



CCJE(2006)5

10 Kasım 2006, Strazburg

AVRUPA HÂKİMLERİ DANIŞMA KONSEYİ
(CCJE)

**“TERÖR BAĞLAMINDA HUKUK DEVLETİNİN VE İNSAN HAKLARININ
KORUNMASINDA HÂKİMLERİN ROLÜ”**

CCJE 8 (2006) Sayılı Görüş

A. GİRİŞ

a. Genel Kapsam

1. Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları 3. Zirvesinde kabul edilen Eylem Planını uygulamak için¹, Avrupa devletlerini terörle mücadeleyi güçlendirirken insan haklarının etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya davet eden Bakanlar Komitesi, Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyini (CCJE) 2006 yılında *terörle mücadele bağlamında hâkimin rolü ile halkın ve insan haklarının korunması arasındaki dengeye* dair bir Görüş hazırlamakla görevlendirmiştir².

2. Avrupa Konseyi, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve kamu güvenliği arasındaki uygun dengeyi bulmak için terörle mücadele konusunda özel çabalar sarf etmiştir. Avrupa Konseyinin çalışmaları şu üç amaca yöneliktir:

- Terörizme karşı yasal işlemlerin etkinleştirilmesi;
- Temel demokratik hakların korunması;
- Terörizmin nedenleriyle mücadele.

3. Bu özel çalışmalar sonucunda Avrupa Konseyi, diğerlerinin yanı sıra birçok yasal belge hazırlamıştır:

- Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 90](#)] ve Tadil Protokolü [[ETS No. 190](#)];
- Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 24](#)] ve 1. ve 2. Ek Protokoller [[ETS No. 86](#) ve [ETS No. 98](#)];
- Ceza Hukuku Alanında Karşılıklı Adli Yardıma Dair Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 30](#)] ve 1. ve 2. Ek Protokoller [[ETS No. 99](#) ve [ETS No. 182](#)];
- Ceza Davalarının Başka Mahkemeye Transferine Dair Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 73](#)];
- Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 116](#)];
- Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Haczi ve Müsaderesine İlişkin Sözleşme [[ETS No. 141](#)];
- Sanal Ortamda İşlenen Suçlara İlişkin Avrupa Sözleşmesi [[ETS No. 185](#)] ve Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanı Eylemlerin Suç Sayılmasına İlişkin Ek Protokol [[ETS No. 189](#)];
- Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi [[CETS No. 196](#)];
- Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, Haczi, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi [[CETS No. 198](#)].

4. Bu Görüş bağlamında CCJE, ayrıca, Avrupa Birliğinin (bkz. özellikle terörle mücadelede AB Eylem Planı)³ ve Birleşmiş Milletlerin ilgili diğer uluslararası belgelerine ve diğerlerinin yanı sıra şu belgelere atıfta bulunmaktadır:

- Diplomatik Temsilciler de Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1973 tarihinde kabul edilmiştir);
- Rehine Almaya İlişkin Uluslararası Sözleşme (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 1979 tarihinde kabul edilmiştir);
- Bombalı Terör Saldırıların Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 15 Aralık 1997 tarihinde kabul edilmiştir);
- Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 9 Aralık 1999 tarihinde kabul edilmiştir);

¹ Varşova, 16-17 Mayıs 2005.

² 956. Bakan Yardımcıları Toplantısı (15 Şubat 2006).

³ Avrupa Birliği Konseyi, 5771/1/06.

- Nükleer Terörizm Suçlarının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme, New York, 13 Nisan 2005;
- Uçaklarda İşlenen Suçlara ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Sözleşme (Tokyo'da 14 Eylül 1964 tarihinde imzalanmıştır);
- Uçakların Kanundışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme (Lahey'de 16 Aralık 1970 tarihinde imzalanmıştır);
- Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme (Montreal'de 23 Eylül 1971 tarihinde imzalanmıştır);
- Nükleer Materyallerin Fiziki Korunmasına ilişkin Sözleşme (Viyana'da 3 Mart 1980 tarihinde imzalanmıştır);
- Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşmeye ek olarak Montreal'de 24 Şubat 1988 tarihinde imzalanan Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarında Kanun Dışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi Protokolü;
- Deniz Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, Roma 10 Mart 1988;
- Kıta Sahanelerindeki Sabit Platformların Güvenliğine Karşı İşlenen Kanuna Aykırı Eylemlerin Önlenmesi Protokolü, Roma 10 Mart 1988;
- Plastik Patlayıcıların Teşhisi Amacıyla İşaretlenmesine ilişkin Sözleşme (Montreal'de 1 Mart 1991 tarihinde imzalanmıştır).

5. Bazı hükümleri bu Görüş'ün konusuyla ilgili olduğundan, CCJE ayrıca 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerini de hatırlatır:

- Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (I);
- Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi (II);
- Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi (III);
- Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (IV).

6. CCJE, ayrıca, makul süre içerisinde adil yargılama ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını dikkate alarak duruşmalarda hâkimin rolüne ilişkin 6 (2004) No.lu Görüşü ile adalet ve topluma ilişkin 7 (2005) No.lu Görüşünü hatırlatır.

b. Teröre Karşı Tedbir Alma İhtiyacıyla İnsan Haklarının Uzlaştırılması

7. Avrupa Konseyi, insan haklarına saygı göstererek terörle mücadelenin mümkün olduğunu daha önce çeşitli vesilelerle belirtmiştir.

8. Bu amaçla Bakanlar Komitesi, 2002 Temmuzunda İnsan Hakları ve Terörle Mücadeleye Dair Kılavuz İlkeleri kabul etmiştir⁴. Bu kılavuz ilkeler; keyfi tedbirlerden kaçınma gereğini hatırlatarak her devletin, vatandaşları teröre karşı korumakla ve terörle mücadele için alınan tüm tedbirlerin yasaya uygun olmasını ve işkencenin yasaklanmasını sağlamakla yükümlü olduğunu teyit etmektedir.

9. Kılavuz ilkelerde belirlenen yasal çerçeve; bilhassa kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi, özel hayata müdahaleye ilişkin tedbirler, tutuklama, gözaltı ve duruşma öncesi tutukluluk, yasal işlemler, suçluların iadesi ve mağdurların zararının giderilmesiyle ilgilidir.

10. Buna göre Bakanlar Komitesi, 2005 Martında Terör Suçu Mağdurlarının Korunmasına Dair Kılavuz İlkeleri kabul etmiştir⁵; böylece, bu mağdurların çektikleri acılar ve onları destekleme ihtiyacı kabul edilmiştir.

⁴ 804. Bakan Yardımcıları Toplantısı, 11 Temmuz 2002.

⁵ 917. Bakan Yardımcıları Toplantısı, 2 Mart 2002.

11. Günlük tecrübeler ve güncel olaylar, terörün – yeni bir sorun olmasa da – eşi benzeri olmayan bir uluslararası boyut aldığını göstermektedir. Terörle mücadele; devletler, kolluk kuvvetleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yaratıcı biçimde hareket etmesi gereken adli sistem için özel ve bilhassa çetin bir mücadeledir.

