünde Mahkeme, 'af uygulaması devletlerin işkence veya vahşet eylemlerini araştırma yükümlülüğüyle genel olarak uyumlu değildir' ifadesini kullanmıştır.⁵⁶ Bu yaklaşımın geçiş dönemi adaleti çerçevesinde tartışma götürmez olduğunu da ifade etmiştir:

Muhakkak ki, genel itibariyle bir yanda suçları cezalandırma zorunluluğu, diğer yanda bir ülkenin sosyal bütünlüğünü sağlama arzusu arasındaki olası çelişki görmezden gelinemez. Her şekilde, Moritanya'da bu türden bir uzlaşma prosedürü

Başvuru No. 33771/02, AİHM (13 Kasım 2007); Ramadhi ve Diğer 5 Kişi - Arnavutluk, Başvuru No. 38222/02, AİHM (13 Kasım 2007); Katz - Romanya, Başvuru No. 29739/03, AİHM (20 Ocak 2009); JH ve Diğer 23 Kişi - Fransa, Başvuru No. 49637/09, 49644/09, 49654/09, 49666/09, 49674/09, 49683/09, 49688/09, 49694/09, 49698/09, 49700/09, 49703/09, 49720/09, 49725/09, 49731/09, 49741/09, 49749/09, 49788/09, 49796/09, 49800/09, 49806/09 ve 49992/09, AİHM (dec.) (24 Kasım 2009).

52 *Wos - Polonya*, Başvuru No. 22860/02, AİHM (dec.) (1 Mart 2005), sec. 95; *Kostka - Polonya*, Başvuru No. 29334/06, AİHM (16 Şubat 2010), sec. 63-64.

53 *Kiladzé - Gürcistan*, Başvuru No. 7975/06, AİHM (2 Şubat 2010), sec. 71ss.

54 *Grosz - Fransa*, Başvuru No. 14717/06, AİHM (dec.) (16 Haziran 2009).

55 *Kalogeropoulou ve Diğerleri - Yunanistan ve Almanya*, Başvuru No. 59021/00, AİHM (dec.) (12 Aralık 2002).

56 *Ould Dah - Fransa*, Başvuru No. 13113/03, AİHM (dec.) (17 Mart 2009) (Çeviri yazara ait)

başlatılmamıştır. Bununla beraber, işkence yasağının tüm uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarındaki baskın yeri dikkate alındığında bu tür eylemlerin faillerini kovuşturma gerekliliği, uluslararası hukuka karşıt olarak görülebilecek bir af yasağının kabulüyle cezasızlığa sebep olunarak görmezden gelinmemelidir.⁵⁷

Mahkeme, ciddi insan hakları ihlalleri ile ilgili affın kabul edilemez olduğu üzerine mevcut uluslararası uzlaşmanın izini sürmekle birlikte, daha geniş bir toplumsal uzlaşma süreci içinde uygulanabilecek af kararları hakkında daha incelikli bir yargılama yapılabilmesi için de alan bırakıyor görünmektedir.

Her Durumda Değil: Mülkiyet Tazmini veya Tazminat Rejimleri

Komünizmden geçişle ilgilenen AİHM davalarının tümü Komünist rejimlerde ulusallaştırılmış mülkiyetin tazmin edilmesi üzerinedir. AİHS 1 Numaralı Protokolü'nün 1. Maddesi, bireysel mülkiyet haklarını insan hakları kapsamında korur. Tazmin davalarında bu hakkın ihlali, hem tazmini reddedenler hem de uzunca bir süredir ellerinde bulundurdukları mülkiyeti tazmin etmek zorunda bırakılanlar tarafından iddia edilebilir. Tazmin yasaları çoğunlukla sadece hukukun ihlali veya gücün kötüye kullanılması nedeniyle mülkiyet üzerindeki hakları kusurlu olan bireyleri etkiler. Mahkeme, bu tür yasaların meşruiyetini şu şekilde savunmuştur:

Totaliter bir rejimde ayrıcalıklı pozisyonlarının avantajını kullanan veya mülkiyet edinmek amacıyla hukuksuz bir biçimde davranan kişilerin ve onların varislerinin, bu şekilde elde ettikleri varlıkları hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda muhafaza etmeyi bekleyemezler. Bu tür durumlarda genel kamusal fayda, adaleti yeniden tesis etmek ve hukukun üstünlüğüne saygı göstermektedir.⁵⁸

Dahası, Mahkeme ekonomik politikalar alanında yerel yetkililere genelde geniş bir takdir payı bırakırken, ekonomik ve siyasi rejim değişikliği durumlarında bu payı daha da geniş tutmuştur.⁵⁹

Bu durum, uygulamalar bir yanda, Mahkemenin somut yasal kriterlerinin her zaman AİHS ile mutlaka uyum içinde olduğu anlamına gelmez. Mahkeme tazmin yasalarının genel amacının, yani komünist rejim tarafından mülkiyet haklarına yapılan belli ihlallerin sonuçlarının hafifletilmesinin, meşru bir amaç, ayrıca yasal geçişlerin hukuksallığını korumanın ve bir ülkenin sosyoekonomik gelişimini gözetmenin bir aracı olduğunu kabul eder. Bununla beraber Mahkeme, eski zararların orantısız bir biçimde telafi edilmesi sonucu yeni hatalara yol açılmayacağını garanti edilmesini de zorunlu görür. Bu amaçla yasamanın her bir durumun özel şartlarını dikkate almaya uygun olması gerekir. Böylece sorumluluk yükü mülkiyetlerini iyi niyetle elde etmiş insanların değil bu mülkiyetlere bir tarihte hukuken el koymuş olan devletin altında olduğunu ortaya koyması gerekir.⁶⁰

57 A.g.e.

58 *Velikovi ve Diğerleri - Bulgaristan*, Başvuru No. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01 ve 194/02, AİHM (15 Mart 2007).

59 *Jahn ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 46720/99, 72203/01 ve 72552/01, AİHM (Büyük Daire) (30 Haziran 2005). Bkz. Carl Lebeck, 'Rights in Transitions: The European Court of Human Rights' Judgment in Jahn and Others v. Germany,' *King's College Law Journal* 17 (2006): 359-365.

60 *Pincova ve Pinc - Çek Cumhuriyeti*, Başvuru No. 36548/97, AİHM (5 Kasım 2002).

