



Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında pozitif yükümlülükler

*Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesinin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz kitap*

Jean-François Akandji-Kombe



İnsan Hakları El Kitapları, No. 7

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin
Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*

Jean-François Akandji-Kombe

İnsan Hakları El Kitapları, No. 7

“İnsan Hakları El Kitapları” Serisi

No. 1: **Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2001).

No. 2: **İfade özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2001).

No. 3: **Adil yargılanma hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2001; 2. Baskı, 2006).

No. 4: **Mülkiyet hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. Nolu Ek Protokolünün 1. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2001).

No. 5: **Kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2002).

No. 6: **İşkencenin yasaklanması.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2003).

No. 7: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında pozitif yükümlülükler.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (2007).

No. 9: **Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz kitap (Hazırlanma aşamasında).

İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Avrupa Konseyi
F-67075 Strasbourg Cedex

© Avrupa Konseyi, 2007

1. Baskı, 2008

Belçika'da basıldı

Bu yayında belirtilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'ni bağlamaz. Yayında belirtilen yasal belgeler, üye ülkelerin hükümetlerini, Avrupa Konseyi'nin yasal organlarını veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak kurulan herhangi bir organı bağlayabilecek resmi bir yorum olarak değerlendirilemez.

Bu el kitabı Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya tarafından Türkçe'ye çevrilmiştir.

İçindekiler

Uyarı4

Giriş.....5

I. Genel Meseleler7

Pozitif yükümlülük kavramını çevreleyen kavramlar.....7

Pozitif ve negatif yükümlülükler10

Pozitif yükümlülükler ve Sözleşmenin yatay etkisi.....14

Pozitif yükümlülük türleri: “Usûlî” ve “esasî”.....16

Pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması . .18

II. Yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması 21

Esas yükümlülükler..... 21

Usûlî yükümlülükler..... 33

III. Özel hayatın ve aile hayatının korunması 37

Genel meseleler 37

Özel hayata saygının pozitif boyutu . . . 38

Aile hayatına saygının pozitif boyutu. . 42

Konut ve haberleşmeye saygının pozitif boyutu..... 46

Sağlıklı bir çevre hakkı..... 47

IV. Çoğulculuğun korunması 49

Özgür seçimlerin yapılması 49

İfade özgürlüğü 50

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü 51

Toplantı özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü 51

V. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara saygı 54

Mülkiyet hakkı 54

Eğitim hakkı..... 57

VI. Eşitliğin geliştirilmesi...... 58

VII. Usûlî güvenceler ile ilgili pozitif yükümlülükler 59

Genel güvenceler 60

Özel güvenceler 65

Uyarı

Bu kitapçık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (“Sözleşme”) uygulamak, hükümlerine atıfta bulunmak ve diğerlerini de bu yönde eğitmek isteyen hukukçular için kaleme alınmıştır. Bu serideki diğer kitapçıklardan farklı olarak, bu kitapçık kişisel bir hak veya Sözleşme maddesini ele almamaktadır. Bu kitapçık daha çok Sözleşmenin maddî hükümlerinin bir bütün olarak ele alınmasından kaynaklanan özel bir yükümlülük kategori-

sini kapsamaktadır. Bunlar *pozitif yükümlülükler*dir. Negatif yükümlülükler gibi, bu yükümlülükler de güvence altına alınmış hakların bir kısmını oluşturmaktadırlar ve bu haklara uyulması Sözleşmeye uyulması ile bir arada yürümektedir. Bu nedenle bu yükümlülüklere ve bu yükümlülüklerin kapsamlarına aşina olmak büyük bir önem arz etmektedir.

Giriş

İnsan haklarını koruma amaçlı tüm uluslararası belgelerin öncelikli amacı hakları beyan etmek ise de bu koruma – konulan güvence mekanizmaları dışında – Taraf Devletlerin yükümlülüklerine göre değişiklik göstermektedir. Bundan ötürüdür ki uluslararası kontrol organlarının kimliklerine, sınırlarına ve kapsamlarına özel bir dikkat göstermeleri şaşırtıcı değildir. Hatta şu da ileri sürülebilir ki bu dikkat, insan hakları alanında başta etkin olma prensibi olmak üzere buraya uygulanan prensipleri göz önünde bulundurarak, daha da belirgin olmaktadır. Bu etkin olma prensibi yüklenen sorumlulukların kişiyi en iyi koruyan anlamda yorumlanmasını gerektirmektedir. Yükümlülükler dikkate alındığında bu prensip ayrıca ilgili sözleşmelerin sosyal gelişmeler ışığında yorumlanmalarını gerektirmektedir. Bu nedenle içtihatlar bu alanda ilerleyici bir karaktere sahiptir.

Devletlerin taahhütlerinin derece ve kapsamlarını belirlemek amacıyla kontrol organları tarafından çeşitli yollar kullanılmaktadır. En ilginç şudur ki her hak üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir: Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren “saygı gösterme yükümlülüğü”; devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve faillerin cezalandırmasını gerektiren “koruma yükümlülüğü” ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren “uygulama yükümlülüğü.” Bu yaklaşım daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak yerine getirilmesine adan-

mış belgelerin uygulanmasının denetlenmesinden sorumlu organlar tarafından tercih edilirken medeni ve siyasal haklar ile ilgili olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tercih edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletlerin yükümlülüklerini iki kategoride toplayan daha basit ikili bir yaklaşımı seçmiştir: (a) negatif yükümlülükler ve (b) pozitif yükümlülükler. Görüleceği üzere, her ne kadar farklı olsa da, bu yaklaşımın önceki yaklaşımla ortak bir çok yönü mevcuttur. Bu temelde, Mahkeme nihai koruyucusu olduğu Sözleşmede güvence altına alınmış hakların korunması için günümüzde daha geniş bir koruma sağlamaktadır.¹

Devletlerin, hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektiren negatif zorunlulukların her zaman Avrupa Sözleşmesinin özünden kaynaklandığı kabul edilirken aynı durum pozitif yükümlülükler için geçerli değildir. Bu yükümlülüklerin bazıları – aslında bir çoğu – elbette başından beri metnin içinde bulunmaktadır. Fakat bu tür bir kavram ve bu türdeki yükümlülükler için var olan “mekanizma” 1960’ların sonuna kadar *Belçika dil hakları*

1. Konu ile ilgili iki önemli kaynak: Frédéric Sudre, “Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des Droits de l’homme*, 1995, para. 363 ff.; A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen pozitif yükümlülüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilmesi), Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004.

*davasının*² yönlendirmesine kadar ortaya çıkmamıştır. Avrupa (İnsan Hakları) Mahkemesi bu çarpıcı kararın ardından sürekli olarak bu kategoriye yeni unsurlar ekleyerek genişletmiş ve bunun sonucu bugün Sözleşmenin standart koyucu hükümleri oluşumları anlamında biri negatif diğeri pozitif olmak üzere ikili bir boyuta sahiptirler. Bu nedenle burada esas olarak hakim yarattığı yapı veya çalışma ile karşı karşıyayız. Görüldüğü gibi bu durum ayrıca Sözleşme güvence altına alınan hakları etkili hale getirmeye hizmet eden “karar verici”³ bir silah gibi fazladan önemli bir iş vermektedir ki, doğru olan da budur. Aslında, pozitif yükümlülük kavramına başvurulması Avrupa Sözleşmesinin metninde yer alan esasa ilişkin gereklerin Mahkeme tarafından güçlendirilmesi ve bazen de kapsamının genişletilmesine ve bu yükümlülüklerin 6. ve 13. maddelerinden bağımsız olan ve ek olarak bu maddeler kapsamına giren usûlî gerekler ile bağlantılanmasına olanak sağlamıştır. Amaç güvence altındaki hakların, bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanılmasını garanti altına almaktır.

Bu kılavuz, “İnsan hakları elkitabçıkları” serisinin ruhunda bu yükümlülüklerin bir listesinin oluşturmaktadır. Bu listeleme madde madde ya da en azından hükümlerin amaçlarına göre gruplandırılarak yapılacaktır. Bu nedenle sırasıyla şu konuları

inceleyeceğiz: Yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü (II), özel hayat ve aile hayatı (III), çoğulculuk (IV), ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ile ilgili güvenceler (V), eşitliğin geliştirilmesi (VI) ve son olarak usûlî güvencelerden doğan pozitif yükümlülükler (VII).⁴

Bununla birlikte, konuyu daha fazla derinlemesine incelemeye önce kavramın sınırlarını çizmek ve genel meseleleri (I) belirlemek önemlidir. Bu durum sadece pozitif yükümlülüklerin uygulanmasının tanımlanması ve açıklığa kavuşturulması anlamına gelmemektedir ve ayrıca bu yükümlülüklerin negatif yükümlülükler ile arasındaki ilişkiyi ve bu yükümlülüklerin Sözleşmenin yatay etkisi adı verilen etkisi ile olan muhtemel bağlantılarını açıklığa kavuşturmak anlamına da gelmektedir. Bu bölümde ayrıca bu yükümlülüklerin bir tipolojisini çıkarmaya ve Avrupa Mahkemesinin ne yolla kontrol gücünü kullandığını incelemeye çalışacağız. Tüm bunların amacı konunun genel olarak anlaşılmasını sağlamak ve Sözleşme sistemindeki bu tür yükümlülüklerin fonksiyonlarının ve bu yükümlülüklerin çekişmeli meseleleri nasıl etkilediğinin sistematik bir resmini çizmektir. Böylece, ilgili içtihatların ve bunların içsel uygulanmasının anlaşılması için gerekli kılavuzların sunulması umut edilmektedir.

2. 23 Temmuz 1968 tarihli hüküm.
3. Bu terim Profesör J.-P. Marguénaud tarafından La Cour européenne des Droits de l'Homme'de kullanılmıştır, Dalloz, Paris, Connaissance du droit, 2. baskı, s. 36.

4. Burada kabul edilen sınıflandırma geniş ölçüde Profesör F. Sudre'den alınmıştır, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, coll. droit fondamental, 7. baskı, 2005.

I. Genel Meseleler

Pozitif yükümlülük kavramını çevreleyen kavramlar

Tanım

İlgili içtihatların sistematik resmi, *Siliadin - Fransa*⁵ davası gibi Mahkeme kararlarında bulunabilirken, bu kararlar pozitif yükümlülük kavramına bir tanım getirmemektedirler. Bununla birlikte, bu tür bir tanım tek tek kararlardan kolayca çıkarılabilmektedir. *Belçika dil hakları davasında*⁶ başvuruçular bu durumu şikayetleri için temel alarak bu yükümlülüklerin “bir şeyler yapma yükümlülüğü” olarak kabul edilmesini gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu yargısal görüşü kabul etmeyi reddetmiş ve ileri sürülen bölümün – 1 No’lu Protokol’ün 2. maddesi – niteliği gereği düzenlemenin devlete bırakılmasını gerektirdiği sonucuna varmayı tercih etmiştir. Mahkeme daha sonra bu tutumunu sürdürmüştür. Avrupa Mahkemesinin görüşüne göre, pozitif yükümlülüklerin asıl karakteri şudur ki bu yükümlülükler uygulamada ulusal makamların bir hakkı güvence altına almak için gerekli tedbirleri almasını gerektirmektedir⁷ ya da daha açık olarak ifade etmek gerekirse ulusal makamların makul ve uygun tedbirler alarak bireyin haklarını koruması gerekmektedir.⁸ Bu tür

tedbirler yargısal olabilirler.⁹ Bu nedenle devletlerin Sözleşmeyi ihlal eden bireylere karşı ya bir eylem türü ya da bir kişi kategorisi için hukukî kurallar koyarak yaptırımlar getirmeleri beklenmektedir. Fakat bu tedbirler ayrıca uygulanabilir tedbirler ile uyumlu olmalıdırlar. Mahkemenin hem negatif hem de pozitif yükümlülükler için geçerli olan genel kanaatine göre “aslında engelleme hukukî bir kısıtlama gibi Sözleşmeye aykırı olabilir”.¹⁰ Örneğin, cezaevi yetkililerinin mahpusların intihar etmelerini veya mahpusların diğer mahpuslara Avrupa Sözleşmesine aykırı bir şekilde davranmalarını önlemek amacıyla belirli durumlarda tedbirler almaları gerekmektedir. Hukukî ve uygulanabilir, bu iki tedbir türünün aynı zamanda gerekliliği de ispatlanabilmelidir. Bu husus o andaki şartlar ile ilgili bir meseledir.

Temel

Bir çok davada pozitif yükümlülüklerin, devletlerin yerine getirmeleri gereken şartları genişletme etkisine sahip olduğunu hatırlamak gerekir ki, bu durumda ilgili şartların hukukî temelleri ile ilgili sorun büyük bir önem taşımaktadır. Mahkemenin, Sözleşmede temellendirilmemiş hakları korumaya yetkili olmadığı¹¹ anlamına gelen genel yetki ilkesinin bir sonucu olarak Avrupa

5. 26 Haziran 2005 tarihli karar.

6. Yukarıda atfı yapılmıştır, s. 5.

7. *Hokkanen - Finlandiya*, 24 Ağustos 1994.

8. *López-Ostra - İspanya*, 9 Ekim 1994.

9. Özellikle, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre*, 28 Eylül 2001. Mahkeme burada ulusal yasa yapma yükümlülüğüne atfta bulunmaktadır.

10. *Airey-İrlanda*, 11 Eylül 1979, §25.

11. Örneğin, *Johnston ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1986.

Mahkemesi hakimleri her pozitif yükümlülüğü bir Sözleşme maddesi ile bağlantılamaya gayret etmişlerdir. Bu bağlamda içtihatlar gelişmiştir.

Başlangıçta yükümlülüğün niteliğine göre esasa ilişkin mi yoksa usûle ilişkin mi olduğunun ayırımının yapılması mümkündür. Önceki durumda, pozitif yükümlülüklerin esas hakkı getiren mevcut maddeden doğduğu kabul edilmekteydi. Bu husus söz konusu yükümlülüğün böylesi özel bölümün parçası olduğu durumlarda oldukça kesindir. Örneğin, 2. maddenin 1. paragrafının ilk cümlesi, yaşam hakkını korumak üzere devletin pozitif hukukî müdahalesini öngörmektedir (“Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır”)¹². Bu durumda – açıkça en yaygın olarak – kesin olmamakla birlikte, Sözleşmenin ilgili maddesi aynı kategoride yer alacak pozitif bir yükümlülük yaratacak şekilde yorumlanacaktır. Bu durum özellikle 8. madde için geçerlidir, Avrupa Mahkemesi esas olarak bu maddenin özel hayat ve aile hayatına, konut ve haberleşmeye “saygı”yı öngördüğünü temel alarak tartışmaktadır.¹³ Daha da geniş olarak aynı durum mantıksal bir şekilde Sözleşmedeki tanımdan kaynaklanan ve denetlenmesinin güvence altına alınması gereken esasa ilişkin bir yükümlülük gerektiren Sözleşmenin diğer tüm bölümleri için geçerli olacaktır.¹⁴ Resim – Mahkemenin 2. madde (Yaşam hakkı), 3. madde (Kötü muamele yasağı) veya 4. madde (Kölelik, uşaklık

ve zorla çalıştırma yasağı) gibi maddelerden çıkardığı – usûle ilişkin pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda farklı bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme içtihatlarında mükerrer olarak vurgulandığı gibi, bu maddeler Sözleşme’nin 1. maddesi ile birlikte ele alındıklarında böylesi yükümlülükler doğurabilmektedirler.¹⁵ Böylece sonraki yükümlülük devletlerin “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese tanımlanan bu hak ve özgürlükleri güvence altına almak” hususundaki genel görevin pratikteki uygulamasından doğmaktadır. Bu görev uyarınca “Taraf Devletler, ihlal zamanında ‘yargısal alanları’ – yetki alanları – içinde bulunan herhangi bir kişinin güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden dolayı sorumludurlar.”¹⁶ Böylece pozitif yükümlülük teorisi genel bir etki sahibi olmuştur: Bu etki, usûlî boyutta, Sözleşmenin herhangi bir maddesine uygulanabilir – özellikle de standart koyucu herhangi bir maddesine.

Yakın zamandaki içtihatlar göstermektedir ki Mahkeme esasa ve usûle ilişkin pozitif yükümlülükleri sistematik bir şekilde Avrupa metninin standart koyucu maddeleri ile bu metnin 1. maddesinin birleşimine dayandırma eğilimindedir. Böylece ifade özgürlüğünü korumak üzere gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü 10. madde ile 1. maddenin birleşiminden,¹⁷ mülkiyeti koruma yükümlülüğü aynı 1. Madde ile 1. No’lu Protokol’ün 1. maddesinin birleşiminden doğmaktadır.^{18, 19} Burada son zamanlardaki kararlarda görü-

12. Bu madde ve aynı doğrultudaki diğer maddeler ile ilgili daha fazla detay için aşağıya bakınız.

13. Bu konudaki içtihat süreklidir. Aşağı bkz.

14. Örneğin, *Marckx - Belçika*, 27 Nisan 1979.

15. Örneğin, 3. madde ile ilgili olarak, *Assenov - Bulgaristan*, 28 Ekim 1998.

16. *Assanidzé - Gürcistan*, 8 Nisan 2004.

17. Örneğin, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre*, 28 Eylül 2001.

18. Örneğin, *Broniowski - Polonya*, 22 Haziran 2004.

len Sözleşmenin genel tutumunun yeniden değerlendirilmesiyle alâkasız olmayan açık bir yön değiştirme söz konusudur. *Özellikle de Assanidzé - Gürcistan*²⁰ ve *Ilaşcu ve diğerleri - Moldova ve Rusya*²¹ kararları düşünülebilir. Bu kararlar ile – aynı zamanda pozitif yükümlülükler de olan- devletler için genel yükümlülükler getiren bağımsız bir kaynak olma özelliği taşıyan Sözleşme'nin 1. maddesi her zamankinden daha çok Sözleşme sisteminin temel taşı olarak görülmüştür. Örneğin, Mahkeme Assanidzé kararında 1. maddenin bir devletin Sözleşme sisteminin kendisinin tüm yetki alanında ve her bir birey açısından güvence altına alınması anlamına geldiği ve bunu şart koştuğu sonucuna varmış ve Ilaşcu kararında ise ayrılıkçı bir rejim nedeniyle topraklarının bir kısmının devletin kontrolü ve otoritesinden çıktığı durumlarda o toprak parçasındaki nüfus açısından devletin yine de 1. maddede yer alan pozitif yükümlülükler altında olmaya devam ettiği sonucuna varmıştır: Devletin bir yandan bu toprak parçası üzerindeki kontrolünü geri kazanmak için bir yandan da orada yaşayan kişileri korumak için gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu yükümlülükler yarı bağımsız olarak tanımlanabilirler. Bu yükümlülükler bağımsızdırlar zira şimdiye kadar sadece Sözleşme'nin 1. maddesine dayanarak söz konusu olmuşlardır. Fakat bunlar tümünden böyle değildir çünkü bunların yerine getirilmelerinin test edilmesi sadece Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına

19. Dikkat ediniz, bunun aksine, kişileri kötü muameleden koruma yükümlülüğü sadece 3. maddede dayanmaya devam etmektedir. *Farbutis - Letonya*, 2 Ekim 2004.
 20. 8 Nisan 2004 tarihli karar.
 21. 8 Temmuz 2004 tarihli karar.

alınan esas haklardan birinin ihlali iddiasının söz konusu olduğu durumlarda mümkündür. Böylece bu yükümlülükler şartlara bağlı olarak gündeme gelmektedir zira bu yükümlülüklerin mutlaka bir özel standart çerçevesinden değerlendirilmeleri gerekmektedir.²² Dolayısıyla, bu noktadan hareketle, 1. madde standart koyucu maddeler ile sistematik olarak birleştirilmelidir.

Mahkeme içtihatlarından görülebilecek hala daha yeni bir eğilim söz konusudur, viz (yani) pozitif yükümlülükleri, standart koyucu maddeler ile Mahkemenin “demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden biri” olarak gördüğü ve “Sözleşmenin tüm maddelerinin özünde yer aldığı” kabul ettiği “hukukun üstünlüğü” veya “hukukun üstünlüğü tarafından yönetilen devlet” genel prensibinin birleşiminden çıkarma eğilimi söz konusudur.²³ Bu ilkenin öзде varolma niteliği görüşüne göre her bir maddenin içsel güvencesinin şartları bağlamında bağımsız olmasına doğru hareket edip etmediğimiz merak edilebilir.

Amaç

İster özel bir standart koyucu maddeye ister bu maddenin Sözleşme'nin 1. madde veya Avrupa hukukunun genel ilkeleri ile birleşimine dayansın tüm pozitif yükümlülükler aynı amaca hizmet etmektedirler ki bu amaç Avrupa Sözleşmesinin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılmasıdır. *Airey kararı*²⁴ bugün bile en mükemmel örnektir. Boşan-

22. Bkz. yukarıda değinilen Mahkemenin *Broniowski* kararındaki tutumu.
 23. *Matheus - Fransa*, 31 Mart 2005, özellikle §70 ; ve bu yaklaşımın başlangıcı için yukarıda değinilen *Broniowski* kararı.

mak isteyen başvuruçuya İrlanda hukukunda kendisine açık olan hukuki yollarla ayrılma hakkı tanınmıştır. Başvurucunun düşük geliri ve söz konusu zamanda İrlandada adli yardım sisteminin olmaması nedeniyle, başvuru yasal prosedürün karmaşıklığını göz önünde bulundurarak kendini bir avukatın yardımı olmadan savunamayacağına inandığından en nihayetinde başvurusunu geri çekmek zorunda kalmıştır. Başvurucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde özellikle devletin kendisine etkili bir hukuk yolu sağlamaması nedeniyle 6. maddenin 1. paragrafını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Avrupa Mahkemesi nihayetinde başvuruçunun şikayetlerini kabul etmiştir. Fakat burada belirtilmesi gereken asıl husus Mahkemenin hangi gerekçeler ile bu karara vardığıdır. Mahkeme daha sonra meşhur olan deyişle şunları belirtmiştir: “Sözleşme teorik veya göz boyayıcı hakları değil uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır.” Yani hukuki yolların mevcut olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu yolların gerçekten ve yararlı bir şekilde kullanılabilmelerinin de mümkün olması gerekmektedir. Mahkemenin görüşüne göre, bu durumun böylesi bir bireye ekonomik ve sosyal bir hak tanınmasını gerektirebilmektedir, bu davada ücretsiz hukuki yardım hakkı ki,²⁵ “Sözleşme özellikle medenî ve siyasî haklar getirirken bu hakların bir çoğu sosyal ve ekonomik niteliğe sahiptir.” Bu nedenle burada ekonomik ve sosyal hakları Sözleşmenin kapsadığı alandan ayrıran “su sızdırmayan bir bölüm” söz konusu değildir.

24. Yukarıda değinilen karar, s. 7.

25. Avrupa içtihatlarında bu hak mutlak olmaktan uzaktır. Aşağı bkz., para. 61 ff.

Pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirgin bir şekilde istikrarlı olduğu görünmektedir. Mahkeme bu durumu ilgili kararlarında sürekli olarak vurgulamaktadır.²⁶ Mahkeme ayrıca belirtmektedir ki pozitif yükümlülükler özünde Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların gerçekten kullanılması için gereken maddî ve hukukî şartların güvence altına alınmasına yöneliktir.

Pozitif ve negatif yükümlülükler

Pozitif ve negatif yükümlülükler birbirlerinden bağımsız mıdır?

Pozitif yükümlülükler, tasarlandığı gibi, negatif yükümlülüklerle ilavedirler. Fakat her ikisinin birlikte Sözleşme alanını doldurduğu söylenebilir mi? Eğer üçüncü bir yaklaşımın olabileceğini ileri süren *Pla ve Puncernau - Andora* kararına²⁷ atıfta bulunulur ise bu soruya cevap olumsuz olacaktır. Bu davada ulusal mahkemeler tarafından uygulanan yasanın bu maddenin ilgili tüm gereklerini yerine getirdiğine karar verilerek Andora devletinin sorumluluğu yargısal yorumlamadan kaynaklı olarak 8. madde temelinde tartışılmıştır. Mahkeme şu karara varmıştır: “Andora makamları, başvuruçunun özel hayat ve aile hayatına müdahaleden dolayı Andora devletinin etkili bir aile hayatına saygı hakkını güvence altına almak hususundaki herhangi bir pozitif yükümlülüğünün ihlalden dolayı sorumluluğundan daha fazla sorumlu tutula-

26. Yakın zamandaki örnekler için bkz. özellikle de *Öneryıldız - Türkiye*, 18 Haziran 2002; *Oranio ve diğerleri - Yunanistan*, 20 Ekim 2005.

27. 13 Temmuz 2004 tarihli karar.

maz.” Mahkeme şöyle devam etmiştir: “Başvurucular kendilerini yargısal bir karara itiraz ile sınırlamışlardır...” Mahkemenin vardığı sonuç ilginçtir;²⁸ Mahkemenin yargının bağımsızlığı ile olan ilgisine dahi yüklenebilir (ki bu ilke daha çok Sözleşme’nin 6. maddesinde getirilmiştir). Her durumda, görülmektedir ki Mahkeme Sözleşmenin türünden ileri gelen bir tür ihlal tipi kabul etmiştir ve bu ihlal bilinen formdaki yükümlülüklerden birinin yerine getirilmemesi olarak sınıflandırılmaz. Bununla birlikte, bu tahlil ikna edici değildir ve burada kabul görmeyecektir.²⁹ Sözleşmenin her bir ihlali ancak devletlerin, sadece pozitif ya da negatif olabilen kabul edilmiş yükümlülükleri yerine getirmemesinin bir sonucu olabilir.³⁰

Bu nedenle bu temel ayrıma dönersek sorun her bir unsurun diğerine nasıl yakın durduğudur. İçtihatlar temelinde iki öneride bulunabiliriz: 1) İki yükümlülük türü nitelik olarak birbirinden farklıdır; 2) Bununla birlikte, zaman zaman aynı sonuçları doğurmaktadırlar.

28. Devletin sorumluluğunun neye dayandığı gerçekten de merak edilebilir. Üzerine düşen tüm görevleri yerine getirdiği durumlarda devletin uluslararası sorumluluğunu gündeme getirecek haklı gerekçeler bulmak zordur. Bu davada açıktır ki devlet aleyhine yapılan tespitler zımnı olarak ihlalin bu devletin organlarından biri tarafından gerçekleştirilmiş olması gerçeğine dayanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme bu ihlali yargıçların bağımsızlıklarına etki etmeden 8. maddenin 2. paragrafı uyarınca incelemiştir. Burada pozitif yükümlülükler teorisini devlet ve özel bireyler arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde genişletmenin arzu edilmeyen, aşağıda açıklanan, bir sonucu söz konusudur (Bkz. para. 15 ff).

29. Pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki farkın Sözleşmenin ihlali olarak bu hipotez için de tekrar gündeme gelmesinin hakiminin ilgili kararı geri almasının ve hatta adaletin veya yargı kararının yanlış yürütülmesinin bir sonucudur.

30. Bkz. aşağı, s. 15.

Farklı nitelikteki yükümlülükler

Pozitif yükümlülükleri negatif yükümlülüklerden ayıran şey şudur ki pozitif yükümlülükler devletlerin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden imtina etmeyi gerektirmektedir. Sözleşmenin ihlali ilk durumda eylemsizlikten kaynaklanacaktır, örneğin ulusal makamların gösterdiği pasiflik ve ikinci durumda ise ihlal pozitif eylemler yoluyla bir hakkın kullanımının kısıtlanması ve engellenmesinden kaynaklanacaktır.

Bu farklılık bazen uygulamada bariz bir şekilde görülmektedir. Şu şekilde örneklendirilebilir. Bay X’in kamuya ait otobanda düzenlenen izinsiz bir yürüyüşe katıldığını ve burada hayatını kaybettiğini düşünelim: Bay X’in ölümünün polis memurlarının kalabalığı dağıtmak amacıyla darbe ve yaralamanın bir sonucu olduğunu kabul edelim. Sözleşmeye riayet etme konusu hakların kullanımına müdahale etmeme yükümlülüğünün yerine getirilmesi bağlamında ya 11. madde (toplanma özgürlüğü) ya da 2. madde (yaşam hakkı) ile ilgili olarak gündeme gelecektir. Ve eğer devlet bu kişinin ölümünden dolayı sorumlu tutulur ise bu durum devletin görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği *pozitif eylem* nedeniyle olacaktır ki Sözleşme bundan kaçınmasını gerektirirken devlet (orantısız bir şekilde) müdahalede bulunmuştur. Fakat Bay X’in karşı bir grup gösterici tarafından pasif kalan polis güçlerinin hazır bulunduğu sırada döverek öldürüldüğünü düşünelim. Eğer 2. ve 11. maddenin sadece negatif yükümlülükler getirdiği kabul edilirse bu durumda Sözleşmenin bir ihlali söz konusu olmayacaktır zira polis bir müdahalede bulunmamıştır. Bunun aksine – içtihatların görüşüne göre – Sözleşmenin Bay X’in hayatının

pozitif müdahale yoluyla korunması gibi bir yükümlülük getirdiği kabul edilirse, polis memurlarının *pasifliği* devletin sorumluluğunu kılacaktır. Mahkeme kararından alıntı yaparak, eğer Bay X'in yakınları ölümü ile ilgili olarak şikayette bulunurlar ise, “[başvurucunun] şikayetinin esası devletin bir eylem gerçekleştirmesi değil bir eylem gerçekleştirmemiş olması [olacaktır].”³¹

Bununla beraber, bu farklılığın kendiliğinden aşikar olmadığı ve bu iki tür yükümlülüğün arasındaki sınırın muğlak kaldığı ama yine de tümden yok olmadığı durumlar da söz konusudur.