12. Terör ile bireysel hak ve özgürlüklerin kullanımı arasında açık bir uyumsuzluk vardır. Çünkü terör, bireyin yaşama ve beden bütünlüğünü koruma hakkı gibi temel hakların yanı sıra hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi ilkelerini ciddi şekilde tehlikeye atmakla kalmaz, aynı zamanda devletleri insan haklarına zarar verebilecek – tedbir alınmazsa – kısıtlamalar getirmeye de yöneltebilir.

13. Yalnızca hâkimlerden oluşan bir organ olan CCJE, terör bağlamında hukuk devletinin ve insan haklarının korunmasında hâkimin rolünü işte bu çerçevede incelemeyi uygun görmüştür.

14. CCJE, yasa ihlallerini cezalandırma ve bireylerin anayasal hak ve özgürlüklerini korumakla görevli olan hâkimin devletlerin adli sistemlerinde önemli bir role sahip olması ve bu iki görevini layıkıyla yerine getirmesi için ona gerekli tüm yetkilerin tanınması gerektiği görüşündedir.

15. CCJE; terörün, teşkil ettikleri istisnai tehlike sebebiyle birtakım hakları kısıtlayan geçici ve özel tedbirleri haklı kılan özel bir durum olarak değerlendirilmesi gerekiyorsa, bu tedbirlerin kanunlarla belirlenmesi, zorunlu olması ve demokratik bir toplumun amaçlarıyla orantılı olması (bkz. ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. bendi ve genel olarak İnsan Hakları ve Terörle Mücadeleye Dair Kılavuz İlkelerin 3. ilkesi) ve birçok devletin yasal geleneğine uygun olarak ilgili yasal alanda (hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri ya da idari mahkemeler – olağan yasal sistem dışında çalışan itiraz mahkemelerinin (*tribunaux d'exception*) tersine) normal olarak yetkilerinin bulunduğu hâkimler tarafından hukuka uygunluk açısından inceleme ve denetimine tabi olması gerektiği görüşündedir.

16. Bu tedbirler, hiçbir zaman demokratik toplumların temel ilkelerini tehlikeye atacak derecede vatandaşların hak ve özgürlüklerine zarar vermemelidir.

17. Yukarıdaki genel değerlendirmeler ışığında, terörle mücadelede idari hukuk (Bölüm B) ve ceza hukuku (Bölüm C) çerçevesinde alınabilecek tedbirlerin sonuçlarının ve ifade özgürlüğünün korunmasında hâkimin rolünün (Bölüm D) incelenmesi uygundur.

B. İDARİ HUKUK TEDBİRLERİ

18. Terör eylemlerini önleyerek vatandaşlarını koruma görevlerini icra ederken devletler idari otoriteleri aracılığıyla daha önce işlenmiş olan terör suçlarına uygulanan cezai yaptırımlardan farklı tedbirler alabilirler.

19. Yabancıların sınır dışı edilmesi, vize ve oturma izni şartları, kimlik kontrolleri, dernek yasağı, toplanma yasağı, bilişim teknolojisini kullanarak telefon hatlarının dinlenmesi, video kameraların yerleştirilmesi ve izleme faaliyetleri bu tarz önleyici tedbir örnekleridir.

20. Cezai tedbirler gibi bu tarz önleyici tedbirler, terör eylemlerine karşı insanları koruma yükümlülüğü ile insan haklarını koruma yükümlülüğü arasında bir dengenin kurulmasını gerektirir.

21. Bu dengenin uygun bir şekilde kurulmasının sağlanmasında hâkimler çok önemli rol oynar. Bu dengenin sağlanması için gerekli tedbirler almak her şeyden önce devletlerin, bu tedbirleri uygulamak da idari otoritelerin görevidir. Fark edilen terör tehditleriyle mücadele etmek için kabul edilen mevzuatı uygun bir şekilde uygularken mahkemeler, bu tarz mevzuat ve idari eylemlerin yasal, zorunlu ve orantılı olduğundan emin olmak için onları yasal bir inceleme ve denetime tabi tutmalıdır.

22. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler dâhil olmak üzere uluslararası belgelerle birlikte Avrupa yasal belgeleri de dikkate alınmalıdır. Milli güvenliğin korunması, sonuç olarak, Sözleşmede öngörülen bazı bireysel hakların kısıtlanmasına yol açabilir⁶.

23. Bununla birlikte, teröre karşı önleyici tedbirler, yaşama hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi) veya işkencenin ya da insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ya da cezaların yasaklanması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesi) gibi temel hakları hiçbir zaman ihlal etmemelidir.

24. 3. maddeyle ilgili olarak CCJE; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin terörizmin işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ya da cezalara ilişkin mutlak yasağın ihlali için – mağdurun tutumları ne olursa olsun – bir gerekçe oluşturamayacağını belirttiğini kaydetmektedir⁷. Mahkemeye göre, sınır dışı etme durumlarında 3. maddenin ihlaline dair gerçek bir riskin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken kişinin milli güvenlik için tehlike olarak algılanması hesaba katılmamalıdır⁸.

25. Terörü önlemeye yönelik idari eylemlerin yargısal denetimine etkin erişim, Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik olan, İdari İşlemlerin Yargısal Denetimine İlişkin R (2004) 20 No.lu Tavsiye Kararı'na⁹ uygun olarak sağlanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca geçerli olabilmesi için hukuk yolu, ilgili kişinin milli güvenlik tehdidi olarak algılanıp algılanmadığı hususuna bakılmaksızın mevcut olmalıdır¹⁰.

26. Yargısal denetim, birçok devletin yasal geleneklerine uygun olarak genellikle ilgili yasal alanda yetkiye sahip hâkimler tarafından her türlü kanun ihlali denetimini kapsar (bu ve müteakip gereklilikler için, bkz. 25. paragrafta bahsi geçen Rec(2004)20). Mahkeme – genellikle hukuk mahkemesi veya idari mahkeme –, tüm hukuki ve fiili hususları inceleyecek durumda olmalı ve otoritelerin soruşturma yapmasına gerek duymamalıdır.

27. Özellikle adil yargılanma hakkı garanti edilmelidir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi). Bu, ayrıca, davanın tarafları arasında silahların eşitliğinin sağlanması ve yargılamanın vicahi olması gerektiği anlamına gelir.