AİHM her bir bireysel davaya ilişkin olguları ve bağlamı inceler. Kimi davalarda üç faktöre dayalı oransallık analizini kullanarak mülkiyet haklarının ihlalini tespit etmiştir.⁶¹ Bu üç faktörden ilki iyi niyettir. Buna göre Komünist rejimlerde mülkiyet elde eden insanlar her zaman bu mülkiyetin kamusallaştırılmış olduğunun farkında olmayabilirler ve düşük bir ücret ödemiş olsalar bile ödeme koşulları üzerinde etki sahibi olabilecek bir konumda değillerdir. İkinci faktör, ödenen tazminat miktarıyla mülkiyetin değeri arasında makul bir ilişki kurma ihtiyacıdır.⁶² Mahkeme, tam bir tazminat talep etmez, 'olağanüstü koşullar dışında kamusallaştırma sonrası mülk sahiplerinin gerçekleştirdiği geliştirmeler için tazminat belirleme konusuna ağırlık vermeye hazır olmadığını' belirtir. Üçüncü faktör ise, örneğin söz konusu mülkiyetin başvuru konusunun tek konutu mu olduğu veya başka bir ev satın alma ihtimalinin olup olmaması gibi sosyal değişkenlerdir. Genelde Mahkeme şu yönde görüş bildirmiştir:

[bunun gibi] totaliter rejimlerden demokrasi ve hukukun üstünlüğüne geçiş koşullarına ilişkin zorlu sorular içeren karmaşık davalarda, Mahkemenin başvuru konusunun Protokol 1 Madde 1'deki haklarının ihlal edilmediğini tespit etmesi için belli bir 'zorluk eşiği'nin aşılmış olması gerekmektedir.⁶³

Bu ifade, geçiş dönemi içindeki devletlerin yükümlülüklerinin hafifletilmesini önerir. Eşik devletler için düşürülmüştür ve Mahkeme normal koşullarda yapacağından daha az detaylı bir denetim uygular. Mahkeme, Komünizm sonrası restorasyonun yanı sıra tazminat rejimi uygulayan diğer devletlere de geniş bir takdir payı tanımıştır. Bilhassa genel bir tazminat programına katılmadan doğan bireysel taleplerin sonlandırılması, yasal katiyetin getirdiği kamu yararı adına haklı bir gerekçe sayılmıştır.⁶⁴

Yukarıda bahsedildiği gibi, tazminat veya yerel hukuk dahilinde tatmin edici başka bir onarım imkanı bulamayanların Strazburg'ta meşru bir talepte bulunmaları için, geçiş sonrası yasaların Protokol 1 Madde 1, Madde 6 veya başka bir AİHS hakkını ihlal edecek şekilde, bir hakkı ya da meşru bir tazmin veya onarım beklentisini engellemiş olması gerekir. Yargılamanın sert sınırlamasına rağmen Mahkeme bu tip geçerli iddialarla çok yoğun bir biçimde karşılaştı. Bunun neticesinde de çözüm sunmaya yönelik bir içtihat oluşturdu. 'Adilane tazmin', yani sınırlı parasal tazmin hükmünü bir kenara koyarsak, AİHM geleneksel olarak bir çözüm yoluna işaret etmeksizin ilgili bir AİHS hakkının ihlalinin bulunduğunu beyan etmekte yetinir.

Mahkeme, yapısal sorunlarla ilgili çok sayıda davayla karşılaştığı için 'pilot hüküm prosedürü'⁶⁵ adı verilen bir yöntem geliştirmiştir. Bu prosedüre göre, seçili bir dava

61 *Velikovi ve Diğerleri - Bulgaristan*, Başvuru No. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01 ve 194/02, AİHM (15 Mart 2007), sec. 181.

62 *Von Maltzan ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, AİHM (Büyük Daire) (2 Mart 2005) kararında Mahkeme 'Almanya'nın özgün yeniden birleşme koşullarında herhangi bir telafinin olmaması, mülkiyetin korunması ve genel faydanın gerekleri arasında kurulması gereken "adil denge"yi bozmayacaktır.' diyor (sec. 117).

63 *Von Maltzan ve Diğerleri - Almanya*, Başvuru No. 71916/01, 71917/01 ve 10260/02, AİHM (Büyük Daire) (2 Mart 2005), sec. 192.

64 *Poznanski - Almanya*, Başvuru No. 25101/05, AİHM (dec.) (3 Temmuz 2002). Auschwitz toplama kampındaki angaryadan dolayı IG Farbenindustrie'ye karşı bireysel davaların açılmamış olması (IG Farben'in katılmadığı) ulusal programda telafi başvuru konusunun varolmasından kaynaklanır.

65 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arşivi, "The Pilot-Judgment Procedure (Pilot Karar Prosedürü),"

veya davalarda Mahkeme yerel düzeydeki ihlallerin yapısal sebeplerini tespit edecek ve hükümete bunların nasıl çözüleceğine ilişkin yol gösterecektir. Bu süre zarfında aynı tipteki diğer başvuruların incelenmesi belli bir süre için durdurulabilir. İlk pilot hüküm prosedürünün uygulandığı ilk davalar Polonya'daki Bug River davalarıydı.⁶⁶ Bu davalar, İkinci Dünya Savaşı sonunda Polonya'nın sınırlarının değişmesi sonucunda mülkiyetleri el değiştiren ve yerleşim yeri değişmiş bireyler için Polonya'nın bir tazminat programı uygulamamış olmasına ilişkindi. Prosedür sonrasında yeni mevzuat yürürlüğe girmiş ve beklenen davalar ele alınmaya başlanmıştı.⁶⁷ Bu tarihten sonra Mahkeme, geçiş sonrasında açılan başka pek çok tazminat davasında bu tür genel önlemler alınması gereğine dair hükümde bulunmuştur. Bu kararlar arasında yerel yargının tazmin veya onarım konusunda iyi bir yürütme gösterememesi,⁶⁸ telafinin miktarını ve kategorilerini belirleyememesi,⁶⁹ tazmin ve onarımı düzenleyen mevzuatın ve uygulamanın noksanları⁷⁰ gibi sebepler bulunmaktadır.

Şartlı Onay: Siyasi arındırma (*Lustration*) ve Siyasi Özgürlükler Üzerindeki Diğer Kısıtlamalar

Siyasi arındırma kanunları genelde eski devlet güvenlik birimlerinin dosyalarında işbirlikçi olarak kayıtlı olan bireylerin komünizm sonrası hükümetlerde belli görevlerde bulunmalarını engeller.

