

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar

Gilles Dutertre

İnsan Hakları Genel Direktörü
Avrupa Konseyi
2005

Council of Europe
European Commission



Conseil de l'Europe
Commission européenne

... more than a decade of joint action
to promote democracy, the rule of
law, respect for human rights and
fundamental freedoms in Europe ...

... Avrupa'daki temel özgürlükler, insan
haklarına saygı, hukuk devleti ve
demokratikleşmeyi teşvik eden on yılı
aşkın ortak gelişim ...

The opinions expressed in this book are those of the author and do not necessarily reflect the official policy of the Council of Europe. They should not be regarded as placing upon the legal instruments mentioned in it any official interpretation capable of binding the governments of member states, the Council of Europe's statutory organs or any organ set up by virtue of the European Convention on Human Rights.

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarın düşünceleridir, Avrupa Konseyinin resmi politikasını bire bir yansıtmayabilir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukuki belgeler üzerinde üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Konseyi yasal organlarını yada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmi yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Önsöz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar başlıklı bu yayımı sizlere büyük bir memnuniyetle sunuyorum. Gilles Dutertre bu projeye 1990'ların ortasında İnsan Hakları Müdürlüğü'nde stajyer olarak çalışırken başlamıştı.

O dönemden bu yana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında önceleri Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na, Kasım 1998'de 11 No.'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle de yeni Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvurularda önemli bir artış gerçekleşmiştir. 1995-2001 arasında hem açılan geçici dosyaların, hem de kabul edilen başvuruların sayısında üç kata varan bir artış görülmüştür; yeni Mahkemenin nispeten kısa sayılabilecek geçmişinde de varılan hükümlerin sayısı (Mahkemenin ilk tam çalışma yılı olan) 1999'da 177 iken 2002'de 844'e yükselmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, Mahkemenin oluşturduğu ve gittikçe genişleyen içtihadın anlaşılması için akılcı bir yaklaşım sunmayı amaçlamaktadır. Elinizdeki kitap Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içtihadının eksiksiz bir analizini sunmaktan çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve protokollerinde yer alan başlıca hükümleri açıklayan önemli karar örneklerini ele almaktadır. Yararlanılan başlıca kaynak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıdır, ancak bunun yanında Mahkemenin konuyla ilgili hükmünün bulunmadığı konularda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun kararlarına da değinilmiştir.

Metnin maddelere göre düzenlenmiş olması, Mahkeme kararlarından verilen kapsamlı örnekler, ayrıntılı içindekiler listesi ve dizin, okurlara kitaba farklı biçimlerde yaklaşma fırsatını vermekte ve hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukuyla yeni tanışanlara hem de deneyimli araştırmacılara yararlı bir araç sunmaktadır.

Pierre-Henri Imbert
İnsan Hakları Genel Direktörü
Avrupa Konseyi 2003

İçindekiler

Önsöz	3
Giriş	11
1. Bölüm. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	13
AIHS 1. Madde – İnsan haklarına saygı yükümlülüğü	13
1. Sözleşme “herkes” için geçerlidir.	13
2. Sözleşme “Devletlerin yetki alanı” dahilinde herkes için geçerlidir.	13
AIHS 2. Madde – Yaşama hakkı.	22
2. Madde, 1. fıkra	22
1. 2. Madde’nin ruhu ve kapsamı	22
2. 2. Madde’nin 1. fıkrasının getirdiği sonuçlar	23
2. Madde, 2. fıkra	43
1. 2. Madde, 2. fıkranın kapsamı	43
2. “Kesin zorunluluk” kavramı ve öldürmeyi “haklı kılan” kuvvet kullanımı ...	44
3. Madde’nin uygulanmasına örnekler	44
AIHS 3. Madde – İşkence yasağı	50
1. Kapsam ve kavramlar	50
2. 3. Madde’nin uygulanmasına ilişkin örnekler.	62
AIHS 4. Madde – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı	86
4. Madde, 1. fıkra	86
1. Kölelik kavramı	86
2. Rıza ve kölelik durumu.	88
4. Madde, 2. fıkra – Zorla çalıştırma yasağı	88
4. Madde, 3. fıkra – İstisna hükmü	91
1. 5. Madde’ye uygun olarak alıkonulan kişilerin, çalışmaya mecbur edilmesi ..	92
2. Yurttaşlık gereği yapılan işler, yurttaşlık yükümlülükleri ve para ödeme yükümlülüğü.	93

AIHS 5. Madde – Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	94
5. Madde, 1. fıkra	94
1. Özgürlükten mahrumiyet kavramı	95
2. Sözleşme'nin uygun bulunduğu özgürlükten mahrumiyet uygulamaları	98
5. Madde, 2. fıkra – Kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgi edinme hakkı	138
1. 2. fıkranın kapsamı	139
2. 2. fıkra hükümlerinin uygulanması	139
5. Madde, 3. fıkra – Yakalanan kişilerin bir hâkim huzuruna çıkarılması ve makul bir süre içinde yargılanması ya da serbest bırakılması hakkı	142
1. Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında güvence altına alınan hakkın önem, amaç ve içeriği	143
2. Yakalanan bir kişinin “derhal” bir hâkim huzuruna çıkarılma hakkı	144
3. Geçici gözaltı ve makul bir süre içinde yargılanma ve adli kovuşturma esnasında serbest bırakılma (tutuksuz yargılanma) hakkı	156
4. Salıvermeye ilişkin, özellikle de kefalet miktarının tayinine dair düşünceler	170
5. Madde, 4. fıkra – Alıkoyma uygulamasına ilişkin dava açma hakkı	171
1. Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasının yeri ve bu hükümlerin aynı madde 1. ve 3. fıkra hükümleriyle ilişkisi	172
2. Alıkonulan bir kişinin alıkonulmasının devam etmesine ilişkin olarak dava açma hakkının içeriği	177
3. Usule ilişkin güvenceler	191
5. Madde, 5. fıkra – Tazminat hakkı	194
1. 5. fıkranın kapsamı	194
2. “Tazminat” kavramı	195
AIHS 6. Madde – Âdil yargılanma hakkı	196
6. Madde, 1. fıkra	196
1. “Mahkeme hakkının” uygulama alanı	196
2. “Mahkeme hakkının” kapsamı	213
3. “Mahkeme hakkının” amacı	223
4. Mahkeme önündeki davanın niteliği	229
6. Madde, 2. Fıkra – Masumiyet karinesi	249
1. 6. Madde, 2. fıkranın uygulama alanı ve kapsamı	249
2. 6. Madde 2. fıkranın etkisi	251
3. Bazı örnekler	255
6. Madde, 3. fıkra – Sanığın tam olarak hakları	256
1. 6. Madde, 3 (a) bendi – Suçlamadan haberdar edilme hakkı	256
2. 6. Madde 3 (b) bendi – Savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı	259

3. 6. Madde, 3 (c) bendi – Kendisini şahsen savunma hakkı veya avukat yardımı alma hakkı	260
4. 6. Madde, 3 (d) bendi – Tanıkları sorguya çekme hakkı	264
5. 6. Madde, 3 (e) bendi – Tercüman hakkı	266
AIHS 7. Madde – Kanunsuz ceza olmaz	267
7. Madde 1. fıkra – Ceza hukukunun geriye dönük olarak uygulanmasının yasaklanması	267
1. 7. Madde'nin 1. fıkrasının uygulama alanı.	267
2. 7. Madde 1. fıkranın kapsam ve içeriği	270
3. 7. Madde 1. fıkranın ihlâli halinde verilecek cezalar.	280
7. Madde, 2. fıkra – İstisna hükmü	280
AIHS 8. Madde – Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı.	280
8. Madde, 1. fıkra	280
1. 8. Madde 1. fıkranın kapsamı	280
2. 8. Madde 1. fıkra ve özel hayatın korunması	283
3. 8. Madde 1. fıkra ve aile hayatının korunması	311
4. 8. Madde 1. fıkra ve konutun korunması	329
5. 8. Madde 1. fıkra ve haberleşmenin korunması	335
8. Madde, 2. fıkra – İstisna hükmü	340
1. “Yasayla öngörölmüş” müdahale.	340
2. “Meşru amaca” yönelik müdahale	341
3. “Demokratik bir toplumda zorunlu” müdahale.	342
AIHS 9. Madde – Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü	343
9. Madde, 1. fıkra	343
1. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemi ve içeriği.	343
2. Düşünce ve vicdan özgürlüğü.	344
3. Din özgürlüğü	348
9. Madde, 2. fıkra – İstisna hükmü	354
1. İstisna hükmünün sınırları	354
2. Sınırlamaların “yasayla öngörölmüş” olması koşuluna ilişkin mülâhazalar	355
3. Sınırlamaların “gerekli” olması koşuluna ilişkin mülâhazalar	356
AIHS 10. Madde – İfade özgürlüğü.	358
1. İfade özgürlüğünün temel hak niteliği.	359
2. İfade özgürlüğünün içeriği	359
3. 10. Maddenin uygulanmasına ilişkin bazı örnekler	362

AİHS 11. Madde – Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü	386
<i>11. Madde, 1. fıkra</i>	386
1. Toplantı özgürlüğü	387
2. Örgütlenme özgürlüğü	389
3. Özellikle sendikalar için geçerli hususlar	399
<i>11. Madde 2. fıkra – İstisna hükmü</i>	400
1. 11. Madde 2. fıkra, birinci cümle: olağan sınırlamalar	401
2. 11. Madde 2. fıkra, ikinci cümle: idareye ilişkin meşru sınırlamalar	401
AİHS 12. Madde – Evlenme özgürlüğü	404
1. Evlenme hakkından yararlanabilecek kişiler	404
2. Evlenme hakkının derecesi	404
3. Evlenme hakkı ve boşanma hakkı	405
AİHS 13. Madde – Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı	406
1. 13. Madde’den kaynaklanan genel ilkeler	406
2. 13. Maddenin uygulanmasının sınırları	409
AİHS 14. Madde – Ayrımcılık yasağı	412
1. 14. Madde’nin özellikleri	412
2. 14. Madde’nin uygulanmasına ilişkin örnekler	417
AİHS 15. Madde – Genel istisna hükmü	424
1. 15. Madde’nin uygulanmasına ilişkin koşullar	424
2. 15. Madde’nin Kapsamı	431
AİHS 16. Madde – Yabancıların siyasî faaliyetlerinin kısıtlanması	431
AİHS 17. Madde – Hakların kötüye kullanımının yasaklanması	432
1. Sözleşme’de tanınan hakların tahrip edilmesini amaçlayan faaliyetler bakımından 17. Madde’nin kapsamı	433
2. Hak ve özgürlüklerin AİHS’te öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlamaya uğratılması yasağı	435
AİHS 18. Madde – Hakların kısıtlanmasının sınırları	436
2. Bölüm: Ek Protokoller	437
1 No.’lu Protokol	437
<i>1 No.’lu Protokol’ün 1. Maddesi</i>	437

1. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin Kapsamı	438
3. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ikinci cümlesi: mülkten yoksun bırakmak	444
4. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin üçüncü cümlesi (ikinci fıkra)	450
5. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin birinci cümlesi	453
<i>1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi – Eğitim hakkı</i>	455
1. 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin birinci cümlesi – Eğitim hakkı	456
2. 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin ikinci cümlesi – Ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı	457
<i>1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi – Seçim Hakkı</i>	462
4 No.'lu Protokol.	467
<i>4 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi</i>	467
<i>4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi</i>	467
1. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası	468
2. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrası	472
3. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 3 ve 4. fıkraları	472
<i>4 No.'lu Protokol'ün 3. ve 4. Maddeleri</i>	472
6 No.'lu Protokol – Ölüm cezasının kaldırılması.	473
<i>6 No.'lu Protokol'ün 1 ilâ 4. Maddeleri</i>	473
7 No.'lu Protokol.	474
<i>7 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi</i>	474
<i>7 No.'lu Protokol'ün 2, 3 ve 4. Maddeleri</i>	475
<i>7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi</i>	475
1. 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası	475
2. 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrası	477
<i>7 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi</i>	478
<i>7 No.'lu Protokol'ün 4. Maddesi</i>	478
1. 4. Madde'nin kapsamı	479
2. 4. Madde'nin zaman bakımından (ratione temporis) geçerliliği	479
3. 4. Maddeye uygunluk	479
<i>7 No.'lu Protokol'ün 5. Maddesi</i>	480
Endeks	481

Giriş

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi [...] günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir” (bkz. diğer içtihat örneklerinin yanı sıra, Tyrer–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Nisan 1978, Seri A No. 26, s. 15-16, paragraf 31, Soering davası kararı, s. 40, paragraf 102 ve Loizidou–Türkiye davası kararı, 23 Mart 1995, Seri A No. 310, s. 26-27, paragraf 71).

Elinizdeki *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar* kitabının derlenmesine yönelik ilk adımların atılmasının üzerinden altı yıl geçti. O günden bu yana Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 3. Madde’de söz edilen “işkence” gibi çeşitli konularda içtihadını değiştirme fırsatını buldu. Diğer bazı alanlardaki içtihadını tamamlayıcı bazı girişimlerde de bulundu, örneğin 5. Madde, Fıkra 1.e’de belirtilen “alkolik” kavramını genişletti.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısındaki artışla AİHM, artan sayıda davayla karşılaştı; 11 No.’lu Protokol’ün yürürlüğe girmesiyle daha fazla kaynağa kavuştu ve davaları daha etkin bir şekilde ele almaya başladı. Alınan karar sayısında da ciddi bir artış oldu. Bu nedenle elinizdeki çalışmanın da gözden geçirilip güncellenmesi gerekti.

Bu çalışmanın güncellenmesinin amacı, Jakob van der Velde’nin katkılarıyla tamamlanan ilk baskının taşıdığı amaçla aynıydı: bütün üye devletlerdeki hukukçulara ve öğrencilere AİHM kararlarından mümkün olduğunca yüksek sayıda alıntıyı tek bir belge kapsamında aktarmak ve yorumları olabildiğince azaltmak. Diğer bir deyişle Strasbourg içtihadını oluşturan “hammaddeye” kolay erişilmesini sağlayacak bir sentez yaratmak.

Özellikle belirtilmesi gereken bir konu var: Bu kitabı belli bir hacimle sınırlı tutmaya çalıştım. Bu nedenle, Papon davası ile ilgili başvurunun kabul edilebilirliği konusunda alınan karar gibi çok ilginç örnekler olmasına rağmen, AİHM’nin başvuruların kabul edilebilirliği ile ilgili kararlarını metne almayarak yalnızca mahkemenin davalarda verdiği hükümler üzerinde durdum.

Bu kitabın, ulusal hukuk sistemlerimiz üzerinde büyük etkiye sahip olan ve insan haklarının korunması açısından önemli bir rol oynayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokollerinin kapsamını aydınlatacağı umudunu taşıyorum.

1. Bölüm. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS 1. Madde – İnsan haklarına saygı yükümlülüğü

1. Madde aşağıdaki gibidir:

Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bu maddede 1. Bölüm'ün kapsamını tanımlar. 1. Bölüm, ilgili kişiler bir Sözleşmeci Devlet'in "yetki alanına" girdiği sürece "herkes" için geçerlidir.

1. Sözleşme "herkes" için geçerlidir

1. Madde'ye göre Sözleşmeci Devletler 1. Bölüm'de "herkes" için sunulan hak ve özgürlükleri güvence altına almalıdır. Bu konuda herhangi bir kısıtlama belirtilmemiştir. Bu nedenle kişinin milliyeti, yaşı, ırkı, yaşadığı yer ya da görevi göz önünde bulundurulmaz.

Ancak Lithgow–Birleşik Krallık davasında (8 Temmuz 1986, Seri A No. 102, s. 48, paragraf 116) aşağıdaki çekince belirtilmiştir:

Sözleşme'nin 1. Maddesi'ne gelince, Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin çoğuna göre bir devletin vatandaşları ve vatandaş olmayan kişiler aynı korumadan yararlanır, ancak bu, bazı metinlerde belirtilen istisnalar olmayacağı anlamına da gelmez (bkz. örneğin Sözleşme'de 5. Madde, fıkra 1.f, ve 16, 4. Protokol 3. ve 4. Madde).

2. Sözleşme "Devletlerin yetki alanı" dahilinde herkes için geçerlidir

Öyleyse 1. Madde, Sözleşme'nin geçerli olabilmesi için bir kişiyle üye devlet arasında bulunması gereken ilişkiyi tanımlamaktadır. Söz konusu kişi Sözleşme'ye taraf olan devletin "yetki alanında" bulunmalıdır. Bu koşul oldukça esnekler. "Yetki alanı" terimi geniş bir biçimde yorumlanır ve örneğin bir ülkenin kendi sınırları içinde kalan alanlarda yetki sahibi olması gibi klasik bir tanımla kısıtlanmaz. Kişinin bir devletin yetkisi ya da kontrolüne tabi olduğu her tür durumu kapsar. Bu nedenle "yetki alanı" terimi kısıtlayıcı bir durumdan ziyade kapsayıcı bir kriteri belirler. Yetki

alanı kavramı bu metinde iki bileşen halinde incelenecektir: yer bakımından (*ratione loci*) ve konu bakımından (*ratione materiae*).

Yer bakımından yetki alanı (*Ratione loci*)

Bu konuyla ilgili başlıca karar Soering–Birleşik Krallık davası kararıdır (7 Temmuz 1989, Seri A, paragraf 85-86, 88 ve 90-91). Bu dava, başvuruçunun idam cezası alma ve “ölüm koğuşu sendromuna” maruz kalma olasılığının bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri’ne iade edilmesi ile ilgiliydi. Bu durumda Sözleşme’nin insanlık dışı muameleyi yasaklayan 3. Maddesi geçerli olabilir miydi? Mahkeme aşağıdaki kararı aldı:

“Bir kişinin [...] kendisi hakkında [...] suçlu iadesi işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak [...] tutulmasına” izin veren 5. Madde, fıkra 1.f’den anlaşıldığı gibi AİHS, kişinin iade edilmeme hakkı gibi bir hakkı koruma altına almaz. Ancak AİHS, kişinin iadesiyle ilgili alınan önlemler AİHS’nden doğan bir hakkı olumsuz bir şekilde etkiliyorsa, bu etkiler fazlasıyla uzak bir ihtimal olmadığı sürece, ilgili AİHS güvencesi uyarınca Sözleşmeci Devlet’e bir yükümlülük getirebilir (göç alanındaki haklarla ilgili olarak bkz. gerekli değişikliklerle, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davası kararı, 25 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 31-32, paragraf 59-60). Bu davada söz konusu olan, yapılacak iadenin olumsuz sonuçları, iadeyi gerçekleştiren Devletin yetki alanının dışında, kişiyi teslim alan Devlet tarafından uygulanacak bir muamele ya da ceza sonucunda ortaya çıktığında ya da çıkma ihtimali bulunduğu 3. Madde’nin geçerli olup olmadığıdır.

AİHS 1. Maddesi “Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar,” der ve Sözleşme’nin kapsamına bölgesel bir sınırlama getirir. Özellikle Sözleşmeci Devletler’in taahhüt ettiği güvence, kendi “yetki alanlarında” bulunan şahısların AİHS’nde sıralanan hak ve özgürlüklerinin “tanınması” ile (İngilizce metinde “*securing*”, Fransızca metinde “*reconnaître*”) sınırlıdır.

Ayrıca AİHS, kendisine taraf olmayan Devletlerin hareketlerini denetlemez ve Sözleşmeci Devletlerden Sözleşme standartlarını diğer devletlere dayatmalarını isteyen bir araç değildir. 1. Madde, Sözleşmeci Devletlerin iadeyle ilgili bazı yükümlülükleri olmasına karşın, bir Sözleşmeci Devlet’in iade edeceği bir şahsı gideceği ülkede bekleyen koşulların AİHS’nin sağladığı güvencelerin hepsine uyduğuna emin olmadığı sürece şahsı iade edemeyeceği gibi genel bir ilke olarak da algılanamaz. Zira Birleşik Krallık Devletinin belirttiği gibi, AİHS’nin ve özellikle de 3. Madde’nin uygulama kapsamının belirlenmesinde,

suçluların iadesinin, suç işleyen kişilerin adaletten kaçmalarını önlemek olan yararlı amacının göz ardı edilmesi mümkün değildir.

Söz konusu davada Birleşik Krallık'ın, başvurusunun şikâyetine konu olan Virginia mercilerinin uygulama ve düzenlemeleri üzerinde herhangi bir yetkiye sahip olmadığı bilinmektedir.

Ancak bütün bu unsurlar Sözleşmeciler Tarafının 3. Madde uyarınca, iadenin yetki alanları dışında gerçekleşen, önceden tahmin edilebilir olumsuz sonuçlarının tümü ya da hepsinden sorumlu olmadıkları anlamına gelmez.

Bir Sözleşmeciler Devlet'in, kaçak bir şahsı, işlemiş olduğu iddia edilen suç ne kadar ağır olursa olsun, işkence görme tehlikesinin bulunduğu dair ciddi bir ihtimal olduğuna inanılan başka bir Devlet'e bile iade etmesi, AİHS'nin temelinde yatan değerlerle ve AİHS'nin Dibacesinde yer alan "siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir miras" ifadesiyle bağdaşmaz. Bu koşullarda iade, 3. Madde'nin kısa ve genel ifadesinde açık bir şekilde ele alınmasa da, Madde'nin ruhuna ve maksadına aykırı olacaktır ve Mahkeme'nin görüşüne göre bu iade etmeme yükümlülüğü, kaçak şahsın iade edileceği Devlet'te söz konusu Madde'nin yasakladığı gerçek bir insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalma riskinin bulunduğu durumları da kapsar.

AİHS'nin fiili ya da muhtemel ihlallerini belirlemek normal şartlarda Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvuru, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye aykırı olacağını öne sürerse, iddiaya konu olan riskin ciddi ve tamiri imkânsız boyutları düşünüldüğünde bu Madde'nin sunduğu güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ilkedan uzaklaşmak gerekir (bkz. yukarıdaki paragraf 87).

Netice itibarıyla, bir Sözleşmeciler Devlet'in kaçak bir şahsı iade etme kararı 3. Madde kapsamında bir sonuç doğurabilir ve böylece şahsı iade edildiği takdirde, iadeyi talep eden ülkede gerçek bir işkence ya da insanlık dışı muamele ya da cezayla karşılaşma riskinin olduğuna inanmak için yeterli neden bulunduğu durumlarda Devlet'in AİHS çerçevesinde sahip olduğu sorumlulukları harekete geçirebilir. Kaçınılmaz olarak, bu sorumluluğun harekete geçirilebilmesi için iadeyi talep eden ülkedeki koşulların AİHS'nin 3. Maddesi'ndeki standartlarla karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber, genel devletler hukukuna, AİHS'ne ya da diğer belgelere göre şahsı teslim alan ülke hakkında herhangi bir hüküm vermek ya da bu ülkeye sorumluluk yüklemek söz konusu değildir. AİHS kapsamında ortaya çıkan ya da çıkma olasılığı bulunan yükümlülükler, doğrudan bir şahsın yasak-

lanmış olan bir kötü muameleye maruz kalması sonucunu doğuran bir eylemi gerçekleştirdiği için, şahsı iade eden Sözleşmecî Devlet üzerindedir.

Loizidou–Türkiye davasında, Güney Kıbrıs'ta yaşayan başvuru, Kıbrıs'ın kuzey kısmında bulunan mallarına ulaşmasının engellendiğinden şikâyet etmiştir. Böylece başvuru, malvarlıklarının dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiğini iddia etmiştir (23 Mart 1995 tarihli karar, Ön itirazlar, Seri A No. 310, s. 23-24, paragraf 62). AİHM “yetki alanı” kavramını aşağıdaki biçimde özetlemiştir:

Bu açıdan, Mahkeme, 1. Madde AİHS'nin kapsamına sınırlama getirirse de, bu hükme göre “yargı yetkisinin” Yüksek Sözleşmecî Tarafların ülke topraklarıyla sınırlı olmadığını hatırlatır. Örneğin, oluşturduğu içtihadı göre Mahkeme bir şahsın bir Sözleşmecî Devlet tarafından sınırdışı ya da iade edilmesinin 3. Madde kapsamında bir konuyu gündeme getirebileceğini ve böylece söz konusu Devlet'in Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluklarını harekete geçirebileceğini belirtmiştir (bkz. Soering–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Temmuz 1989, Seri A No. 161, s. 35-36, paragraf 91; Cruz Varas ve Diğerleri–İsveç davası kararı, 20 Mart 1991, Seri A No. 201, s. 28, paragraf 69-70; Vilvarajah ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 30 Ekim 1991, Seri A No. 215, s. 34, paragraf 103). Ayrıca, Sözleşmecî Taraflar, kendi yetkili makamlarının devletin sınırlarını aşan etkilere neden olan eylemlerinden, bunlar ister ulusal sınırların içinde ister dışında gerçekleşsin, sorumlu tutulabilir (bkz. Drozd ve Janousek–Fransa ve İspanya davası kararı, 26 Haziran 1992, Seri A No. 240, s. 29, paragraf 91).

AİHS'nin konusu ve amacı bağlamında, bir Sözleşmecî Taraf, yasal olsun olmasın, askeri bir eylem sonucunda sınırları dışında bir bölgeyi fiilen kontrol altına alırsa ortaya belli sorumluluklar çıkabilir. Bu bölgede AİHS'nde belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, ister doğrudan silahlı kuvvetlerin yürüttüğü bir harekâtle, ister bir yerel yönetim aracılığıyla kurulmuş olsun, bölge üzerinde kurulan kontrolden kaynaklanır.

Bu metinde başvuruçunun temel aldığı hakların hangi gerekçeyle kısıtlandığı sorunu çözülmüş olmamaktadır. Aynı kararda AİHM şu açıklamayı yapmıştır (18 Aralık 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, s. 2235-2236, paragraf 54 ve 56):

Mahkeme'nin bu kısıtlamaların gerekçelerini değerlendirmesinde, Türk Devleti'nin, başvuruçunun kendi mülkü üzerindeki kontrolünü kaybetme nedeninin, Kıbrıs'ın kuzey kısmının Türk birlikleri tarafından işgal edilmesinden ve burada “KKTC”nin kurulmasından kaynaklandığını kabul etmesi önemlidir (bkz. yukarıda belirtilen ön itirazlara ilişkin karar, s. 24, paragraf 63). Ayrıca, farklı zamanlarda Türk birlikleri tarafından başvuruçunun mülküne

ulaşmasının engellendiği de inkâr edilmemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 12-13).

Ne var ki yargılama sırasında Türk Devleti şikâyete konu olan hususlar hakkında sorumluluğu üstlenmemiş ve silahlı kuvvetlerinin bağımsız ve özerk olduğunu iddia eden “KKTC” makamları adına ve onlarla bağlantılı olarak hareket ettiğini öne sürmüştür.

Başvurucu ve Kıbrıs Devleti’nin belirttiği gibi, Türkiye’nin “KKTC” makamlarının politika ve eylemleri üzerinde ayrıntılı kontrole sahip olup olmadığını belirlenmesi gerekli değildir. Kuzey Kıbrıs’ta aktif görev yapan yüksek sayıda Türk askerinin varlığı (bkz. yukarıdaki paragraf 16), Türk ordusunun adanın o bölgesinde fiiliyatta genel kontrolü elde bulundurduğunu göstermektedir. Bu kontrol, davada geçerli koşullara ve ilgili kriterlere göre Türkiye’yi “KKTC”nin politika ve eylemlerinden sorumlu kılmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 52). Bu nedenle bu politika ve eylemlerden etkilenenler AİHS’nin 1. Maddesi uyarınca Türkiye’nin “yetki alanına” girmektedir. Dolayısıyla Türkiye’nin AİHS’nde belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü Kıbrıs’ın kuzey kısmında da geçerlidir.

Bu sonuç ışığında, Mahkeme, mahkeme önüne çıkanların, Türkiye’nin 1974’te adaya askeri müdahalesinin devletler hukukuna göre hukuki olup olmadığına dair getirdikleri savları değerlendirerek bu konuda herhangi bir karar bildirmek durumunda değildir, zira yukarıda da belirtildiği gibi AİHS’ne göre Devlet sorumluluğunun belirlenmesi için böyle bir araştırma yapılmasına gerek yoktur (bkz. yukarıdaki paragraf 52). Bu bağlamda Mahkeme’nin, uluslararası toplumun Kıbrıs Cumhuriyeti’ni adadaki tek meşru devlet olarak gördüğüne ve “KKTC”nin devletler hukuku anlamında Devlet olarak meşruiyetini tanımayı sürekli reddettiğine dair bulgularını hatırlatmak yeterli olacaktır (bkz. yukarıdaki paragraf 44).

Konu bakımından yetki alanı (Ratione materiae)

Konu bakımından yetki alanı her tür kuralı kapsar

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Türkiye davası kararında (30 Ocak 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 17-18, paragraf 29-31) AİHM açık bir şekilde AİHS 1. Madde kapsamında bütün hukuki kuralların, hatta anayasada belirtilen kuralların, üye devletlerin “yetki alanına” girdiğini belirtmiştir. Davalı Devlet, AİHS’nin Taraf Devletlerinin “hiçbir aşamada anayasal kurumlarını ve özellikle de mevcudiyetlerinin temel koşulları olarak kabul ettikleri ilkeleri gözden geçirilmek üzere Strasbourg kurumlarına sunma niyetini taşımadığını” öne sürmüştür. Dava, davalı ülkenin Anayasa Mahkemesi’nin, tüzüğünün Türkiye Ana-

yasası'na aykırı olduğu gerekçesiyle bir siyasi partiyi kapatma kararını vermesi üzerine açılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aşağıdaki kararı vermiştir:

1. Madde, Taraf Devletlerin “kendi yetki alanı içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin 1. Bölümünde belirlenen hak ve özgürlükleri tanımalarını” gerektirmektedir. Bu hüküm, Sözleşmenin 14.; 2 ila 13. ve 63. Maddeleri ile birlikte, Sözleşme'nin kişi (ratione personae), konu (materiae) ve yer (loci) bakımından uygulama alanını çizmektedir (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı 18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 90, paragraf 238). Ancak, Sözleşme kural türüne veya söz konusu tedbire göre hiçbir ayırım yapmamakta ve üye devletlerin “yetki alanının” hiçbir parçasını Sözleşme'nin denetiminin dışına çıkarmamaktadır. Bu nedenle Taraf Devletler, öncelikle anayasa aracılığıyla uygulanan “yetki alanlarını” bütünü ile AİHS'yle uyum içinde yürütmeye davet edilirler.

Böylece, üye devletlerin kurumları ve siyasal organları AİHS'nde öngörülen hak ve ilkelere saygı göstermelidirler. Bu bağlamda, söz konusu düzenlemele- rin anayasa ile (bkz., örneğin, Gitonas ve Diğerleri–Yunanistan, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, 1997-V) ya da sadece kanunla yapılmış olması fazla önem taşımaz (bkz. örneğin, 2 Mart 1987 Mathieu-Mohin ve Clerfayt–Belçika davası kararı, Seri A No. 113). İlgili Devlet yetki alanını bu hükümlere dayanarak kul- landığı andan itibaren, bu hükümler AİHS kapsamında gözden geçirilebilir.

Mahkeme'deki yargılama sürecinde, bir Devletin kurumsal yapısını oluşturan unsurlarla, dar anlamda temel haklarla ilgili unsurları birbirinden ayırmak kimi zaman zor, hatta yapay bir çaba olabilir. Bu, özellikle bu davaya konu olan siyasi parti kapatılma kararı için geçerlidir. Siyasi partilerin üstlendikleri rol düşünüldüğünde (bkz. yukarıdaki paragraf 25) partinin kapatılma kararı, ilgili Devletteki örgütlenme özgürlüğünü, sonuç olarak da demokrasiyi etkile- mektedir.

Yetki devri ve uluslararası antlaşmalar

Bir Devletin yetkilerini uluslararası bir kuruluşa devretmesi, o Devletin AİHS kap- samındaki sorumluluklarından muaf tutulmasını sağlamaz. Liechtenstein Prensi II. Hans-Adam–Almanya davası kararında (12 Temmuz 2001, paragraf 46-48) AİHM aşağıdaki konuyu hatırlatmıştır:

1. Madde, ilgili kural ya da önlemin türüyle ilgili herhangi bir ayırım yapmaz ve AİHS kapsamında Sözleşmeciler Devletlerin “yetki alanının” hiçbir kısmını denetim dışı bırakmaz (bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Tür- kiye davası kararı, 30 Ocak 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, s. 17-18, paragraf 29).

Böylece Sözleşmeciler Devletlerin sorumluluğu, bu Devletlerde AİHS ve Protokollerinin yürürlüğe girmesini takiben antlaşmalarla ilgili taahhütlerin üstlenilmesinden sonra bile devam eder (bkz. gerekli değişikliklerle, Matthews–Birleşik Krallık [BD], No. 24833/94, paragraf 29 ve 32-34, ECHR 2000-I).

Mahkeme, bu bağlamda Devletlerin belli faaliyet alanlarında işbirliği tesis etmek ya da bu işbirliğini güçlendirmek amacıyla uluslararası kuruluşlar kurduklarında ve bu kuruluşlara belli yetkiler ve dokunulmazlıklar verdiklerinde, bunun temel hakların korunması açısından belli sonuçlar doğurabileceğini hatırlatır. Ancak eğer Sözleşmeciler Devletler bu yetki ya da dokunulmazlıkların kapsadığı faaliyet alanlarıyla ilgili Sözleşme sorumluluklarından muaf tutulacak olursa bu AİHS'nin konu ve amacına aykırı olacaktır.

Bu açıdan AİHM, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması ile ilgili kararlarından kaynaklanan temel ilkeleri bir kez daha tekrar etmiştir (a.g.e. paragraf 49-50):

AİHS'nin 19. Maddesi'ne göre Mahkeme'nin görevi, Sözleşmeciler Tarafların Sözleşme kapsamında girdikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olsa da, AİHS'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlâl etmediği sürece ulusal bir mahkemenin yaptığı iddia edilen, dava verileriyle ilgili ya da hukuki hataları ele almak Mahkeme'nin işi değildir.

Ayrıca iç hukuku yorumlamak ve uygulamak ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin işidir. Bu, iç hukukun genel devletler hukuku ya da uluslararası anlaşmalara gönderme yaptığı durumlar için de geçerlidir. Mahkeme'nin rolü bu yorumların sonuçlarının AİHS'ne uygun olduğunu doğrulamaktan ibarettir (bkz. Waite ve Kennedy–Almanya, yukarıda bahsedilmiştir, paragraf 54; daha yakın geçmişte, Streletz, Kessler ve Krenz–Almanya [BD], No. 34044/96, 35532/97 ve 44801/98, paragraf 49, AİHM 2000).

AİHM'de dinlenen davada başvuru, eski Çekoslovakya tarafından el konulan bir tabloyu geri alma eylemiyle ilgili olarak mahkemeye başvuru hakkından yoksun bırakıldığını iddia etmiştir. Alman mahkemeleri başvurusunu, 23 Ekim 1954'te imzalanan ve Almanya'nın yargı yetkisini tanımayan Savaş ve İşgalden Kaynaklanan İhtilâfların Çözümü başlıklı Sözleşmeye dayanarak kabul etmemiştir. AİHM aşağıdaki açıklamayı yapmıştır (paragraf 58-59, 65 ve 69):

Mahkeme, İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden elli yıl sonra, Almanya ve iki Almanya'nın birleşmesiyle ilgili nihai anlaşmaya doğru gidilirken, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin konumunun değişmediğini görmüştür. Üç Kuvvet'le yapılan müzakerelerde Federal Almanya Cumhuriyeti, yargı yetkisine getirilen bu sınırlamanın kaldırılmamasını kabul etmek zorunda kalmıştı.

Mahkeme'nin görüşü uyarınca İhtilâfların Çözümü Sözleşmesi'nin 6. Bölüm, 3. Maddesi'ne göre Alman yargı yetkisinin tanınmaması İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Almanya'nın devletler kamu hukuku önünde bulunduğu özel durumdan kaynaklanmaktadır. Federal Cumhuriyet ancak Federal Almanya Cumhuriyeti ile ilgili 1954 Paris Anlaşmaları ve 1990 Almanyası ile ilgili Nihai İhtilâf Çözümü ile İşgal Rejimi'ni sonlandırabilirdi ve birleşik Almanya olarak iç ve dış işlerinde egemen bir Devlet yetkisini kazandı. Bu özel durum göz önüne alındığında İhtilâfların Çözümü Sözleşmesi'nin bir sonucu olarak Almanya mahkemelerine başvuru hakkının sınırlandırılmasının meşru bir nedeni vardı.

Bu bilgilerin ışığında ve Mahkeme'nin uygulayabileceği denetimin sınırlandırıldığı düşünüldüğünde (bkz. yukarıdaki paragraf 49-50), Alman mahkemelerinin İhtilâfların Çözümü Sözleşmesi'nin 6. Bölüm, 3. Maddesi'ne getirdikleri yorumun Alman içtihadıyla bağdaşmadığı ya da uygulamanın belirgin bir biçimde hatalı ya da keyfi sonuçlara ulaşacak tarzda olduğu söylenemez.

Yukarıda verilen bilgilere göre Mahkeme, başvuruçunun Federal Almanya Cumhuriyeti'nde dava açmakla sağlayacağı faydanın, Almanya'nın egemenliğini yeniden kazanması ve birleşmesiyle kamunun sağlayacağı hayati faydadan önemli olmadığı kararına varmıştır. Bu nedenle, Alman mahkemesinin başvuruçunun mülkiyet davasını kabul etmemesi, sahip olduğu meşru amaçla doğru orantılıdır ve bu sebepten Mahkeme'nin içtihadı anlamında başvuruçunun "mahkemeye erişim hakkı" ihlâl edilmemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 43-44).

Bu pasajın doğru anlaşılması için burada AİHS'nin 6. Maddesi'nin güvence altına aldığı "mahkemeye erişim hakkının" beraberinde bazı zımnî sınırlamaları da getirdiği açığa kavuşturulmalıdır (bkz. yukarıdaki metin). AİHM, bu davada verdiği kararın 43-44. paragraflarında bunu belirtmiştir. Bu nedenle AİHM, yalnızca Almanya'ya yargı yetkisi tanımayan bir antlaşmayı temel alarak değil, aynı zamanda 6. Madde'yle ilgili içtihadı ışığında söz konusu davada öngörülen sınırlamayı kabul etmiştir.

Daha eski bir davada (Matthews–Birleşik Krallık [BD], No. 24833/94, paragraf 30-34, AİHS 2000-I) AİHM, Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimleri düzenlemediği için Birleşik Krallık'ın 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'ni ihlâl ettiği kararına varmıştır:

Mahkeme, tarafların 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin Cebelitarık'ta geçerli olduğuna karşı çıkmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın 23 Ekim 1953 tarihli bildirgesiyle AİHS'nin Cebelitarık topraklarını

kapsayacak biçimde genişletildiğini ve 1 No.'lu Protokol'ün Cebelitarık'ta 25 Şubat 1988'den beri geçerli olduğunu hatırlatır. Bu nedenle AİHS'nin 1. Maddesi anlamında Cebelitarık toprakları üzerinde "yargı yetkisi" bulunduğu açıktır.

Yine de Mahkeme, AT'nin bir organı olarak Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapısı bir yana bırakılsa da, Birleşik Krallık'ın AİHS'nin 1. Maddesi'ne göre Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılmamasından sorumlu tutulup tutulmayacağına, yani Birleşik Krallık'ın, seçimlerin Topluluk genelinde yapılması gerçeği ötesinde, Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılmasını "sağlamaktan" sorumlu olup olmadığına karar vermelidir.

Mahkeme, AT'nin eylemlerinin Mahkeme tarafından yargılanamayacağını çünkü AT'nin Sözleşmeciler Tarafından biri olmadığını belirtmektedir. AİHS, Sözleşme'den doğan haklar "korunduğu" sürece uluslararası kuruluşlara yetki devri yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu nedenle Üye Devletlerin sorumluluğu bu devir gerçekleştikten sonra da devam eder.

Mevcut davada AİHS'de gerçekleştiği iddia edilen ihlâl, Maastricht Antlaşması ile Avrupa Parlamentosu yetkilerinde yapılan genişleme ile birlikte Birleşik Krallık tarafından 1976 Senedine getirilen bir ekten kaynaklanmaktadır. Konsey Kararı ve 1976 Senedi (bkz. yukarıdaki paragraf 18) ve AET Antlaşması'na getirdiği değişikliklerle Maastricht Antlaşması Birleşik Krallık'ın kendi isteğiyle taraf olduğu uluslararası belgelerdir. 1976 Senedi Topluluk'un "normal" bir senedi olmaması, Topluluk hukuk düzeni içinde bir antlaşma olmasından dolayı Avrupa Adalet Divanı'na götürülemez. Maastricht Antlaşması da Topluluk içinde bir senet değil, AET Antlaşmasını değiştiren bir antlaşmadır. Birleşik Krallık, Maastricht Antlaşması'nın diğer taraflarıyla birlikte Antlaşma'nın sonuçlarından AİHS'nin 1. Maddesi'ne ve özellikle de 1 No.'lu Protokolün 3. Maddesi'ne göre konu bakımından (*ratione materiae*) sorumludur.

Birleşik Krallık'ın Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılması açısından 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nde belirtilen hakları "korumaktan" ne derecede sorumlu olduğunu belirlerken Mahkeme, AİHS'nin teorik ya da zanna dayalı değil pratik ve etkin hakları korumak amacını güttüğünü hatırlatmıştır (bkz. örneğin yukarıda belirtilen Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri davası kararı, s. 18-19, paragraf 33). Avrupa Topluluğu'nun yasama sürecinden kaynaklanan mevzuatın Cebelitarık halkını, yasama organından geçerek iç hukuka giren bir yasayla aynı şekilde etkilediği inkâr edilemez. Bu noktada Avrupa hukuku ve iç hukuk arasında herhangi bir fark yoktur ve Birleşik Krallık'ın 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nde belirtilen hakları Avrupa mevzuatı olarak "korumasını" istememek için herhangi bir

neden olamaz; tıpkı tümüyle iç hukuka ait mevzuatta bu hakların “korunmasının” gerektiği gibi. Özellikle, Birleşik Krallık’ın şikâyete konu olan durum üzerinde etkin kontrole sahip olamayabileceği iddiası bu konumu değiştirmez çünkü Birleşik Krallık’ın sorumluluğu, 1 No.’lu Protokol’ün 3. Maddesi’nin Cebelitarık için geçerli hale gelmesinden sonra bazı antlaşma taahhütlerine girmesinden, yani Konsey Kararı ve 1976 Senedi kapsamındaki yükümlülükleriyle birlikte Maastricht Antlaşması’na taraf olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca Mahkeme, Antlaşma’nın 227. Maddesi’nin 4. fıkrasına göre Birleşik Krallık’ın AT Antlaşması’na taraf olarak AT mevzuatının başlıca alanlarının Cebelitarık’ta geçerli olmasını kabul ettiğini belirtmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 11-14).