28. Adil yargılanma hakkı, prensip olarak, mahkeme tarafından kabul edilen tüm kanıtların vicahi bir duruşmada tüm taraflarca tartışılmasını gerektirir¹¹. Güvenlik sebepleri söz konusuysa, belgelere, tanıklara veya diğer kanıtlara erişimin ne kadar kısıtlanması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanıtların ilgili kişilere doğrudan ifşasının kamu menfaatinin tehlikeye atabileceği kaygısıyla kanıtlara erişim bizzat taraflara değil de avukatlara sağlanıyorsa, bunun etkili bir kanun yolunu veya savunma haklarını önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığıyla ilgili sorunlarla karşı karşıya kalabiliriz¹². Tarafların ve savunma avukatlarının kanıtlara erişimine ilişkin çözüm ne olursa olsun, CCJE, mahkemenin ilgili tüm gerçekleri ortaya çıkarması ve böylece etkili bir çözüm yoluna varması için

⁶ Madde 8 (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı), Madde 9 (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü), Madde 10 (ifade özgürlüğü) ve Madde 11 (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü).

⁷ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Chahal / Birleşik Krallık kararı (15.11.1996), 79. fıkra: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, günümüzde ülkelerin kendi toplumlarını terörden korurken karşılaştıkları büyük zorlukların tamamen farkındadır. Bununla birlikte, bu şartlarda dahi Sözleşme, mağdurun tutumunu ne olursa olsun, işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezayı kati surette yasaklar."

⁸ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Chahal / Birleşik Krallık kararı (15.11.1996), 80 ve 149. fıkralar.

⁹ Bakanlar Komitesi tarafından 15 Aralık 2004 tarihinde kabul edilmiştir.

¹⁰ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Chahal / Birleşik Krallık kararı (15.11.1996), 151. fıkra: "Bu gibi durumlarda, kötü muamele riskinin gerçekleşmesi halinde oluşabilecek zararın geri döndürülemez niteliği ve Mahkemenin 3. maddeye verdiği önem göz önünde bulundurularak, 13. maddede ifade edilen etkili hukuk yolu kavramı gereği, 3. maddeye aykırı bir muamele riskinden çekinmenin haklı gerekçeleri olduğu yolundaki iddianın bağımsız bir şekilde incelenmesi gerekir. Bu inceleme, ilgilinin sınır dışı etmeyi haklı çıkarmak için yaptıklarına ya da kişinin sınır dışı etmek isteyen devlette oluşturduğu milli güvenlik tehdidi algısına bakılmaksızın gerçekleştirilmelidir."

¹¹ Bkz. Rec(2004)20 No.lu Tavsiye Kararı: Yargılama vicahi olmalıdır. Mahkemece kabul edilen tüm deliller, prensip olarak, vicahi bir duruşmada tartışılmak üzere tarafların erişimine açık olmalıdır (fıkra B.4.d).

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Chahal kararında, dolaylı olarak Kanada yasalarına atıfta bulunarak tarafların ve savunma avukatlarının delillere erişimini ele almıştır: "Müdahillerin tümü (...), milli güvenliğin söz konusu olduğu davalarda yargı denetiminin etkili bir hukuk yolu teşkil etmediği kanaatindedir. 13. madde, en azından bağımsız bir organın tüm olayları ve delilleri değerlendirmesini ve bakanlık üzerinde bağlayıcı olabilecek bir kararı alma yetkisine sahip olmasını öngörmektedir. Bu bağlamda, Uluslararası Af Örgütü, Liberty, AIRE Centre ve JCWI (...), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dikkatini bu tür davalarda Kanada'da uygulanan muhakeme usullerine çekmiştir. 1976 Kanada Göçmen Yasası (1988'de değişikliğe uğramıştır) uyarınca, bir Federal Mahkeme hâkimi, tüm delilleri incelemek üzere kapalı celse bir duruşma yapar ve davacıya aleyhinde düzenlenen dosyanın bir özeti verilir; davacı, temsil edilme ve tanık gösterme hakkına sahiptir. Güvenlikle ilgili delillerin gizliliği, bu tür delillerin hem davacının hem de temsilcisinin gıyabında incelenmesi gerekliliğiyle sağlanır. Ancak bu gibi durumlarda, her ikisinin yerine mahkeme tarafından bağımsız bir avukat görevlendirir; bu avukat, tanıkları çapraz olarak sorgular ve genellikle devlet tarafından sunulan kanıtların sağlamlığını belirlemede hâkime yardımcı olur. Davacıya, bu dava esnasında toplanan – güvenlikle ilgili gizli bilgiler dışındaki – kanıtların bir özeti verilir."

hâkimlerin belge, tanık ve diğer kanıtlara doğrudan ve şahsen erişim olanaklarına hiçbir kısıtlama getirilmemesi gerektiği görüşündedir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. maddesi).

29. Yukarıda belirtilen ilkeler, bir terör tehlikesi varsa, bir yabancının sınır dışı edilmesi veya uzaklaştırılması ya da oturma izni veya herhangi bir korunma talebinin reddine ilişkin kararlar için de geçerlidir (örneğin mülteci statüsü veya ikincil koruma).

30. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi yabancının sınır dışı edilmesi ve uzaklaştırılması hususunda geçerli olmasa da, adil yargılanma hakkı bu tür tedbirler için de dikkate alınmalıdır (bkz. Rec(2004)20 No.lu Tavsiye Kararı, 4. fıkra).

31. CCJE, sınır dışı edilme veya uzaklaştırma usulleri uygulanırken, yabancının hareket serbestisine kısıtlama¹³ getirilmesi konusunda aynı yargısal denetim yetkilerinin etkili bir şekilde garanti altına alınması gerektiği görüşündedir. Ayrıca bu kısıtlama koşullarının denetimi, tutukluluk koşullarında olduğu gibi garanti altına alınmalıdır.

32. Her halükarda dava devam ederken telafi edilemez hiç bir önlem alınamaz¹⁴. Bu demektir ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. veya 3. maddelerince korunan haklar gibi mutlak haklar tehlikeye, dava esnasında sınır dışı etme asla kabul edilemez¹⁵. 22 Kasım 1984 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 No.lu Protokolün 1. maddesinde belirtildiği gibi kamu düzeni veya milli güvenlik menfaatleri, mutlak haklar söz konusuysa pek fazla bir anlam taşımaz.

33. CCJE'ye göre, temel hak ve özgürlükleri garanti altına alma görevi sebebiyle, yabancının sınır dışı edilmesi (ve geçici takipleri), vize şartları, kimlik kontrolleri, dernek yasağı, toplanma yasağı, bilişim teknolojilerini kullanarak telefon hatlarının dinlenmesi, video kamera yerleştirme ve kişileri aramaya ilişkin tüm idari hukuk tedbirlerini denetleme görevi, yasalarla tam bağımsızlık teminatı verilmiş profesyonel hâkimlerden oluşan normal mahkemelere (idari mahkemeler dâhil) verilmelidir.

34. Etkili bir çözüm yolu sağlama görevi, yalnızca, bazı ülkelerdeki yasal gelenekler gereği uzmanlık bilgisine sahip normal mahkeme ve/veya hâkimlere verilebilir (örneğin idari hâkimler – bkz. yukarıda 26. paragraf).