Tasfiye rejimlerinin kapsamı ve etkisi çeşitlilik gösterir. Mesela Çekoslovakya'nın 4 Ekim 1991 tarihli tasfiye yasası komünist güvenlik birimleri ile işbirliği yapanların yanı sıra rejimde konum sahibi olan insanlara da uygulanmıştır.⁷¹ Eski Komünist Parti'nin alt düzey görevlilerin dahi devlet kurumları, yargı, üniversiteler, devlete ait medya ve benzer alanlarda yer almaları engellenmiştir. Bu alanlarda çalışabilmek için kişinin 'negatif tasfiye belgesi sunması gerekiyordu. Bu yasanın geçerliliği Çek Cumhuriyeti

[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF4E8456-77B3-4E67-8944-B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf)

B908143A7E2C/0/Information_Note_on_the_PJP_for_Website.pdf (Erişim tarihi: 6 Nisan 2011). Bkz. Antoine Buyse, 'The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges,' *Nomiko Vima* 57 (2009): 1890-1902; Philip Leach, Helen Hardman, Svetlana Stephenson ve Brad K. Blitz, *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level* (Antwerp: Intersentia, 2010); Wojciech Sadurski, 'Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments,' *Human Rights Law Review* 9(3) (2009): 397-453.

66 *Broniowski - Polonya*, Başvuru No. 31443/96, AİHM (Büyük Daire) (22 Haziran 2004).

67 *Broniowski - Polonya*, Başvuru No. 31443/96, AİHM (Büyük Daire) (28 Eylül 2005).

68 *Viaşu - Romanya*, Başvuru No. 75951/01, AİHM (9 Aralık 2008); *Driza - Arnavutluk*, Başvuru No. 33771/02, AİHM (13 Kasım 2007); *Ramadhi ve Diğer 5 Kişi - Arnavutluk*, Başvuru No. 38222/02, AİHM (13 Kasım 2007).

69 *Kiladzé - Gürcistan*, Başvuru No. 7975/06, AİHM (2 Şubat 2010).

70 *Urbarska Obec Trencianske Biskupice - Slovakya*, Başvuru No. 74258/01, AİHM (27 Kasım 2007); *Katz - Romanya*, Başvuru No. 29739/03, AİHM (20 Ocak 2009).

71 Doğu ve Orta Avrupa'da siyasi arındırma (*lustration*) yasalarının kullanımı üzerine daha fazla bilgi için bkz. Monika Nalepa, *Skeletons in the Closet: Transitional Justice in Post-Communist Europe* (New York: Cambridge University Press, 2010); Lavinia Stan, *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union: Reckoning with the Communist Past* (London: Routledge, 2009). İkisine dair bir inceleme için bkz. Nanci Adler, review of *Skeletons in the Closet: Transitional Justice in Post-Communist Europe*, Monika Nalepa, and *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union: Reckoning with the Communist Past*, ed. Lavinia Stan, *International Journal of Transitional Justice* 5(2) (2011): 313-318.

tarafından süresiz olarak uzatılmıştı.⁷² Buna karşın Polonya tasfiye yasası herhangi bir pozisyona erişimi engellemez, fakat belli kişileri devletin eski güvenlik birimleri ile olan bağlantılarını kamusal olarak beyan etmeye zorlar. Özel bir yetkili bu beyanları inceler. Yanlış beyandan şüphelenilirse mahkemece tasfiye takibatı başlatılabilir. Bu takibat, söz konusu kişinin on yıl süresince pek çok kamusal pozisyonda bulunmaktan men edilmesi kararıyla sonuçlanabilir.⁷³

AİHM siyasi arındırmaların meşruiyetini savunmuştur fakat kimi durumlarda, yargılamadaki asıl kanıtı oluşturan gizli belgelere erişimdeki kısıtlamalar nedeniyle mahremiyet hakkı (AİHS Madde 8) ve adil yargılama hakkı (Madde 6) ihlali tespit etmiştir. Mahkeme 1990'ların sonunda Doğu Avrupa ülkelerinin en önemli kamusal işlevlere ilişkin siyasi arındırma uygulamalarında bir çıkarları olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber, eğer bir devlet tasfiye önlemleri uygulayacaksa, bundan etkilenen kişilerin bu önlemlerin uygulanmasındaki her türlü işlemde AİHS kapsamındaki tüm prosedürel teminattan faydalanmaları sağlanmalıdır. Mahkeme, kimi belgelerin gizliliğini korumanın, eski rejim döneminde oluşturulmuş olsalar bile zorunlu bir devlet çıkarı oluşturduğu durumlar olabileceğini kabul eder. Yine de, böyle bir durum istisnai olmalıdır, çünkü belgelerin oluşturulmasının üzerinden yeterince zaman geçmiştir. İstisna olarak kabul edilen durumların bir norm haline gelmemesi gerektiğinden, böyle bir çıkarın varlığını kanıtlamak hükümete düşer.⁷⁴

Güçlü prosedürel teminatların sağlanması şartıyla, AİHS'de siyasi arındırma ilkesel olarak mümkündür. AİHM yine de mümkün siyasi arındırma önlemlerine kimi sınırlar koymuştur. Bu kısıtlamalardan biri, tasfiye önlemlerinin kamusal görevlerin ötesine geçmemesidir. Örneğin eski Sovyet istihbarat birimi (KGB) ajanları için Litvanya'da özel sektörde tanımı net olmayan bir dizi mesleğin (avukatlar, noter, bankalar, ekonomi projeleri, eğitim) yasaklanması ayrımcı bulunmuştur.⁷⁵ Diğer bir sınır şudur: Demokratik seçimlerde aday olma hakkı söz konusu olduğunda kısıtlamalar bir kategorideki tüm kişilere uygulanamaz, yeterli derecede bir kişiselliğin var olması gerekmektedir. Örneğin Letonya, eski KGB ajanları dahil olmak üzere belli kategorideki kişileri seçimlere katılmaktan men etmiştir. AİHM, 'eski KGB ajanları' şeklindeki bir adlandırmanın fazla geniş olduğunu, çalışma süresi, kişinin özel olarak görevlendirildiği işler veya kişinin bireysel davranışlarına göre bir farklılık gözetilmediğini belirtmiştir.⁷⁶

Siyasi arındırma önlemlerinin kapsamına sınırlar getirmenin nedenlerinden biri sadakat meselesidir. Üst düzey kamu çalışanlarından sadakat talep etmek meşru olmakla beraber, durum özel sektör ve meclis üyeleri açısından farklıdır. Demokrasilerde bu kişilerin eski rejimin siyasi ideolojisini savunma hakkı saklıdır. Letonya örneğinde AİHM, siyasi arındırma prosedürlerine ilişkin bir dizi genel talep

72 *Jiri Priban ve Wojciech Sadurski*, "The Role of Political Rights in the Democratization of Central and Eastern Europe," *Political Rights under Stress in 21 st Century Europe*, ed. Wojciech Sadurski (Oxford: Oxford University Press, 2006).