Bundan dolayı Birleşik Krallık, AİHS’nin 1. Maddesi’ne göre seçimler ister yerel ister Avrupa çapında olsun, Cebelitarık’ta 1 No.’lu Protokol’ün 3. Maddesi’nin güvence altına aldığı hakları korumaktan sorumludur.

AİHS 2. Madde – Yaşama hakkı

2. Madde, 1. fıkra *2. Madde, 1. fıkra aşağıdaki gibidir:*

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

1. 2. Madde’nin ruhu ve kapsamı

2. Madde’nin ruhu

McCann ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararında (27 Eylül 1955, Seri A No. 324, paragraf 146-147) AİHM 2. Madde’nin yorumunu nasıl algıladığını açıklamıştır.

Mahkeme’nin 2. Madde’nin yorumuna getirdiği yaklaşım, birey olarak insanların korunması için bir araç olan AİHS’nin konu ve amacının, hükümlerinin getirdiği güvencelerin pratik ve etkin olmasını sağlamak üzere yorumlanmasını gerektirdiği gerçeğinden yola çıkmalıdır (bkz., diğer kararların yanı sıra, Soering–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Temmuz 1989, Seri A No. 161, s. 34, paragraf 87, Loizidou–Türkiye (Ön itirazlar) davası kararı, 23 Mart 1995, Seri A No. 310, s. 27, paragraf 72).

Ayrıca yalnızca yaşama hakkını korumakla kalmayan, aynı zamanda yaşama hakkının kısıtlanmasının haklı görülebileceği durumları da belirleyen bir hüküm olarak 2. Madde, AİHS'nin en temel hükümlerinden biridir – bu hüküm barış zamanında 15. Madde kapsamında kısıtlanamayacak olan bir hükümdür. Bu madde, AİHS'nin 3. Maddesi'yle birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların taşıdığı en temel değerlerden birini ortaya koyar (bkz. yukarıda söz edilen Soering davası kararı, s. 34, paragraf 88). Bu nedenle hükümleri dikkatli bir şekilde yorumlanmalıdır.

2. Madde'nin kapsamı

16 Kasım 2000 tarihli Tanrıbilir–Türkiye davası kararı (Başvuru No. 21422/93, yalnızca Fransızca olarak bulunmaktadır – burada gayri-resmi çevirisi verilmiştir) bir şahsın gözetiminde intiharı ile ilgilidir. AİHM belli durumlarda 2. Madde'nin Devletlere pratik önlemler alma yükümlülüğünü getirdiğini vurgulamıştır:

Mahkeme, AİHS'nin 2. Maddesi'nin çok iyi tanımlanmış belli koşullarda görevli makamlara bireyi başkalarından ya da bazı durumlarda kendi kendisinden korumak için pratik koruyucu önlemler almaları konusunda pozitif bir yükümlülük yükleyebileceği kararına varmıştır.

Ancak bu yükümlülüğü yetkili makamların üzerine imkânsız ya da orantısız bir yük bindirmeyecek biçimde yorumlamak ve modern toplumlarda güvenlik güçlerinin görevlerini gerçekleştirirken karşı karşıya geldiği güçlükleri, insan davranışının her zaman önceden tahmin edilemeyeceğini ve öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel seçimleri de unutmamak gerekir.

Bu yükümlülük, Devletlerin yasalar önünde uygulaması gereken önlemlere ek olarak getirilen bir yükümlülüktür. Şimdi de Devletlerin yasal açıdan uygulaması gereken önlemlere bakalım.

2. 2. Madde'nin 1. fıkrasının getirdiği sonuçlar

2. Madde'nin 1. fıkrasının getirdiği maddi yükümlülükler

Bir şahsın canına kast

2. Madde'nin (II. Bölümde belirtilen 6 No.'lu Protokolle birlikte okunması gereken) başlıca sonucu, Devletlerin, şahısların hayatına yapılan kasıtları cezalandıracak ceza yasaları çıkarmak zorunda oluşudur.

Tehdit edilen kişiler

Osman–Birleşik Krallık davası (28 Ekim 1998) tehdit edildiklerini iddia eden ve polis koruması talep eden kişilerin gündeme getirdiği son derece hassas bir konuyla ilgilidir. Söz konusu davada bir öğretmen öğrencilerinden birine sağlıksız bir ilgi göstermektedir. Öğretmenle öğrencinin ailesi arasındaki ilişkiler gerilir. Olay, öğretmenin öğrencisini tabancayla vurarak ağır bir şekilde yaralaması sonucu ölümle trajik bir şekilde son bulur. Öğretmen kendisini tutuklayan polise: “Niye beni daha önce durdurmadınız, size gerekli uyarıları vermiştim” der. AİHM kararında aşağıdaki gerekçe yer almıştır (Osman–Birleşik Krallık davası kararı, 28 Ekim 1998, *Reports* 1998-VIII, paragraf 115-122):

Mahkeme, 2. Madde'nin 1.fıkrasının ilk cümlesinde Devletin yalnızca hayata kasten ve hukuki olmayan biçimde son verilmesini engelleme zorunluluğu değil, aynı zamanda yetki alanında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli adımları atma zorunluluğu da olduğuna dikkat çekmiştir (bkz. L.C.B.–Birleşik Krallık davası kararı, 9 Haziran 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, s. 1403, paragraf 36). Bu açıdan devletin yükümlülüğünün, yasaların çiğnenmesini engelleme, bastırma ve cezalandırma görevini üstlenen bir kolluk kuvvetleri mekanizmasının desteğiyle, şahsa karşı suç işlenmesini caydırmak amacıyla etkili ceza yasaları oluşturarak yaşama hakkını korumak olan birincil görevinin ötesine geçtiği açıktır. Bu nedenle Mahkeme'ye çıkan kişiler AİHS'nin 2. Maddesi'nin bazı iyi tanımlanmış durumlarda yetkili makamlara, başka bir şahsın cezai eylemlerinden ötürü hayatı riske giren bir şahsı korumak amacıyla operasyonel önlemler almaları yükümlülüğünü getirebileceğini kabul ederler. Bu yükümlülüğün kapsamı taraflar arasında ihtilâfa sebep olmaktadır.

Mahkeme açısından bu yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamanın getirdiği zorlukları, insan davranışının her zaman önceden tahmin edilemeyeceğini, öncelikler ve kaynaklar açısından yapılması gereken operasyonel seçimleri de göz önünde bulundurarak, yetkili makamların üzerine imkânsız ya da orantısız bir yük bindirmeyecek biçimde yorumlanmalıdır. Bu nedenle, şahısların yaşamlarının tehlikede olduğuna dair getirdikleri her iddia, yetkili makamların bu riskin gerçekleşmesini engellemek için operasyonel önlem almasına yönelik AİHS'den doğan bir yükümlülük getirmez. Bir diğer önemli konu da, emniyet güçlerinin yetkilerini, suç olaylarını, AİHS'nin 5. ve 8. maddelerinde belirtilen güvenceler de dahil olmak üzere, suçları araştırma ve suçluları adalete teslim etme görevlerine meşru kısıtlamalar getiren süreç ve güvencelere tamamen uygun biçimde kontrol altına alarak önlemek amacıyla kullanmalarının sağlanmasıdır.

Mahkeme'nin görüşü uyarınca yetkili makamların, yukarıda belirtilen, şahıslara karşı işlenen suçları engellemek ve bastırmak görevi bağlamında yaşama hakkını koruma pozitif yükümlülüklerini ihlâl ettikleri yolunda bir iddia olduğunda (bkz. yukarıdaki paragraf 115), yetkili makamların söz konusu dönemde belli şahıs ya da şahısların yaşamlarının, üçüncü bir tarafın cezai eylemleri nedeniyle gerçek ve acil bir tehlikeyle karşılaştığını bildikleri ya da bunu bilmeleri gerektiği ve yetkileri dahilinde akılcı bir şekilde değerlendirildiğinde bu tehlikeyi engelleyebileceği düşünülebilecek önlemleri almadıkları Mahkeme'yi tatmin edecek bir biçimde ortaya konmalıdır. Mahkeme, bu davada ilgili Devlet'in olayın gerçekleştiği dönemde şahsın yaşamının girdiği tehlikenin algılanamamasının ya da bu tehlikeyi engelleyecek koruyucu önlemlerin alınmamasının yaşama hakkını koruma görevinin ağır biçimde ihmal edilmesi ya da kasten dikkate alınmaması anlamına geleceğine dair görüşünü kabul etmemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 107). Bu katı standardın AİHS'nin 1. Maddesi'ndeki koşullarla ve bu Madde'de ve 2. Madde de dahil olmak üzere Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerin pratik ve etkin bir şekilde korunması için Sözleşmeciler Devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerle bağdaşmadığı düşünülmelidir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda söz edilen McCann ve Diğerleri davası kararı, s. 45, paragraf 146). Mahkeme için, 2. Madde'de korunan ve AİHS bağlamında temel bir hak olan hak göz önüne alındığında, bir başvurucunun, yetkili makamların, bildikleri ya da bilmeleri gereken hayati bir tehlikeyi önlemeleri için makul ölçülerde beklenebilecek bütün önlemleri almadıklarını göstermesi yeterlidir. Bu, her bir davada geçerli koşullar ışığında yanıtlanabilecek bir sorudur.

Yukarıdaki bilgilerden yola çıkarak Mahkeme bu davanın özel koşullarını inceleyecektir.

Polisin 4 Mayıs 1987 tarihi itibarıyla ortaya çıkan birbiriyle ilgili bütün unsurlardan haberdar edildiği [...] makul biçimde kabul edilebilir [...]

Mahkeme, 2. Madde kapsamında polisin bu aşamada sahip olduğu bilgilerden yola çıkarak önlem almamış olduğu konusunda ikna olmamıştır. Okulu ziyaret eden polis memurlarının Paget-Lewis'in Ahmet Osman'a beslediği yakınlığın mesleki açıdan tekdiri hak eden bir davranış olarak değerlendirebilmelerine rağmen, Ahmet Osman'ın cinsel taciz riskiyle karşı karşıya olduğu, hatta hayatının tehlikede olduğunu gösteren herhangi bir bilgi yoktu.

Buna göre, o aşamada polisin durumu değerlendirmesi ve okulun iç meselesi olarak görme kararı makul sayılabilir.

7 Ağustos 1987 tarihinde Paget-Lewis'in Homerton House (bkz. yukarıdaki paragraf 35) dışında başka bir okulda yeniden öğretmenlik yapmaya

başlamasına izin verilmiştir. Sorumluluğunda bulunan gençlerin güvenliğine karşı bir tehlike olduğu hakkında en ufak bir risk bulunsaydı büyük bir olasılıkla Paget-Lewis'in öğretmenlik görevine iade edilmesi kararı asla verilmezdi. Başvurucular özellikle Dr. Ferguson'ın Paget-Lewis hakkında yaptığı psikiyatrik değerlendirmeyi eleştirmektedir. Ne var ki, bu değerlendirme Paget-Lewis ile yapılan üç ayrı görüşme sonucunda gerçekleştirilmişti ve profesyonel bir psikiyatr o dönemde Paget-Lewis'in herhangi bir akıl hastalığı ya da şiddete yatkınlık belirtisi göstermediği kanısına vardıysa, polisin de Paget-Lewis'in davranışlarını hakkında okulun ruhsal rahatsızlığı bulunan ve son derece tehlikeli bir birey olduğu yönündeki uyarısını dikkate alacak bir biçimde yorumlaması beklenemez.

O dönemde polisin sahip olduğu bilgi düzeyini değerlendirirken Mahkeme Osman ailesinin evine ve arazisine, Mayıs-Kasım 1987'de yapılan bir dizi saldırıyı da göz önünde bulundurmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 30, 36 ve 37). Mahkeme öncelikle bu olayların hiçbirinin ölümlü tehdit etme olarak tanımlanamayacağı ve ikinci olarak da bu saldırılara Paget-Lewis'in katıldığına dair herhangi bir kanıt bulunmadığını belirtmiştir. [...]

Mahkeme ayrıca başvurucuların Paget-Lewis'in üç kez doğrudan ya da dolaylı olarak cinayet işleme niyetini polise ilettiği yolundaki savlarını da dikkatle incelemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 105). Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre bunlar Osman ailesinin tehditlerin hedefi olduğunu gösteren ve polisi bu konuda uyarma amacı taşıyan ifadeler olarak düşünülemez. [...]

Mahkeme'nin görüşü uyarınca başvurucular, son derece trajik sonuçlara varan silahlı saldırı olayından önce gerçekleşen olaylar dizisinde polisin Paget-Lewis'in Osman ailesinin hayatına gerçek ve acil bir risk oluşturduğuna dair bir bilgiye sahip olduğu ya da olması gerektiğine dair bir belirti sunamamıştır. [...] Daha önce de vurgulandığı gibi (bkz. yukarıdaki paragraf 116) polis, görevlerini bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı gösterir biçimde yerine getirmelidir. Mevcut davanın koşulları uyarınca polis masumiyet karinesine ağırlık vermek ve tutuklama, arama ve el koyma yetkilerini kullanmamakla suçlanamaz, çünkü gerekli zamanlarda bu yetkileri kullanmak için gerekli şüphe standardına sahip olmadıkları ve atacakları herhangi bir adımın somut sonuçlar doğuracağına dair görüşleri makuldür.

Yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü Mahkeme, bu davada AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlâl edilmediği kararına varmıştır.

Koşulların daha farklı olduğu bir diğer davada AİHM 2. Madde'nin ihlâl edildiğine karar vermiştir (bkz. Akkök-Türkiye davası kararı, 10 Ekim 2000, Başvuru No. 22947/93 ve 22948/93).

Gözaltında intihar

Yukarıda anılan ve bir şahsın gözaltında intihar etmesiyle ilgili olan Tanrıbilir–Türkiye davası kararında (16 Kasım 2000, Başvuru No. 21422/93, yalnızca Fransızca olarak bulunmaktadır – gayri-resmi çeviri) AİHM şu sonuca varmıştır:

[...] bütün ölüm tehditleri, yetkili makamların AİHS kapsamında tehdidin gerçekleşmesini önlemek için önlem alması yükümlülüğünü getirmez (bkz., gerekli değişikliklerle, Osman–Birleşik Krallık davası kararı, 28 Ekim 1998, Reports 1998-VIII, cilt 95, s. 3159-3160, paragraf 115-116).

Mahkeme, yetkili makamların gözaltında bulunan kişileri denetlemek ve intihar etmelerini önlemek görevleri bağlamında gözaltında bulunan bir kişinin hayatını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiası karşısında, bu yetkili makamların söz konusu kişinin intihar etme riski bulunduğunu bildikleri ve kendi yetkileri çerçevesinde bu riski ortadan kaldıracak önlemleri almadıkları konusunda ikna olmalıdır. Mahkeme için ve 2. Madde’de korunan hak açısından düşünüldüğünde, başvuruçunun, yetkili makamların bildikleri ya da bilmeleri gereken kesin ve yakın bir ölüm riskinin gerçekleşmesini önlemek için kendilerinden makul olarak beklenen herşeyi yapmadıklarını göstermesi yeterlidir. Bu sorunun cevabı söz konusu davada geçerli duruma bağlı olarak değişecektir. Bu nedenle Mahkeme, davada geçerli koşulları inceleyecektir.

Mevcut davada Mahkeme öncelikle A.T.’nin Cizre’deki jandarma karakolunda gözaltına alındığını kaydetmiştir [...].

Mahkeme, her tür fiziksel özgürlükten yoksun bırakma halinin doğası gereği gözaltına alınan kişilerde ruhsal gerilim yaratabileceğini ve sonuçta intihara yol açabileceğini vurgulamaktadır. Gözaltı sistemleri, gözaltına alınan kişilerin ölüm riskini ortadan kaldırmak için şahısların üzerindeki kesici aletlerin, kemer ya da ayakkabı bağlarının alınması gibi önlemlere yer vermek zorundadır.

Mahkeme, bu davada jandarmaların gözaltına alınan kişinin intihar etmesini engellemek için rutin önlemleri aldığı kanısındadır: A.T. jandarma karakoluna getirildiğinde üzeri aranmış ve kemeri ve ayakkabı bağları alınmıştır. Yargı makamlarına verdikleri ifadeye göre A.T. de dahil olmak üzere gözaltındaki kişileri yarım saatte bir kontrol etmişlerdir (yukarıdaki paragraf 26, Kuzucu’nun Hakim Turan’a verdiği ifade; paragraf 29, Leyla Sağlam ve Behiye Bozkurt’un soruşturmayı yürüten Tolgay tarafından alınan yeminli ifadeleri).

Jandarmalar gözaltına aldıkları A.T.’yi gözaltındaki diğer şahıslardan daha dikkatli denetleme ihtiyacını hissetmeli miydi? Mahkeme, bu konuda jandarmaların aldığı tedbirlerin, o anda ellerinde bulunan bilgilere bakılarak 2. Madde kapsamında sorgulanması gerektiği konusunda ikna olmamıştır. A.T. jandarma

karakoluna geldiğinde sakindir (yukarıdaki paragraf 42). Gömleğinin kollarını keserek yaptığı bir iple intihar edeceğini tahmin etmek zordur. Hazırlıklar ve intihar olayı büyük bir sessizlik içinde gerçekleşmiştir (yukarıdaki paragraf 41, Dr. Bayık'ın ifadesi).

Mahkeme, jandarmaların, başvuruçunun bulunduğu hücrenin önünde 24 saat nöbetçi görevlendirmek ya da giysilerine el koymak gibi özel tedbirler almakla suçlanamayacağı görüşündedir [...].

[...] Mahkeme, dava dosyasındaki delillerin hiçbirinin, jandarmaların makul olarak A.T.'nin intihar edeceğini tahmin edebileceğini ya da hücrenin önünde sürekli nöbetçi bulundurmaları gerektiğini gösterir nitelikte olmadığı görüşündedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı Mahkeme, bu davada AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlâl edilmediği kararına varmıştır. (Yalnızca Fransızca olarak bulunmaktadır – gayri-resmi çeviri.)

Aynı konuda bir diğer karar için bkz. Keenan–Birleşik Krallık davası (3 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru No. 27229/95).

Gözaltında ölen şahıslar

27 Haziran 2000 tarihli Salman–Türkiye davası kararı (Başvuru No. 21986/93, paragraf 99-103) bir şahsın gözaltında ölümüyle ilgilidir. Davalı Devlet şahsın kalp krizinden öldüğünü iddia etmiştir. AİHM aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

2. Madde'nin sunduğu korumanın önemi ışığında Mahkeme, yaşama hakkının kısıtlanmasını son derece titiz bir şekilde incelemeli, yalnızca devlet görevlilerinin eylemlerini değil, aynı zamanda olayı çevreleyen koşulları göz önünde bulundurmalıdır. Gözaltında bulunan kişiler son derece hassas bir konumdadır ve yetkili makamlar onları koruma görevine sahiptir. Buna bağlı olarak, sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişi serbest bırakılırken yaralandığı anlaşılırsa, bu yaraların nedeniyle ilgili mantıklı bir açıklama yapmak Devlet'in sorumluluğudur (bkz. diğer kararların yanı sıra, Selmouni–Fransa [BD], No. 25803/94, paragraf 87, AİHM 1999-V). Yetkili makamların bir şahsın gözaltında karşılaştığı muameleyle ilgili hesap verme zorunluluğu özellikle söz konusu şahsın hayatını kaybettiği durumlarda daha da büyük önem kazanır.

Mahkeme, delilleri değerlendirirken ispat standardını genellikle "makul şüphenin ötesinde" olarak uygulamıştır (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 64-65, paragraf 161). Ne var ki bu ispat, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımların aynı anda bulunması ya da aksi ispatlanamayan bazı karinelere de oluşabilir. Söz konusu olayların tamamı ya da büyük bir kısmı gözaltında kendi denetimlerinde bulunan kişile-

rin durumunda olduğu gibi, yetkili makamların bilgisi dahilinde gerçekleştiğinde gözaltında gerçekleşen yaralanma ya da ölümlerle ilgili kuvvetli karineler ortaya çıkacaktır. Bu durumda ispat yükünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklama yapmak zorunda olan yetkili makamlara ait olduğu düşünülebilir.

Mahkeme, Komisyon'un bu davada yaptığı değerlendirmenin yukarıdaki ilkelemlerle uyumlu olduğu sonucuna varmıştır.

Agit Salman, görünüşte sağlıklı durumda ve herhangi bir yara ya da aktif hastalığı olmadan gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralar, sol ayaktaki morluk ve şiş, göğüsteki morluk ve göğüs kemiğindeki kırık için mantıklı bir açıklama yapılmamıştır. Eldeki deliller, devletin bu yaraların tutuklanma sırasında gerçekleştiği ve göğüs kemiğinin kalp masajı nedeniyle kırıldığı şeklindeki iddiasını doğrulamamaktadır. Dr. Kirangil'in, göğüsteki morluğun tutuklamadan önce gerçekleştiği ve kalp krizinin yalnızca gözaltında kalmanın getirdiği stresten ve uzun süreli nefes alamama durumundan kaynaklandığı yolundaki görüşü Profesör Pounder ve Corder'in bulduğu deliller tarafından çürütülmüştür. Komisyon, Pounder ve Corder'in ölümün hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve göğüsteki morluk ve kırığın aynı olaydan – göğse vurulan bir darbeden – kaynaklanma olasılığı ile ilgili delillerini kabul ederek Dr. Kirangil'in delillerine yeterince ağırlık vermemiş ya da Profesör Pounder ve Corder'in delillerini haksız bir şekilde tercih etmiş değildir. Dr. Kirangil'in Komisyon'a sunulan İstanbul Adli Tıp Enstitüsü raporunu imzaladığı görülmüş, bu nedenle de kendisinin tarafsız ya da bağımsız olduğunun iddia edilemeyeceğine karar verilmiştir. Ayrıca duruşmada Devlet Ajanının iki profesör arasında anlaşmazlık olduğu yolunda getirdiği iddia da asılsızdır.

Bu nedenle Mahkeme, devletin Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde bulunduğu sırada kalbinin durması suretiyle gerçekleşen ölümünü açıklayamamış olduğu ve ölümünden davalı Devlet'in sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.

Bu bakımdan 2. Madde ihlâl edilmiştir.

Kaybolan şahıslar

Kurt-Türkiye davasında başvurucu, tutuklanmış olan oğlunun kaybolmasıyla ilgili olarak 2. Madde'nin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme delilleri incelemiş ve aşağıdaki karara varmıştır (Kurt-Türkiye davası kararı, *Reports* 1998-III, paragraf 99 ve 106-109):

Mahkeme, kendisi tarafından dikkatli bir şekilde gerçekleştirilen ifade ve delegelerin oturumunun kayıtlarının değerlendirmesine dayalı yukarıdaki husus-

lara ilişkin olarak, Komisyon'unkinden farklı bir sonuca ulaşmasını gerektiren herhangi bir istisnai koşulun bulunduğu konusunda ikna olmamıştır. Mahkeme Komisyon'un, başvurucunun 25 Kasım 1993 sabahı oğlunu Hasan Kılıç'ın evinin önünde gördüğüne ve anılan tarihte oğlunun asker ve köy korucuları ile çevrili olduğuna ve o zamandan beri oğlunun görülmediğine ilişkin bir sonuca makul şüphenin ötesinde varması için yeterli gerçek ve delillere dayalı dayanağın mevcut olduğu kanaatindedir.

[...]

Mahkeme, 25 Kasım 1993 tarihinde başvurucunun oğlunun askerler ve köy korucuları tarafından gözaltına alındığına yönelik Komisyon tespitlerini kabul ettiğini hatırlatmaktadır. Başvuranın oğlunun akıbeti ve nerede olduğuna ilişkin hiçbir bilgi olmaksızın yaklaşık dört buçuk yıl geçmiştir. Bu koşullar altında başvurucunun oğlunun kendisini tutsak alan kişilerin ellerinde meçhul gözaltı durumunda ölmüş olabileceğine dair korkusunun asılsız olduğu söylenemez. Başvurucu oğlunun öldürüldüğü sonucuna varmak için yeterli gerekçeler bulunduğunu ileri sürmüştür.

Ancak, Komisyon gibi, Mahkeme de başvurucunun oğlunun köyde gözaltındayken ya da daha sonraki bir aşamada yetkililer tarafından öldürüldüğü sonucuna makul şüphenin ötesinde varmaya yol açacak somut delillerin olup olmadığını dikkatle incelemelidir. Mahkeme, 2. Madde kapsamında bir Sözleşmecî Devletin Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen yasadışı bir öldürme iddiasını çevreleyen koşullara ilişkin etkili bir soruşturma yapmaya yönelik pozitif yükümlülüğe sahip olduğunun tespit edildiği davalarda, söz konusu yükümlülüğü devreye sokabilecek silahla öldürmeye dair somut bir kanıt olduğunu belirtmektedir (bkz. yukarıda belirtilen McCann ve Diğerleri davası kararı; ve 19 Şubat 1998 tarihli Kaya–Türkiye davası kararı, *Reports* 1998-I).

Bu açıdan başvurucunun davasının, tamamen davalı Devlette resmi şekilde müsamaha gösterilen kaybolmalar ve buna bağlı olarak gözaltındaki şahısların maruz kaldığı kötü muamele ve hukuk dışı öldürmelere ilişkin iddiaların genel analizi ile desteklenen, oğlunun ilk gözaltına alındığı andaki koşullardan ortaya çıkarılan karinelere dayalı olduğu gözlemlenecektir. Mahkeme kendi açısından, başvurucunun oğlunun aslında gözaltında iken öldüğüne yönelik daha inandırıcı belirtilerin mevcut olmamasının, bu iddialarla telafi edilebileceği görüşünde değildir. Başvurucunun, diğerlerinin yanı sıra 2. Madde'nin de ihlâl edildiği iddiasına ilişkin olarak Mahkeme başvurucunun gerekçe gösterdiği kanıtın anılan iddiaya yeterli dayanak teşkil etmediği kanaatindedir.

Yukarıda belirtilen hususlara yönelik olarak, başvurunun davalı Devlet'in belirtilen koşullar altında oğlunun hayatını korumaya yönelik yükümlülüğünü yerine getiremediğine ilişkin iddialarının AİHS'nin 5. Maddesi açısından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

Öte yandan, daha yeni bir dava olan Çiçek–Türkiye davasında AİHM davanın koşullarının, tutuklanan kişilerin öldüğü karinesine yol açtığı ve davalı Devlet'in sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır (Çiçek–Türkiye davası kararı, 27 Şubat 2001, Başvuru No. 25704/94, paragraf 146-147):

Mahkeme, mevcut davayı, başvurunun oğlunun gözaltında öldüğüne dair yeterince ikna edici bilgi olmadığı sonucuna vardığı Kurt–Türkiye davası (25 Mayıs 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-III, s. 1182, paragraf 108) gibi davalardan ayıran bir dizi unsur olduğuna karar vermiştir. Öncelikle Tahsin ve Ali İhsan Çiçek'in yakalanıp gözaltına alınmasının üzerinden altıbuçuk yıl geçmiştir. Ayrıca iki kardeşin Devletin sorumluluğunda bulunan yetkililer tarafından bir gözaltı merkezine, Lice Bölge Yatılı Okulu'ndaki askeri bölgeye götürüldüğü tespit edilmiştir. Son olarak da, askerlerin Tahsin ve Ali İhsan Çiçek'i birkaç gün sonra diğer köylülerle birlikte serbest bırakmaması dosyadaki diğer bazı unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde iki kardeşin yetkili makamlar tarafından şüpheli sayıldığını göstermektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 78, özellikle Yaralı'nın açık bir şekilde tehlikeli sayılan ya da sorgulanması gereken kişilerin "gözlem süresi" denilen kısa bir sürenin sonunda sorgu makamlarına teslim edildiğini bildiren ifadesi). 1994'te Türkiye'nin güneydoğusundaki genel durum bağlamında düşünüldüğünde böyle bir kişinin gözaltına alındığının inkâr edilmesinin beraberinde bir ölüm tehlikesi getirmesi ihtimali de göz ardı edilemez (yukarıda söz edilen Timurtaş–Türkiye davası kararı, paragraf 85). Mahkeme'nin geçmişteki kararlarında, bu olayın gerçekleştiği dönemde güneydoğuda ceza yasasında sağlanan korumaların etkin bir şekilde uygulanmasını engelleyen sorunların, güvenlik güçleri mensuplarının hareketlerinden dolayı herhangi bir hesap vermemelerine izin verdiğini ve bunu teşvik ettiğini belirttiği hatırlanacaktır (bkz. Cemil Kılıç–Türkiye, No. 22492/93, paragraf 75 ve Mahmut Kaya–Türkiye, No. 22535/93, paragraf 98, her ikisi de AİHM 2000'de yayınlanacaktır).

Yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü ve altıbuçuk yıldır başvurunun oğullarının nerede olduklarıyla ilgili herhangi bir bilgi elde edemediği düşünülecek olduğunda Mahkeme Tahsin ve Ali İhsan Çiçek'in güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen ve sonradan inkâr edilen bir gözaltı süresinin ardından öldüğünün varsayılabilirliğine kanaat getirmiştir. Bu nedenle davalı Devlet ölümlerinden sorumlu tutulabilir. Yetkili makamların Tahsin ve Ali

İhsan'ın yakalanmasından sonra neler olduğu ile ilgili herhangi bir açıklama getiremediği ve devlet yetkililerinin ölümüne sebebiyet verecek bir kuvvet kullanımını haklı gösterecek bir gerekçe sunmadığı dikkate alındığında Çiçek kardeşlerin ölümü davalı Devlet'in sorumluluğu sayılır (Timurtaş-Türkiye kararı, yukarıda paragraf 86). Dolayısıyla 2. Madde ihlâl edilmiştir.

(Ayrıca bkz. Türkiye'nin Temmuz ve Ağustos 1974'te kuzey Kıbrıs'ta gerçekleştirdiği askeri harekât sırasında kaybolan Kıbrıslı Rumlarla ilgili Kıbrıs-Türkiye davası kararı, 10 Mayıs 2001, paragraf 110, 132 ve 135-136.)

Mağdurun ölümüne yol açmayan fiziksel işkence

AİHM, ölümüne sebep vermeyen ciddi fiziksel şiddet konusunu geçmişte ele almış ve bu bakımdan 2. Madde'nin olası bir ihlâli olabileceğine karar vermiştir. 27 Haziran 2000 tarihli İlhan-Türkiye davası kararı buna bir örnektir. Bu davada başvuru tutuklanması sırasında jandarmalardan tüfek dipçığıyle ölümüne sebebiyet verebilecek bir darbe almıştır. AİHM aşağıdaki sonuca varmıştır (Başvuru No. 22277/93, paragraf 75-78):

Mahkeme mevcut davada Abdülatif İlhan'a karşı uygulanan kaba kuvvetin bu olayda ölümüne sebebiyet vermediğini hatırlatır. Ancak bu, başvurusunun şikâyetlerinin 2. Madde kapsamında ele alınmasını engellemez. Bundan önce mağdur olduğu iddia edilen kişilerin şikâyet konusu olan hareket sonucu ölmediği üç davada Mahkeme'nin şikâyetleri bu madde kapsamında incelendiği görülebilir.

Osman-Birleşik Krallık davasında (28 Ekim 1998 tarihli dava kararı, *Reports* 1998-VIII, s.3159-3163, paragraf 115-22) başvuru Ahmet Osman bir kişinin babasına ve kendisine yakın mesafeden tabancayla ateş etmesi sonucu vurularak ağır bir şekilde yaralanmıştır. Babası ölmüştür. Mahkeme dava verilerinden yola çıkarak Birleşik Krallık makamlarının 2. Madde kapsamında, 2. Madde'nin ilk cümlesi bağlamında bu şahısların yaşama hakkını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmekte başarısız olmadığına karar vermiştir. Yaşadığı davasında (yukarıda söz edilen karar, s. 2436-2441, paragraf 92-108), başvuru silâhli meçhul bir kişi tarafından sokakta vurulmuş, sekiz kurşun yarası almasına rağmen hayatta kalmıştır. Mahkeme yetkili makamların kişinin hayatını koruma yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen 2. Madde kapsamında saldırı hakkında etkili bir soruşturma yapmakla ilgili usule ilişkin yükümlülüğü yerine getirmedikleri sonucuna varmıştır. L.C.B.-Birleşik Krallık davasında (9 Haziran 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-III, s. 1403-1404, paragraf 36-41) lösemi hastası olan başvuru Birleşik Krallık'ın yürüttüğü nükleer denemeler sırasında Christmas Adası'nda bulunan bir ordu personelinin kızıdır; davada Mahkeme Devlet'in kasten başvurusuyu yaşamından yok-

sun bırakma niyetini taşımadığına karar vermiş, ancak 2. Madde kapsamında Devlet'in, başvurucunun hayatının riske girmesini önlemek için gerekli her tür önlemi alıp almadığını incelemiştir. Mahkeme bu açıdan Devlet'in üzerine düşeni yaptığı kararına varmıştır.

Mahkeme bu üç davanın, 2. Madde'nin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre Devlet'in kişinin hayatını üçüncü şahıslara ya da hastalık tehlikesine karşı koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü ile ilgili olduğunu saptamıştır. Ne var ki Devlet görevlileri tarafından ölüme sebebiyet vermeyecek biçimde başvuru fiziksel kötü muamelelerin nadir olarak AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlali sayılabileceği kanaatine varmıştır. Kaba kuvvet uygulayanların cezai sorumluluğunun AİHS'ne göre Mahkeme tarafından yargılama konusu olamayacağı doğrudur (bkz. yukarıda değinilen McCann ve Diğerleri davası kararı, s. 51, paragraf 173). Yine de başvuru şiddetin derecesi ve türü ve şiddet uygulanmasının arkasında yatan açık niyet ya da amaç, diğer unsurların yanı sıra, belli bir davada Devlet görevlilerinin ölüme sebebiyet vermeyen bir yaralanmayla sonuçlanan hareketlerinin AİHS'nin 2. Maddesi'nin konu ve amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığının değerlendirilmesi sırasında göz önünde bulundurulabilir. Polis ya da askerler tarafından saldırıya uğrayan ya da kötü muamele gören şahıslarla ilgili davaların hemen hemen tümünde şikâyetleri daha ziyade AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında incelenecektir.

Mahkeme Abdülatif İlhan'ın, bir operasyon sırasında kendisini yakalama emri alan jandarmaların İlhan'ı çalılıkların arasında saklanırken bulduktan sonra tekmeyleyip döverek başına dipçikle vurması sonucu beyin hasarına maruz kalmış olduğunu hatırlatır. Aynı tarihte verilen iki tıbbi raporda başındaki yaralanmanın ölüme sebebiyet verebileceği belirtilmiştir. Bu yara İlhan'ın işlevlerini uzun süreli olarak kaybetmesine neden olmuştur. Bu nedenle yarasının ağır olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

Ancak Mahkeme, bu davada jandarmaların Abdülatif İlhan'ı yakalarken başvurdukları kaba kuvvetin AİHS'nin 2. Maddesi'ni ihlal edecek şekil ve derecede olduğu konusunda ikna olmamıştır. Bu bağlamda, İlhan'ın yaralarına acil tedavi uygulanmadığı konusundaki iddianın da ayrıca incelenmesine gerek yoktur. Ancak Mahkeme bu konuları aşağıda AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında inceleyecektir.

Sonuç olarak, Abdülatif İlhan'ın yaralanmasıyla ilgili olarak AİHS'nin 2. Maddesi ihlal edilmemiştir.

(Aynı konuyla ilgili olarak bkz. Berktaş–Türkiye davası kararı, 1 Mart 2001, Başvuru No. 22493/93.)

Kürtaj

Bu bağlamda son derece hassas bir konu olan yaşamın doğumdan önce korunması meselesi de gündeme gelmektedir.

Open Door ve Dublin Well Woman–İrlanda davası kararında (29 Ekim 1992, Seri A No. 246-A, s. 28, paragraf 66) iki şirketin, hamile kadınlara yurtdışında kürtaj yaptırmaları konusunda ilgili bilgi vermesi yasaklanmıştır. Kürtaj İrlanda’da yasaktır. AİHM aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

[...] mevcut davada AİHS’nin kürtaj hakkını güvence altına alıp almadığını ya da 2. Madde kapsamında ceninin yaşama hakkı bulunup bulunmadığını incelemek Mahkeme’nin görevi değildir. Başvurucular AİHS’nin kürtaj hakkını içerdiğini iddia etmemişler ve yerel mahkemenin getirdiği yasağın yurtdışında kürtaj hakkında bilgi verme ve alma özgürlüğünü kısıtlayan kısmından şikâyette bulunmuşlardır (bkz. yukarıdaki paragraf 20).

Bu nedenle AİHM, 2. Madde bağlamında kürtaj konusunda ilgili herhangi bir karara varmamıştır. Ancak Komisyon bu konuyu ele alma fırsatını bulmuştur. X.- Birleşik Krallık davasında (Başvuru No. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli karar, *Decisions and Reports* 19, s. 248, paragraf 4 ve s. 253, paragraf 23) Komisyon aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

Bu nedenle Komisyon, bu başvurunun, başvurunun gönderme yaptığı AİHS maddelerinin, özellikle 2. ve 8. Madde’nin açık ihlâlini ortaya koyup koymadığını incelemek zorundadır. Burada Komisyon AİHS’nin Yüksek Sözleşmeciler Tarafı’nın kürtajla ilgili yasalarının geçmişte 25. Madde kapsamında birkaç başvuruya konu olduğunu hatırlatır. Başvurucular ya kürtaj yasalarının (doğmamış çocuğun) yaşama hakkını ihlâl ettiğini (2. Madde) ya da (anne babanın) özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale teşkil ettiğini (8. Madde) iddia etmiştir. 2. Madde kapsamında yapılan iki başvuru, başvuru sahiplerinin – ceninle yakın bir bağın bulunmamasından ötürü kürtajdan doğrudan etkilenmeyecek kişiler oldukları için – şikâyete konu olan kürtaj yasalarından “mağdur” olduklarını iddia edemeyeceği gerekçesiyle Komisyon tarafından reddedilmiştir (Başvuru No. 867/60, X.–Norveç, *Collection of Decisions* 6, *Yearbook of the European Convention of Human Rights* 4, s. 270 ve Başvuru No. 7045/75, X.–Avusturya, *Decisions and Reports* 7, s. 87). 8. Madde kapsamında yapılan bir başvuru (No. 6959/75-Brüggemann ve Scheuten-Federal Almanya Cumhuriyeti) iki kadın tarafından yapıldığı için Komisyon tarafından kabul edilmiştir. Komisyon ve daha sonra Bakanlar Komitesi 8. Madde’nin ihlâl edilmediğine karar vermiştir (*Decisions and Reports* 10, s. 100-122). Bu sonuç, diğer bazı unsurların yanı sıra AİHS’nin yürürlüğe girdiği

tarihte uygulanan Yüksek Sözleşmeciler Tarafı'ın kürtaj yasalarını da göz önünde bulundurmuştur (a.g.e., s. 117, Komisyon raporunun 64. paragrafı).

Emsalleri böylece özetleyen Komisyon temkinli bir cevap oluşturmuş ve kürtajın annenin yaşamını korumak için gerekli olduğu haller üzerinde odaklanmıştır:

Komisyon, bu davada 2. Madde'nin cenini koruma altına alıp almadığına ya da belli sınırlar içinde ceninin "yaşama hakkını" koruyup korumadığına karar vermenin kendi görevi olmadığı kanaatindedir. Şikâyete konu olan kürtaja Birleşik Krallık makamları tarafından izin verilmesinin 2. Madde, 1. fıkra, birinci cümleye uygun olduğunu, çünkü bu hükmün kürtajın ilk aşamasında geçerli olduğu varsayıldığında kürtajın ceninin "yaşama hakkına" zımni bir sınırlama getirilerek kapsandığını ve bu sınırlamanın kadının yaşam ve sağlığına getirilen korumayla belirlendiğini kararlaştırmıştır.

Ancak bu davadan sonra H.–Norveç davasında (Başvuru No. 17004/90, 19 Mayıs 1992, *Decisions and Reports* 73, s. 155) Komisyon ceninin korunması konusunun 2. Madde açısından ele alınabileceğini kabul etmiştir.

Komisyon öncelikle kürtaj gibi hassas bir konuda Sözleşmeciler Devletlerin belli bir takdir hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak Komisyon, üye devletler doğmamış çocuğun yaşama hakkına sağlanacak korumanın kapsamıyla ilgili farklı düşüncelere sahip olsa da, bazı durumlarda ceninin 2. Madde kapsamında korunmadan yararlanabileceğine karar vermiştir.

Ancak bu davada başvurusunun, Norveç yasalarının doğmamış çocuğun hayatına yeterince koruma sağlamadığına ilişkin şikâyeti Komisyon tarafından reddedilmiştir. Bu noktada başvurusunun doğmamış çocuğun annesi değil babası tarafından yapıldığını söylemekte fayda olabilir.

İyileşme ihtimali bulunmayan hasta şahısların sınırdışı edilmesi

D.–Birleşik Krallık davasında (2 Mayıs 1997 tarihli karar) başvuru, St Kitts'e sınırdışı edilmesinin 2. Madde kapsamında Birleşik Krallık'ın sorumluluğunda olduğunu iddia etmiştir. Başvuru, hastalığının son safhalarında olduğunu ve az kalan ömrünün gördüğü tedavinin ani bir şekilde kesilmesi ve St Kitts'e iade edilmesiyle daha da kısalmadığını belirtmiştir. Başvuru, sınırdışı edilmesiyle daha erken öleceği ihtimali arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisi olduğunu ve bu nedenle de yaşama hakkının ihlâl edildiğini savunmuştur. 2. Madde'nin yaşamın korunmasına ilişkin pozitif bir yükümlülük getirdiğini ve bu davada geçerli olan duruma göre devletin zaten kısalmakta olan ömrünün daha da kısalmasına yol açacak herhangi bir önlem almamasının gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu davayı AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında ele almış ve bu noktayı herhangi bir çözüme bağlamamıştır (D.–Birleşik

Krallık davası kararı, 2 Mayıs 1997, *Reports* 1997-III, paragraf 59). Mahkeme şu sonuca varmıştır:

Mahkeme kendi adına Devlet'in ve Komisyon'un, başvurusunun 2. Madde kapsamında getirdiği şikâyetlerin, şikâyete konu olan kararın yaşamı, sağlığı ve refahı üzerindeki etkileri açısından 3. Madde kapsamında getirdiği şikâyetin esasından ayrılamayacağı yönündeki görüşünü paylaşmaktadır. Bu açıdan başvurusunun Mahkeme'ye davayı 3. Madde kapsamında yürütmeye razı olduğunu söylediğini de dikkate almıştır. Başvurusunun St Kitts'e sınırdışı edilmesinin 3. Madde'nin ihlâli olacağı kararına varan Mahkeme, başvurusunun şikâyetini 2. Madde kapsamında incelemeye gerek görmemektedir.