C. CEZA HUKUKU TEDBİRLERİ

35. Terör eylemlerine ceza hukuku tedbirleriyle yanıt verme ihtiyacı uzun zamandan beri Avrupa Konseyi belgelerinde teyit edilmektedir (bkz. Parlamenterler Meclisinin Uluslararası Teröre Dair 703(1973) No.lu Tavsiye Kararı); böyle bir yanıt, devletlerin maddi hukuka (a) ilişkin uygun tedbirler almasını gerektirir; (b) bölümü, terörle ilgili ceza davalarında hâkimin değişmeyen rolüne dairdir.

a. Maddi Hukuk

36. Birçok ülke; ulusal ceza hukuklarında özellikle "terör" suçuna yer vermiş ve böylece Birleşmiş Milletlerin, Avrupa Konseyinin ve Avrupa Birliğinin çeşitli uluslararası belgelerinde ifade edilen ortak arzuyu yansıtmıştır.

37. Terör suçu olarak değerlendirilen suçların ciddiyeti ve bunlarla ilgili yargılama usullerinin sonuçları ışığında, ceza hukukunun temel ilkelerinin diğer cezai suçlara olduğu gibi terör suçlarına da uygulanması ve bu tür suç unsurlarının açık ve net bir şekilde tanımlanması önemlidir.

38. Yalnızca kişi veya mala doğrudan saldırı suçlarında suçluluğun kanıtlanması için değil aynı zamanda terör eylemlerinin hazırlanması veya finanse edilmesi gibi diğer bazı davranışların ulusal mevzuatlarda terör suçu olarak görüldüğü durumlar için de bu kriterlere uymak şarttır.

¹³ Bkz. örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Maaouia / Fransa kararı (5.10.2010), 40. fıkra: "Mahkeme; yabancının girişi, ikamet veya sınır dışı edilmesine ilişkin kararların, Sözleşmenin 6 § 1 maddesinde ifade edildiği anlamda başvuranın sivil hak veya yükümlülüklerinin ya da kendisine yöneltilen suçlamanın belirlenmesiyle ilgili olmadığına karar vermiştir".

¹⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mamatkulov ve Askarom / Türkiye kararı, 4.02.2005, 124. fıkra: "Kuşkusuz denilebilir ki, hangi yargı sistemi söz konusu olursa olsun adaletin iyi yönetimi, yargılamalar devam ederken telafi edilemez hiçbir eylemde bulunulmamasını gerektirir".

¹⁵ Bkz. ayrıca daha önce bahsi geçen Chahal kararı; buna göre, Sözleşme işkenceyi kati surette yasaklar.

39. Terörün ulusal sınırları olmadığından, devletlerin teröre yasal cevabı uluslararası nitelikte olmalıdır. Bu alanda mevcut uluslararası yasal belgeler terörle mücadele için ortak normatif bir temel oluşturmaktadır. Eğer uluslararası toplum tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinin normlarına uygun olarak terör suçlarıyla ilgili ortak tanımlar geliştirilirse, bu özellikle devletlerarası işbirliği (örneğin bilgi alışverişi ve adli yardımlaşmaya ilişkin) alanında hâkimlerin görevini kolaylaştıracaktır. Hukukun yorumlayıcıları olarak hâkimler de, yasaları uygularken olayın uluslararası boyutunu dikkate almalıdırlar.

b. Terörle İlgili Ceza Davalarında Hâkimin Değişmez Rolü

40. Ceza hukuku bağlamında hâkimler temel bir role sahiptirler: Hem maddi hem de usul hukuku açısından, terör suçlarının tespiti ve faillerinin takibatı ile şüpheli kişilerle sanıkların insan haklarının korunması arasında uygun bir dengenin gözetilmesini sağlarlar.

41. Yukarıda bahsedilen ihtiyaçları göz önünde tutarak, terör davalarında hâkimin rolüne ilişkin bazı hususlar ele alınabilir.

i. İtiraz Mahkemelerinin (tribunaux d'exception) Reddi

42. CCJE'nin belirttiğine göre, Avrupa devletlerinin terörden korunma ve insan haklarının korunması arasındaki dengenin gerekliliğine verdiği genel yanıt, neredeyse, terörün oluşturduğu mevcut tehdide tepki olarak itiraz mahkemelerinin (bkz. yukarıda 15. paragraf) kurulmasını reddetmek olmuştur.

43. Devletler, uluslararası sözleşmeler ve bilhassa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dâhil demokratik ülkelerde genel olarak uygulanan yasalara uygun olarak böyle bir dengenin sağlanmasında mevcut mahkeme sistemlerine güvenmelidir.

44. CCJE, terör eylemlerine ilişkin davalarda hâkimin rolünün diğer dava türlerindeki rolünden farklı olmaması gerektiği ve dava konusunun niteliğinin mahkemelerin salâhiyetini belirleyen genel kurallardan sapmayı haklı kılmadığı kanaatindedir.

45. Bununla birlikte, terörün ciddi bir sorun oluşturması nedeniyle bu kategoriye giren suçlarla ilgilenmesi gereken, bu yetkinin ulusal mahkemeler arasında bölüştürüldüğü ülkelerde en ağır suçlara bakma ve karar verme yetkisi olan mahkemelerdir.

46. CCJE, hâkimlerin güvenliğiyle ilgili yerel koşullar ve ihtiyaçlar nedeniyle bazen terör davaları için uzman özel yetkili mahkemelere başvurulabileceğini kabul etmektedir.

47. Ancak, bu özel yetkili mahkemelerin, bağımsız hâkimlerden oluşması ve savunma hakkı ile prensipte aleni muhakeme hakkına tamamiyle saygı göstererek olağan prosedür kurallarını her davada hakkaniyetle uygulaması önemlidir.

48. Bir yandan soruşturmacıların terör alanında özel uzmanlıklarının bulunduğu fakat öte yandan hâkimlerle savcıların bilgi eksikliği sebebiyle zorluklarla karşılaşabilecekleri bir durumdan kaçınmak gereklidir.

49. Hâkimlerin eğitimi, terör eylemlerini anlamalarına yarayacak tüm ceza hukuku ve mali hukuk alanlarını kapsamalı ve bilgi alışverişi ve diğer sınır ötesi işbirliği türlerine yönelik bir adli ağın kurulmasını teşvik etmek amacıyla uluslararası bir boyuta sahip olmalıdır.