Yükümlülüklerin uygulamada çakışması

Mahkeme mütalaalarının ilk olarak başvuru ihlal edildiğini ileri sürdüğü ve Avrupa Mahkemesinin yeniden sınırlandırdığı yükümlülüklerle odaklanması nadir bir durum değildir. Bunun bir örneği *Cossey - Birleşik Krallık* davasıdır.³² Bu davada başvuru cinsiyet değiştirme ameliyatının ardından medeni durumunu değiştirmesinin reddedilmesinin özel hayatına bir müdahale olduğunu ve o zamana kadar her ne zaman kimlik göstermesi gerektiğinde özel hayatının detaylarını açıklamak zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme, “başvurucunun tartıştığı durumun devletin bir eylemden kaçınması gerektiği değil bunun yerine mevcut sistemini değiştirmek için

adımlar atması gerektiğidir. Bu nedenle buradaki sorun, Bayan Cosse'sin özel hayatına etkili saygının bu hususta Birleşik Krallık için pozitif bir yükümlülük getirip getirmediğidir.” demiştir. Bu tür durumlar zorunlu olarak ciddi sınıflandırma sorunlarını yanıtsızmazken en azından iki tür yükümlülük arasında bir ayırımın yapılmasının her zaman basit olmadığını göstermektedir. Mahkemenin kendisi de bir çok defa vurgu yaparak şu hususu kabul etmiştir ki “Devletin bu madde kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırı kesin bir tanıma olanak tanımamaktadır.”³³ İçtihatlar her iki yükümlülüğün uygulamada ne derecede çakıştığını açıkça göstermektedir.

İlk olarak, devletin tutumunda imtina etme ve eyleme geçme unsurlarının birlikte yer aldığı ve hatta örtüştüğü bir dava vardır. Örneğin, devletin bir aile ilişkisindeki bir evlat edinmeden kaynaklanan aksaklık nedeniyle sorumlu tutulduğu durum sadece şu durumlarda mümkündür ki bir taraftan iç hukukun biyolojik babaya yetersiz koruma sağlaması ve öte yandan devletin kendisi yetkili mercileri aracılığı ile evlatlık edinme prosedüründe bir taraf olması.³⁴ Diğer bir örnekte ise, devletin bir malik malvarlığını kullanmasına hem engelleyici manevralar ve hukuki boşluklardan yararlanma uygulamaları hem de gerekli zeni göstermeyerek ihmal suretiyle pasif olarak engel olduğunu ileri sürülmüştür.³⁵

31. *Gaskin - Birleşik Krallık*, 23 Haziran 1989, §41. Aynı tür ifadeler 30 Haziran 1998 tarihli *Sheffield ve Horsham - Birleşik Krallık* kararında da görülmektedir: “Başvurular tarafından mahkeme önünde gündeme getirilen mesele cevapçı devletin bu kişilerin zararına hakaret etmekten kaçınması değil devletin onlara karşı bir önyargı ile işleyen sistemi değiştirmek için pozitif adımlar atmamış olmasıdır.” (§51).

32. 29 Ağustos 1990 tarihli karar.

33. Bkz. örneğin *Keegan - İrlanda*, 19 Nisan 1994, §49; ve *Hokkanen - Finlandiya*, 24 Ağustos 1994, §55.

34. *Keegan*, yukarıda değinilen.

35. *Broniowski - Polonya*, 22 Haziran 2004.

Bunların dışında, devlete isnat edilebilen aynı eylemin nasıl sınıflandırılacağı sorusunun gündeme geldiği davalar söz konusudur. Örneğin, bu durum 8. madde açısından yabancıları ilgilendiren yasalar ile ilgili davalarda başvurunun ülkeye girişinin reddedilmesi veya oturma izni verilmemesinin o toprak parçası üzerinde ailesi ile birlikte yaşamasına engel olunduğunu bunun da bu maddenin 1. paragrafının yerine getirilmemesi anlamına geldiğini ileri sürdüğü durumlarda görülmektedir. Bu davalarda dikkate değer bir husus da şudur ki şikayet Mahkeme tarafından bazen pozitif yükümlülükler açısından³⁶ ve bazen de negatif yükümlülükler açısından değerlendirilmektedir.³⁷ Bu davalarda her şeyin kabul edilen bakış açısına bağlı olduğu bir gerçektir. Aile hayatının bozulması veya aile hayatına mani olunmasının reddin bir sonucu olduğu düşünülürse o zaman müdahalenin 8. maddenin 2. paragrafı ile ilgili olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Veyahut bu durumun resmi makamların ülkeye giriş veya oturma izin vermek için bir eylem gerçekleştirmemiş olduğu gerçeğinin bir sonucu olarak düşünülürse bu durumda bu yerine getirmemenin esasları incelenenektir. Bir başka örnek ise *Powell ve Rayner - Birleşik Krallık* kararında³⁸ karşımıza çıkmaktadır. Londra Heathrow uluslararası havalimanı yakınlarında yaşayan başvuruçular 8. maddede güvence altına alınan özel hayat hakkının ihlali anlamına geldiğini düşündükleri kabul edilemez gürültü seviyesinden

36. Örneğin, *Ciltz - Hollanda*, 11 Temmuz 2000 ve *Sisojeva ve diğerleri - Letonya*, 16 Haziran 2005.

37. Örneğin, *Ahmut - Hollanda*, 26 Ekim 1996 ve *Şen - Hollanda*, 21 Aralık 2001.

38. 24 Ocak 1990 tarihli karar.

şikayetçi olmuşlar ve bundan dolayı devletin sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu davada başvuruçuların bir pozitif yükümlülüğün mü yoksa negatif yükümlülüğün ihlalinde mi şikayetçi olduklarını hakkında bir karar vermeme yoluna gitmiş ve şu anda bir klasik haline gelen cümlelere başvurmuştur: “Söz konusu dava ne devletin uygun ve makul tedbirler alarak başvuruçuların 8. maddenin 1. paragrafı kapsamındaki haklarını güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülük açısından değerlendirilebilir ne de ‘bir kamu makamı tarafından müdahale’ ile ilgili olarak 2. paragraf uyarınca haklı gösterilebilir, uygulanacak ilkeler çok geniş bir şekilde benzerdirler.” Peki o zaman devlet ne için sorumlu tutulmuştur? Devlet yasal düzenlemeleri ile verdiğiinden – özellikle de gürültü kontrolü ve azaltma tedbirleri ve ilgili standartlar koyarak – bu tür sorunların doğmasına izin vermiş fakat bununla birlikte yeterli tedbirler almamıştır. Bu durumun vurgulanması gerekmektedir. Bir pozitif yükümlülüğün ihlal edilmiş olması için devletin mutlaka tümünden pasif olması gerekli değildir. Devlet müdahale etmiş olabilir fakat gerekli tüm tedbirleri almamış³⁹ ve bu durum devleti pozitif yükümlülükler açısından sorumlu kılan “kısmi bir yerine getirmeme eylemi”⁴⁰olarak kabul edilecektir.

Devletin şüphesiz olarak bir müdahalede bulunduğu fakat bu müdahalenin orantılılık değerlendirmesinin pozitif bir yükümlülük gündeme getirdiği bir başka durumda pozitif ve negatif

39. Söz konusu dava *Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 8 Temmuz 2003.

40. Mahkeme tarafından yukarıda değinilen İlaşcu kararında kabul edilen ifade, §334.

yükümlülükler farklı olmaya devam ederken çakışmaktadır. 2., 3. ve 5. maddeler açısından geçerlidir. Ölüm olayına devlet görevlilerinin – genellikle güvenlik güçleri mensuplarının – neden olduğu durumlarda Avrupa Mahkemesi bu maddeler ile ilgili olarak erken bir aşamada, operasyonun hazırlanması veya kontrolünde, yetkili makamların uygun tüm tedbirleri alıp almadığını yani bir başka deyişle ölümün hazırlık veya infazın katı kontrolünün yapılmamış olmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığını teyit etmek isteyecektir.⁴¹ Öte yandan, gözaltına alınma veya tutuklanma veya polis veya cezaevi görevlileri tarafından yapılan kötü muamele ile karar verirken, örneğin 5. ve 3. maddede güvence altına alınan haklara müdahale ile ilgili davalarda⁴², Mahkemenin yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmeden önce bazen bu tür durumlarda kamu makamları için pozitif yükümlülükler getirdiği görülmektedir.⁴³ Şu hususun vurgulanması önemlidir ki bu

41. Bu alandaki önde gelen davalar için bkz. *McCann ve diğeri - Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995. Daha fazla detay için bkz. aşağı, s. 23 ff.
42. Bu gerekçe cümlesi 3. maddenin, 5. maddeden farklı olarak, normal koşullar altında hiçbir askıya alınmayışına izin vermediği ve böylece herhangi bir müdahalenin ihlal kabul edilebileceği durumlarda geçerlidir.
43. Bkz., Örneğin, *Algür - Türkiye* 22 Ekim 2002 tarihli karar, bu karar nezaret altında bulunan kişilerle ilişkili olarak bir sürü usulî yükümlülükleri beyan etmiştir: “Temel güvencelere ilişkin çok titiz bir başvuru, özgürlüğün ihlal edildiği andan itibaren, örneğin polis makamları tarafından çağrılan doktorun yapmış olduğu herhangi bir muayeneye ek olarak kişinin tercih ettiği bir doktor tarafından muayene edilmesini talep edilme hakkının ve avukata ve aile yakınlarına erişimin ihlal edilmesi durumunda bu başvuru acilen yargısal bir müdahale ile desteklenmelidir. Bu başvuru kötü muamelenin ortaya çıkarılmasını ve önlenmesini etkili bir şekilde desteklemektedir ki, kötü muamele, mevcut davada olduğu gibi, gözaltındaki kişilere karşı yapılabilir, özellikle kişilerden bazı itiraflarda bulunmasının sağlanması için olabilir.” (§44).

hipotez Avrupa kontrolünün seviyesi gösteren ilginç bir göstergedir. Bu – Mahkemenin devletlerin Sözleşmenin gereklerini yerine getirecek tedbirleri seçmede özgür olduğu prensip konumundan öteye gidebileceği bakış açısı ile – kontrolün kapsamlılığını göstermektedir. Fakat bunun kapsamı abartılmamalıdır. Mahkemenin, devletlerin müdahaleleri aleyhine karar verdiği kararlarda Mahkemenin pozitif tedbirlerin alınması görüşü her zaman ayırt edilebilir.

Pozitif yükümlülükler ve Sözleşmenin yatay etkisi

Daha önce belirtilenlerden açıkça görüldüğü gibi pozitif yükümlülükler devletin yargı yetkisinde bulunan kişileri koruma görevinden doğmaktadır. Devlet bu görevi esas olarak Sözleşmenin bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanmasını güvence altına alarak yerine getirecektir. Böylece, pozitif yükümlülük teorisi Sözleşmenin kapsamını bireyler arasındaki özel ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesi yönündeki belirgin eğilimi desteklemektedir ki buna “yatay etki” adı verilmektedir.⁴⁴ Bu etki ayrıca devletin sorumluluğu kavramını kabul ederek uluslararası tahkim mekanizmasının hayata geçirilmesine –burada ki değerini ortaya koyarak – olanak sağlayacaktır. Bir başka deyişle, sırf bir bireyin Sözleşmenin bir maddesini ihlal etmesi nedeniyle devlet aleyhine hüküm verilmesine yol açamaz. Bu durumun devletin bireyin

44. Genişleme şu ifadeye rağmen devam etmiştir: “Mahkeme Sözleşme güvencelerinin özel kişiler arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde genişletilmesinin kapsamının ne olması yönünde ilgili genel bir teoriyi ileri sürmeyi gerekli bulmamakla birlikte hatta bunu arzu dahi etmemektedir.” (*Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre*, 28 Eylül 2001, §46).

davranışını görme noktasında başarısız olması veya bunu tolare etmesinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Pratik bir ifade ile, bu davranış devletin hukuken veya maddi olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyememesinden dolayı ya da devletin faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamış olmasından dolayı devletin Avrupa Mahkemesi tarafından sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır.

Bu kararlar bu nedenle devletin yerine getirmemesi gibi genel bir kural ile haklı gösterilmektedir: Devletin sorumlu tutulduğu husus kendisinin adım atmamış olmasıdır. Eğer Sözleşmenin ihlal edilmesi iç hukuk sisteminde tedbirlerin olmaması nedeniyle değil de Avrupa metni ile açıkça çelişkili maddelerin mevcut olması ile mümkün kılınmış ise ne olur? Mahkeme bir dizi davada bu sorun ile karşı karşıya kalmıştır.⁴⁵ Mahkemenin kararlarının dayanakları, meselelerin pozitif yükümlülük sorunu dışında kaldığı ve dolayısı ile Sözleşmenin yatay etkisinin bu yükümlülüklerden kısmen bağımsız olduğu intibası uyandırabilmektedir. Aslında, bu davalardaki ihlal hükümleri Mahkemece açıkça pozitif yükümlülük olgusuna atıfta bulunmadan Avrupa metni ile bağdaşmayan maddelerin iç hukuk sisteminde bulunması gerçeğine dayanmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme nihayetinde, daha sonraki bir kararda *Odièvre - Fransa*⁴⁶ davasında böyle yapmıştır.

45. Özellikle de *Young, James ve Webster - Birleşik Krallık*, 13 Ağustos 1981; *Sigurður A. Sigurjonsson - İzlanda*, 30 Haziran 1993; *Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre*, 28 Haziran 2001.

46. 13 Şubat 2003 tarihli karar.

Hukukun şu anda getirdiği gibi, o zaman, denebilir ki Sözleşmenin, kendi bütünlüğü içerisinde, yan etkilerinin Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilmesi ve geliştirilmesi pozitif yükümlülük teorisinin bir sonucudur. Devlet bireyler arasında işlenen ihlaller nedeniyle sorumlu hale gelmektedir. Çünkü, hukuk düzeninde bazen hukuki bir müdahalenin bulunmamasının açık ve basit olduğu anlamına geldiği bir yerine getirmeme ve bazen de Sözleşmeye aykırı bir hukuki durumu değiştirecek tedbirlerin alınmamış olması söz konusudur. Son iki hipotezde görüleceği gibi negatif yükümlülükleri ayırma hattı çok önemsiz hale gelmektedir.

Fakat pozitif yükümlülükler Sözleşmenin yatay etkisi teorisinin alanını tümünden kapsarken, bunu sınırlandırmamaktadır. Devletler ayrıca yargı yetkisindeki bireyler ile arasındaki ilişkileri koruma yükümlülüğü altındadır. Bir başka deyişle devlet bir tür “şizofrenlik görevi” – ihlalleri önlemek için tedbirler alma veya kendi görevlileri, temsilcileri veya eylemleri tarafından meydana getirilen ihlalleri cezalandırma görevi – ile bağlıdır.

Haklı olarak, katı bir yargısal bakış açısından, böylesi durumlarda Taraf Devletlerin sorumluluklarının belirlenmesi için pozitif sorumluluk teorisine başvurmanın gerekli olup olmadığı konusunda haklı bir şüpheye yer vardır. Kamu gücünü kullanan bireyler tarafından işlendiğinde Sözleşmenin bir ihlali açık bir şekilde devlet müdahalesinin bir sonucu olacaktır. Aynı gücü kullanan bir başka kişinin, örneğin, yasama veya yürütme erki, işlenen bir ihlali önlemek konusunda harekete geçip geçmediğini görmek

gereksizdir zira Avrupa belgesinin yerine getirilmediğinin kanıtlanması için böyle bir soruşturmaya gerek yoktur.

Fakat Mahkeme, bu temeli kapsama konusunda hazırlıklı görmektedir ve *Assanidzé - Gürcistan* kararının içerdiği en açık ifadelerden biri olan bir ilkeye dayanarak devletler tarafından hareket geçilmesi ile ilgili bir dizi yükümlülük getirmiştir.⁴⁷ Mahkeme şu hususa vurgu yapmıştır:

Sözleşme sadece Yüksek Sözleşmeci Devletleri Sözleşmenin somutlaştırdığı insan hak ve özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü kılmamaktadır; ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlali ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir. Devletin yüksek makamları altlarından Sözleşmenin yerine getirilmesini isteme görevine sahiptirler ve bu konuda bunu güvence altına alamama ehliyetsizliğinin arkasına sığınmazlar.

Pozitif yükümlülük türleri: “Usûlî” ve “esasî”

Avrupa Mahkemesi tarafından yapılan bir diğer temel ayırım ise “usûlî” yükümlülükler ve “esasî” yükümlülükler arasındadır.⁴⁸

Buradaki ayırımın altını çizen ölçüt devletten beklenen eylemin esasında yatmaktadır.⁴⁹ Bu nedenle güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli temel tedbirler, örneğin polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koymak, kötü

muamele veya zorla çalıştırmayı yasaklama, cezaevlerinin donatılması, transseksüellerin hukukî statüsünü resmen tanımak, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna vb. dahil etmek, alınması gereken esasî yükümlülüklerdir.⁵⁰ Usûlî yükümlülükler ile ilgili olarak, bu yükümlülükler kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerinin düzenlenmesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını gerektiren yükümlülüklerdir. Bu durum (haklarının ihlal edildiğini ileri süren) bireylerin etkili bir soruşturma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır, görülmelidir ki ayrıca özellikle 8. madde kapsamında yükümlülük, ebeveynlerin kendi ailelerini etkileyecek prosedürlerde (evlat edinme prosedürü, çocukların yerleştirilmesi, tutukluluk kararları ve ziyaret hakları, vb.) yer alma şartıdır.⁵¹

Uygulamada, söz konusu yükümlülüklerin karşılıklı etkileşimi daha da karmaşık görünmektedir. Bu yükümlülüklerin birleşiminin Avrupa incelemesinin derecesini belirgin bir şekilde genişlemesine olanaklı kılacağı görülecektir. Aşağıda verilen davalar

49. Mahkeme özel olarak pozitif yükümlülüklerin Sözleşme ihlalleri ile ilgili olarak “önleme” veya “hukuk yolu sağlama” amacıyla olduğunu vurgulasa da (*Assanidzé - Gürcistan*, §146) – esas olarak hizmet edilen amaca dayanan – bu ayırım esas ve usûle ilişkin yükümlülüklerin ayırımını anlamak için kilit olarak görülemezler. Esas yükümlülüklerin her zaman önleyici bir amacı olmayabilirken, usûle ilişkin yükümlülükler de sadece hukuk yolları ile sınırlı değildir.

50. Bkz. aşağı, s. 44, daha fazla detay için.

51. Ayrıca bkz. aşağı, s 44, daha fazla detay için.

47. 8 Nisan 2004 tarihli karar.

48. *Öneryıldız - Türkiye* kararında açıkça belirtilmiştir [BD], 30 Kasım 2004, §§97 ff.

usûlî ve esasî yükümlülükler arasındaki etkileşimin genişliği fikrini vermekte ve – baştan sonra olmasa da – Avrupa Mahkemesine sunulan bu müthiş kaynağı tanımlamaktadırlar.

En yaygın davada Sözleşmenin belirli bir maddesinin yerine getirilmesinin sırası ile iki aşamada örneğin geniş çaplı ikili bir soruşturmaya tabi tutarak değerlendirilmektedir. Burada, tarafların şikayetlerini talimata göre formüle edebilmeleri imkanı sağlanmıştır. Mahkeme esasî bir hakkın (Örneğin, mülkiyet hakkının) ihlal edilip edilmediğini kontrol etmekle tatmin olmayacaktır. Mahkeme ayrıca ulusal makamların bu hakkı ihlal ettiği ileri sürülen olaylar ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütüp yürütmediklerini veya tahmin edilen mağdur(lar)a etkili iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığını da kontrol edecektir. Mahkeme ileri sürülen madde uyarınca – 1. No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ilk cümlesi – bir veya her iki düzeyde bir ihlalin söz konusu olabileceğine hükmedebilir.

Fakat usûlî gereklerin yerine getirilmeleri veya getirilmemeleri ayrıca esasî hakkın ileri sürülen ihlalin değerlendirilmesinde bir rol oynayabilir. *Tanış ve diğerleri – Türkiye kararı*⁵²buna bir örnektir; burada Mahkeme iç hukuk prosedürlerindeki eksiklikler ve makamların soruşturmada üzerlerine düşen özen görevini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle kaybolan bir kişinin hayatına müdahale edildiği sonucuna varmıştır.

Devletten yerine getirmesi gereken usûlî eylemlerdeki bir eksiklik – örneğin etkili bir soruşturma yürütme – ayrıca Mahkemenin

devleti hem esasî hakkın ihlal edilmesinden dolayı hem de usûlî yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğundan dolayı sorumlu tutmasına yol açabilir. Bu durum *Kurt - Türkiye kararı*⁵³bu yana 3. madde kapsamında yapılan başvurularda karşılaşılan özel bir hipotezdir. Burada etkili bir soruşturmanın bulunmaması kendiliğinden bir yerine getirmeme anlamına gelmektedir. Fakat bu durumun kaybolan kişinin ailesini etkilediği durumda, buna *ek olarak* insanlık dışı ve/veya onur kırıcı muamele anlamına gelebilir.

Son olarak eklenmesi gerekir ki, farklı temellerin doğrulanması Avrupa Mahkemesinin pozitif usûlî yükümlülüklerinin artarak dikkat gerektiren görüşününün bir sonucudur. Bu görüş nihayetinde 6 §1 ve 13. maddelerinin gereklerini Sözleşmenin esasî maddelerine dahil etmektedir ve bunun yaparken de esasî maddeler hala uygulanabilir haldedirler. Bu durum genellikle tek ve aynı şikayetin sırası ile iki farklı açıdan incelenmesine ve her iki durumda da Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açmaktadır. Usûlî yükümlülüklerin bu kademeli etkisi en iyi bir şekilde yukarıda değinilen *Tanış* davasında örneklenmiştir. Bu kararda yukarıda belirtildiği gibi, yaşam hakkının ihlal edildiği fakat ayrıca başarılı bir şekilde 2. maddeden kaynaklanan usûlî gereklerle ilgili (daha çok soruşturma yükümlülüğü), 3. madde de yasaklanan kötü muamele (yakınlarına yapılan) ile ilgili ve son olarak 13. madde temelinde şikayetin esasının incelenmesini bir parçası olarak bu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği ile

52. 2 Ağustos 2005 tarihli karar.

53. 25 Mayıs 1998 tarihli karar.

ilgili konular incelenmiştir. Dikkate değer bir husustur ki Mahkeme her bir konuda ihlal tespit etmiştir.

Pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması

Mahkemeye bakılacak olursa, pozitif yükümlülüklerin doğrulanması aslında özel bir özellik sergilememektedir. Bu durum ilk olarak 8. madde bağlamında şu şekilde belirtilmiştir (*Powell ve Rayner - Birleşik Krallık* kararından alınmıştır):⁵⁴

Şu an ki dava ister devletin başvurusunun 8. maddenin 1. paragrafı kapsamındaki haklarını güvence altına almak için makul ve uygun tedbirler alma pozitif görevi bağlamında tahlil edilsin ister “bir kamu makamı tarafından gerçekleştirilen müdahalenin” 2. paragraf uyarınca haklı gösterilsin uygulanacak prensipler büyük ölçüde benzerdirler. Her iki bağlamda da bir bütün olarak bireylerin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında bulunması gereken adil dengenin göz önünde bulundurulması gerekir; ve her iki bağlamda da devlet Sözleşmenin yerine getirilmesinin sağlanması için atılması gereken adımların belirlenmesinde belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca ilk paragraftan doğan pozitif yükümlülük ile ilgili olarak bile, göze çarpan [bulunması gereken] dengede ikinci paragrafta belirtilen amaçlar ... belirli bir illiyet bağına sahip olabilir. Görülecektir ki yukarıda belirtilen Avrupa kontrol mekaniz-

masının bütünlüğü ilkesi hangi madde ile ilgili olursa olsun şu anda genel bir ilke olarak kabul görmektedir. Bu durum çarpıcı bir şekilde Avrupa Mahkemesini 1 No’lu Protokol’ün 1. Maddesi kapsamında menfaat zedeleyici kaçınma kadar bir hakkın (bu örnekte mülkiyet hakkı) kullanımına yapılan müdahale sorunu ile ilgili genel bir değerlendirme yaptığı Bro-niowski - Polonya kararına⁵⁵ dayanmaktadır.

Fakat eğer bu durum gerçekten prensip ise, uygulama o kadar da bariz değildir. Her şeyden önce, söz konusu yükümlülüklerin nitelikleri nedeniyle doğrulamanın ruhunun altının çizilmesi tümten aynı değildir. Gerçek şudur ki bu yükümlülükler Mahkemenin sadece imtinanın hukukiliğinin incelemesine değil aynı zamanda devlet tarafından alınması gereken tedbirleri öngörmesine yol açmaktadır. Şu anda herkesin bildiği gibi, Mahkeme genel olarak, Avrupa mekanizmasının tali karakteri nedeniyle Sözleşmenin kendi topraklarına yerine getirilmesi için uygun tedbirleri seçmenin devletlere bırakılması gerektiğine hükmetmektedir⁵⁶ ve dolayısıyla “toplumun ve bireylerin ihtiyaçları ve kaynakları arasında” karar verilmesine olanak tanımaktadır.⁵⁷ Mahkeme ulusal makamların pozitif yükümlülüklerin dahil olduğu durumlarda “korumasına” müdahaleye zorunlu olarak bir dikkatlilik derecesi içerisinde hareket edecektir ki bu duruma negatif yükümlülüklerin gözden geçirilmesinde çok nadir rastlanmaktadır ve Mahkeme özellikle “makamlara imkansız ve orantısız bir yük yüklemekten” kaçınacaktır.⁵⁸ Bunun bir sonucu olarak, devletler her ne kadar

54. 24 Ocak 1990 tarihli karar, §41. Bu karar *Rees - Birleşik Krallık* (25 Eylül 1985), *Leander - İsveç* (26 Mart 1987) ve *Gaskin - Birleşik Krallık* (23 Haziran 1989) kararlarındaki sonuçları pekiştirmektedir.

55. Yukarıda değinilen karar, s. 12, dipnot 35.

davadan davaya değişse de bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

Fakat Avrupa Mahkemesi müdahalenin incelenmesi için Sözleşme tarafından öngörülen yöntemleri tümünden uygulayamadığı için pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini incelemek amacıyla özel bir yöntem türetmiştir.⁵⁹ Yeni yöntemleri türetirken ağırlık olarak Sözleşme metodlarından türetildiği doğru ise de bu durum ilham almaktan öteye gitmemektedir. Bu yönteme “adil denge” adı verilmektedir. Mahkeme, mükerrer olarak *Belçika dil hakları davasından*⁶⁰ beri belirttiği gibi, “toplumun genel menfaa-

56. Bu bağlamda bkz. *Stjerna - Finlandiya* (24 Ekim 1994). Bu davada Mahkeme şunları belirtmektedir: “Mahkemenin görevi Finlandiya’daki soyadı değiştirmeyi düzenleyen en uygun kuralı belirleme konusunda kendini yetkili Finlandiya makamlarının yerine koymak değildir.” (§39); ve yine *Powell ve Rayner* kararında (yukarıda değinilen) “Kesinlikle görevi değildir ki... Mahkeme ulusal makamların değerlendirmesinin yerine bu zorlu sosyal ve teknik alana neyin en iyi kural olacağı ile ilgili bir değerlendirme getirmektedir.” (§44). Büyük Daire bu konu üzerindeki farklı tutumlarını pekiştirerek *Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık* kararında (8 Temmuz 2003) şunları belirtmiştir: “Mahkeme Sözleşmenin esas olan ikincil rolünü yinelemektedir. Ulusal makamlar doğrudan demokratik meşruiyete sahiptir ve ... yerel ihtiyaç ve şartları uluslararası bir mahkemeden daha iyi tespit edebilmektedirler. Demokratik toplumdaki görüşlerin makul olarak geniş bir şekilde değişiklik gösterebildiği genel kural konusunda ulusal kural koyucularının rolüne özel bir ağırlık verilmelidir.” (§97).
57. Örneğin, *Johnston ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 27 Kasım 1986, §55.
58. Örneğin, *Osman - Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998, §116; *Kılıç - Türkiye*, 28 Mart 2000, §63; *Denizci ve diğerleri - Kıbrıs*, 23 Temmuz 2001, §375.
59. 8’den 11’e kadar olan maddelerin 2. paragrafları temelinde esas olarak hizmet eden – fakat tek olmayışına – yöntem Mahkemenin sırasıyla şunları incelemesine yol açmıştır: (1) Söz konusu müdahale yasadaki öngörülümü müdür? (2) Bu müdahale bu maddelerde belirtilen kamu güvenliği gibi meşru amaçlara (unutulmamalıdır ki bu amaçlar söz konusu maddeye göre değişmektedir) hizmet etmekte midir? ve (3) Müdahale hizmet edilen amaç ile orantılı mıdır?.
60. Yukarıda değinilen, s. 7.

tinin korunması ile temel insan haklarına saygı arasında bir denge” bulmak zorunda kalmıştır.

Bu yöntem Avrupa Mahkemesinin ilk olarak ulusal makamların imtina etmesinin haklı gösterilmesi ve kamu yararının vurgulanmasını dikkate almasına yol açacaktır. İncelemenin ilk aşaması devlet tarafından ileri sürülen temellerin ilintisinin değerlendirilmesini örneğin onların meşru genel menfaat özelliğini içerecektir. Bu inceleme her davada uygulanmamaktadır fakat temel olandır. Bu durum şundan görülmektedir ki bazı davalarda Mahkeme bu noktaya vurgu yapmayı uygun görmektedir. Örneğin, *Mahkeme Gaskin - Birleşik Krallık* davasında devletin harekete geçmemiş olmasının nedeninin başvuruçunun erişmek istediği belgeler için gizliliğin “çocuk koruma sisteminin etkili bir şekilde yürütmesi ve bu açıdan sadece katkı sağlayanların (“ihbar edenlerin”) değil bakıma muhtaç çocuğu korumak gibi meşru bir amaca hizmet ettiği” sonucuna varmıştır.⁶¹ Daha yakın bir zamanda, *Odièvre - Fransa* davasında Mahkeme başvuruçunun kökenleri hakkında bilgiye erişimine izin vermeyen ulusal mevzuatın kamu menfaati gibi meşru bir amaca hizmet ettiği sonucuna varmıştır.⁶²

İncelemenin şüphesiz en önemli olan ikinci aşamasında Mahkeme devletin tutumunun uygunluğunu değerlendirecektir. Bu değerlendirme kesinlikle kısıtlayıcı tedbirlerin gereklilik ve orantılılık incelemesine benzerdir. Her durumda “adil denge” hakkında bir karar verilecektir. Bu durum Mahkemenin farklı faktörleri bir

61. 23 Haziran 1989 tarihli karar, §43.