73 *Bkz. Matyjek - Polonya*, Başvuru No. 38184/03, AİHM (24 Nisan 2007).

74 *A.g.e.*, sec. 62. Ayrıca bkz. *Bobek - Polonya*, Başvuru No. 68761/01, AİHM (17 Temmuz 2007); *Turek - Slovakya*, Başvuru No. 57986/00, AİHM (14 Şubat 2006), sec. 115.

75 *Sidabras ve Dziautas - Litvanya*, Başvuru No. 55480/00 ve 59330/00, AİHM (27 Temmuz 2004), sec.

58. Benzer bir dava için, *Rainys ve Gasparavicius - Litvanya*, Başvuru No. 70665/01 ve 74345/01, AİHM (7 Nisan 2005).

76 *Adamsons - Letonya*, Başvuru No. 3669/03, AİHM (24 Haziran 2008), sec. 125.

sıralamıştır.⁷⁷ Birincisi, bir siyasi arındırma yasasının erişilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğidir. Bu, hukuksal koşulların yeterince spesifik olmasını isteyen AİHS'in genel hukukilik nosyonuna içkindir. İkincisi, bir siyasi arındırma prosedürü özel olarak cezalandırma ve intikam amaçlarına hizmet etmemelidir. Çünkü cezalandırma öncelikle ceza hukukunun konusudur. Üçüncüsü, bir siyasi arındırma yasası sorumlulukların yeterli derecede kişiselleştirilmesini sağlamalıdır. Dördüncüsü, yeterince prosedürel teminat içermelidir. Son olarak, siyasi arındırma önlemleri dönemsel olmalıdır. Çünkü bu tür önlemlere olan nesnel ihtiyaç zamanla azalır.

Siyasi arındırma önlemlerinin çoğu sadece geçiş dönemi adaleti bağlamında gerçekleşir. Fakat kimileri başka durumlara da uygulanabilir. Büyük Daire'nin Letonya'nın eski Komünist Parti'nin aktif üyelerini dışarıda bırakmasını onaylayan hükmüne ilişkin olarak Mahkeme geçiş dönemi adaleti bağlamının güçlü bir hafifletici faktör işlevi gördüğünü açıkça belirtmiştir:

Böyle bir önlemin herhangi bir politik sistem bağlamında, örneğin demokratik kurumlarının çerçevesi onlarca hatta yüz yıl öncesine uzanan bir ülkede kabul edilir olması hayli zordur. Fakat Letonya'da, en başta böyle bir mevzuatı kabul etmesine yol açan tarihsel-politik bağlam göz önünde bulundurulduğunda, ve zemin bulursa eski rejimi yeniden canlandırabilecek gibi görünen fikirlerin yeniden ortaya çıkmasının yeni demokratik düzene oluşturduğu tehdit göz önünde bulundurulduğunda, bu önlemler kabul edilebilirdir.⁷⁸

Mahkeme, aynı mantığı siyasi özgürlükleri kısıtlayan diğer önlemlere de uygular. Mesela 1999 yılındaki bir davada Macaristan'ın belirli bir siyasi partiye veya siyasi eylemlere katılan polislere getirdiği yasağın 'özel tarihsel koşullar nedeniyle' ifade özgürlüklerini ihlal etmediğini belirtmiştir.⁷⁹

Bununla beraber, geçiş döneminin bağlamı, geçiş sonrası hükümetlerin siyasi özgürlüklere ilişkin makul bulabileceği tüm sınırlamaları meşrulaştırmaz. Örneğin AİHM, Romanya hükümetinin komünist ideolojisi nedeniyle bir siyasi partiye onay vermemesinin AİHS'in 11. Maddesini (örgütlenme özgürlüğü) ihlal ettiğine oy birliğiyle karar vermiştir. Mahkeme şöyle demiştir:

davadan önceki tarihsel arka plan dikkate alınmıştır. Bu örnekteki tarihsel arka plan Romanya'nın 1989 öncesi totaliter komünizm tecrübesidir. Fakat, özellikle de sözleşmeye taraf pek çok ülkede Marksist ideolojiyi benimseyen komünist partilerin bulunduğunu göz önüne alırsak, bu bağlam kendi başına çıkarımda bulunma gereğini meşrulaştırmaz.⁸⁰

Benzer şekilde AİHM, oy birliğiyle sol görüşlü Macaristan siyasetçilerinin kamusal alanda 'totaliter sembol' olarak görülen beş noktalı kırmızı yıldız taşımalarından dolayı suçlanmalarını 10. Maddenin (ifade özgürlüğü) ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu sembolün zorunlu olarak totalitarizmi ifade etmediğini belirtmiştir:

77 A.g.e., sec. 116 (Çeviri yazara ait)

78 *Zdanoka - Letonya*, Başvuru No. 58278/00, AİHM (Büyük Daire) (16 Mart 2006), sec. 133.

79 *Rekvenyi - Macaristan*, Başvuru No. 25390/94, AİHM (Büyük Daire) (20 Mayıs 1999), sec. 46-48.

80 *Partidul Communistulor (Nepeceristi) ve Ungureanu - Romanya*, Başvuru No. 46626/99, AİHM (3 Şubat 2005).