Halkı riskler konusunda bilgilendirmeme

19 Şubat 1998 tarihli Guerra ve Diğerleri-İtalya davası kararı (*Reports* 1998-I) halkı yaşadıkları bölgede bulunan bir kimya fabrikasının getirdiği risklerle ilgili bilgilendirmeme ve fabrikada gerçekleşebilecek kazalarla ilgili önlem almama konusıyla ilgilidir. Bu davada Mahkeme, çevreye gelebilecek ciddi bir hasarın şahısların refahını olumsuz yönde etkileyebileceği ve onları özel ve aile hayatlarını bozacak şekilde evlerinde oturma haklarından yoksun bırakabileceği gerekçesiyle 8. Madde'nin ihlâl edildiğine karar vermiştir (başvurucular gübre imalâtına son verilene kadar bölgede kalmış, söz konusu belediyenin topraklarında oturmaya devam etmeleri halinde kendilerinin ve yakınlarının karşılaşılabileceği riskleri değerlendirmelerini mümkün kılacak önemli bilgilerin kendilerine verilmesini beklemiştir; bu bölge fabrikada gerçekleşebilecek bir kaza halinde büyük bir tehlikeyle karşılaşılabilecektir). Mahkeme bu nedenle davayı 2. Madde kapsamında incelemeye gerek görmemiştir.

Daha sonra görülen bir davada başvuru, davalı Devlet'in kendisini bilgilendirmediğine ilişkin şikâyette bulunmuştur. Başvurusunun babası dört nükleer denemenin yapıldığı 1957 ve 1958 yıllarında Christmas Adası'nda ikram personeli olarak Kralliyet Hava Kuvvetleri'nde çalışmaktadır. Denemelerden sonra yürütülen temizlik operasyonlarında da görev almıştır. Başvuru 1966'da doğmuştur. 1970'te kendisine lösemi teşhisi konmuştur. Hastaneye giriş kayıtlarında "Hastalığa Neden Olabilecek Etkenlerin Özeti" başlığı altında "Baba radyasyona maruz kalmıştır" yazılıdır. Başvuru AİHS'nin 2. ve 3. Maddeleri'ne atıfta bulunmuş ve babasının maruz kaldığı iddia edilen radyasyonun etkileriyle ilgili kendisine uyarıda bulunulmadığını, bu nedenle sağlığının doğum öncesi ve sonrası dönemde hastalığının daha erken bir aşamada teşhis ve tedavi edilmesini sağlayacak biçimde takip edilmediğini belirtmiştir. Başvuru, babasının denetimsiz bir şekilde radyasyona maruz bırakılmasının çocukluğunda geçirdiği lösemının muhtemel nedeni olduğunu savunmaktadır. AİHM aşağıdaki sonuca varmıştır (L.C.B.-Birleşik Krallık davası, 9 Haziran 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-III, paragraf 37-41):

Daha ileri bir tarihte görülen bir davada da [...] Devlet makamlarının [...] [başvurucunun] babasının tehlike yaratacak şekilde radyasyona maruz kalmadığı konusunda emin olabilecekleri sonucuna varılmıştır.

Yine de bu konuda kesin bir bulgu olmamasından yola çıkan Mahkeme, yetkili makamların elinde başvurunun babasının radyasyona maruz kaldığından kaygılanmalarına neden olacak bir bilginin bulunması halinde, söz konusu dönemde başvurunun ebeveynine tavsiyede bulunup sağlığını takip etmelerinin beklenmesinin makul olup olmadığını da inceleyecektir.

Mahkeme, ancak o dönemde başvurunun babasının radyasyona maruz kalmasının kızının hayatını tehdit eden bir tehlike teşkil etme ihtimali olduğu görülseydi Devlet'in başvurucuyla ilgili bütün bu önlemleri kendiliğinden alması gerekeceği kanısındadır.

Kendisine sunulan uzman bilirkişi delillerini inceleyen Mahkeme, babanın radyasyona maruz kalmasıyla daha sonra döllenmiş bir çocukta lösemi oluşması arasında bir neden sonuç ilişkisi olduğu konusunda tatmin olmamıştır. 1993 gibi yakın bir geçmişte Reay ve Hope-British Nuclear Fuels PLC davalarını gören Yüksek Mahkeme hakimi bilirkişilerin sunduğu çok sayıda delili inceledikten sonra "terazinin kefesinin kesin bir şekilde" arada bir neden sonuç ilişkisi olmaması yönündeki bulgulara doğru meylettiği sonucuna varmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 19). Bu nedenle Mahkeme, 1960'ların sonunda Birleşik Krallık makamlarının bu kanıtlanamamış olan bağlantıyı temel kabul ederek başvurucuyla ilgili önlem alabileceği ya da almak zorunda olduğu kararına makul bir şekilde varamaz.

Son olarak, Dr. Bross ve Profesör Eden'in konuyla ilgili sundukları birbirine zıt delillerin ışığında (bkz. yukarıdaki paragraf 29 ve 33) ve Komisyon'un da gördüğü gibi (bkz. yukarıdaki paragraf 34), başvurunun sağlığının anne rahmindeyken ve doğumdan hemen sonra takip edilmesinin, hastalığının şiddetini azaltacak biçimde erken teşhis ve tedavi edilmesini sağlayacağı ile ilgili kesin bir bilgi yoktur. Babasının Christmas Adası'nda bulunması nedeniyle başvurunun yaşamını tehdit eden bir hastalığa yakalanma tehlikesiyle karşılaşacağını düşündüren sebepler olsaydı Devlet makamlarının, bu bilginin başvurucuya yardımcı olacağı kanısında olsunlar ya da olmasınlar, bunu anne babasına bildirme sorumluluğuna sahip oldukları iddia edilebilir. Ancak bu, yukarıdaki bulguların ışığında Mahkeme'nin karar vermesi gereken bir konu değildir (bkz. paragraf 38-39).

Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu tarihte Devlet'in elinde bulunan, başvurunun babasının tehlikeli düzeylerde radyasyona maruz kalması ve bunun başvurunun sağlığı açısından bir risk oluşturma ihtimali ile ilgili bilgiler göz

önüne alındığında (bkz. yukarıdaki paragraf 37) Devlet'in kendiliğinden başvurunun ebeveynini uyarmasının ya da başvuruyla ilgili herhangi özel bir önlem almasının beklenmesi gerektiği kanaatine varmamıştır.

Dolayısıyla 2. Madde ihlâl edilmemiştir.

Tıbbi sorumluluk

Tıbbi konulara dair sorumlulukla ilgili bir dava örneği için Calvelli ve Ciglio-İtalya davası kararına atıf yapılabilir, 17 Ocak 2002, Başvuru No. 32967/96, paragraf 48-50.

2. Madde, 1. fıkra kapsamında usule ilişkin yükümlülükler

Yakın tarihli bir kararda (yukarıda anılan Kıbrıs-Türkiye davası, 10 Mayıs 2001, Başvuru No. 25781/94, yukarıda verilen paragraf 131) AİHM, Devletlerin kaba kuvvet kullanımı sonrasında gerçekleşen ölümlerle ilgili vakaları inceleme konusunda pozitif yükümlülüğe sahip olduğunu vurgulamaya devam etmiştir. Mahkeme aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

[...] AİHS'nin 1. Maddesi'nde Devlet'in "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma" göreviyle birlikte okunduğunda 2. Madde'de belirtilen yaşama hakkını koruma yükümlülüğü, zımnen, Devlet görevlilerinin (bkz. gerekli değişikliklerle, McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası kararı, 27 Eylül 1995, Seri A No. 324, s. 49, paragraf 161 ve Kaya-Türkiye davası kararı, 19 Şubat 1998, *Reports* 1998-I, s. 329, paragraf 105) ya da Devlet görevlisi olmayanların (bkz. gerekli değişikliklerle, Ergi-Türkiye davası kararı, 28 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, s. 1778, paragraf 82; Yaşa-Türkiye davası kararı, 2 Eylül 1998, *Reports* 1998-IV, s. 2438, paragraf 100; Tanrıkulu-Türkiye [BD], No. 23763/94, paragraf 103, AİHM 1999-IV) kaba kuvvete başvurması sonucu ölen şahıslarla ilgili etkili bir resmi soruşturma yapılması zorunluluğunu getirir.

AİHM, aşağıdaki sonuca da varmıştır (Tanrıkulu-Türkiye davası kararı, 8 Temmuz 1999, *Reports* 1999-IV, paragraf 103):

Merhumun aile bireylerinin veya diğer kişilerin, ölüm olayı hakkında yetkili soruşturma makamlarına başvurup başvurmadığı konusu kesinlik kazanmamıştır. Bu davada, yetkili makamların başvurunun eşinin öldürüldüğünden haberdar olduğu gerçeği, AİHS'nin 2. Maddesi'nin şart koştuğu şekilde ölümün meydana geldiği şartlar hakkında etkili bir soruşturma yapılmasını kendiliğinden gerekli kılar (bkz. gerekli değişikliklerle, 28 Temmuz

1998 tarihli Ergi–Türkiye davası kararı, *Reports* 1998-IV, s. 1778, paragraf 82 ve Yaşa davası, s. 2438, paragraf 100).

4 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan–Birleşik Krallık davası kararı (Başvuru No. 24746/94, paragraf 105) bu yükümlülüğün arkasında yatan nedenleri ortaya koymuştur:

Bu soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan iç hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını ve Devlet görevlilerini ya da kurumlarını içeren davalarda, bu kişi ve kurumların, sorumlulukları altında gerçekleşen ölümlerle ilgili hesap verebilmelerini sağlamaktır.

Kaya–Türkiye davası kararında AİHM, ölümle sonuçlanan olayların sayısının yüksek olmasının, Devlet’in soruşturma yürütme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını belirtmiştir (Kaya–Türkiye davası kararı, 19 Şubat 1998, *Reports* 1998-I, paragraf 91):

Mahkeme, Türkiye’nin güneydoğusunda yaşam kaybının trajik ve sıklıkla rastlanan bir durum olduğunu tespit eder (bkz. yukarıda adı geçen Aydın davası kararı, s. 1873, paragraf 14). Buna karşın ne silahlı çatışmaların yaygınlığı ne de ölümlerin çokluğu, güvenlik güçlerinin yer aldığı silahlı çatışmalarda, özellikle de başvuru konusu olaydaki gibi çeşitli belirsizliklerin olduğu durumlarda, Devlet’in AİHS’nin 2. Maddesi’nden kaynaklanan etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırır.

AİHM bu görüşü düzenli olarak tekrarlamakta ve ayrıca delillerin araştırılmasında yaşanan yerel zorlukların Devlet’in etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını belirtmektedir (Tanrıkulu–Türkiye davası kararı, 8 Temmuz 1999, *Reports* 1999-IV, paragraf 103):

Mahkeme, daha önceki kararlarda da belirtildiği gibi, (bkz. örneğin yukarıda adı geçen Kaya, Ergi ve Yaşa davaları kararları, sırası ile, s. 2436 paragraf 91, s. 1779, paragraf 85, s. 2440, paragraf 104), Güneydoğu Anadolu Bölgesi’ndeki güvenlik durumu bağlamında gerçekleşen ölümlerin trajik ve sık rastlanan bir durum olduğunu ve bu durumun kati delil aranmasını engelleyebileceğini göz önünde bulundurmaya hazırdır. Yine de bu şartlar AİHS’nin 2. Maddesi’ne göre etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Güleç–Türkiye davası, kolluk kuvvetlerinin silah kullandığı bir gösteri sırasında bir kişinin ölümüyle ilgilidir. Bu davada AİHM, ölüm nedenlerini aydınlatmaya yönelik soruşturmaların bağımsız kurumlar tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir (Güleç–Türkiye davası kararı, 27 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, paragraf 80 ve 82-83):

Mahkeme, Şırnak İl İdare Meclisi'nin 18 Ekim 1991 tarihinde, "dava dosyasında yer alan deliller temelinde maktulleri öldüren ve yaralayan kişileri belirlemenin imkânsız olduğu" görüşüne dayanarak davayı ağır ceza mahkemesine iletmediğine dikkat çeker (bkz. yukarıdaki paragraf 28). Böyle bir sonuç kabul edilemez çünkü soruşturma görevlisi Kurt tamamen öznel davranmıştır ve İl valisi (soruşturma görevlilerini atayan ve jandarmadan sorumlu olan) veya yardımcısının başkanlık ettiği ve yerel temsilcilerden oluşan (Halk Sağlığı Müdürü ve Ziraat Müdürü gibi) ilgili idari kurumun yapısı duruma uygun değildir. Bunun sonrasında, 13 Kasım 1991 tarihinde, Yüksek İdari Mahkeme, İdare Meclisinin durdurma kararı aldığına işaret etmiştir. Sonuç olarak, "ölüm ve yaralamalardan sorumlu olan kişiler bilinmediği için", "mahkemenin davaya bakması ve bir karara varması mümkün değildir" (bkz. yukarıdaki paragraf 29).

[...] Durum böyle olduğu için, Mahkeme, Komisyon gibi, soruşturmanın tam olmadığı ve bağımsız makamlar tarafından yürütülmediği sonucuna varmıştır. Ayrıca söz konusu soruşturma, 18 Ekim 1991 tarihli durdurma emri veya 13 Kasım 1991 tarihli karar kendisine bildirilmeyen davacının katılımı olmaksızın yürütülmüştür.

Sonuç olarak, orantısız kaba kuvvet kullanılması ve başvuruçunun oğlunun ölümüne ilişkin kapsamlı bir soruşturmanın yürütülmemesi nedenleriyle AİHS'nin 2. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Yaşa-Türkiye davasında, başvuruçunun Özgür Gündem gazetesi sattığı için silahlı bir saldırıya uğrayarak öldüğünü iddia etmiştir. Bu saldırılar, Devlet görevlilerinin müsamaha gösterdiği, hatta doğrudan katıldığı Kürt yanlısı gazeteyi ve diğer yayınları hedef alan bir dizi saldırı sırasında gerçekleşmiştir. Mahkeme aşağıdaki sonuca varmıştır (Yaşa-Türkiye davası kararı, 2 Eylül 1998, *Reports* 1998-VI, paragraf 107):

Kısaca, Yaşa davasında yürütülen soruşturmalar, güvenlik güçlerinin saldırılara karşılık ihtimali göz önünde tutulmadığı ve olayların ardından şu ana kadar beş yıldan daha uzun bir sürenin geçmiş olmasına rağmen somut ve dikkate değer hiçbir gelişme elde edilemediği için AİHS'nin 2. Maddesi'nin gerektirdiği anlamda etkili sayılamazlar.

4 Mayıs 2001 tarihli Hugh Jordan-Birleşik Krallık davası kararı (Başvuru No. 247446/94, paragraf 105-109 ve 143) bu doğrultuda alınan kararların bir özetini sunar:

AİHS'nin 1. Maddesi'nde Devlet'in "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma" göreviyle birlikte okunduğunda 2. Madde'de belirtilen yaşama

hakkını koruma yükümlülüğü, zımnen, kişilerin kaba kuvvet uygulanması nedeniyle öldüğü durumlarda etkili bir resmi soruşturmanın yürütülmesi zorunluluğunu getirir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda söz edilen McCann davası kararı, s. 49, paragraf 161 ve Kaya–Türkiye davası kararı, 19 Şubat 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 324, paragraf 86). Bu soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan iç hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını ve Devlet görevlilerini ya da kurumlarını içeren davalarda, bu kişi ve kurumların sorumlulukları altında gerçekleşen ölümlerle ilgili hesap verebilmelerini sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak için uygulanacak soruşturma yöntemi duruma göre değişebilir. Ancak kullanılan yöntem ne olursa olsun, yetkili makamlar konudan haberdar oldukları anda kendiliklerinden harekete geçmelidir. Suç duyurusunda bulunulması ya da soruşturma prosedürlerinin yürütülmesinin sorumluluğunun üstlenilmesi mağdurun yakınlarına bırakılamaz (bkz. örneğin, gerekli değişikliklerle, İlhan–Türkiye [BD], No. 22277/93, AİHS 2000-VII, paragraf 63).

Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen bir öldürme olayıyla ilgili yürütülecek soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yürüten ve bundan sorumlu olan kişilerin olaya karıştığı iddia edilen kişilerden bağımsız olmaları gerektiği düşünülür (bkz. örneğin Güleç–Türkiye davası kararı, 27 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, paragraf 81-82, Oğur–Türkiye [BD], No. 21954/93, ECHR 1999-III, paragraf 91-92). Bu da, yalnızca hiyerarşik ya da kurumsal bir ilişki olmamasını gerektirmekle kalmaz, aynı zamanda uygulamada da bağımsız olunmasını şart koşar (bkz. Ergi–Türkiye davası kararı, 28 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, paragraf 83-84; bu davada bir çatışmada vurulduğu öne sürülen bir kızın ölümüyle ilgili soruşturmayı yürüten savcı, ağırlıklı olarak olaya karıştığı iddia edilen jandarmaların sunduğu bilgiye başvurarak bağımsız davranmamıştır).

Aynı zamanda soruşturma, olayda başvuru kuvvetin mevcut koşullarda haklı gösterilip gösterilemeyeceğini ortaya koyacak (örneğin yukarıda söz edilen Kaya–Türkiye davası kararı, s. 324, paragraf 87) ve olaydan sorumlu olanların belirlenip cezalandırılmasını sağlayacak (yukarıda adı geçen Oğur–Türkiye, paragraf 88) biçimde etkili olmalıdır. Bu varılacak sonuçlarla değil kullanılacak yöntemlerle ilgili bir yükümlülüktür. Yetkili makamlar, olayla ilgili, diğer delillerin yanı sıra, tanıkların ifadesi, adli tıp delilleri ve gerektiğinde maktulün üzerinde bulunan yaraların eksiksiz bir kaydı ve ölüm nedeniyle birlikte diğer klinik bulguların tarafsız bir analizini sunan bir otopsi (otopsilerle ilgili olarak bkz., yukarıda adı geçen Salman–Türkiye, paragraf 106; tanıklarla ilgili olarak bkz. Tanırkulu–Türkiye [BD], No. 23763/94, ECHR 1999-IV, paragraf 109, adli tıp delilleri hakkında bkz. örneğin Gül–Türkiye [Seksiyon IV], No.

22676/93, paragraf 89) gibi delilleri toplamak için her tür makul adımı atmış olmalıdır. Soruşturmanın ölüm nedenini ya da olaydan sorumlu kişileri belirlemesini engelleyecek hata ya da eksiklikler bu standardın yerine gelmemesi riskinin doğmasına neden olacaktır.

Hemen harekete geçilmesi ve makul bir hızla hareket edilmesi gereği bu bağlamdan çıkarılabilir (bkz. Yaşa–Türkiye davası kararı, 2 Eylül 1998, *Reports* 1998-IV, s. 2439-2440, paragraf 102-104; yukarıda adı geçen Çakıcı–Türkiye, paragraf 80, 87 ve 106; yukarıda söz edilen Tanrıku–Türkiye, paragraf 109; Mahmut Kaya–Türkiye [Seksiyon I], No. 22535/93, ECHR 2000-III, paragraf 106-107). Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyebilecek engel ya da güçlüklerin bulunabileceği kabul edilmelidir. Ancak yetkili makamların ölüme sebebiyet veren bir kuvvet kullanımıyla ilgili soruşturmayı vakit geçirmeden başlatmaları, halkın hukukun üstünlüğüne uygun davrandıklarına dair duyduğu güveni tazeleyecek ve bu makamların yasa dışı eylemlere karıştıkları ya da bunlara müsamaha gösterdikleri izleniminin doğmasını engelleyecektir.

Aynı sebeplerden dolayı hem teoride hem de uygulamada hesap verebilirlik ilkesine uygun davranılabilmesi için halkın soruşturma ve sonuçları üzerinde belli bir denetim yetkisine sahip olması gerekir. Bu denetimin derecesi olaydan olaya değişebilir. Ancak her durumda maktulün en yakın akrabası kendi meşru çıkarını korumak için bu sürece gerektiğince katılmalıdır (bkz. yukarıda söz edilen Güleç–Türkiye, s. 1733, paragraf 82, bu davada maktulün babası takipsizlik kararından haberdar edilmemiştir; yukarıda adı geçen Oğur–Türkiye, paragraf 92, bu davada maktulün ailesi soruşturma ve mahkeme evrakına ulaşamamıştır; yukarıda söz edilen Gül–Türkiye davası kararı, paragraf 93).

[...]

Devlet görevlilerinin gerçekleştirdiği bir ölümü çevreleyen şartların gerektiği biçimde araştırılması için yetkili makamların hangi prosedürleri uygulamaları gerektiğini ayrıntılı bir şekilde ele almak bu Mahkeme'nin görevi değildir. Örneğin İskoçya'da uygulanan ve bir ceza mahkemesi hakiminin soruşturmayı yürüttüğü modele atıf yapılsa da uygulanacak tek yöntemin bu olduğunu düşündürecek herhangi bir sebep yoktur. Bütün koşulları yerine getiren bütünlük tek bir prosedür olması gerektiği de söylenemez. Mahkeme, Kuzey İrlanda'da olduğu gibi, gerçeklerin saptanması, ceza soruşturması ve yargılama birden fazla makam tarafından gerçekleştiriliyor ya da paylaşıyorsa, bu makamların milli güvenlik ya da diğer soruşturmalarla ilgili malzemelerin korunması gibi diğer meşru çıkarları göz önünde bulundurken

gerekli korumaları herkese açık ve etkili bir şekilde yürüttüklerine kanaat getirilirse 2. Madde'nin koşullarının yerine geleceği kanısındadır.

2. Madde, 2. fıkra 2. Madde, 2. fıkra aşağıdaki gibidir:

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için;

b Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için.

1. 2. Madde, 2. fıkranın kapsamı

McCann ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararında (27 Eylül 1995, Seri A No. 324, paragraf 148) bombalı bir saldırı için hazırlık yaptıklarından şüphelenilen üç IRA (İrlanda Cumhuriyet Ordusu) üyesi Birleşik Krallık güvenlik güçleri tarafından öldürülmüştür. Bu davada AİHM, 2. Madde, 2.fıkranın kapsamıyla (ve dolayısıyla bu maddenin 2. fıkrasında belirtilen koşullara uyulması gereken durumlarla ilgili) değerli bilgiler sunmuştur.

Mahkeme, 2. fıkrada tarif edilen istisnaların, bu hükmün kasten öldürmeyi kapsadığını, ancak bununla sınırlı olmadığını gösterdiği kanısındadır. Komisyon'un da belirttiği gibi, bütünlüğü içinde okunduğunda 2. Madde'nin metni, 2. fıkranın öncelikli olarak bir şahsı kasten öldürmeye izin veren koşulları tanımlamadığını, bu madde kapsamında “başvurulan kuvvetin” istenmeyen bir sonuç olarak ölüme sebebiyet verdiği durumları ele aldığını göstermektedir. Ancak başvuru kuvvet, a, b ya da c bentlerinde anılan amaçlardan birine ulaşmak için gerekli “kesin zorunluluk” halleriyle sınırlı kalmalıdır (bkz. Başvuru No. 10044/82, Stewart–Birleşik Krallık, 10 Temmuz 1984, *Decisions and Reports* 29, s.169-171).

2. “Kesin zorunluluk” kavramı ve öldürmeyi “haklı kılan” kuvvet kullanımı

Aynı dava kararında AİHM, kuvvete başvurmanın “kesin zorunluluk” olması kavramını tanımlanmıştır (paragraf 149). Aynı zamanda bu kavramı hangi sınırlar içinde ele aldığını da ortaya koymuştur (paragraf 150):

Bu bakımdan 2. Madde, 2. fıkrada kullanılan “kesin zorunluluk” terimi, Devlet’in gerçekleştirdiği bir eylemin AİHS’nin 8-11. Maddeleri’nin 2. fıkrasında geçen “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında başvuru zorunluluk koşulundan daha katı ve sıkı bir zorunluluk ölçütünün uygulanması gerektiğini göstermektedir. Özellikle başvuru kuvvet, 2. Madde, 2.a, b ve c bentlerinde belirtilen amaçlara ulaşılması için gerekli oranı aşmamalıdır.

Bu hükmün demokratik bir toplumdaki önemi uyarınca Mahkeme, yaptığı değerlendirmelerde özellikle ölüme sebebiyet verecek kasti kaba kuvvet kullanımının söz konusu olduğu durumlarda öldürme olaylarını son derece titiz bir şekilde gözden geçirmeli, sadece kaba kuvvete başvuran Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, inceleme altında bulunan eylemlerin planlanması ve kontrolü gibi konuları da içeren her tür koşulu göz önünde bulundurmalıdır.

AİHM bu davada koşulları göz önünde bulundurarak AİHS’nin 2. Maddesi’nin ihlâl edildiği kararına varmıştır.

3. Madde’nin uygulanmasına örnekler

Kurtarma operasyonları

Andronicou ve Constantinou–Kıbrıs davasında AİHM, nişanlı bir çiftin, genç erkeğin nişanlısına karşı tehditkâr davranışlar sergilemesi sonrasında polisin gerçekleştirdiği müdahale sırasında evlerinde vurularak öldürülmesi konusunda bir karar almıştır. Bu davada polis memurlarından biri silahını onüç kereden fazla ateşlemiştir. AİHM operasyon hazırlıkları ile ilgili aşağıdaki sonuca varmıştır (Andronicou ve Constantinou–Kıbrıs davası kararı, 9 Ekim 1997, *Reports* 1997-VI, paragraf 184-186):

Burada vurgulanması gereken şey kadının geceyarısından bir saat önce defalarca çığlıklar atarak Lefteris Andronicou’nun kendisini öldüreceğini söylemesi (bkz. yukarıdaki paragraf 59) ve Lefteris Andronicou’nun daha önce kadını döverek şiddete yatkın olduğunu göstermiş olmasıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 16). Bu koşullarda, Lefteris Andronicou’nun silahlı olduğu da düşünüldüğünde, yetkililer makul olarak geceyarısına az süre kaldığına göre

yapılan pazarlıkların başarısız olduğunu ve çiftin oturduğu daireye girip Andronicou'nun silahını elinden alarak onu tutuklamak ve Elsie Constantinou'yu kurtarmak için bir girişimde bulunmaları gerektiği kanısına varabilirdi.

Mahkeme'nin görüşü uyarınca yetkili makamların o anda ellerinde bulunan bilgilerden yola çıkarak operasyonda MMAD görevlilerini kullanma kararı haklı görülebilirdi. Planlanan operasyonun özellikleri düşünüldüğünde MMAD gibi yüksek düzeyde profesyonel eğitim almış bir birimin becerilerinden yararlanılması doğal görünmekteydi. MMAD görevlilerinin kullanılması kararı en son çare olarak görülmekteydi. Bu karar hem polisin komuta zincirinde, hem de bakanlıkta en üst seviyede tartışılmış (bkz. yukarıdaki paragraf 55) ve ancak pazarlıklar başarısız olduğunda ve yukarıda da belirtildiği gibi, makul bir şekilde varılan genç kadının hayatının acil bir tehlike altında olduğu kanısı üzerine uygulanmıştır. Operasyonda yer alan polis görevlileri, kendilerine ateş açıldığında silahla karşılık vermek üzere eğitilmişti, ancak aynı zamanda silahlarını ne zaman kullanacaklarıyla ilgili açık talimatlar da almışlardı. Yalnızca durumla orantılı kuvvet kullanmaları ve yalnızca eğer Elsie Constantinou'nun ya da kendilerinin hayatı tehlikedeyse ateş etmeleri söylenmişti (bkz. yukarıdaki paragraf 38).

Operasyonda silah kullanılmasının amaçlanmadığını ve yetkili makamların çifte herhangi bir zarar gelmesini önlemek için azami dikkat sarf ettiğini de belirtmek gerekir (bkz. yukarıdaki paragraf 38 ve 54). Ancak görevlileri, kendilerini bekleyen tehlike hakkında uyarmak ve onları ateşli silahları ne zaman kullanacakları konusunda dikkatli bir şekilde yönlendirmek makul bir önlem sayılabilirdi. Ayrıca, görevlilerin Lefteris Andronicou'nun elinde av tüfeğinden başka silahlar olduğu konusunda kesin bir bilgi almadıklarının da vurgulanması gerekir. Kendilerine bunun ihtimal dahilinde olabileceği bilgisi verilmişti (bkz. yukarıdaki paragraf 38). Bu açıdan bakıldığında verilen bu mesaj, görevlilerin operasyon sırasında büyük bir dikkatle hareket etmeleri yolunda bir uyarı olarak değerlendirilebilir.

Görevlilere makineli tüfek verme kararına gelince, planın uygulanmasında ateşli silahların kullanılmasının hiçbir zaman amaçlanmadığını bir kez daha vurgulamakta yarar bulunmaktadır. Ne var ki Lefteris Andronicou'nun çift namlulu bir av tüfeği taşıdığı ve ayrıca elinde başka silahlar da bulunduğu ihtimali göz önüne alındığında yetkili makamların her tür olaya hazırlıklı olması gerekmektedir. Buna bir de makineli tüfeklerin üzerinde spot ışığı olduğu ve bu sayede gözyaşı gazıyla dolu bir odada genç kadının tam yerini belirlemede yaşayacakları sorunları bertaraf edebilecekleri ve kendilerine ateş açıldığında ellerinin silahlarını kullanmak için serbest kalacağı avantajını da ilâve etmek

gerekir. Kaldı ki görevlilerin makineli tüfeklerini kullanma koşulları, tabancalar gibi açık talimatlara bağlanmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 38).

Yukarıdaki bulguları göz önünde bulunduran Mahkeme, kurtarma operasyonunun çiftin hayatına gelebilecek tehlikeleri en aza indirgeyecek biçimde planlanıp düzenlenmediğini gösterecek delil bulunmadığı görüşündedir.

Emniyet görevlilerinin davranışıyla ilgili olarak da Mahkeme aşağıdaki karara varmıştır (Andronicou ve Constantinou–Kıbrıs davası kararı, 9 Ekim 1997, *Reports* 1997-VI, paragraf 191-193):

Mahkeme, kurtarma operasyonunun yalnızca Elsie Constantinou'yu kurtarma ve Lefteris Andronicou'yu tutuklama amacını taşıdığını ve ölüme sebebiyet verebilecek herhangi bir kuvvet kullanımı sonucu çifte gelebilecek hayati tehlikeyi en aza indirgeyecek biçimde düzenlendiğini daha önce ortaya koyduğunu hatırlatır (bkz. yukarıdaki paragraf 186). Görevlilerin ölüme yol açan kuvvet kullanımına başvurmaları, Lefteris Andronicou'nun evin basılmasına verdiği şiddetli tepkinin doğrudan sonucu olarak gerçekleşmiştir. Andronicou, odaya ilk giren görevliyi öldürmeye teşebbüs etmiştir.

Araştırma komisyonu toplanan delillerden yola çıkarak Lefteris Andronicou'nun ikinci kurşunu Elsi Constantinou'ya sıktığını belirlemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 134). Böylece Andronicou'nun tepkisi, Elsie Constantinou ve kurtarma ekibine teşkil ettiği gerçek ve yakın tehlikeyi ortadan kaldırmak için anlık kararların alınmasının gerektiği bir ortam oluşturmuştur. 2 no.'lu görevli, Lefteris Andronicou'nun bir meslektaşını öldürdüğüne, diğerini ise yaraladığına ve tüfekteki ikinci fişegin hâlâ dolu olduğuna inanmaktaydı. Odaya girdiğinde Lefteris Andronicou'nun Elsie Constantinou'yu sıkıca tuttuğunu ve tehditkâr bir hareket yapmak üzere olduğunu görmüştür. Ayrıca Lefteris Andronicou'nun başka silahları olabileceğine inanmaktadır. Daha sonra anlaşıldığı üzere Andronicou'nun başka silahı yoktur ve 2 no.'lu görevli odaya girdiğinde tüfek elinde değildir.

Ancak Mahkeme, araştırma komisyonunun bulgularına göre, 2 ve 4 no.'lu görevlilerin samimi olarak mevcut şartlar altında Elsie Constantinou'yu ve kendi hayatlarını kurtarabilmek için Andronicou'yu öldürmenin ve eline bir silah geçirme ihtimalini yok etmek için üzerine sürekli ateş açmanın gerekli olduğuna inandıklarını kabul etmektedir. Bu açıdan Devlet görevlilerinin AİHS'nin 2. Madde, 2. fıkrasında tanımlanan amaçlardan birine yönelik olarak kuvvete başvurmalarının bu hüküm kapsamında haklı görülebileceği, kuvvete başvurma kararının alındığı anda haklı olarak doğru bir karar olarak görüldüğü, ancak daha sonra yanlış bir karar olduğunun ortaya çıktığı belirtilmelidir. Aksini iddia etmek Devlet'in ve kolluk kuvvetlerinin üzerine gerçekçi

olmayan bir yük getirecek, bunun da bedelini kendilerinin ya da başkalarının hayatı ile ödemek zorunda kalabileceklerdir (bkz. yukarıda belirtilen McCann ve Diğerleri, s. 58-59, paragraf 200).

Bu olayda Leftreis Andronicou'nun teşkil ettiği tehlikeyi bertaraf etmek için bu kadar çok ateş açılması son derece talihsiz bir harekettir. Ancak Mahkeme, bu olayda durumu değerlendirirken koşullardan kendini sıyrıp, daha önce yaşamadıkları ve bir daha yaşamayacakları bu hayat kurtarma operasyonunda anlık tepkiler vermeleri gereken görevlilerin yerine karar alamaz. Görevliler hayat kurtarma amacıyla ateş açma ve genç kadının hayatına ya da kendi hayatlarına karşı oluşan riskleri ortadan kaldıracığına dürüstçe ve makul biçimde inandıkları her tür önlemi alma yetkisine sahipti. Araştırma komisyonunun yaptığı inceleme sırasında görevlilerin attığı kurşunlardan yalnızca ikisinin genç kadına isabet ettiği görülmüştür. Bu mermiler son derece trajik bir şekilde ölmesine neden olsa da görevlilerin açtığı ateşin genç kadına da isabet etmesinin nedeni Lefteris Andronicou'nun ona sıkıca sarılması ve onu tehlikeye atmasıdır.

Dolayısıyla Mahkeme, bu durumda ölümlerle sonuçlanan kuvvet kullanımının son derece üzücü olsa da Elsie Constantinou ve görevlilerin yaşamlarını savunma amacını yerine getirmek için "kesin zorunluluk" ilkesinin ötesine geçmediği ve davalı Devlet'in AİHS'nin 2. Paragraf, fıkra 2.a kapsamındaki yükümlülüklerini ihlâl etmediği sonucuna varmıştır.

Bu karara zıt bir karar örneği: Gül–Türkiye davası kararı, 14 Aralık 2000 (Başvuru No. 22676/93, paragraf 78-82).

Barışı koruma operasyonları

Güleç–Türkiye davası, kolluk kuvvetlerinin silahlarını kullandığı bir gösteri sırasında bir kişinin ölmesiyle ilgilidir. Mahkeme aşağıdaki karara varmıştır (Güleç–Türkiye davası kararı, 27 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, paragraf 70-73):

[...] Komisyon'un da haklı bir şekilde işaret ettiği üzere, gösteri barışçıl olmaksızın çok uzaktır, çünkü ilçedeki taşınır ve taşınmaz mallara zarar verilmiş ve bazı jandarmalar yaralanmıştır. Ciddi şiddet eylemleriyle karşı karşıya kalan güvenlik güçleri yardım çağırmıştır ve iki zırhlı araç olay yerine gelmiştir. Condor'un sürücüsü Astsubay Nazım Ayhan, havaya ateş ettiğini söylerken, kasanın ileri gelenlerinin de aralarında bulunduğu çok sayıda görgü tanığı kalabalığa doğru ateş edildiğini söylemiştir. Bu iddia Hükümet tarafından inkâr edilmiş olsa da, yaralanan göstericilerin hemen hemen hepsinin bacaklarından vurulmuş olduğu gerçeğiyle teyit edilmiştir; bu durum zırhlı bir aracın

taretinden aşağıya doğru ateşlenen kurşunların sekmesiyle meydana gelen yaralanmaları açıklamaktadır

Mahkeme, Komisyon gibi, mevcut davada kuvvet kullanımının, 2. Madde'nin 2. fıkrasının (c) bendi kapsamında haklı gösterilebileceğini kabul eder; ancak bu hususta amaçlanan hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir denge kurulması gerektiği açıktır. Jandarmalar, çok güçlü bir silah kullanmışlardır, çünkü copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazları yoktur. Bu malzemelerin olmaması, tamamen anlaşılabilir ve kabul edilemezdir, çünkü Şırnak ili, Hükümet'in de belirttiği üzere, olağanüstü halin ilân edildiği bir bölgedir, söz konusu tarihte her türlü kargaşanın çıkması olasıdır.

Göstericilerin arasında silahlı teröristlerin olup olmadığı hususuna ilişkin olarak Mahkeme, Hükümet'in bu iddiayı desteklemek için herhangi bir delil ortaya koymadığına dikkat çekmektedir. Öncelikle, jandarmalardan hiçbiri ne başvurusunun oğlunun öldüğü yerde ne de göstericilerin geçtiği diğer yerlerde kurşunla yaralanmıştır. İkinci olarak, olay yerinde PKK üyelerine ait olduğu düşünülen herhangi bir silah ya da boş kovan bulunmamıştır. Ayrıca olaylardan sonra güvenlik güçleri tarafından boş kovanları toplanan ve el konulan on üç tüfeğin sahipleri aleyhinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde açılan dava beraatla sonuçlanmıştır. Çünkü davalılar söz konusu olaylarda yer almamışlardır (bkz. yukarıdaki paragraf 8).

Sonuç olarak, Mahkeme, davaya neden olan olaylar sırasında Ahmet Güleç'in ölümüne sebebiyet veren ve göstericileri dağıtmak amacıyla başvuru kuvvetin 2. Madde kapsamında kesinlikle zorunlu olmadığı kanaatine varmıştır.

Askeri operasyonlar

Ergi-Türkiye davası (28 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV) güvenlik kuvvetleri tarafından PKK üyelerine karşı kurulan bir pusuyla ilgilidir. Başvurucu kız kardeşinin, tehlikenin yer aldığı yönün tam tersi bir yöne sürekli ateş açan güvenlik güçlerinin attığı kör kurşunlarla vurulup öldüğünü iddia etmiştir. Mahkeme aşağıdaki sonuca varmıştır (Ergi-Türkiye davası kararı, 28 Temmuz 1998, *Reports* 1998-IV, paragraf 79-81 ve 86):

[...] Devlet'in ifadesine göre, güvenlik güçleri bir pusu operasyonu düzenlemiş ve köy civarında PKK ile silahlı çatışmaya girmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 16-17). Yukarıda değinildiği gibi Devlet, Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçlerince ateşlendiği iddiasına karşı çıkmış, Mahkeme de bunun tespit edilmediğini belirtmiştir.

Dahası, AİHS'nin 2. Maddesi 1. Madde ile birlikte okunduğunda, Devlet'ten yaşama hakkını etkili bir şekilde "güvence" altına alması için bazı önlemler alması istenebilir.

Yukarıdaki hususların ışığı altında, Devlet'in sorumluluğunun Devlet görevlilerinin açtığı ateşin bir sivilin ölümüne neden olduğuna dair önemli delillerin mevcut olduğu hallerle sınırlı olmadığı konusunda, Mahkeme, Komisyon'un fikrini paylaşmaktadır. Devlet'in sorumluluğu, karşıt bir gruba yönelik olarak gerçekleştirilen güvenlik operasyonunun kurgu ve yöntem seçiminde sivil hayatın kazaen kaybını engellemek ve her durumda en aza indirmek amacıyla, uygun önlemlerin alınmadığı durumlarda da devreye girebilir.

Böylece, Havva Ergi'yi öldüren merminin güvenlik güçleri tarafından ateşlendiği makul şüphenin ötesinde tespit edilmemiş olmasına rağmen, Mahkeme, güvenlik güçlerinin operasyonunun pusuya yakalanan PKK mensuplarının ateş gücünden gelebilecek zararlar da dahil olmak üzere, köylülerin hayatına gelebilecek zararları engelleyebilecek, en aza indirgeyebilecek nitelikte planlanıp planlanmadığını ve yürütülüp yürütülmediğini incelemelidir.

[...] Diğer taraftan, jandarma görevlilerinin Komisyon'a sundukları ifadelerden, pusunun köyün kuzeybatısında köy ve pusu arasındaki mesafe bilinmeden gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. PKK teröristlerinin köye, kuzeydeki yolu takip ederek ya da nehir yatağını takip ederek kuzeydoğudan gelebilecekleri, bu durumda güvenlik güçlerine görünmeden kuzeybatı yönünden köye sızabilecekleri tahmin edilmiştir.

[...] Mahkeme, Komisyon tarafından yapılan tespitlere (bkz. yukarıdaki paragraf 34-41) ve kendi bulgularına göre, Havva Ergi'yi öldüren merminin güney ya da güney doğu yönünden ateşlenmiş olmasının mümkün olduğunu, güvenlik güçlerinin güney yönünde bulunduğunu ve güvenlik güçleri ile PKK arasındaki çapraz ateş nedeniyle sivil şahısların hayatlarına karşı gerçek bir tehlikenin doğduğu kanısına varmıştır. Mahkeme, davalı Devlet'in yetkili makamlarının, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğrudan delil sunmamasına bağlı olarak, Komisyonun, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı şeklindeki görüşlerine katılmış ve aynı tespitte bulunmuştur.

Dolayısıyla AİHS'nin 2. Maddesi ihlâl edilmiştir.

AİHS 3. Madde – İşkence yasağı

3. Madde bükümleri şu şekildedir:

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.

1. Kapsam ve kavramlar

3. Madde'nin kapsamı

Bu maddenin kapsamı mutlaktır. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararından anlaşılan da budur (18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 65, paragraf 163):

Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme'nin ve 1 ve 4 No.'lu Protokollerin ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. Madde istisnalara yer vermediği gibi, 15. Madde 2. fıkra hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir acil durum halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz.

Bunun sonucu olarak, 4 Aralık 1995 tarihli Ribitsch–Avusturya davası kararında (Ribitsch–Avusturya davası kararı, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Başvuru No. 18896/91 Seri A No. 336, paragraf 38) AİHM, şu açıklamayı yapma fırsatı bulmuştur:

[...] Özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişiye, tamamen kendi davranışının gerekli kılması dışında fiziksel kuvvet uygulanması insan haysiyetini zedeler ve Sözleşme'nin 3. Maddesi'nde yer alan hakkı ihlâl eder. Mahkeme bu kararında, bir tahkikatın gerektirdiği önlemler ile suçla mücadelenin içerdiği reddedilmez zorlukların, bireylerin fiziksel bütünlüğünün korunmasını sınırlandırmak için gerekçe olamayacağını bir kez daha vurgulamaktadır (bkz. Tomasi–Fransa davası, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A No. 241-A, s. 42, paragraf 115).