62. 17 Şubat 2003 tarihli karar, özellikle de §45.

arada incelemesinin bir sonucudur: Risk altındaki kamu menfaatinin önemi ve devletin takdir yetkisi, hukukun üstünlüğü ve Taraf Devletlerin söz konusu sorun ile – örneğin, transseksüelliğin hukuken tanınması⁶³ veya tecavüz için verilen ceza⁶⁴ – ilgili uygulamaları, söz konusu hakkın önemi, üçüncü tarafın haklarını koruma gerekliliği vb. Görüleceği gibi bu inceleme Avrupa Mahkemesinin cüret ve geri durma arasında gidip gelen kararlarının değişkenliğine dayanan bir çok gizemi barındıracaktır. Bu her durumda 11. madde ve 8. maddenin 2. paragrafına dayanan içtihatlardan çok daha az katıdır. Yine de Mahkemenin değerlendirmesinin kesinlikle değişebilir olduğunu vurgulamak önemlidir. Bu durum sadece toplumsal değişiklikler nedeniyle değil aynı zamanda her şeyin ötesinde Mahkemenin *Siliadin - Fransa* (yukarıda belirtilmiştir, s. 7) kararında *Selmouni - Fransa* kararından⁶⁵ alıntı yaparak belirttiği gibi:

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında gerekli olan ve giderek artan yüksek standartlar demokratik

63. Bu davalar bu konuda özellikle ilgilidirler: *Rees, Cossey, X, Y ve Z* (yukarıda değinilen), *B - Fransa* (24 Ocak 1992), *Sheffield ve Horsham - Birleşik Krallık* (30 Temmuz 1998) ve *Christine Goodwin - Birleşik Krallık* (11 Temmuz 2002).
64. *M.C. - Bulgaristan* (4 Aralık 2003) bu bağlamda dikkat çekmektedir.
65. 28 Temmuz 1999 tarihli karar. Benzer şekilde, *Hénaf - Fransa*, 27 Kasım 2003, §56.

*toplumların temel değerlerinin ihlal edilmelerinin değerlendirilmesinde birbirine uygun ve kaçınılmaz bir şekilde daha büyük bir dayanıklılık gerektirmektedir.*⁶⁶

Elbette, yukarıda açıklanan yöntem sadece Sözleşmenin kısıtlanmasına izin verdiği hakların söz konusu olduğu zaman uygulanabilmektedir. Bu yöntem diğerlerine ve özellikle de 2., 3. ve 4. maddelere uygulanmayacaktır. Fakat esas olarak bu durum her şeye rağmen doğrudur. Farklı olan şeyler müdahale yoluyla yerine getirmemeye katılan ruh ile aynı olan incelemenin prensipleri değil detaylarıdır. Tüm çıkarımlar aşağıdaki paragraflardan itibaren görülecektir.

Benzer bir şekilde görülmelidir ki “adil denge” prensibi özellikle de ulusal prosedürlerin yürütülmesi ile ilgili olarak belirli yükümlülüklerin yerine getirilmediği yönündeki iddiaların incelenmesine sadece uzaktan hükmetmektedir veya buna hiç etki etmemektedir.⁶⁷ Bu konuda Mahkeme hiç bir haklı neden kabul etmemektedir ve Mahkemenin devletlere bu konuda hiç bir takdir yetkisi tanımadığı görülmektedir.

66. Siliadin kararı §148 (yukarıda değinilen, s. 7).
67. Medenî ve cezai usuller düzenleyerek ve böyle yasa çıkarma yükümlülüğü, diğerleri ile birlikte yukarıda tartışılmıştır.

II. Yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması

Yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile aile hayatı ve özel hayat pozitif yükümlülüklerin gelişmesinde şüphesiz özel bir alandır. Bu hakkın dokunulamaz olan üstün olma niteliği hiç şüphesiz bir sonuç olarak güç kazandırmıştır.

Yaşam hakkı Sözleşmenin belirli bir maddesine (2. madde) tabi iken vücut bütünlüğü hakkı ise bir dizi madde tarafından kapsamaktadır. 3. madde işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezaya karşı koruma sağlamaktadır. Bu bağlamındaki ilgili olan prensip madde sadece prosedürlerin çekişmeli olması nedeniyle doğmaktadır. Bununla birlikte, 4. madde de gözden kaçırılmamalıdır. Bu madde vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir saldırı şekli olan kölelik, uşaklık ve zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Tekrardan belirtmeliyiz ki her ne kadar özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alsın da 8. madde Mahkeme tarafından, özellikle de “özel hayat” açısından, tecavüz gibi fiziksel bütünlüğe karşı belirli müdahale türlerine karşı koruma sağladığı şeklinde yorumlanmıştır. Taraf Devletler için bu üç madde hem esasa ilişkin hem de üsüle ilişkin pozitif yükümlülükleri destekleyen bir platformdur.

Esas yükümlülükler

Eğer 2. maddeyi yukarıda değinilen diğer maddelerden ayıran bir özellik söz konusu ise bu özellik bu maddenin taraf devletler için açık bir şekilde esasa ilişkin bir yükümlülük getirmesidir. 1. paragraf “Herkesin yaşam hakkı *yaşamın korunması altındadır.*” hükmü-

nü getirmektedir.⁶⁸ 8. madde de Avrupa Mahkemesinin pozitif tedbirler alma görevi getiren bir terim olarak yorumladığı aile hayatına “saygı”yı öngördüğü için bu maddeye benzetilebilir. Esasa olarak yasakları içeren 3. ve 4. madde ile ilgili olarak ise böyle bir görevin var olduğu savı genelde hakim tarafından ileri sürülmektedir.

Yaşam hakkının yasa tarafından korunması

Değişmeyen içtihatlarla göre “Madde 2 § 1’in ilk cümlesi devlete sadece kasıtsız ve hukuk dışı yaşamı sonlandırma olaylarında kaçınma değil aynı zamanda yargı yetkisi dahilindekileri güvence altına almak amacıyla uygun adımlar atma görevi getirmektedir.”⁶⁹ Bu nedenle ulusal makamların “temel görevi kişiler aleyhine suç niteliğindeki eylemleri caydırmak için etkili ceza hukuku maddelerini kabul ederek yaşam hakkını güvence altına almaktır.” Ayrıca “yaşamı bir başka bireyin suç niteliğindeki eylemlerinden dolayı risk altında olan bir bireyi korumak amacıyla önleyici eylemsel tedbirler almak” da ulusal makamların görevidir.⁷⁰ Fakat bu görev mutlak değildir. Mahkeme polis görevlerinin yerine getirilmesinin niteliği gereği var olan zorlukları, ulusal makamlar tarafından yapılan eylemsel seçimleri ve insan davranışlarının tahmin edilemezliğini dikkate almayı mecbur görmektedir. Bu nedenle, Mah-

68. Vurgu eklenmiştir.

69. İlk olarak *L.C.B. - Birleşik Krallık* kararı, 9 Haziran 1998, §36.

70. *Osman - Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998, §115.

kemenin de *Osman - Birleşik Krallık* kararında belirttiği gibi “iddia edilen her risk makamların bu riskin gerçekleşmesinin önlenmesi için eylemsel tedbirler alma gibi bir Sözleşme gereğini yerine getirmeyebilir.”⁷¹

Bu koruma görevi devletler için farklı durumlarda söz konusu olmaktadır. Ölüm olayına devlet görevlilerinin neden olduğu durumlarda, tehlikenin kamu makamlarının eylemlerinden kaynaklandığı durumlarda, tehlikeye üçüncü kişilerin veya mağdurun kendisinin neden olduğu durumlarda söz konusudur. Bu tür davalar incelenirken unutulmamalıdır ki belirli bazı etkenler 2 §1. maddesi kapsamı dışında bırakılmışlardır

Yaşam hakkını koruma ile ilgili pozitif yükümlük dışında bırakılan faktörler

Ölme hakkı

Yaşam hakkının esas olarak devlet açısından kişileri öldürülmekten koruma yükümlülüğü getirmesi bakımından pozitif olduğu anlaşılır iken bu yükümlülüğün ayrıca ulusal makamların bir kişinin kendi hayatını sonlandırmada yardımcı olmak üzere pozitif tedbirler almasını gerekli kılabilecek negatif bir boyutunun olduğu düşünülebilir mi? Bu durum *Pretty - Birleşik Krallık* davasında⁷² gündeme gelmiştir. Mahkemenin yanıtı kesinlikle olumsuz olmuştur.

71. Kararın §116. paragrafı.

72. 29 Temmuz 2002 tarihli karar.

İlerlemiş motor nöron hastalığından mustarip Bayan Pretty çok hızlı bir şekilde gelişen hastalık nedeniyle tamamen felç olmuş ve kendi kendine gıda alamayacak duruma gelmiştir. Bu hastalık için belirli bir tedavi olmadığından bir kaç ay içerisinde öleceğinden emindir. Ölümünün çok büyük bir acı sonrasında gerçekleşeceği ve Bayan Pretty’in haysiyetini kaybetmesine neden olacağı da kesindir. Bu nedenler Bayan Pretty eşi ile anlaşarak eşinin bunlar olmadan önce ölmesine yardımcı olması için karar almıştır. Böyle bir eylem İngiliz hukukunda suç sayıldığından Bayan Pretty hayatta iken eşi için bir cezasızlık talebinde bulunmuş ve yetkili yargı mercilerinden eşinin cezai takibata uğramayacağı yönünde bir taahhüt istemiştir. Bu talep reddedilmiş ve ret cevabı İngiliz mahkemeleri tarafından onanmıştır.

Bayan Pretty Mahkeme önünde, 2. madde ile ilgili olarak, esasen bu red cevabının devletin yaşamı sonlandırma hakkını korumak ile ilgili pozitif yükümlülüğünün ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bayan Pretty’nin görüşüne göre bu hak bu davanın koşullarında kendisine yaşamını dilediği şekilde sonlandırması için izin verilmesi gerektiği anlama gelmektedir. İddianın bu satırı Avrupa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Mahkeme 2. madde kapsamında güvence altına alınan yaşam hakkının “negatif bir boyutunun olduğu şeklinde yorumlanamayacağı” ve “bu haktan ne üçüncü bir kişi eliyle ne de bir kamu otoritesinin eliyle bir ölme hakkının türetilebileceğine” hükmetmiştir.⁷³ Bu nedenle, Mahkemenin görüşüne göre 2. madde ihlal edilmemiştir. Mahkeme

73. Kararın §§39 ve 40. paragrafları.

ayrıca yaşam hakkının negatif bir boyutu kapsamadığını ve devletin de bu bağlamda pozitif bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmiştir.

Ceninin yaşam hakkı

Bu sorun ayrıca hangi yaşamın Sözleşmece güvence altına alındığı ve 2. maddenin ve ona bağlı pozitif yükümlülükler de dahil olmak üzere, cenine uygulanabilip uygulanamayacağı ile ilgili olarak Mahkeme önünde de gündeme gelmiştir. Bu sorun sırasıyla şu davalarda ele alınıp karara bağlanmıştır: *Boso - İtalya*⁷⁴ ve *Vo - Fransa*.⁷⁵ İlk davada gebeliğinin sonlandırılmasının 2. madde ile olan ilgisi sorunu gündeme gelmiştir. İkinci dava daha da karmaşıktır. Sorun isteksiz bir kürtaja neden olan tıbbi bir hata durumunda uygulanan Fransız ceza hukuku bölümlerinin Sözleşmenin gerekleri, daha sonra tekrar döneceğimiz usûli sorun ile bağdaşp bağdaşmadığıdır. Fakat nihayetinde, Mahkemeden ayrıca kürtajın – bu davada mecbur kalınan – ceninin yaşam hakkının ihlali olarak düşünülüp düşünülemediği sorusu yöneltilmiştir. Her iki davada Mahkeme Avrupada bulunan farklı hukukî kavram ve kültürü dikkate alarak yaşamın ne zaman başladığı noktasında devletlere takdir yetkisi tanınması gerektiğini belirtmiş ve buna “belirgin ölçümleme (takdir)” diyerek karar vermeyi reddetmiştir.⁷⁶ Diğer bir deyişle, hukukta da şu anda belirttiği gibi, Mahkemenin bakış açısı ile, cenin devletin ona karşı yükümlülük-

74. 5 Eylül 2002 tarihli karar.

75. 8 Temmuz 2004 tarihli karar.

76. *Vo - Fransa* kararı, §125.

lerinin bulunduğu korunan yasal bir kişi olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, daha ilginç şudur ki, bu karar Mahkemenin 2. maddeden kaynaklanan usûli yükümlülüklerin yerine getirilmediği yönündeki iddiaları ele almasında mani olmamıştır. İçtihatlar kesinlikle bu durumla uyuşmamaktadırlar. Fakat hukukun duruşu budur.

Güvenlik güçlerinin eylemleri çerçevesinde gereken koruma

Prensipde devlet, bir kişinin devlet görevlileri, özellikle de polis veya güvenlik operasyonları sırasında, onlar tarafından öldürüldüğü durumlarda müdahalede bulunmama görevini yerine getirmediğinden sorumludur. Bu negatif göreve içtihatlar pozitif yükümlülükler eklemiştir özellikle de bu tür operasyonların denetimi ile ilgili olarak. Belirtilecektir ki bu yükümlülük kendiliğinden gündeme gelmemekte Avrupa Mahkemesinin bu tür durumlarda kullandığı gereklilik incelemesi çerçevesinde işlemektedir. Bu yükümlülüğün iki temel sonucu söz konusudur. Birincisi şudur ki devlet, güvenlik güçlerinin eylemlerini sıkı bir denetleme için hukuk sistemini düzenleme ve bunların etkili kontrollerine izin verme görevine sahiptir.

Eğer böyle bir çerçevenin olmadığı yönündeki tekrarlanan bir argüman *McCann - Birleşik Krallık* davasından⁷⁷ bu yana başvurular tarafından kullanıla gelmişse de dikkat edilmelidir ki sadece bu son zamanlarda başarılı olmuştur. McCann davasında Mahkeme şu sonuca varmıştır:

77. 5 Eylül 1995 tarihli karar.

*Sözleşme, Sözleşmeci Taraf Devletlere maddelerini iç hukuka dahil etme zorunluluğu getirmemektedir... Bunun yanı sıra, ulusal mevzuatın veya Anayasal hükümlerin Sözleşmenin gerekleri ile uyumluluğunu incelemek in abstracto Sözleşme kurumlarının rolü değildir.*⁷⁸

Bu gönülsüzlük *Dairenin Nachova ve diğerleri - Bulgaristan* kararında⁷⁹ kısmen ve *Makaratzis - Yunanistan* kararında⁸⁰ ise tümden aşılmıştır. Bu davada, bir araç sürücüsü araç takibi sırasında polis güçleri tarafından ağır otomatik silahlar (revolver, tabanca, hafif makinali silahlar) kullanılarak vurulmuş ve öldürülmüştür. Mahkeme o koşullarda ölümcül güç kullanımına başvurmanın meşru olduğu görüşüne katılmakla birlikte söz konusu olayda bu güç kullanımının aşırısı kaçtığı ve bu aşırılığın operasyonun kendisi ile ilgili faktörlerin yanı sıra güvenlik güçlerince ateşli silah kullanımı düzenleyen kurallar getirmeyen mevzuattaki eksikliklerden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Mahkeme şu sonuca varmıştır: “Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen ayarsız ve keyfi eylemler insan haklarına etkili saygı ile bağdaşmamaktadır. Bu durum aynı zamanda ulusal hukukta izin verilen huzur operasyonlarının da keyfilik ve yetki suiistimaline ve hatta önlenilebilir kazalara karşı yeterli ve etkili güvenceler getiren bir çerçevede yeteri kadar düzenlenmiş olması gerekmektedir.”⁸¹

78. Kararın §153. paragrafı.
79. 26 Şubat 2004 tarihli karar.
80. 20 Ekim 2004 tarihli karar.

Bu ilkeler, daha sonra *Nachova* davasını⁸² karara bağlayan Büyük Daire tarafından bir bütün olarak onaylanmıştır. Avrupa Mahkemesi daha da ileri giderek “sadece ilgili yönetmeliğin lafzı temeline değil ayrıca temel bir değer olarak insan yaşamına saygının üstünlüğü temelinde ateşli silah kullanmak için mutlak gerekliliğin söz konusu olup olmadığına karar verme konusunda eğitilmesi gereken” polis ve güvenlik hizmetlerinde görev yapanlar için uygun eğitim sağlama yükümlülüğü getirmiştir.⁸³

İkinci olarak, polis operasyonlarının denetimi “ölümcül güç kullanımına başvurmanın mümkün olan en büyük ölçüde asgariye indirilmesi” için böylesi operasyonların hazırlık ve kontrolünün yapılmasını gerektirmektedir.⁸⁴ Bu gerekler genel olarak Mahkemenin “operasyon, alınan tedbirler, kullanılan güç, verilen emirler ve alandaki görevlilere sağlanan bilgi ve daha geniş olarak bu kişiler arasındaki ilişki ve hiyerarşi, operasyonun yürütülmesi vb.” bağlamında “aşırı derecede” yakından incelemesine yol açmaktadır. Eğer eksiklikler dikkate alınır, Mahkeme kaçınılmaz bir şekilde Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. paragrafı anlamında ölümcül güç kullanımını için “mutlak gerekliliğin” olmadığı ve bu nedenle bu maddenin ihlal edildiği sonucuna varacaktır.⁸⁵

81. Kararın §58. paragrafı.
82. 6 Temmuz 2005 tarihli karar.
83. Kararın §97. paragrafı.
84. *McCann*, yukarıda değinilen, s. 23, § 194.
85. Örnekler, *Ergi - Türkiye*, 28 Temmuz 1998; *Nachova ve Makaratzis*, yukarıda değinilen, s. 24. Bunların aksine ihlal tespit edilmeyen, *McCann*, yukarıda değinilen, s. 23.

Kamu makamlarının eylemlerinden doğan risklerden korunma

Devlet ayrıca kamu makamlarının faaliyetleri ile ilgili olarak gerçekleşen ölüme yol açacak tehlikeyi önlememesi nedeniyle veya kamu tedbirleri çerçevesinde sorumlu tutulabilir. Mahkeme bu türdeki bir çok davayı ele almıştır.

*L.C.B. - Birleşik Krallık*⁸⁶ ve *Öneryıldız - Türkiye*⁸⁷ kararları, doğrudan kamu makamları tarafından kontrol edilen tehlikeli faaliyet hipotezine örnek oluşturmaktadırlar. İlk dava Britanya hükümeti tarafından yürütülen nükleer testler ile ilgilidir. Bu testler zamanında Christmas Adası'nda asker olarak görev yapan bir askerin kızı olan başvuru, Birleşik Krallık'ın, babasının o zaman maruz kaldığı radyasyon miktarı ve bunun muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirmediği ve eğer bilgilendirseydi hastalığının daha erken teşhis ve tedavi edilmesini mümkün olabileceği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. İkinci davada ise Mahkeme belediye tarafından işletilen bir çöp dökme alanında meydana gelen ve ölüm olaylarına neden olan bir patlamayı ele almıştır. Mahkeme, o koşullar altında – kamu makamlarının kendilerinin dahil olduğu tehlikeli faaliyetlerde – resmi makamların insanların hayatını güvence altına almak hususunda yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bunların başında faaliyetlere ruhsat verme, kurma, işletme, güvenlik ve denetleme ve tüm ilgililer için gerekli pratik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılan uygun yönetmelikleri çıkarmak gelmektedir.⁸⁸ İkinci olarak kamuyu maruz kalınan tehlike hakkında

bilgilendirmek gelmektedir.⁸⁹ Bununla birlikte devlet, resmi makamların tehlikeden haberdar oldukları veya olmaları gerektiği belli ise ve harekete geçmiş ise özellikle de bilgi görevi ile ilgili olarak her iki durumda sorumlu tutulacaktır.⁹⁰ *Öneryıldız* davasında bu şart hiç şüphesiz karşılanmıştır. Sonuç olarak, Avrupa Mahkemesi Türk hükümetinin mağdurun hatası olduğu yönündeki iddialarını haklı görmedi ve yine de en azından insan hayatı ve konutlar ile ilgili olarak meşru bir menfaatin söz konusu olduğu sonucuna varmıştır.

Mastromatteo - İtalya davasında⁹¹ tehlike altına olan mesele mahpusların yeniden bütünleşme politikasıdır. Başvuru, oğlunun ölümüne bunun neden olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucun oğlu işledikleri suçtan dolayı cezalarını çeken ve cezaların infazında sorumlu hakim izni ile cezaevinden belirli bir süreliğine çıkan mahpuslar tarafından öldürülmüştür. Şikayet ilk olarak, hapis cezasına çarptırılan mahkumların sosyal entegrasyon politikasının devlet tarafını sorumlu kılıp kılamayacağı sorununun gündeme getirmiştir. Mahkemenin cevabı zimnen olumludur. Mahkeme ilgili İtalyan mevzuatını dikkatle incelemiş ve bu mevzuatın Sözleşme şartları ile çelişmediği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, Avrupa Mahkemesi o kadar açık bir şekilde belirtmese dahi devletler bu hususta geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. İkinci sorun ise cezaevinden izinli çıkarma kararlarının veya yarı tutukluluk

86. 9 Haziran 1998 tarihli karar.

87. 9 Haziran 1998 tarihli karar; Büyük Daire tarafından 6 Temmuz 2005'te karara bağlanmıştır.

88. *Öneryıldız - Türkiye* kararı, BD, §90.

89. *Ibid.*

90. Bu bağlamda bkz. özellikle de *L.C.B.* kararı.

91. 24 Ekim 2002 tarihli karar.

rejiminin uygulanmasındaki ihmal veya tedbirsizliğin 2. maddenin ihlali anlamına gelip gelmediğidir. Burada da cevap açık bir şekilde pozitifdir. Bunun gibi bir davada ulusal makamlar “haberdar oldukları ve haberdar olmaları gereken gerçek ve yakın bir tehlikeyi bertaraf etmek hususunda kendilerine makul olarak beklenebilecek her şeyi yapmak” zorundadırlar.⁹² Ulusal makamların, Mahkemenin görüşüne göre söz konusu mahpusun cezaevinden dışarı çıktıktan sonra işlediği suçları işleyeceğini özellikle de başvurunun oğlunu öldüreceğini gösteren bir durum olmadığı için bu davada ihlal edilmeyen özen gösterme yükümlülüğü söz konusudur.

Mahkeme tarafından ele alınan son hipotez ise sağlık politikaları ile ilgilidir. Mahkeme *Calvelli ve Ciglio - İtalya*⁹³ ile *Vo - Fransa*,⁹⁴ davalarında belirgin bir şekilde vurgulamıştır ki *L.C.B.* davasında getirilen ilkeler esas olarak devletin “özel ya da kamuya ait olsun yönetmelikler çıkararak hastanelerin hastalarının hayatlarını korumak amacıyla uygun tedbirler almaya mecbur kılan” yasal müdahalesinin gerektirdiği durumlarda kamu sağlığı alanı için de geçerlidir.⁹⁵

Üçüncü taraflara karşı korunma

Devletin, bireyleri diğerleri ile olan ilişkilerinde koruma görevi Mahkeme tarafından ilk olarak *Osman - Birleşik Krallık* kararın-

92. Kararın §74. paragrafı.

93. 17 Ocak 2002 tarihli karar.

94. 8 Temmuz 2004 tarihli karar.

95. Sırasıyla kararların §§49 ve 89. paragrafları.

da⁹⁶ teyit edilmiştir. Bu karar ayrıca Mahkemenin uygulanabilir kriterleri de koymasını da sağlamıştır. Bu kriterler üç tanedir ve şu soruları gündeme getirmektedirler: Mağdur gerçek ve yakın bir şekilde mi tehdit edilmiştir? Resmi makamlar bundan haberdar mıdır ya da haberdar olmaları gerekmekte midir? Resmi makamlar bu tehlike ile baş edebilmek için makul tedbirler almamışlar mıdır? Devlet bu üç soruya teyit edici yanıt verilmesi halinde sorumlu tutulabilir. Fakat cevaplardan biri olumsuz olursa, Avrupa Mahkemesi 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varacaktır.

Bu durum *Osman* davasında böyle idi. Başvurucular eşinin ve babalarının, oğullarının öğretmeni tarafından öldürüldüğünden şikayetçi olmuşlardır. Polislin haberdar edildiği,⁹⁷ öğretmenin öğrencisine karşı olağan olmayan “bağlılığı” ve Osman ailesi ile bulunduğu temas göz önünde bulundurularak,⁹⁸ ailenin resmi makamlar tarafından özel olarak korunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme kişinin tavırlarından edinilen çeşitli ipuçları Osman ailesinin bir ferdinin hayatına kastedeceğini göstermediğini dikkate almıştır. Resmi makamlar uygun bir şekilde haberdar edilmiş iseler de söz konusu zamanda ölüm tehlikesi yeteri kadar

96. 28 Ekim 1998 tarihli karar.

97. Özellikle, öğretmen öğrenci Osman ile olan ilişkisini engellemeye çalıştığından şüphelendiği Osman’ın bir arkadaşını tehdit etmiş, Osman’ın okul kayıtlarını çalmıştır, ailenin yaşadığı evin yakınlarında bir duvarda bulunan müstehcen duvar resimlerinin ve ailenin evinin tahrip edilmesinin faili muhtemelen öğretmendir ve öğretmen adını Osman olarak değiştirmiştir vb.

98. Katilin kendisi yakalandığında bağırarak: “Neden yapmadan beni durdurmadınız, ben tüm uyarı işaretlerini vermiştim?” demiştir (§57).

gerçek ve yakın görülmemiştir. Bu nedenle 2. maddenin ihlali edildiği sonucuna varılmamıştır. Mahkeme *Denizci - Kıbrıs*⁹⁹ gibi bir başka davada polis haberdar edilmediğinden ve davanın koşullarında resmi makamların bunda haberdar olamayacağını kabul edildiğinden aynı sonuca varmıştır.

Mahkeme bunların aksine, Türkiye'den bir dizi davada¹⁰⁰ devleti sorumlu tutmuştur. Fakat buradaki koşullar oldukça olağandışıdır. Tüm davalarda kişiler kimlikleri tespit edilemeyen kişiler tarafından söz konusu zamanda güvenlik güçlerinin göz yumması ile bu partiye üye olduklarından şüphelenilen kişileri öldüren, PKK karşıtı bir kontrgerilla gücünün faal olduğu özellikle sorunlu bir bölge olan Türkiye'nin güney doğusunda öldürülmüşlerdir. Kesin failer bilinmese dahi bu uygulamalar herkesçe bilinen gerçeklerdir. Mahkeme bu nedenle sadece bir taraftan PKK aktivisti veya sempaticisi olduğu düşünülen kişiler için söz konusu olan tehlikenin gerçek ve yakın olduğu, diğer taraftan da resmi makamların bu tehlikeden haberdar olmaları gerektiği sonucuna varmıştır. Ulusal makamlardan herhangi bir cevap gelmemiştir. Söz konusu bölgedeki insanları korumak için sadece pozitif adımlar atılmakla kalmamış, ayrıca savcılıkların bu tür olaylar ile ilgili şikayetleri soruşturmaması da yaygın bir uygulama haline almıştır.

99. 23 Temmuz 2001 tarihli karar.

100. *Kaya*, 19 Şubat 1998; *Ergi*, 28 Temmuz 1998; *Yaşa*, 2 Eylül 1998; *Çakıcı*, 8 Temmuz 1999; *Kılıç*, 28 Mart 2000; *Mahmut Kaya*, 28 Mart 2000; *Akkoç*, 10 Ekim 2000.

İntiharın önlenmesi

Sözleşme'nin 1. paragrafı, 2. maddesinin ilk cümlesinin intiharlar için de uygulanabilir olup olmadığı sorusu da gündeme gelmiştir. Gördüğümüz gibi Mahkeme prensip olarak bu hükmün bir kişinin kendi hayatına son verme hakkının tanınması anlamına gelmediğine hükmetmiştir.¹⁰¹ Fakat aynı zamanda şu anki içtihatlarla göre bu durum devlete toplumdaki tüm intiharları önleme gibi genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde yorumlanamaz.¹⁰² Bu sorun sadece söz konusu kişinin resmi makamların gözetiminde veya bakımda olduğu durumlarda farklı bir şekilde gündeme gelecektir. Bu durum tutuklu veya gözaltında olan kişiler için geçerlidir.¹⁰³ Bu durum ayrıca yakın zamandaki bir davadan bu yana, askerlik hizmetini yapan kişiler için de geçerlidir.¹⁰⁴ Tüm bu durumlarda, bireyler devlet tarafından kendilerini hassas hale getirmesi ya da hassas olma durumlarını artırması olası bir duruma sokulmuşlardır. Bu koşullarda 2. maddenin özel bir ihtiyatlı olma görevi yüklediği şeklinde kabul edilebilir.

Gözaltındaki kişiler ile ilgili olarak Mahkeme bugüne kadar 2. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiş; Mahkeme ya kişinin kendi hayatına kast edeceği tehlikesini bilen resmi makamların gereken tüm makul tedbirleri (özellikle izleme tedbirlerini) aldıklarını¹⁰⁵ ya da resmi makamların böylesi bir sonucu öngörmeleri-

101. *Pretty*, yukarıda değinilen, s. 22.

102. Özel hayata müdahale bağlamında intiharın önlenmesinin analizi için bkz. aynı karar, §68 ff.

103. *Tanrıbilir - Türkiye*, 16 Kasım 2000; *Keenan - Birleşik Krallık*, 3 Nisan 2001; *Akdoğan - Türkiye*, 18 Ekim 2005.

104. *Kılınç - Türkiye*, 7 Haziran 2005.

ne neden olacak hiçbir durumun söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁰⁶ Sonraki davada Mahkeme yine de bu resmi makamlar veya muhafızlar açısından bir ihmalin olmadığını kontrol etmiştir.¹⁰⁷ Mahkeme, örneğin, rutin muamelelerin (mahpusun aranması, kesici nesnelere ve ip olarak kullanılacak araçların alınması, vb.) yapılıp yapılmadığını, asgari bir normal gözetimin vb. olup olmadığını sorgulayacaktır.