50. Eğitim girişimlerinin bir hedefi de, terör eylemleri konusunda da suçu önleme gerekliliği ile temel kişi haklarının gözetilmesi arasındaki dengeyi her daim koruması gereken hâkimlerin görevinin özgüllüğünü vurgulamak olmalıdır.

ii. Soruşturmalar Esnasında Hâkimin Rolü

51. CCJE, suç ne kadar ağır olursa olsun, soruşturmaların tüm aşamalarında mahkemelerin, bireysel haklardaki kısıtlamaların yalnızca kamu menfaatinin korunması amacıyla yapılmasını sağlaması gerektiği kanaatindedir¹⁶. Mahkemeler; soruşturmacıların topladığı delillerin geçerlilik ve meşruluğunu değerlendirmeli ve işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle elde edilmiş veya savunma hakları ihlal ederek ya da diğer yasa dışı eylemlerle elde edilmiş delilleri reddetme yetkisine kanunen sahip olmalıdır. Mahkemeler, soruşturmalara ilişkin kararların adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olmasını sağlamalıdır.

52. Bazı devletlerde soruşturmalar suçların soruşturulması veya önlenmesinde temel araç olan bazı özel istihbarat servisleri tarafından yürütülse de, bu tür istihbarat servislerinin faaliyetleri yürürlükte olan yasaları ihlal etmemeli ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gerekliliklerine uygun olarak demokratik bir denetime tabi olmalıdır¹⁷.

53. CCJE; terörün finansmanını önlemek amacıyla tüm mal varlıklarını dondurma, haczetme veya müsadere etme emirlerinin net bir şekilde yasa tarafından öngörülmesi gerektiği ve özel hayatın gizliliği ile mülkiyet haklarını ciddi bir şekilde ihlal edebileceğinden bu emirlerin mahkemenin yetki ve düzenli denetimine tabi olması gerektiği kanaatindedir.

54. Avrupa Konseyi; Bakanlar Komitesinin, terör dâhil ağır suç türleriyle mücadelede özel soruşturma tekniklerine dair Rec(2005)10 No.lu Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir¹⁸.

55. Bu Tavsiye Kararı; özel soruşturma tekniklerinin kullanımının işlenmiş olan veya hazırlık aşamasındaki ciddi suçlarla mücadelede çok önemli bir araç olduğunu vurgulamakla birlikte, bu tarz tekniklere yalnızca yasanın net bir şekilde tanımladığı şartlar altında ve bu şartlar çerçevesinde ve yargı kurumları ile diğer "bağımsız organların" uygun denetiminde başvurulabileceğini belirtmektedir. CCJE, birçok devletin hukuk geleneğine göre denetim görevinin ilgili hukuk alanında yetkisi bulunan hâkimlerden (bkz. yukarıda 26. paragraf) ziyade "bağımsız organların" yetkisine verilmesi ihtimali konusundaki endişelerini ifade etmektedir; çünkü "bağımsız organlar" kavramı çok muğlaktır ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen adil yargılanmayı garanti etmemektedir.

56. CCJE, bu tür özel soruşturma tekniklerinin yasallık ve orantılılık ilkelerini gözetmesi ve her durumda geçici tedbirler olarak görülmesi ve uygulanmalarının düzenli olarak yetkili mahkemelerce denetlenmesi (prensipte ön izin dâhil) gerektiği kanaatindedir.

iii. Tutukluluk Esnasında Hâkimin Rolü

57. CCJE, terör suçlarından tutuklu bulunan veya hüküm giymiş kişilerin davaları konusunda da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3 ve 4. fıkralarına uyulması gerektiğini hatırlatmaktadır¹⁹. Tutukluluk, suçu kanıtlanmış kişilere mahkeme tarafından uygulanan bir yaptırımdır. Bununla birlikte, istisnai durumlarda kişiler, koruyucu tedbir olarak (hem duruşma

¹⁶ Ayrıca, insan haklarının korunmasında savcılığın oynayabileceği rolle ilgili olarak, cezai yargı sisteminde savcılığın rolüne dair Rec(2000)19 No.lu Tavsiye Kararı'na bakınız. CCJE, ileriki bir görüşte yargı ile savcılık arasındaki ilişkileri detaylı bir şekilde inceleyecektir (bkz. Avrupalı Hâkimler için Evrensel Eylem Çerçeve Planı, Belge CCJE(2001)24).

¹⁷ Bkz. örneğin: "Venedik Komisyonu: Avrupa'da İç Güvenlik Hizmetleri" (CDL/Inf(98)6).

¹⁸ Rec(2005)10 No.lu Tavsiye Kararı'na göre, özel soruşturma teknikleri, "ceza soruşturmaları bağlamında ağır suçları ve şüphelileri tespit edip soruşturmak ve bunun için onlara yaptırmadan bilgi toplamak amacıyla yetkili otoritelere uygulanan tekniklerdir".

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrası "İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullarda tutuklanan veya gözaltına alınan her bir kişinin, bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir başka kamu görevlisinin önüne derhal çıkarılması gerekir; bu kişi, makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir." Kişinin serbest bırakılması, mahkemeye çıkacağına dair garanti vermesi koşuluna bağlı olabilir; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 4. fıkrası: "Tutuklanma ya da gözaltı yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan her bir kişi, tutukluğunun yasaya uygunluğu konusunda kısa sürede karar verilmesi ve tutukluğunun yasaya aykırı olması durumunda serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

Ayrıca, Brogan ve diğerleri / Birleşik Krallık kararında (29.11.1988), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 61. fıkarda, terör suçları soruşturmasında yetkili makamların illaki belirli zorluklarla karşılaştığını belirtmektedir. Bu konudaki görüşü şudur: "Yeterli teminatların olması kaydıyla yetkili makamlar, söz konusu davadaki terör bağlamını göz önünde bulundurarak 5. maddenin 3. fıkrasını ihlal etmeksizin ağır terör suçu şüphesini hâkim veya bir diğer yargı görevlisi önüne çıkarmadan önce gözaltında tutma süresini uzatabilirler. Terör şüphelilerini yakalama ve tutuklama kararlarının yargı tarafından denetlenmesiyle ilgili olarak Hükümetin altını çizdiği zorluklar, 3. maddenin 5. fıkrasının uygulanma şeklini, şüpheli suçların niteliğine uygun usul önlemlerinin alınması gereken vakalarda olduğu gibi etkileyebilir. Ancak bu zorluklar, 5. maddenin 3. fıkrası uyarınca acil bir yargı kontrolünden tamamiyle vazgeçmeyi haklı kılmaz. Mahkeme, ayrıca "aciliyet" kavramının yorumlanması ve uygulanmasındaki esneklik payının çok az olduğunu belirtmektedir (62. fıkra). Mahkemeye göre, söz konusu davada dört tutukluluk süresinden en kısa olanı bile – polis gözaltısında geçen dört gün altı saatlik süre – 5. maddenin 3. fıkrasının ilk bölümünde öngörülen sürenin sınırlarını aşmaktadır. Yakalama ve tutuklama kararlarının meşru amacının tüm toplumu terörden korumak olması, 5. maddenin 3. fıkrasının özel gerekliliklerine uymayı sağlamak için tek başına yeterli değildir."

öncesinde hem esnasında gözaltı ya da resmi isnattan önce kefalet reddi vb.) adli karardan önce de tutuklanabilir.