'Açıkça bu sembol hala farklı üye devletlerdeki bazı yasal siyasi partiler gibi daha adil bir toplum için mücadele eden enternasyonal işçi hareketini de temsil etmektedir'.⁸¹ Bu davayı *Macaristan'a karşı Rekvenyi* davasından ayırmak amacıyla Mahkeme şöyle demiştir:

*Macaristan çoğulculuğa geçeli hemen hemen 20 yıl olmuştur ve ülke istikrarlı bir demokrasi olduğunu kanıtlamıştır. Avrupa Konseyi ve Sözleşmesi'nin değer sistemine tam bir entegrasyon sağladıktan sonra Avrupa Birliği'nin bir üye devleti haline gelmiştir. Ayrıca, komünist diktatörlüğü yeniden canlandırarak, gerçek veya mevcut bir tehlike oluşturan herhangi bir siyasi hareket veya partinin var olduğuna dair hiçbir kanıt yoktur.*⁸²

Buradan sonuçla AİHM'nin siyasi arındırma ve ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar gibi geniş kapsamlı hak-sınırlayıcı tedbirleri *a priori* reddetmediği, sadece bu tür önlemlerin orantılılığını değerlendirdiği söylenebilir. Bu değerlendirmede komünizm sonrası geçiş dönemi bağlamı, ulusal yetkililere geniş takdir payı bırakılmasını ve AİHM'nin bu takdir ölçüsünü denetleyen rolünü meşrulaştıran bir unsur olarak tanınmıştır. Zamanla ve demokrasiye geçişler köklü hale geldikçe bu hafifletici sebep azalır, ve yerel risk değerlendirmesinin yerini demokrasiye yönelik bir tehdit olup olmadığına dair 'Avrupa' kriterlerinde bir inceleme alır. Fakat zaman faktörü kimi Avrupa ülkelerindeki (başta Almanya, Avusturya ve İtalya olmak üzere) 'militan demokrasi' önlemleri söz konusu olduğunda, aynı rolü oynamaz. Bu önlemler siyasi özgürlüklerin Avrupa'yı tekrar Nazizm ve faşizm vahşetine götürecektir şeklinde suistimal edilmelerine engel olacak şekilde onları kısıtlatırlar. İkinci Dünya Savaşı'ndan on yıllar sonra bile bu tür önlemlere -mesela 'nasyonel sosyalist eylemler' veya 'faşist partinin yeniden örgütlenmesi'- ilişkin şikayetler AİHS 17. Maddenin suistimal fıkrasına referansla her daim reddedilmiştir.⁸³

Yapılabilir: Kovuşturmada Görünürdeki Engelleri Aşmak

Rejim değişikliğinden ve/veya silahlı mücadele bittikten sonra failer hakkında gerçek bir kovuşturma veya suçlama yürütülmesi, geçiş dönemi adaletinin en görkemli tarafıdır. Bu aynı zamanda çok tartışılan bir alandır. AİHM bu tür davalara sınırlı düzeyde dahil olmuş olsa da, içtihadı itibariyle konuyla ilgili pek çok bulgu ortaya koymuştur.

İşlendiği Sırada Cezai Nitelik Taşımayan Eylemler Hakkında Kovuşturma

Yukarıda açıklandığı gibi, insan hakları normları, geçiş sonrası demokratik rejimlerin önceki baskıcı rejimlerce işlenmiş ağır insan hakkı ihlallerinin faillerini adalet önüne çıkarmasını talep eder. Failler eylemlerinin o tarihte imkan dahilinde ve hatta zorunlu olduğunu, bu nedenle kendilerinin siyasi geçişten sonra bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmalarının adil olmadığını öne sürebilirler. Savunmalarında özellikle AİHS'in 7. Maddesinde içerildiği gibi suç ve cezaların hukukiliği ilkesine değinebilirler.⁸⁴

81 *Vajnai - Macaristan*, Başvuru No. 33629/06, AİHM (8 Temmuz 2008), sec. 52.

82 A.g.e., sec. 49.

83 Örnek olarak, *X - İtalya*, Başvuru No. 6741/74, AİHK (21 Mayıs 1976); *Ochensberger - Avusturya*, Başvuru No. 21318/93, AİHK (2 Eylül 1994); *Schimanek - Avusturya*, Başvuru No. 32307/96, AİHM (dec.) (1 Şubat 2000).

84 'Ulusal veya uluslararası hukuka göre işlendiği tarihte suç teşkil etmeyen herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı hiç kimseye suç isnat edilemez. Suçun işlendiği tarihte geçerli olan cezadan daha ağır bir

Bu konu Doğu Almanya'da işledikleri cinayetler nedeniyle birleşmiş Almanya'da kovuşturulmuş olan kişiler tarafından gündeme getirilmiştir. İddia edilen suçlar, batıya kaçmaya çalışan kişilere karşı sınırda konumlanan askerler tarafından işlenmişti. AİHM bu konuda iki hüküm bildirdi. Bu hükümlerden biri devlette ve Sosyalist Birlik Partisi yönetiminde üst düzey konumları olan⁸⁵ ve Alman mahkemeleri tarafından 5 buçuk ila 7 buçuk yıl arası ceza alan üç başvuru sahibi kişiyle ilgiliydi. Diğer hüküm ise 1972 yılında bir kişiyi öldürmekten 22 ay ertelenmiş hapis cezası alan bir asker hakkındadır. Başvuru sahibi, bunun için Doğu Almanya rejimi tarafından madalya ve ikramiyeye ödüllendirilmişti. AİHM her iki davada da 7. Maddeyi ilgilendiren bir ihlal tespit etmemiştir. Birleşme sonrası Almanya mahkemeleri Doğu Almanya hukukunu uygulamışlardır. Doğu Almanya hukuku, yaşama hakkını anayasal güvenceye alır ve devlet görevlileri tarafından ateşli silah kullanımına sınırlamalar getirir. Fakat Alman mahkemeleri bunları şüphesiz ki Doğu Almanya mahkemelerinde olduğundan farklı bir biçimde yorumlar. AİHM bu durumu kabul eder⁸⁶:

Başvuru sahibi ... üç yıllık askerlik hizmetine yazılmanın iktidardaki rejime sadakat sunmak anlamına geldiğini ve bunu yaptığında silahsız kaçaklara ateş açmak zorunda kalabileceği sınır bölgelerinde görevlendirilme ihtimalinin bulunduğunu biliyor olsa gerektir.

Dahası, Mahkemeye göre tek bir er bile, yalnızca Doğu Almanya'nın kendi yasal ilkelerini değil, aynı zamanda evrensel olarak tanınan insan haklarını, özellikle insan hakları hiyerarşisinde en üst değere sahip yaşam hakkını açık bir biçimde ihlal eden emirlere tam ve kör bir itaat göstermemelidir. Başvuru sahibi kişi, Doğu Almanya'nın o dönemdeki politik ortamı göz önüne alındığında zor bir durum altında olsa da bu tür emirler, amaçları sadece ülkeyi terk etmek olan silahsız insanlara ateş açmayı meşrulaştıramaz.⁸⁷ Mahkeme 7. Maddenin ihlal edilmediği neticesine vardı çünkü, başvuru sahibi kişinin iddialarının aksine sınırda gerçekleştirilen bu tür öldürmeler, hem yerel hukuk hem de uluslararası hukukta - yerel hukuk farklı bir biçimde yorumlanıyor ve uygulanıyor olsa bile - o dönemde de suç teşkil ediyorlardı.