Mahkemenin şu ana kadar incelediği ve kayıtlı bir askerinin intiharı ile ilgili yegane davada (*Kılınç - Türkiye*) ihlal tespit edilmiştir. Mahkeme ayrıca içtihatlarını genişletmek ve devlet tarafında alınması gereken tedbirler hususunda bir açıklık getirme şansı yakalamıştır. İlk olarak devlet sadece “etkili önlemeyi amaçlayan mevzuat ve idarî çerçeve yürürlüğe koymamaları” ayrıca “sadece belirli askeri faaliyetler ve görevlerin niteliklerinden değil ayrıca devletin sıradan vatandaşları askerlik hizmetine çağırmasından gündeme gelen insan faktörü nedeniyle hayat için söz konusu olan gerçekleştirilecek tehlikeye uygun düzenlemeler kabul etmesi” gerekmektedir. İkinci olarak, devletin askeri makamlara “askeri hayatın niteliğinden kaynaklı olarak kendilerini tehlikede hissedebilecek silah altına alınanların etkili koruma sağlayacak uygulanabilir tedbirler almak ve bu bağlamda çeşitli seviyelerdeki sorumlu kişiler tarafından yapılmış olabilecek herhangi bir eksikliğin ve hatanın tespiti için uygun prosedürler sağlamak” zorundadır. Uygulanabilir tedbirlerin askerlerin sağlık durumunu gözetmek-

ten sorumlu sağlık kurumlarını düzenleyen uygun yönetmelikleri içermesi gerekmektedir.¹⁰⁸ Mahkemenin buradaki incelemesi aynı şekilde resmi makamların tehlikenin ne derecede farkında olduklarını ve bu konuda alınan tedbirleri kapsayacaktır. Söz konusu davada Türkiye atılan adımlar hususunda kusurlu bulunmuştur.

Kötü muamelenin önlenmesi

Kötü muamelenin önlenmesi, Avrupa Mahkemesinin 3. madde kapsamındaki işkence ile insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza yasağından türettiği bir gerekliliktir. Özel hayatı güvence altına alan 8. maddede bir başka hukukî temel söz konusudur. Fakat bu genelde 3. madde tarafından kapsanan ilave ve hatta tali temeldir.

3. maddenin temeli

Devamlı bir içtihatır ki;

*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Sözleşme'nin 1. maddesi kapsamındaki yargı yetkileri dahilindeki herkesin Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümlülüğü 3. madde ile birlikte ele alındığında devletlerin yargı yetkileri dahilindeki bireylerin özel kişiler tarafından gerçekleştirilen kötü muamele de dahil olmak üzere işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve cezaya tabi tutulmalarını güvence altına almaya yönelik tedbirler almasını gerektirmektedir.*¹⁰⁹

105. *Keenan*, yukarıda değinilen.

106. *Tanrıbilir ve Akdoğan*, yukarıda değinilen.

107. *Ibid.*

108. *Kılınç* kararının §41 ve 42. maddeleri.

109. Özellikle, A. - *Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998.

Bu gerekliliğin hem esasa hem de usûle ilişkin sonuçları söz konusudur. Esasa ilişkin boyutunda en çok savunmasız kişilerin – temel olarak çocukların, gözaltına tutulanların ve kaybolan kişilerin yakınlarının – korunması ile ilgili olarak ileri sürülmüştür. Yabancıların korunması, özellikle de suçluların iadesi, ile ilgili durum burada tartışılmayacaktır. Ayrıca bu durum pozitif yükümlülükler ile ilgili genel meselenin sadece marjinal boyutunu oluşturmaktadır. Daha kesin olarak belirtmek gerekirse yapılan inceleme müdahale (iade ve sınır dışı tedbirleri) ile ilgili olarak yapılan klasik bir incelemedir. Ve müdahale anlamına gelen tedbirin orantılılığı değerlendirilirken Mahkeme Sözleşmenin devletlerden ne beklediği konusunda devletleri pozitif olarak bilgilendirecektir.

Reşit olmayanların korunması

Reşit olmayanları pozitif olarak koruma yükümlülüğü esas olarak özellikle aile içerisinde olmak üzere özel alan için geçerlidir. Bu durum kamusal alanda gerçekleştirilen ihlaller devletin sorumluluğu dışındadır demek değildir. Kesinlikle devletin sorumluluğundadır fakat 3. maddenin gerekleri kadar muteber değildirler. Bu durum, örneğin, *Campbell* ve *Cosans* ve *Costello-Roberts* kararlarında¹¹⁰ varılan sonuçlardır.

110. 29 Ocak 1982 ve 23 Şubat 1993 tarihli kararlar. Her iki başvuru da Birleşik Krallık aleyhine yapılmıştır. Dikkat edilmelidir ki Mahkeme ikinci kararda şunları vurgulamıştır: “Devlet sorumluluğunu özel kurum ve kişilere yükleyerek sorumluluğunu bertaraf edemez.” Bu yüzden devlet, devlet okulu veya özel okul olsun, okul müdürüne isnat edilebilir eylemler temelinde sorumlu tutulabilir.

3. maddeden kaynaklanan esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihlali sorunu özellikle:

- İhlalin eksik ve yetersiz koruyucu mevzuattan dolayı mümkün olduğu durumlarda gündeme gelecektir.¹¹¹ Bu durum söz konusu zamanda reşit olmayan mağdurun üvey babasının mağduru devamlı olarak dövdüğü kanıtlanmış ise de “makul cezalandırma” savunmasını kabul eden İngiliz hukukuna göre mahkemede berat ettirildiği *A - Birleşik Krallık* davasında¹¹² böyledir;
- Her ne kadar yasa yeteri kadar koruma sağlıyor ise de resmi makamlar kötü muamele ile ilgili olarak haberdar edilmiş fakat pasif kaldıkları, etkili bir şekilde harekete geçmedikleri veya çok geç harekete geçtikleri durumda durumlarda gündeme gelecektir. Örneğin, *Z - Birleşik Krallık* davasında¹¹³ sosyal hizmetler kötü muamele görmüş çocuğun aile içinde meydana gelen çok kötü uygulamalara maruz kaldığından haberdar olmasından dört buçuk yıl geçinceye kadar başka bir yere yerleştirilmesi kararı almamışlardır.

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin korunması

3. madde kapsamında güvence altına alınan koruma ayrıca özgürlüklerinden geniş anlamda mahrum bırakılanları – tutuklu bulunan, gözaltında veya akıl hastalıkları ile ilgili kurumlarda tutulan kişileri de – kapsamaktadır. Bu kişiler ile ilgili içtihadın özgürlük-

111. Bu hipotez elbette usûli pozitif yükümlülükler ile de ilgilidir.

112. 23 Eylül 1998 tarihli karar.

113. 10 Mayıs 2001 tarihli karar.

lerinde mahrum bırakılmayan devletin veya başka bir kamu makamının sorumluluğuna bırakılan (Örneğin, ailelerinin yanından alınarak başka bir yere yerleştirilen reşit olmayan) diğer kişilere de uygulanması makuldür.

Bu koruma her şeyden önce ilgili tüm makamların bu kişilerin vücut bütünlüklerine diğerleri tarafından zarar verilmesini önlemesi anlamına gelmektedir. Burada uygulanan prensipler yukarıda belirtilen A ve Z davalarındakiyle benzerdir. Bu nedenle, Romanya bir mahkuma başka bir mahkum tarafından verilen ciddi zarardan dolayı ilk olarak tahmin edilen bir olayın önlenmesi için yeterli tedbirlerin alınmadığı ve ikinci olarak devam eden bir saldırıdan haberdar olmalarına rağmen muhafızların müdahalede gecikmiş olmaları nedeniyle Mahkeme tarafından sorumlu bulunmuştur.¹¹⁴

Fakat şu anki konumuzla ilgili olarak içtihatlardaki en büyük yenilik gözaltı koşulları ile ilgilidir.¹¹⁵ Bu koşullar onur kırıcı muameleyi oluşturur ise 3. maddenin ihlali anlamına gelebilir. Baştan açıklığa kavuşturulmalıdır ki Avrupa Mahkemesinin bu koşulların iyileştirilmesi için yaptığı şey sadece pozitif yükümlülük teorisine dayanmamaktadır. Mahkeme bir başvuruyu bu açıdan incelerken hem cezaevi personelinin müdahalesi hem de müdahalede bulunmaması ile ilgili itiraz edilen tüm olguları hesaba katmaktadır. Mahkeme daha sonra kendi kelimeleri ile “genel bir değerlendirme”¹¹⁶ yapar ve “bu koşulların toplam etkilerini ve baş-

vurucu tarafından ileri sürülen özel iddiaları”¹¹⁷ dikkate alır. Bu yöntem içtihatlarda görülen “onur kırıcı muamele” ölçütünün objektif hale getirilmesi ile alakasız değildir.¹¹⁸ Avrupa Mahkemesi geleneksel olarak bu tür muamelenin umutsuzluk ve değersizlik duygusu yaratarak ve mağdurun kişiliğini etkileyen ve aşağılama ve küçümsemeyi amaçlayan¹¹⁹ muamele olarak tanımlamış, çoğunlukla sadece yasanın aktif ihlali ile karşılanabilen bu sonuncu ölçüt – niyet – gözaltı koşullarının sorun olduğu durumlarda neredeyse alakasız olduğu noktasında giderek marjinal¹²⁰ hale gelmiştir.

8. maddenin yerine getirilmesi gözaltının maddî koşullarının oraya yerleştirilecek olan insan haysiyetine saygılı olmasını gerektirmektedir. Mahkemenin kendisi bu konuda hiç bir pozitif kural koymamıştır. Fakat Avrupa Konseyi’nin İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Avrupa Komitesi tarafından konulan kurallar açıkça bir referans çerçevesi oluşturmaktadırlar. Öte yandan içtihat 3. maddenin gereklerini yerine getirmeyen durumlara ilişkin oldukça somut bir resim sağlamaktadır ki, bir nevi sözü bile edilemeyecek durumdur! Bazı örnekler:

❖ Tutuklu birinin (söz konusu davada iki kişinin) aylar boyunca günün büyük bir kısmını pencere veya havalandır-

114. *Pantea - Romanya*, 3 Haziran 2003.

115. İlgili içtihatlara genel bir bakış için bkz. *Slimani - Fransa*, 27 Temmuz 2004.

116. *Matencio - Fransa*, 15 Ocak 2004, §89.

117. *Kalashnikov - Rusya*, 15 Temmuz 2002, §95.

118. Bu ilişki Mahkemenin kendisi tarafından konulmuştur *Farbthus - Letonya* 2 Ekim 2004 tarihli karar (§58).

119. Örneğin, *Raininen - Finlandiya*, 16 Aralık 1997.

120. Bu durum *Peers - Yunanistan* 19 Nisan 2001 tarihli karardan itibaren böyledir.

manın bulunmadığı, sıcaklığın bazen dayanılmaz bir hal aldığı ve hücre arkadaşının önünde tuvaleti kullanmaya zorlandığı bir hücrede yatakta geçirmeye zorlandığı durum;¹²¹

- ✦ Sekiz kişi için dizayn edilen bir hücreyi yirmi üç kişi ile paylaşan, bir yatağı diğer iki mahpusla, dönüşümlü olarak, paylaşmaya zorlanan ve bunlara ek olarak hücrenin aşırı derecede güdültülü olduğu, ışığın sürekli olarak yandığı, sıçanların dolaştığı, sigara içenlerin alanının havalandırılmadığı vb. bir hücrede kalan bir mahpusun durumunda;¹²²
- ✦ Cezaevlerinin çok kalabalık olduğu (her bir mahpusa çatıdan en fazla 2.51 metre kare alanın düştüğü), ek olarak hücrelerin sağlıklı olduğu (kirli, hamam böcekleri, bit ve tahta kurularının etrafı sardığı, pencerelerin kaplandığı) ve mahpusların hemen hemen bütün gün dışarı bırakılmadan tutulu bulundurulması.¹²³

Dikkat edilmelidir ki mahpusun koşulları cezaevinin maddi koşullarının değerlendirilmesinde bir etken olabilir. Mahpusun sağlığının bozulması ve hijyenin olmaması nedeniyle belirli hastalıklara yakalanması ve bu hastalıkların baş gösterme sıklıklarının hepsi olumsuz göstergelerdir.¹²⁴

121. Peers, yukarıda değinilen; Ayrıca bkz. *Dougoz - Yunanistan*, 6 Mart 2001.

122. *Kalashnikov - Rusya*, yukarıda değinilen.

123. *Mayzit - Rusya*, 20 Ocak 2005. Diğer örnekler için *Nezmerzhitsky - Ukrayna*, 5 Nisan 2005.

124. Örnekler, *Farbtuhs* (yukarıda değinilen, s. 30, dipnot 118) ve *Kehayov - Bulgaristan*, 18 Ocak 2005.

İnsan haysiyetine saygı gösteren cezaevinin maddi koşulları ile ilgili bölüm, devletin cezaevlerini bireylerin fiziksel koşullarına göre uyarlaması görevinin özel bir boyutudur.

Bu durum her şeyden önce ciddi hastalık veya zayıflıktan muzdarip için geçerlidir. Mahkeme *Price - Birleşik Krallık* davasında¹²⁵ dört uzvu engelli, ciddi böbrek sorunu yaşayan, yatağa giremediği, tuvaleti kullanmadığı veya diğer kişilerin yardımı olmadan olağan temizlik faaliyetlerini gerçekleştiremediği, sıvı almada zorluklar yaşayan ve bunlara ek olarak soğuk olan bir hücrede tutulan engelli bir kişinin cezaevine konmasını onur kırıcı muamele olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu davada çok açık bir şekilde Bayan Price'ı mahkum eden mahkemenin, ilk olarak tutulduğu polis merkezindeki memurlar ve cezaevi makamların: mahkemenin Bayan Price'ın mevcut ciddi engellerine uygun bir kuruluş tespit ederek¹²⁶ ve diğerleri de Bayan Price'ı uygun bir yere naklederek veya salıvererek harekete geçmiş olmaları gerektiğini belirlemiştir.¹²⁷ Avrupa Mahkemesi yargısal mercilerin yükümlülükleri ile ilgili olarak daha önceden değinilen *Farbtuhs* davasında “böyle bir kişiyi cezaevine yerleştirerek orda tutmaya karar verdiklerinde özellikle katı bir şekilde bu kişinin tutukluluk koşullarının engellerinden ötürü doğan özel ihtiyaçlarını karşılaması gerektiğini” ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca vahim derecede kanser hastası bir kişinin tutuklanarak nakledilmesinden doğan¹²⁸ ve hasta bir mah-

125. 10 Temmuz 2001 tarihli karar.

126. Yukarıda değinilen *Farbtuhs* davasında, s. 30, dipnot 118.

127. Bayan Price hukuk davaları sırasında Mahkemeye saygısızlıktan dolayı yedi günlük hapis cezasına çarptırılmıştır.

pusun tedavisindeki eksikliklere yol açması olması nedeniyle 3.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹²⁹ Bu bağlamda tutuklunun yaşı da hesaba katılmaktadır.¹³⁰

Mevcut içtihatlar göre 3. madde ilgili kişinin her durumda salıverilmesini öngörmemektedir. Bu tür bir salıverme sadece başka bir ihtimalin söz konusu olmadığı durumda başvurulacak son yöntemdir. Dikkat edilmelidir ki Avrupa Mahkemesi bazen devletin “insancıl” duygularına başvurmaktadır. Fakat arta kalan olgu şudur ki Mahkeme bunu yaparak bir karar vermemekte daha çok devletin cevap verip vermemekte serbest olduğu bir talep de bulunmaktadır.

Kayıpların yakın akrabalarının korunması

Kaybolan bir kişinin – bu kaybolma 2. madde ve 3. madde açısından incelenmiş olsun veya olmasın – aile fertleri de *Kurt - Türkiye* kararından¹³¹ bu yana 3. madde kapsamındaki korumayı ileri sürebilirler. Bu koruma sadece pozitif yükümlülükler alanında işlemektedir. Avrupa Mahkemesi tarafından bu amaca varmak için kabul edilen yol soruşturma yükümlülüğüdür. Genellikle ve prensip gereği bu işlevi bir hakkın ihlali ile ilgili olarak bir hukuk yolu sunmak olan usûli bir yükümlülüktür. Bu bakış açısından, bu yükümlülüğün uygulanması sadece bu hipotezde aile çevresi ile dışında esasa ilişkin kuralın ihlal edilmesinden bağımsızdır.

128. *Mouisel - Fransa*, 14 Kasım 2002.

129. *McGlinchey ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 29 Nisan 2003.

130. *Komisyonun Papon - Fransa* (7 Haziran 2001) davası ile ilgili kararı ve *Farbutus* kararı (yukarıda değinilen, s. 30, dipnot 118) burada ilgilidirler.

131. 25 Mayıs 1998 tarihli karar.

Burada, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi 3. maddenin esasa ilişkin gereklerinin ihlali olarak yorumlanabilir, örneğin ıstırabın yoğunluğuna göre onur kırıcı muamele, insanlık dışı muamele veya işkence. Dikkat ediniz ki bu meseleler şimdiki kadar sadece Türkiye ile ilgili davalarda gündeme gelmiştir.

Yakın akrabasının ıstırabını ve böylece 3. maddenin ihlalinin kapsamını tespit etmek için Mahkeme dört tür etkeni dikkate almaktadır:¹³²

- ✦ Başvurucu ve kaybolan kişi arasındaki ilişki: Bu bağlamda içtihat evebeyn – çocuk ilişkisi lehinedir;
- ✦ Kaybolma koşulları: Avrupa Mahkemesi önündeki en güçlü davalar başvurusunun gözaltına alınıp sonradan “kaybolan” kişi için başvurduğu durumlardır;
- ✦ Evebeynlerin tutumu: Evebeynin resmi makamlardan bilgi edinmek için çaba ve kararlılık göstermiş olması gerekmektedir;
- ✦ Ve tabii ki söz konusu makamların işbirliği yapmayan veya engelleyici tavırları.

3. ve 8. maddelerin etkileşimi

Yukarıda da belirtildiği gibi 3. madde kişiyi kötü muameleye karşı koruyan tek madde değildir. Mahkeme ilk olarak *X ve Y* davasında daha sonra da *Stubbings* davasında¹³³ söz konusu muamelenin

132. Bu faktörlerin gündeme geldiği yol ile ilgili olarak, atıflar yapılmıştır. Özellikle, *Kurt* kararı (yukarıda değinilen), 31 Mayıs 2001 tarihli *Akdeniz* kararı; 10 Mayıs 2001 tarihli *Kıbrıs - Türkiye* kararı; 18 Haziran 2002 tarihli *Ohran* kararı; 16 Temmuz 2002 tarihli *Ülkü İkinci* kararı; 8 Nisan 2004 tarihli *Tahsin Acar* kararı; 31 Mayıs 2005 tarihli *Akdeniz* kararı ve 2 Ağustos 2005 tarihli *Tanış* kararı

vahim bir şekilde kişinin özel hayatını ihlal ettiği durumlarda 8. maddenin de aynı amaca hizmet edebileceği sonucuna varmıştır. Cinsel taciz ve özellikle tecavüz bu kategoriye girmektedir. Bununla birlikte yakın zamanda *M.C - Bulgaristan* davasında¹³⁴ Mahkeme, devlet aleyhine kararını 8. madde ile 3. maddenin birleşimine dayandırmıştır.

Bu davalarda devletler hem ceza mevzuatı geçirme hem de ceza hukukunu Sözleşmenin şartları uyarınca yorumlama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu tutulmuşlardır. Bu konuya daha sonra değineceğiz.

Kölelik, uşaklık ve zorla çalıştırma yasağı

İlgili durumu tamamlamak için kölelik, uşaklık ve zorla çalıştırmayı yasaklayan 4. maddeye değinelim. Avrupa Mahkemesinin *Siliadin - Fransa* kararında tespit ettiği gibi bu madde 2. ve 3. madde ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini güvence altına almaktadır.¹³⁵ Söz konusu maddenin ilk defa uyumlu yorumunu sunan bu kararın önemi esas olarak pozitif yükümlülük alanına dayanmakta iken Mahkeme bununla birlikte bu temelde var olan esasa ilişkin yükümlülükler prensibini onamıştır. Bu karar Mahkemenin bu yükümlülüklerin niteliğini açıklığa kavuşturmasına yol açmamıştır. Bu nedenle ileriki bir kararı beklemek durumundayız.

133. 27 Şubat 1985 ve 24 Eylül 1996 tarihli kararlar, Birleşik Krallık aleyhine yapılan başvurular ile ilgili.

134. 4 Aralık 2003 tarihli karar.

135. 26 Temmuz 2005 tarihli karar, §82.

Usûlî yükümlülükler

2. maddeden 4. maddeye kadar korunan hakların etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almak için içtihatlar bunları usûlî gerekler ile eşleştirmiştir. En sık atıfta bulunulan soruşturma gereğidir. Bununla birlikte görülmektedir ki bu şart yakın zamanda içtihatla kabul edilen daha geniş bir yükümlülüğün bir parçasını oluşturmaktadır: Etkili yargısal sistemi yürürlüğe koyma yükümlülüğü.

Soruşturma yükümlülüğü

Yükümlülüğün önemi ve amacı

Avrupa Mahkemesi ulusal makamların şiddet içeren ölüm veya işkence iddiaları ile ilgili olarak soruşturma yürütmesini gerekli kılarken her şeyin üstünde Sözleşmenin ihlal edildiği durumlarda bir cezai takibatın başlatılması veya gerekli yargısal prosedürün yer almasını amaçlamaktadır. Mahkemenin tespit ettiği gibi bu tür davalarda böylesi bir prosedürün başlatılması için gerekli bilgiye sahip olan devlet organ veya görevlileridir.¹³⁶ Fakat bu durum, yakınılan olayların kamu makamlarına isnat edilmediği durumlarda bu yükümlülüğün dava için her zaman iyi olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durum ayrıca bireyler ile ilgili olarak 2. ve 3. maddenin yerine getirilmemiş olduğunun farz edildiği durumlar için de geçerlidir.¹³⁷ İctihadın tekrar tekrar vurguladığı gibi bu tür bir soruşturmanın amacı iç hukukun koruma ile ilgili hükümleri-

136. Özellikle, *Makaratzis - Yunanistan*, 20 Aralık 2004.

137. Bkz. *M.C. - Bulgaristan*, yukarıda değinilen (Madde 3).

nin etkili bir şekilde uygulanmasını ve “devlet görevlilerinin ve kurumlarının dahil olduğu durumlarda” sorumluluklarında meydana gelen olaylar ile ilgili olarak “bu kişilerin sorumlu tutulmalarının güvence altına alınmasını” sağlamaktır.¹³⁸

Soruşturmanın başlatılması

Soruşturmanın başlatıldığı yol söz konusu olayların 2. madde veya 3. madde kapsamına girmesine göre değişecektir.

Şiddet içeren veya şüpheli ölüm olaylarında makamların olaylardan haberdar olduktan sonra yakınlar tarafından yapılacak resmi bir şikayeti beklemeden ex officio harekete geçmeleri gerekmektedir.¹³⁹

Bunun aksine, 3. madde kapsamında yerleşik içtihadı göre resmi makamların mağdur veya yakın akrabaları tarafından kötü muamele iddiaları ileri sürülünceye kadar soruşturma başlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca iddiaların *haklı* olması gerekmektedir. Bir iddia mağdur tarafından muzdarip olunan kötü muamele ile ilgili olarak inandırıcı bir şekilde ileri sürülür ise haklı kabul edilebilecektir. Durum, cezaevi makamları tarafından disiplin cezasına çarptırılan ve görevlilerin uygunsuz davranışları ile yaptırımın dayanaksız olduğunu ileri süren bir mahpusun durumunda böyle değildir.¹⁴⁰ Diğer taraftan, savcılıklara sunulan başvurularda yer alan ve diğer başvuruşlarda bulunulan şikayetler

138. Bkz. özellikle de *Mastromatteo - İtalya*, 24 Ekim 2000, §89; *Nachova ve diğerleri - Bulgaristan*, 26 Şubat 2004, §110.

139. Sürekli olan prensip ile ilgili olarak, bkz. örneğin *Akdoğan - Türkiye* kararı, 18 Ekim 2005.

ile doğrulanan şikayetler ve diğer devlet makamları tarafından yapılan suçlamalar kesinlikle bu şartı yerine getirmektedir.¹⁴¹ Fakat içtihat o kadar da talepkar değildir. Mahkeme katı bir şekilde yargısal prosedürün parçası olmayan ithamları itirazsız kabul etmektedir. Makamlara yönelik sağlanan şikayetler herhangi bir şekilde bulunabilirler. 3. madde anlamında kötü muamele olasılığının yüksek olması şart değildir. Mahkeme, 3. maddenin esasına ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığı daha önceden tespit edilmiş olsa bile şikayetlerin soruşturulmasını isteyebilir¹⁴² ve hatta böylece durumlarda şikayeti kabul dahi edebilir.¹⁴³

Soruşturmanın özellikleri

Burada da uygulanan prensipler ortaktırlar. 2. ve 3. maddelerin – ve potansiyel olarak 4. maddenin – gerektirdiği soruşturma “etkili” olmalıdır. Soruşturma eğer üç şartı da yerine getirir ise etkili demektir.

İlk şart şudur ki soruşturmada sorumlu olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışanlardan bağımsız olmalıdırlar. Bu durum “sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağın değil uygula-

140. *Valasinas - Litvanya*, 24 Temmuz 2001. Mahkeme şikayeti reddederken şu hususları da göz önünde bulundurmıştır: Başvurucunun bir ombudsmana temyiz başvurusunda bulunma fırsatı varken başvurusunun sözkonusu başvuruda bulunması ve ombudsmanın verdiği sonuçların da cezaevi makamları tarafından dikkate alınmasıdır (Bu nedenlerle Mahkeme bu temyiz söz konusu davanın koşullarında 3. maddenin gereklerini yerine getirdiği sonucuna varmıştır).

141. *Indelicato - İtalya*, 18 Ekim 2001

142. *Valasinas - Litvanya*, yukarıda değinilen.

143. Örneğin, *Poltoratski - Ukrayna*, 29 Nisan 2003; *Martinez Sala ve diğerleri - İspanya*, 2 Kasım 2004.

mada da bağımsız olmayı” gerektirmektedir.¹⁴⁴ Soruşturmanın yasaya göre soruşturulan polis memurları gibi askeri bir yapının parçası olan askeri savcılar tarafından yürütülen bir soruşturma¹⁴⁵ ve delilleri toplayan ve tanıkları dinleyen polis memurlarının soruşturulan polisler ile aynı şehirde aynı kuvvetlerde görev yapan polis memurları olması da *a fortiori* açıkça bu kriteri yerine getirmemektedir.¹⁴⁶ Soruşturma yasaları uygulayan güvenlik güçlerine odaklandığı ve soruşturmanın güvenlik güçlerinden sorumlu valinin otoritesi altındaki idari bir kurulum ellerine bırakıldığı ve soruşturmanın olaya karışan birimlerden polis memurları tarafından yürütüldüğü durumlarda 2. ve 3. maddenin gerekleri de yerine getirilmemiş olacaktır.¹⁴⁷ Mahpuslar tarafından ileri sürülen iddialar ile ilgili soruşturmanın dışardan kişi ve kurumlar dahil olmaksızın cezaevi makamları tarafından yürütülmesi de 3. maddenin ihlali anlamına gelecektir.¹⁴⁸

İkinci şart da şudur ki soruşturmanın ivedilikle açılması, seri ve kapsamlı olması gerekmektedir. Bu noktada her ne kadar sadece soruşturma eylemlerinden veya diğer basitleştirilme kriterlerinden doğan durumların çeşitliliğinin düşürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş ise de Mahkeme soruşturmacılar tarafından alınan tedbirleri detaylı olarak tahkik etmekten çekinmemektedir ki bu böylece koşullara göre hangi operasyonların yapılması gerektiği

144. Özellikle, *Barbu Anghelescu - Romanya*, 5 Ekim 2004; *Bursuc - Romanya*, 12 Ekim 2004; *Nachova - Bulgaristan* [BD], 6 Temmuz 2005.

145. *Barbu Anghelescu*.

146. *Bursuc*.

147. Bir dizi karar bkz. örneğin *Akkok - Türkiye*, 10 Ekim 2004.

148. *Kuznetsov - Ukrayna*, 29 Nisan 2003.

kolayca anlaşılmaktadır.¹⁴⁹ Basitçe dikkate almalıyız ki Avrupa Mahkemesi özellikle ölüm olayına resmi memurların neden olduğu durumlarda bu soruşturmanın Avrupa standartlarını karşılamasını, 2. madde kapsamındaki bir şart olan ölümcül gücün meşru kullanımının “mutlak surette gerekli olması” kriterini kabul etmesini şart koşmaktadır.¹⁵⁰

Son şart şudur ki soruşturma sorumlu kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılmasına yol açmalıdır. Mahkemeye göre bu durum “bir sonuç yükümlülüğü değil bir yöntem yükümlülüğüdür.”¹⁵¹ Resmi makamlarının – Avrupa Mahkemesine göre – insan öldürme olayı da dahil olmak üzere görgü tanıklarının ifadelerini, adli kolluğun tutanaklarını inceleyerek ve gerekli hallerde iddia edilen yaralanmaların tam olarak tarifini yapabilecek ve ölüm nedenine ilişkin güvenilir bir açıklama getirebilecek otopsi yaparak delillerin duruma göre kendileri açısından makul olan tedbirleri alması gerekmektedir.¹⁵²

Yakın tarihli bir içtihat geleneksel denebilecek bu temel şartlara sorulmanın kamusal niteliğine ilişkin değilse de en azından şeffaflığı ile ilgili bir başkasını eklemiştir. Mahkemenin yukarıda değinilen Nachova kararından alıntı yaparsak, “Soruşturmada yeterli kamu araştırması ögesi olması veya soruşturmanın sonuçlarının hem teoride hem de pratikte güvenilirliğinin güvence altına alınması, makamların katılmasında kamunun hukukun üstünlüğüne

149. Bkz. özellikle bu bağlamda 6 Temmuz 2005 tarihli *Nachova* [BD] kararı.

150. *Ibid*.