Burada özellikle vurgulanması gereken, eğer alıkonulan bir kişi, özgürlüğünden yoksun tutulmaya başlandığı anda sağlıklı durumda olup da salıverildiğinde yara bere izleri taşıyorsa, bunun 3. Madde'nin ihlâli için karine teşkil edeceğidir. Bu konuda, Selmouni–Fransa davası, 28 Temmuz 1999 tarihli karar, *Reports* 1999-V, paragraf 87'ye atıfta bulunulabilir:

Mahkeme, polis tarafından sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişinin yaralı olarak salıverilmesi durumunda, Devletin bu yaraların nasıl oluştuğu hakkında inandırıcı bir açıklamada bulunmakla yükümlü olduğu, bunun yapılmaması halinde Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamına giren bir durum ortaya çıkacağı görüşündedir (bkz. Tomasi–Fransa davası, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A

No. 241-A, s. 40-41, paragraf 108-111, ve Ribitsch–Avusturya davası, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Seri A No. 336, s. 25-26, paragraf 34).

Başvurucunun sağ kolunun iç ve dış kısmında çürükler saptandığı Ribitsch–Avusturya davasında benimsenen çözüm buydu (Ribitsch–Avusturya davası, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Başvuru No. 18896/91, Seri A No. 336, paragraf 31 ve 34):

Komisyon'un görüşüne göre, polis tarafından gözaltına alınan kişiler tamamen polisin elinde olduklarından, Devlet ahlaki açıdan bu kişilerden sorumludur. Polisteki gözaltı sırasında kişinin yaralanması durumunda, mağdurun olaylara ilişkin ifadesine, hele ki bu ifade tıbbi raporlarla desteklenmişse, şüphe düşüren delilleri sunmak Devletin görevi olmaktadır.

[...] Sunulan maddi deliller ışığında Mahkeme, başvurucunun yaralarının – tamamen, çoğunlukla veya kısmen – polis tarafından gözaltında tutulduğu sırada maruz kaldığı muamele dışında herhangi bir diğer nedenle oluştuğuna dair Devletin tatmin edici veriler sunmadığı sonucuna varmıştır.

(Bkz. Aynı mealdeki Berktaş–Türkiye davası, 1 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 22493/93, paragraf 167.)

Bu bağlamda, Devletlerin başvurucuların şikayetine konu teşkil eden olaylara ilişkin adli takibat bulgularıyla AİHM'nin kendisini bağlı görmediği önemle vurgulanmalıdır. Selmouni–Fransa davası kararında (Selmouni–Fransa davası, 28 Temmuz 1999 tarihli karar, *Reports* 1999-V, paragraf 87) AİHM şu saptamada bulunmuştur:

Mahkeme ayrıca, ileri sürdüğü cezai suçlama ve davaya taraf olarak katılma başvurusunda Bay Selmouni'nin, iddialarını ilgili polis memurlarına yöneltmiş olduğuna (bkz. yukarıdaki 28. paragraf) ve onların işlediği suçun yalnızca Fransız mahkemelerinin, özellikle de ceza mahkemelerinin yetki alanına girdiğine işaret etmektedir. İç hukuk uyarınca gerçekleştirilen yargılamanın sonuçları ne olursa olsun, polis memurlarının mahkum olmaları veya beraat etmeleri, davalı Devleti Sözleşme çerçevesinde üstlendiği yükümlülüklerden kurtarmaz (bkz. yukarıda belirtilen Ribitsch kararı). Bu nedenle, davalı Devlet Bay Selmouni'nin yaralarının nasıl oluştuğuna dair inandırıcı bir açıklamada bulunmakla yükümlüdür.

Daha önce, yukarıda belirtilen Ribitsch davasında (4 Aralık 1995 tarihli karar, Seri A No. 336, paragraf 34-38), başvurucunun bir araç kapısının üstüne düşerek yaralandığı yolunda Devletin getirdiği açıklama, AİHM tarafından ikna edici bulunmamıştı. Devlet, 3. Madde çerçevesindeki sorumluluğundan kurtulmak için, iç hukuktaki ceza yargılaması sonucuna atıfta bulunmakla yetinmişti.

Her durumda, 3. Madde, aynen 2. Madde'de olduğu gibi, Devleti usul yönünden tahkikat yapmakla yükümlü kılmaktadır. Bu konuda, Labita–İtalya davası kararında

şu saptamada bulunulmuştur (Labita-İtalya davası, 6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 26772/95, paragraf 131)):

Mahkeme, bir kişi tarafından polis veya benzeri Devlet görevlilerinin elinde 3. Madde'yi ihlâl edici muameleye maruz kaldığına dair inandırıcı bir iddiada bulunulması durumunda, bu hükmün Sözleşme'nin 1. Maddesi'nde yer alan "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıma" konusunda Devletin üstlendiği genel görev ile birlikte okunduğunda, etkin bir soruşturma yapılmasını zımnen gerektirdiği görüşündedir. 2. Madde uyarınca yapılacak soruşturmada olduğu gibi, bu soruşturmanın da sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını sağlayıcı yeterlilikte olması gerekir (bkz. Sözleşme'nin 2. Maddesi'ne ilişkin olarak, McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası, 27 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 324, s. 49, paragraf 161; Kaya-Türkiye davası, 19 Şubat 1998 tarihli karar, Reports 1998-I, s. 324, paragraf 86; ve Yasa-Türkiye davası, 2 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VI, s. 2438, paragraf 98). Aksi takdirde, bütün temel önemine rağmen, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezanın uygulanmasına ilişkin genel hukuki yasak (bkz. yukarıdaki paragraf 119) uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda Devlet görevlilerinin denetimleri altında bulundurdıkları kişilerin haklarını tam bir dokunulmazlık içinde istismar etmeleri mümkün olur (bkz. yukarıda belirtilen Assenov ve Diğerleri davası kararı, s. 3290, paragraf 102).

Bu bağlamda, 10 Ekim 2000 tarihli Akkoç-Türkiye davası kararı, gözaltı sırasında kötü muameleye tâbi tutulan kişilerin tıbbi muayenesinde uyulması gereken temel koşulları belirlemiştir (Akkoç-Türkiye davası, 10 Ekim 2000 tarihli karar Başvuru No. 22947 ve 22948/93, paragraf 118):

Mahkeme, gözaltından çıkan kişilerin bağımsız ve ayrıntılı bir doktor muayenesinden geçirilmesinin önemini vurgulayan Komisyon görüşünü teyit etmektedir. [...] Söz konusu muayeneler, uzman hekim tarafından, hiçbir polis memurunun hazır bulunmadığı bir ortamda yapılmalı ve muayene raporunda hem yara bulguları ayrıntılı olarak açıklanmalı, hem de bu yaraların nasıl oluştuğuna dair hastanın ifadesi ile bu ifadenin yara bulgularıyla tutarlı olup olmadığına ilişkin hekim görüşüne yer verilmelidir. Bu davadaki gelişigüzel ve toplu halde muayene uygulaması bu güvencenin etkinliği ve güvenilirliğini azaltmaktadır.

Şüphesiz, tüm bu hususlar ancak mağdura şiddet uygulandığını gösteren asgari delillerin bulunması halinde geçerli olur. Bu nedenle, Büyükdag-Türkiye davası kararında [IV. Seksiyon] (21 Aralık 2000, Başvuru No. 28340/95, paragraf 46,

yalnızca Fransızca metin-resmî olmayan tercüme) AİHM şu saptamada bulunmuştur:

Kötü muamele iddiaları Mahkeme önünde tutarlı delillerle desteklenmelidir (bkz. gerekli değişikliklerle, Klaas–Almanya davası, 22 Eylül 1993 tarihli karar, Seri A No. 269, s. 17, paragraf 30). İddia edilen olayların gerçekliğini tespit amacıyla Mahkeme “makul şüphenin ötesinde ispat” standardını uygulamaktadır; bu gibi ispat, yeterince güçlü, açık ve tutarlı varsayımlara veya olaylara ilişkin itiraza mahal bırakmayan benzer karinelere dayanmalıdır (İrlanda–Birleşik Krallık davası, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri A No. 25, s. 65, paragraf 161’in tamamı).

AİHM ayrıca şu saptamada da bulunmuştur (aynı karar, paragraf 53, yalnızca Fransızca metin-resmî olmayan tercüme):

Diğer şiddet iddiası hakkında ise Mahkeme, doktor muayenesi ile saptanabilecek fiziksel veya ruhsal izler bırakan türde olmamasına rağmen, koşullara bağlı olarak bu tür bir muamelenin Sözleşme’nin 3. Maddesi kapsamına girebileceğini kabul etmektedir.

O davada mağdur, diğer iddiaların yanı sıra, soyunukken üzerine tazyikli su sıkıldığını da iddia etmişti.

Kurt–Türkiye davasında, başvuru oğlunun en temel yasal güvencelerden yoksun ve yoğun fiziksel işkencenin uygulandığı bir ortamın yarattığı koşullarda kaybolması nedeniyle, davalı Devlet’in 3. Maddeyi ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Başvuru ayrıca, güvenlik güçlerinin vurduğu darbelerin izlerini kendi gözleriyle gördüğünü ve bu nedenle oğlunun yakalandıktan sonra fiziksel işkenceye maruz kaldığının anlaşıldığını belirtmiştir. Bu davada AİHM başvuru oğlunun askerler tarafından yakalandığını kabul etmiştir. Ancak, AİHM şu saptamada bulunmuştur (Kurt–Türkiye davası, 25 Mayıs 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-III, paragraf 116-117):

Özellikle, başvuru oğlunun gerçekten 3. Madde’nin ihlâli anlamına gelecek bir kötü muamele mağduru olduğunu gösteren somut deliller sunmamıştır; aynı şekilde başvuru, davalı Devlette yakalanan kişilerin gözaltında kaybolması ve bununla bağlantılı olarak kötü muamele uygulamalarına yönelik resmi bir hoşgörü yaklaşımının mevcut olduğu iddiasını destekleyen herhangi bir delil de sunmamıştır.

Mahkeme, Komisyon’la aynı görüşü paylaşmakta ve başvuru oğlunun davalı Devlet’in oğlu konusunda 3. Madde’yi ihlâl ettiği iddiasını içeren yakınmalarının [...] Sözleşme’nin 5. Maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini düşünmektedir.

Kaldı ki aşağılayıcı muamele Devlet görevlileri dışındaki kişiler tarafından uygulandığında bile 3. Madde devreye girer. Bu konuda, bkz. özellikle Mahmut Kaya–Türkiye davası kararı [I. Seksiyon] (28 Mart 2000, Başvuru No. 22535/93, paragraf 115-116):

Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlüklerin kendi yetkilerine giren alanda güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla, Sözleşme’nin 1. Maddesinde Yüksek Sözleşmeci Taraflara getirilmiş olan yükümlülük 3. Madde ile birlikte mütalâa edildiğinde, Devletlerin yetki alanları içinde bulunan bireylerin, özel kişiler tarafından uygulananlar da dahil olmak üzere, işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tâbi tutulmasını önleyici tedbirleri almalarını gerekli kılar (bkz. A.–Birleşik Krallık davası, 23 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VI, s. 2699, paragraf 22). Buna göre, hukuki çerçevenin gerekli korumayı sağlayamaması (örneğin, bkz. yukarıda belirtilen A. davası kararı, s. 2700, paragraf 24) veya bilgileri dahilinde olan veya olması gereken kötü muamele riskinden kaçınmak için yetkililerin makul adımları atmamaları durumunda Devletin sorumluluğu devreye girebilir (örneğin, gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Osman davası kararı, s. 3159-3160, paragraf 115-116).

Mahkeme, yetkililerin, Hasan Kaya’nın yaralı PKK mensuplarına yardım ettiği şüphesiyle hedef alınma riski altında olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği görüşündedir. Adı geçen şahıs, hayatının somut önlemlerle korunmamış olması ve ceza yasasındaki genel eksiklikler nedeniyle, eylemleri konusunda hesap vermek durumunda olmayan kişiler eliyle hem yargısız infaz, hem de kötü muameleye maruz kalmak tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Bu durumda, Hasan Kaya’nın kaybolması sonrasında ve ölümü öncesinde maruz kaldığı kötü muameleden Devlet açıkça sorumludur.

Son olarak, Devletlerin almak zorunda oldukları somut önleyici tedbirlere ek olarak, yeterli mevzuat hükümlerini de yürürlüğe koymaları gerekir. Bunun bir örneğini, A.–Birleşik Krallık davası kararında görüyoruz; 23 Eylül 1998, Reports 1998-VI. Bu kararda AİHM şöyle demiştir (paragraf 22-24):

Mahkeme, Yüksek Sözleşmeci Tarafların Sözleşme’nin 1. Maddesi çerçevesinde üstlendikleri, kendi yargı yetkisi alanlarında bulunan herkesin Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak yükümlülüğünün 3. Madde ile birlikte mütalâa edildiğinde, Devletlerin yetki alanında bulunan bireylerin, resmi görevliler dışındaki kişiler tarafından uygulanan kötü muamele de dahil olmak üzere, işkence veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalmamaları için gerekli önlemleri almak mükellefiyetini getirdiği görüşündedir (bkz. gerekli değişikliklerle, H.L.R.–Fransa davası kararı,

Reports 1997-III, s. 758, paragraf 40). Özellikle, çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişilerin, kişisel bütünlüğe karşı bu gibi ağır ihlallere karşı, Devletler tarafından etkin caydırıcı önlemlerle korunma hakları vardır (bkz. gerekli değişikliklerle, X. ve Y.–Hollanda davası, 26 Mart 1985 tarihli karar, Seri A No. 91, s. 11-13, paragraf 21-27; Stubbings ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1996 tarihli karar, Reports 1996-IV, s. 1505, paragraf 62-64; ve ayrıca BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, Madde 19 ve 37).

Mahkeme, İngiliz hukuku uyarınca, çocuğa karşı darp ve cebir uygulandığı yolunda suç isnadına karşı, uygulanan muamelenin “çocuğun makul ölçüde terbiye edilmesi” olduğu görüşünün savunma olarak kullanılabileceğinin bilincindedir (bkz. yukarıdaki paragraf 14). Uygulanan darp ve cebrin yasal cezalandırma sınırlarını aştığını makul şüphenin ötesinde ispatlama yükü iddia makamına aittir. Bu davada, başvuruçunun maruz kaldığı muamele 3. Madde kapsamına girecek kadar ciddi boyutta olmasına rağmen, jüri söz konusu uygulamanın faili olan üvey babayı beraat ettirmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 10-11).

Mahkeme'nin görüşüne göre, 3. Madde'ye aykırı olan muamele veya cezalandırmaya karşı yasa başvuruçuyu yeterince korumamaktaydı. Nitekim, Devlet de yasanın bu haliyle çocuklar için yeterli koruma getirmediği ve değiştirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Bu davanın koşullarına göre, yeterli koruma sağlanmaması Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ihlâlüne yol açmıştır.

Ayrıca, 3. Madde en ufak bir insanlık dışı muamele tehdidi belirlediği anda, yani böyle bir muamele daha gerçekleşmeden devreye girebilir.

Yine de, Campbell ve Cosans–Birleşik Krallık davasında (25 Şubat 1982, Seri A No. 48, s. 13-14, paragraf 30) AİHM okulda fiziksel ceza uygulanması tehdidinin, 3. Madde'nin ihlâlüne yol açmak için gerekli eşige varan derecede onur kırıcı veya aşağılayıcı uygulama teşkil etmediği görüşünü benimsemiştir.

Ancak, bir kişinin işkence veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalacağına dair ciddi ve inandırıcı verilerin bulunması halinde, AİHM 3. Maddeyi uygulamaktadır. Buna göre, Soering–Birleşik Krallık davasında (7 Temmuz 1989, Seri A No. 161, s. 35-36, paragraf 91) AİHM başvuruçunun karşı karşıya bulunduğu tehdidin niteliği itibarıyla söz konusu Madde hükümlerinin ihlâlüne yol açabileceğini düşünmüştür. Bu dava, başvuruçunun genellikle “idam koğuşu” olarak bilinen olağanüstü ağır koşullarda ölüm cezasının infaz edilmesini bekleyeceği bir ülkeye (A.B.D. ve özellikle de Virginia Eyaleti) iadesi ile ilgiliydi ve Virginia Eyalet Savcısı, davanın ölüm cezasını gerektirdiği görüşünde olduğu için bu cezayı talep etmişti ve

bu talebinde de ısrarlıydı. AİHM şu görüşü benimsemiştir (s. 39, paragraf 90 ve 98-99):

Genellikle, Sözleşme'ye ilişkin fiili veya muhtemel ihlaller Sözleşme kurumları tarafından dile getirilmez. Ancak, eğer bir başvuru iade edilmesi konusundaki kararın uygulanması halinde, bu uygulamanın iade edileceği ülkede doğuracağı ve önceden bilinen sonuçların 3. Madde'nin ihlali olacağı iddiasında ise, bu Madde'nin sağladığı güvencelerin etkinliğini sağlamak için, maruz kalınabilecek riskin ciddiyeti ve onarılmaz nitelikte olması nedeniyle, bu ilkedan uzaklaşmak mümkündür.

[...]

İsnat edilen suç hakkında dava açmakla sorumlu olan ulusal iddia makamı bu kadar katı bir tutum benimseyecek olursa, başvurunun ölüm cezasına çarptırılma ve dolayısıyla "idam koğuşu" deneyimini yaşama riskiyle gerçekten karşı karşıya olduğunu düşündürecek hiçbir inandırıcı neden bulunmadığı yolunda Mahkeme'nin görüş bildirmesi pek mümkün olmaz.

Buna göre, ilgili kişinin bu "olguya" maruz kalması ihtimali, 3. Maddeyi devreye sokacak niteliktedir.

3. Madde'nin bu şekildeki genişletilmiş uygulaması, içerdiği kavramların kesin analizi yoluyla açıklığa kavuşturulmalıdır.

3. Maddede bulunan kavramlar

İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kavramı

3. Madde'de kullanılan kavramlar esas olarak görecelidir. B.–Fransa davası kararı (25 Mart 1992, Seri A No. 232-C, s. 87, paragraf 83) bu konudaki öncü karar olmakla birlikte, AİHM'nin "insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele" tanımını özetleyen nispeten yeni bir karardır:

Söz konusu muamelenin 3. Madde'nin ihlali anlamına gelmesi için, asgari derecede şiddet içermesi gerekir. Bu asgari derecenin değerlendirilmesi de esas olarak görecelidir; bu değerlendirme davanın tüm koşullarına, özellikle de nitelik ve içeriğine, muamelenin süresine, fiziksel veya ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyet, yaş ve genel sağlık durumuna bağlıdır (İrlanda–Birleşik Krallık davası, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri A No. 25, s. 65, paragraf 162 ve Tyrer–Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26, s. 14-15, paragraf 29-30).

Bir davada Mahkeme aynı muameleyi, önceden tasarlanmış ve uzun saatler boyunca uygulanmış olması ve "fiili bir bedensel yaralanmaya yol açmamakla birlikte, en azından yoğun fiziksel ve ruhsal ezaya" sebebiyet vermesi nedeni-

yle, hem “insanlık dışı”, hem de mağdurlarda korku, ıstırap ve aşağılık duygusu uyandıracak kadar onur kırıcı ve alçaltıcı olması ve muhtemelen mağdurların fiziksel ve ruhsal direncini kırıcı nitelikte olması nedeniyle “aşağılayıcı” kabul etmiştir (yukarıda belirtilen İrlanda Birleşik Krallık davası kararı, s. 66, paragraf 167 ve Soering–Birleşik Krallık davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 161, s. 39, paragraf 100).

Bu tanımın ışığında, AİHM oldukça mantıklı bir yorumda bulunarak, bir eğitim kurumundan iki gün süreyle uzaklaştırılmanın, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak sınıflandırılacak kadar ağır bir muamele olmadığına işaret etmiştir (Efstratiou–Yunanistan davası, 18 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-VI, paragraf 41).

Muamelenin aleni olması da tayin edici bir faktör olmayabilir. Bu konuda bkz. Raninen–Finlandiya davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VIII, paragraf 55:

[...] bir ceza veya muamelenin 3. Madde bağlamında “aşağılayıcı” olup olmadığını değerlendirirken Mahkeme, söz konusu ceza veya muamelenin amacının mağduru aşağılamak veya onurunu kırmak olup olmadığını ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla mağdurun kişiliği üzerinde 3. Madde kapsamına girecek şekilde olumsuz etki yaratıp yaratmadığını dikkate alacaktır (bkz. Albert ve Le Compte–Belçika davası, 10 Şubat 1983 tarihli karar, Seri A No. 58, s. 13, paragraf 22). Bu bağlamda, ceza veya muamelenin aleni olup olmadığı önem kazanabilir. Yine de muamelenin aleni olmamasının, söz konusu muamelenin bu kategoriye girmesini mutlaka engellemeyeceği unutulmamalıdır: mağdurun, başkalarının gözünde olmasa bile, kendi gözünde aşağılanması pekâlâ yeterli olabilir (bkz. Tyrer–Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26, s. 16, paragraf 32).

Ayrıca, bir muamelenin aşağılayıcı olması için, o muameleden yakınan kişinin onurunu kırmak amacıyla kasıtlı olması mutlaka gerekli değildir. Bu bağlamda, bkz. V.–Birleşik Krallık davası, 16 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24888/94, paragraf 71):

Bir ceza ve bununla bağlantılı olan muamelenin “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” olması için, bunların yol açtığı ıstırap ve aşağılanma duygusunun, herhangi bir meşru muamele veya cezanın yol açtığı kaçınılmaz ıstırap ve aşağılanma duygusundan her halükârda daha ileri boyutta olması gerekir (a.g.e.). Söz konusu muamelenin mağdurun onurunu kırmak veya onu alçaltmak amacını taşıyıp taşımadığı ise, ayrıca dikkate alınması gereken bir faktördür (bkz. örneğin, Raninen–Finlandiya davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VIII, s. 2821-2822, paragraf 55); ancak, böyle bir amacın olması, 3. Madde’nin ihlâl edildiği sonucuna varılmasını mutlaka engellemez.

İşkence kavramı

İnsanlık dışı muamele ve aşağılayıcı muamele için benimsenen bu tanımlara işkence tanımı da eklenmelidir. İşkence ilk olarak İrlanda–Birleşik Krallık davasında (18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 66, paragraf 167) tanımlanmıştır:

Mahkeme, [...] bir yandan Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamına girmeyen bir şiddet eyleminin mevcudiyetini kabul ederken, öte yandan da “işkence” ve “insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele” arasında ayırım yapmakla, asıl amacın, Sözleşme'de dile getirilen bu ilk kavram ile çok ciddi ve acımasız ezaya yol açan kasıtlı insanlık dışı muamele arasında bir bağlantı kurmak olduğu görüşündedir.

Genel olarak, AİHM önce söz konusu davranışın “insanlık dışı veya aşağılayıcı” olarak tanımlanıp tanımlanmayacağını değerlendirir ve sonra söz konusu davranışın “işkence” olarak nitelendirilecek kadar ağır olup olmadığını saptar. Aksoy–Türkiye kararında (18 Aralık 1996; *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, s. 2279, paragraf 64), AİHM ilk kez başvurucunun maruz kaldığı muamelenin ancak “işkence” olarak sınıflandırılabilirliği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Komisyon'un, diğer hususların yanı sıra, başvurucunun “Filistin askısına” alındığı, diğer bir ifadeyle, çırılçıplak soyularak kolları arkadan bağlanmış vaziyette kollarından askıya alındığı yolundaki tespitine dikkat çekmektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 23).

Mahkeme'nin görüşüne göre, bu muamele ancak kasıtlı olabilirdi; gerçekten de, bu uygulama için belli bir hazırlık ve çaba gerekliydi. Bu muamelenin uygulanma amacının, başvurucudan bilgi almak veya kendisini itirafa zorlamak olduğu düşünülebilir. O anda yol açtığı şiddetli acının yanı sıra, gerçekleştirilen uygulama tıbbi delillere göre de her iki kolda belli bir süre devam eden felce sebep olmuştur (bkz yukarıdaki paragraf 23). Mahkeme'nin görüşüne göre, bu muamele o kadar ciddi ve zalimaneydi ki ancak ve ancak işkence olarak tanımlanabilirdi.

İçtihadın gelişmesinde önemli yeri olan Selmouni–Fransa davası kararı üzerinde dikkatle durulmalıdır. O davada AİHM Büyük Daire, aşağıdaki bölümde görüleceği üzere, “işkence'ye” yeni ve daha geniş bir tanım getirmiştir (Selmouni–Fransa davası, 28 Temmuz 1999 tarihli karar, *Reports* 1999-V, paragraf 96-106):

Belli bir kötü muamele türünün işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini saptayabilmek için, Mahkeme bu kavram ile insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasında 3. Madde'de yer alan ayırımı göz önüne almak durumundadır. AİHM'nin daha önce de belirtmiş olduğu gibi, asıl amaç bu ayırım vasıtasıyla Sözleşme'nin çok ağır ve acımasız ezaya yol

açan kasıtlı insanlık dışı muameleyi özel bir suç kategorisine oturtmasıdır (bkz. yukarıda belirtilen İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, s. 66-67, paragraf 167).

26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. ve 16. Maddelerinde de aynı ayırım yer almaktadır:

Madde 1

“1. Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi, bir şahsa, kendisinden veya üçüncü bir şahıstan bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle kendisini cezalandırmak veya üçüncü şahsı sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayırımcılığa dayalı herhangi bir nedenle ve kasıtlı olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal acı veya eza veren ve bir kamu görevlisi veya resmi sıfatı olan herhangi bir diğer kişi tarafından veya onların teşviki, onayı veya rızası ile uygulanan fiil anlamına gelir [...]”

Madde 16, fıkra 1

“1. Taraf Devletlerden her biri, yetki alanına giren her yerde, 1. Maddede tanımlanan şekilde işkence derecesine varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi fiillerin, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatı olan herhangi bir diğer kişi tarafından veya onun teşviki veya açık veya gizli muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt edecektir. Özellikle 10, 11, 12 ve 13. Maddelerde yer alan yükümlülükler zalimane, insanlık dışı veya küçültücü ceza veya muamele şeklindeki diğer işkence biçimlerine de uygulanacaktır.”

Mahkeme'nin tespitine göre, çeşitli tıbbi belgelerde belirtilen tüm yaralar (bkz. yukarıdaki paragraf 10-15 ve 17-20) ve başvurusunun polis tarafından gözaltında tutulduğu süre zarfında maruz kaldığı kötü muameleye ilişkin beyanları (bkz. yukarıdaki paragraf 18 ve 24), fiziksel ve tabii ki ruhsal acı ve eza olgusuna işaret etmektedir (şikayet konusu olaylardan sonra Bay Selmouni hakkında psikolog raporu alınmamış olması esef verici bir eksikliktir). Ayrıca, olayların akışı acı ve ezanın başvurusuya kasıtlı olarak ve diğer nedenlerin yanı sıra, Bay Selmouni'nin işlediğinden şüphe edilen suçu itiraf ettirmek amacıyla uygulandığını göstermektedir. Son olarak, dava dosyasına ekli doktor raporları, muhtelif şiddet eylemlerinin doğrudan polis memurları tarafından görevlerinin ifası sırasında uygulandığını açıkça göstermektedir.

Şikâyet konusu filler başvurusuda korku, ıstırap ve aşağılanma duyguları uyandırarak, kendisi için onur kırıcı ve alçaltıcı olmuş ve muhtemelen fiziksel

ve ruhsal direncini kırmıştır. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu muameleyi insanlık dışı ve aşağılayıcı kılan yeterince ciddi unsurlar tespit etmiştir (bkz. yukarıda belirtilen İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, s. 66-67, paragraf 167 ve yukarıda belirtilen Tomasi davası kararı, s. 42, paragraf 115). Her durumda Mahkeme, özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişiye, kendi davranışı gerekli kılmadığı sürece, fiziksel güç uygulanmasının, insan onurunu kırdığı ve ilke olarak 3. Madde kapsamındaki hakkın ihlâli olduğu görüşünü bir kez daha teyit etmektedir (bkz. yukarıda belirtilen Ribitsch kararı, s. 26, paragraf 38 ve Tekin–Türkiye davası, 9 Haziran 1998 tarihli karar, Reports 1998-IV, s. 1517-1518, paragraf 53).

Diğer bir ifadeyle, bu davada Bay Selmouni'ye uygulanan “acı veya ezanın” BM Sözleşmesi'nin 1. Maddesi anlamı çerçevesinde “ağır” olarak tanımlanıp tanımlanmayacağına belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu “ağır” olmak koşulunun da, aynen 3. Madde'nin uygulanabilmesi için gerekli olan “asgari ağırlık” koşulu gibi, eşyanın tabiatı itibarıyla göreceli olduğu ve uygulamanın süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve genel sağlık durumu vb. gibi davanın tüm koşullarına bağlı olduğu görüşündedir.

Mahkeme, daha önceleri ancak işkence olarak tanımlanabilecek muamelenin uygulandığını saptadığı davalara bakmıştır (bkz. Aksoy–Türkiye davası kararı, s. 2279, paragraf 64 ve yukarıda belirtilen Aydın kararı, s. 1891-1892, paragraf 83-84 ve 86). Ancak, Sözleşme'nin “bugünün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge” olduğu dikkate alındığında (bkz. diğerlerinin yanı sıra, şu kararlar: Tyrer–Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26, s. 15-16, paragraf 31; yukarıda bahsedilen Soering davası, s. 40, paragraf 102; ve Loizidou–Türkiye davası, 23 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 310, s. 26-27, paragraf 71), Mahkeme geçmişte “işkence” yerine “insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele” olarak tanımlanmış olan bazı eylemlerin gelecekte farklı şekilde tanımlanabileceğini düşünmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli hale gelmesi, demokratik toplumların temel değerlerini ihlâl eden eylemlerin değerlendirilmesinde kaçınılmaz olarak daha kesin bir kararlılığı gerekli kılmaktadır.

Mahkeme, Bay Selmouni'nin çok sayıda darbeye maruz kaldığı konusunda tatmin olmuştur. Bir insanın genel sağlık durumu ne olursa olsun, bu kadar yoğun darbelerin büyük acı vereceği tahmin edilebilir. Ayrıca, darbeler insan bedeninde mutlaka gözle görülür izler bırakmaz. Ancak, Dr. Garnier tarafından verilen 7 Aralık 1991 tarihli raporda (bkz. yukarıdaki paragraf 18-20), Bay

Selmouni'nin maruz kaldığı şiddetin izlerinin neredeyse tüm bedenini kapladığı görülmektedir.

Mahkeme ayrıca, başvuruçunun saçlarından çekilerek sürüklendiğini; iki yanda polislerin dizilerek kendisine çelme taktıkları bir koridor boyunca koşmaya zorlandığını; birisinin “bak birinin şarkı söylediğini duyacaksınız” dediği genç bir kadının önünde diz çökmeye zorlandığını; polislerden birinin kendisine penisini göstererek “al şunu em bakalım” dedikten sonra üzerine işediğini; ve önce bir el feneri sonra da bir şırınga ile tehdit edildiğini saptamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 24). Tarif edilen bu fiillerin taşıdığı şiddet unsurunun yanı sıra, Mahkeme bu fiillerin, konumu ve durumu ne olursa olsun, herkes açısından iğrenç ve aşağılayıcı olduğunu tespit etmek zorundadır.

Son olarak, Mahkeme, yukarıda belirtilen ve sadece söz konusu dönemle kısıtlı kalsa da haklı bulunmayacak olayların, polisteki gözetim süresinin gerginliğinin ve duyguların kabarmasıyla bu gibi aşırılıklara yol açtığı belli bir dönem ile kısıtlı kalmadığını da saptamaktadır. Bay Selmouni'nin, sorgusunun devam ettiği birkaç gün boyunca mükerrer ve sürekli saldırılara maruz kaldığı açıkça belirlenmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 11-14).

Bu şartlar altında Mahkeme, başvuruçunun şahsına karşı işlenen ve bir bütün olarak kabul edilen fiziksel ve ruhsal şiddet fiillerinin “ağır” acı ve ezaya yol açtığı ve özellikle şiddetli ve acımasız olduğu konusunda tatmin olmuştur. Bu tür muamele, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde işkence fiili olarak kabul edilmektedir.

[...]

Bu nedenle, 3. Madde ihlâl edilmiştir.

AIHM bir dizi ayrıntılı noktayı vurgulamak suretiyle bu tanıımı tekrar kullanmıştır. Bkz., örneğin, Salman-Türkiye kararı (27 Haziran 2000, Başvuru No. 21986/93, paragraf 114-115):

Bu muamelenin, taşıdığı şiddet unsuruna ek olarak, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren ve işkenceyi, diğer hususların yanı sıra bilgi elde etmek, ceza vermek veya sindirmek amacıyla ve kasıtlı acı veya eza fiili olarak tanımlayan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde (BM Sözleşmesi 1. Madde) de kabul edildiği gibi, işkencenin bir amaca yönelik olarak yapılması da söz konusudur.

Kötü muamelenin türü ve derecesi (falaka ve göğse vurulan darbe) ve bu fiillerin Agit Salman'ın PKK faaliyetlerine katıldığı şüphesi ile sorgulandığı sırada

gerçekleştiğine işaret eden güçlü delilleri dikkate alarak Mahkeme, bu fiillerin işkence olarak nitelendirilebilecek kadar şiddetli ve acımasız eza içerdiğine hükmetmiştir (bkz. ayrıca, yukarıda belirtilen Selmouni kararı, paragraf 96-105).

AİHM'nin ağır ceza kavramının göreceli olduğu üzerinde hassasiyetle durduğunu vurgulamak gerekir. Buna göre, Dikme–Türkiye [I. Seksiyon] davası, 11 Temmuz 2000 tarihli karar (Başvuru No. 20869/92, paragraf 94-96):

Mahkeme'nin evvelce de saptadığı gibi, yukarıdaki maddede belirtilen “şiddet” kistası, 3. Madde'nin işletilebilmesi için gerekli olan “asgari şiddet” kistası gibi, eşyanın tabiatına uygun olarak görecelidir (a.g.e. paragraf 100) ve muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve genel sağlık durumu gibi, davanın tüm koşullarına bağlıdır (bkz. diğer kararların yanı sıra, yukarıda belirtilen Labita kararı, paragraf 120).

İncelenen davada, ilk başvurusunun polis tarafından gözaltında tutulduğu süre boyunca devam eden uzun sorgu seansları sırasında kendisine tekrar tekrar indirilen darbeler ve başına daha neler geleceğini bilememesinden ötürü, sürekli bir fiziksel acı ve endişe içinde bulunduğu konusunda hiçbir şüphe yoktur.

Mahkeme, bu muamelenin birinci başvurucuya Devletin görevlileri tarafından görevlerinin ifası sırasında kasıtlı olarak ve işlediğinden şüphe edilen suçları itiraf etmesi veya bunlar hakkında bilgi vermesi amacıyla uygulandığı görüşündedir.

Bu koşullarda Mahkeme, birinci başvurucunun maruz kaldığı şiddetin bir bütün olarak, amacı ve süresi ile birlikte dikkate alındığında, özellikle ağır ve acımasız ve “şiddetli” acı ve ezaya yol açacak nitelikte olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla, söz konusu muamele Sözleşme'nin 3. Maddesi anlamında işkence teşkil etmektedir.

Bu görüş, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelenin sınıflandırılmasını kaçınılmaz olarak etkileyecektir.

2. 3. Madde'nin uygulanmasına ilişkin örnekler

3. Madde pek çok durum için uygulanır. Bunların bazılarında örnekler aşağıda belirtilmiştir.

İnsanlık dışı muamele, kötü muamele ve polis usulleri

Yakalama sırasında

Usule dayalı güvenceler olmaksızın gerçekleştirilen yakalama ve alıkoyma işlemlerinin bizatihi 3. Madde kapsamına girip girmeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. Çiçek–Türkiye davasında, başvuru yakalandıktan sonra kaybolan oğulları hakkında hiçbir bilgi veya haber alamamıştı. AIHM bu kişilerin ölmüş kabul edilmeleri gerektiği sonucuna vararak, 2. Madde'nin ihlâl edildiğini saptamıştır. Başvurucu 3. Madde'nin de ihlâl edildiğini ileri sürmüştü. AIHM şu görüşü benimsemiştir (Çiçek–Türkiye davası, 27 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25704/94, paragraf 152, 154-156 ve 158).

2. Madde çerçevesindeki yakınmalarını desteklemek için, gerekli değişikliklerle kullanılan argümanlara dayanarak, başvuru davalı Devlet'in 3. Madde'yi ihlâl ettiğini, zira en temel hukuki güvenceden yoksun koşullarda oğullarının kaybedilmiş olmasının, onlar açısından başlı başına akut psikolojik işkence oluşturduğunu ileri sürmektedir. Buna ilâveten, kendisine oğullarının Bölge Yatılı Okulunda kötü muameleyle maruz kaldığı söylenmiştir. Başvurucu, davalı Devlette gözaltında tutulan kişilere yönelik işkencenin yaygınlığı dikkate alındığında, bu hususun daha da önem kazandığını iddia etmektedir.[...]

Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin yorumlanmasında uygulanan katı standartlara nazaran ve buna göre söz konusu madde hükmünün ve Sözleşme organlarının uygulamaları kapsamına girebilmesi için, kötü muamelenin asgari bir şiddet düzeyine erişmesi ile bu kadar şiddetli kötü muamele uygulandığına dair "makul şüphenin ötesinde" delil standardına uyulması gerektiğinin bilincinde olan Mahkeme, başvuruçunun oğullarının incelenen davadaki koşullar altında kaybedilmesinin bu hüküm çerçevesine girdiği konusunda tatmin olmamıştır (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri A No. 25, s. 65, paragraf 161-162, yukarıda belirtilen Kurt–Türkiye davası kararı, Komisyon raporu, s. 1216, paragraf 195).

Bir kişinin zorla kaybedilmesi olayı hakkında hiçbir bilgi olmaması durumunda, kaybolan kişinin hayatta olup olmadığı veya ne tür bir muameleyle maruz kalmış olduğu konusunda ancak spekülasyon yapılabilir. Bu bağlamda, Mahkeme önce 10 Mayıs 1994 tarihinde yakalandıktan sonra Bölge Yatılı Okuluna gönderilen alıkonulan kişilerin orada kötü muamele görmediğinin olayların incelenmesi sonucunda saptandığını hatırlatır (bkz. yukarıdaki paragraf 141). Ayrıca, başvuruçunun oğullarının gerçekten 3. Maddeyi ihlâl edici nitelikte kötü muamele kurbanı olduğuna dair kesin delil sunmadığı gibi, oğullarının resmen hoşgörüle karşılanan gözaltı kayıpları ve bununla

bağlantılı olarak alıkonulan kişilere uygulanan kötü muamelenin kurbanı oldukları iddiasını da somutlaştıramamıştır.

Mahkeme, resmi kayıtlara geçirilmeden tutulan ve gerekli yargı güvencesinden yoksun olan kişilere yönelik muameleye ilişkin yoğun endişelerin, 5. Madde kapsamına giren konulara daha büyük bir ciddiyet katan unsurlar olduğunu vurgulamaktadır (bkz. yukarıda belirtilen Kurt–Türkiye davası kararı, s. 1183, paragraf 115).

[...]

Bu nedenle Mahkeme, Tahsin Çiçek ve Ali İhsan Çiçek davasında Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.

Gözaltı esnasında

Bir kişinin gözaltında tutulduğu sırada fiziksel saldırıya uğraması durumunda 3. Madde'nin ihlâl edileceği kesindir.

AİHM, Tomasi–Fransa davasında bu görüşü benimsemiş ve “başvurucunun bedninde görülen izlerin, gözaltına alınmasından önceki döneme ait olabileceğini veya başvurucunun kendi kendine verdiği zarardan kaynaklandığını veya kaçma teşebbüsü sonucunda oluştuğunu hiç kimse iddia etmemiştir” demiştir (Tomasi–Fransa davası, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A No 241-A, s. 40-42, paragraf 110 ve 115). Genel olarak (Selmouni–Fransa davası kararından daha önceki) bu karar, AİHM'nin polis tarafından sorgulanan kişilere ilişkin yaklaşımını özetlemektedir. AİHM şu tespitte bulunmuştur:

Mahkeme, Fransa'da polis teşkilâtınca uygulanan gözaltı sistemini ve buna ilişkin kuralları veya bu davada başvurucunun sorgu süresi ve zamanlamasını incelemesi gerektiği görüşünde değildir. Mahkeme, tıp uzmanları tarafından tamamen bağımsız koşullarda hazırlanan tıbbi belge ve raporların, Bay Tomasi'nin maruz kaldığı darbelerin sayısı ve yoğunluğunu ispatladığını görmenin yeterli olduğunu düşünmektedir; bunlar söz konusu muameleyi insanlık dışı ve aşağılayıcı kılan yeterince ciddi iki unsurdur. Tahkikatın gerekleri ve suça, özellikle de terör suçuna karşı yürütülen mücadelenin inkâr edilemez güçlükleri, bireylerin fiziksel bütünlüğünün korunmasını sınırlandırmak sonucunu doğurmamalıdır.

Berktaş–Türkiye [IV. Seksiyon] davasında (1 Mart 2001, Başvuru No. 22493/93, paragraf 168-170) başvurucu altı polis memurunun evinde yaptıkları bir arama sırasında balkondan düşmüştü:

Mahkeme, ceza yargılamasında polis memurlarının beraat ettirilmiş olmasının, davalı Devleti Sözleşme çerçevesinde üstlendiği yükümlülüklerden kurtarmadığını vurgulamaktadır. Bu nedenle, ikinci başvurucunun yaralarına

inandırıcı bir açıklama getirmek davalı Devlet'in göreviydi. Ancak, davalı Devlet yalnızca ceza davasının sonuçlarına atıfta bulunmakla yetinmiş, davanın asıl ağırlık noktasını teşkil eden, ikinci başvurucunun kendisini balkondan aşağı attığı yolunda davalı polis memurlarınca getirilen açıklamadan bahsetmemiştir. Mahkeme, bu açıklamayı inandırıcı bulmamakta ve bu bağlamda yukarıda bahsedilen (paragraf 130-136) kendi tespitlerine atıfta bulunmaktadır.

Yetkililerin denetimleri altında tuttukları kişiler konusunda hesap vermekle yükümlü olduklarını hatırlatan Mahkeme, sunulan tüm delillere dayanarak, davanın koşulları altında davalı Devletin, ikinci başvurucunun altı polis memurunun gözetimindeyken düşmesi sonucu oluşan yaralarından sorumlu olduğu görüşündedir [...].

Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

Ancak, AİHM fiziksel yaraların saptandığı her durumda 3. Madde'nin ihlâl edildiğine karar vermez. Klaas–Almanya davasında (22 Eylül 1993 tarihli karar, Seri A No. 269, s. 17-18, paragraf 30) AİHM “[...] başvurucunun maruz kaldığı kabul edilen yaraların [...] polis memurlarının olaylara ilişkin ifadesi ile örtüştüğü” sonucuna varmıştır. Polis memurlarının davranışında eleştirilecek bir durum tespit etmeyen AİHM, aynen ulusal mahkeme gibi, 3. Madde'nin ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır:

Strasbourg'daki davanın akışı içinde ne Komisyon'a ne de Mahkeme'ye, ulusal mahkemelerin bulgularını sorgulayabilecek ve başvurucunun iddialarını pekiştirecek hiçbir delil sunulmamıştır.

Daha önce de belirtildiği gibi, her şey ispata dayanmaktadır. En önemlisi, yaraların neden kaynaklandığı tespit edilmelidir. Yine Klaas davasında, AİHM şu görüşü dile getirmiştir:

Mahkeme, bu dava ile Tomasi–Fransa davasını (bkz. 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A No. 241-A, s. 40-42, paragraf 108-115) birbirinden ayrı tutmaktadır; zira ikinci davada Bay Tomasi'de polis gözetiminde geçirdiği kırksekiz saat içinde açıklanamayan yaralar ortaya çıkmıştır.

Mahkemeyi ulusal mahkemelerin bulgularından ayrılmaya sevk edecek hiçbir somut delil sunulmamıştır.

Kelepçe takılması konusunda, bkz. Raninen–Finlandiya davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, Reports 1997-VIII, paragraf 52-59 (bu davada ihlâl saptanmamıştır).

Kaçmaya teşebbüs veya firar sırasında

20 Temmuz 2000 tarihli Caloc–Fransa davası, gözaltından kaçmaya teşebbüs sırasında jandarmaların kuvvet kullanmaları ile ilgilidir. AİHM şu saptamada bulunmuştur (Caloc–Fransa davası, 20 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 33951/96, paragraf 97-101):

[...] Mahkeme, yukarıda tarif edilen fiziksel acı ve acının sonradan yol açtığı etkilerin nedenine ilişkin olarak, yerel mahkemenin bulgularına şüphe düşürecek herhangi bir veri saptayamamıştır; bu nedenle, söz konusu ârazların başvuruçunun firar teşebbüsü sırasında kullanılan şiddet sonucu oluştuğu düşünülebilir (bkz. yukarıda belirtilen Klaas kararı, s. 17, paragraf 30 ve karşıt olarak, yukarıda belirtilen Ribitsch kararı, s. 25-26, paragraf 34).

Bu nedenle, Mahkeme'nin görevi, incelenen davada kullanılan kaba kuvvetin orantılı olup olmadığını saptamaktır. Bu bağlamda, Mahkeme oluşan yaralara önem atfetmektedir. İncelenen davada Mahkeme [...], 29 Eylül 1989 tarihli bilirkişi raporunda [...] Dr. Cayol'un, polis memurlarının müdahalesi sonucunda yaşanan sorunların üç gün süreyle "topyekûn fiziksel güçsüzlük [ve] ondokuz gün süreyle geçici topyekûn iş göremezlik haline yol açtığı" yolundaki saptamasını not etmiştir.

Mahkeme, başvuruçunun daha ziyade sağ omzunu etkileyen yaraları dikkate alındığında, kendisine yirmi gün süreyle iş göremezlik raporu verilmesinin, ağır vasıta sürücülüğü olan işinin gereği olarak kabul edilebileceği görüşündedir.

Mahkeme, incelenen davada başvuruçunun kaçmaya çalıştığını inkâr etmediğine işaret etmektedir. Ayrıca, 29 ve 30 Eylül tarihli sorgu zabıtlarından, başvuruçunun kaçmaya çalışırken polis memurlarına "direndiğini" ve onlarla "mücadele ettiğini" kabul ettiği açıkça anlaşılmaktadır. Başvuruçunun 28 Şubat 1989 tarihli sorgu zabıtlarından da, kendisini zaptetmeye çalışan polis memurlarına karşı "biraz direndiğini" kabul ettiği aşikârdır. Ayrıca, başvuruçuyu polis gözetiminde olduğu sırada muayene eden Dr. Thomas'ın 1 Mart 1989 tarihli ifadesinden, başvuruçunun dayak yemiş olduğu anlaşılmamaktadır. Dr. Kéclard tarafından hazırlanmış olan tıbbi belgede de, başvuruçunun bedeninde darp izlerine rastlandığına dair bir işaret bulunmamaktadır.

Buna göre, Mahkeme aynen Komisyon gibi, olay sırasında uygulanan kaba kuvvetin orantısız veya aşırı olduğunun ispatlanmadığı görüşündedir.

Dolayısıyla, başvuruçuya firar teşebbüsü sırasında uygulanan kaba kuvvet nedeniyle Sözleşme'nin 3. Maddesi ihlâl edilmemiştir.

İnsanlık dışı muamele, cezalar, yaptırımlar ve cezalandırma

Disiplin cezaları ve fiziksel ceza

AIHM, bir çocuk suçluya uygulanan fiziksel cezanın – üç sopa darbesi – 3. Madde anlamında aşağılayıcı ceza olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Tyrrer–Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26).

Buna rağmen, fiziksel cezanın disiplin cezası olarak okullarda uygulanması tehdidi, aşağılayıcı muamele teşkil etmek için yeterli değildir (Campbell ve Cosans–Birleşik Krallık davası, 25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A No. 48).

AIHM ayrıca, bir okul müdürünün yedi yaşındaki bir öğrenciyeye uyguladığı “disiplin cezasının” (lastik tabanlı ayakkabı ile şortunun üstünden kaba etlerine üç “şaplak”) 3. Madde kapsamına girebilmesi için gerekli olan asgari şiddet düzeyine erişmediği sonucuna da varmıştır (Costello-Roberts–Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, Seri A No. 247-C).

Yargı usulleri ve cezalar

V.–Birleşik Krallık davasında, daha reşit değilken işlediği bir cürüm nedeniyle yetişkinlerin yargılandığı bir mahkemede hüküm giyen başvuru, cezai sorumluluk yaşı, yetişkinlerin yargılandığı mahkemedeki suçlayıcı ve aleni yargılama usulleri, davanın süresi, başvurucuya yabancı olan oniki yetişkinden oluşan jüri, duruşma salonunun yerleşim planı, medyanın ve izleyicilerin hazır bulunuşu, kendisini mahkemeye götüren araca alenen saldırılması ve kimliğinin açıklanması gibi bir dizi faktörün toplu etkisinin, verilen ceza ile ilgili diğer faktörlerle birleştiğinde 3. Madde'nin ihlali olduğunu iddia etmiştir. AIHM şu tespitle bulunmuştur (V.–Birleşik Krallık davası, 16 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24888/94, paragraf 71-75 ve 77-80):

Mahkeme yapılan muameleyi, diğer hususların yanı sıra, taammüt unsuru taşınması, uzun saatler boyunca sürdürülmesi ve fiili bedensel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal ezaya yol açması nedeniyle hem “insanlık dışı” olarak, hem de mağdurlarda korku, ıstırap ve aşağılık duygusu uyandırarak onların onurunu kıran ve aşağılayan nitelikte olması nedeniyle “aşağılayıcı” olarak değerlendirmiştir. Bir cezanın ve bununla ilintili muamelenin “insanlık dışı” veya “aşağılayıcı” olması için, yol açtığı acı veya aşağılanma duygusunun her durumda herhangi bir meşru muamele veya cezalandırmanın kaçınılmaz olarak yol açtığı acı veya aşağılanma duygusunu aşan boyutta olması gerekir (a.g.e.). Söz konusu muamelenin amacının mağduru aşağılamak ve onurunu kırmak olup olmadığı hususu, dikkate alınması gereken bir diğer faktördür (bkz. örneğin, Raninen–Finlandiya davası, 16 Aralık 1977 tarihli karar, Reports

1997-VIII, s. 2821-2822, paragraf 55). Ancak, böyle bir amacın bulunmayışı, 3. Madde'nin ihlâli olgusunu kesin olarak ortadan kaldırmaz.

Mahkeme ilk olarak, başvurunun on yaşındayken gerçekleştirdiği fiillerinden ötürü kendisine cezai sorumluluk yüklenmesinin, başlı başına 3. Madde'nin ihlâli olup olmadığını incelemiştir. Bunu yaparken, içtihadına oldukça yerleşmiş bir ilkeyi, yani Sözleşme yaşayan bir belge olduğuna göre, belli bir önlemin Sözleşme hükümlerinden biri çerçevesinde kabul edilebilir olup olmadığına karar verirken, Avrupa Konseyi Üye Devletleri'nde mevcut standartların göz önüne alınması ilkesini dikkate almıştır (bkz. yukarıda bahsedilen Soering davası, s. 40, paragraf 102; ayrıca, Dudgeon–Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar, Seri A No. 45, ve X., Y. ve Z.–Birleşik Krallık davası, 22 Nisan 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-II).

Bu bağlamda, Mahkeme günümüzde cezai sorumluluk yüklenmesi konusunda Avrupa genelinde kabul edilmiş ortak bir asgari yaş sınırı bulunmadığını saptamıştır.

Mahkeme, başvurucuya cezai sorumluluk yüklenmesinin tek başına Sözleşme'nin 3. Maddesi'ne ihlâl teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

Başvurunun 3. Madde çerçevesinde ileri sürdüğü şikâyetin ikinci bölümü, ceza yargılamasının üç hafta boyunca, duruşmaların açık celse şeklinde, yetişkinlerin yargılandığı bir Kraliyet Mahkemesinde tüm formaliteler eşliğinde sürmesi ve hüküm giydikten sonra adının yayınlanmasına izin verilmesine ilişkindi.

[...]

Mahkeme, çocuk davalıların mahremiyetlerinin korunması yönünde uluslararası bir eğilim [olduğu] görüşündedir. [...] Ancak, bu eğilim, başvurunun maruz kaldığı muamelenin Sözleşme'nin diğer maddeleri çerçevesinde kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirirken, dikkate alınması gerekli faktörlerden biri olmakla beraber, bu eğilim, duruşmaların açık celse şeklinde yapılmasının 3. Madde kapsamına girecek asgari şiddet seviyesine varan bir kötü muamele olup olmadığını tayin edemez (bkz. yukarıdaki paragraf 70).

Mahkeme, başvurunun aleyhinde açılmış olan ceza davasının, Devlet yetkilileri tarafından onu aşağılamak veya ona acı çektirmek amacını taşımadığını kabul etmektedir. [...]

Başvurunun maruz kaldığı türdeki yargılama usullerinin, onbir yaşındaki bir çocuk üzerinde zararlı etki yaratabileceğine işaret eden deliller olmasına rağmen (bkz. yukarıdaki paragraf 17-19), Mahkeme T. ve başvurunun gerçekleştirdikleri eylemlerin hangi koşullarda oluştuğuna dair her yargılama veya tahkikatın, ister açık ister kapalı celse şeklinde olsun, ister Kraliyet Mah-

kemesi'nin katı formaliteleri içinde ister çocuk mahkemesinin esnek ortamında cereyan etsin, başvurucuda suçluluk, rahatsızlık, ıstırap ve korku duyguları uyandıracağını düşünmektedir. Psikiyatrik deliller, duruşma başlamadan önce başvurucunun işlediği cürümün travma sonrası etkilerinden muzdarip olduğunu; teselli edilemez durumda sürekli ağladığını ve T. ile birlikte iki yaşındaki çocuğa neler yaptıklarını anlatması istendiğinde, konuşmakta zorluk ve sıkıntı çektiğini ve yoğun bir cezalandırılma ve yaptıklarının bedelini feci şekilde ödemek zorunda bırakılma korkusu çektiğini göstermektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 11-12). Açık celse şeklinde gerçekleştirilen duruşmaların başvurucunun duygularını bir ölçüde kamçılama ihtimal dahilinde olsa bile, Mahkeme, uygulanan duruşma sürecinin taşıdığı özelliklerin, başvurucunun çektiği acıları, işlediği suç sonrasında yetkililerin kendisiyle baş edebilmek için sarf ettikleri her çabanın kaçınılmaz sonucu olarak yaşayacaklarından çok daha ağırlaştıracağı konusunda ikna olmamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 71).

Sonuç olarak, Mahkeme bu nedenle başvurucunun yargılanmasının Sözleşme'nin 3. Maddesini ihlâl etmediğini tespit etmiştir.

Bu davada başvurucu, süresiz ("Majesteleri'nin takdirinde") hapis cezasına çarptırılmıştı. Buna göre, Bakan başvurucuya, cezalandırma ve caydırma gereklerinin yerine getirilmesi için, 15 yıl hapis yatacağını yazılı olarak bildirmişti. Bunun üzerine başvurucu, özellikle Bakan tarafından tayin edilen ceza süresinin orantısızca uzun olduğu ve yeniden değerlendirme gereklerini dikkate almaksızın belirlendiği gerekçesiyle, kararı temyiz etmek için izin istemiştir. Başvurucuya temyiz başvurusu için gerekli izin verilmiştir. Divisional Court adli mahkeme başvurucunun şikâyetlerini kısmen yerinde bulmuştur. Temyiz Mahkemesi Bakan'ın başvurusunu reddetmiştir. Lordlar Kamarası Bakan'ın başvurusunu reddetmiş ve başvurucunun çapraz başvurusunu kabul etmiştir. Lordlar Kamarası, başvurucunun ceza süresinin tespitine ilişkin prosedürü uygularken Bakan'ın benimsediği, süresiz hapis cezasına çarptırılmış bir çocuğun göstereceği gelişme ve ilerlemeyi istisnai durumlarda bile dikkate almayan politikayı keyfi bulmuştur. Bunun yanı sıra, Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu cezanın süresini tespit ederken, Bakan'ın yargıcinkine benzer bir yetki kullandığını ve aynen yargıç gibi, kamuoyunun baskısını göz ardı etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bakan, başvurucunun çekmek zorunda olduğu cezanın uzunluğuna ilişkin olarak halktan gelen protestolara ağırlık vermekle hata yapmış ve prosedür açısından hakkaniyete uygun davranmamıştır; bu nedenle de verdiği karar keyfi nitelik kazanmıştır. Bu yüzden kararı hükümsüz addedilmiştir. Bakan, daha sonra Parlamento'ya bilgi sunarak, Lordlar Kamarası'nın verdiği kararın ışığında, cinayet suçu ile süresiz hapis cezasına çarptırılan gençlerle ilgili yeni bir politika benimsendiğini, buna göre ilk başta saptanan ceza süresinin, hükümlünün kaydettiği gelişme ve ilerleme çerçevesinde Bakan tarafından yeniden değerlendirileceğini bildirmiştir. Bakan,

başvurucunun temsilcilerini, farklı bir süre saptanması konusunda görüş bildirmeye davet etmiştir. AİHM kendi kararını kesinleştirdiği sırada, başvurucunun hüküm süresi konusunda herhangi bir karar alınmamıştı. AİHM şu görüşü benimsemiştir (V.–Birleşik Krallık davası, 16 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24888/94, paragraf 95-101):

Komasyon, davalı Devlet'in görüşüne katılmıştır ve Mahkeme'nin süresiz ("Majesteleri'nin takdirinde") hapis cezasının öncelikle önleyici nitelikte olduğu, bu suretle de 5. Madde'nin 4.fıkrasında yer alan güvenceleri devreye soktuğu (bkz. aşağıdaki paragraf 115 ve 119) görüşünü belirttiği Hussain–Birleşik Krallık davası, 21 Şubat 1996 tarihli karara (*Reports* 1996-I) atıfta bulunmuştur. Bu nedenle, başvurucunun özgürlüğünü ömür boyu kaybettiği veya alıkonulmuş olmasının 3. Madde'nin ihlali olduğu iddia edilemezdi.

Mahkeme, başvurucunun Kasım 1993'de cinayet suçundan mahkum olmasından sonra, otomatik olarak süresiz ("Majesteleri'nin takdirinde") hapis cezasına tâbi olduğunu anımsatmaktadır. İngiliz hukuku ve uygulamaları uyarınca, süresiz ("Majesteleri'nin takdirinde") hapis cezasına çarptırılan çocuk suçluların, suçun bedelinin ödenmesi ve caydırıcılığın sağlanması için, başlangıçta "alt sınır" adı verilen bir hapis süresinden geçmeleri gerekmektedir. Bundan sonra, suçlunun hapis halinin meşru olarak devam ettirilmesi, ancak toplumun korunması bakımından gerekli görüldüğü takdirde söz konusu olur (bkz. yukarıdaki paragraf 40 ve 42 ve yukarıda bahsedilen Hussain kararı, s. 269-270, paragraf 54). Başvurucunun hapis cezasının alt sınırı ilk olarak İçişleri Bakanı tarafından 22 Temmuz 1994 tarihinde onbeş yıl olarak saptanmıştı. Ancak, 12 Haziran 1997 tarihinde Lordlar Kamarası bu kararı iptal etmiş ve Mahkeme'nin bu kararının kesinleştiği tarihte herhangi bir yeni alt sınır (süre) saptanmamıştı. Onsekiz yaşına geldiğinde Genç Suçlular Kurumu'na (Young Offenders' Institution) ve daha sonra da yetişkinlerin tutulduğu bir cezaevine nakledilecek olmasının 3. Madde çerçevesinde bazı sorunlara yol açacağını kabul etmekle beraber, başvuru hali hazırdaki alıkonma koşullarından şikayetçi değildir.

Yukarıdaki olayların 3. Madde'nin ihlaliine yol açacak derecede şiddetli bir kötü muamele olup olmadığını değerlendirirken (bkz. yukarıdaki paragraf 70) Mahkeme, onsekiz yaşın altındaki kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle, serbest bırakılma imkânından yoksun olarak müebbet hapis cezasına çarptırılmalarının BM Sözleşmesi'nin 37. Maddesi çerçevesinde yasaklandığını ve söz konusu maddenin bir çocuğun alıkonulmasının "ancak son çare olarak ve uygun olan en kısa süre için uygulanacak bir önlem olarak kullanılması" hükmünü içerdiğini ve ayrıca Beijing Rules (Pekin Kuralları) 17.1.b maddesinde

“çocuk suçlunun kişisel özgürlüğünün kısıtlanması [...] asgari ölçüde olacak şekilde sınırlandırılacaktır” diye tavsiye edildiğini dikkate almaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 45-46).

Mahkeme, Sözleşme çerçevesinde Devletlerin toplumu şiddet içeren suçlara karşı koruyucu önlemleri almakla görevli olduğunu vurgulamaktadır (bkz. örneğin, A.–Birleşik Krallık davası, 23 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VI, s. 2699, paragraf 22 ve Osman–Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Reports 1998-VIII, s. 3159, paragraf 115). Mahkeme, alt sınır uygulamasının içeriğindeki cezalandırma unsurunun tek başına 3. Madde'nin ihlâline yol açtığı veya Sözleşme'nin Devletleri ciddi bir suç nedeniyle hüküm giymiş olan bir çocuk veya genci, mahkumun alıkonma hâlinin devam etmesine yol açan süresiz hapis cezasına çarptırılmaktan veya bu kişilerin serbest bırakıldıktan sonra toplumu korumak için gerekli görüldüğü takdirde, yeniden alıkonulmalarından men ettiği görüşünde değildir (bkz. yukarıda bahsedilen Hussain kararı, s. 269, paragraf 53).

Başvurucu, hüküm süresi içinde alıkonma halinin hukukîliğinin devamının, tehlikelilik açısından gözden geçirilmesini talep edebileceği aşamaya henüz gelmemiştir ve kendisine yeni bir alt sınır (süre) bildirilmiş olmakla birlikte, halen suçun bedelinin ödenmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla alıkonma halinin devam ettiği düşünülebilir. Yeni bir alt sınır (süre) saptanıncaya kadar, başvurunun hapis altında geçireceği ceza süresi hakkında bir sonuca varmak mümkün değildir. Başvurucu, bu karar kesinleştiği sırada, hüküm giydiği Kasım 1993 tarihinden itibaren altı yıldır alıkonulmaktaydı. Başvurucunun yaşı ve alıkoyma koşulları dahil olmak üzere, davanın tüm unsurları dikkate alındığında, Mahkeme bu uzunluktaki bir hapis cezasının insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele oluşturduğu görüşünde değildir.

Son olarak Mahkeme, özellikle hüküm açıklandığı sırada başvuru kadar genç yaşta olan bir çocuk için, herhangi bir gerekçe göstermeden yeni alt sınır (süre) saptamaktan aciz kalınmasının ve bu nedenle alıkonulan kişinin yıllar boyu geleceği hakkında belirsizlik içinde bırakılmasının 3. Madde çerçevesinde bir sorun oluşturabileceği görüşündedir. Ancak, diğer hususların yanı sıra, alt sınır uygulanmayan sürenin nispeten kısa olması ve hem başvuru, hem de T.'nin görüşüne başvurma gereği nedeniyle (bkz. yukarıdaki paragraf 28), böyle bir sorun gündeme gelmemiştir.

Sonuç olarak, başvurunun çarptırıldığı ceza nedeniyle 3. Madde ihlâl edilmemiştir.

İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve alıkoyma koşulları

Genel hususlar

Genel olarak, Kudla-Polonya davası kararında (26 Ekim 2000, Başvuru No. 30210/96, paragraf 92-94) AIHM'nin aşağıdaki görüşü açıkladığı gözlemlenmiştir:

Öte yandan Mahkeme, çekilen acı ve maruz kalınan aşağılanmanın, herhangi bir türdeki meşru muamele veya cezanın kaçınılmaz olarak yol açacağı acı veya aşağılanmadan her durumda daha fazla olması gerektiğini sürekli olarak ve ısrarla vurgulamıştır (bkz. gerekli değişikliklerle, Tyrer–Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26, s. 15, paragraf 30; Soering–Birleşik Krallık davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 161, s. 39, paragraf 100; ve yukarıda belirtilen V.–Birleşik Krallık davası).

Bir kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak için alınan önlemler, bazen böyle bir unsur içerebilir. Yine de tutuklama kararının infazının tek başına Sözleşme'nin 3. Maddesi'ni ihlettiği söylenemez. Aynı şekilde, bu Maddenin, sağlık nedenleriyle tutukluların serbest bırakılabileceği veya belli bir tıbbi tedavi görebilmeleri için sivil bir hastaneye kaldırılabileceği konusunda genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde de yorum yapılamaz.

Yine de bu hüküm çerçevesinde Devlet, kişiyi insan haysiyetine saygı açısından yeterince uygun koşullarda tutmak, alıkoyma tedbirinin uygulanma şekli ve yönteminin kişi üzerinde yarattığı sıkıntı veya zorluk derecesinin, alıkonma nedeniyle kaçınılmaz olarak yaşanan eza düzeyini aşmamasını sağlamak ve hapsedilmenin bir gereği olarak, örneğin genel sağlık durumunun yeterince güvence altına alınmasını ve diğer hususların yanı sıra, kendisine yeterli tıbbi bakım sunmak zorundadır (bkz. gerekli değişikliklerle, Aerts–Belçika davası, 30 Temmuz 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-V, s. 1966, paragraf 64 ve devamı).

Dougoz–Yunanistan davasında, başvuru uyuşturucu suçundan hüküm giymiş, cezaevinden çıkarılmış ve ülkeden ihraç edilmek üzere gözaltında tutulmuştu. Başvuru alıkonulduğu koşullardan şikayetçi olmuştu (Dougoz–Yunanistan davası [III. Seksiyon], 6 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 40907/98, paragraf 45-46 ve 48):

Bu davada Mahkeme, başvuru öncesi birkaç ay süreyle Yabancılar mevzuatı uyarınca alıkonulan kişilerin tutulduğu merkez olan Drapetsona Polis Karakolu'nda tutulduğuna işaret etmektedir. Başvuru, diğer hususların yanı sıra, hijyen ve uyuma imkânları yetersiz olan, sıcak suyu az akan, temiz hava ve doğal gün ışığı girmeyen, egzersiz yapılacak avlusu bulunmayan, aşırı kalabalık ve kirliliği bir hücrede tutulmaktan yakınmaktaydı. Hücre, kitap okumayı

bile imkânsız kılacak derecede kalabalıktı. Nisan 1998’de Drapetsona ile benzer koşullara sahip olan Alexandras Bulvarındaki Emniyet Müdürlüğü’ne nakledildi ve Suriye’ye gönderilmek üzere ülkeden ihraç edildiği 3 Aralık 1998 tarihine kadar burada tutuldu.

[...]

Mahkeme, alıkonma koşullarının bazen insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olabileceği görüşündedir. Yunanistan davasında (*Yearbook of the European Convention of Human Rights* 12, 1969) Komisyon, aşırı kalabalık ve ısıtma, hijyen, uyku düzeni, beslenme, dinlenme ve dış dünya ile temaslara ilişkin hizmetlerin yetersizliği karşısında bu sonuca varmıştır. Alıkoyma koşulları değerlendirilirken, hem bu koşulların topyekün etkisi, hem de başvurucunun somut iddiaları dikkate alınmalıdır. Bu davada Mahkeme, şartları yerinde görmek için ziyarette bulunmamış olsa da, başvurucunun iddialarının Avrupa Konseyi İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT)’nin Alexandras Bulvarındaki Emniyet Müdürlüğü’ne ilişkin 29 Kasım 1994 tarihli raporunda yer alan bulgularla örtüştüğünün altını çizmektedir. CPT raporunda o mekândaki hücrelerin ve alıkoyma rejiminin birkaç günden daha uzun bir süre için kesinlikle uygun olmadığını, kalabalık düzeyinin aşırı boyutlarda, sıhhi tesisatın ise iğrenç olduğunu belirtmiştir. CPT o tarihte Drapetsona karakolunu ziyaret etmemiş olmasına rağmen, Mahkeme davalı Devlet’in Alexandras’daki koşulları Drapetsona ile aynı koşullar olarak tarif ettiğini ve başvurucunun da ilk mekândaki koşulların biraz daha iyi olduğunu, hücrede doğal ışık, hava ve yeterli sıcak su bulunduğunu şahsen kabul ettiğini vurgulamaktadır.

Yukarıda belirtilen hususların ışığında, Mahkeme başvurucunun Alexandras Emniyet Müdürlüğü ve Drapetsona karakolunda maruz kaldığı alıkonma koşullarını, özellikle de aşırı kalabalık ve uyku imkânı bulunmamasını, başvurucunun bu koşullarda tutulduğu sürenin olağandışı uzun olması ile birlikte düşünüldüğünde, 3. Maddeye aykırı şekilde aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

Bkz. aynı mealdeki Peers–Yunanistan davası [III. Seksiyon], 19 Nisan 2001 tarihli karar (Başvuru No. 28524/95, paragraf 75):

Mahkeme özellikle, başvurucunun en az iki ay boyunca her 24-saatlik sürenin önemli bir bölümünü havalandırmaz, penceresiz ve zaman zaman tahammül sınırlarını aşacak kadar sıcak bir hücrede yatağının içinde geçirmek zorunda kalmasını dikkate almaktadır. Başvurucu tuvaleti bile hücredeki diğer mahkumun önünde kullanmak zorunda kaldığı gibi, hücre arkadaşı tuvaleti kullandığında da orada bulunmuştur. Mahkeme, davalı Devletin bu koşulların başvurucuyu 3. Madde ile bağdaşmayan bir şekilde etkilemediği yolundaki

iddialarını ikna edici bulmamaktadır. Aksine, Mahkeme, şikâyet konusu cezaevi koşullarının başvuruçunun insanlık onurunu zedelediği ve kendisinde, onu aşağılayacak veya alçaltacak kadar ıstırap ve aşağılık duyguları uyandırdığı ve muhtemelen de fiziksel ve ruhsal direncini kırdığı görüşündedir. Özetle, Mahkeme, başvuruçunun Koridallos cezaevinin Delta kanadında bulunan tecrit bölümünde tutulduğu koşulların Sözleşme'nin 3. Maddesi bağlamında aşağılayıcı muamele olduğunu kabul etmektedir.

Bkz. ayrıca dışarıda tutulan kişilerle ilgili Akdeniz ve Diğerleri–Türkiye davası [II. Seksiyon], 31 Mayıs 2001 tarihli karar (Başvuru No. 23954/94, paragraf 98).

Ruhsal sorunları olan kişiler

AIHM, ruhsal sorunu olan kişilere yönelik olarak uygulanan alıkoyma koşulları ve disiplin önlemleri konusundaki tutumunu belirlemiştir. Dört aylık hapis cezasını çekerken kendisini asmak suretiyle boğularak ölen bir kişi ile ilgili Keenan–Birleşik Krallık davasında (3 Nisan 2001 tarihli karar [III. Seksiyon], Başvuru No. 27229/95, paragraf 110-113 ve 115) AIHM şu görüşü benimsemiştir:

Bu başvuru bağlamında, özgürlüklerinden yoksun kılınan kişilerin sağlığının korunması konusunda da yetkililerin yükümlülük taşıdığını hatırlamakta yarar vardır (Hurtado–İsviçre davası, 8 Temmuz 1993 tarihli Komisyon Raporu, Seri A No. 280, s. 16, paragraf 79). Uygun bir tıbbi tedavinin sağlanmaması, 3. Madde'ye aykırı muamele olarak değerlendirilebilir (bkz. İlhan–Türkiye davası [BD], No. 22277/93, ECHR 2000-VII, paragraf 87). Özellikle, ruh ve sinir hastalarının durumunda uygulanan muamele veya cezanın 3. Madde standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirirken, bu kişilerin hassas konumu ve bazı vakalarda belli bir muameleden nasıl etkilendikleri konusunda tutarlı olarak veya herhangi bir şekilde yakınmaktan aciz oldukları dikkate alınmalıdır (bkz. örneğin, Herczegfalvy–Avusturya davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Seri A No. 244, paragraf 82; ve Aerts–Belçika davası, 30 Temmuz 1998 tarihli karar, Reports 1998-V, s. 1966, paragraf 66).

Mahkeme, Mark Keenan'ın psikotik episodlar ve paranoya duyguları şeklinde tezahür eden kronik ruh hastası olduğunu belirtmektedir. Adı geçen şahıs, Exeter Cezaevinde 14 Nisan 1993 tarihinden itibaren tutulduğu süre içinde, hastane bölümünden normal bir yere alındığında davranış bozuklukları sergilemiştir. Bunlar arasında intihar eğilimi, muhtemelen paranoya türünde korkular ve saldırgan, şiddet içeren tepkiler sayılabilir. Adı geçen şahsın bu süre içinde ve ölümüne kadar ıstırap ve sıkıntı içinde olduğu tartışma götürmez bir gerçektir. [...] Doktoruna yazdığı ve ancak ölümünden sonra muhatabına ulaşan mektubundan çok derin bir umutsuzluk ve çaresizlik yansımaktadır (yukarıdaki paragraf 44). Ancak, oy çokluğuyla benimsenen

Komisyon görüşünde de belirtildiği gibi, alıkonulduğu süre içinde sergilediği semptomlar ve hatta ölümünün bile ne ölçüde bu süre zarfında yetkililerce tâbi tutulduğu koşulların bir sonucu olduğunun kesin olarak saptanması mümkün değildir.

Mahkeme, yine de bu zorluğun Mark Keenan'ı 3. Madde'ye aykırı muamele veya cezadan korumak konusunda, yetkililerin bu Madde'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirip getirmedikleri açısından tayin edici olmadığı görüşündedir. Mahkeme'nin 3. Madde'ye ilişkin olarak karara bağladığı davaların birçoğunda, belli bir önlemin yol açtığı fiziksel veya ruhsal acıların şiddet derecesi önemli bir faktör olarak dikkate alınmış olmakla birlikte, bu önlemin kişi üzerindeki fiili etkisinin ispatı önemli bir faktör olmayabilir. Örneğin, özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişiye tamamen kendi davranışı nedeniyle gerekli hale gelmesi dışında, kaba kuvvet uygulanması o kişinin onurunu zedeleyen ve ilke olarak, 3. Madde kapsamında yer alan hakkın ihlâli olur (bkz. Ribitsch–Avusturya davası, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Seri A No. 336, s. 26, paragraf 38 ve yukarıda belirtilen Tekin–Türkiye kararı, s. 1517-1518, paragraf 53). Aynı şekilde, bir ruh ve sinir hastasına uygulanan tedavi, temel insan haysiyetinin korunması konusunda 3. Madde'nin şart koştuğu standartlara uygun olmayabilir ve hasta uygulanan tedavinin belli olumsuz etkilerine dikkat çekme kabiliyet veya ehliyetinden yoksun olabilir.

Bu davada, intihar riski taşıdığı oldukça belirgin olan ve hem ayrı yerde tutulma, hem de daha sonraki disiplin cezasından kaynaklanan ilâve bir stres altında bulunan Mark Keenan ile ilgili herhangi bir tıbbi kayıt bulunmaması Mahkeme'yi çok şaşırtmıştır. 5 Mayıs'tan ölüm tarihi olan 15 Mayıs 1993'e kadar, dosyasına hiçbir tıbbi bilgi işlenmemiştir. Mark Keenan ile birkaç cezaevi doktorunun ilgilendiği düşünülürse, bu eksiklik adı geçen şahsın ruhsal durumu hakkında ayrıntılı ve eksiksiz kayıt tutma konusundaki ilgisizliği göstermekte ve uygulanan izleme veya denetim sürecinin etkisini azaltmaktadır [...].

Mark Keenan'ın durumunun etkin bir şekilde izlenmemesi ve sağlık durumunun değerlendirilmeyerek tedavisinde ehil psikiyatrik yardım alınmamış olması, intihar riski taşıdığı bilinen ruh ve sinir hastalarına sağlanan tıbbi bakımda ciddi eksiklikler olduğunu göstermektedir. Bu koşullar altında kendisine gecikmeli olarak bir de ciddi disiplin cezası verilmesi – tecrit bölümünde yedi gün diğer mahkumlardan ayrı olarak tutulması ve ceza süresine fazladan yirmisekiz gün eklenmesi ve bu cezaların olaydan iki hafta sonra ve beklediği tahliye tarihinden sadece dokuz gün önce verilmesi – adı geçen şahsın fiziksel ve ruhsal direncini tehdit etmiş olabileceğinden, ruh ve sinir hastası olan bir kişiye uygulanması gereken standart ile bağdaşmamaktadır. Bu uygulamanın,

Sözleşme'nin 3. Maddesi anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza olarak kabul edilmesi gerekir.

Engelli kişiler

Engelli durumundaki alıkonulan kişilerle ilgili olarak, bkz. Price–Birleşik Krallık davası [III. Seksiyon], 10 Temmuz 2001 tarihli karar, paragraf 21-30.

İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalar

Psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalara uygulanan tedavi konusunda, Herczegflavy–Avusturya davasında (24 Eylül 1992 tarihli karar, Seri A No. 244, s. 25-26, paragraf 82) AİHM çok önemli bir dizi ilke saptamıştır:

Mahkeme, psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalara özgü acizlik ve güçsüzlük durumu nedeniyle, Sözleşme'ye uygun davranılıp davranılmadığı incelenirken daha da hassas ve dikkatli davranmak gerektiği görüşündedir. Kendi kendilerine karar vermekten tamamen aciz durumdaki hastaların fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak amacıyla, gerektiğinde zor kullanarak uygulanan tedavi yöntemleri hakkında, tıbbın kabul edilen kurallarına dayalı olarak karar verecek olanlar her ne kadar tıp uzmanları olsa bile, yine de bu hastalar, öngördüğü koşullardan vazgeçilmesi söz konusu olmayan 3. Madde'nin koruması altındadırlar.

Bu gibi vakalarda, ilke olarak tıbbın yerleşik kuralları tayin edicidir; genel bir kural olarak, tedavi amacıyla gerekli olan bir önlemin insanlık dışı veya aşağılayıcı olduğu ileri sürülemez.

AİHM temkinli davranarak, şu hususu da eklemiştir:

Yine de Mahkeme, tıbben gereklilik olup olmadığının inandırıcı bir şekilde ispatlandığından tatmin olmalıdır.

Aynı alanda, Aerts–Belçika davasına ilişkin 30 Temmuz 1998 tarihli karara, *Reports* 1998-V, paragraf 65-66, dikkat çekmek gerekir; bu davada AİHM koşulların tatmin edici ve hastalara etkin tedavi sağlayacak nitelikte olmamasına rağmen, 3. Madde'nin ihlâlini saptamamış ve başvuruçunun ruh sağlığında kötüleşme olduğuna dair delil bulunmadığına dikkat çekmiştir.

Aşağılayıcı muamele ve kişiliğe saygı gösterilmemesi

Uygulanan farklı tedavinin, hastanın kişiliğine karşı bir aşağılama veya saygısızlık oluşturması ve onurunun kırılmasına veya horlanmasına yol açması durumunda, 3. Madde ihlâl edilebilir (Abdulaziz, Cabales ve Balkandali–Birleşik Krallık davası, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Seri A No. 94). Aksi örnek: Smith ve Grady–Birleşik

Krallık davası, 27 Eylül 1999 tarihli karar, Başvuru No. 33985/96 ve 33986/96, paragraf 122.

İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele, suçluların iadesi ve ihraç etme, siyasi mülteciler

Suçluların iadesi

Yeniden yukarıda değinilen Soering davasına ve “idam koğuşu” konusuna geri dönüyoruz; yalnız bu sefer amacımız insanlık dışı muamele “tehdidi” durumunda 3. Madde’nin uygulanmasını vurgulamaktan ziyade, suçluların iadesi durumunda, hatta suçlunun iadesi başvurusunda bulunan ülke Sözleşme’nin Taraflarından olmasa bile, bu maddenin nasıl uygulandığını göstermek istiyoruz. (bkz. ayrıca yukarıdaki 1. Madde). AIHM, başvuran Devlette, yani bu davada A.B.D.’de, insanlık dışı muamele riski olması halinde 3. Madde’yi uygular. AIHM şu saptamada bulunmuştur (7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 161, s. 35 ve 44-45, paragraf 90-91 ve 111):

Sözleşme’ye yönelik fiili veya muhtemel bir ihlâl olduğu, normalde Sözleşme kurumları tarafından dile getirilmez. Ancak, bir başvurucu, iade edilme kararı uygulandığı takdirde, bunun iade talebinde bulunan ülkede doğuracağı sonuçlara dayanarak, 3. Madde’nin ihlâl edileceğini iddia ederse, ortaya çıkacağı iddia edilen eza riskinin fevkalade ciddi ve onarılmaz niteliği ışığında ve bu Madde’nin sağladığı güvencenin etkinliğini sağlamak amacıyla, gerektiğinde bu ilkedен vazgeçilebilir (bkz. yukarıdaki paragraf 87).

[...] Taraf Devletlerden birinin bir kanun kaçacağını iade etme kararı, 3. Madde çerçevesinde bir sorun oluşturabilir ve bu nedenle, o Devletin Sözleşme çerçevesinde sorumluluğu doğar; çünkü ilgili kişinin, iadesini talep eden ülkeye iade edildiği takdirde, orada işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalacağı konusunda gerçek bir risk altında olduğuna dair inandırıcı ve kapsamlı gerekçeler gösterilmiştir. Böylesi bir sorumluluğun oluşması, iade talebinde bulunan ülkedeki koşulların Sözleşme’nin 3. Maddesi standartları çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli kılacaktır. Yine de, iade talebinde bulunan ülke hakkında, ister genel, ister uluslararası hukuk çerçevesinde, Sözleşme veya başka bir belgeye dayanarak hüküm vermek veya sorumluluk atfetmek söz konusu olamaz. Sözleşme çerçevesinde eğer bir yükümlülük söz konusu olacaksa, bu doğrudan bir kişinin kötü muamele görmesi sonucunu doğuran girişimi nedeniyle, iade işlemi yapan Sözleşmeci Devlete ait yükümlülük olacaktır.

[...]

[...] “ıdam koğuşunda” bu kadar aşırı koşullarda ve bu kadar uzun süre geçirilmesi, sürekli ölüm cezasının infazını beklemenin yarattığı sürekli ve giderek artan ıstırap ve özellikle başvuruçunun suçun işlendiği tarihteki yaşı ve ruhsal durumu gibi kişisel özellikleri dikkate alındığında, başvuruçunun A.B.D.’ne iade edilmesi, kendisini 3. Madde’de belirtilen eşiği aşan bir kötü muamele riskine maruz bırakacaktır.

[...]

Buna göre, Dışişleri Bakanı’nın A.B.D.’ne iade etme kararı, uygulandığı takdirde, 3. Madde’nin ihlâlüne yol açacaktır.

İhraç etme

Cruz Varas ve Diğerleri–İsveç davasında (20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A No. 201, s. 28, paragraf 70) AİHM, ülkeden ihraç etme kararlarının da bu ilkelere tâbi olacağına hükmetmiştir. Diğer bir örnek, 17 Aralık 1996 tarihli Ahmed–Avusturya davası kararıdır. O davada, aslen Somalili olan ve Avusturya’da ikamet eden başvuruçunun, bir suç işledikten sonra siyasi mültecilik hakkını kaybetmiştir. Başvuruçunun ihraç edildiği takdirde, insanlık dışı muameleyle maruz kalacağını saptamadan önce AİHM, bazı temel noktaları bir kez daha vurgulamıştır (Ahmed–Avusturya davası, 17 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-VI, paragraf 38-41):

Mahkeme, öncelikle yerleşik uluslararası hukuk çerçevesinde ve Sözleşme dahil diğer antlaşmalardan doğan yükümlülüklerine dayalı olarak, Sözleşmeci Devletlerin yabancıların ülkeye giriş, ülkede ikamet ve ülkeden ihraç edilmelelerini denetlemek hakkına sahip olduğunu teyit etmektedir. Mahkeme, ayrıca siyasi iltica hakkının ne Sözleşme ne de Protokollerde yer olmadığını belirtmektedir (bkz. Vilvarajah ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası, 30 Ekim 1991 tarihli karar, Seri A No. 215, s. 34, paragraf 102).

Ancak, yabancı uyruklu bir kişinin bir Sözleşmeci Devlet tarafından ihracı, 3. Madde çerçevesinde bir sorun oluşturabilir ve eğer bu şahsın ihraç edildiği takdirde gideceği ülkede 3. Madde’ye aykırı bir muameleyle maruz kalmak konusunda gerçek bir risk ile karşılaşacağı sağlam ve inandırıcı verilerle saptanmışsa, Sözleşme çerçevesinde şahsı ihraç eden Sözleşmeci Devlet sorumlu olur. Bu koşullarda, 3. Madde zimnen, söz konusu şahsın o ülkeye ihraç edilmemesi yükümlülüğü getirir (bkz. Soering–Birleşik Krallık davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 161, s. 35, paragraf 90-91; Cruz Varas ve Diğerleri–İsveç davası, 20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A No. 201, s. 28, paragraf 69-70; yukarıda belirtilen Vilvarajah ve Diğerleri davası kararı, s. 34, paragraf 103; ve Chahal–Birleşik Krallık davası, 15 Kasım 1996 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, s. 1853, paragraf 73-74).