Ceza hukukunun bu şekilde geriye dönük yorumu sorunlu görülebilir. Bu sorun argümanın evrensel hukukla sınırlandırılması ile aşılabılır. Madde 7 (1) yerel hukukun temeline eşdeğer bir evrensel hukuk temeli ele alır. Ayrıca Madde 7 (2), uluslararası teamül hukuku temelinde bir yargılama için özellikle açık kapı bırakır. Geçiş dönemi sonrası yapılan kovuşturma insanlığa karşı suç olarak nitelendirilebilecek olgulara dayanıyorsa burada hiçbir yasal sınırlama geçerli olmaz ve suçlananlar 7. Maddeye referans veremezler. Bu tür davalarda başvuru sahibi kişilerin yapabileceği tek şey, eylemlerinin insanlığa karşı suç niteliği taşıdığını reddetmeye çalışmaktır. Bu yaklaşım, Mart 1949'da sivillerin işgal altındaki Estonya'dan Sovyetler Birliği'nin uzak bölgelerine

ceza verilemez. ... Bu Madde, işlendiği tarihte medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç teşkil eden herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı herhangi bir kişinin davasının görülmesini ve cezalandırılmasını engellemez.'

85 *Streletz, Kessler ve Krenz - Almanya*, Başvuru No. 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, AİHM (Büyük Daire) (22 Mart 2001). Bkz. Brad R. Roth, 'Retrospective Justice or Retroactive Standards: Human Rights as a Sword in the East German Leaders Case,' *Wayne Law Review* 50 (2004): 37-68.

86 *K-H W - Almanya*, Başvuru No. 37201/97, AİHM (Büyük Daire) (22 Mart 2001), sec. 81.

87 A.g.e., sec. 74-76.

sürgün edilmesi fiiline katılmak ile suçlanan başvuru sahibi iki kişi tarafından benimsenmiştir.⁸⁸ Bu kişiler, 1949'daki evrensel insan hakları hukukuna göre sürgünün insanlığa karşı bir suç olmadığını iddia etmişlerdir. Diğer bir Estonya davasında, 1953'te üç sivilin öldürülme emrini veren bir yetkili o dönemde yerel hukukta henüz insanlığa karşı suçların tanınmadığını ifade etmiştir.⁸⁹ Bu nedenle Mahkeme sırasıyla 1949 ve 1953'teki insan hakları hukukuna dayanmak zorunda kalmıştır. O dönemde uluslararası hukukun temelini mevcut olduğunu, 1945 Nürnberg Evrensel Askeri Mahkemesi'nde sürgünün ve sivilleri öldürmenin açık bir biçimde insanlığa karşı suç olarak tanındığını ve Nürnberg ilkelerinin evrensel değerinin çok kısa bir süre içinde evrensel hukukta kabul edildiğini ifade etmiştir. Bu yüzden başvurucuları kabul edilebilirlik aşamasında yaptıkları bu itirazları, 'açıkça asılsız' olmaları nedeniyle reddedilmişti. Böylece Mahkeme, söz konusu eylemler yerel (Sovyet) hukukta suç teşkil etmese bile işlendiği dönemde evrensel hukukta suç sayıldığı için, kendini yerel hukuka bağlamadan 7. Maddenin ihlal edilmediği sonucuna varabildi.

Eğer evrensel suçların faillerinin geçiş dönemi sonrasındaki kovuşturmalarında evrensel hukuk ilkeleri doğrudan uygulanabiliyorsa, o halde evrensel suçların geçmiş ihlallere yönelik özel olarak benimsenmiş yerel kanunlar temelinde kovuşturulabileceğini Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun da kabul ettiğini burada belirtmekte fayda var:

Bu durum, hazırlık çalışmasından AİHM'ye geçişte şunu ortaya çıkarı: Madde 7'nin 2. paragrafının amacı, bu maddenin İkinci Dünya Savaşı sonundaki tamamen istisnai koşullarda savaş suçlularını, vatan hainliğini ve düşmanla işbirliğini cezalandırmak amacıyla geçmiş olan yasaları etkilemediğini ve bu yasalar üzerinde hukuki veya ahlaki bir hükümde bulunmayı hiçbir şekilde amaçlamadığını belirtmektir.⁹⁰

Bu yoruma göre, Madde 7'nin 2. paragrafı İkinci Dünya Savaşı sonrası geçiş dönemi adaleti önlemlerini meşrulaştırmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, Belçika parlamentosunun Alman düşmanla işbirliği ile suçlanan bireylerin emeklilik haklarını kaybetmesi yönündeki kararı⁹¹ ve Fransa parlamentosunun 1964'te insanlığa karşı suçların kovuşturmasının zamanaşımına uğrayamayacağı yönünde geriye dönük kararı⁹² kabul edilebilirdir.

Demokrasiye geçiş zaman alabilir. Yeni rejimin meşruiyet kazanıp kazanamayacağı ve eski rejimin şiddetli mücadelesine direnç gösterip gösteremeyeceği her zaman belli olmaz. Yeni rejim tarafından yürürlüğe konan kurallara eski rejimin destekçileri muhalefet edebilirler. Bu tür yeni kurallar altında kovuşturma söz konusu olduğunda bireyler Madde 7'ye başvurabilirler. Sovyet ve komünizm yanlısı bir darbeye katılımı ilgili Litvanya davasında Mahkeme böyle bir durumla karşılaştı:

Başvuru sahibi kişilerin mahkumiyetleri tamamen, 10 Kasım 1990'da değiştirildiği

88 *Kolk ve Kislyiy - Estonya*, Başvuru No. 24018/04, AİHM (dec.) (17 Ocak 2006).

89 *Penart - Estonya*, Başvuru No. 14685/04, AİHM (dec.) (24 Ocak 2006).

90 *X - Belçika*, Başvuru No. 268/57, AİHK (20 Temmuz 1957); *Touvier - Fransa*, Başvuru No. 29420/95, AİHK (13 Ocak 1997).

91 *X - Belçika*, Başvuru No. 268/57, AİHK (20 Temmuz 1957).

92 *Touvier - Fransa*, Başvuru No. 29420/95, AİHK (13 Ocak 1997).