151. *Ibid*.

152. *Akdoğan - Türkiye*, yukarıda değinilen (dipnot 139).

olan güveninin devam etmesi ve hukuk dışı eylemler ile ilgili herhangi bir anlaşma ve hoş görme intibasının önlenmesi gereklidir.”¹⁵³

Yargısal olarak harekete geçme yükümlülüğü

Daha önce de belirtildiği gibi soruşturmanın yargısal basamağı hazırlaması beklenmektedir. Çünkü, Mahkeme yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ihlalinin yargısal olarak yaptırımı tabi tutulması gerektiği görüşündedir. Yaptırım özellikle ciddi kastî ihlallerde cezai bir yaptırım olmalıdır. Örneğin, Avrupa Mahkemesine göre tecavüz olayının gerçekleştiği durumlarda herhangi bir tazminat mekanizmasına bakılmaksızın cezai bir yaptırım gereklidir.¹⁵⁴ Mahkeme, öldürme,¹⁵⁵ işkence ve insanlık dışı ve onur kırıcı muamele durumlarında da aynı sonucu varmıştır.¹⁵⁶ Bununla birlikte, Mahkeme 2. ve 3. madde ihlallerinin hatalı karar ve ihmalden kaynaklandığı durumlarda Sözleşmenin mutlak suretle cezai bir takibatı gerektirmediği görüşündedir. Bu durumda örneğin tıbbî ihmal durumunda hukuk davası yeterli olacaktır.¹⁵⁷ Fakat her şey davanın koşullarına göre değişecektir ve cezai çözümün uygulanıp uygulanmaması gerektiğine karar verilirken her zaman

153. 26 Şubat 2004 tarihli karar, §119.

154. *X ve Y - Birleşik Krallık, Stubbings ve M.C. - Bulgaristan*, yukarıda değinilen.

155. Özellikle, *Öneriyıldız - Türkiye* [BD], 30 Kasım 2004.

156. Özellikle, *Krastanov - Bulgaristan*, 30 Eylül 2004.

157. *Calvelli ve Ciglio*, 17 Ocak 2002; *Vo - Fransa*, 8 Temmuz 2004.

eylemin niteliğinin, kusurlu bulunan makamların sayısı ve statüsü ile söz konusu risk nedeniyle ölen insan sayısının dikkate alınması gerekmektedir.¹⁵⁸

Belirtilecektir ki Sözleşmenin 6. ve 13. maddelerinde getirilen usûl kurallarının yerine getirilmesi yükümlülüğünün yanı sıra yargısal prosedürler ile ilgili olarak da devletler ayrıca özen, kapsamlılık ve etkililik görevlerini yerine getirmelidir. Mahkemenin bu konudaki eğilimi detaylı bir inceleme yapmak, usûl ve soruşturma ile ilgili eylemleri ve özellikle de metinlerin yorumlanması hususunda nihai kararı ve bu kararın infazını dikkatle gözden geçirmek yönündedir.

Sonuç olarak Mahkemenin yaşam hakkının ve vücut bütünlüğünün korunması ile ilgili içtihatlarında uyumsuzluk görülmemekte ve içtihatlar her şeyin üstünde bir denge duygusu içerisindeyler. Devletin yükümlülükleri şu şekilde sıralanabilir:

- ✦ İhlalleri önlemek (mümkün olduğunca),
- ✦ Aktif bir şekilde suçluyu arama (korumanın başarısız olduğu durumda),
- ✦ Suçluyu cezalandırmak (en uygun yolla),
- ✦ Cezayı insani bir şekilde uygulamak (ilgili kişinin haysiyetine saygı göstererek).

158. *Öneriyıldız - Türkiye* [BD], loc. cit.

III. Özel hayatın ve aile hayatının korunması

Genel meseleler

Özel hayat ve aile hayatının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında (pozitif olarak) korunması herkesin bildiği gibi iki madde, 8. madde ve 12. madde, çerçevesinde işlemektedir. Bu maddeler sırasıyla ifade etmektedir ki “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.” (1. paragraf) ve “Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.” Bununla birlikte, 8. madde hem teori hem de pratikte meselenin temelinde durmaktadır.

Marckx - Belçika kararına¹⁵⁹ baktığımızda, Mahkeme bu maddenin ilk paragrafında kullanılan “saygı” teriminin devletlere aile hayatı ve özel hayata müdahale etmeme görevine ek olarak pozitif yükümlülükler getirdiği sonucunu çıkarmıştır. Belirtilmesi önemlidir ki başlangıçta bakış açısı 2. maddeden 4. maddeye göre farklıdır. 8. maddenin özel niteliği Mahkemenin devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmasına yol açmıştır. Her şeyden önce Sözleşmenin kendisinin sağladığı bir durum vardır ki özel hayat ve aile hayatı hakkı bazı kısıtlamalara tabi tutulabilir (8. madde, 2. paragraf). İçtihatla vurgulandığı gibi ”özellikle de kavramın esasındaki

pozitif yükümlülükler düşünüldüğünde ‘saygı’ kavramı açık değildir: Takip edilen uygulamaların çeşitliliği ve Sözleşmeciler Devletlerde söz konusu olan durumlar düşünüldüğünde kavramın gerektirdikleri davadan davaya belirgin bir şekilde değişecektir.”¹⁶⁰ Son olarak, 8. madde ile ilgili olan davalarda devlet tarafları ve daha sonra Mahkeme, başvuruçunun hakları ile diğer kişilerin hakları arasında bir tahkimde bulunmakla bağlıdırlar. Sonuç olarak – fakat bu durum şaşırtıcı değildir – Avrupa Mahkemesinin buradaki tutumu az saldırgan olmasa bile en azından daha az sıkı kuralcıdır. Mahkeme çoğu zaman sadece özellikle söz konusu menfaatler arasında adil bir denge gözetilmediği için devlet tarafının eksikliklerinin Sözleşmeye aykırı olduğunu belirtecektir. Mahkeme sadece istisnai davalarda uygun pozitif tedbirler gösterecektir.

8. maddenin sağladığı korumanın kapsamı içtihatlar geliştikçe daha karmaşık olarak genişlemiştir. Bu kitapçığım konusu için bunu sade kategoriler şeklinde tutalım ve özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme arasında farkları belirtelim. Bununla birlikte içtihatlara göre sağlıklı çevre hakkına özel bir dikkat gösterilecektir.

159. 21 Nisan 1979 tarihli karar.

160. *Sheffield ve Horsham - Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998, §52.

Özel hayata saygının pozitif boyutu

Mahkemenin sıkça vurguladığı gibi “özel hayat’ kavramı sonlandırıcı tanımlara uygun olmayan geniş bir terimdir.”¹⁶¹ İçtihadın belirttiği gibi bu kavram şunları kapsamaktadır:¹⁶²

- Kişinin fiziksel ve moral bütünlüğü,
- Bireyin cinsel kimliği de dahil olmak üzere fiziksel ve sosyal kimliği,
- Kişisel gelişme veya icra hakkı,
- Diğer insanlar ve dışarı dünya ile ilişkide bulunma hakkı.

Pozitif yükümlülükler teorisi bu yönlerin her üçünü de kapsamaktadır. Bu yükümlülüklerin fiziksel ve moral bütünlüğünün korunması açısından nasıl uygulandıklarını gördük. Geriye kalan şey özel hayatın diğer boyutlarından hangi yollarla geliştiğini incelemektir.

Kişinin kimliğinin tanınması

Kişilerin kimlerinin – pozitif olarak – korunması özellikle cinsel kimlik, kişinin kökenlerini bilmesi ve kişinin itibar hakkı ile ilgili olarak belirli gelişmelere yol açmıştır. Belirtilmelidir ki Avrupa Mahkemesi şimdiye kadar kişinin isim seçimi ile ilgili olarak devletler için pozitif yükümlülükler getirmemişlerdir.¹⁶³

161. Örneğin, *Van Kück - Almanya*, 12 Eylül 2003, §69.

162. İçtihadın incelemesi için bkz. aynı karar.

163. Bkz. özellikle de *Stjerna - Finlandiya*, 24 Ekim 1994, §32.

Cinsel kimlik

Mahkemenin bu bakış açısında Sözleşmenin güvencelerini farklı cinsel pratikler yaşayan kişileri, eşcinselleri, transseksüelleri, kapsayacak şekilde genişletmek ile ilgilendiği doğru iken Mahkeme esas olarak – aslında sadece – bu kategoriyi korumak için pozitif yükümlülükler teorisine başvurmuştur.

Mahkemenin, transseksüellerin Sözleşme kapsamındaki koruma ile ilgili iddialarını değerlendirdiği ilk dava *Rees - Birleşik Krallık* davasıdır.¹⁶⁴ Başvurucu Birleşik Krallık hükümetinin cinsiyet değiştirme ameliyatından sonraki (bir erkek olarak) yeni statüsünü hukukten tanıyacak adımlar atmamış olmasından şikayetçi olmuştur. Daha kesin olarak başvurucu, 8. maddenin devletin medeni durum kütüğünü değiştirerek, ya da en azından açıklama yaparak, başvurucunun cinsiyet değişikliğini buraya eklemesini gerektirdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca hükümetin, yeni statüsü ile ilgili olarak kendisine yeni bir doğum belgesi düzenlemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı kabul etmemiştir. Mahkeme bu meseledeki belirsizlikler ve Taraf Devletlerdeki mevzuat ve uygulamadaki farklılara dayanarak “transseksüellerin kalan taleplerini ne ölçüde karşılayabileceğini belirlemek bulunulan zaman için de cevapçı devlete bırakılması gerektiği” ve 8. maddenin hiç bir durumda Taraf Devletlerin medeni durum kütüklerini kısmen bile olsa değiştirmesini gerektirdiği şeklinde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır. Aslında, bu tutum devletlerin transseksüellere karşı pozitif yükümlülükler

164. 17 Ekim 1986 tarihli karar.

altında olma ihtimalini tümünden dışta bırakmamaktadır. Britanya hükümetinin tutumu, hukukî tanımayı reddederken, cinsel özgür iradesini (*self-determination*) kabul etmiş ve hukukî tanımının olmaması nedeniyle doğabilecek sakıncaları asgariye indirmek için adımlar atmış, belli bir dereceye kadar etkili olmuştur.¹⁶⁵ Bu durum ayrıca *B - Fransa* kararına¹⁶⁶ da taşınmıştır. Mahkeme, oldukça benzer koşullarda, Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Çünkü, Mahkeme başvuruçunun şikayetlerini doğrulayan olayları, Fransız hukukununun, Birleşik Krallık hukukundan farklı olarak bir transseksüelin görünümünü bile kabul etmediğini dikkate almamıştır.

Mahkemenin bu tutumu *I - Birleşik Krallık ve Christine Goodwin - Birleşik Krallık* kararları ile belirgin bir şekilde değişmiştir.¹⁶⁷ Mahkeme, bilimsel bilgilerin ve uluslararası uygulamaların gelişimini, hukuk sistemlerinin tutarlılığı, ihtiyacı ve ayrıca söz konusu kişilerin tanınmamalarının devam etmesinden kaynaklanan ve artan olumsuzlukları da dikkate alarak tutumunu değiştirmiştir. Mahkeme şimdi tanıma konusunda devletlerin artık takdir yetkilerinin olmadığı görüşündedir. Başka bir deyişle devletler tanımak ile yükümlüdürler. Devletler tanıma prosedürünün söz konusu olduğu durumlarda hala belirli bir hareket özgürlüğüne sahiptirler. Bunun sonucu olarak meydana gelen devletlerin yükümlülüğü bu devletlerin mahkemelerine düşmektedir. Devletler, transseksü-

ellerin cinsel özgür irade hakkına saygı duymalı ve cinsiyet değiştirme ameliyatlarının masraflarının ameliyatın tedavi gerekliliğinin kanıtlanması şartıyla geri ödenmesi hakkını tanımlıdır.¹⁶⁸

Kişinin kökenlerini bilme hakkı

Taraf Devletlerin ayrıca bireylerin kökenleri ile ilgili bilgilere ulaşmalarını sağlama görevi söz konusudur. Başka bir deyişle, Mahkemenin alıntı yaparak “herkes bireysel insan olarak kimliklerinin detaylarını saptayabilmelidir.”¹⁶⁹

Gaskin - Birleşik Krallık davasında¹⁷⁰ problemin başlangıcının sosyal hizmetler tarafından bakıma alındığı zamana dayanan bir psikolojik bozukluktan muzdarip olan başvuruçucu cevapçı devletin, davanın gizli niteliğini ileri sürerek, kendisine o zamana ait kişisel bilgilere ulaşmasına izin vermediğinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme kamu makamlarının hizmet ettiği meşru amacı kabul ederken “başvuruçunun durumunda bulunan kişilerin çocuklukları ve ilk ergenliklerini anlamak için gerekli bilgileri almalarında, Sözleşme tarafından korunan hayati menfaatlerin söz konusu olduğu” sonucuna varmıştır. Söz konusu davada, belgelere erişimin reddedilmesinin bazı “bilgi veren kimselerin” adlarını açıklamak istememeleri ile bağlantılı olduğu ölçüde Avrupa Mahkemesi Birleşik Krallık’ın erişim talepleri hakkına karar vermeden

165. Bkz. ayrıca *Cossey*, 29 Ağustos 1990; *Sheffield ve Horsham - Birleşik Krallık*, 30 Temmuz 1998.

166. 24 Ocak 1992 tarihli karar.

167. 11 Temmuz 2002 tarihli kararlar

168. *Van Kück*, yukarıda değinilen.

169. *Gaskin - Birleşik Krallık*, 23 Haziran 1989.

170. *Ibid.*

sorumlu bağımsız bir kurum kurması gerektiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Mikuli - Hırvatistan* kararında¹⁷¹ benzer şekilde karar vermiştir. Mahkeme babalığın tespiti prosedürü bağlamında iç hukukun çocuğun babası olarak bilinen ihmalkar kimseyi DNA testi yaptırmaya zorlama ihtimalini sağlaması veya bunu yapmaması durumunda menfaati olan tarafın babanın eylemi hakkında karar verilmesi için bağımsız bir otoriteye başvurmasını sağlayacak diğer yollar sunması gerektiğine hükmetmiştir.

Fakat bu erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu durum *Gaskin ve Mikulic* davalarında Mahkemenin tehlike altındaki kamu menfaatlerine karşı detaylı bir incelenme yapılmayınca kadar ihlalin söz konusu olduğunu kabul etmemesi ile gösterilmiştir. Bu durum, ek olarak, başvurunun özel hayat hakkının üçüncü kişilerinin ki ile çatıştığı durumlarda daha da böyledir. Bu durum doğum yeri bilinmiyor olarak (“*née sous X*”) kaydedilen ve evlat edinilmiş söz konusu kişinin öz ailesinin kim olduğunu bulmasını sağlayacak bilgi talep ettiği *Odièvre - Fransa* davasında¹⁷² aynen gerçekleşmiştir.¹⁷³ Mahkemenin de vurguladığı gibi burada yarışan bir çok menfaat çatışma halindedir. Başvurucunun menfaatleri dışında evlatlık alan aile ve her şeyin üstünde öz ailesinin fertlerinin de menfaatleri söz konusudur. Avrupa Mahkemesi bu

171. 7 Şubat 2002 tarihli karar.

172. 17 Şubat 2003 tarihli karar.

173. Dikkat edilmelidir ki Mahkemenin görüşüne göre Mikulic ve Odièvre davalarındaki başvuruçuların talepleri aile hayatı ile ilgili değil kimlik hakkı ve kişisel gelişme açısından daha çok çocuğun özel hayatı ile ilgilidir.

belirli davada nihayetinde Fransız makamlarının talep edilen bilgileri sağlamamış olmaması durumunun 8. maddenin gerekleri ile çelişik olmadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuç, yukarıda değinilen kararlarda getirilen usûli yükümlülüğün yerine getirilmiş olmasından gelmektedir. Fransa’da, başvuruçunun durumundaki kişilerin bağımsız kurumlardan taleplerini incelemelerini istemesini ve uygun ise annenin kimliği ile ilgili gizlilik kararının kaldırılmasına karar vermesini sağlayan (22 Ocak 2002 tarihli) hemen uygulamaya konulan yeni bir yasa kabul edilmiştir.

Kişinin itibar hakkı

Kişilerin kimliklerinin – pozitif olarak – korunması ile ilgili içtihadına ek olarak Avrupa Mahkemesi, özellikle *Von Hannover - Almanya* davasında¹⁷⁴, devletlerin yargı yetkileri dahilindeki bir kişinin itibar hakkına gazeteciler de dahil olmak üzere üçüncü kişiler tarafından saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Mahremiyet hakkının, Mahkemenin sürekli olarak demokratik toplumun esas temellerinden biri olduğunu tekrar ettiği, ifade özgürlüğüne olan üstünlüğü dikkate değerdir – ve bu husus daha sonradan bir çok kere dile getirilmiştir – ki, Monako’yu yöneten hükümdar ailesinin bir ferdi olan Prenses Caroline ile ilgili olayda daha belirgindir. Fakat bu aile ilişkisi Avrupa Mahkemesi için sonuca götürücü olmamıştır. Mahkemenin görüşüne göre sonuca götürücü etkenler ilgili kişinin Monako devletinde ve bu devlet namına hiç bir resmi konumunun olmadığı, çekilen fotoğrafların esas olarak bu kişinin özel

174. 24 Haziran 2004 tarihli karar.

hayatı ile ilgili olduğu, bu kişinin halkın sık sık gittiği yerlerde bile olması ve resimlerin foto muhabirleri tarafından bu kişinin bilgisi ve rızası dışında çekilmiş olmasıdır. Mahkeme, “bu koşullar altında ifade özgürlüğü daha dar bir yorum gerektirmektedir” sonucuna varmıştır.¹⁷⁵ Şu şekilde vurgulanmıştır:

Özel hayatın her bir insanın gelişmesi bakış açısı ile korunmasının temel önemi. Bu koruma – yukarıda belirtildiği gibi – özel aile çevresinin ötesine uzanmakta ve ayrıca sosyal bir boyut taşımaktadır.. Herkes, kamuoyu tarafından tanınıyor olsa bile, kendi özel hayatları için koruma ve saygı gibi “meşru bir beklenti” içinde olabilmelidir.¹⁷⁶

Fakat Alman devletinin bu durumda koruma yükümlülüğünün esası nedir? İlk olarak, mevzuatında özel hayatın sadece kendilerinin hususi alanlarında korunması gereken “çağdaş toplumların eşi olmayan (par excellence) figürleri“ ile daha geniş bir korumaya sahip olması gereken “nispeten” halkın tanıdığı kişiler arasındaki farkı netleştirmek yükümlülüğündedir. Bu ayrımın altını çizen kriter açıkça belirtilmelidir. Ulusal mahkemeler ve hatta anayasa mahkemeleri kendi açılarından söz konusu davada iç hukuku Sözlüşme gerekleri ile uyuşan bir şekilde yorumlamalıdır.

“Sosyal özel hayatın” korunması

Kişinin kimlik hakkını etkili bir şekilde kullanmasının güvence altına alınmasını amaçlayan pozitif yükümlülükler ile ilgili içtihatlar hem ayrıntılı hem de “zengin” iken bu durum özel hayatın

sosyal boyutu ile ilgili olarak aksine hem daha az hem de daha ihtiyatlıdır. Burada her ne kadar katkıları az da olsa iki davaya değineceğiz.

Bunlardan ilki iyi bilinen ve ayrıca hayal kırıcı olan *Botta - İtalya* kararıdır.¹⁷⁷ Bu davada Mahkeme engelli bir kişinin ulusal makamların sahile ulaşabilmesi için uygun rampalar yapmadığı yönündeki şikayetlerinin 8. madde kapsamına girmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme kişiler arasındaki geniş ve belirsiz kapsamlı ilişkiler ile ilgili olan ileri sürülen hakkın devletin özel plaj kuruluşlarının ihmallerini gidermek için alması gereken tedbirler ile arasında doğrudan bir bağ olamayacağı sonucuna varmıştır.

İkinci karar *Sisojeva ve diğerleri - Letonya*¹⁷⁸ dır ki, içtihat belirgin bir mesafeyi temsil etmektedir zira bu davada yabancı biri aleyhine verilen sınır dışı edilme emrinin ilgili kişinin o devlette güçlü kişisel, sosyal ve ekonomik bağlar kurduğunun açık olduğu durumda 8. maddenin ihlali anlamına gelebileceğine hükmetmektedir. Bununla birlikte belirli açılardan Avrupa Mahkemesinin bu sonuca varırken kabul ettiği bakış açısı açık değildir. Öte yandan kararın bazı kısımları pozitif yükümlülükler kapsamında olduğumuz ileri sürebilmektedir ki, Mahkemenin özellikle de belirttiği gibi:

Ev sahibi devletin ilgili kişiyi sınır dışı etmekten kaçınması yeterli değildir; devlet ayrıca, gerekli ise pozitif tedbirler yolu ile

175. Kararın §66. paragrafı.

176. Kararın §69. paragrafı.

177. 14 Şubat 1998 tarihli karar.

178. 16 Haziran 2005 tarihli karar.

bu kişiye [8. maddede güvence altına alınan] söz konusu hakları müdahale olmaksızın kullanma fırsatını sunmalıdır.¹⁷⁹

Fakat diğer yandan bu ifade Avrupa Mahkemesinin sınır dışı tedbirini geleneksel olarak 8. maddenin 2. paragrafı kapsamında inceleme ile sınırlayan genel yaklaşımı ile çelişmektedir.

Aile hayatına saygının pozitif boyutu

Aile hayatı bakış açısından içtihatla ele alınan alana göre özel yollar ile uygulanan esas olarak iki genel yükümlülük getirmektedir. Bunlar aile bağlarının resmi olarak tanınması yükümlülüğü ve aile hayatını korumak için harekete geçme yükümlülüğüdür.

Aile bağlarının resmi olarak tanınması

Bağlantı

Bu alanda genel olarak, içtihatla açıktır ki Sözleşme'nin 8. maddesi "aile bağının varlığının kanıtlandığı durumda devlet bu bağın geliştirilmesi sağlayan bir şekilde hareket etmelidir." Bu durum hukukî tanımayı gerektirir ki, "Doğum anından itibaren veya bundan sonra mümkün olur olmaz çocuğun ailesi ile bütünleşmesidir."¹⁸⁰

Yasal tanıma her şeyden önce mevzuat ile kurulmalıdır. Bu gereklilik Mahkeme tarafından özellikle doğum anından itibaren tüm annelik bağını kabul etmeyen ve böylesi bir hukukî bağı talep eden evli olmayan annelerin her ne kadar sonuca varsa da mirası

paylaşma hakkı azaltılmış, tanınmış çocuğa dezavantaj sağlayan tanıma prosedürüne başvurmasını şart koşan Belçika hukuku ile ilgili olarak beyan edilmiştir.¹⁸¹ Bu çözüm Mahkemece hukukî aile ve öz aile arasında bir ayırım yapılmadığından mantıklıdır. Ayrıca aynı çözüm yasanın zina sonucu doğan bir çocuğun doğal baba tarafından resmi olarak tanınmasına annenin (baba olduğu düşünülen) kocasının itiraz etmemesi halinde izin verdiği durumunda¹⁸² ve her şeyin üzerinde, ifade edilen biyolojik babanın anne ile evlenmesi şartıyla uygulanmıştır.¹⁸³

Bununla birlikte, 8. maddenin gereklerini karşılayan bir yasanın kabul edilmesi tek başına yeterli değildir. Bu yasanın ayrıca uygun bir şekilde uygulanması ve ulusal mahkemeler tarafından uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir.¹⁸⁴ Bu bağlamda, içtihat aslında ulusal mahkemeler için ulusal yasayı Sözleşme uyarınca yorumlama yükümlülüğü getirmektedir. Fakat belirtilmelidir ki devletin Sözleşme sistemi uyarınca var olan sorumluluğu her dava için söz konusu olmayacaktır. Böyle olabilmesi için ulusal mahkemelerin açık bir yorumlama hatası yapmış olmaları, diğer bir deyişle sadece "ulusal mahkemelerin olguları veya iç hukuku değerlendirmesinin açık bir şekilde makul olmaması veya keyfi veya Sözleşmenin temel ilkeleri ile belirgin bir şekilde uyumsuz olması gerekmektedir."¹⁸⁵

181. *Marckx - Belçika*, 27 Nisan 1979.

182. Bu iki kişi aynı zamanda boşanmışlardır.

183. *Kroon*, yukarıda değinilen.

184. *Pla ve Puncernau - Andora*, 13 Temmuz 2004.

185. Yukarıda değinilen kararın §46. paragrafı.

179. Kararın §104. paragrafı.

180. Bkz. özellikle de *Kroon ve diğerleri - Hollanda*, 20 Eylül 1994, §32.

Yukarıdaki yükümlülüklerin eşlerden en az birinin transseksüel olduğu bir çiftin çocuklarına uygulanıp uygulanmayacağı sorunu bugün de gündeme gelmektedir. Mahkeme, 8. maddenin bu tür çiftler ve çocuklarının suni dölleme ile doğduğu durumlara da uygulanabileceğini tanıırken, 1997’de transseksüel olan varsayılan baba ile çocuk arasında aile bağlarının tanınmamasının bu maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.¹⁸⁶ Fakat bu çözüm Mahkemenin hala söz konusu kişinin değişme derecesi hakkında kararsız olduğu zamanın yargı kararları bağlamında görülmelidir. Bu bağlam *I ve Goodwin* kararları¹⁸⁷ ile belirgin bir şekilde değişmektedir. Mahkemenin bugün aynı türdeki bir dava ile karşı karşıya kaldığında aynı sonuca varıp varmayacağı merak edilebilir.

Evlilik ... ve boşanma?

Aile hayatına hukukî tanıma sağlama olasılığı evlilikler açısından da geçerlidir. Bilindiği gibi, bu soru, en azından bu sorun ile ilgili tartışma, son on yılda homoseksüel ve transseksüellerin talepleri ile daha da belirgin hale gelmiştir. Mahkeme eşcinsel evlilikler ile ilgili olarak, *I ve Goodwin* kararlarında önce 12. maddenin bir transseksüel ile bu kişinin yeni cinsiyetinin karşı cinsi olan bir kişi ile beraberliğine uygulanabilir olduğunu kabul etmeyi reddetmiştir. Bu ret o zaman bu kategorideki kişilerin özel hayatlarının korunması ile ilgili hukuk doktrin açısından şaşırtıcı olmuştur. Mahkeme yukarıda değinilen iki dava ile tutumunu değiştirmiş ve şu anda ulusal hukukta evlilik ile ilgili olarak sadece doğumda

kaydedilen “biyolojik” cinsiyetin kabul edilmesinin evlenme hakkını esastan ihlal ettiğini düşünmektedir.

Geriye boşanma meselesi kalmaktadır. Mahkemenin bu konudaki tutumu yeniden evlenmenin öngörüldüğü halde ne 12. maddenin ne de 8. maddenin boşanma hakkını güvence altına aldığı yöndedir. Bu yüzden bu konuda devletlerin bir pozitif yükümlülüğü söz konusu değildir.¹⁸⁸ Fakat özel hayata saygı belirli koşullarda, özellikle de bir çift olarak yaşamının imkansız hale geldiği durumda, ayrılma hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Böylesi bir durumda, *Airey - İrlanda* davasında¹⁸⁹ olduğu gibi, eğer çiftten birinin bu amaçla bir dava açma niyeti var ise iç hukukun ilgili kişilere mahkemeye etkili ulaşım sunmaları gerekmektedir.

Ve aile birleşimi?

O zaman aile birleşimi ne demektir? Bu sorun yabancıların yakınlarına katılma ve onlarla bir arada kalmak için 8. madde temelinde devletten topraklarına girme ve/veya topraklarında ikamet etme izni alma almaları ile ilgili olarak Mahkeme önünde, prensip olarak, gündeme gelmiştir. İçtihadta bu soruya yanıt genel olarak olumsuzdur.¹⁹⁰ Mahkemenin, 8. maddenin aile bileşenine uygulanabilir olduğunu kabul ettiği doğru iken Mahkeme çoğu kez statüleri ve genel menfaatlerini dikkate alarak bu kişilere uygulanan muamelenin bu maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

188. *Johnston ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 27 Kasım 1986.

189. 11 Eylül 1979 tarihli karar.

190. Bkz. inter alia: *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık*, 24 Nisan 1985; *Gül - İsviçre*, 22 Ocak 1996; *Ahmut - Hollanda*, 26 Ekim 1996; *Cılız - Hollanda*, 11 Temmuz 2000; *Şen - Hollanda*, 21 Aralık 2001.

186. *X, Y ve Z - Birleşik Krallık*, 20 Mart 1997.

187. Yukarıda değinilen kararlar, dipnote 167.

III. Özel hayatın ve aile hayatının korunması

Burada üstün gelen düşünce bu kişilerin yabancı olduğu ve bir çok ilgili kararda vurgulandığı gibi devletin uluslararası hukuk uyarınca bu kategorideki kişiler ile ilgili olarak kendi topraklarına giriş üzerinde neredeyse mutlak bir kontrol haklarının bulunması ve kabul ve ikamet konularında takdir yetkisinin devlete ait olmasıdır. Daha somut ifadelerle, Avrupa Mahkemesi Sözleşme uyarınca devletin aile hayatının kendi toprakları dışında başka bir yerde yaşanmasının mümkün olmadığı durumlar dışında bu kişileri kabul etmesi ve bu kişilere yerleşme izni vermeye zorlanamayacağı görüşündedir. Davaların büyük bir çoğunluğunda Mahkeme böyle bir aile hayatının bir başka ülkede devam edebileceğini işaret etmiştir.