Mahkeme ayrıca, demokratik toplumların temel değerlerinden biri olarak (bkz. yukarıda belirtilen Soering davası kararı, s. 34, paragraf 88), mağdurun tasarrufundan bağımsız olarak, mutlak surette işkence ya da insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezayı yasaklandığını hatırlatır. Sözleşme ile 1 ve 4 No.lu Protokollerin çoğu maddî hükmünün tersine 3. Madde’de, bir ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası, 18 Ocak 1978 tarihli karar, Seri A No. 25, s. 65, paragraf 163; Tomasi–Fransa davası kararı, 27 Ağustos 1992, Seri A No. 241-A, s. 42, paragraf 115; ayrıca yukarıda belirtilen Chahal davası kararı, s. 1855, paragraf 79) durumunda bile 15. Madde çerçevesinde 3. Madde hükümlerine istisna getirilebileceği ve bu hükümlerin askıya alınabileceğine dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen ilke, ihraç etme vakalarında 3. Madde’yi işleyen sorunların ortaya çıkması durumunda da geçerlidir. Buna göre, ilgili kişinin fiilleri ne kadar istenmeyen veya tehlikeli nitelikte olursa olsun, önem taşımaz. Böylelikle, 3. Madde’nin sağladığı güvence, Mültecilerin Statüsü hakkında 1951 tarihli Sözleşme’nin 33. Maddesi’nin sağladığından daha kapsamlı olmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 24 ve yukarıda belirtilen Chahal kararı, s. 1855, paragraf 80).

AİHM, D.–Birleşik Krallık davası kararında (2 Mayıs 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, s. 791, paragraf 46 ve 48-50), iddia edilen kötü muamelenin, doğrudan veya dolaylı olarak kişinin ihraç edilerek gönderileceği ülkedeki kamu görevlilerinden kaynaklandığına bakılmaksızın, Sözleşmecî Devlet’in sorumluluğu doğduğunu açıkça ifade etmiştir.

[...] bu gibi yabancıları ihraç etmek hakkını kullanırken Sözleşmecî Devletler, demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içeren Sözleşme’nin 3. Maddesi’ni dikkate almalıdır. İşte tam da bu nedenle Mahkeme, kişilerin üçüncü ülkelere iadesi, ülkeden ihraç ve sınırdışı edilmesi konusunda aldığı bir dizi kararında, 3. Madde’nin işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaları mutlak surette yasakladığını ve bu maddenin sağladığı güvencelerin ilgili kişinin olumsuz davranışlarından bağımsız olarak uygulanacağını sürekli vurgulamıştır [...].

[...]

Bugüne kadar Mahkeme tarafından bu ilkenin, kişinin yukarıda tarif edilen muamelelerden herhangi birine maruz kalma riskinin, gönderildiği ülkenin resmi makamlarının kasıtlı fiillerinden veya o ülkenin resmi makamlarının koruyamaması sebebiyle resmi sıfat taşımayan kişilerin fiillerinden kaynaklanması durumunda uygulandığı doğrudur (bkz. örneğin, yukarıda belirtilen Ahmed kararı, s. 2207, paragraf 44).

Bu durumların dışında ve Sözleşme sisteminde 3. Madde'nin taşıdığı temel önem dikkate alındığında, Mahkeme bu maddeyi ortaya çıkabilecek başka durumlarda da uygulayabilmek için yeterli esnekliğe sahip olmalıdır. Bu nedenle, yukarıda tarif edilen muamelenin kişinin gönderildiği ülkede oluşma riski, o ülkenin resmi makamlarının doğrudan veya dolaylı olarak sorumluluğundaki faktörlerden kaynaklanmadığı veya bu faktörlerin tek başlarına 3. Maddede belirtilen standartların ihlâlüne yol açmadığı durumlarda da Mahkeme, başvurunun 3. Madde'ye dayalı iddiasını inceleme imkânına sahiptir. 3. Madde'nin bu şekilde kısıtlanması, getirdiği korumanın mutlak niteliğini zedelemek olurdu. Ancak, bu gibi durumlarda Mahkeme, davanın tüm koşullarını, özellikle de başvurunun kendisini ihraç eden Devletteki durumunu ayrıntılı olarak incelemelidir.

Bu çerçevede Mahkeme, başvurunun ülkeden ihraç edilmesinin, sağlık durumu açısından da gerçek bir risk teşkil ettiği ve 3. Madde standartlarına aykırılık oluşturup oluşturmadığını saptayacaktır. Mahkeme bunu yaparken, davayı incelerken kendisine sunulan, başvurunun sağlık durumu hakkındaki son bilgiler dahil, belge ve bilgiler ışığında söz konusu riski değerlendirecektir (bkz. yukarıda değinilen Ahmed kararı, s. 2207, paragraf 43).

Bu davada, başvurucuya HIV pozitif ve AIDS teşhisi konulmuştur. Başvurucu uyuşturucu kaçakçılığı suçu sebebiyle bir süre hapis cezasına çarptırıldıktan sonra, Devlet kendisini St. Kitts'e ihraç etmek istemiştir. AİHM verdiği kararda "başvurucu tedavisi olmayan ölümcül bir hastalığın ileri safhalarındaydı" tespitinde bulunmuş ve "bulunduğu ülkeden ihraç edilmesi ölümünü kuşkusuz hızlandıracaktır. St. Kitts'de kendisini bekleyen olumsuz koşulların zaten kısıtlı olan yaşam beklentisini daha da kısaltacağı ve kendisine akut ruhsal ve fiziksel acı çekeceği konusunda ciddi bir risk bulunmaktadır" demiştir (paragraf 51 ve 52-54).

Bu istisnai koşullar ve başvurunun ölümcül hastalığında eriştiği kritik aşama dikkate alındığında, kendisini St. Kitts'e ihraç etme kararının uygulanması, insanlık dışı muamele olacak ve davalı Devlet'in 3. Madde'yi ihlâl etmesi sonucunu doğuracaktır.

Mahkeme bu bağlamda, davalı Devlet'in Ağustos 1994'den beri başvurunun tedavisini sağlamak konusunda sorumluluk üstlenmiş olduğuna da dikkat çekmektedir. Başvurucu halen kendisine sağlanmakta olan geçici tıbbi bakıma bağımlı hale gelmiştir ve kuşkusuz psikolojik olarak hem aşına, hem de şefkatli bir ortamda ölüme hazırdır. Gönderileceği ülkede karşılaşacağı koşulların başlı başına 3. Madde'yi ihlâl anlamına geleceği söylenemese bile, bulunduğu ortamdan uzaklaştırıldığı takdirde, oldukça sıkıntılı koşullar altında ölme riski gerçek hale gelecek ve bu da insanlık dışı muamele olacaktır.

[...]

Bu bilgiler ışığında Mahkeme, hapis cezalarını çekmiş ve buldukları ülkeden ihraç edilmek durumunda olan yabancıların, cezaevinde kaldıkları süre içinde kendilerini ihraç etmek isteyen Sözleşmeciler Devlet tarafından sağlanan tıbbi, sosyal ve sair yardımlardan yararlanmaya devam edebilmek için, söz konusu Sözleşmeciler Devletin topraklarında kalma hakkına ilke olarak sahip olmadıklarını vurgulamıştır.

Ancak, bu davanın oldukça istisnai koşulları çerçevesinde ve insani endişelerin yoğunluğu dikkate alındığında, başvurunun ihraç edilmesi kararının uygulanması durumunda 3. Madde'nin ihlâl edileceği sonucuna varılmalıdır.

Bensaid–Birleşik Krallık davasında (6 Şubat 2001 tarihli karar) AİHM [III. Seksiyon] farklı bir görüş benimsemiştir. Bu davada, başvurunun yaptığı evliliğin muvazaalı olduğunu düşünen yetkililer kendisini Birleşik Krallık'tan ihraç etmek istemişlerdir. Başvurucu başvurusunda ruhsal sağlık durumunu (şizofreni), halen yararlanmakta olduğu ayakta tedaviyi aynı şekilde Cezayir'de sürdürmenin güçlüğünü, bunun sağlığı üzerinde yaratacağı etkileri ve söz konusu ülkenin siyasi durumunu ileri sürmüştür. AİHM şu görüşü benimsemiştir (Bensaid–Birleşik Krallık davası, 6 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 44599/98, paragraf 34 ve 36-41):

Mahkeme'nin genel olarak 3. Madde'yi, kişinin yukarıda tarif edilen muamelelerden herhangi birine maruz kalma riskinin gönderildiği ülkedeki resmi makamlarının veya resmi sıfat taşımayan kişilerin kasıtlı fiillerinden kaynaklanması durumunda uyguladığı doğru olmakla birlikte (örneğin, yukarıda belirtilen Ahmed–Avusturya kararı, paragraf 44), 3. Madde'nin taşıdığı temel önemin ışığında Mahkeme, bu maddeyi ortaya çıkabilecek başka durumlarda da uygulayabilmek için yeterli esnekliği saklı tutmaktadır. Bu nedenle, yukarıda tarif edilen muamelenin kişinin gönderildiği ülkede oluşma riski, o ülkenin resmi makamlarının doğrudan veya dolaylı olarak sorumluluğundan kaynaklanmadığı veya tek başına ele alındığında 3. Madde'yi ihlâl etmediği durumlarda Mahkeme, bir başvurunun 3. Madde'ye dayalı iddiasını incelemek imkânına sahiptir. 3. Madde'nin bu şekilde kısıtlanması, getirdiği korumanın mutlak niteliğini zedelemek olurdu. Ancak, bu gibi durumlarda, Mahkeme davanın tüm koşullarını, özellikle de başvurunun kendisini ihraç eden ülkedeki kişisel durumunu ayrıntılı olarak incelemelidir (bkz. D–Birleşik Krallık davası, 2 Mayıs 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-III, paragraf 49).

[...]

Bu davada, başvuru uzun vadeli bir ruh ve sinir hastalığı olan şizofreni hastasıdır. Ârazları kontrol edebilmek için halen olanzapin adlı bir ilaç kullan-

maktadır. Cezayir'e döndüğü takdirde, ayakta tedavi gören bir hasta olarak bu ilacı ücretsiz olarak temin edemeyecektir. Herhangi bir sosyal sigorta kaydı olmadığından, ilaç bedelini talep edeceği bir merci yoktur. Ancak yatarak tedavi durumunda ilaç kendisine ücretsiz olarak verilecektir, yahut ayakta tedavi durumunda bedelini ödeyerek ilacı alabilecektir. Ayrıca, ruh ve sinir hastalıklarının tedavisinde kullanılan diğer ilaçların temini mümkün olabilecektir. Bu tedaviyi sağlayan en yakın hastane, ailesinin yaşadığı köye 75-80 km uzaklıktaki Blida kentindedir.

Tedavide karşılaşılabilecek zorluklar ve Cezayir'in şiddet ve terör eylemlerinin hâkim olduğu o bölgesine dönmenin yaratacağı stresin, sağlığını ciddi şekilde tehlikeye düşüreceği iddia edilmektedir. Başvurucunun zaten muzdarip olduğu ruh ve sinir hastalığının kötüleşmesi, hem kendisine hem de çevresine zarar vermesine yol açacak ve aynı zamanda sosyal işlevlerini kısıtlayacak şekilde sanrı ve psikoza bağlı vehimler gibi âraziların nüksetmesi söz konusu olabilecektir [...]. Mahkeme, hastalığın nüksetmesi sonucunda yaşanacak acıların, ilke olarak 3. Madde kapsamına girebileceği görüşündedir.

Ancak, Mahkeme başvurusunun hastalığı uzun vadeli bir hastalık olduğundan ve sürekli denetim altında tutulması gerektiğinden, Birleşik Krallık'ta kalsa bile nüks riskiyle karşılaşılabileceğini vurgulamaktadır. Hem bulunduğu ülkeden ihraç edilmesi, hem de kendisine sağlanan kişisel destek ve tedaviye erişimin farklılaşmasıyla bu riskin artacağı iddia edilmektedir. Başvurucu özellikle diğer ilaçların hastalığına daha az yarar sağlayacağını ve yatarak tedavi seçeneğinin son çare olarak görülmesini ileri sürmektedir. Yine de başvuru, Cezayir'de tıbbi tedaviden yararlanabilecektir. Başvurucunun Cezayir'de Birleşik Krallık'ta olduğundan daha olumsuz koşullarda yaşamak zorunda kalacak olması, Sözleşme'nin 3. Maddesi bakımından tayin edici unsur değildir.

Mahkeme, başvuru Cezayir'e geri döndüğü takdirde sağlık durumunun kötüleşme riski olduğu ve bu durumda yeterli bir destek veya bakımdan yararlanamayacağı yolundaki iddiaların oldukça spekülatif olduğu görüşündedir [...]. Başvurucunun kendisi terör eylemlerinin hedefi değildir. Ailesinin otomobili olmasa bile, bu durum başka düzenlemeler yapılmasını engellemez.

Mahkeme, başvurusunun sağlık durumunun ciddiyetini kabul etmektedir. Ancak, 3. Madde'nin benimsediği yüksek eşığı dikkate alarak, özellikle de davada başvurucuya zarar vermek konusunda Sözleşmeciler Devlet'in doğrudan sorumluluğu söz konusu olmadığından, Mahkeme bu koşullarda başvurusunun ihraç edilmesi nedeniyle 3. Madde'nin standartlarının ihlâline yol açacak kadar risk bulunmadığı görüşündedir. Bu dava, başvurusunun ölümcül bir hastalık olan AIDS'in son safhalarında bulunduğu ve St. Kitts'e ihraç edildiği tak-

dirde, her türlü tıbbi yardım ve aile desteğinden yoksun kalacağı (yukarıda belirtilen) D. Davasının istisnai koşullarını içermemektedir.

Bu nedenle Mahkeme, başvurucuyu Cezayir'e ihraç etme kararı uygulandığı takdirde, Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ihlâl edilmeyeceğine hükmetmiştir.

İnsanlık dışı veya aşağılayıcı muamele riskinin bulunup bulunmadığını değerlendirebilmek için, öncelikli olarak söz konusu Devlet'in içinde bulunduğu veya ihraç etme işlemi sırasında içinde bulunacağı koşulların dikkate alınması zorunludur; ancak bu AİHM'ni ilâve bilgileri de dikkate almaktan alıkoymaz. Bu şekilde, ilgili Sözleşmecî Devlet'in başvurucunun korkularının haklı olup olmadığını tespit etme yöntemi teyit edilmiş veya geçersiz kabul edilmiş olur (bkz. gerekli değişikliklerle, Cruz Varas ve Diğerleri–İsveç davası, 20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A. No. 201, s. 30, paragraf 76).

Gönderme

Dokuz yaşındaki bir kız çocuğunun kendi ülkesine gönderilmesi konusunda bakınız Nsona–Hollanda davası, 28 Kasım 1996 tarihli karar, Başvuru No. 23366/94, *Reports* 1996-V, paragraf 103-104): ihlâl yoktur.

Sosyal hizmet kurumlarının işlem yapmaması veya mevzuatın yetersizliği

Z. ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, sosyal hizmet kurumunun küçükleri koruyamamasıyla ilişkilidir. AİHM şu görüşü benimsemiştir (10 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29392/95, paragraf 73-74):

[...] Bu önlemler [Madde 1 ve 3], özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlamak ve yetkili makamların bilgisi dahilinde olan ve olmayan kötü muameleyi önleyici makul girişimleri içermelidir (gerekli değişikliklerle, Osman–Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-VIII, paragraf 116).

Bu davada başvurucu dört çocuğun maruz kaldığı ihmal ve istismarın (yukarıdaki paragraf 11 ve 36'da anlatılan şekilde) insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele eşğine vardığı konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Söz konusu muamele hakkında daha Ekim 1987'de yerel yetkililere bilgi verilmiştir. Bu yetkililer çocukları korumak konusunda yasal sorumluluk taşımaktadır ve çocukların buldukları evden alınması da dahil geniş bir yetki yelpazesine sahiptir. Buna rağmen, çocuklar annelerinin ısrarı üzerine ancak 30 Nisan 1992 tarihinde acil bakıma alınmıştır. Aradan geçen dört buçuk yıllık süre zarfında bu çocuklar kendi evlerinde, sonradan kendilerini muayene eden bir çocuk psikiyatri danışmanının ifadesiyle, dehşet verici deneyimler yaşamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 40). Criminal Injuries Compensation Board adlı

kurum da çocukların uzun süre feci bir ihmale maruz kaldığını ve doğrudan doğruya şiddete dayalı suç sonucunda fiziksel ve psikolojik olarak yaralandığını saptamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 49). Mahkeme, sosyal hizmet kurumlarının zor ve hassas kararlarla karşı karşıya olduğunu ve aile yaşamına karşı saygılı ve koruyucu olunması ilkesinin önemini kabul etmektedir. Ancak bu dava, mevcut sistemin başvuru çocukları ciddi, uzun süreli ihmal ve istismara karşı koruyamadığı konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmamaktadır.

Bu karar, yukarıda değinilen 23 Eylül 1998 tarihli A.–Birleşik Krallık davası kararı, *Reports* 1998-VI ile benzerlik taşımaktadır.

Maddi varlıkların tahrip edilmesi

Bazı davalar, maddi varlıkların tahrip edilmesinin 3. Madde'nin ihlâline yol açıp açmayacağı sorusunu gündeme getirmiştir.

Menteş ve Diğerleri–Türkiye davası kararında, AİHM başvuruçuların evinin tahrip edilmesi olgusunu 8. Madde kapsamında ele almış olduğu için, bu hususu dikkate almamıştır. O davada, Komisyon 3. Madde'nin ihlâl edildiğine hükmetmiştir (Menteş ve Diğerleri–Türkiye davası, 28 Kasım 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VIII, paragraf 74-77).

Diğer taraftan, Selçuk ve Asker–Türkiye davası kararında, AİHM başvuruçuların evinin güvenlik güçleri tarafından yakılmış olması nedeniyle, 3. Madde'nin ihlâl edildiğini kabul etmiştir (Selçuk ve Asker davası, 24 Nisan 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-II, paragraf 77-80):

Mahkeme, bu davada gerçekleştiğini saptadığı olaylara atıfta bulunmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 27, 28, 30 ve 57). Olay sırasında Bayan Selçuk ve Bay Asker'in 54 ve 60 yaşlarında olduğunu ve tüm yaşamları boyunca İslamköy adlı köyde yaşadıklarını hatırlatmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 8). Evleri ve mülklerinin çoğunun güvenlik güçleri tarafından imha edilmesi sonucunda başvuruçuların geçim kaynağı bir anda yok olduğundan, köylerini terk etmek zorunda kalmışlardır. Bu uygulamanın önceden tasarlandığı, tahkir unsuru içerdiği ve başvuruçuların duygularına saygı gösterilmediği anlaşılmaktadır. Başvuruçular hazırlıksız yakalanmışlar, bir kenarda durup evlerinin yakılmasını seyretmişler, Bay ve Bayan Asker'in güvenliğini sağlamak için alınan önlemler yetersiz kalmış, Bayan Selçuk'un itirazlarına kulak verilmemiş ve daha sonra kendilerine hiçbir yardımda bulunulmamıştır.

Özellikle, başvuruçuların evlerinin tahrip edilmiş şekli (bkz. yukarıda belirtilen Akdivar ve Diğerleri kararı, s. 1216, paragraf 91) ve kişisel durumları düşünüldüğünde, güvenlik güçlerinin tasarrufu nedeniyle maruz kaldıkları

acıların, 3. Madde çerçevesinde insanlık dışı muamele olarak sınıflandırılacak kadar şiddetli olduğu söylenebilir.

[...] Ancak, söz konusu tasarrufun amacı, başvurucuları cezalandırmak değil de evlerinin teröristler tarafından kullanılmasını önlemek veya başkalarını caydırmak olsa bile, bu durum kötü muamele için gerekçe olamaz.

Sonuç olarak, Mahkeme bu davadaki olayların 3. Madde'nin ihlâline işaret ettiğine hükmetmiştir.

Aynı bağlamda, bkz. 16 Kasım 2000 tarihli Bilgin–Türkiye davası kararı, Başvuru No. 23819/94, paragraf 103.

3. Madde'nin ihlâl edilmesi nedeniyle mağdur olanların yakın akrabalarının kaderi

AIHM, 2. ve 3. Maddelerin ihlâli nedeniyle mağdur oldukları iddia edilenlerin yakın akrabalarına ilişkin olarak 3. Madde'nin uygulanmasına hükmetmiştir. Buna göre, Çakıcı–Türkiye davasında (8 Temmuz 1999, Başvuru No. 23657/94, paragraf 98-99) AIHM şu görüşü dile getirmiştir:

Mahkeme, başvurucunun oğlunun, gerçekleştiği kabul edilmeyen bir gözaltı sırasında kaybolmasına ilişkin Kurt davasında (yukarıda belirtilen Kurt davası, s. 1187-1188, paragraf 130-134), olayın cereyan ettiği koşulları dikkate alarak, başvurucunun 3. Madde'nin ihlâli nedeniyle mağdur olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, başvurucunun oldukça ağır bir insan hakları ihlâli kurbanının annesi olduğuna ve çektiği acı ve ıstırap karşısında yetkililerin ilgisizliği nedeniyle kendisinin de mağdur durumuna düştüğüne dikkat çekmiştir. Yine de Kurt davası, “kayıp bir kişinin” aile fertlerinden birinin bu nedenle 3. Madde'ye aykırı bir muamelenin mağduru olacağı konusunda genel bir ilke getirmemiştir.

Bir aile ferdinin bu şekilde mağdur olup olmadığı, başvurucunun çektiği acılara, ağır bir insan hakları ihlâli mağdurunun yakınlarının kaçınılmaz olarak çekeceği düşünülen duygusal sıkıntıdan farklı bir boyut ve nitelik kazandıran özel faktörlerin bulunmasına bağlı olacaktır. Bunlar arasında, kan bağıının yakınlığı – bu bağlamda ebeveyn-çocuk arasındaki bağa özel önem atfedilecektir – ilişkinin özel koşulları, aile ferdinin olaylara ne ölçüde tanık olduğu, kaybolan kişi hakkında bilgi alabilmek için aile ferdinin çabaları ve bu çabalara yetkililerin nasıl tepki gösterdiği gibi hususlar sayılabilir. Mahkeme, ayrıca, bu gibi ihlâllerin can alıcı noktasının aile fertlerinden birinin “kaybolmasından” ziyade, konu hakkında kendilerine bilgi aktarıldığında yetkili makamların tepki ve tutumu olduğunu vurgulamaktadır. Özellikle bu son

nokta ile bağlantılı olarak, ilgili aile ferdi yetkililerin davranışının doğrudan mağduru olduğunu iddia edebilir.

Bu davada, başvuru kaybolan kişinin erkek kardeşidir. Kurt davasındaki başvurudan farklı olarak, kendi ailesiyle başka bir kentte yaşadığı için, güvenlik güçleri kardeşini götürürken evde bulunmamıştır. Başvuru yetkililer nezdinde sayısız dilekçe vermiş ve başvuruda bulunmuş olmasına rağmen, davanın muhatabı addedilmemiştir, zira 22 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne dilekçe verenin babası Tevfik Çakıcı olduğu anlaşılmaktadır. Bu davada, yetkililerin cevabından kaynaklanan ağırlaştırıcı bir neden Mahkeme'nin bilgisine sunulmamıştır. Buna göre, Mahkeme bu davada başvurucuyla ilgili olarak Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ilâve bir ihlâline gerekçe olacak hiçbir özel durum görmemektedir. Sonuç olarak, bu davada başvurucu açısından 3. Madde ihlâl edilmemiştir.

AIHS 4. Madde – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

4. Madde, 1. fıkrâ *4. Madde 1. fıkrada şu ifade yer almaktadır:*

1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.

1. Kölelik kavramı

Van Droogenbroeck–Belçika davasında “kölelik” kavramına bir açıklama getirilmiştir. Bu davada başvuru, hırsızlık suçundan hüküm giyerek iki yıl hapis ve on yıl kamu hizmeti cezasına çarptırılmıştır. Belçika kanunlarına göre “kamu hizmeti”, bir güvenlik önleminde ziyade ceza olarak anlaşılmalıdır zira kamu hizmeti uygulaması, aslı bir hapis cezasına ek olarak uygulanır ve bu cezanın bittiği tarihten itibaren yürürlüğe girer. Kamu hizmeti, kanunda belirlenen bir süre boyunca geçerlidir. Belçika mevzuatına göre, “Adalet Bakanlığı'nın hizmetinde bulunan, suça itiyatlı kişiler ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş olan kişiler, gerekli görülürse bir kurumda alıkonulurlar”. “Gerekli görülürse” ibaresinin varlığı, alınacak tedbirin seçiminde (hapis, yarı özgürlük, gözetime tâbi özgürlük, vb.) yasada geniş bir takdir payı tanındığını göstermektedir. Adalet Bakanı, hapis cezasının söz konusu olduğu bir durumda ilgili kişiye esas cezanın bitiminden sonra ya da hapis durumu devam ederken şartlı salıverilme hakkı tanıyabilir; böyle bir tedbire daha sonraki bir tarihte de başvurabilir.

Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, AIHS'nin özgürlükten yoksun bırakmayla ilgili 5. Madde'sine (bkz. aşağıda) dayanarak, kendisinin maruz kaldığı

hapis cezasının “yetkili bir mahkeme” tarafından verilen bir mahkumiyet kararı sonucunda değil, Adalet Bakanı’nın kararıyla verildiği iddiasında bulunmuştur. Başvurucu, bu nedenle, kamu hizmetinde tutulmasının ve yetkililerin inisiyatifine tâbi olmasının 4. Madde 1. fıkraya aykırı biçimde kendisini köle durumuna soktuğu gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. AİHM, 5. Madde 1. fıkra hükümlerinin, bu maddede tanımlanan koşullar dışındaki hallerde köleliğin kategorik olarak yasaklanmasını gerektirdiği ilkesinden hareket etmiştir (Van Droogenbroeck–Belçika davası, 24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 32, paragraf 58):

Şikâyet konusu durum, 5. Madde 1. fıkrayı (bkz. yukarıda 42. paragraf) ihlâl etmemiştir. Bu uygulamanın kölelik olarak kabul edilebilmesi için “özellikle ağır” bir “özgürlükten yoksun bırakma” durumunun söz konusu olması gerekirdi (bkz. Komisyon raporu 79-80. paragraflar) ki mevcut davada durum böyle değildir.

Kıbrıs–Türkiye davasında (10 Mayıs 2001 tarihli karar), AİHM Büyük Dairesi 4. Madde’ye dayandırılan bir şikâyeti ele alma fırsatı bulmuş, ancak meseleyi ispat açısından incelemekle yetinmiştir. Başvuruda yer alan olaylar Türkiye’nin Temmuz ve Ağustos 1974’te kuzey Kıbrıs’ta gerçekleştirdiği askeri harekâtla ve Kıbrıs topraklarının halen devam etmekte olan bölünmüşlük durumuyla ilgiliydi. Başvuru sahibi devlet, temelde, çatışmaların sona ermesinin ardından 20 yıl geçtiği halde yaklaşık 1491 Kıbrıslı Rum’un kayıp olduğunu ifade ediyordu. Bu kişilerin hayattayken en son görüldükleri zaman, Türkiye’nin yetkisi altında gözaltına alındıkları aşamaydı ve davalı Devlet bu insanların akıbeti hakkında hiçbir açıklama yapmamıştı. Başvuru sahibi devletin iddiası, kayıp kişilerin ölmüş olduklarına dair çürütülemez bir sav mevcut olmadığına göre, hâlâ alıkonuluyor olduklarının kabul edilmesi ki 1974 olaylarının üzerinden geçen süre düşünülecek olursa, bu alıkoymanın kölelik adedilmesi gerektiği yönündeydi. AİHM, kararında şu görüşe yer vermiştir (Kıbrıs–Türkiye kararı, 10 Mayıs 2001, Başvuru No. 25781/94, paragraf 139-141):

Komisyon, kayıp kişilerden hiçbirinin sözü geçen süre boyunca Türkiye tarafından alıkonulduğu ve 4. Madde’yi ihlâl edecek koşullarda tutulduğu varsayımını destekleyecek bir delilin mevcut olmaması dolayısıyla, 4. Madde’nin ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Komisyon’un görüşüne katılmaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme de Komisyon gibi kayıp kişilerin akıbeti ya da yeri konusunda spekülasyonda bulunmayı uygun görmemiştir. Mahkeme ayrıca gelişmeleri Komisyon tarafından tespit edilen şekliyle kabul etmiştir.

Sonuç olarak, AİHS’nin 4. Maddesi’nin ihlâli söz konusu değildir.

2. Rıza ve kölelik durumu

Komisyon, reşit olmayan İngiliz gençlerinin İngiliz donanmasında dokuz yıl boyunca deniz piyadesi olarak çalıştırılmalarıyla ilgili bir davayı incelemiştir. Ordu, gençleri yükümlülüklerinden muaf tutmayı kabul etmemiştir. Gençler, bu taahhüdün altına girdiklerinde reşit olmadıklarından ilgili durumun kölelik teşkil ettiği iddiasıyla dava açmışlardır. Her ne kadar 4. Madde 3. fıkrada askerlik hizmetinin zorla çalıştırma sayılmayacağı açık biçimde ifade edilmişse de Komisyon, yine de söz konusu uygulamada askerlik hizmetinin bir “kölelik” durumu teşkil edip etmediğini değerlendirmeyi kabul etmiş ve sonuç olarak kölelik teşkil etmediğine karar vermiştir (W., X., Y. ve Z.–Birleşik Krallık davası, Başvuru No. 3435-3438/67, *Collection of Decisions* 1968-IV, s. 20-21):

Komisyon, 4. Madde’de “kölelik” ve “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma”nın birbirinden ayrılmış olduğunu, her ne kadar bu ikisi çoğu durumda birbiriyle örtüşüyorsa da birbirlerinin muadili olarak görülemeyeceklerini, ayrıca askerlik hizmetini net bir biçimde “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” kapsamının dışında tutan maddenin, askerlik hizmetinin her durumda “kölelik ya da kulluğun” yasaklanması ışığında incelenmesini gereksiz kılmadığı görüşündedir;

[...]

[...] dolayısıyla, hizmet koşulları yetişkin askerler için bir kölelik durumu teşkil etmiyorsa, aynı şekilde ebeveyninin rızasıyla hizmet veren reşit olmayan erkek çocukları için de kölelik teşkil edemez.

4. Madde, 2. fıkra *4. Madde 2. fıkrada şu ifade yer almaktadır:*
– **Zorla çalıştırma** **2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya**
yaşağı **tâbi tutulamaz.**

AİHM’nin “zorunlu çalışma” kavramını yorumlama olanağını bulduğu Van der Mussel–Belçika davası kararında başvuru, 1952 doğumlu bir Belçika vatandaşı olup avukatlık mesleğini yürüttüğü Antwerp’te oturmaktadır. Başvuru 27 Eylül 1976 tarihinde stajyer avukat olarak çalışmaya başlamıştır ve 1 Ekim 1979’de stajını tamamladığı tarihten bu yana da baroya kayıtlıdır. Başvuru, stajyerliği sırasında bir davada müdafî olarak mahkeme tarafından görevlendirilmiştir. Mahkemenin görevlendirdiği avukatlara herhangi bir ücret ödenmiyor ve harcamaları karşılanmıyordu. Başvuru, mahkeme tarafından atanmış olduğundan dolayı değil, daha ziyade bu görevi reddetmiş olsaydı bazı müeyyidelerin gündeme gelmiş olacağı gerçeğinden hareketle ve ayrıca kendisine hiçbir ücret ödenmediği ya da masrafları karşılanmadığı için şikâyette bulunmuştur. Bu uygulamanın 4. Madde 2. fıkrayı ihlâl

eden bir “zorla çalışma ya da zorunlu çalışma” durumu olduğunu iddia etmiştir. AİHM, kararında şu görüşe yer vermiştir (23 Kasım 1983 tarihli karar, Seri A No. 70, s. 16, paragraf 32-36 ve 38):

AİHS'nin 4. Maddesi, “zorla çalışma ya da zorunlu çalışma”yı tanımlamamıştır; bu konuda Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarıyla ilgili çeşitli Avrupa Konseyi belgelerinde de bir açıklama bulunmamaktadır.

Komisyon'un ve ilgili Devletin işaret ettiği gibi, Sözleşme'yi hazırlayanlar, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin taslağındaki 8. Madde'yi kaleme alanların izinde, büyük ölçüde, Uluslararası Çalışma Örgütü'ne ait (ILO) daha erken tarihli bir sözleşme olan Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma hakkında 29 no.'lu Sözleşme'ye itibar etmişlerdir.

[...]

Mahkeme, [...] Belçika dahil hemen hemen bütün Avrupa Konseyi üyesi Devletleri bağlayan yukarıdaki ILO Sözleşmelerini ve özellikle de 29 No.'lu Sözleşme'yi dikkate alacaktır. Aslında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Madde 3. fıkrasıyla 29 no.'lu Sözleşme'nin 2. Madde 2. fıkrası arasında hiç de tesadüfi olmayan çarpıcı bir benzerlik vardır. 29 no.'lu Sözleşme'nin 2. Madde 1. fıkrasına göre, bu Sözleşme'nin “amacı bakımından” “zorla ya da zorunlu çalışma” terimi, “bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen ve bu kimsenin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma ya da hizmet” anlamına gelir. Bu tanım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Maddesi'nin yorumlanmasında bir başlangıç noktası oluşturabilir. Ne var ki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, özel nitelikleri ya da “demokratik Devletlerde halen hüküm süren anlayışların ışığında” okunması gereken yaşayan bir belge olduğu gerçeği gözden kaçırılmamalıdır” (diğer kararların yanı sıra bkz. 6 Kasım 1980 tarihli Guzzardi davası kararı, Seri A No. 39, s. 34, paragraf 95).

Mahkeme önüne çıkanlar, Bay Van der Mussele'nin Bay Ebrima'ya verdiği hizmetin AİHS 4. Madde 2. fıkrası ışığında “emek” olduğu konusunda hemfikirdirler. İngilizce bir sözcük olan “labour” (emek), daha çok dar anlamda el emeği olarak kullanılmaktadır, ancak aynı zamanda Fransızca “travail” (iş) anlamını da taşımaktadır ve bu bağlamda bu son anlamı göz önüne alınmalıdır. [...]

Yapılması gerekenlerden biri, ilgili uygulamanın “zorla ya da zorunlu bir çalışma” olup olmadığını belirlemektir. Bu sıfatlardan ilki (“zorla”), fiziksel ya da ruhsal kısıtlama fikrini akla getirmektedir ki mevcut davada kesinlikle böyle bir durum söz konusu değildir. İkinci sıfatta ise (“zorunlu”), yalnızca yasal zorunluluğun ya da yükümlülüğün herhangi bir biçimi kastedilmez. Örneğin, serbestçe müzakere edilmiş bir anlaşma gereğince yapılması gereken bir işin,

sırf taraflardan biri diğerine bu işi yapmayı taahhüt ettiği ve sözünü tutmaması halinde müeyyideyle karşılaşacağı gerekçesiyle 4. Madde'nin kapsamına girdiği düşünülemez. Komisyon'un azınlık görüşünü savunan üyeleri, bu hususta çoğunluğun görüşüne katılmıştır. Burada aranması gereken, "bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen" ve ilgili kişinin kendi iradesine rağmen yerine getirdiği, yani "kendi iradesiyle gerçekleştirmediği" çalışmadır".

[...]

Bay Van der Mussele meşru bir mazeret olmadan Bay Ebrima'yı savunmayı reddetmiş olsaydı, bu reddetme nedeniyle cezai nitelikte bir müeyyideyle karşılaşmayacaktı. Öte yandan başvuru, adının Baronun stajyer listesinden çıkarılması ya da avukatlık sicil başvurusunun reddedilmesi riskiyle karşı karşıya kalacaktı (bkz. yukarıdaki paragraf 19). Hem tanımda geçen "her türlü" sıfatının kullanımı, hem de bu konuda ILO tarafından benimsenen standartlar ("Abolition of Forced Labour": General Survey by the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations, 1979, paragraf 21) ışığında bu ihtimaller, "[bir] ceza tehdidi" teşkil edebilecek düzeyde göz korkutucu ihtimallerdir.

İkinci olarak, başvuru konusu işi "kendi iradesiyle üstlenip üstlenmediği" belirlenmelidir.

Komisyon'un çoğunluk görüşüne göre başvuru, şikâyetçi olduğu duruma önceden rıza göstermiştir ve daha sonra buna karşı çıkması uygun değildir.

[...]

İlgili Devlet tarafından da desteklenen bu görüş, durumu bir yönüyle doğru bir biçimde yansıtmaktadır, ancak AİHM buna belirleyici bir ağırlık vermemektedir. Kuşkusuz Bay Van der Mussele Belçika'da serbest bir meslek olan avukatlık mesleğine uzun bir geçmişe sahip meslek kuralları gereği bazı hallerde ücretsiz hizmet vereceğini ve masraflarının ödenmeyeceğini değerlendirerek girmeyi tercih etmiştir. Ancak, bu gerekliliği isteyerek ya da istemeyerek kabul etmek durumunda kalmıştır [...].

[...] Mahkeme bu konuda [...] bir yaklaşım benimsemeyi tercih etmektedir. "[Bir] ceza tehdidiyle" karşılaştırılabilir bir riskin mevcut olduğu (bkz. yukarıdaki paragraf 35) ve başvuru konusunun "önceden gösterdiği rızayla" ilgili sava belirli bir ağırlık verilmesi gerektiği (bkz. yukarıdaki paragraf 35) görüşünde olan Mahkeme, Bay Van der Mussele'den istenen hizmetin zorunlu çalışma yaşama girip girmediğini belirlemek için, davanın bütün koşullarını AİHS'nin 4. Maddesi'nin ortaya koyduğu başlıca gayeler ışığında dikkate alacaktır. Belirli bir mesleği edinmek için gerekli görülen hizmetin, bu hizmetin

önceden isteyerek kabul edilmiş sayılmayacak kadar aşırı bir külfet getirmesi ya da mesleğin ileride sağlayacağı getirilerle orantısız olması halinde (örneğin söz konusu meslekle ilgili olmayan bir hizmet talep edilmesi durumunda) bir çalışma yasağı söz konusu olabilir.

AİHS'nin 4. Maddesi'nin yapısı bu konuda açıklayıcı niteliktedir. 3. fıkra, 2. fıkrada güvence altına alınmış hakkı "kısıtlamayı" değil, 2. fıkrayla bir bütün oluşturduğu ve neyin "'zorla ya da zorunlu çalışma' sayılmayacağını" (ce qui "n'est pas considéré comme 'travail forcé ou obligatoire'") belirttiği için, bu hakkın içeriğinin "sınırlarını çizmeyi" amaçlamıştır. Bu nedenle 3. fıkra, 2. fıkranın yorumlanmasına yardımcı olmaktadır.

3. Fıkranın dört bendi, farklılıklarına rağmen kamu yararı, toplumsal dayanışma ve normal ya da mutad şartlar dahilindeki hususlara ilişkin fikirlere dayandırılmıştır. "Normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçası olan çalışma ya da hizmeti" zorla ya da zorunlu çalışma kapsamından hariç tutan sonuncu bent, yani d bendi, bu dava açısından özel bir önem taşımaktadır.

AİHM bu nedenlere dayanarak ve başvurucunun içinde bulunduğu durumu göz önüne alarak, özgür iradeyle seçilmiş bir meslek bağlamında talep edilen ücretsiz yardımın zorla çalışma sayılmayacağı sonucuna varmıştır. Kararın devamı aşağıdaki gibidir (s. 21, paragraf 40):

Mahkeme, Bay Van der Mussele'nin şikâyet konusu uygulamadan haberdar olarak avukatlık mesleğine isteyerek girdiğini hatırlatır. Bu durumda, avukat olmak amacı ilâ bu amaç doğrultusunda üstlenilen yükümlülükler arasında kayda değer ve makul olmayan bir dengesizlik olması, tek başına, Bay Van der Mussele'den talep edilen müdafî yardımı hizmetlerinin kendi rızası hilâfına talep edilmesine rağmen zorunlu olduğu sonucuna varmayı gerektirebilecektir. Mahkeme'ye ibraz edilen deliller, bir ücret ya da masraf ödemesi olmamasına rağmen (ki bu da zaten tek başına tatmin edici olmaktan uzaktır) böyle bir dengesizlik bulunduğuna işaret etmemektedir.

Ayrıca, halen Belçika'da ve diğer demokratik toplumlarda söz konusu olan standartlar dikkate alındığında, bu davada AİHS'nin 4. Madde 2. fıkrası hükümleri anlamında zorunlu çalışma tespit edilmemiştir.

4. Madde, 3. fıkra
– İstisna hükmü

4. Madde 3. fıkrada şu ifade yer almaktadır:

3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen "zorla çalışma veya zorunlu çalışma" dan sayılmazlar:

a bu Sözleşme'nin 5. Maddesi'nde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya

şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;

b askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;

c toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;

d normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

1. 5. Madde'ye uygun olarak alıkonulan kişilerin, çalışmaya mecbur edilmesi

Hürriyeti bağlayıcı ceza verilen kişilerin çalıştırılması ile ilgili olarak AİHM (bkz. salıverilmesi için tespit edilen meblağı temin etmek üzere çalışmaya mecbur kılınan bir mahpus hakkındaki Van Droogenbroeck–Belçika davası, 24 Haziran 1982, Seri A No. 50, s. 33, paragraf 59-60), şu hususa işaret etmiştir:

Uygulamada, salıvermenin cezaevinde çalışma karşılığı alınan ücretle ödenecek bir kefalete bağlanması (bkz. yukarıdaki 13., 16. ve 17. paragraflar), kelimenin tam anlamıyla kişinin bir yükümlülükle karşı karşıya olmasıdır.

Ancak, 5. Madde 4. fıkraya (bkz. yukarıda paragraf 56) riayet edilmemiş olması, otomatikman 4. Madde'ye de riayet edilmediği anlamına gelmeyeceği için, buradan hareketle şikâyetin mesnetli olduğu söylenemez: 4. Madde 3.a bendinde, kişiye verilmiş olan alıkonma cezasının normal seyri içinde ki bu davada da durum böyledir, 5. Madde 1. fıkraya aykırı olmayacak şekilde kişinin çalışmaya mecbur kılınmasına yetki verilmiştir. Dahası, Bay Van Droogenbroeck'ten yapması istenen iş bu bağlamda "olağan" olanın dışında olmayıp, kendisinin topluma kazandırılmasını sağlamaya yönelik olarak belirlenmiştir ve yasal dayanağı da Avrupa Konseyi'ne üye diğer bazı Devletlerde de buna benzer yasal hükümler bulunmasıdır (bkz. yukarıdaki paragraf 25 ve gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararı, Seri A No. 12, s. 44-45, paragraf 89-90).

Buna göre, Belçika makamları 4. Madde'de öngörülen gereklere uygun davranmıştır.