şekliyle Ceza Yasası'nın 68. ve 70. Maddelerine dayalıdır. Mahkemeye göre bu tarihten itibaren yeni Litvanya Hükümeti'nin politik iradesi kesin bir biçimde belirlenmişti. Başvuru sahibi kişilerin önde gelen profesyonel siyasetçiler olarak CPL/CPSU'daki eylemlerini sürdürerek aldıkları büyük risklerin, Hükümeti devirmeye yönelik hayata geçebilecek ikincil örgütlenmelerin farkında olmaları gerekirdi.⁹³

AİHM evrensel bir suçun kapsamına ilişkin olay-sonrası yenilikçi ve geniş bir yorumun, bu yorumu destekleyecek önemli kaynakların (akademik çalışmalarda ve BM Genel Kurulu'nun bir kararında) suçun işlendiği tarihte halihazırda mevcut olması ve böylece eylemlerin makul olarak suçun çerçevesi içinde değerlendirildiği ölçüde, 7. Maddeyle uyumlu olduğunu belirtmiştir.⁹⁴ Böylece 1992'de gerçekleştirilen eylemler için soykırım suçu, bir grubu 'yok etme niyeti'nin, bu grubu fiziksel veya biyolojik anlamda yok etmeye çalışmayı gerektirmediği şekilde tanımlanabilir. Failin söz konusu grubu toplumsal bir birim olarak yok etmeyi amaçlaması yeterlidir.⁹⁵

Mahkeme bazı davalarda Madde 7'nin ihlalini tespit etmiştir. Başvuru sahibi bir asker komünizm sonrası rejimde, 1956 Macar devrimi sırasında silahlı bir asi grubunun liderini öldürmekten 5 yıl hapis cezası almıştır; zira bu fiil Macar mahkemelerince, 1954'te Macaristan'da deklare edilen 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Madde 3 (1) kapsamında cezalandırılabilir, insanlığa karşı bir suç teşkil ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Madde 7'nin amacı ise silah bırakan güçlerin üyeleri dahil olmak üzere birbirine düşman taraflarda aktif rol oynamayan kişileri korumaktır. AİHM bu olguları Macar mahkemelerinden farklı şekilde yorumlamış, asi liderin bu kategorilerden hiçbiri içine sokulamayacağı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, başvuru sahibi kişinin eylemlerinin insanlığa karşı bir suç olarak görüleceğini öngörmesi mümkün olmadığı için mahkumiyeti 7. Maddeyi ihlal edecektir.⁹⁶ Diğer bir başvuru sahibi, 1944'te Letonya'nın bir köyünde Alman ordusuyla işbirliği içinde olduğundan şüphelenilen 6 hanenin reislerini infaz eden Kızıl Partizan'ın silahlı bir biriminin lideriydi. Başvurucu 2004 yılında, suçların tanımı için evrensel hukuka başvuran mahkemelerinin bu fiili Letonya ceza hukukuna göre savaş suçu olarak yorumlaması sonucu mahkum olmuştu. AİHM, kara savaşı kanunları ve teamüllerine ilişkin 18 Ekim 1907'de -ne Sovyetler Birliği ne de Letonya tarafından imzalanmamış olan- Lahey Sözleşmesi'ne eklenen düzenlemelerin örfi hukuk olarak uygulandığını kabul etmekle beraber, Letonya mahkemelerinin bu düzenlemelerin yeterince derin bir analizini yapmayı ihmal ettiğini tespit etmiştir. Mahkemenin bir dairesi, kurbanların sivil olarak tanımlanmasının yanlış olduğunu ve bu nedenle 7. Maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir.⁹⁷ Büyük Daire ise, 1944'teki uluslararası hukuka dayalı olarak başvuru sahibi kişinin savaş suçlarından suçlanması ve cezalandırılması için yeterli derecede açık bir yasal zeminin var olduğunu ifade ederek bu bulguyu reddetti.⁹⁸

93 *Kuolelis, Bartosevicius ve Burokevicius - Litvanya*, Başvuru No. 74357/01, 26764/02 ve 27434/02, AİHM (19 Şubat 2008), sec. 120.

94 *Jorgic - Almanya*, Başvuru No. 74613/01, AİHM (12 Temmuz 2007), sec. 108.

95 A.g.e., sec. 104.

96 *Korbely - Macaristan*, Başvuru No. 9174/02, AİHM (Büyük Daire) (19 Eylül 2008).

97 *Kononov - Letonya*, Başvuru No. 36376/04, AİHM (24 Temmuz 2008).

98 *Kononov - Letonya*, Başvuru No. 36376/04, AİHM (Büyük Daire) (17 Mayıs 2010).

Uzak Geçmişteki Suçların Kovuşturulması

İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen bazı savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar, on yıllar sonra ele alınmıştır. Geçen sürenin prosedürlerin düzgün işlemesine bir engel oluşturduğu iddia edilebilir. 1999 yılında İngiltere'de yargılanan bir kişi böyle bir iddiada bulunmuştu. Bu kişi, 1944 yılında Alman işgal güçleriyle işbirliği içinde olan yerel bir polis gücünün komiseri olarak Polonya'da Yahudilerin öldürülmesine katılmakla suçlanmıştı. İngiltere Savaş Suçları Yasası (1991), İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlara ilişkin bir kişinin uyruğuna bakılmaksızın hakkında cinayet davası açılmasına izin verir. AİHM herhangi bir ihlal tespit etmemiş, 50 yıllık bir zaman zarfının kanıtlar ve şahitlerin hafızalarında bir etkisi olabileceğini teslim etmiştir.

Bununla beraber AİHM savaş suçlarının kovuşturulmasına ilişkin bir zaman sınırlaması koymaz (Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Yasal Sınırlamanın Uygulanamazlığı Üzerine BM Sözleşmesi (1968), Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlarda Yasal Sınırlamanın Uygulanamazlığı Üzerine Avrupa Sözleşmesi (1974), her iki sözleşme de yasal sınırlama sürelerinin bu suçların kovuşturulmasında uygulanamayacağını temin eder). Ayrıca Mahkeme tarafsızlığa ilişkin herhangi bir genel talebin Madde 6'da içerilmesi gerektiğine ikna olmamıştır. Bu davada, başvuru sahibinin isnat edilen suçları işlediğini makul bir şüphenin ötesinde ispat etme yükü ve - üst veya alt kademe avukat ve dava vekilleri tarafından temsil edilmekte olan - başvurucuya söz konusu meseleleri, şahitlerin güvenilirliğine ilişkin beyanlar da dahil olmak üzere, adil ve etkili bir şekilde kendi lehine ortaya koyma imkanı tanınması, iddia makamının sorumluluğundadır.