Fakat *Şen - Hollanda*¹⁹¹ ve *Tuquabo-tekle - Hollanda*¹⁹² adlı iki davada Mahkeme farklı bir sonuca varmıştır. Mahkeme iki davanın kendine has özelliklerini dikkate almış ve yabancıların söz konusu devletin topraklarına kabul edilmesi ilgili kişinin aile hayatının gelişmesi için en uygun yol olduğu ve ulusal makamların böyle bir karar vermemekle 8. maddenin devlet için getirdiği pozitif yükümlüğün yerine getirilmediği sonucuna varmıştır. Buradaki menşe ülkede yaşayan bir annenin alıcı ülkede bıraktığı çocuğuna daha sonra bu ülkede katılmak istemesi ile ilgilidir. Bununla birlikte görülecektir ki eğer Mahkeme Sözleşmeye Taraf Devletin söz konusu çocuğu kabul etmek gibi bir yükümlülüğünün bulunduğu sonuca varırsa bu durumun nedeni:

191. 21 Aralık 2001 tarihli karar.

192. 1 Aralık 2005 tarihli karar.

- ✧ Her iki davanın koşullarında, ebeveynin kendi menşe ülkesini çocuğu olmadan terk etmesinin özel şartlar veya üstün gelen nedenler yüzünden – Taraf Devlette yerleşik olan eşine katılması (*Şen*); ve kocasının öldürüldüğü ülkedeki iç çatışma nedeniyle başka bir ülkeye sığınmasıdır (*Tuquabo-tekle*); ve:
- ✧ Ebeveynin ev sahibi ülkede, aile bağları dahil olmak üzere, güçlü bağları mevcuttur; ebeveyne burada ikamet etme izni verilmiştir, düzenli bir işi ve her şeyden önemlisi burada evlidir (veya eşine sonradan katılmıştır) ve hayatları boyunca ev sahibi ülkede yaşayan burada okula giden çocuklar dünyaya getirmiştir ve nihayetinde menşe ülkesi ile çok az bağları mevcuttur.
- ✧ Genç yaşları (*Şen* davasında 9 yaş ve *Tuquabo-tekle* davasında 15 yaş) dikkate alındığında söz konusu çocukların, bu çocukların sürekli olarak menşe ülkenin dilsel ve kültürel çevresinde yaşamış olmaları ve orada aile fertlerinin (amca, hala, büyük anne, vb) bulunmasına bakılmaksızın, aile birimine entegre olmalarının gelişmeleri için gerekli görülmüştür.

Bir bütün olarak ele alındığında, devletlerin ailelerin kendi toprakları üzerinde yeniden birleşmelerine izin verme gibi bir pozitif yükümlülükleri sadece istisnai durumlarda uygulanmaktadır ve şu andaki içtihadın belirttiği gibi yukarıda belirtilen koşullar ile sınırlı olarak görülmektedir.

Aile bağlarını korumaya yönelik eylemler

Yabancılar ile ilgili yukarıdaki davalarda Avrupa Mahkemesi şu prensibi kabul etmiştir: Çocuğın sadece doğumu ile ebeveynle-

riyle arasında sürekli bağları söz konusudur ve sadece istisnai durumlar bu bağları koparabilmelidir.¹⁹³ Elbette bu durum hiçbir şekilde Sözleşmenin ayrılma ve boşanmayı yasakladığı anlamına gelmemektedir. Mahkeme basitçe ebebeyn/çocuk arasındaki ilişkilerin kopmasına neden olan bu tür olayları reddetmektedir. İlgili içtihat bu bağlamda devletler açısından pozitif yükümlülükler de dahil olmak üzere çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülükler esas olarak usülidirler ve (i) aile üyelerinin ayrılması ile sonuçlanabilecek prosedürler ve (ii) nezaret ve ziyaret hakları ile ilgili kararlarının infazı ile ilgilidirler.

Aile hayatını etkileyebilecek prosedürlerin kurulması

Avrupa içtihatlarının bakış açısıyla, çocukların ebebeynlerinden ayırma kararı ve başka yere yerleştirme ve evlat edinme kararları, nezaretin belirlenmesi ve ziyaret hakları özellikle geri dönülemez durumlar yaratmaları halinde 8. madde anlamında aile hayatı hakkına ciddi müdahaleler anlamına gelmektedir. Bu boyut hiç şüphesiz Mahkemenin başlangıçtaki prosedürlere verdiği özel önemi ifade etmektedir. Fakat Mahkeme Sözleşmenin “kesin usüli yükümlülükler içermediğini” kabul etmektedir.¹⁹⁴ Şu anda sürekli bir içtihat ki ebebeynlerin bu tür prosedürlere dahil edilmesi ve menfaatlerinin uygun bir şekilde hesaba katılması için yeteri kadar önemli rol oynamaları gerekmektedir. Söz konusu prosedürler yargısal¹⁹⁵ veya idari olabilirler.¹⁹⁶ Şart koşulan dahil olma-

nın derecesi davadan davaya değişebilir: Bu derece esas olarak alınacak tedbirlerin ciddiyetine göre değişecektir. Son olarak belirtileceği gibi Mahkeme ebebeynlerin dahil olma yollarını belirtmemekte bunu devletlerin takdir yetkisine bırakmaktadır.

Nezaret ve ziyaret hakları ile ilgili kararlarının infazı

Nezaret ve ziyaret haklarını öngören yargı kararlarının infaz edilmediği durumlarda devletin uluslararası sorumluluğu da gündeme gelebilir. Bu husus ebebeynlerden birinin ve hatta büyük ebebeynlerden birinin, böyle bir hakkın diğer ebebeyn tarafından kullanılmasına itiraz ettiği durumlarda söz konusudur. Devlete yöneltilen suçlama mahkeme kararını düzenlemediği ve uygulamadığı yönünde olacaktır. Genel olarak konuşursak, Avrupa Mahkemesinin bu konudaki tutumu çok ılımlıdır. Mahkeme, devletin bu konuda 8. maddeden doğan yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme ayrıca bu yükümlülüğün mutlak olmadığı ve özellikle de “çocuğun üstün menfaatleri” ve sonrakinin 8. madde kapsamındaki hakları arasında bir denge olması gerektiği görüşündedir. Ulusal makamların mahkeme kararlarının uygulanmasında ebebeynlerin asgari işbirliğini sağlamak için gerekli şeyleri yaptığı durumlarda Mahkeme 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹⁹⁷ Bu sonuçtan ayrılan

193. Özellikle, Gül, §32.

194. *B - Birleşik Krallık*, §63.

195. Örneğin, *Ignoccolo-Zenide - Romanya*, 25 Ocak 2000.

196. Bkz. özellikle *Birleşik Krallık* ile ilgili bir dizi karar: *B*, 26 Mayıs 1987; *W*, 8 Temmuz 1987; *McMichael*, 24 Şubat 1995; *P, C ve S*, 16 Ekim 2002.

197. Diğerleriyle birlikte, *Hokkanen - Finlandiya*, 24 Ağustos 1994; *Nuutinen - Finlandiya*, 27 Haziran 2000; *Pinive Bertani ve Manera ve Atripaldi - Romanya*, 22 Haziran 2004; *Voleski - Çek Cumhuriyeti*, 29 Haziran 2004; *Bove - İtalya*, 30 Haziran 2005.

III. Özel hayatın ve aile hayatının korunması

tek karar uluslararası çocuk kaçırma olaylarıdır. Bu durumda varılan ihlal sonucu hem iç hukuktaki eksiklikler hem de ulusal makamların ebebeynlerden biri tarafından haksız bir şekilde tutulan çocuğun ülkesine geri gönderilmesi için 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesini¹⁹⁸ kullanmamış olmasına dayanmaktadır.¹⁹⁹

Konut ve haberleşmeye saygının pozitif boyutu

Özel hayat ve aile hayatından farklı olarak konut ve haberleşmenin pozitif olarak korunması ile ilgili çok fazla içtihat söz konusu değildir. Bu hakkın esası yine de önemlidir.

Konut

Mahkemenin şimdiye kadar (nadiren) karşılaştığı bu sorun bir kişinin konut hakkının üçüncü kişiler veya kamu otoritesini kullanan kişiler tarafından ihlal edilmesi ile ilgilidir.

Mahkeme kamu makamlarının ihlalleri ile ilgili olarak ulusal mevzuat ve tutumlarının belirli bir kategorideki kişilerin (söz konusu davada çingenelerin) barınmasına etki ettiği durumlarda bunları in abstracto incelemenin kendi fonksiyonu olmadığını zaten belirtmiştir.²⁰⁰ Bunun sonucu olarak, en azından, devletin barınma ile ilgili olarak belirli bir politikayı uygulanması şart koşulamaz.

198. Uluslararası Çocuk Kaçırma Olaylarının Özel Hukuku İlgilendiren Yönlerine İlişkin Sözleşme.

199. Bkz. *Iglesias Gilve A.U.I. - İspanya*, 29 Nisan 2003 ve *Maire - Portekiz*, 29 Nisan 2003.

200. *Chapman - Birleşik Krallık*, 18 Ocak 2001.

Konutun özel kişilerce ihlal edilmesi ile ilgili *Surugiu - Romanya*²⁰¹ ve *Novosseletskiy - Ukrayna*²⁰² adlı iki dava Mahkemenin içtihatlarında ilginç boyutlar geliştirmesine fırsat sunmuşlardır. Her iki davada şikayet edilen olaylar – mevcut ihlaller ve konuttan mahrumiyet – idarenin yasayı uygulamamasından, ulusal mahkemeler tarafından gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi ve belirli mahkeme kararlarının infaz edilmemesinden dolayı meydana gelmiştir. Mahkeme konuta saygının devlet açısından pozitif tedbir almayı gerektirdiğine hükmetmiştir, özellikle de şu durumlarda:

- *yasanın ulusal mahkemeler tarafından özenli ve dikkatli olarak uygulanması (bu bağlamda Novosseletskiy davası Avrupa Mahkemesinin, hem soruşturma aşaması ile kararı etraflı olarak inceleyerek hem de kabul edilen yorumlamalara odaklanarak, bu alanda detaylı bir inceleme yapılmasını gerektirdiğini göstermektedir);*
- *sahibin veya o mekanda oturanların hakkını teyit eden mahkemenin nihai kararının ivedililikle uygulanması (Bu bağlamda, Mahkeme, kararında şunu vurgulamıştır: “İdare, kendi menfaatleri adaletin tamamen uygulanmasıyla aynı olan, hukukun üstünlüğünün bir ögesini oluşturmaktadır ve idarenin bir kararı uygulamayı reddettiği veya ihmal ettiği veya geciktirdiği durumlarda, bireyin, prosedürün yargı aşamasında yararlanacağı güvenceler varlık nedenlerini yitireceklerdir.”)*²⁰³

201. 20 Nisan 2004 tarihli karar.

202. 22 Şubat 2005 tarihli karar.

203. *Surugiu* kararının §65. paragrafı.

İlgili bir diğer karar ise bir kaç gece kulübünün yakın olmaları nedeniyle muzdarip olunan aşırı gürültü ile ilgili olan *Moreno - İspanya*²⁰⁴ davasıdır. Bu karar dikkate değerdir, ilki olarak, López Ostra ve Hatton davalarından farklı olarak başvurusunun şikayetleri ve Mahkemenin değerlendirmesi sadece kişinin konutuna saygı hakkı ile alakalıdır.²⁰⁵ Bu karar ayrıca Avrupa Mahkemesi tarafından konulan prensipler nedeniyle de dikkate değerdir. Bu durum esas olarak 8. maddede güvence altına alınan kişinin konutuna saygı hakkı ile alakalıdır: Bu husus “sadece fiili fiziksel alana ilişkin hak değil fakat ayrıca bu alandan gürültüsüz bir şekilde yararlanma hakkı” olarak anlaşılmalıdır. Bu hakkın ihlali ile ilgili olarak, “bu haklar kişinin konutuna izinsiz girmek gibi ‘somut ve fiziksel ihlallerle sınırlı olmayan’ yani gürültü, atık, koku ve diğer müdahale türleri de dahil olmak üzere” geniş olarak somut ve fiziksel olmayan müdahaleler olarak algılanmalıdır.²⁰⁶

Bu davada başvuru, ulusal makamların doğrudan hakkını kulanmasına müdahale ettiğinden değil bu makamların gece kulüpleri nedeniyle ciddi huzur kaybı ile ilgili olarak pasif kalmalarından şikayetçi olmuştur. Aslında bu tesislerin açılması için belediye tarafından izin verildiği, belediye tarafından atanan bir uzmanın hukukî sınırların üzerindeki bir gürültü seviyesinden kaynaklı “akustik bir yoğunluğun” söz konusu olduğu konusundaki görüşünün bulunmasına rağmen belediyenin yıllar boyunca

harekete geçmemiş olduğu kanıtlanmıştır. Mahkeme bu koşullarda, mantıklı olarak 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Haberleşme

Cotley - Romanya kararında²⁰⁷ görülmektedir ki, 8. madde belirli koşullarda cezaevi makamları için bir tutuklunun Mahkeme ile yazışması için kendisine imkan sağlamak gibi pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Unutulmamalıdır ki kararın gerekçesi ve bu yükümlülük bağıntılı olarak görülmelidir. Avrupa Mahkemesi Sözleşmenin, devletler için mahpusların tüm yazışmalarının posta giderlerini karşılama ve yazışmada bulunma seçeneğini güvence altına alma yükümlülüğü getirmediğine işaret ederken dikkatli davranmıştır. Bu nedenle, söz konusu davada olduğu gibi, haberleşme ile ilgili kuralların cezaevi yönetmeliğine dayanmadığı, kağıt ve zarfların oldukça yetersiz olarak sağlandığı (ayda iki zarf) ve mükerrer taleplerin dikkate alınmadığı durumlar gibi sadece özel durumlarda 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

Sağlıklı bir çevre hakkı

Sağlıklı bir çevre hakkı 8. maddenin genel duruşunda özel bir yer işgal etmektedir. Bunun ilk nedeni bu hakkın bağımsız bir hak olarak beyan edilmemiş olmasıdır. İkinci neden ise bu hak bu madde ile güvence altına alınan bir çok ilke ile bağlantılıdır. *López Ostra - İspanya* kararında²⁰⁸ ifade edildiği gibi “ciddi çevre kirliliği bireylerin refahını etkileyebilmekte ve bireylerin özel hayat ve aile

204. 16 Kasım 2004 tarihli karar.

205. Bkz. aşağı, para. 47 ff

206. Kararın §53. paragrafı.

207. 3 Eylül 2003 tarihli karar.

208. 23 Kasım 2004 tarihli karar.

hayatlarını olumsuz bir şekilde etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarına engel olabilmektedir.”²⁰⁹

İçtihatlar 8. madde kapsamında meseleleri gündeme getirecek şekilde çevreye zarar veren bir dizi durumu göstermektedir: Devletin dahil olduğu ve kişilerin sağlığını etkileyebilecek tehlikeli faaliyetler (Örneğin, nükleer denemeler);²¹⁰ orada ikamet edenlerin sağlık ve refahları için zararlı çevre kirliliğine yol açan özel kişilerin devlet tarafından izin verilen faaliyetleri;²¹¹ özel kişilerin o çevrede oturanların huzurlarını bozacak eylemleri.²¹²

Devletlerin pozitif yükümlülükleri – ve bireylerin ilgili hakları – bu gibi durumlarda çok farklı türlerde olabilir:

✧ İlk olarak, faaliyetin ulusal kuralları ihlal ettiği durumlarda resmi makamların bu faaliyete son vermek için gerekli adımları atması veya faaliyetin yürürlükteki kurallara uymasını sağlamaları gerekmektedir;

209. Kararın §51. paragrafı (Vurgu eklenmiştir).

210. *McGinley - Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998.

211. *López Ostra - İspanya, Guerra ve diğerleri - İtalya*, 19 Nisan 1998 (Çevredeki kişilerin sağlına zararlı bir kirliliğe neden olan bir atık tesisi; çevresindekilere aynı etkiyi yapan bir kimyasal ürün fabrikası).

212. *Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık* [BD], 8 Temmuz 2003; bir havaalanının neden olduğu gürültü kirliliği. Dikkat edilmelidir ki benzer olaylar ile ilgili önceki bir karar: *Powell ve Rayner - Birleşik Krallık*, 24 Ocak 1990. Bkz. ayrıca *Moreno*, gece kulüplerinin neden olduğu gürültü kirliliği (yukarıda, s. 47).

✧ Her durumda, ilgili kişilerin, üstün gelen kamu yararına tabi olmak üzere, söz konusu tehlikeyi değerlendirebilmelerini sağlayacak bilgiye ulaşma hakkı vardır ve devletin “bu tür kişilerin ilgili ve uygun tüm bilgiyi talep edebilecekleri ... etkili ve erişilebilir bir prosedür” kurması gerekmektedir;²¹³

✧ Devletin, çevreye zarar vererek, bir grup kişiyi evleri ve ayrıca özel hayat ve aile hayatları ile ilgili olarak etkileyebilecek ekonomik ve sosyal bir politikayı saptadığı durumlarda, devletin ilk olarak söz konusu tüm kişilerin menfaatlerinin dikkate alınabilmesi için uygun inceleme ve çalışma yapması gereklidir;²¹⁴ ve bu kişilerden evlerini taşıyarak bu politikanın zararlı etkilerinden kaçmak isteyen olduğu takdirde bunu hiçbir maddi kayıpları olmadan yapabilmelidirler. Bu durum ekonomik ve sosyal meselelerde ulusal makamlara tanınan geniş takdir yetkisinin karşılığıdır.²¹⁵

213. *McGinley*, §101.

214. *Buckley - Birleşik Krallık* kararı (25 Eylül 1996) planlama izninin reddedilmesi ile ilgili bu dava göstermektedir ki, ulusal makamların korunan bir hakkın kullanımı ile ilgili olarak müdahale anlamına gelecek bir karar almada geniş bir takdir yetkisinin tanıdığı durumlarda böyle bir yükümlülük söz konusu olmaktadır (Bkz. özellikle de kararın §76. paragrafı).

215. *Hatton*, yukarıda değinilen.

IV. Çoğulculuğun korunması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemi tarafından güvence altına alınan çeşitli haklar Avrupa demokratik toplumunu nitelendiren çoğulculuk meselesinden etkilenmektedirler. Bunlar: Özgür seçimler hakkı (1 No’lu Protokol’ün 3. maddesi); ifade özgürlüğü (10. madde), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (9. madde) ile toplantı ve dernek kurma hakkı (11. madde). Bu haklar ayrıca Mahkeme içtihatları ile bağlantılıdır.

Aslında Avrupa Mahkemesinin bu haklara saygı gösterilmesi ile ilgili incelemesinde pozitif yükümlülükler küçük bir rol oynamaktadır. Söz konusu hakların özel yapısı dikkate alarak, bulunduğu zamanda özgür seçimler hakkı bir yana, bu hakların ihlali ile ilgili tartışma esas olarak bu hakların kullanılmasına devlet tarafından getirilen kısıtlamalar ile ilgilidir. Eğer böyle yükümlülükler var ise – ki her şeye rağmen vardılar – bu yükümlülükler istisna olmaya devam etmektedirler ve yukarıda incelenen maddeler (2., 3., 4. ve 8. maddeler) bağlamında görülen kapsamda sistematize edilmemişlerdir.

Özgür seçimlerin yapılması

1 No’lu Protokol’ün 3. maddesine göre “Yüksek Sözleşmeciler, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” Mahkemeden bu maddeyi yorumlaması ilk olarak *Mathieu-Mohin ve Clerfayt - Belçika* davasında talep edilmiş ve Mahkeme “söz konusu alandaki

esas yükümlülük, bir çok medeni ve siyasal hakta olduğu gibi, kaçınma veya müdahale etmeme değil özgür seçimlerin ‘yapılması’ için devlet tarafından pozitif tedbirlerin alınmasıdır.” sonucuna varmıştır.²¹⁶ Bu nedenler, 3. maddenin bütün “esasının” bizi burada ilgilendiren meseleler için geçerli olduğu düşünülebilir.

Aslında bu durum, özgür seçimler hakkının sadece kurumsal boyut açısından doğrudur. Mahkeme burada özgür seçimlerin yapılması için devletin pozitif müdahalesini, bu durumun veya o meclisin oluşturulması için gerekli olduğu sonucuna varacaktır. Kabul edilen organ Mahkemenin geniş yorumladığı “yasama” kavramıdır. Mahkeme bu nedenle ulusal meclisler dışında 1 No’lu Protokol’ün 3. maddesinin belirli bölgesel danışma kurulları – idare heyetleri ve Belçika’daki Walloon Bölgesel Konseyi²¹⁷, yeni Caledoniadaki (Fransa) Meclis²¹⁸ – ve ayrıca Avrupa Parlamentosu²¹⁹ için de uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir.

Bununla birlikte, pozitif yükümlülüklerin 1 No’lu Protokol’ün 3. maddesi temelinde gelişmesi bundan öteye gitmemektedir. Başlangıçta, seçim prosedürü ile ilgili olarak Mahkeme bu maddenin devletlerin belirli bir sistem uygulamalarını gerektirmediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, devletlerin kendi ulusal durumlarını

216. 28 Ocak 1987 tarihli karar, §50.

217. *Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, yukarıda değinilen. Ayrıca 16 Mart 2006 tarihli *Zdanoka - Letonya* kararı Mahkemenin yaklaşımın sistematize edilmesi ile ilgilidir.

218. *Py - Fransa*, 11 Ocak 2005.

219. *Matthews - Birleşik Krallık*, 18 Şubat 1999.

“özgür”, “makul aralıklarla”, “gizli oy” ve “halkın görüşünün özgür ifade edilmesini sağlayacak”²²⁰ terimleri ile ifade edilen gereklerle uyarlamada geniş bir takdir yetkisine sahiptirler fakat bu şartlar seçimlerin demokratik karakterinin şartıdır. Bu takdir yetkisi Avrupa incelemesinde kesinlikle dışarıda bırakılmamıştır fakat görülmektedir ki Avrupa Mahkemesi, pozitif Avrupa içeriği tanımında devletler açısından bağlayıcı görmemiştir. İkinci olarak, belirtmelidir ki Avrupa içtihatları kararlı bir şekilde bu Sözleşme maddesi kapsamındaki bireysel hakları korumayı amaçlamaktadır. Bu yargısal yapı esas olarak geleneksel kalıplarda tasarlanmış, kamu makamlarından her şeyin üstüne müdahale etmekten kaçınmaları istenmiştir. Aslında Avrupa inceleme mekanizması prensip olarak seçme ve seçilme hakkına yapılan müdahalelere yasa maddeleri ve alınan tedbirler ile yapılan ve belirli kişilerin bu hakkı kullanmada dışlayan, örneğin yaş sınırı ve ikamet şartları getiren,²²¹ belli bir kategorideki kişileri (örneğin, hükümlü mahpusları) oy hakkından mahrum eden,²²² seçilemezlik şartı getiren (Örneğin, devletin resmi dilini bilmeme²²³ veya ilgili kişinin politik geçmişi nedeniyle vs.)²²⁴ müdahalelere yaptırım uygulama eğilimdedir.

220. *Mathieu -Mohin ve Clerfayt*, yukarıda değinilen.

221. Mahkemenin bu koşulları meşru kabul ettiği bir dava için bkz. *Hilbe - Lihtenştayn*, 7 Eylül 1999 (kabul edilebilirlik kararı); bu tür kısıtlamaların Sözleşme ile bağdaşmadığına karar verilen bir karar için bkz. *Melnichenko - Ukrayna*, 19 Ekim 2004.

222. *Hirst - Birleşik Krallık* (No. 2), 6 Ekim 2005.

223. *Podkolzina - Letonya*, 9 Nisan 2002.

224. *Zdanoka - Letonya*, 16 Mart 2006.

Özetle, 1 No’lu Protokol’ün 3. maddesi, başta algılandığı gibi, aslında kamu makamları için bir eylemde bulunma komutudur, bu boyut mevcut içtihatlarda belirgin bir şekilde gözden kaybolmuştur.

İfade özgürlüğü

Sözleşme’nin 10. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin kapsamı, içtihatlarda belirtildiği gibi, bugüne kadar bireyler arasındaki ilişkilerle sınırlı kalmıştır. *Guerra* davasında²²⁵ başvuru, 10. maddeden gelen ve dahası Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilen,²²⁶ kamunun bilgi edinme hakkının ulusal makamlar için özellikle tehlikeli bir faaliyetin bireylerin sağlığı ve aile hayatı ve özel hayatı için tehlike oluşturduğu durumlarda, bilgiyi toplama ve yayma görevi getirdiğini ileri sürmek istemiştir. Fakat Mahkeme, böyle bir hakkın Avrupa Sözleşmesinin bu maddesinden çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır.

İfade özgürlüğü ihlali özel ilişkilerde farklı şekillerde olabilir. İçtihatlar bazı örnekler sunmaktadır: Kızdıracı söylemler nedeniyle bir gazetecinin işvereni tarafından kovulması,²²⁷ gazetecilere, dağıtımcılara ve gazetenin dağıtım yerlerine yönelik saldırılar,²²⁸ özel bir yayının kuruluşunun bir derneğin reklamını yayınlamayı reddetmesi.²²⁹

225. 19 Şubat 1998 tarihli karar.

226. *Gaskin - Birleşik Krallık*, 22 Haziran 1989.

227. *Fuentes Bobo - İspanya*, 29 Şubat 2000.

228. *Özgür Gündem - Türkiye*, 16 Mayıs 2000.

229. *Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre*, 28 Eylül 2001.

Yine de uygulanan ilkeler aynı kalmaktadırlar. İlk olarak, bireylerin eylemleri ile ilgili olarak ifade özgürlüğü esas olarak yargısal çerçevenin uyarlanması ile ilgilidir. İfade özgürlüğünün yürürlükte mevzuat ile mümkün kılındığı durumlarda devlet bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olacaktır.²³⁰ İkinci olarak, bu özgürlüğün kullanılmasına dair bilinen tehditlerin söz konusu olduğu durumlarda, ulusal makamların kişileri ve mülkü korumak için, pratik tedbirler dahil olmak üzere gerekli adımları atması gerekmektedir.²³¹ Bu durumda, devletin kamuya açık özel binalarda ifade özgürlüğünün kullanılmasını güvence altına almak gibi bir pozitif yükümlülüğü var mıdır? Bu soru bir şirketin kendi alışveriş merkezinde el ilanları dağıtmak için stant kurulmasına izin vermeyi reddetmesi ile ilgili olarak *Appleby ve diğerleri - Birleşik Krallık* davasında²³² gündeme gelmiştir. Mahkeme kişinin mülkiyet hakkının (1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi) üstün gelmesi gerektiği sonucuna vararak olumsuz bir yanıt vermiştir.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

Avrupa Mahkemesi bugüne kadar, Sözleşmenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü devlet müdahalesinden koruyan 9. maddesinin devlet için pozitif yükümlülükler getirip getirmediği konu-

230. Bkz. özellikle de *Vgt Verein Gegen Tierfabriken - İsviçre* kararı. *Fuentes Bobo* davasında Mahkeme bir ihlal tespit etmemiştir. Zira özellikle iç hukuk durumunun ve bu hukukun ulusal mahkemelerce uygulanmasının tatmin edici olduğu sonucuna varmıştır.

231. Bkz. özellikle de *Özgür Gündem*.

232. 24 Eylül 2003 tarihli karar.

sunda henüz bir karar vermemiştir. Yine de, Mahkeme ulusal makamların bir ibadet evi için bina göstermediği gerekçesiyle prensip olarak sorumlu tutulduğu *Vergos - Yunanistan* davasında²³³ bu fırsata sahip olmuştur. Mahkeme her durumda, eyleme geçmeme olarak görülen durumu ihlal olarak değerlendirmeyi tercih etmiştir.

Fakat mantıksal olarak, kabul edilmelidir ki 10. madde ile ilgili olarak tartışılan meseleler özellikle de düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün özel kişiler tarafından örneğin profesyonel alan ihlal edildiği durumlarda tersten okunarak buraya uygulanabilir.

Toplantı özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü

Toplantı özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğü “Herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.” demektir ki, bu hükmü getiren 11. maddenin 1. paragrafında ve de içtihatlar da esas olarak her ikisinin de kullanılmalarını kısıtlama veya engellemeyi amaçlayan kişilerin şiddet içerikli eylemlerine karşı aynı korumayı gerektirmesi nedeniyle ilişkilendirilmişlerdir. Bunun yanı sıra, 11. madde gibi içtihatlar da, devletlerin yükümlülükleri söz konusu olduğunda, dernek kurma özgürlüğünün özel bir ifadesi olan sendika özgürlüğüne özel bir vurgu getirmektedir.

233. 24 Haziran 2004 tarihli karar.

Şiddet içeren gösterilere karşı korunma

Devletin sadece müdahale etmemesi değil aynı zamanda koruma sağlaması prensibi ilk olarak ifade özgürlüğü ile ilgili olarak ileri sürülmüştür.²³⁴ Bu durum yakın zamanda bu kez toplantı özgürlüğü alanında çarpıcı bir şekilde teyit edilmiştir.²³⁵ Her iki davada amaç bu özgürlüklerin özel kişilerin şiddet içeren eylemleri ile sekteye uğratılmadan kullanılmasını güvence altına almaktır. Platform “Ärzte für das Leben” davasında başvuru karşıt göstericilerin şiddet içerikli eylemlerinden ve Ouranio Toxo davasında başvuruda bulunan partinin merkezine bir grup özel kişi tarafından saldırılması dahil olmak üzere çeşitli eylemlerden şikayetçi olunmuştur.

Resmi makamların esas yükümlülüğü durumun gerektirdiği pratik koruma tedbirleri almaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil bir yöntem yükümlülüğüdür ve Mahkeme sadece “makul ve uygun tedbirleri” talep etmektedir.²³⁶ Yol ve taktik seçimi devletlere bırakılmıştır. Bu davaların ilkinde, Mahkeme, resmi makamların şiddetli bir hal alması mümkün olan iki gösteriyi yasaklayarak ve o güzergaha polis göndererek adım attığını dikkate alarak, 11. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmış ve ikinci karardaki sonuç bunun aksi yönünde ise de bu durum aslında hiçbir önleyici tedbirin alınmamasıdır.