Şüphelilerin Tutukluluğu

58. Suçu sabitleyen karar öncesinde gözaltı ya da tutukluluğa ilişkin, insan haklarını kısıtlayan tedbirler bağlamında her bir devletin tolere ettiği uygulama devletten devlete farklılık gösterir. Bu sebeple, bazı devletler terör davalarında gözaltı veya tutukluluk sürelerini müşterek hukukun öngördüğü şekilde uzatırken, bazı devletler de müşterek hukuk kurallarını çiğnememeyi yeğlemiştir.

59. Dolaşım serbestisi demokratik devletlerde temel haklardan biri olduğundan, CCJE, bu hakkın kullanımına zarar verebilecek tedbirlerin yasa uyarınca net bir şekilde belirlenmesi ve suç sabitlenmeden önce alınan gözaltı ve tutukluluk önlemlerini denetleme görevinin hâkimlere – bireysel özgürlüklerin garantörü olarak – verilmesi gerektiği görüşündedir.

60. Bu denetleme görevi gereği, hâkim şunları yapmakla yükümlüdür: tutuklamayla ilgili yasal ve fiili koşulları incelemek (tutuklu kişiye ivedilikle bildirilmesi gereken suçlamalara dayanarak şüphelenme gerekçeleri de dâhil olmak üzere), haysiyet ve savunma hakkının garanti altına alınmasını sağlamak, olayların niteliği sebebiyle bu haklara getirilen kısıtlamaların hedeflenen amaçla orantılı olmasını ve savunma hakkı ilkesine zarar vermemesini sağlamak, tutuklu kişinin hiçbir işkence ya da diğer insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalıp kalmadığını denetlemek, gizli ya da süresi belirsiz olan (tutukluluk süresini belirlemek hâkimin görevidir) ya da yasayla düzenlenen bir mahkemede yargılanmayı öngörmeyen tutukluluk tedbirlerini yasadışı ilan etmek. Eğer hâkim bu görevleri yerine getirirken bir kişinin gizli bir tutukluluk, hapis ve/veya nakle tabi olduğunu öğrenirse, bu durumu ceza soruşturmalarından sorumlu makamlara bildirmelidir.

Duruşma Öncesi Tutukluluk

61. Suçu sabit görülenlerin tutukluluğuyla ilgili olarak CCJE, terör suçlarının ağırlığının ceza işlemleri ve tutukluluk tedbirleriyle ilgili genel hukuk kurallarını ihlal etmeyi haklı kılmadığını düşünmektedir; bilhassa bir hâkimin genel hukuk kuralları dışındaki kanıt normlarına göre cezai yaptırım uygulamasına izin veremez.

Tutukluluk Şartları

62. Bu Görüş tutukluluk şartları konusunu – her ne kadar CCJE’nin ileriki bir görüşünde detaylı olarak ele alınmayı hak etse de – tartışmak için uygun değildir.²⁰ Bu konu, hem insan haklarının gerekliliklerinin karşılanmasının hem de kamu menfaatinin korunmasının zorluğunu yansıtmaktadır. Birçok ülkede, güvenlik meselelerine doğal olarak öncelik verilmesi yönünde büyük bir eğilim vardır, ki bu suiistimal riskini doğurabilir.

63. Sırf bu sebeple CCJE, Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik olarak 11 Ocak 2006 tarihinde kabul ettiği, Avrupa’da cezaevi kurallarıyla ilgili Rec(2006)2 No.lu Tavsiye Kararı’na dikkat çekmektedir.

64. Terör şüphelisi olarak tutuklanan kişilerin, nerede tutuklu bulunurlarsa bulunsunlar, adli desteğe ve tercih ettikleri avukat tarafından temsile derhal erişimleri garanti altına alınmalıdır. Mahkemeler, tutuklu kişilerin insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalmalarını önlemek için uygun tedbirleri alıp gerekli kararları verebilmeli ve bu amaçla, her tutukevini teftiş etme ve oradaki tutukluları serbestçe ziyaret etme olanağına (kendi inisiyatifleriyle karar verecek olsalar da) sahip olmalıdır.

iv. Tanık, Mağdur ve Adalet İşbirlikçilerinin Korunmasında Hâkimin Rolü

²⁰ Bkz. Bakanlar Komitesinin 740. toplantısında kabul edilen, Avrupalı Hâkimler için Evrensel Eylem Çerçeve Planı, Belge CCJE (2001)24.

65. Terör suçları nedeniyle açılmış olan davalar, genellikle terörist gruplarla yakın ilişkisi olan ve kendilerine veya yakınlarına yönelik yıldırma girişimlerine karşı daha savunmasız olan kişilerin ifadelerine dayanmaktadır; bu durum, bu kişilerin korunması hususunu doğurmaktadır.

66. Terör eylemleri mağdurları da mahkemeye başvurmalarını engelleyebilecek baskı ve tehditlere karşı korunmalıdır.

67. Tanıkların korunması ise, bulundukları ülkenin koşulları nedeniyle sadece ulusal düzeyde zor olabilir. Bu sebeple, diğer alanlarda daha önce geliştirilmiş olan normlara uygun olarak uluslararası düzeyde bir işbirliği gereklidir²¹.

68. Hâkim, tanıkların/mağdurların korunması ile sanığın adil yargılanma hakkı arasında bir denge gözetmelidir. Tanıklarla mağdurların bir koruma programına alınması durumunda bu dengenin gözetilmesi oldukça zordur, çünkü bu program gereği duruşma esnasında bile şüpheliler ve/veya savunma avukatları arasındaki iletişim yasaklanabilir.

69. CCJE'ye göre, savunma hakkını korumak ve silahların eşitliğini sağlamak tamamen hâkimin işi olduğundan, tanıkların duruşmaya katılmaması veya gizli tanıklar olması halinde – ki bu durumda davalı onlara ne itiraz edebilecek ne de soru sorabilecektir – hâkim, tanıkların veya soruşturmacıların sırf beyanlarına dayanarak kesin bir hüküm vermemelidir.

70. Adli sistemin karşılaştığı bir diğer sorun, terörle mücadelenin istihbarat teşkilatlarından elde edilen bilgilere (ki bu, çoğu zaman sınır ötesi istihbaratı da gerektirir) dayalı olmasıdır. Bu durumda bilgi kaynaklarının, tanıkların ve istihbaratçıların korunması sorunu ortaya çıkmaktadır. CCJE bu konuda, 69. paragrafta belirtilen ilkelere benzer ilkelerin uygulanması gerektiği görüşündedir.