Sınırötesi Yargılama

Bir devlet, eski rejimdeki ihlallerin faillerini kovuşturmada isteksiz veya yetersizse, kovuşturma uluslararası bir mahkemede veya evrensel yargılama yetkisi kullanan yabancı bir mahkemede gerçekleşebilir. AİHM'e başvuran bazı kişiler, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTY) tarafından suçlanmanın AİHS'in 6. Maddesine göre adil yargılama haklarını ihlal ettiğini savunmuştur. Bununla beraber, Mahkeme BM veya ICTY'ye ilişkin şikayetleri değerlendirecek kişi bakımından (*ratione personae*) yargı yetkisinden yoksundur. Dahası Mahkeme AİHS'ni, BM Tüzüğü'nün 7. Bölümü kapsamında Güvenlik Komisyonu kararlarında imzası olan tarafların eylem ve ihmallerinin Mahkeme denetiminde olacağı şeklinde değerlendirmeyi tercih etmez. Çünkü bu, BM'nin evrensel barış ve güvenliği güvence altına alma temel görevinin yerine getirilmesine müdahale etmek anlamına gelecektir.⁹⁹ Dolayısıyla Mahkeme, suçlunun ICTY'ye iadesinin 6. Maddeyi ihlal edeceği yönündeki görüşe karşılık, ICTY'nin 'Yasaları ve Prosedür Kurallarının içerdiği tarafsızlık ve bağımsızlık dahil olmak üzere tüm gerekli teminatları sağladığı' gerekçesiyle bunun 6. Madde kapsamında herhangi bir sorun ortaya çıkarmadığını savunmuştur.¹⁰⁰

Evrensel yargılama yetkisinin yerel mahkemelerce uygulanmasına, Bosna'da 1992'de işlenen soykırımdan dolayı Almanya'da suçlanan bir kişi tarafından karşı çıkılmıştı. Başvuru sahibi kişi Almanya'nın yargı yetkisi olmadığını iddia etmiş ve bu nedenle, 6. Madde'ye dayanarak kendisini suçlayan mahkemenin 'hukuki yoldan kurulmuş bir mahkeme' olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme bu iddiayı geçerli saymamış ve Soykırım Suçunun Engellenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin diğer devletler ve

99 *Galic - Hollanda*, Başvuru No. 22617/07, AİHM (dec.) (9 Haziran 2009), sec. 37. Ayrıca bkz. *Blagojevic - Hollanda*, Başvuru No. 49032/07, AİHM (dec.) (9 Haziran 2009).

100 *Naletilic - Hırvatistan*, Başvuru No. 51891/99, AİHM (dec.) (4 Mayıs 2000).

ICTY'deki uygulamaları ışığında nasıl yorumlandığını esas almıştır.¹⁰¹

Evrensel yargı yetkisine yönelik bir başka itiraz Madde 7 temelinde yapılmıştır. Bu davada yukarıda andığımız Moritanya vatandaşı, işkence eylemleri nedeniyle Fransa'da suçlanmıştı. Başvuru sahibi Fransa mahkemelerinin yargı yetkisine karşı çıkmadı, fakat aftan yararlanabileceği Moritanya kanunu yerine Fransa kanunuyla yargılanmasının tercih edilmesine itiraz etti. Mahkemeye göre, söz konusu devletin ilgili mevzuatının uygulanabilirliği olmadan sadece yargı yetkisi geri çekilirse İşkence ve Diğer Vahşi, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezalandırmaya Karşı BM Sözleşmesi'nde (1985) öngörülen evrensel yargı yetkisinin içi boşaltılmış olacaktır. Suçun işlendiği devlette kendi vatandaşlarını korumak amacıyla, veya kimi durumlarda faillerin etkisi altında çıkarılan bu tür özel karar veya kanunlar lehine bu mevzuatı bir kenara koymak, evrensel yargı yetkisini tamamen felce uğratacaktır. Böylece şikayet 'açıkça asılsız' bulunmuştu.¹⁰²

Sonuç

İnsan hakları pozitif ve negatif yükümlülükleri, yapılması ve yapılmaması gerekenleri içerir. Yukarıda sunulan genel bakış, bunların geçiş dönemi adaleti politikalarının tüm yönlerini olmasa da çoğunu etkilediğini göstermektedir. Pozitif yükümlülüklerin Strazburg'un geçiş dönemi adaletine dair mevcut içtihadında yeterince temsil edilmediğini düşünmek hatalıdır, çünkü tarihsel koşullar sonucu devletler sözleşme sistemine ancak siyasal geçişlerinin ardından katılabilmişlerdir.

AİHM, Avrupa devletlerinin otoriter geçmişleriyle hesaplaşma yöntemlerini benimserken insan haklarını ihlal ettiklerini iddia eden pek çok davaya bakmıştır. Birçok davada şikayetler meşru bulunmuştur. Şikayetlerin tekrar ettiği durumlarda Mahkeme geçiş dönemi adaleti mekanizmalarının insan hakları standartlarına uygunluğunu temin edecek kriterler geliştirmiştir.

Bununla beraber insan hakları, geçiş dönemi politikalarında devletin takdir yetkisine getirilen sınır olarak işlev gördüğünde geçiş süreci bazen yerel yetkililer için geniş bir takdir payını meşru kılar ve böylece Mahkemeye asgari bir denetim alanı bırakır. Geçiş dönemi adaleti politikaları ve tercihlerinin şekillendirilmesinde yerel bağlamın önemi göz önüne alındığında yargılamayı kısıtlayıcı böylesi bir yorum makul görülür. Yine de Dayton Anlaşması örneğinde görüldüğü gibi, insan haklarının denetlenmesine getirilen kısıtlama insan hakları mantığıyla çelişki oluşturacak dereceye varamaz.

Böylece bu genel tablo, AİHM'nin siyaseten hassas bir alanda kendi hukuki yolunu özenle kat ettiğini, devletlerin tercihlerine büyük ölçüde saygı duyduğunu ve aynı zamanda pek çok adaletsizliği düzelttiğini göstermektedir.

101 *Jorgic - Almanya*, Başvuru No. 74613/01, AİHM (12 Temmuz 2007).

102 *Ould Dah - Fransa*, Başvuru No. 13113/03, AİHM (dec.) (17 Mart 2009).