234. Plattform “Ärzte für das Leben” - Avusturya, 25 Mayıs 1988.

235. Ouranio Toxo ve diğerleri - Yunanistan, 20 Ekim 2005.

236. Plattform “Ärzte für das Leben” - Avusturya, 25 Mayıs 1988, §34.

Bu esas olan şartlara yakın zamandaki içtihatlardan doğan iki tane daha şart eklenmelidir. İlk şart tarafsız olma yükümlülüğü ve hatta tansiyonu azaltmak yükümlülüğü olarak bile tanımlanabilir. Beldelediği çoğunluğun önemli temsilcilerinin açık bir şekilde söz konusu partiye karşı bir protesto gösterisi çağrısında bulunduğu Ouranio Toxo davasında Mahkeme şunları ifade etmiştir. “Devlet makamlarının rolü çoğulculuk, hoşgörü ve sosyal uyum olan demokratik sistemin özünü oluşturan değerleri korumak ve geliştirmektir.”²³⁷ İkinci şart ise etkili bir soruşturma yürütmektir. Bu soruşturmanın re’sen (ex officio) başlatılmış olması gerekmektedir.²³⁸

Sendika özgürlüğüne pratik etki kazandırmak

Avrupa Mahkemesinin sendika özgürlüğü konusundaki tutumu diğer alanlardakinden daha az cüretkar olmuştur. Bu aşırı tedbirlik ayrıca pozitif yükümlülüklerin teyit edilmesi ve geliştirilmesi konularında da görülmektedir. *Mahkeme Schmidt ve Dahlström - İsveç* davasında şunları ifade etmiştir:

[11. madde, paragraf 1] ... devletin sendika üyelerine örneğin yeni bir toplu sözleşmeden kaynaklı olarak maaş artırımını gibi mevcut menfaatlerin geliştirilmesi hakkı gibi herhangi belirli bir muamelesini güvence altına almamaktadır.

Mahkeme şu sonuca varmıştır:

237. Kararın §42. paragrafı.

238. *Ibid.*

*Ne madde 11 paragraf 1'de ne de 18 Ekim 1961 tarihli Sosyal Şart'ta telaffuz edilen böyle bir hak sendika özgürlüğü hakkının etkili bir şekilde kullanılması için zaruri değildir ve hiçbir şekilde Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkın özünün esaslı bir ögesini oluşturmamaktadır.*²³⁹

Mahkeme ayrıca başlangıçta 11. maddeden kaynaklanan bir yükümlülük kavramını devletin sendikalara danışması²⁴⁰ veya toplu pazarlık düzenlemesini de hariç tutmuştur.²⁴¹

Bununla birlikte, içtihat farklı noktalarda gelişmiş ve Mahkeme özellikle Avrupa Sosyal Şartının²⁴² maddelerini ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin kararlarını dikkate alarak 11. maddede getirilen güvenceyi negatif sendika özgürlüğünü²⁴³ – bir sendikaya üye olmama hakkını – ve toplu sözleşme hakkının korunmasını bir derece kapsayacak şekilde genişletmiştir.²⁴⁴

239. 19 Ocak 1976 tarihli karar, §34.

240. *National Union of Belgian Police - Belçika*, 1 Ekim 1975.

241. *Swedish Engine Drivers' Union - İsveç*, 19 Ocak 1976.

242. Mahkemenin yaklaşımı hem pratik hem de teorik anlamda teşvik edicidir. Kabul edilen çözümleri anlamak ve ihtimallerinin değerlendirilmesi için bu içtihadı Avrupa Sosyal Şartı ile paralel bir şekilde okumak gereklidir.

243. *Sigurður A. Sigurjonsson - İzlanda*, 30 Haziran 1993; *Gustafsson - İsveç*, 25 Nisan 1996.

244. *Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri - Birleşik Krallık*, 2 Temmuz 2002.

Avrupa Mahkemesi bu gelişmeye paralel olarak 11. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri ve özel kişiler arasındaki ilişkilerde geniş anlamda mevcut sendika özgürlüğünün korunmasını belirtmiştir. Wilson kararı bu bağlamda çok aydınlatıcıdır. Bir yayın firması çalışanları ile ilişkilerini düzenleyen bir toplu sözleşme anlaşmasını süresi bittikten sonra yenilememe kararı almış ve tek taraflı olarak alternatif bir anlaşma kabul etmiştir. Aynı zamanda çalışanlara bu yeni anlaşmalarını kabul edenlerin, sadece bu kişilerin, önemli bir zaman alacağı bildirilmiştir. İngiliz hukuku buna cevaz vermektedir. Mahkeme Sözleşmeye aykırı olan bu uygulamayı işverenlerin kendi menfaatlerini korumak için çalışanların sendika üyeliği için cesaret kırıcı ve kısıtlayıcı bir yol olarak değerlendirmiştir. Her şeyin üstünde, Mahkeme şu sonuca varmıştır: “Cevapçı Devlet işverenlerin maddi teşvikler kullanarak çalışanların önemli sendika haklarından feragat etmelerini sağlamasına izin vererek Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki hakların kullanılmasını güvence altına alma gibi pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.”

Aynı gerekçe çalışanların belirli bir sendikaya katılmalarını sağlamaya yönelik “kapalı dükkan” şartı gibi durumlar için de geçerlidir.²⁴⁵

245. Bkz., *mutatis mutandis*, *Sigurjonsson ve Gustafsson* kararları yukarıda değinilen.

V. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara saygı

Mahkemenin sık sık belirttiği gibi Sözleşme medeni ve siyasi hakları korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme yine de daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel türde olan bazı hakları doğrudan güvence altına almaktadır. Her ne kadar, gündeme getirdikleri meseleler özgürlük kategorisine girse de zorla çalıştırma yasağı ve sendika özgürlüğü bunlar arasındadır. Buna 1 No'lu Protokol'ün 1. ve 2. maddelerinde belirtilen mal-mülk hakkı ve eğitim hakkı da eklenmelidir. Bu iki maddenin her biri hak ve iç hukukun hangi durumlarda bunları güvence altına alması gerektiğini ifade etmektedir. Bu kitapçığın amacı için en önemli boyut bu maddenin lafzıdır. 1. maddenin 1. paragrafının ilk cümlesine göre “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.” 2. maddenin ilk cümlesi şunu belirtmektedir: “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.” Mahkeme açıkça “saygı” ve “yararlanma” ve “hak” kavramlarına dayanarak bu maddelerden artan şekilde pozitif yükümlülükler türetmiştir.

Mülkiyet hakkı

Kamulaştırma için tazminat

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında Avrupa Mahkemesi tarafından keşfedilen ilk pozitif yükümlülük kamu yararı nedeniyle (kamulaştırma veya başka bir yolla) mülklerinden yoksun bırakılan mağdurlara tazminat ödeme yükümlülüğüdür. Mahkeme söz konusu hakkın etkisini güvence altına almak için

yoğun çaba göstermiştir. Mahkemenin *James - Birleşik Krallık* kararında vurguladığı gibi:

Mülkiyet hakkının korunması...muadil bir prensibin yokluğunda genel olarak anlamsız ve etkisiz olurdu [Sözleşmeciler Devletlerin hukuk sistemlerinde bulunan].²⁴⁶

Sözleşmenin gereklerini yerine getirmek için tazminatın iki şartı yerine getirmesi gerekmektedir. İlk olarak tazminat, mutlak suretle tüm tazminatı temsil etmese de, mülkün değeri ile orantılı olmalıdır. İkincisi tazminat makul bir sürede ödenmelidir.²⁴⁷

Dikkat edilmelidir ki mülkten yoksunluğun meşruluğu için – tek başına olmayan – bir şart olan tazminat ödeme yükümlülüğü bağımsız olarak işlememektedir. Uygulamada, bu şart bunun gibi eylemlerin orantılılığının incelenmesinde diğeri ile birlikte gelen bir kriterdir.

Mülkiyetin korunması

İçtihatlar bu tazminat yükümlülüğüne mülkiyetin esas ve usulü olarak korunmasına dair genel yarar meselesi olarak düşünülen diğer yükümlülükler eklemiştir. Mahkeme bu tür sorunların gündeme geldiği durumlarda kamu makamlarının doğru zamanda ve

246. 21 Şubat 1986 tarihli kararı, §54.

247. Daha fazla detay için bkz. İnsan Hakları Elkitabı, No. 4, *Mülkiyet hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. No'lu Protokolü'nün 1. maddesinin Uygulanması İle İlgili Kılavuz*, Strasbourg, Avrupa Konseyi, 2001.

doğru olarak azami bir tutarlılıkla harekete geçmesi yönünde genel bir formül kabul etmektedir.²⁴⁸

Yargısal ve pratiksel koruma tedbirleri alma yükümlülüğü

Diğer durumlarda görüldüğü gibi, burada da devlet mülkiyet hakkının ihlal edilmesini önlemek üzere uygun tedbirler almak yükümlülüğü altındadır. Bu tedbirler özellikle tehlikeli eylemlerin söz konusu olduğu durumlarda pratik bir nitelikte olmalıdır.²⁴⁹ Burada yine devlet esas olarak uygun hukukî kurallar koymak durumundadır. Yakın zamandaki iki karar ilgili içtihatların durumuna örnek oluşturmaktadırlar.

İlki *Broniowski - Polonya* davasında²⁵⁰ verilen karardır. Bu durum, başvurunun malvarlığını kullanmasına engel olan ve daha sonra satmasına engel olan resmi makamların hem aktif engellemesi hem de harekete geçmeme derecesinden şikayetçi oldukları kesinlikle karmaşık bu dosyada hatırlatılmıştır (28 Eylül 2005 tarihli Büyük Daire kararı). Aslında başvuru, mirasçı olarak, ailesinin İkinci Dünya Savaşının sonunda kaybettiği ev için yasada belirtilen ve mahkeme kararı ile teyit edilen bir tazminat hakkına sahiptir. Mevzuatta bazı değişiklikler olduktan sonra, diğer yasalar bu tazminat hakkını imkansız hale getirmiş ve daha sonra nöbetleşe bir şekilde mümkün kılmıştır. İdare başvurunun iddiasını Polonya devletinde getirilen nihai yasa kabul edilene kadar lehe olan yasaya göre hareket etmemiştir. Mahkeme belirtilen olayların

248. *Novoselefskiy - Ukrayna*, 22 Şubat 2005, §102 [Kararın İngilizce tek bölümü.]

249. *Öneryıldız - Türkiye*, 30 Kasım 2004.

250. 22 Haziran 2004 tarihli kararı.

1 No'lu Protokol'ün 1. maddenin 1. paragrafının ikinci cümlesi anlamında ne mülkten mahrumiyeti oluşturduğuna ne de bu olayların mülkiyet yasalarının bu maddenin ikinci paragrafı anlamında infazını oluşturduğuna fakat bunların 1. paragrafın ilk cümlesinde konulan ilk kural kapsamına girdiği sonucuna varmıştır. Mahkemenin tespit ettiği gibi, bunlar pozitif bir yükümlülüğün muhtemel ihlali kadar müdahale oluşturmuşlardır. Sonraki konuda Mahkeme Sözleşmenin bu durumlarda neyi gerektirdiğini ifade etme fırsatını kullanarak “adil denge” sorununu incelemiştir. İlgili bölüm şöyledir:

Sözleşme ve 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesindeki hukukilik ilkesinin altını çizen hukukun üstünlüğü devletlerin sadece kabul ettikleri yasalara saygı gösterme ve bu yasaları, öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde, uygulamasını değil fakat ayrıca bu görevin bir sonucu olarak bunların uygulanmasını sağlayacak hukukî ve pratik şartları sağlamasını gerektirmektedir... Yasanın lafzî ve başvurunun mülkiyet hakkını etkili bir şekilde kullanmasına mani olan devlet tarafından yürütülen uygulamalar arasındaki uyumsuzluğu gidermek Polonya makamlarının yükümlülüğüdür. Bu ilkeler aynı zamanda Polonya devletinin Bug Nehri yerleşim yeri iddiaları ile ilgili olarak verdiği yasal vaatleri iyi bir zamanda uygun ve tutarlı bir yolla yerine getirmesini gerektirmektedir. Bu durum önemli kamu ve genel menfaati meselesidir. Polonya Anayasa Mahkemesi tarafından haklı bir şekilde işaret edildiği gibi hukukun üstünlüğünün esası olan vatandaşların devlete ve bu devlet tarafından yaratılan hukuka olan meşru güvenlerinin devamı zorunlulu-

ğu resmi makamların işlevsiz maddeleri hukuk sisteminden çıkarmalarını ve hukuk dışı uygulamalarını düzeltmelerini gerektirmektedir.²⁵¹

İkinci dava olan *Paduraru - Romanya* kararı²⁵² devletin mevzuat-taki muğlaklı ve ilgili içtihatlarla çelişki durumunun neden olduğu yasal belirsizlik nedeniyle mülkün geri verilmemesi ile ilgilidir. Mahkeme burada da başvurucunun şikayetlerini pozitif yükümlülük açısından incelemeye karar vermiştir. Mahkeme ilk olarak mülkiyetin iadesi ile ilgili sorunun karmaşıklığı ile ilgili olarak devletin ne şartlar altında ve hangi prosedürlere göre bu operasyonun ne sonuç vereceğine karar verme konusunda özellikle de totaliter bir rejimden demokratik bir sisteme geçilmesi bağlamında geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme yine de, devlet tarafından bir çözüm kabul edildikten sonra bunun ilgili kişiler açısından hukuki güvensizliği ve belirsizliği mümkün olduğunca bertaraf etmek için çözümü uygulamak için alınan tedbirlerle makul bir açıklık ve tutarlılık derecesinde uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca her bir Sözleşmeci Devletin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için kendisine uygun ve yeterli hukuki silahlarla kendisini donatması gerekmektedir. Mahkemenin görevi sadece Romanya makamları tarafından alınan bu tedbirlerin söz konusu davada uygun ve yeterli olup olmadıklarını incelemektir

Usûli özen yükümlülüğü

İç hukukun 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin şartlarını yerine getirmesinin sağlanması gibi bir yükümlülüğünün yanı sıra son yıllardaki Avrupa içtihat hukukunda usûli yükümlülükler ile ilgili iddialar Sözleşme sisteminde genellenmeye çalışılan bu maddenin 1. paragrafının ilk cümlesine dayanılarak ele alınmışlardır.

Örneğin, *Novoseletskiy - Ukrayna*²⁵³ davasında getirilen bir soruşturma yükümlülüğü söz konusudur. Ulusal makamlar mülkiyetin ihlali ile ilgili bir iddia aldıklarında bu yükümlülüğe tabidirler. Görülecektir ki 1. No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile ilgili içtihatlar böyle bir soruşturmanın hangi koşullar altında açılacağı ve soruşturmanın niteliğinin ne olacağını (henüz) açıkça belirtmemektedir. Öte yandan, içtihatlar bu soruşturmanın hangi özelliklere sahip olmasını gerektiğini belirtmektedirler: Soruşturma geniş, ivedi, tarafsız ve detaylı olmalıdır.²⁵⁴ Sözleşmenin diğer maddeleri ile ilgili olarak yerine getirilmesi gereken şartlar farklı kelimeler ile ifade edilmiş olsalar da aynıdır.

Mahkeme hakkı da aynı bağlamda beyan edilmiştir. Bu hak, Avrupa Mahkemesinin *Sovtransavto - Ukrayna* kararında belirttiği gibi "gerekli usûli güvenceler sunan yargısal prosedürleri sağlamak ve böylece ulusal mahkeme ve kurulların özel kişiler arasındaki her hangi bir uyuşmazlıkta etkili ve adil bir şekilde karar vermesini sağlama yükümlülüğü" anlamına gelmektedir.²⁵⁵

251. Kararın §184. paragrafı.

252. 1 Aralık 2005 tarihli karar.

253. Yukarıda değinilen, s. 55.

254. *Ibid.*, § 103.

255. 25 Temmuz 2002 tarihli karar, §96

Bu yükümlülük hem özel bireyler arasındaki hem de özel bireyler ile devlet arasındaki uyumsuzluk için geçerlidir. Belirtilmelidir ki Sözleşme'nin 6. maddesinin temel gerekleri böylece buraya taşınmışlardır.

Mahkeme bu taşımayı tamamlamak için nihayetinde 1. No'lu Protokol'ün 1. maddesinden malikliği tespit eden nihai mahkeme kararlarının uygulanması hakkı türetmiştir.²⁵⁶

Eğitim hakkı

1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinden doğan pozitif yükümlülükler Mahkemenin *Belçika dil hakları davasında*²⁵⁷ belirtilmiş ve genç kadınların üniversitelerde baş örtüsü takmaları ile ilgili olan *Leyla Şahin - Türkiye* kararında²⁵⁸ analizlerle güçlü bir şekilde teyit edilmiştir. İlgili maddenin Avrupa Mahkemesinin yorumlamasına bırakılmadan önce içeriğinin hatırlanması önemlidir. 2. madde “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” (ilk cümle) ifadesini getirirken aynı zamanda “Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapmasını sağlama haklarına saygı gösterir” (ikinci cümle) hükmünü de getirmektedir.

256. Bu bağlamda özellikle de bkz. *Burdov - Rusya*, 7 Mayıs 2002; *Jasiūnienė - Litvanya*, 6 Mart 2003; *Sabin Popescu - Romanya*, 2 Mart 2004; *Matteus - Fransa*, 31 Mart 2005.

257. 23 Temmuz 1968 tarihli karar.

258. 10 Kasım 2005 tarihli karar.

İlk cümlenin olumsuz ifadesine rağmen, Mahkemenin görüşüne göre devletlerin söz konusu hakkı güvence altına almak için pozitif bir yükümlülüğü dışında bırakılmamaktadır. O zaman bu hak neyden ibarettir? İlk olarak, devlet tarafından sağlanması gereken her hangi bir zaman mevcut bulunan eğitim kurumlarına ulaşma hakkının güvence altına alınmasından ibarettir. Sonra, hak sahibi kişinin alınan eğitimden yararlanmasını sağlamaktan örneğin “her devlette yürürlükte olan kurallar uyarınca bir şekilde, tamamlanan eğitimin resmi olarak tanınması hakkı.” Diğer yandan, bu madde ne belirli eğitim yolları ne de belirli kurumları şart koşmaktadır, fakat yine de eğitim kurumlarının maddi yardım almaları hakkını tanımaktadır.

İkinci cümle ise “devletlerin eğitim ve öğretim alanında ebeveynlerin dil tercihlerine saygı göstermesini gerektirmemektedir sadece dinsel ve felsefi yargılarına saygıyı gerektirmektedir.” Bu durum daha açık bir şekilde *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen - Danimarka* kararında²⁵⁹ belirtilmiştir ki yargılara saygı esas olarak ebeveynlerin kamu ve özel eğitim seçimine saygı gösterilmesini ve eğitimin tarafsız olmasını gerektirmektedir. Müfredatın dini nitelikteki bilgi ve öğretileri içermesi durumunda tarafsızlık görevini ihlal etmemektedir. Bu durum sadece bilgi ve kanının fikir aşıladığı durumda söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, bu görev sadece bu bilgi ve kanının, veya içerik her ne ise, objektif, eleştirel ve çoğulcu bir yolla iletilmesini gerektirmektedir.

259. 5 Kasım 1976 tarihli karar.

VI. Eşitliğin geliştirilmesi

Hakların bireysel olarak kullanımının etkili olabilmesi için pozitif yükümlülükler saygıyı gerektiriyorsa bu hakların herkes tarafından kullanılmasını pozitif ayrımcılığa kadar gidebilecek devlet müdahaleciliğini gerektirdiği söylenebilir mi? Bu sorunun yanıtının Sözleşme'nin 14. maddesine mi yoksa 12 No'lu Protokole mi atıfta bulunulacağı konusu belirsiz görünmektedir.

14. madde şu hükümü getirmektedir.

Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

Bu maddenin Sözleşme sistemindeki önemini göstermek için başka bir ihtiyaca gerek yoktur. Avrupa Mahkemesi bu maddeyi Sözleşmenin diğer maddeleri ile birleştirerek denetleme rolünü genişletme ve bazen de genelde sosyal güvenlik gibi sosyal nitelikteki yeni haklar tespit etme şansını yakalamıştır.

Kesinlikle hiçbir şüphe yoktur ki 14. maddedeki hüküm negatif yükümlülükleri de kapsamaktadır. Mahkeme tarafından *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali - Birleşik Krallık* kararında²⁶⁰ getirilen “bir kişi veya grubun kabul edilebilir bir haklı gerekçe olmadan diğerlerine göre daha az lehte muamele gördüğü

durumda” ayrımcılığın söz konusu olduğu tanımının daha çok 14. madde ile uyuşmayan uygulamayı işaret ettiği görünmektedir. Başka bir deyişle, devletin Avrupa belgesi ile getirilen hakların kullanılması ile ilgili müdahalelerinde de jure veya de facto ayrımcılık yapmaması gerekmektedir. Bu yüzden, her hangi bir ihlal başvurusunun ayrımcılığa tabi tutulmama hakkına bu açıdan aktif (ve yasadışı) bir engel olarak görülmelidir.

Bununla birlikte pozitif yükümlülükler meselesi bu madde ile bağlantısız değildir. İlk olarak, Mahkemenin *Belçika dil hakları* (yukarıda atıfta bulunulan, s. 7) davasında belirttiği gibi kabul edilmektedir ki *ayrımcılık yasağı tüm Sözleşme hakları ve pozitif yükümlülükler de dahil olmak üzere bunların sonucu olan yükümlülükler için geçerlidir*. Eğer bu ilkenin (ayrımcılık yasağı) sadece kamu otoriteleri değil özel kişiler için de geçerli olduğu kabul edilir de o zaman oldukça bariz ve içtihat ile uyumlu olur ki devletin burada da kefil veren rolünü üstlenmesi gerekmektedir: Devlet hukuk sisteminin özel bireyler arasındaki ilişkilerde ayrımcılığa müsaade etmemesini ve herhangi bir ihlale usulüne uygun ve etkili bir şekilde yaptırım uygulanmasını sağlamalıdır.

Ayrıca ortada 14. maddenin devletlerin pozitif ayrımcılık tedbirleri almalarını gerektirip gerektirmediği sorunu kalmaktadır. Mahkemenin “devletin nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın durumları belirgin bir şekilde farklı olan kişilere farklı muamele etmediği durumda” 14. maddenin de ihlal edilmiş olacağı sonu-

260. 28 Mayıs 1985 tarihli karar.

cuna vardığı *Thlimmenos* - *Yunanistan* kararından sonra böyle bir yükümlülük düşünebilir.²⁶¹ Aslında böylesi bir çözüm potansiyel olarak devletin farklılıklar ile karşı karşıya kaldığında harekete geçmesini gerektirmektedir. Fakat bu cesur bir içtihadın neticesi olmamıştır. Hatta bu içtihat Avrupa Mahkemesinin güncel bir durumda farklılıklar ile ilgilenme sorununun gündeme geldiği *Chapman* - *Birleşik Krallık* davasından²⁶² beri bırakılmış görünmektedir ki, Mahkeme başvuruçunun Sözleşmenin cevapçı devle-

261. 6 Nisan 2000 tarihli karar, §44.

262. 18 Ocak 2001 tarihli karar.

tin kendisine bir azınlık grubunun (çingene) üyesi olarak özel bir şekilde lehte muamelede bulunma yükümlülüğü getirdiğini ileri süremeyeceğine hükmetmiştir.

12 No'lu Protokol bu husustaki Avrupa hukukunu değiştirebilir mi? Bu şüpheli bir durumdur. Sadece ayrımcılık yasağının kapsamının belirli bir devletin “yasalarında tanınan tüm hakları” kapsayacak şekilde genişletilmesinde katkısı söz konusudur. Bunun dışında, bu Protokolün ifadelerinin 14. maddedekiler ile hemen hemen aynı olduğundan bu Protokolün içtihatlarda büyük bir yenilik getirmeyeceği oldukça açıktır.

VII. Usûlî güvenceler ile ilgili pozitif yükümlülükler

Yukarıda belirtildiği gibi, usûlî faktörler pozitif yükümlülükler kategorisinde merkezi bir yer işgal etmektedir. Usûlî güvencelerin son yıllardaki içtihatlar için en önemli katkısı sağladıklarını söylemek abartı olmayacaktır. Vurgulamak gerekirse bu gelişme Sözleşmenin usûlî maddelerinin tarafsızlaştırılmasına yönelik bir etki yapmamıştır. Nihayetinde bu eğilim haklara azami etkinlik kazandırmak için standart koyucu maddelerden türeyen aynı türdeki yükümlülükler ile birleştirilmelidir. Genellikle usûlî olarak tanımlanan maddeler bir çok Sözleşme maddesine dağılmış durumdadırlar. Bunların belli başlıları kesinlikle, adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. madde ve etkili hukuk yolu hakkını koruyan 13. maddedir. Bununla birlikte 5. madde de bu iki maddeye eklen-

melidir. Bu durumunun prensipte esasa ilişkin bir hak – özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgilidir. Sözleşmenin açıkça pozitif yükümlülük meselesi ile ilgili olan ve tam olarak özellikle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilere uygulanacak usûlî güvenceler getiren maddelerdir. Sözleşme'nin 46. maddesi veya 7 No'lu Protokol gibi özel maddelerini de zikretmeliyiz. Söz konusu usûlî güvenceler genellikle devletlerin harekete geçme yükümlülüklerini temsil etmektedir. Bunlarının tümünü bu çalışmanın kısıtlı kapsamında incelemek imkansızdır. Bu nedenle okuyucuların daha fazla detay bulabilmeleri için çeşitli haklar ile ilgili yayınlara atıfta bulunarak sadece güvencelere değinmekle yetineceğiz. Burada sadece belirli karakteristik özellikler tümünden ele alınacaktır.

Genel güvenceler

Bu niteleme ile sırasıyla genel güvenceler ve özel güvenceleri yani belirli prosedür veya belirli durumlara mahsus güvenceleri ele alacağız. Bunlar sırasıyla 13. madde ve 16. maddenin 1. paragrafında güvence altına alınan etkili başvuru hakkı ve adil yargılanma hakkıdır.

13. madde: Etkili bir hukuk yolu hakkı

13. madde şöyledir:

Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

Hakkın içeriği ve pozitif gerekler

13. madde hakların korunmasında yararlı olan yerinde bir hizmeti güvence altına alıyor olarak görülebilir. Sözleşmece güvence altına alınan haklarının ihlalinin tespit edip cezalandırmak esas olarak Sözleşmeciler Devletin sorumluluğu iken devletlerin bu fonksiyonu etkili bir şekilde yerine getirecek yollar bulmaları önemlidir. Bu maddenin amacı da budur: Devleti Sözleşme ile çatışan durumları telafi edecek gerekli hükümler koyma yükümlülüğü altına sokarak ulusal sistemin kendi rolünü tümünden oynamalarını sağlamaktır. İçtihatlardaki tekrar eden formülü kullanırsak, 13. madde "iç hukuk düzeninde hangi şekilde korunuyor olurlarsa olsunlar esasa ilişkin Sözleşme hak ve özgürlüklerini uygulayacak hukuk yolların ulusal alanda bulunmasını güvence altına almaktadır. Bu nedenle

13. maddenin etkisi, ilgili Sözleşme şikayetlerinin esasları ile ilgilenmeyi ve uygun çareyi sağlamayı gerektirmektedir.²⁶³ Pozitif bir yükümlülüğün söz konusu olduğu her durumda Mahkeme Sözleşme şartlarını yerine getiren iç hukukun sağlanması için uygun yollar seçmede Taraf Devletlerin belirli bir takdir yetkilerinin olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, usûlî güvencelerin söz konusu olduğu durumlarda içtihatlardaki sürekli eğilim uyarınca bu takdir yetkisi diğer durumlarda olduğundan daha dardır.

Aslında,²⁶⁴ 13. madde öncelikle devletlerden şunu talep etmektedir: "Ulusal merciler madde 6 §1 ile güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi ile ilgili şikayetler dahil olmak üzere güvence altına alınan hakların ihlali iddiaları ile ilgili olarak karar vermekle görevlidirler."²⁶⁵ İdeal olarak, söz konusu merci yargı mercii olmalıdır ve böyle olması için içtihatlarda güçlü bir teşvik olduğu söylenebilir. Fakat kesin bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri sunuyorsa yargısal olmayan bir mercii de maddenin bu bakış açısından kabul edilebilir.²⁶⁶ Belirtelim ki yükümlülüğün etkili olması iddianın savunulabilir olmasına bağlıdır. Yani bu durum Sözleşmece güvence altına alınan haklar ile ilgili olarak a priori (öncelikli) ciddi bir sorun yaratmaktadır.²⁶⁷

263. *Kaya - Türkiye*, 19 Şubat 1998, §106.

264. Bu bağlamda, bkz. *Silver ve diğerleri - Birleşik Krallık* (25 Şubat 1983), burada gerekli olan içtihatların iyi bir özetini sunmaktadır.

265. Özellikle, *Kudla - Polonya* (Büyük Daire), 26 Ekim 2000; *Slovak - Slovakia*, 8 Nisan 2003; *Brocave Texier-Micault - Fransa*, 21 Ekim 2003.

266. *Klass - Almanya*, 6 Eylül 1978.

267. *Gennadi Naoumenko - Ukrayna*, 10 Şubat 2004, §135.

İkinci olarak, bu yükümlülük “etkili” hukuk yolların bulunmasını gerektirmektedir. Bu şartın çeşitli sonuçları söz konusudur. Bu sonuçların belli başlıları şunlardır:

- ✧ Esasa ilişkin belirli haklar tarafından şart koşulduğu gibi özenli, kapsamlı ve etkili soruşturma yükümlülüğü. Bu yükümlülük yargısal temyiz imkanlarından bağımsız olarak algılanmaktadır, bu yükümlülük mutlak değildir ve kapsamı söz konusu hakkın önemine göre değişecektir. Her durumda, bu yükümlülük dokunulamaz bir hakkın (yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, vb.) ihlal edilmesi ile ilgili bir iddianın söz konusu olduğu durumda gündeme gelmektedir.²⁶⁸
- ✧ Yetkili merciin Sözleşmenin ihlali ile ilgili şikayetin esası hakkında karar vermesi ve tespit edilen ihlale yaptırım uygulanmasını ve ayrıca mağdura ilişkin alınan kararın uygulamasının güvence altına almasını²⁶⁹ sağlayan prosedürün etkili ve işe yarar olması.²⁷⁰

Esasî hakların özünde var olan usûlî gerekler ile olan ilişki

Gündeme gelen 13. madde ile Sözleşmenin esasa ilişkin maddeleri arasındaki ilişki sorunu ile ilgili olarak etkili başvuru hakkının içeriğinin, görüldüğü gibi, usûlî etkilerinin söz konusu olduğu unutulmamalıdır. Pratik bir ifade ile, örneğin, usûlî bir gereğin

268. Özellikle, *Kaya - Türkiye* (yaşam hakkı); *Batu ve diğerleri - Türkiye*, 3 Haziran 2004 (Kötü muamele).