71. Öte yandan, CCJE, ağır suç mağdurlarının – özellikle bir davada tanıklık yaptıklarında – hukuki durumlarını korumaya yönelik uluslararası yasal hükümlerin (terörle mücadele kanunları dâhil) hâkim tarafından dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Yargılamanın her evresinde, mağdurların kendi haklarından tamamen yararlanmaları ve aynı zamanda müdafaa hakkına tamamen saygı göstermeleri için etkili tüm tedbirleri alma yetkisi hâkime aittir. Bu yetki başka mercilere verildiği ya da bu merciler gerekli tedbirleri alamadığı takdirde hâkim, mağdurlara şunları sağlamakla yükümlüdür: güvenlik, ailelerinin ve özel hayatlarının korunması, adalete erişim, adil muamele ve ücretsiz adli yardım. Bir takım mali veya diğer sebeplerden dolayı, bu yetkiye başka devlet organları tarafından gereksiz kısıtlamalar getirilmemelidir.

72. CCJE, ayrıca, yasaca belirlenen bazı koşulları sağlamaları halinde mağdurların uygun bir şekilde tazmin edilmesini önermektedir; örneğin bu, devlet tarafından ödenen ya da suç faillerine ait malların müsadere edilmesinden kaynaklanan bir tazminat şeklinde olabilir²².

73. Son olarak CCJE, terör davalarına müdahil olan soruşturmacıların, hâkimlerin ve yargı personelinin güvenliğinin devlet tarafından sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.

D. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA HÂKİMİN ROLÜ

74. Terör demokrasi için büyük bir tehdittir.

75. Terör faaliyetlerindeki artışa rağmen, CCJE, demokratik bir toplumda şart olan hukuk devleti temel ilkelerinin – ifade özgürlüğü ve diğer bireysel haklar dâhil – hâkimler tarafından her zaman gözetilmesi gerektiği görüşündedir. Terörle mücadele, teröristlerin yok etmeyi düşündüğü değer ve

²¹ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye devletlere yönelik olarak aldığı, Tanıkların ve Adalet İşbirlikçilerinin Korunmasına Dair Rec(2005)9 No.lu Tavsiye Kararı. Bkz. ayrıca: Bakanlar Komitesinin 2 Mart 2005 tarihinde kabul ettiği, Terör Eylemi Mağdurlarının Korunmasına Dair Kılavuz İlkeler; Bakanlar Komitesinin Ceza Hukuku ve Muhakeme Usulü Çerçevesinde Mağdurun Durumuna Dair Rec(85)11 No.lu Tavsiye Kararı; Bakanlar Komitesinin Tanıkların Yıldırılmasına ve Savunma Haklarına Dair Rec(97)13 No.lu Tavsiye Kararı.

²² Bkz. Terör Eylemleri Mağdurlarının Korunmasına Dair Kılavuz İlkeler: "Terör eylemleri mağdurları, maruz kaldıkları zararlar için adil, uygun ve zamanında tazminat almalıdırlar. Tazminat diğer kaynaklardan – özellikle terör eylemlerinin failleri, düzenleyicileri ve destekçilerinin mallarını müsadere etmek suretiyle – temin edilemediğinde, terör eyleminin gerçekleştiği devlet, mağdurların doğrudan uğramış olduğu fiziksel ya da psikolojik zararın tazminine uyrıklarına bakmaksızın katkıda bulunmalıdır." (ilke 7.1)

özgürlüklerin baltalanmasına asla yol açmamalıdır; dolayısıyla, gereksiz yere ifade özgürlüğünü kısıtlayan veya azınlık hakları ve siyasi özgürlükler gibi diğer hak ve özgürlükleri ihlal edici yöntemler kullanarak terörle mücadele eden bir toplum ile demokratik bir toplum arasındaki temel sınır çizgisinin mahkemelerce sürekli korunması, demokrasilerde hayati bir önem taşımaktadır.

76. Terörizm tanımına giren davranışların belirlenmesi sürecinde hukukun yorumlayıcıları olarak hâkimlerin rolünü ele alırken CCJE, özellikle Avrupa Birliği Konseyinin 2002/475/JHA sayılı Çerçeve Kararına atıfta bulunmaktadır. Bu karar gereği, Avrupa Birliği üye devletlerden şunu istemektedir: “bir topluluğu yıldırma ya da bir hükümet veya uluslararası bir örgütü bir eylemde bulunmaya veya bulunmamaya haksız yere zorlamak ya da bir ülkenin veya uluslararası bir örgütün temel politik, anayasal, ekonomik veya sosyal yapılarını ciddi bir şekilde bozmak amacıyla yapılan ve nitelik veya bağlamları gereği, bir millete ya da uluslararası bir örgüte ciddi zararlar verebilen eylemleri” terör suçu olarak görmek ve ulusal düzeyde bu amaçla işlenen suçları cezalandırmak. Üye devletlerden ayrıca, kasıtlı olarak “bir terör grubunu yönetme” veya bu grubun faaliyetlerine katılma – bunun terör grubunun cinai faaliyetlerine katkı sağlayacağı gerçeğini göz önünde bulundurarak – gibi eylemlerin yanı sıra üstte belirtilen suçlardan herhangi birine teşvik, yardım, yataklık veya kalkışma gibi eylemleri de “ceza müstelzim fiil” olarak saymaları istenmektedir.

77. Bununla birlikte, Çerçeve Kararın önsözünde (10. husus), karardaki hiç bir maddenin temel hak ve özgürlükleri (toplanma ve dernek kurma hakkı, ifade özgürlüğü, sendikalara üye olma hakkı, grev ve gösteri yapma hakkı vb. dâhil) kısıtlayıcı veya engelleyici olarak yorumlanamayacağı belirtilmektedir; 5. madde, ayrıca, uygulanacak cezaların yalnızca etkili ve caydırıcı değil aynı zamanda orantılı olmasını da öngörmektedir. Bu yaklaşımı CCJE de benimsemektedir.

78. Her ne kadar CCJE özellikle devletlerin özgür ve güvenli bir toplum tesis etme ihtiyaç ve vazifesini anlıyor ve kabul ediyor olsa da, bunun, hukuk ve temel özgürlüklerden ödün verilmeden ve kanunlar gerektiği gibi uygulanarak başarılabileceğini düşünmektedir.

79. Kimilerinin siyasi, ideolojik, dini ve ekonomik baskılara bir tepki olduğu gerekçesiyle terörü haklı göstermeye çalışması, dünyanın bazı ülkelerinde belirli sorunlara yol açmaktadır. Bazı durumlarda bu davranışlar demokratik toplumlar için tehlike oluşturabileceğinden, terörü övme ya da savunma amaçlı söylemlerin (“*Apologie du terrorisme*”) yaygın bir şekilde yasaklanması son zamanlarda terör tehdidine bir diğer önemli yanıt oluşturmaktadır.