Bu arada AİHM, 5. Madde'ye riayetini, zorla çalıştırmanın hukuka uygunluğu üzerindeki etkisini de incelemiştir. AİHM bu hususu, başvuruçuların alıkonuldukları

süre zarfında ücret karşılığı çalışmaya zorlandıkları De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davasında incelemiştir. Söz konusu davada 5. Madde 4. fıkranın ihlâl edildiği hükmüne varmakla birlikte (18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A No. 12, s. 44, paragraf 89-90) AİHM, bunun 4. Madde'nin ihlâli anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. Bu davada 5. Madde 1. fıkraya riayet edilmiştir. AİHM şu hususu müşahade etmiştir:

Mahkeme de bu davalarda 5. Madde 4. fıkrada (bkz. yukarıdaki paragraf 74 ilâ 80) teminat altına alınan hakların ihlâl edildiği görüşündedir; ancak buradan yola çıkarak 4. Maddenin ihlâl edildiği sonucuna varması gerektiğini düşünmemektedir. Mahkeme, 4. Madde 3.a bendinde, 5. Madde 1.e bendi uyarınca özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerden normal şartlarda istenebilecek türden işlere izin verildiğini göz önüne almaktadır. Mahkeme ayrıca, kendisine ibraz edilen bilgiler ışığında, De Wilde, Ooms ve Versyp isimli şahıslarla ilgili olarak 5. Madde 1.e fıkrasının ihlâl edildiğini tespit etmemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 67 ilâ 70).

Ayrıca, üç başvurucunun yapmakla görevlendirildikleri işler, Sözleşme'nin 4. Madde 3.a bendi anlamında “olağan” sınırları aşmamıştır, zira söz konusu işler bu kişilerin topluma kazandırılmalarını amaçlamıştır ve genel bir standarda dayandırılmıştır. Bu standart, Avrupa Konseyi üyesi pek çok ülkede muadili bulunan 1891 tarihli Kanununun 6. Bölümünde yer almaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 38 ve Komisyon raporunun IV ve V no.'lu Ekleri).

Dolayısıyla, Belçika makamları 4. Maddenin şartlarına uygun davranmışlardır.

2. Yurttaşlık gereği yapılan işler, yurttaşlık yükümlülükleri ve para ödeme yükümlülüğü

Karlheinz-Schmidt–Almanya davasında (18 Temmuz 1994 tarihli karar, Seri A No. 291-B, s. 32, paragraf 23) başvurunun konusu, yalnızca erkeklerin itfaiye hizmetinde bulunmaya ya da bir nakit bedel ödemeye mecbur tutulmalarıydı.

[...] Mahkeme, Baden-Württemberg'deki gibi bir zorunlu itfaiye hizmetinin 4. Madde 3.d bendinde öngörülen “normal yurttaşlık yükümlülüklerinden” biri olduğu görüşündedir. Ayrıca, hizmetin ifası yerine bir nakit bedel ödenmesi, Federal Anayasa Mahkemesine göre (bkz. yukarıdaki paragraf 15) “telâfi mahiyetinde bir ödemedir”. Sonuç olarak Mahkeme, hizmet yükümlülüğü ile yakından ilişkili olması sebebiyle, hizmet ifası yerine para ödeme yükümlülüğünün de 4. Madde 3.d bendi kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır [...].

(İtfaiye hizmetinde bulunma ya da nakit bedel ödeme yükümlülüğünün AİHS'nin 14. Maddesi çerçevesinde yerine getirilmesiyle ilgili olarak 14. Madde'de yer alan “ayrımcı muamele” bölümüne bakınız.)

AİHS 5. Madde – Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

5. Madde, 1. fıkra

Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra hükümleri şu şekildedir:

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğü yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c 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 tutulması;

d Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması;

e Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkolik, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;

f Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması.

1. Özgürlükten mahrumiyet kavramı

5. Madde 1. fıkrada özellikle özgürlükten mahrumiyet konusuna değinilmektedir. “Özgürlükten mahrumiyet” kavramının açık bir şekilde tanımlanması gerekir.

Özgürlükten mahrumiyet ve özgürlüğün kısıtlanması

Zorunlu ikamet emri

Guzzardi-İtalya davası (6 Kasım 1980, Seri A No. 39, s. 33-35, paragraf 92-93 ve 95) kararında AIHM, 5. Madde 1. fıkra hükümleri kapsamında özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki farka işaret etmiştir. Bu davada Bay Guzzardi’ye diğer koşullarla birlikte değerlendirildiğinde, “5. Madde açısından bir sınıflandırma olarak değerlendirilebilecek” şekilde İtalya’ya ait küçük bir adada ikamet etme emri verilmiştir. Her ne kadar Bay Guzzardi gözaltına alınmış olmasa da kendisine zorunlu ikamet emri verilmiş olmasının fiilen özgürlükten mahrumiyet anlamı taşıyıp taşımadığı sorusu gündeme gelmiştir. Karar şu şekildedir:

Mahkeme, Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrası uyarınca, “özgürlük hakkı”nın kişinin fiziksel özgürlüğü anlamına geldiğine işaret eder; bu hükmün amacı, hiç kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmemesini temin etmektir. Mahkeme’ye başvuran şahısların da işaret etmiş oldukları gibi, bu maddede salt hareket serbestisinin kısıtlanmasına dair hükümler yer almaktadır; bu tür kısıtlamalar, İtalya’nın onaylamadığı 4 No.lu Protokolün 2. Madde hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir kişinin 5. Madde hükümleri anlamında “özgürlüğünden mahrum” edilip edilmediğinin tespitinde başlangıç noktası kişinin mevcut durumu olmalı ve söz konusu tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi bir dizi kriter dikkate alınmalıdır (bkz. Engel ve Diğerleri davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 24, paragraf 58-59).

Özgürlükten mahrumiyet ile özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark, bu tür bir tedbirin özellik ve esasından ziyade, salt derece veya yoğunluğundan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar bu tür bir tedbirin, bu kategorilerden hangisine girdiğinin tespiti, özellikle de bu iki kategori arasındaki sınırdaki yer alan tedbirlerin belirlenmesinde salt kanaat gerekmesi sebebiyle zaman zaman zor olsa da Mahkeme, 5. Madde hükümlerinin uygulanabilir ya da uygulanamaz olmasına bağlı olarak bu ikisi arasında bir seçim yapmaktan kaçınmaz.

[...]

Başvuru sahibinin hareket edebileceği alanın bir hücrenin ebadından çok daha büyük olması ve herhangi bir fiziksel engel ile çevrili olmamasına rağmen, bir adanın erişimi zor küçük bir bölümü ile sınırlı olup bu arazinin onda doku-

zunda da bir hapisane bulunmaktadır. Bay Guzzardi, bakımsız, hattâ metruk durumdaki eski bir sağlık ocağı, bir jandarma karakolu, bir okul ve küçük bir kiliseden oluşan Cala Reale isimli küçük bir köyde ikamet ettiriliyordu. Bu köyde kendisi gibi aynı cezaya çarptırılan kişiler ve polislerle birlikte yaşıyordu.

[...]

Mahkeme, oyçokluğuyla mevcut davada bu şartların özgürlükten mahrumiyet olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Dolayısıyla AİHM, söz konusu davanın değerlendirmesini yapmıştır.

Yabancıları uluslararası topraklarda tutmak

İltica talebinde bulunan kişileri transit bir bölgede ya da bir havalimanının uluslararası bölümünde tutmak (aşağıdaki davada Paris-Orly Havalimanı) konusunda AİHM (Amuur-Fransa davası, 25 Haziran 1996 tarihli karar, Hükümler ve Kararlara İlişkin Reports, 1996-III, No. 11, s. 847-848, paragraf 41 ve 43) şu hususları dikkate almıştır:

Mahkeme öncelikle, 27 Ekim 1946 tarihli Fransa Anayasası'nın (4 Ekim 1958 tarihli Anayasa'ya dahil edilmiştir) Dibaçe bölümünün dördüncü fıkrasında Fransa'nın "davranışları sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilmesine yol açacak şekilde zulmedilen" herkese "Cumhuriyet topraklarında" iltica hakkı tanıdığına işaret eder. Fransa ayrıca, 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi'ne de taraftır. Bu Sözleşmede "mülteci" terimi, "ırk, din, tâbiyet, belli bir toplumsal kesim ya da siyasî görüşe mensup olmak sebebiyle haklı bir şekilde zulüm görme korkusu [yaşayan] kişi" olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme ayrıca, Avrupa Konseyi üyesi pek çok devletin son yıllarda giderek artan sayıda iltica talebiyle karşı karşıya kaldığına işaret eder. Mahkeme, Avrupa'daki başlıca havalimanlarına intikal eden iltica taleplerinin ve bu taleplerin incelenmesinin yol açtığı zorlukların farkındadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 12 Eylül 1991 tarihli raporunda bu konuya işaret edilmektedir (bkz. yukarıdaki 26. paragraf).

Kuşkusuz, yabancıların kendi topraklarına girişleri ve yerleşmelerini kontrol etmek Sözleşmecî Devletlerin egemenlik hakkı gereğidir. Ancak Mahkeme, bu hakkın 5. Madde dahil olmak üzere AİHS hükümleri çerçevesinde kullanılmasını gerektiğini vurgular.

[...] (Bkz. Guzzardi-İtalya davası, 6 Kasım 1980 tarihli karar, Seri A No. 39, s. 33, paragraf 92).

Yabancıları uluslararası bölgede tutmak özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirir de bu durumun sınırdışı işlemi esnasında yabancıların alıkonulduğu merkez-

lerle kıyaslanması her bakımdan mümkün değildir. Bu tür bir tecrit, söz konusu kişilere yönelik uygun güvenceler sağlandığı sürece ve başta 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası yükümlülüklerine uymaları kaydıyla, yalnızca Devletlerin yasadışı göçü önleyebilmeleri çerçevesinde kabul edilebilir. Göçle ilgili kısıtlamaların giderek artan sayıda ihlâline yönelik teşebbüste bulunulması karşısında Devletlerin duyduğu meşru endişe sebebiyle, iltica talebinde bulunan kişiler bu sözleşmelerin sağladığı güvencelerden mahrum bırakılmamalıdır.

Bu tür bir alıkoyma aşırı uzun süreli olmamalıdır; aksi takdirde, bu alıkoyma salt özgürlüğün kısıtlanmasından çıkarak – yabancının geldiği ülke vatandaşlığına geçmesi için gerekli işlemlerin yapılması ya da iltica talebi söz konusu olduğunda, kişinin bu maksatla başvurduğu ülke topraklarına girme talebinin değerlendirilmesi bakımından gerekli olan – özgürlükten mahrumiyet hâline dönüşebilir. Bu açıdan, bu tedbirin suç işlemiş olan şahıslara değil, can güvenliği endişesiyle kendi ülkelerinden kaçmış yabancılara yönelik olduğu da dikkate alınmalıdır.

Her ne kadar şartların zorunlu kılması sebebiyle kişinin alıkonulması kararının idarî makamlar ya da emniyet güçleri tarafından alınması gerekiyorsa da alıkoyma süresinin uzatılması, kişisel hakların geleneksel bekçileri olan mahkemelerin süratli denetimine tâbi olmalıdır. En önemlisi bu tür bir tecrit, iltica talebinde bulunan kişiyi, mülteci statüsü tanınmasına ilişkin usullere etkili bir şekilde erişim hakkından mahrum etmemelidir.

Bu davada, Fransa Devleti ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet söz konusu olmadığı konusunda mutabık kalmış ve “başvuru sahiplerinin söz konusu tedbirin uygulanma alanının dışına çıkabilecekleri gerçeğini özellikle vurgulamışlardır”. Ancak AİHM şunları belirtmiştir:

İltica talebinde bulunan kişilerin iltica etmek istedikleri ülkeyi kendi istekleriyle terkedebilecekleri gerçeği tek başına, Sözleşme'nin Ek 4. No.lu Protokolünde de (P4) öngörüldüğü üzere, özgürlüğün ve kişinin kendi ülkesi dahil olmak üzere herhangi bir ülkeden ayrılma hakkının kısıtlanmasının güvence altına alınmamasını gerektirmez. Ayrıca, iltica talebinde bulunan kişilerin bu taleple başvurdukları ülkede bulmayı umdukları korumaya benzer bir koruma sağlayacak ya da bu kişileri kabul etmeye hazır başka bir ülke bulunmaması durumunda bu olasılık teorik olmanın ötesine geçemez.

AİHM, “başvuru sahiplerinin Paris-Orly Havalimanının uluslararası bölümünde tutulmalarının, uygulanan kısıtlama çerçevesinde, fiilî olarak özgürlükten mahrumiyet anlamı taşıdığı”na karar vermiştir. 9 Mart 1992 tarihinde havalimanına gelen

başvuru sahipleri, yirmi gün boyunca havalimanının transit bölümünde tutulmuş, kendi kaderlerine terkedilmiş, sıkı ve sürekli bir polis denetimine tâbi olmuş ve herhangi bir yasal ya da sosyal yardım almamışlardır. AİHM ayrıca, “26 Mart tarihine kadar bu tecridin ne süresi ne de gerekli olup olmadığının bir mahkeme tarafından incelenmemiş olduğu” hususuna da işaret etmiştir.

Disiplin kararları

AİHM, askerlerin kendi konutlarında ya da askerî bina veya tesislerde tecrit edilmesinin özgürlükten mahrumiyet teşkil etmediğine karar vermiştir (Engel ve Diğerleri–Hollanda davası, 8 Haziran 1976 tarihli karar, Seri A No. 22).

Bu durum her disiplin cezası için geçerli değildir.

Hastaneye yatırma

Nielsen–Danimarka davasında (28 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 144) AİHM, bir küçüğün (reşit olmayan kişi) annesinin talebi üzerine bir çocuk psikiyatri koğuşuna yatırılmasının 5. Madde hükümleri çerçevesinde özgürlükten mahrumiyet teşkil etmediğine ve bu durumun, çocuğunun menfaatleri doğrultusunda ebeveynlik haklarının gerektirdiği sorumlulukların anne tarafından yerine getirilmesi anlamı taşıdığına hükmetmiştir.

Rıza ve özgürlükten mahrumiyet

Hapsedilmek için rıza gösterilmiş olması, mutlak surette özgürlükten mahrumiyet olmadığı anlamına gelmez: bir bireyin özgür iradesiyle yetkili mercilere teslim olması ve alıkonulmayı kabul etmesi, bu mercilerin 5. Madde hükümlerine uyma yükümlülüğünü kaldırmaz (De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davası, 28 Mayıs 1970 tarihli karar, Seri A No. 12).

2. Sözleşme'nin uygun bulunduğu özgürlükten mahrumiyet uygulamaları

Genel özellikler

5. Madde 1. fıkrada, “aşağıda belirtilen haller” ve “yasada belirlenen yollar” dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı hükmü bulunmaktadır.

Yasada belirlenen yolların gözetilmesi

“Yasada belirlenen yollar”ın gözetilmesi bakımından AİHM, temel olarak iç hukuka uygunluğu esas almaktadır. Wassink–Hollanda davasında (27 Eylül 1990 tarihli karar, Başvuru No. 12535/86, paragraf 24) AİHM şunları belirtmiştir:

Alıkoymanın “hukuka uygun” olup olmamasıyla ilgili olarak, bu uygulamanın “yasada belirlenen yollar”a uygun olup olmadığı da dahil olmak üzere, AİHS temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddî hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, herhangi bir alıkoymanın 5. Madde hükümlerine uygun olması, yani bireylerin keyfî uygulamalardan korunması şartını yerine getirmesi de gerekir (bkz. bu konudaki son kararlardan, Van der Leer davası kararı, 21 Şubat 1990, Seri A No. 170, s. 12, paragraf 22).

Aynı formül, Benham–Birleşik Krallık davası kararında da (10 Haziran 1996, *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-III, s. 765, paragraf 40) kullanılmıştır:

Mevcut davada asıl tespit edilmesi gereken husus, şikâyet edilen alıkoyma uygulamasının “yasada belirlenen yollar”a uygunluğu da dahil olmak üzere, “hukuka uygun” olup olmadığıdır. AİHS bu konuda temel olarak iç hukuku esas almakta ve bu çerçevede maddî hukuk ve usul hukuku kurallarına uyma yükümlülüğü getirmektedir. Ancak buna ilâveten, herhangi bir alıkoymanın 5. Madde hükümlerine uygun olması, yani bireylerin keyfî uygulamalardan korunması şartını yerine getirmesi de gerekir (bkz. Quinn–Fransa davası, 22 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 311, s. 18, paragraf 47).

Ancak, bir sonraki paragrafta (paragraf 41) AİHM ayrıca, iç hukuka uygunluk şartının yerine getirilmemesinin 5. Madde hükümlerinin ihlâli anlamına geleceğini ve dolayısıyla, ulusal kanunların doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir:

Ulusal kanunları yorumlamak ve uygulamak aslen ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin görevidir. Ancak, 5. Madde 1. fıkrâ hükümleri çerçevesinde, ulusal kanunlara uyulmaması Sözleşme’nin ihlâli anlamına gelir ve bu durumda Mahkeme, söz konusu ulusal kanuna uyulup uyulmadığını belirleme yetkisini kullanabilir ve kullanmalıdır (bkz. Bouamar–Belçika davası, 29 Şubat 1988 tarihli karar, Seri A No. 129, s. 21, paragraf 49). [bkz. biraz farklı bir ifadeyle, Wloch–Polonya davası, 19 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 27785/95, paragraf 110].

Wassink–Hollanda davasında, savcı, ulusal mahkemenin başkanından başvuru sahibinin psikiyatri koğuşunda alıkonulmasına ilişkin tedbirin süresinin uzatılması isteminde bulunmuştur. Ulusal mahkeme, alıkoyma süresini uzatmıştır, ancak bu karar kanunen öngörüldüğü şekilde mahkeme kâtabinin de hazır bulunacağı bir celsede alınmamıştır. Ulusal mahkeme başkanı, yargı teşkilâtının yapılanmasıyla ilgili koşullar sebebiyle, şahısların acil olarak hastaneye yatırıldığı davalarda her zaman bir kâtip bulundurulmadığını belirtmiştir: o bölgede, mahkemenin yetki alanı dahilinde üç büyük psikiyatri hastanesi bulunmaktadır ve mahkemenin personel sayısı

yeterli değildir. Başvuru sahibi bu karara, özellikle de bu gerekçeye itiraz etmiştir. Hollanda Yargıtay Başsavcısı başvuru sahibinin ikinci itiraz isteminin (kâtip bulunmaması hususunda) haklı olduğunu beyan etmiştir. Ancak Hollanda Yargıtayı, şahsın artık hastanede tutulmadığı gerekçesiyle, başvuru sahibinin itiraz ettiği mahkeme kararının bozulmasına gerek olmadığına karar vererek söz konusu kişinin temyiz başvurusunu reddetmiştir. AİHM bu davada şu kararı vermiştir:

[...] duruşmada kâtibin hazır bulunmaması, Yargı (Teşkilâtı) Yasası çerçevesinde yürürlükte bulunan Yönetmelik'in 72. Maddesinin ihlâlidir (bkz. yukarıdaki 18. paragraf) ki Yargıtay Başsavcısı da aynı kanaattedir. Netice itibarıyla, bu çerçevede, "yasada belirlenen usul" yerine getirilmemiş ve bu da Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasının ihlâlüne yol açmıştır. Hollanda Devleti de bu durumu kabul etmektedir.

Hukuk hatası sebebiyle ortaya çıkan ihlâller ile kasıtlı olarak yasada belirlenen usullerin ihlâl edilmesini birbirinden ayırmak gerekir. Bozano–Fransa davasında (18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 23, paragraf 55) AİHM şunları ifade etmiştir:

Başvuru sahibi, sınır dışı etme kararının Limoges İdare Mahkemesi tarafından geriye dönük olarak bozulmuş olması sebebiyle, polisin 26-27 Ekim 1979 tarihlerindeki tutumunun otomatik olarak herhangi bir yasal dayanağı kalmadığına işaret etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Delegatesi, bu beyana katılmamıştır. Fransız Devleti, başvuru sahibinin itirazının Komisyon'un içtihadına ters düştüğünü belirtmiş (Başvuru No. 6871/75 hakkında rapor, Caprino–Birleşik Krallık davası, s. 23, paragraf 65) ancak bu beyanında ısrar etmemiştir; Fransız Devletine göre bu konu karmaşık bir konudur ve başvuru sahibi Fransız mahkemelerine bu konuyu dikkate alma fırsatı tanımamıştır.

Bay Bozzano'yla ilgili olarak Fransız Devleti'nin dile getirdiği mülâhaza, her ne kadar mantıklı olsa da Mahkeme'yi de ikna etmemiştir. Bir Sözleşmecî Devlet'in yetkili makamları iyi niyet dahilinde olsa da hukuka aykırı hareket edebilirler. Bu tür durumlarda ulusal mahkemelerin ulusal kanunlara aykırılığı tespit etmesi, bu arada uygulanmak üzere alınan tedbirlerin etkisini geriye dönük olarak değiştiremeyebilir.

Öte yandan, yetkili makamların bilerek yürürlükteki mevzuatı ihlâl etmesi, özellikle de aslen yetkilerini kötüye kullanmak şeklinde bir kararları olmuşsa, bu durumun farklı sonuçlara yol açacağı da açıktır.

Bu şekilde, Benham–Birleşik Krallık davasında (10 Haziran 1996 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, s. 765, paragraf 42), AİHM şunları ifade etmiştir:

Bir alıkoyma uygulaması, eğer bir mahkeme kararını takiben gerçekleştiriliyorsa hukuka uygun olacaktır. Ulusal mahkemenin bu tür bir karar alırken ulusal kanunlara uymadığının bilahare tespit edilmesi, bu arada gerçekleşen alıkoyma uygulamasını geriye dönük olarak geçersiz kılmayacaktır. Bu sebeple, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve ilgili organları, haklarında verilen mahkumiyet kararları ya da cezaların temyiz mahkemeleri tarafından maddî hata ya da hukuk hatasından kaynaklandığını tespit etmiş olmaları sebebiyle kendisine başvuruda bulunan hükümlülerin başvurularını sürekli olarak reddetmiştir (bkz. Bozano–Fransa davası, 18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 23, paragraf 55; Komisyon’un Başvuru No. 7629/76, Krzycki–Almanya davası ile ilgili 9 Mart 1978 tarihli raporu, *Decisions and Reports* 13, s. 60-61).

Ulusal kanunlara uyulması ve bu kanunların yorumlanmasının herhangi bir zorluk arzemediği durumlarda, örneğin belirli sürelerle uyulması gereken hallerde, yasada belirlenen şartlara uyulmaması 5. Maddenin ihlâli anlamına gelecektir. Bu çerçevede, yargı mesleğini icra edenler açısından bir dava özellikle ilginçtir: yasada belirlenen gözaltı süresinin aşılması, başlıbaşına 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinin ihlâli anlamına gelir (K.-F.–Almanya davası, 27 Kasım 1997 tarihli karar, Başvuru No. 25629/94, *Reports* 1997-VII, paragraf 70-73):

Mahkeme bu bağlamda, özgürlük hakkı ile ilgili olarak Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen istisnaların sadece bu hükümde yer alanlarla sınırlı olduğunu ve bu istisnaların yalnızca dar anlamda yorumlanmasının bu madde hükümlerinin amacına uygun olacağını, yani hiç kimsenin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilemeyeceğini vurgular (bkz. son kararlardan, yukarıda belirtilen Giulia Manzoni davası kararı, s. 1191, paragraf 25).

Mahkeme, belli şartlarda, alıkonulan kişinin serbest bırakılmasına kadar sınırlı bir süre geçebileceğini kabul etmektedir. Ancak, bu durum, alıkoyma süresinin önceden kanunlarca belirlenmemiş olduğu ve alıkoyma uygulamasının mahkeme kararıyla sona erdiği haller için geçerlidir. Mahkemelerin davalara bakması ve özel birtakım formalitelerin tamamlanması gibi işlemler, bu tür bir mahkeme kararının uygulanmasının zaman alabileceği anlamı taşır (bkz. Quinn–Fransa davası, 22 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 311, s. 17, paragraf 42; ayrıca, yukarıda belirtilen Giulia Manzoni davası kararı, s. 1191, paragraf 25).

Ancak, mevcut davada, kimlik tespiti maksadıyla azamî oniki saat alıkoyma süresi kanunlarda belirlenmiş ve mutlaktır. Azamî alıkoyma süresi önceden bilindiği için, alıkoyma işleminden sorumlu makamlar, izin verilen alıkoyma süresinin aşılmasını sağlamak için gerekli her tür tedbiri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, Bay K.-F.'nin şahsî bilgilerinin zapta geçirilmesini de kapsamaktadır – bu da zaten kimlik tespitinde kullanılacak yöntemlerden biri addedilmiştir. Bu sebeple, tüm bu işlemlerin yasada öngörülen alıkoyma süresi dahilinde gerçekleştirilmesi gerekir.

Bu unsurları dikkate alarak Mahkeme, başvuru sahibinin kanuna göre azamî alıkoyma süresi aşılmış olması sebebiyle, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Son olarak, Kawka-Polonya davasında (9 Ocak 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25874/94, paragraf 48) AİHM, itiyadı olduğu üzere, şu gözlemde bulunmuştur:

Alıkoyma uygulamasının ulusal kanunlara göre “hukuka uygunluğu” ne kadar önemli olsa da her zaman belirleyici değildir. Mahkeme'nin ayrıca, incelenen süre boyunca uygulanan alıkoyma tedbirinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra hükümleri amacına da uygun olduğuna, bir başka deyişle kişilerin keyfi bir şekilde özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin önlenmesine de ikna olması gerekir.

Ancak, AİHM, yasada belirlenen usullere uygunluk bakımından ayrıca şu hususlara da işaret etmiştir (paragraf 48'in tamamı ile paragraf 49):

Ayrıca Mahkeme'nin açıkça ya da zımnen belirtilen genel ilkeler de dahil olmak üzere, ulusal kanunun da Sözleşme'ye uygun olup olmadığına bakması gerekir (bkz. diğer pek çok dava arasında, Winterwerp–Hollanda davası, 24 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 33, s. 19-20, paragraf 45; ayrıca, Erkalo–Hollanda davası, 2 Eylül 1998 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions*, 1998-VI, s. 2477, paragraf 52).

Mahkeme, bu bağlamda, özgürlükten mahrumiyet tedbiri alındığında, yasal belirlilik şartına ilişkin genel ilkenin gözetilmesinin özellikle önemli olduğunu vurgular. Dolayısıyla, ulusal kanunlarda özgürlükten mahrumiyete ilişkin şartların açıkça tanımlanmış olması ve kanunun uygulanmasının öngörülebilir olması, bu şekilde Sözleşme'nin ortaya koyduğu “hukuka uygunluk” standardının yerine getirilmesi esastır. Bu standart, tüm kanunların kişinin – gerekirse yasal yardım alarak – belli şartlarda makûl ölçüde, herhangi bir fiilin sonuçlarını öngörmesini sağlayacak şekilde sarih olmasını gerektirir (bkz. S.W. – Birleşik Krallık davası, 22 Kasım 1995 tarihli karar, Seri A No. 335-B, s. 41-42, paragraf 35-36; gerekli değişiklikler yapılmış olarak, Sunday Times–Birleşik Krallık (No. 1) davası, 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A No. 30, s.

31, paragraf 49; Halford–Birleşik Krallık davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-III, s. 1017, paragraf 49; Steel ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası, 23 Eylül 1998 tarihli karar, *Reports* 1998-VII, s. 2735, paragraf 54).

6 Mart 2001 tarihli ve 40907/98 Başvuru No.lu Dougoz–Yunanistan davası kararının lafzında bu durum mükemmel bir şekilde özetlenmektedir (paragraf 55):

[...] Mahkeme, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin “yasada belirlenen usullere uygun olarak” yürürlüğe konmasını ortaya koyarken Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrasında aslen herhangi bir yakalama ya da alıkoymanın iç hukukta yasal dayanağı olması şartı getirildiğine işaret eder. Ancak, madde hükümlerinde sadece iç hukuk hükümlerine atıfta bulunulmaktadır; ulusal kanunların niteliği de Sözleşme’nin tüm Maddelerinin özünde bulunan hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmalıdır. Nitelikten kasıt, ulusal kanunların özgürlükten mahrumiyet tedbiri öngördüğü durumlarda, her tür keyfi uygulamadan kaçınabilmek için bu kanunların erişilebilir ve açık olmasıdır (bkz. Amuur–Fransa davası, 25 Haziran 1996 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, paragraf 50).

Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrasına ilişkin davalar hakkında genel gözlemler

Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde yer alan özgürlükten mahrumiyet tedbirleri hakkında aşağıdaki hususların dikkate alınması gerekir.

Bu tür özgürlükten mahrumiyet tedbirlerinin tamamı bu madde hükümlerinde belirtilmiştir. Dolayısıyla AİHM, bu madde hükümlerinin dar anlamda yorumlanması gerektiğini düşünür. Ciulla–İtalya davasında (22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A No. 148, s. 18, paragraf 41) AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme elbette İtalya’nın örgütlü suçlarla mücadelesinin önemini gözardı etmemektedir; ancak, Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen sınırlı sayıdaki istisnanın dar anlamda yorumlanması gerektiğine de işaret eder (bkz. son kararlardan, 29 Şubat 1988 tarihli Boumar davası kararı, Seri A No. 129, s. 19, paragraf 43).

Elbette bu durum, 5. Madde çerçevesinde bir dizi alıkoyma gerekçesinin uygulanmasını engellememektedir. AİHM, sık sık çeşitli vesilelerle şu hususu vurgulamıştır (bkz. örneğin, Eriksen–Norveç davası, 27 Mayıs 1997 tarihli karar, Başvuru No. 17391/90, *Reports* 1997-III, paragraf 76 ile 85-86):

Mahkeme, Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkrası hükümlerinde, sınırlı sayıda özgürlükten mahrumiyet gerekçesi bulunduğunu vurgular. Ancak, bir gerekçenin uygulanabilirliği, diğer bir gerekçenin uygulanmasını engellemek durumunda değildir; bir alıkoyma tedbiri, koşullara bağlı olarak, birden fazla bent hükümlerinde öngörülen gerekçelere göre haklı olabilir (bkz. örneğin, X. –

Birleşik Krallık davası, 5 Kasım 1981 tarihli karar, Seri A No. 46, s. 17-18, paragraf 36-39).

[...]

Bu çerçevede, Mahkeme, söz konusu alıkoyma tedbirinin başvuru sahibinin 1984 tarihli mahkumiyet kararıyla doğrudan ilintili olmasından hareketle, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra a bendi uyarınca, "yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine usulüne (hukuka) uygun olarak hapsedilmesi" şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

Mahkeme, mevcut davanın istisnâî koşullarında, başvuru sahibinin tutuklu olarak alınmamasının da Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi uyarınca, "suç işlemesine engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla" haklı olabileceği sonucuna varmıştır.

Ancak AİHM, sistematik olarak 5. Madde 1. fıkranın tüm bentlerini tek tek incelemez. Aynı davada AİHM şunları belirtmiştir (paragraf 87-88):

Bu çerçevede Mahkeme, başvuru sahibinin 25 Şubat ilâ 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında özgürlüğünden mahrum edilmesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra a ve c bentleri uyarınca haklı olduğu sonucuna varmıştır.

Bu sonuca varması sebebiyle Mahkeme, bu davada ayrıca e bendi hükümlerini dikkate almayı gerekli görmemiştir.

Ancak, 5. Madde hükümlerinde dile getirilen amaçlara yönelik olmayan bir alıkoyma tedbirinin hukuka uygun olmayacağı da açıktır. Alıkoyma tedbiri, davalı Devletin 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde yer alan amaçlar doğrultusunda bir gerekçeye dayanmasını gerektirir. Bu açıdan AİHM, özellikle usule ilişkin bir suiistimal olup olmadığına bakar. AİHM'nin bu yaklaşımı, 5. Madde 1. fıkra f bendi uyarınca alıkoyma tedbiri alınmış olan Quinn-Fransa davası kararında son derece açıktır. Bu davada (22 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 311, s. 19, paragraf 47) AİHM şunları belirtmiştir:

[...] Mahkeme, mevcut davada sınırdışı etme işlemi esnasında uygulanan alıkoyma tedbirinin öngörüldüğü amaç dışında bir amaca yönelik olduğuna dair herhangi bir bulgu tespit etmemiştir ve bu tedbirin bir tür tutuklu yargılama addedilebileceğini müşahade etmiştir. Özellikle Bay Quinn'in yakalanma koşulları ve aynı zamanda dava açılmış olması tek başına, sınırdışı etme işlemi ile ilgili olarak ulusal kanunların suiistimal edildiği ve bu çerçevede Cenevre soruşturma hâkiminin istemi doğrultusunda verilen tutuklama emrinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmayı gerektirmez.

Bu çerçevede AİHM, yalnızca yukarıda belirtilen anlamda yasada belirlenen usullere uygunluğa bakmaz, aynı zamanda her bir özgürlükten mahrumiyet tedbirinin de 5.

Madde hükümlerinde öngörülen amaçlara, yani kişinin keyfi uygulamalara karşı korunması şartına uygun olup olmadığını da dikkate alır. AİHM, 5. Madde hükümlerinde yer alan alıkoyma olasılıklarının yetkili makamlar tarafından suiniyetle kullanılıp kullanılmadığını da dikkate alır. Kemmache–Fransa davası (No. 3) kararında (Seri A No. 296-C, s. 89, paragraf 45) AİHM, geçici gözaltı kararını inceledikten sonra şu tespitte bulunmuştur:

[Bu tür kararlar] ne yetkinin kötüye kullanılması ne suiniyet ne de keyfilik arz etmektedir.

Bazı davalarda AİHM, Devlet'in keyfi uygulaması sebebiyle, alıkoyma tedbirinin 5. Madde çerçevesinde hukuka uygun addedilemeyeceği kararına varmıştır. Bozano–Fransa davası (18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 23, paragraf 54 ve s. 26, paragraf 60) bu konuya örnek olarak gösterilebilir. Bu davada İtalya'da hakkında mahkumiyet kararı verilen ve Fransa'da mukim bir kişi söz konusuydu. Bu kişinin sınırışı edilmesi teşebbüsü başarısız olmuştu, zira Fransız mahkemeleri bu doğrultuda bir karar almayı reddetmişlerdi. Daha sonra Fransız makamları söz konusu kişiyi İsviçre'ye iade etmek üzere yakalamışlar, bu kişi daha sonra İtalya'ya teslim edilmiş ve cezasını çekmiştir. Fransa'da kısa süreli alıkonmasıyla ilgili dava açılmıştır.

Bu davada AİHM, öncelikle alıkoyma tedbiriyle ilgili olarak 5. Madde hükümlerinde getirilen hukuka uygunluk şartının, Sözleşme'nin 5. Maddesinde dile getirilen çeşitli özgürlükten mahrumiyet tedbirlerini düzenleyen iç hukuk usul kurallarına ve maddi kurallara uygunluk yoluyla esasen yerine getirildiğini müşahade etmiştir.

Yine de AİHM bu kararında, hukuka uygunluğun, itibar edilen amaç bakımından ve 5. Madde hükümlerinde öngörüldüğü şekilde, iyi niyetten ayrı düşünülemeyeceğine de işaret etmiştir. Keyfi uygulamanın olduğu yerde hukuka aykırılık da vardır. Bu davada AİHM şu tespitlerde bulunmuştur (a.g.e.):

Karar verilmesi gereken asıl mesele, itiraz edilen alıkoyma tedbirinin “yasada belirlenen usule uygun”luk da dahil olmak üzere, “hukuka uygun” olup olmadığıdır. Sözleşme, bu konuda iç hukuku esas alır ve iç hukuk kurallarının uygulanması gereğini ortaya koyar. Bununla birlikte Sözleşme'de ayrıca, bireyi özgürlüğünden mahrum edecek her tür tedbirin 5. Madde hükümlerinin maksadına, yani bireyin keyfi uygulamalara karşı korunması koşuluna da uygun olması gereğine işaret edilir (bkz. son kararlardan Ashingdane davası kararı, 28 Mayıs 1985, Seri A No. 93, s. 21, paragraf 44). Bu noktada söz konusu olan kişinin yalnızca “özgürlük hakkı” değil, aynı zamanda da “güvenlik hakkı”dır.

Davanın şartları bir bütün olarak incelendiğinde ve aynı istikametteki pek çok bulgu dikkate alındığında Mahkeme, başvuru sahibinin 26 Ekim’i 27 Ekim’e bağlayan gece özgürlüğünden mahrum edilmesinin ne 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümleri anlamında “hukuka uygun” ne de “kişinin güvenlik hakkı”na uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Bay Bozano’nun bu şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesi, Limoges Temyiz Mahkemesi Savcılığı’nın 15 Mayıs 1979 tarihli menfi kararını atlatmak maksadıyla düşünülmüş üstü kapalı bir sınırdışı etme işlemi olup “[...] sınırdışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle” gerçekleştirilmiş bir “alıkoyma” uygulaması değildir.

Özgürlükten mahrumiyet konusunda çeşitli davalara detaylı bir bakış

5. Madde 1. fıkra (a) bendi – Mahkemenin verdiği mahkumiyet kararı sonrası hapis

Alıkoyma (hapis) ve bu tedbirin sebebi olarak mahkumiyet kararı arasındaki illiyet bağı

Yukarıda belirtilen Bozano–Fransa davasında (18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 22-23, paragraf 53), mahkumiyet kararı “sonrası alıkoyma (hapis)” ifadesiyle ilgili bir yorum getirilmekte ve aradaki illiyet bağına işaret edilmektedir. Bay Bozano’nun ileri sürüldüğü gibi sınırdışı edilmesinde ihlâl (5. Madde, 1. fıkra f bendi, bkz. yukarıdaki bölüm) tespit ettikten sonra AİHM, Fransa’nın 5. Madde 1. fıkra a bendi uyarınca, Bay Bozano’nun İsviçre’ye gönderilmek üzere alıkonulmasını haklı gösteremeyeceğini belirtmiştir:

İnkâr edilen zorla sınırdışı etme işlemi, yukarıda belirtilen mahkûmiyet kararından yalnızca kronolojik olarak “sonra” gerçekleşmiştir. Öte yandan, 5. Madde 1. fıkra a bendi uyarınca “sonra” kelimesi, olayların zaman içinde sırasını belirtmenin yanı sıra, bir illiyet bağına da işaret etmektedir. Bu şekilde alıkoyma, yalnızca ceza mahkemesinin kararından “sonra” değil, aynı zamanda bu tür bir karar “üzerine” de olmalıdır (bkz. son davalardan, Van Droogenbroeck davası, 24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 19, paragraf 35). Bu davada bu durum söz konusu değildir, zira Fransız makamları Genoa Temyiz Mahkemesi’nin 22 Mayıs 1975 tarihinde verdiği kararı infazla yükümlü değildir.

Eriksen–Norveç davasında de AİHM, alıkoyma ve daha önceki bir mahkûmiyet kararı arasındaki illiyet bağı hakkında karar verme fırsatı bulmuştur. 20 Eylül 1984 tarihinde Kragerø bölge mahkemesi, başvuru sahibini isnat edilen suçlardan mahkum etmiş ve yirmi gün hapis cezasına çarptırmıştır. Bölge mahkemesi ayrıca, Norveç Ceza Kanunu 39. Madde 1. fıkra hükümlerinde öngörülen güvenlik tedbirlerinin azamî beş yıl süre ile alınması için savcılık makamına yetki vermiştir. Mahkeme, Bay

Eriksen'in fiziksel gücünü ve belli koşullarda neredeyse tamamen öz-denetimden yoksun olabildiğini de dikkate alarak, Ceza Kanunu 39. Madde 1. fıkrada e ve f bendi hükümleri uyarınca, yetkili makamların gerekirse bir hapishanede ya da güvenlik koğuşunda Bay Eriksen'i alıkoymabileceklerini de belirtmiştir. Yetkili makamların bu şekilde hareket etmesi gerekmiştir. Başvuru sahibi daha sonra güvenlik gerekçesiyle alıkonulmasıyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme'ye itiraz başvurusunda bulunmuştur.

12 Ocak 1985 tarihli bir kararla Bay Eriksen'in alıkonulması kararı onanmıştır. 26 Ekim 1989 tarihinde, başvuru sahibinin kapatıldığı kurum, mahkemenin verdiği alıkoyma izninin süresi 25 Şubat 1990 tarihinde sona ereceği için, bu alıkoyma uygulamasının devamını sağlamak üzere savcıya bu iznin uzatılması talebiyle başvurmuştur. 7 Şubat 1990 tarihinde emniyet genel müdürü, 1981 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 171. Maddesi uyarınca, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına dair iznin süresinin uzatılması başvurusunu incelemek üzere tıbbî görüş alınabilmesi için bölge mahkemesinden dört haftalık geçici hapis isteminde bulunmuştur. Bir önceki iznin süresinin 25 Şubat 1990 tarihinde sona ereceği de açıkça belirtilmiştir. 12 Şubat 1990 tarihinde bölge mahkemesi, emniyet genel müdürünün geçici hapis istemini incelemiştir. Başvuru sahibi, 25 Şubat 1990 tarihinden sonra gerçekleşen hapis uygulamasının aynı suçtan iki kez cezalandırılması anlamına geleceğini iddia etmiştir. Başvuru sahibi ayrıca, her ne kadar söz konusu iznin süresinin ne zaman dolacağı beş yıldan beri biliniyor olsa da yetkili makamların geçici hapis isteminde bulunmalarının tek sebebinin usule ilişkin gerekli tedbirleri almamaları olduğunu da iddia etmiştir. 12 Şubat 1990 tarihinde, Kragerø bölge mahkemesi, 25 Şubat 1990 tarihinden sonra başvuru sahibinin dört hafta boyunca geçici olarak hapsedilmesine karar vermiştir. 14 Mayıs 1990 tarihinde Başsavcı (Rik-sadvokaten), Bay Eriksen'in güvenlik tedbirleri çerçevesinde alıkonulma süresinin uzatılması talebini geri çekmiştir. Başvuru sahibi serbest bırakılmıştır. Daha sonra başvuru sahibi başka suçlar işlemiştir. AIHM bu davayla ilgili olarak şu kararı vermiştir (Eriksen-Norveç davası, 27 Mayıs 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-III, paragraf 68):

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun görüşüne göre, alıkoyma tedbiri Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada a bendi uyarınca haklı değildir. Delege, alıkoyma tedbiri ile 1985 yılında 39. Madde (Norveç Ceza Kanunu) çerçevesinde verilen ilk mahkûmiyet kararı arasında şekil ve illiyet açısından bir bağ olmasının bu madde hükümlerine göre kararda belirleyici olamayacağını ifade etmiştir. Aksi takdirde, ulusal makamların bir kişiyi uzun süre tutuklu olarak alıkoymasının mümkün olması gibi talihsiz bir sonuç ortaya çıkardı ki bu davada bu süre, azamî süre dolduktan sonra ve 5. Madde 1. fıkrada hükümlerinde belirtilen koşullar yerine getirilmemiş olmasına rağmen neredeyse üç

aya yaklaşmıştır. İlliyet bağı kıstası Mahkeme (AİHM) tarafından çok daha farklı özellikteki davalarda, yani ilk mahkûmiyet kararı çerçevesinde verilmiş bir hapis cezası esnasında kişinin yeniden alıkonulması bağlamında kullanılmıştır (bkz. Van Droogenbroeck–Belçika davası, 24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 21-22, paragraf 40; ayrıca, Weeks–Birleşik Krallık davası, 2 Mart 1987 tarihli karar, Seri A No. 114, s. 26, paragraf 49). Ancak, mevcut davada bu tür bir yetkilendirilmiş alıkoyma uygulaması sona erdikten sonra kişinin alıkonulması söz konusudur.