269. Özellikle, *Smith ve Grady - Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1999 ve *Conka - Belçika*, 5 Şubat 2002.

270. *Iatrides - Yunanistan*, 25 Mart 1999.

yerine getirilmemesi ile ilgili şikayetin hem 2. madde hem de 13. madde temelinde kabul edilmesinin mümkün olduğu durumda bu durum maddelerden biri ile sınırlandırılmalıdır.

Mahkeme *Kaya - Türkiye* gibi bazı davalarda “13. maddenin gerekleri bir Sözleşmecî Devletin 2. madde kapsamındaki etkili bir soruşturma yürütme gibi usûlî yükümlülüklerinden daha geniş” olduğunu belirtmiştir.²⁷¹ Bununla birlikte bu fark, söz konusu dava ile sınırlıdır. Bu durum esas olarak önceki maddenin gerektirdiği soruşturmanın merhum kişinin ailesi tarafından ulaştırılabilir olması gerekliliğinden doğmaktadır. Fakat 2. madde ve 3. maddenin usûlî gerekleri birleştirilip bu hususta yapılan şikayetleri sırası ile esas (kayıbolmuş kişinin yakınlarına kötü muamelede bulunulması) açıdan ve usûlî açıdan (soruşturma yükümlülüğünün katı anlamda yerine getirilmemesi) düzenleyerek aynı sonuca varılabileceği düşünüldüğünde bu farklılık silik bir hal almaktadır.²⁷² Özetlersek, eğer bir fark söz konusu ise bu fark üzerinde durulmaya değmeyecek kadar küçüktür. Bu nedenle, maddenin iki tür farklı sonuçları hemen hemen farksızdır.

Belirli bir davada soruşturmanın yapılmamış olması ile ilgili şikayetlerin örneğin her iki madde ile mi yoksa sadece biri ile mi ilgili olarak inceleneceği neye göre açıklanmaktadır? Gerçek şudur ki içtihatlar bu durum için objektif olarak dayanılabilecek kriterler sunmamaktadır. Bunun yerine Mahkeme bu kriterlerin seçiminin esas olarak davanın şartlarına göre değişeceğine vurgu yapmakta

271. Kararın §107. paragrafı.

272. Bkz. yukarıda, para. 33 ff.

ve tartışmanın bertaraf edilmesi için buna “tanımlanmasının esası olarak davanın koşullarına göre yasada yer verilmesi” gerektiğini de eklemiştir.²⁷³ Durum böyle iken, başvuru sahiplerinin çok sayıda başvuruda bulunmaları ve devletlerin kendi açılarından açıkça her bir durum için savunmalarını hazırlamaları şaşırtıcı değildir.

6 §1. madde: Adil yargılanma ile ilgili genel güvenceler

Genel açıklamalar

6 §1. madde kapsamındaki adil yargılanma gibi genel güvence yoluyla devletler açısından diğer pozitif yükümlülükler söz konusudur. Bu madde:

Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

273. *Bati*, yukarıda değinilen.

Adil yargılamanın çeşitli gereklerini yerine getirmek için devletin harekete geçmesi kesindir: Devlet bu konuda yasa çıkarmalıdır. Bu durum özellikle mahkemenin sahip olması gereken özellikler için geçerlidir. Bu açıdan, Mahkeme açıkça belirtmiştir ki “tribunal indépendant et impartial établi par la loi” (yasa tarafından kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme) kalıbı fonksiyondan ziyade kuruluş tasarımı, ayrıca prosedürden ziyade kurumlar ile ilgilidir.²⁷⁴ Aynı durum esasen metinde getirilen diğer faktörler için özellikle de yargılama usullerinin adil olma ve açıklık niteliği ile bu usullerin makul sürede yürütülmesi için geçerlidir. Ayrıca devletin yasama faaliyetine bu alandaki mahkemelerin faaliyetlerini de eklememiz gerekmektedir. Bu çalışmanın kapsamını aştığından ve zaten bu koleksiyondaki başka bir özel çalışmanın konusu olduğundan sadece adil yargılanma ilkesine basit bir şekilde atıfta bulunacağız.²⁷⁵

Bununla birlikte, içtihadın katkısı 6 §1. maddede kullanılan her terimin açıklığa kavuşturulması ile hiçbir şekilde sınırlı değildir. Avrupa Mahkemesi ayrıca Sözleşmenin maddelerinin genel tutumunu açıklığa kavuşturmak için yoğun çaba göstermektedir. Mahkeme her şeyden önce üzerinde durmanın yararlı olacağı diğer sonuçlara varmıştır.²⁷⁶ Bunlar (i) adalete erişim hakkı anla-

274. *Golder - Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, §32.

275. Esas noktalara atıf, İnsan Hakları Elkitabı, No. 3, *Adil Yargılanma Hakkı*. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Uygulanması İle İlgili Kılavuz*, Strasbourg, Avrupa Konseyi, 2002.

276. Özellikle bu boyutlara yukarıda değinilen çalışmada sadece değinilmiştir.

mında mahkeme hakkı ve (ii) yargısal kararların infaz edilmesi hakkı.

Adalet erişim hakkı: “Hukuk” davalarında adli yardım

Bu hak 6 Ş1. maddede açıkça ifade edilmemiştir. Yine de mahkeme erişim hakkı içtihatlarla göre²⁷⁷ bu maddenin özünde var olan bir faktörü oluşturmaktadır. Aslında Mahkeme “[bu maddenin] bekleyen bir dava ilgili olarak taraflara sunulan usûlî güvenceleri detaylı olarak tanımlaması ve bu tür güvencelerden yararlanmayı tek başına mümkün kılan mahkemeye erişimi ilk olarak korumaması ... akıl almaz bir durum olur” sonucuna varmıştır.²⁷⁸

Mahkemeye erişim hakkı esasen yargısal eylemlerin engellenmesini yasaklamaktadır. Bu tür engellemeler usûlî kurallar yoluyla devletin eylemlerinden kaynaklanabilir. Örneğin, Avrupa Mahkemesinin önüne gelen temel davadan alıntı yaparsak²⁷⁹ bu durum temyiz ile ilgili zaman sınırlamalarını düzenleyen kurallar için de geçerlidir.²⁸⁰ O zaman, engelleme negatif yükümlülüklerin ihlali durumlarından biri olacaktır. Fakat – ilginç nokta şudur ki – bu

277. *Golder*, yukarıda değinilen.

278. Aynı kararın §35. paragrafı.

279. Mahkeme ayrıca şu davaları ele almıştır: *cautio judicatum solvi* (*Tolstoy Miloslavsky - Birleşik Krallık*, 13 Temmuz 1997); temyiz aşamasındaki kabul edilebilirlik koşulları (de *Virgiliis - İtalya*, 20 Nisan 1999); *Mohr - Lüksemburg*, 20 Nisan 1999; *Maillet - Fransa*, 12 Kasım 2002); ve avukata başvurma yükümlülüğü (*Gillow - Birleşik Krallık*, 24 Kasım 1986). Dikkat edilmelidir ki Mahkeme tüm bu davalarda erişim hakkına getirilen kısıtlamaların meşru ve haklı olduğuna hükmetmiştir.

280. Bu konu ile ilgili olarak bkz. özellikle de *Geoffre de la Pradelle - Fransa*, 16 Aralık 1992; *Zvolsky ve Zvolska - Çek Cumhuriyeti*, 12 Kasım 2002.

engelleme eksikliklerden kaynaklanmış olabilir. O zaman bu engelleme madde 6 Ş2c’ye dayanan Avrupa Mahkemesinin adli yardım ile ilgili içtihatlarının arka planına aykırı olarak görülecektir. Ceza davalarındaki adli yardım açıkça 6 Ş2c. madde de getirilmişken esasen cezai olmayan meseleler ile ilgili bu içtihatları baştan itibaren inceleyelim.

Gördüğümüz gibi başvuruçunun bir avukat tutacak yeterli servete sahip olmaması nedeniyle yarıda bırakmak zorunda kaldığı boşanma usulleri ile ilgili olarak adli yardım sunma yükümlülüğü *Airey - İrlanda* davasında²⁸¹ getirilmiştir. Mahkeme bu davada 6 Ş1. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvuruçunun adli yardım için başvurusuna rağmen bu başvuru incelenmeden, temyizinin kararda hükmedilen miktarın depozito olarak yatırılmadığı gerekçesi ile iç hukukta baştan reddedildiği bir başka davada aynı sonuca varmıştır.²⁸²

Bununla birlikte, kabul edilen bu yardım hakkı mutlak değildir. Bu durum, örneğin, *Gnahoré - Fransa* davasından²⁸³ kaynaklanmaktadır. Mahkeme bu kararda temyiz başvurusunda bulunmak için yapılan adli yardım talebinin yeniden incelemesi için ciddi dayanakların bulunmaması nedeniyle reddedilmesinin başvuruçuların davalarını sunmak için avukata başvurmak zorunda olmaları durumlarda 6. maddeye aykırı olmadığına hükmetmiştir. Genel olarak konuşursak, sadece *Gnahoré* davasında ileri sürülenler ile sınırlı kalmayarak çeşitli diğer nedenler ile adli yardıma

281. 9 Ekim 1979 tarihli karar. Ayrıca bkz. yukarıda, s. 9.

282. *García Manibardo - İspanya*, 15 Şubat 2000.

283. 19 Eylül 2000 tarihli karar.

kısıtlama getirilmesine izin veren Avrupa Mahkemesi erişim hakkının “niteliği gereği devlet tarafından yapılan ve bireylerin ve toplumun ihtiyaçları ve kaynaklarına göre zamana ve mekana göre değişebilen düzenlemeleri gerektirdiği” sonucuna varmıştır.²⁸⁴

Yargı kararlarını infaz etme yükümlülüğü

6 §1. maddenin pozitif kapsamı Mahkemenin, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakkın etkinliği yararına, “bu nedenle, herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın infaz edilmesi 6. maddenin amacı açısından ‘yargılamanın’ içsel bir parçası olarak görülmesi” gerektiğine hükmettiği *Hornsby - Yunanistan*²⁸⁵ kararı ile genişletilmiştir. Bu nedenle bir kararın infaz edilmesi bu maddenin yerine getirilmemiş olması anlamına gelecektir. Böylesi bir yerine getirmeme, gerçekten istisnai davalarda, devleti uluslararası alanda sorumlu kılmayabilir. Bu durum infazın örneğin boşanmanın ardından verilen nezaret ve ziyaret hakları ile ilgili kararları düşündüğünde 8. madde bağlamında çocuğun üstün menfaati gibi üstün bir menfaat ile çatıştığı durumlarda söz konusu olacaktır.²⁸⁶ Her durumda, devlet bir borç kararı ile ilgili kararın infaz edilmemesinden doğan sorumluluktan ekonomik zorluklar nedeniyle muaf tutulmayacaktır.²⁸⁷ Benzer şekilde, aynı davada, devlet ilgili merciiler tarafından

284. *Ashingdane - Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, §57.

285. 19 Mart 1997 tarihli karar, §40.

286. Bkz. yukarıda, s. 44.

287. Özellikle, *Burdov - Rusya*, 7 Mayıs 2002 ve daha yakın tarihli *Amat-G Ltd ve Mebaghishvili - Gürcistan*, 27 Eylül 2005.

verilen kararının infazı ile ilgili bir yükümlülüğünü diğer tarafa nakledemez.²⁸⁸

46. madde: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının infazı

Yukarıda belirtilen içtihatların mantığı ayrıca Mahkemenin kendi kararlarına da yarar sağlamaktadır. Aslında yakın zamanlarda Mahkeme Sözleşme’nin 46. maddesinin²⁸⁹ devlet açısından Mahkemenin kararlarını infaz etme yükümlülüğü getirdiğine hükmetmiştir. Bu yükümlülüğün niteliği ilk olarak *Scozzari ve Giunta - İtalya* kararında her yönüyle şu şekilde açıklanmıştır:

*[46. maddeye göre] inter alia, Mahkemenin bir ihlali tespit ettiği karar devletler açısından sadece ilgililere tazminat yolu ile hükmedilen miktarları ödeme gibi hukukî bir yükümlülüğün yanı sıra, devletler Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olmak üzere, Mahkemenin tespit ettiği ihlalin son bulması ve etkilerin mümkün olduğunca karşılanması için iç hukuk düzeyinde genel ve/veya, uygun ise, bireysel tedbirler uygulamayı tercih edebilir.*²⁹⁰

288. Örneğin, *Tunç - Türkiye*, 24 Mayıs 2005. Şu anki zengin içtihatlar için diğer yakın tarihli örnekler için bkz. *Fedotov - Rusya*, 25 Ekim 2005; *Androsov - Rusya*, 6 Ekim 2005; *H.N. - Polonya*, 13 Eylül 2005; *Horvatova - Slovakya*, 17 Mayıs 2005; *Sokur - Ukrayna*, 26 Nisan 2005; *Uzkureliene ve diğerleri - Litvanya*, 26 Nisan 2005.

289. Bu madde şu şekilde ifade edilmiştir: “1. Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. 2. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”

290. 13 Temmuz 2000 tarihli karar, §249.

Böylece, tatmin edici ödemenin yapılması, kişisel tedbirler ve genel tedbirler devletlerin karşılaması gereken üç şarttır.

Özel güvenceler

Bunlar Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri ile 7 No'lu Protokolde getirilen ve özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişileri, cezai yargılamaya tabi tutulan kişileri ve haklarında sınır dışı kararı verilen yabancıları korumayı amaçlayan şartlardır.

Özgürlükten mahrumiyet durumlarında zorunlu güvenceler (5. madde)

5. maddenin genel tutumu

5. maddenin amacı kişileri keyfi ve hukuk dışı gözaltı ve tutuklamalara karşı korumaktır. Bu anlamda bu madde, ilk paragrafında, "Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır" ve "hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz" hükümlerini getirmektedir. Bununla birlikte aynı paragraf, sonlandırıcı bir liste ile, bu kuralın istisnalarını ve bunların katı bir şekilde yorumlanması prensibini getirmektedir. Böylece bu madde şu durumlara izin vermektedir:

- ✦ Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi (Madde 5 §1a);
- ✦ Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması (Madde 5 §1b);

- ✦ Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması (Madde 5 §1c);
- ✦ Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması (Madde 5 §1d);
- ✦ Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması (Madde 5 §1e);
- ✦ Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülme olmasına nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması (Madde 5 §1f).

Hem ilgili kuralın hem de istisnaların kapsamı bu koleksiyonun başka bir sayısının konusu olan ve atfların yapıldığı içtihatlar ile açıklığa kavuşturulmuştur.²⁹¹ Her durumda, 5. maddenin 1. paragrafında getirilen hüküm devletlere hiçbir pozitif yükümlülük yüklememektedir. Bu tür yükümlülükler sadece 5. maddenin

291. İnsan Hakları Elkitabı, No. 5.

gözüaltına alınmış veya tutuklanmış kişilerin yararlanabilmesi için gereken güvenceleri getiren diğer paragraflarında karşımıza çıkmaktadırlar.

Pozitif yükümlülükler

Usulüne uygun gözaltı ve tutuklama ile ilgili yükümlülükler

Özgürlüklerinden mahrum kalan kişilerin ileri sürebileceği güvenceler 5. maddenin 2. ve 5. paragraflarında belirtilmiştir. Bu güvencelerin çoğu devletin, nitelikleri bir paragraftan diğerine değişiklik gösteren pozitif müdahalesini gerektirmektedir. Burada sadece bu yükümlülüklerin özlerini belirtmekle yetineceğiz.²⁹²

Bilgi verme yükümlülüğü: 5 §2. maddeye göre “Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.” İçtihatlar göstermektedir ki “yakalama” kavramı anlam olarak özerktir. Bu kavram katı anlamda cezai tedbirlerin sınırlarını aşmaktadır ve dolayısıyla akıl hastalığından dolayı verilen kapatılma emirleri için de geçerlidir.²⁹³ Avrupa Mahkemesi bilgi verme hükmü ile ilgili olarak şu ana kadar belirli bir zaman sınırı koymaktan kaçınmış ve davadan davaya temelinde karar vermiştir. Mahkeme, akıl hastalığından dolayı verilen kapatma kararı ve ilgili kişiye bilgi verilmesi arasında geçen on günlük sürenin 2. paragrafa aykırı olduğuna fakat terörist eylemlerden dolayı gözaltına alınan kişilerin durumunda

bir kaç saatlik zamanlık diliminin (4 saat 45 dakika) 2. paragrafa aykırı olmadığına hükmetmiştir.²⁹⁴ Bilginin kendisi ile ilgili olarak, bilginin “yakalama için gerekli yasal ve olgusal temelleri” içermesi ve kişiye sadece anladığı dille değil “basit, teknik olmayan bir dille” anlatılması gerekmektedir.²⁹⁵ İdeal olarak, bu bilgilendirme doğrudan yapılmalıdır, fakat içtihatlar ayrıca sorgulama sırasında dolaylı bilgilendirmeyi de kabul etmektedir.²⁹⁶

Mahkeme önüne çıkarma yükümlülüğü: Bu durum, sadece 5 §1c. maddede belirtilen şartlarda yakalanan kişiler ile ilgilidir. 5 §3. maddenin belirttiği gibi “yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır” ve “kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır.” Mahkeme, “hemen” teriminin bunun kısa bir süre zarfında yapılmasını gerektirdiğini dikkate alarak, terör suçları ile ilgili durumlar dahil olmak üzere,²⁹⁷ kişinin mahkeme önüne çıkarılması zamanının değerlendirilmesinde genellikle daha talepkar olmaktadır. İçtihatlar temelinde, bu zaman genellikle en fazla bir ya da iki gün olarak kabul edilmektedir.²⁹⁸ Ayrıca kişinin tutukluluk halinin devam etmesine karar verilmesi yönünde talepte bulunan hakim ile ilgili olarak, “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” ifadesi

292. Detaylı bir açıklama için, İnsan Hakları Elkitabı, No. 5'e atıfta bulunulmuştur: *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin Uygulanması İle İlgili Kılavuz*, Strasbourg, Avrupa Konseyi, 2002.

293. *Van der Leer - Hollanda*, 25 Ekim 1990.

294. *Fox, Campbell ve Hartley - Birleşik Krallık*, 27 Mart 1991.

295. *Fox, Campbell ve Hartley*, §40.

296. *Ibid.*

297. Örneğin, *Brogan - Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1988.

298. Elkitabı No. 5 (4 gün ve 6 saatlik bir zaman dilimi aşırı bulunmuştur).

açıkça tarafsızlık nedeniyle başsavcılık makamını veya adli kovuşturma hizmetlerini dışta bırakacak şekilde yorumlanmaktadır.²⁹⁹ Sonuç olarak, söz konusu mahkeme devam eden tutukluluğun hukukiliği ve ayrıca gerekliliği ile ilgili karar verme amacında olmalıdır. Bu mahkeme ayrıca bunu yapacak gerekli yetkiye sahip olmalı ve mahkemenin kararları bağlayıcı olmalıdır.³⁰⁰ Yakalamayı haklı gösterecek gerekçelerin olmaması durumu elbette kişinin serbest bırakılması ile sonuçlanmalıdır.

Adaletin hızlı bir şekilde uygulanması yükümlülüğü: 5 §4. maddenin amacı esasen tutulu bulunan kişinin yakalama emrine karşı bir “mahkemeye” itirazda bulunması hakkını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, bu madde devlet açısından böyle bir itiraz için yasal düzenleme getirmek ve söz konusu mahkemeyi kurma dışında pozitif bir yükümlülük gerektirmemektedir. Öte yandan, bu madde o konudaki yetkili mahkeme açısından bir dereceye kadar pozitif bir yükümlülük getirerek mahkemenin “hızlı bir şekilde” karar vermesini gerektirmektedir. Mahkeme normal olarak davanın karmaşıklığını dikkate almaktadır. Davadan davaya değişen bu sorundur fakat genellikle bu zamanın birkaç haftayı geçmemesi gerektiği düşünülmektedir.³⁰¹

Tazminat ödeme yükümlülüğü: Sonuç olarak, 5 §5. madde devletin keyfi tutuklama veya gözaltı mağduruna tazminat ödemesini gerektirmektedir. Bu yükümlülük mutlaktır. Bu yükümlülük sadece tutuklamanın haksız olmasına bağlıdır.

299. Bkz. *Huber - İsviçre*, 23 Ekim 1990 ve *Brincat - İtalya*, 26 Kasım 1992.

300. Özellikle, *Letellier - Fransa*, 26 Haziran 1991 ve *Tomasi - Fransa*, 27 Ağustos 1992.

301. Elkitabı No. 5.

Usûlüne uygun olarak yapılmayan gözaltı ve tutuklama ile ilgili yükümlülükler

Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kimseleri devletin keyfi uygulamalarına karşı korumak için esas olarak 5. maddenin 2'den 5'ye kadar olan paragrafları yeterlidir. Görüldüğü gibi, bu koruma her şeyin üstünde mahkemenin yapması gereken inceleme ile ilgilidir. Fakat bu tür incelemenin mümkün olabilmesi için gözaltı ve tutuklamanın devlet tarafından yapılmış ve kabul edilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde 5. maddenin güvenceleri oldukça anlamsız bir hal alacaktır. Sözleşmenin bu yolla engellenmesinin önüne geçmek için Mahkeme “kabul edilmemiş gözaltı” olarak bahsedilen durumlar için geçerli olan “resmileştirme” de dahil olmak üzere ilave yükümlülükler getirmiştir. İlgili içtihatlar *Kurt - Türkiye* kararına³⁰² dayanmaktadır. Bu kararda vurgulandığı gibi “5. madde resmi makamların kaybedilme riskine karşı güvence sağlamak için etkili tedbirler almasını ve kişinin gözümlüğüne alındıktan sonra bir daha görülmediği yönündeki tartışılabilir iddialar ile ilgili olarak ivedi ve etkili bir soruşturma yürütmesini gerektirmektedir.” Pratik bir ifade ile, bu durum bir kişinin resmi, makamlar tarafından gözümlüğüne alındığı durumda bu makamların yakalamasının tarih ve saatini, gözümlüğü yerini, gözümlüğü nedenlerini ve gözümlüğüne alınan kişinin ismini kaydederek harekete geçmeleri anlamına gelmektedir. Bu gerekler sadece uzun vadede kabul edilmeyen gözümlüğü için değil ayrıca kısa bir zaman sonra nihayetinde açıklanan

302. 25 Mayıs 1998 tarihli karar.

göztaltılar da dahil olmak üzere tüm göztaltı durumları için geçerlidir.³⁰³

Sanığın cezai yargılama kapsamında yararlandığı güvenceler (6. madde ve 7 No'lu Protokol)

Bu güvenceler 6. madde ve 7 No'lu Protokol arasında paylaştırılmıştır.

6. madde tarafından sağlanan güvenceler

Bu güvencelere sadece değinilerek geçilecektir.³⁰⁴ Bu yükümlülükler 6. maddenin 3. paragrafında belirtilmişlerdir. Görülecektir ki bunların sadece üç tanesi devletler açısından pozitif yükümlülükler getirmektedir. Her sanık en azından şu haklara sahiptir: “Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” (a bendi), “mahkeme tarafından atanan bir avukattan ücretsiz olarak yardım alma hakkı ve dolayısı ile yardım için ödeme yapabilmek için adli yardım hakkı” (c bendi) ve son olarak ihtiyaç halinde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı (e bendi).

7 No'lu Protokol tarafından sağlanan güvenceler

7 No'lu Protokol Sözleşmeye esas olarak iki ek güvence getirmektedir.

303. Bkz. *Anguelova - Bulgaristan*, 13 Haziran 2002.

304. Daha fazla detay için bkz. İnsan Hakları Elkitabı, No. 3, *Adil Yargılama Hakkı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Uygulanması İle İlgili Kılavuz*, Strasbourg, Avrupa Konseyi, 2002.

Bunların ilki **ceza davalarında iki dereceli yargı sistemi hakkıdır** (2. madde).³⁰⁵ İçtihatlara göre, 2. maddenin lafzı bu hakkın kullanılması yolları ile ilgili olarak devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Özellikle de, iç hukuk, yüksek mahkemenin yargı yetkisini sadece hukukî konuları inceleme ile kısıtlayabilir. Avrupa Mahkemesinin cezai meselelerde uygulanan ve ceza mahkemesi yargıçlara temyiz mahkemesinde itiraz edilebilen Fransız sisteminin genel olarak bu maddenin gereklerini yerine getirdiği sonucuna varmıştır.³⁰⁶ Fransa bununla birlikte, söz konusu prosedürün özel karakteri nedeniyle kusurlu bulunmuştur: Böyle bir itirazın ceza mahkemesi tarafından *in absentia* (gıyabında) yargılanan kişilere³⁰⁷ açık olmaması kuralıdır.³⁰⁸ Bununla birlikte, sadece bir mahkumiyet kararı veya suçlu bulmanın yüksek mahkemeye gönderilmesi durumu yeterli olarak düşünülmemelidir. Buna ek olarak, söz konusu mahkemeye hüküm alan kişi tarafından başvurunun mümkün olması gereklidir. Bu durum temyiz hakkının sadece iddia makamına verildiği durumlarda varılan bir sonuçtur.³⁰⁹

305. 2. madde : “1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılama dışı veya beraatine müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.”

306. *Krombach - Fransa*, 13 Şubat 2001.

307. Bu özel usûli özellik 2004 yılında yasa ile ilga edilmiştir.

308. İbid. Bu çözüm *Papon - Fransa* (25 Temmuz 2002) ve *Mariani - Fransa* (31 Mart 2005) kararları ile teyit edilmiştir.

Aynı Protokol'ün 3. maddesi ile getirilen ikinci güvence **adli hata durumunda tazminat hakkıdır**. Bunun sonucu olan yükümlülük açıktır ve tazminat miktarının hesaplanmasının denetlenmesinde ilgili kişinin adli hata sonucu meydana gelen bir zararı kanıtlamasının istenmesi dışında hiçbir yorum gerektirmemektedir.³¹⁰

Haklarında sınır dışı kararı verilen yabancıların yararlandıkları güvenceler

7 No'lu Protokol'ün 1. maddesi o ülke topraklarında “meşru” olarak ikamet eden ve sınır dışı tedbirine tabi tutulan yabancıları korumak için bu tür durumlarda işleyen belirli güvenceler getirmektedir. Dar anlamda konuşursak pozitif bir yükümlülük gerektirmeyen bu güvencelerin ilki sınır dışı tedbirinin “yasa uyarınca” alınmış olmasıdır. Bu ilk şart yerine getirildikten sonra, yabancı kişinin a) Sınır dışı kararına karşı gerekçeler sunabilmesi; b) Davasının tekrar incelenmesini isteme; ve c) Bu amaçlar doğrultusunda yetkili bir merci veya resmi makam tarafından belirlenen kişi veya kişiler önünde temsil edilebilmesi gerekmektedir.

Yabancılar açısından güvence altına bu “haklar” açıkça devletlerin pozitif tedbirler almalarını gerektirmektedir. Mahkeme bugüne

309. *Gurtepka - Ukrayna*, 6 Eylül 2005.

310. *Shilyayev - Rusya*, 6 Ekim 2005. Dikkat edilmelidir ki, Mahkeme buraya Sözleşme'nin 5 § 5. maddesi ile ilgili olarak varılan çözümü taşımıştır.

kadar 7 No'lu Protokol'ün 1. maddesine ilişkin herhangi bir kesin karar vermemiştir ki,³¹¹ açık bir şekilde bu maddenin sahip olduğu şartları tarif etmek çok zordur. Bu maddenin en azından iç hukukta sağlanan itiraz imkanını ve prosedürün belirli benzer örneklere uygun olmasını gerektirdiği düşünülebilir. Yine de cevaplanmayan bazı sorular söz konusudur.

- ✦ Bu madde anlamında “yetkili makam” bir yargı mercii midir yoksa idari bir merci midir ve eğer idari merci ise bu merci itiraz edilen kararı veren merci midir yoksa bağımsız bir otorite midir?
- ✦ Bu merci önündeki prosedür bu ilkeleri karşılamak zorunda mıdır?

Bu soruları cevaplamadan önce, görülecektir ki kamu düzeninin ve ulusal güvenliğin zorunlu kılındığı temellerde bu güvenceler göz ardı edilmekte ve sınır dışı tedbiri hemen infaz edilebilmektedir. Avrupa Mahkemesi her bir davada bu temellerin esasını incelemedikçe bu maddenin bu tür kişilerin Sözleşme kapsamındaki korumasının azaltılması ve hatta engellenmesi mümkündür.

311. Mahkeme bu madde ile ilgili başvuruya bağlantılı sadece bir davada ilgili konuyu ele almıştır (*Szyszkowski – San Marino*, 29 Mart 2005). Aynı süreç içinde ilgili kişiler oturma iznine sahip olmuşlar (Lehe olan bir mahkeme kararı neticesinde) ve Mahkeme insan haklarına saygı ile ilgili başvurunun incelenmesine gerek görmemiştir. Bu yüzden davanın kaydı silinmiştir.

İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü **Avrupa Konseyi** **F-67075 Strasbourg Cedex**

<http://www.coe.int/justice/>

Bu insan hakları ek kitapları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bazı maddelerinin Strasbourg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ne şekilde uygulandığı ve yorumlandığına ilişkin son derece pratik bir kılavuz oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu el kitapları özellikle hâkimler ve hukukçulara yönelik olarak hazırlanmış olmakla beraber, ilgili herkesçe kullanılabilir.