80. Prensipte, oldukça tartışmalı ya da siyasi gerekçelerle yapılmış olmalarına rağmen, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla ilgili açıklamalar ya da diğer davranışlar ile cinai terör eylemlerine hukuka aykırı kışkırtma, teşvik, destek ya da övgü arasında açık bir ayrım vardır. Bu ayrımın ilk olarak mevzuatlarda yer alması ve yürütme tarafından uygulanması gerekmektedir, fakat ne şekilde yer alacağı ve uygulanacağı mahkemelerin denetimine açık olmalıdır. Demokraside mahkemeler devletin diğer organlarının görüşlerini dikkate alabilirler ve almalıdırlar; ancak, ulusal anayasanın veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin garanti altına aldığı temel hakları ihlal edebilecek tedbirlerin gerekliliğini ve orantılılığını bağımsız bir şekilde denetlemek mahkemelerin görevidir.

81. Terör suçları yasalarla belirlenmeli ve olağan ceza hukukuna tabi olmalıdır. Belirli bir faaliyetin kanuna aykırı olup olmadığı, hukuk devletinin kurallarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olarak ve hiçbir uygunsuz baskı olmadan kabul edilebilir araçlarla elde edilmiş delillere dayanarak adli mahkemeler tarafından da belirlenmelidir. Mahkemeler; içeriği veya kullanımı nedeniyle bir terör suçunun işlenmesine yol açabilecek ya da bu suçu teşvik edebilecek materyallerin hazırlanması veya dağıtılmasını yasaklamaya veya sınırlandırmaya yönelik olarak, medeni hukuk ve ceza hukuku alanlarındaki mevcut önleyici tedbirleri alabilir.

82. Hâkimler, ulusal mevzuatın temel hak ve özgürlüklerle uyuşup uyuşmadığını ve bu mevzuat bağlamında hangi davranışın terör suçu teşkil edip etmediğini belirlerken, zor ve bazen de tartışmalı kararlarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bir söylem ya da davranışın yasalara aykırı şekilde bir terör eylemini teşvik etme veya terörü övme anlamına gelip gelmediğini belirlemek daha da zordur.

Deneyimler ayrıca gösteriyor ki hâkimler, ulusal ve uluslararası düzeydeki mevcut terör tanımlarına dayanarak, genellikle yurtdışında işlenmiş veya işlenecek siyasi şiddet eylemlerinin ve/veya bunların finansmanının veya işlenmeleri için eğitim verme ya da kişi istihdam etmenin terör eylemi olarak sayılıp sayılmayacağını belirlemede zorluklarla karşılaşabilirler – Birleşmiş Milletler Şartının 51. maddesi uyarınca bireysel veya toplu meşru müdafaayı gerektiren bazı durumlarda olduğu gibi.

83. Terör davaları – ve özellikle yukarıda belirtilen zorluklara yol açan davalar – genellikle medya ve kamuoyu tarafından yakından takip edilmekte ve bunlarla ilgili mahkeme kararları çoğu kez eleştiri ve tartışmalara konu olmaktadır. Devletlerin terörü önleme çabaları, neredeyse ifade özgürlüğü veya siyasi özgürlüklerin kullanımı kapsamına girebilecek bazı eylemlerin ceza gerektiren suçlar kategorisinde değerlendirilmesine yol açmaktadır. CCJE'ye göre, devletlerin hâkimlere böyle bir ayırım yapma yetkisi verme kararı bu tür davaların serinkanlılıkla görülmesini gerektirmektedir.

84. Politikacıların ve medyanın, meşru eleştirinin sınırlarını aşarak, hâkimlere yönelik baskı ya da saldırı girişimlerinden sakınmaları gerekmektedir. Bu tür saldırılara yanıt vermek, yetkili bir bağımsız organın görevidir (bkz. CCJE'nin 6 sayılı Görüş'ü, fıkra C.13). CCJE, davaların iyi eğitilmiş profesyonel hâkimler tarafından görülmesini bizzat yargı sisteminin sağlaması gerektiği kanısındadır; uygun eğitim programları, hâkimlerin terörizmi ve onun tarihsel, politik ve sosyal koşullarını daha iyi anlamalarına yardımcı olur.

85. Verilmek istenen ana mesaj şudur: Terörün güvenlik ve hukuk devleti için oluşturduğu tehditler, temel demokratik değerlere, insan haklarına ya da hukuk devleti ilkelerine zarar verebilecek tedbirler alınmasına yol açmamalıdır. Uygulamaya konduğu takdirde bu mesaj, terörle mücadele amacıyla alınan tedbirlerin de yeni gerilimlere yol açma veya hatta terörü teşvik etme riskini azaltacaktır. Demokrasilerde hem halk, politikacılar ve medya hem de mahkemeler tarafından anlaşılıp kabul edilmesi gereken bir mesajdır bu.

TAVSİYE KARARLARININ ÖZETİ VE SONUÇLAR

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, CCJE devletlere şu önerilerde bulunmaktadır:

- a. Önemli haklarla muhakemeye ilişkin hakları etkileyebilecek bir mevzuatı hazırlarken ulusal yargı organlarına danışmaları ve terörle mücadele çerçevesinde alınan – ve kişilerin haklarını etkileyebilecek – tüm idari veya önleyici tedbirleri bağımsız bir yargı organına denetlettirmeleri;
- b. Terör eylemlerini önlemeye yönelik idari tedbirler bağlamında olsun ya da bir ceza davası bağlamında olsun, evrensel olarak tanınmış haklarla bağdaşmayan itiraz mahkemelerinin (*tribunaux d'exception*) kurulmasını veya mevzuatların hazırlanmasını reddetmeleri;
- c. Ceza hukukunun temel ilkelerinin diğer suçlara olduğu gibi terör eylemlerine de uygulanması konusunda titiz olmaları ve bu suçları teşkil eden unsurların açık ve net bir şekilde tespit edilmesini sağlamaları;
- d. Terörle mücadelede – özellikle uluslararası örgütler himayesinde terörle ilgili suçların ortak tanımları yapılırken – uluslararası işbirliğini kolaylaştırmaları;
- e. Terör eylemlerinin tanıkları ve mağdurları ile bu tür davalara müdahil olan soruşturmacı, hâkim ve diğer yargı personelinin güvenliğini sağlamaları.

CCJE, ulusal yargı organlarına ise şu önerilerde bulunmaktadır:

- a. Terörizm ve onun tarihsel, politik ve sosyal koşulları ile konuyla ilgili ulusal ve uluslararası yasal belgeler konusundaki bilgilerini geliştirmeleri;
- b. Kanunun yorumlayıcıları ve bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucuları olarak görevlerini yerine getirirken, bir yandan “terör” suçu (bu tür eylemlere teşvik etme, hazırlık yapma ve finansman sağlama dahil) isnadının kanun yapıcılarca belirlenen amaca uygun olmasını ve diğer yandan “terör” kovuşturmalarının bu bağlamda suiistimal edilmemesini ve kamu menfaatinin insan hakları ve temel özgürlükler gözetilerek korunmasını sağlamaları;
- c. Terör eylemlerinin tanıkları ve mağdurlarını koruma ihtiyacı ile bu eylemlere karışan kişilerin hakları arasında bir dengenin kurulmasını sürekli sağlamaları.