Başvuru sahibi, yeni bir suç işlenmediği sürece, güvenlik tedbirlerinin süresinin uzatılması şeklindeki bir kararın haklı bir suçluluk değerlendirmesi neticesinde alınmadığını ya da a bendi uyarınca bir “mahkûmiyet kararı” anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu tür bir kararı müteakip bir özgürlükten mahrumiyet, hükümleri uyarınca “mahkûmiyet kararı sonrası” bir alıkoyma tedbiri olarak değerlendirilemez. AİHM ayrıca şunları da belirtmiştir (aynı karar, paragraf 78-85):

İzin verilen sürenin dolmasından önce bir mahkeme güvenlik tedbiri olarak uygulanan bir alıkoyma tedbirinin süresini uzatmaya karar verirse, bu tür bir süre uzatma ilke olarak 5. Madde 1. fıkra a bendi hükümleri çerçevesinde, “yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine bir kimsenin hapsedilmesi” olarak değerlendirilir. Şüphesiz, zaman geçtikçe ilk mahkûmiyet kararı ile hapis süresinin uzatılması arasındaki illiyet bağı zayıflar ve hattâ, sürenin uzatılmasının ilk karardaki amaçlarla bir bağlantısı kalmadığında ya da süre uzatılması bu amaçlar bakımından makul olmayan bir değerlendirme neticesinde kararlaştırılmışsa, illiyet bağı tamamen ortadan kalkabilir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Van Droogenbroeck davası kararı, s. 21-22, paragraf 40).

İlk sürenin dolmasından önce sürenin uzatılması istemiyle ilgili olarak her zaman bir mahkemeden karar çıkartmak mümkün olmayabilir; bunun sebebi ya söz konusu sürenin nispeten kısa olması ki çoğu zaman böyledir, ya da sürenin sona erdiği tarihte mevcut olmayan birtakım güncel tıbbî raporların temin edilmesinin gerekmesidir. Bu sebeple, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 171. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, güvenlik tedbiri olarak öngörülen azamî sürenin uzatılması isteminde bulunulduğunda, söz konusu kişinin tutuklu olarak alıkonulabileceği belirtilmektedir [...].

Komasyon, Norveç usul kanunlarına uyulup uyulmadığından kuşkulanan için bir sebep görmemektedir [...].

Komasyon (Avrupa İnsan Hakları Komasyonu) ayrıca, bu davanın koşullarının, yetkili makamların, başvuru sahibi serbest bırakıldıktan sonra suç işleyebi-

leceği şeklindeki endişelerinin haklı gerekçelere dayandığını ortaya koyduğunu belirtmiştir. Öte yandan Komisyon, başvuru sahibinin 25 Şubat 1990 tarihinden sonra Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 171. Maddesi uyarınca alıkonulmasının başvuru sahibi tarafından işlenen herhangi bir suçla dayanmadığını ya da herhangi bir suçla ilişkili olmadığını ve alıkoyma kararlarının bu doğrultuda açılmış herhangi bir soruşturma ile hiçbir hukuki bağlantısı olmadığını da müşahade etmiştir.

Ancak, Mahkeme, benzer bir davada 26 Ocak 1996 tarihinde verilen bir kararda Norveç Yüksek Mahkemesi'nin güvenlik tedbirlerine müracaat edilmesine gerekçe teşkil eden ilk suç ile bu tür tedbirlerin süresinin uzatılması arasındaki ilişkiyi vurgulamış olduğunu da dikkate alır. Yüksek Mahkeme, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 171. Madde ikinci fıkrasının yeni bir suçun işlenmiş olduğuna dair makul bir şüphe bulunması şartı şeklinde değerlendirilemeyeceğini de vurgulamıştır. İlk suç güvenlik tedbirlerine müracaat edilmesini haklı çıkarmış olduğu için, bu suç aynı zamanda, diğer koşullar, örneğin bu suçun yeniden işlenmesi koşulu yerine getirildiği sürece bu madde hükümleri uyarınca kişiyi tutuklu olarak alıkoymanın da gerekçesini teşkil edebilir. Güvenlik tedbirlerinin süresinin uzatılması ile ilgili olarak açılan davada bir aşama olarak failin tutuklanması kararı verildiğinde, Yüksek Mahkeme işlenen suçlarla tutukluluk hâli (ve bu suçların hukuka uygun bir şekilde kovuşturulması) arasında gerekli bağlantının olduğunu tespit etmiştir. 171. Maddenin bu şekilde yorumlanması, Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre, Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir; bu çerçevede Yüksek Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra a ve c bentlerine atıfta bulunmuştur (bkz. yukarıdaki 57. paragraf).

Mahkeme (AİHM) ayrıca, Norveç Yüksek Mahkemesi'nin söz konusu kanun hükümleri uyarınca alıkoyma tedbiri ile ilgili olarak Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra a ve c bentlerini yorumlama ve uygulama şeklinin, mevcut davanın özel koşullarında izlenip izlenemeyeceğini de değerlendirmiştir.

Başvuru sahibinin 25 Şubat ile 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında alıkonulmasına ilişkin karar, güvenlik tedbirlerinin süresinin uzatılması istemi incelendiği esnada alınmıştır. Süre uzatılmış olsaydı, ilgili mahkeme kararlarından da anlaşılacağı (bkz. yukarıdaki 37-39. ve 41. paragraflar) üzere bu tür bir karar, başvuru sahibinin ilk mahkumiyet kararına gerekçe teşkil eden suçlara istinaden alınmış olacaktı [...].

Ayrıca, alıkoyma tedbiri, bu doğrultudaki kararın amaçlarına uygundur (bkz. yukarıdaki 20. paragraf) [...].

Aslen yukarıda belirtilen koşulların süregelmesi ve 39. Madde uyarınca sürenin uzatılma ihtimali bulunması sebebiyle, Bölge Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 171. Maddesi uyarınca başvuru sahibinin alıkonulması kararını almış ve istinaf mahkemeleri de bu kararı onamıştır (bkz. yukarıdaki 37-39., 41. ve 46. paragraflar).

Bu hususlar ışığında, Mahkeme, söz konusu alıkoyma tedbirinin başvuru sahibinin 1984 yılında verilen ilk mahkûmiyet kararıyla doğrudan ilintili olduğu ve dolayısıyla bu alıkoyma tedbirinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası a bendi uyarınca, "yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine [...] hukuka uygun alıkoyma (hapis)" addedilebileceği kanaatine varmıştır.

Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası (a) bendi uyarınca alıkoyma tedbirini haklı kılan mahkûmiyet kararının özellikleri

V.–Birleşik Krallık davası kararında AİHM, cinayet suçundan hüküm giymiş bir küçüğün (reşit olmayan kişi) kanunlara göre Kraliçe uygun gördüğü sürece hapsedildiği dava dosyasını incelemiştir. Başvuru sahibi, bu tür bir kararın keyfi olduğunu ve 5. Madde 1. fıkrası hükümlerinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Başvuru sahibi beyanında, aynı cezanın – Kraliçe uygun gördüğü sürece hapis cezası – geçmişleri ve kişisel ihtiyaçları dikkate alınmaksızın cinayet suçundan hüküm giyen tüm gençlere verildiğini ifade etmiştir. Bu ifadesinde başvuru sahibi, çocuklara verilen cezaların mümkün olduğunca kısa süreli olması ve mahkûmiyet kararı verenlerin aslen çocuğun iyiliğini dikkate alması şartını getiren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37. Madde b fıkrası ile Pekin Kuralları 16. ve 17. Kural 1.a ve b fıkraları gibi uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümlerine atıfta bulunmuştur. AİHM bu mülâhazayı kabul etmemiş ve Sözleşme'nin 3. Maddesine atıfta bulunmuştur (V.–Birleşik Krallık davası, 16 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24888/94, paragraf 103-104):

Komisyon'la mutabık kalan İngiltere Devleti, Kraliçe'nin uygun bulduğu süre boyunca hapis cezasının hukuka aykırı ya da keyfi olduğunu kabul etmemiş ve bu cezanın amacının başvuru sahibinin özel koşullarının dikkate alınmasını ve dolayısıyla yalnızca cezalandırma, ıslah ve toplumun korunması çerçevesinde gerektiği kadar hapsedilmesini sağlamak olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, başvuru sahibinin yetkili bir mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararı neticesinde hapsedildiğini müşahade etmiştir; bir başka deyişle, başvuru sahibinin hapsedilmesi, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası a bendi uyarınca gerçekleştirilmiştir. Hapis cezasının Kraliçe'nin uygun bulduğu sürede devam etmesinin ve bu cezanın yasada belirlenen usule uygun olarak verilmesinin İngiliz kanunlarına göre hukuka uygunluğu konusunda hiçbir kuşkuya

mahal yoktur. Ayrıca, başvuru sahibinin hapsedilmesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada belirtilen amaçlara aykırı olacak şekilde keyfî bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri olduğu da söylenemez (bkz. Weeks–Birleşik Krallık davası, 2 Mart 1987 tarihli karar, Seri A No. 114, s. 23, paragraf 42; ayrıca, yukarıda belirtilen Hussain davası kararı, s. 269, paragraf 53: bu davada AİHM, reşit olmayan bir kişinin ömür boyu hapis cezasına çarptırılmasının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası çerçevesinde değil, 3. Maddesi hükümleri çerçevesinde ihlâl iddiası doğurabileceğine işaret etmiştir).

Bu şekilde, mevcut davada Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasının ihlâl edilmediğine karar verilmiştir.

Cezaların infazı ve 5. Madde 1. fıkrada (a) bendi

AİHM, çeşitli davalarda, alınan tedbirlerin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası uyarınca cezaların infazına uygunluğunu Sözleşme'nin 14. Maddesi ile birlikte değerlendirmiştir. Gerger–Türkiye davasında başvuru sahibi, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu uyarınca gözaltında tutulması sebebiyle, gözaltı süresinin dörtte üçünü tamamlamadan şartlı salıverilemediğini, halbuki genel kanuna göre cezalandırılanların cezalarının yarısını tamamladıktan sonra bu hükümden istifade edebildiklerini iddia etmiştir. Başvuru sahibi bu durumu ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. AİHM bu davada (Gerger–Türkiye davası, 8 Temmuz 1999, Başvuru No. 24919/94, paragraf 67-69) şu karara varmıştır:

Mahkeme, bu konunun “kişinin yetkili bir mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne (hukuka) uygun olarak hapsedilmesi” ile ilgili olduğunu, dolayısıyla Sözleşme'nin 14. Maddesi ile 5. Madde 1. fıkrada (a) bendi hükümleriyle birlikte incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir [...].

Devlet, hükümlülerin 5. Madde 1. fıkrada (a) bendi uyarınca otomatik olarak tahliye edilmesinin mümkün olmadığını beyan etmiştir. Ayrıca, herhalükârda, bu tür bir suçun ağırlık derecesi göz önüne alındığında Terörle Mücadele Kanunu uyarınca bir suçtan hüküm giymiş kişilerin tahliye hakkı ile ilgili olarak getirilen kısıtlamalar olması da doğaldır.

Mahkeme, öncelikle, her ne kadar Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada (a) bendi hükümleri kişinin otomatik olarak salıverilmesi teminatı getirmese de yerleşik bir ceza usulünün kişileri ayrımcı bir şekilde etkilediği hallerde bu madde ve Sözleşme'nin 14. Maddesi hükümleri çerçevesinde konunun incelenmesi gerekebileceğini müşahade etmiştir.

Mahkeme ayrıca, 3713 Sayılı Kanunun amacının ilke olarak, terör suçu işleyen kişileri cezalandırmak ve bu kanun uyarınca hüküm giymiş kişilere otomatik tahliye gibi konularda, genel kanunlar uyarınca hüküm giymiş kişilere

tanındığından daha sınırlı haklar tanınması olduğuna işaret eder. Bu durumdan hareketle, kişiler arasında değil, kanun koyucunun ağırlık ölçüsüne göre suç tipleri arasında bir ayırım yapılmıştır. Mahkeme, bu uygulamanın Sözleşme'ye aykırı bir "ayrımcılık" teşkil etmesi için bir sebep görmemektedir. Netice itibarıyla, 5. Madde 1. fıkra a bendi hükümleri Sözleşme'nin 14. Maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu davada herhangi bir ihlâl tespit edilmemiştir.

5. Madde 1. fıkra (b) bendi – Yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için alıkoyma

AİHM'nin Lawless davasında verdiği karar (1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 47, paragraf 9), 5. Madde 1. fıkra b bendi hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili şartları ortaya koymaktadır. AİHM bu davada, alıkoymayı mümkün kılan "yasanın koyduğu yükümlülükler" in belirli yükümlülükler olduğuna ve genel mahiyette (örneğin, mevcut hukukî düzene saygı gösterme yükümlülüğü gibi) olmadığına hükmetmiştir. Bu davada, Bay Lawless IRA mensubu olması gerekçesiyle yakalanmıştır. AİHM şunları müşahade etmiştir:

[...] 5. Madde 1. fıkra b bendi hükümlerinin tamamına bakılacak olursa, Lawless'in Devlet Bakanı kararıyla asayiş ve kamu düzeni ya da Devletin güvenliği açısından tehlike teşkil eden faaliyetlere karıştığı şüphesiyle yakalanmış olması "yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla" alınmış bir tedbir addedilemez, zira bu şart asayiş ve kamu düzeni ya da Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların önlenmesine değil, yasanın koyduğu belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olarak kişilerin yakalanma ya da alıkonulmalarını öngörmektedir.

AİHM ayrıca, gerekirse bu yükümlülüğün ihlâline karşı bir yaptırım olarak alıkoyma öncesinde de bu tür bir yükümlülüğün mevcut olabileceğine işaret etmiştir. Ciulla-İtalya davasında, başvuru sahibi hakkında verilen zorunlu ikamet kararı infaz edilene kadar bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınmaması amacıyla hapsedilmiştir. AİHM bu davada şunları belirtmiştir (22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A No. 148, paragraf 36):

Devlet, "bir mahkeme kararına [...] aykırı hareket edildiği"ni iddia etmemiş, ancak Bay Ciulla'nın yakalanma ve alıkonulmasının "yasada belirlenen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak" amacı taşıdığını beyan etmiştir.

"Yasada belirlenen bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak" ifadesinde geçen yükümlülük, zaten söz konusu kişi açısından belirli ve somut özelliktedir (bkz. Guzzardi davası kararı, 6 Kasım 1980, Seri A No. 39, paragraf 101). Ancak kendi içinde belirli ve somut olan bu yükümlülük, yani kişinin

belirli bir yere giderek orada yaşaması yükümlülüğü, 24 Mayıs 1984 tarihinde geçerli olacaktır (bkz. yukarıdaki 17. paragraf), itiraz edilen kararın verildiği 8 Mayıs 1984 tarihinde değil.

Vergi borcu sebebiyle hapis cezası söz konusu olan davalara örnek olarak bkz. Benham–Birleşik Krallık davası kararı (10 Haziran 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, s. 765, paragraf 35-47) ya da Peerks ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı (12 Ekim 1999, Başvuru No. 25277/94 ve 25279/94) (5. Madde 1. fıkra ihlâli tespit edilmemiştir).

5. Madde 1. fıkra (c) bendi – Suç işlemiş ya da suç işlediği hakkında makul şüphe bulunan bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere alıkonulması

Alıkoyma tedbiri ceza kovuşturmasının bir parçası olmalıdır

Ciulla–İtalya davasında (22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A No. 148, paragraf 38) AİHM şu kararı vermiştir:

[...] c bendi hükümlerine göre, özgürlükten mahrumiyet ancak ceza kovuşturması bağlamında mümkündür. Böyle olduğu bu bendin lafzından anlaşılmaktadır ve bu bent hükümleri bir bütün oluşturan aynı maddenin hem a bendi hem de 3. fıkrasıyla birlikte değerlendirilmelidir (son hususla ilgili olarak bkz. diğer davaların yanı sıra, daha önce yukarıda belirtilen De Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararı, Seri A No. 77, s. 22, paragraf 44).

Wloch-Polonya davasında (19 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 27785/95, paragraf 109) AİHM şu kararı vermiştir:

[...] 5. Madde 1. fıkra c bendi, ileri sürülen bulguların makul olarak, Ceza Kanununda suç teşkil eden fiillerin tanımlandığı hükümler kapsamında değerlendirilebilmesi şartını getirmektedir. Dolayısıyla, alıkonulan kişinin aleyhinde ileri sürülen fiil ve bulguların gerçekleştikleri tarihte bir suç teşkil etmediği hallerde “makul şüphe”den söz etmek de mümkün olmayacaktır.

Bu davada başvuru sahibi, 1969 tarihli kanunun geçici hükümleri Madde IX’a aykırı bir şekilde, çocuk kaçakçılığına karıştığından şüphelenilmesi ve bazı şahısları adli takibat sırasında yalan ifade vermeye teşvik ettiği gerekçesiyle, geçici olarak alıkonulmuştur. O tarihe kadar Polonya mahkemeleri bu hükmü hiç uygulamamıştır ve bu durum, cürmü oluşturan unsurlar da dahil olmak üzere yorumla ilgili önemli sorunlara yol açmıştır. AİHM genel olarak, ulusal makamların itibar ettiği yasa hükümlerinin yorumlanma şeklinin başvuru sahibinin alıkonulmasını hukuka aykırı kılacak kadar keyfi ve mantıksız olduğu doğrultusunda bir delil bulunmadığına karar vermiştir.

Yakalama ya da alıkoyma, söz konusu kişinin suç işlediğine dair “makul şüpheler”e ya da suç işlemesini önlemenin “gerekli” olduğu kanaatine varmak için makul gerekçelere dayanmalıdır

Yasa hükümleri uyarınca Kuzey İrlanda polisi tarafından şahısların yakalanmasının söz konusu olduğu Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davası kararında (30 Ağustos 1990, Seri A No. 182, s. 16, paragraf 32 ve 34) AİHM, yakalamayı haklı kılan “akla yatkın şüphe”yi tanımlamıştır:

Yakalama işleminin dayanması gereken şüphenin “makul” olma derecesi, 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinde de ifade edilen keyfî yakalama ve alıkoyma uygulamalarına karşı sağlanan güvencenin en önemli unsurudur. Mahkeme, “makul şüphe”nin mevcut olmasının tarafsız bir gözlemcinin söz konusu şahsın o suçu işlemiş olduğuna ikna olmasını sağlayacak bazı bulgu ya da bilgilerin bulunduğunu ihsas ettiği konusunda Komisyon ve davacı Devlet’le mutabıktır. Ancak neyin “makul” addedilebileceği koşulların tamamına bağlıdır.

Bu bağlamda, terör suçları özel bir kategori oluşturmaktadır. Can ve mal kaybı riskinin yüksek olması sebebiyle polis, gizli kaynaklardan temin edilen bilgiler de dahil olmak üzere, her tür bilgiyi aciliyetle değerlendirmek zorundadır. Polis ayrıca sık sık, güvenilir olmakla birlikte bilgi kaynağını tehlikeye atmadan şüpheliye bildirilemeyecek ya da isnat edilen suçu desteklemek üzere mahkemeye ibraz edilemeyecek türde bilgilere dayanarak terör eylemine karıştığından şüphelenilen bir kişiyi yakalamak zorunda kalabilir.

Davalı Devletin de belirtmiş olduğu gibi, Kuzey İrlanda’da terör türü suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının arzettiği güçlükler dikkate alındığında, bu tür yakalama işlemlerini haklı kılan şüphenin “makul olma derecesi” her zaman adli suçlarda geçerli olan türde standartlara göre belirlenemeyebilir. Yine de terör suçlarının gerektirdiği şartlar, “makul olma” mefhumunun Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinde yer alan güvencenin özüne hanel getirecek şekilde esnetilmesini haklı kılamaz (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Brogan ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 145-B, s. 32-33, paragraf 59).

Başvuru sahiplerinin de mutabık kaldığı üzere Komisyon üyelerinin çoğunluğu, “Devletin Komisyon’a, yakalandıkları anda başvuru sahipleri hakkındaki şüphelerin Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra c bendi anlamında ‘makul’ olduğu ya da başvuru sahiplerinin yakalanmalarının Kuzey İrlanda kanunlarında belirtildiği gibi ‘samimî bir şüphe’den daha fazlasına dayandığı sonucuna varmayı sağlayacak herhangi bir bilgi temin etmediği” kanaatindedir (bkz. Komisyon Raporu, paragraf 61).

Davalı Devlet, üç başvuru sahibi hakkındaki şüphelerin kaynaklandığı son derece hassas bilgilerin açıklanmasının mümkün olmadığını, zira bu bilgileri açıklamaları halinde bilgileri edindikleri kaynağı da açıklamalarının gerekeceğini ve bu durumun da diğer şahısların can ve mal güvenliğini tehlikeye atabileceğini beyan etmiştir. Yine de makul şüphe olduğu iddialarını desteklemek üzere, ilk iki başvuru sahibinin daha önce Provisional IRA ile bağlantılı ağır terör suçlarından hüküm giymiş olduklarına (bkz. yukarıdaki 12. paragraf) ve ayrıca her üç başvuru sahibinin de gözaltındayken şüphelenildikleri belirli terör eylemleri hakkında sorgulandıklarına (bkz. yukarıdaki 10. ve 14. paragraflar) işaret etmiştir. Davalı Devletin beyanlarında bu bulgular, yakalama işlemi gerçekleştiren yetkilinin iyi niyetli bir şekilde ya da gerçek bir şüphe üzerine hareket ettiğini ve esasen iyi niyet, gerçek şüphe ya da makul şüphe arasında bir fark da bulunmadığı teyit edilmektedir. Davalı Devlet ayrıca, başvuru sahiplerinin terör eylemleri sebebiyle yakalanmalarına ya da alıkonulmalarına itiraz etmediklerine işaret etmiştir (bkz. Komisyon Raporu, 55. paragraf).

Devlet ayrıca, her ne kadar başvuru sahiplerinin yakalanmalarına yol açan bilgiyi ya da bu bilginin kaynağını açıklayasalar da birinci ve ikinci başvuru sahipleriyle ilgili olarak, yakalandıkları anda bu şahısların Provisional IRA için istihbarat toplama ve kuryelikle iştiğal ettiklerini ortaya koyan güçlü bulgular olduğunu, üçüncü başvuru sahibiyle ilgili olarak ise polisin elinde, bu şahsın sorgulanma sebebinin oluşturan adam kaçırma teşebbüsüne karıştığını gösteren deliller bulunduğunu ifade etmiştir.

Kuşkusuz Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümleri, Sözleşmeciler Devlelerin emniyet birimlerinin organize terör suçlarıyla etkili bir şekilde mücadele edebilmelerini orantısız ölçüde güçleştirecek biçimde yorumlanmamalıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, Klass ve Diğerleri davası kararı, 6 Eylül 1978, Seri A No. 28, s. 27 ve 30-31, paragraf 58 ve 68). Aynı şekilde Sözleşmeciler Devletlerden, terörist olduğundan şüphelenilen bir kişinin yakalanmasında şüphenin makul olduğunu kanıtlamak için bu şüpheyi destekleyen gizli bilgi kaynaklarını ya da bu tür bilgi kaynaklarının kimliğini ifşa etme riski bulunan çeşitli bulguları açıklamaları istenemez.

Yine de Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinde öngörülen güvencenin esasına uyulup uyulmadığından emin olması gerekir. Netice olarak, davalı Devletin, en azından yakalanan kişinin isnat edilen suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunduğuna dair Mahkeme'yi ikna edecek bazı bulgu ya da bilgileri temin etmesi gerekir. Bu durum, özellikle, mevcut davadaki gibi ulusal kanunların makul şüphe aramadığı, ancak samimî şüphe gibi daha düşük bir sınır getirdiği hallerde gereklidir.

Mahkeme, mevcut başvuru sahiplerinin her birinin yakalanma ve alıkonulmalarının, bu şahısların terörist olduklarına dair iyi niyetli bir şüpheden kaynaklandığını ve Bay Hartley de dahil olmak üzere tüm başvuru sahiplerinin gözaltındayken işlediklerinden şüphelenilen terör suçları hakkında sorgulanmış olduklarını kabul etmiştir.

Bay Fox ve Bayan Campbell'in her ikisinin de daha önce IRA ile bağlantılı terör eylemleri nedeniyle sabıkaları bulunması (bkz. yukarıdaki 12. paragraf) her ne kadar bu şahısların terör türü suçların işlenmesiyle ilgili olarak haklarındaki şüpheyi güçlendirse de bu durum, benzer suçlardan mahkumiyetlerinden yedi yıl sonra, 1986 yılında haklarında duyulan şüphenin yegâne dayanağını teşkil edemez.

Tüm başvuru sahiplerinin gözaltında tutuldukları süre boyunca belirli terör suçlarıyla ilgili olarak sorgulanmış olmaları, bu şahısları yakalayan yetkililerin yalnızca başvuru sahiplerinin bu eylemlere karıştığı konusunda gerçek bir şüphe duyduklarını teyit etmektedir, ancak bu durum başvuru sahiplerinin bu fiilleri gerçekleştirdiği konusunda tarafsız bir gözlemciyi ikna edemez.

Yukarıda belirtilen unsurlar tek başına "makul şüphe" bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir.

AIHM bu ilkeleri, yakın tarihte görülen terörle ilgili bir başka davada da uygulamıştır (O'Hara–Birleşik Krallık davası, 16 Ekim 2001 tarihli karar, Başvuru No. 37555/97, paragraf 37-44):

Mevcut davada Mahkeme, başvuru sahibinin Dedektif Komiser S. tarafından, bir terör suçu işlediğinden, yani Bay Konig'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenilmesi üzerine yakalanmış olduğuna işaret eder. Altı gün onüç saat gözaltında tutulduktan ve gözaltı süresi boyunca polis tarafından yöneltilen sorulara hiçbir yanıt vermeden sorgulandıktan sonra başvuru sahibi serbest bırakılmıştır. Başvuru sahibi yakalanmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla mahkemelere başvurmuş ancak ulusal mahkemeler başvuru sahibinin şikâyetlerini reddetmiştir.

Mahkeme, öncelikle, iç hukukta yakalama işlemi için öngörülen şüphe şartının makul gerekçelere dayalı samimî şüphe (1984 tarihli Yasa, 12. Kısım, 1. fıkrada bendi, bkz. yukarıdaki 23-24. paragraflar) şeklinde olduğuna işaret eder. Dolayısıyla mevcut başvuru, AIHM'nin yalnızca samimî şüpheden hareketle gerçekleştirilen yakalama işlemleriyle ilgili şikâyetleri incelediği daha önceki Fox, Campbell ve Hartley davası ile Murray–Birleşik Krallık (yukarıda belirtilen) davasından farklıdır. Başvuru sahibine ait bu davada, başvuru sahibi yakalanmasının bir suç işlediğine dair makul gerekçelere dayalı bir şüpheden kaynaklanmadığının üç ayrı seviyedeki mahkeme tarafından incelenmiş

olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahibinin davasına bakan ulusal mahkemeler, yakalama şartlarıyla ilgili olarak yakalama işlemini gerçekleştiren Dedektif Komiser S.'nin ifadesini dinlemiş ve başvuru sahibine çapraz sorgulama imkânı sağlanmıştır. Bu durum başlıbaşına, keyfi yakalamaya karşı getirilmiş bir güvence olarak değerlendirilmelidir.

Başvuru sahibinin yakalanma gerekçesi ile ilgili olarak, yakalama işlemini gerçekleştiren yetkili Dedektif Komiser S. ifadesinde, yakalama işleminden önce gerçekleştirilen bir bilgilendirme toplantısında amirinin kendisine Kurt Konig'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenilen başvuru sahibini yakalaması emrini verdiğini söylemiştir. [...] Dolayısıyla, başvuru sahibininin bu Mahkeme (AİHM) huzurunda şikâyetçi olduğu şekilde, dava ulusal mahkemelerde görülürken bu tür bir bilgilendirme toplantısıyla ilgili bilgi verilmemiş olması hakkında Mahkeme (AİHM), bu durumun başvuru sahibinin iddialarını ileri sürme şeklinin bir sonucu olduğunu düşünmektedir.

Mahkeme (AİHM) nezdindeki davada, davalı Devlet, polisin başvuru sahibini yakalamasına yol açan bilgilerin, daha önce güvenilir oldukları kanıtlanmış ve cinayet hakkında söyledikleri birbiriyle tutarlı, ayrıca birbiriyle herhangi bir ilişkisi olmayan dört ayrı muhbirden edinildiğini açıklamıştır. Bu bilgiler ışığında başvuru sahibinin yakalanması kararı verilmiş ve bu talimat bir emniyet âmiri tarafından yakalama işlemini gerçekleştiren Dedektif Komiser S.'ye iletilmiştir. Başvuru sahibi, kendisi bu olaya karışmamış olduğu için bu tür bir bilginin gerçekten temin edilmiş olduğu ya da güvenilir olduğu konusuna itiraz etmiştir. Başvuru sahibi ayrıca, kendisini Sinn Fein'in saygın bir mensubu olarak hedef alan keyfi bir emniyet politikası neticesinde yakalanmış olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin yakalanması ve gözaltında tutulmasıyla ilgili görevlilerin iyi niyetli davranmadığına dair ulusal mahkemelerde herhangi bir iddiada bulunmamış olduğunu da dikkate almıştır. [...] Başvuru sahibi ayrıca, polis memurlarının katıldığı ve Kurt Konig cinayetine karışan şahısların kimlikleriyle ilgili bilgi verilen ve bir dizi yakalama işlemiyle ilgili adımların planlandığı bir bilgilendirme toplantısı yapılmış olduğuna itiraz etmemektedir.

Mahkeme, Fox, Campbell ve Hartley davasında (yukarıda belirtilen karar, s. 8-9, paragraf 8-14), başvuru sahiplerinden ikisinin arabaları durdurulup arandıktan sonra yakalandıklarına işaret eder. Polisin bu olaydan önce bu şahısların IRA mensubu olduğundan ve örgüt için istihbarat çalışmaları yaptığından şüphelenildiği konusunda bilgi sahibi olduğu ileri sürülmektedir. Üçüncü başvuru sahibi ise, adam kaçırma fiiline karışmasına ve polisin bu şahsın söz konusu olayla bağlantısına dair elinde bulunan gizli bilgi dışında herhangi bir başka sebepten kaynaklandığı belirtilmeyen bir şüphe sebebiyle

yakalanmıştır. Her üç başvuru sahibiyle ilgili olarak Mahkeme, bir kişinin yakalanmasının makul olma derecesini belirlemeye yönelik olarak Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen asgarî standardın gözetilmediği sonucuna varmıştır. Öte yandan, Murray davasında (yukarıda belirtilen karar, s. 28, paragraf 61-62), başvuru sahibi hakkında silâh alımı maksadıyla para toplama işine karıştığı doğrutusundaki şüphe, yakalama işlemi gerçekleştiren yetkilinin sahip olduğu, mutlaka başvuru sahibini suçlar mahiyette unsurlar olma-makla birlikte, başvuru sahibinin erkek kardeşlerinin Amerika Birleşik Devletleri'nde bu tür suçlardan hüküm giymiş oldukları ve bu kişilerin Kuzey İrlanda'da "güvenilir" kişilerle işbirliği içinde olabilecekleri ihtimali bulunması, ayrıca başvuru sahibinin Amerika Birleşik Devletleri'ne daha önce gitmiş ve kardeşleriyle temas etmiş olduğu gibi bilgilere dayandığı için bu standart gözetilmiştir. Dolayısıyla bu tür davalarda, yakalamaya gerekçe teşkil eden şüphenin yeterince objektif bulgulara dayandığı ve dayanmadığı durumlar arasında ince bir ayırım bulunmaktadır. Gözetilmesi gereken standarda uyulup uyulmadığı ve 5. Madde 1. fıkra c bendinde öngörülen güvencelerin sağlanması sağlanmadığı hususu her davanın özel koşullarına bağlıdır.

Mevcut davada şüphe, polisin muhbirlerden edindiği ve muhbirlerin başvuru sahibini, belirli bir terör olayına, yani Bay König'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenilen şahıslardan biri olarak teşhis ederek verdikleri bilgiye dayanmaktadır. Mahkeme'ye (AİHM) temin edilen bilgilere göre, davalı Devlet'in bu doğrutudaki beyanının kabul edilmemesi için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Dolayısıyla yakalama işlemi, Murray davasında olduğu gibi, önceden planlanmış bir operasyon neticesinde ve Fox, Campbell ve Hartley davasında olduğundan bir miktar daha spesifik detaya dayanarak gerçekleşmiştir. Bu şartlar altında ve yukarıda belirtilen türde bir farka işaret eden unsurlar da dikkate alınarak (bkz. paragraf 38-40), Mahkeme, ulusal mahkemelerin yaklaşımının – hâkimin elindeki az sayıdaki delilden makul şüphe bulunduğu sonucuna varma hakkı bulunması – Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinde yer alan standarda aykırı olmadığı kanaatine varmıştır.

Başvuru sahibi, polis memurlarının yetkilerini kötüye kullanmalarını haklı göstermek için ismi saklı muhbirlere sığınamamaları gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin ulusal mahkemeler nezdinde yetkililerin suinayet içinde oldukları ya da baskıcı bir şekilde hareket ettiklerine dair herhangi bir şikâyetle bulunmamış olduğunu da hatırlatır.

Bu sebeple Mahkeme, ulusal mahkemelerin şüphe ile ilgili standart konusundaki yaklaşımlarının polisin keyfi yakalamaya dair sorumluluğunu ortadan kaldırmadığına ya da gizli bilgi gerekçesiyle gerçekleştirilen yakalama işlemler-

rinde bir masuniyet getirmediğine karar vermiştir. Bu şartlar altında, başvuru sahibi hakkındaki şüphe, bu şahsın Kurt Konig'in öldürülme olayına karıştığına dair spesifik bilgilere dayanmakta olduğu ve şahsın özgürlüğünden mahrum edilme maksadı da bu şüpheyi teyit ya da bertaraf etmek olduğu için yeterli düzeye ulaşmıştır. Bu şekilde, başvuru sahibinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi anlamında, bir suçla ilgili olarak "makul şüphe" sebebiyle yakalandığı ve alıkonulduğu söylenebilir.

Berktoy–Türkiye davası (1 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 22493/93, paragraf 197-201, dava metni yalnızca Fransızca dilinde mevcuttur – aşağıdaki alıntı resmî olmayan İngilizce tercümedir), bu ilkelerin uygulandığı bir başka örnektir:

Mahkeme davanın koşullarını dikkate almaktadır: ikinci başvuru sahibi, olay anında onyediyi yaşında olup beş polis memuru tarafından izlenmektedir ve evi aranırken gözaltına alınmıştır (yukarıdaki 128-129. paragraflar). Ancak, yakalanma sebepleri, dava dosyasındaki belgelerde açıkça belirtilmemiştir. 3 Şubat 1993 tarihli gözaltı tutanağında ikinci başvuru sahibinin ayrılıkçı propaganda gerekçesiyle gözaltına alındığı belirtilmiştir; başvuru sahipleri ve Esmâ Berktoy, Devrim'in üzerinde kimlik bulundurmaması sebebiyle yakalandığını ve gözaltına alındığını söylemişlerdir.

Davalı Devletin de atıfta bulunduğu Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 13. Madde g fıkrası uyarınca, polis, bir suç işlediğine ya da suç işlemeye teşebbüs ettiğine dair ciddi emare ya da delil bulunan bir kişiyi yakalama emri olmaksızın yakalama yetkisini haizdir (yukarıdaki 117. paragraf).

Bu çerçevede Mahkeme, yakalama işlemine gerekçe teşkil etmesi gereken şüphenin "akla yatkınlık derecesi"nin, keyfi özgürlükten mahrumiyet uygulamalarına karşı Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendinde yer alan güvencenin aslı bir unsuru olduğunu vurgular. Akla yatkın şüpheler bulunması, tarafsız bir gözlemcinin, söz konusu kişinin o suçu işlediğine kâni olmasını sağlayacak bulgu ve bilgilerin mevcudiyetini gerektirir. Mahkeme, davalı Devlet tarafından, yakalanan kişinin iddia edilen suçu işlediğinden şüphelenmek için akla yatkın gerekçeler bulunduğu kanaat getirmek için en azından bazı bilgi ya da bulguların sunulması gerektiğine işaret eder (bkz. diğer davaların yanı sıra, Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davası, 30 Ağustos 1990 tarihli karar, Seri A No. 182, s. 16, paragraf 32).

İkinci başvuru sahibinin yakalanma ve gözaltına alınmasına ilişkin delillerin değerlendirilmesi hakkındaki görüşleriyle (yukarıdaki 125-129. paragraflar) ilgili olarak Mahkeme, dava dosyasında bulunan delillerin, akla yatkın bir şüphe bulunduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığını müşahade etmiştir. Ayrıca gözaltı tutanağının dışında, davalı Devlet ikinci başvuru sahibi aleyhin-

deki şüpheleri destekleyen başka bir bilgi temin etmemiş olduğu için, davalı Devletin yaptığı açıklamalar, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası c bendi uyarınca getirilmiş asgarî standartları sağlamamaktadır.

Bu şartlar altında Mahkeme, Devrim Berktaş'ın evi arandığı esnada özgürlüğünden mahrum edilmesinin (gözetilmesine alınmasının), “[söz konusu kişinin] bir suç işlediğinden şüphelenmek için akla yatkın bir şüphe” bulunması sebebiyle gerçekleştirilmiş “hukuka uygun” bir gözetilme olduğu kanaatine varmamıştır.

Yukarıda belirtilen Eriksen–Norveç davasında (dava şartları açısından Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası a bendine bakılması gerekir), hangi durumda bir kişinin suç işlemesinin önlenmesi gerektiği ortaya konmuştur (Eriksen–Norveç davası kararı, 27 Mayıs 1997, *Reports* 1997-III, paragraf 70-71 ve 86-87):

Davalı Devlet, başvuru sahibinin 25 Şubat ile 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında alıkonulmuş olmasının c bendi uyarınca haklı gösterilebileceğini, zira alıkoyma tedbirinin başvuru sahibi hakkında yürütülen ceza kovuşturması sebebiyle alındığını ve bu durumda bu tedbirin “kişinin suç işlemesinin önlenmesi açısından makul olarak gerekli addedilebileceği”ni ileri sürmüştür.

Komisyon ise aksi görüştedir. Özgürlükten mahrumiyet tedbiri, başvuru sahibinin işlediği herhangi bir suça, suça ilişkin bir hususa ya da bu çerçevede yürütülen bir soruşturmaya dayanmamaktadır. Ne de başvuru sahibi hakkında başlatılan bir ceza kovuşturması sebebiyle kişi alıkonulmuştur. Alıkoyma tedbiri daha ziyade, (Norveç) Ceza Kanununun 39. Maddesi uyarınca güvenlik tedbirlerinin uzatılmasına dair açılmış davada yetkili merciler bu doğrultuda gerekli delilleri toplarken başvuru sahibinin gözetilmesinde tutulması maksadıyla alınmıştır. Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 7 Şubat 1990 tarihli talebinde, 39. Maddeye ilişkin dava görülürken tıbbî görüş alma ihtiyacı belirtilmektedir (bkz. yukarıdaki 35. paragraf). Bakan Delegeesi bu durumda, Komisyon'un da itiraz ettiği üzere, başvuru sahibinin alıkonulması, hakkındaki 1984 tarihli mahkumiyet kararıyla ilgili olduğunda, Sözleşme'nin gündeme gelecek hükmünün c değil, a bendi olduğuna işaret etmiştir. Bu bağlamda Bakan Delegeesi, Mahkeme'nin Wemhoff–Almanya davası kararına değinmektedir (27 Haziran 1968, Seri A No. 7, s. 23, paragraf 9).

Ayrıca, Komisyon, ilgili mahkeme kararlarında başvuru sahibinin işlemesinin önlenmesi gereken somut ve belirli bir suça değinilmediğini müşahade etmiştir. Bu kararlarda daha ziyade, başvuru sahibinin akli bozukluk sebebiyle tehditkâr ve şiddet dolu hareket içinde olduğuna değinilmektedir. Başvuru sahibinin akli dengesinin güvenlik tedbirleri alınmasını gerekli kılabilecek ölçüde bozulmuş olup olmadığı daha sonraki aşamada belirlenecektir (bkz.

yukarıdaki 37-39. paragraflar ile 41. ve 44. paragraflar). Bu şartlar altında, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulması, Sözleşme'nin dar anlamda yorumlanması gereken 5. Madde 1. fıkrası c bendi çerçevesinde gerekçelendirilemez (bkz. Guzzardi-İtalya davası, 6 Kasım 1980 tarihli karar, Seri A No. 39, s. 38-39, paragraf 102).

[...]

Mahkeme, mevcut davanın istisnâî şartları dikkate alındığında, başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası c bendi uyarınca, “suç işlemesine engel olmak zorunluluğu inancını doğuran” bir kişinin alıkonulması olarak haklı kılınabileceği sonucuna varmıştır.

Başvuru sahibinin daha önce tehditkâr tavır ve fiziksel saldırı sebebiyle hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının özellik ve kapsamı ile olay ânında akli dengesi dikkate alındığında (bkz. yukarıdaki 6-19, 22, 26, 28, 30, 32. ve 37. paragraflar), bu kişinin benzer suçlar işleyebileceği kanaatine varmak için esaslı gerekçeler mevcuttur. Nitekim başvuru sahibi gerçekten de 15 Mayıs 1990 tarihinde serbest bırakıldıktan sonra bu tür suçlar işlemiştir (bkz. yukarıdaki 50-51. paragraflar). Dolayısıyla, başvuru sahibinin yakalanmasına gerekçe teşkil eden suçlar, Mahkeme'nin yukarıda belirtilen Guzzardi davası kararında (s. 38-39, paragraf 102) dile getirmiş olduğu standardı karşılamaya yetecek ölçüde somut ve spesifiktir.

Kural olarak, 5. Madde 1. fıkrası c bendi, daha önce belirli bir suçtan hüküm giymiş ve cezasını çekmiş bir kişinin benzer bir suç işleyebileceği şüphesi bulunması halinde yeniden alıkonulmasında ya da hapis süresinin uzatılmasında bir gerekçe temin etmemektedir.

Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre, bir kişinin mahkeme tarafından belirlenen azamî alıkoyma süresi dolduktan sonra bir suçtan hüküm giymesine üzerine o kişinin güvenlik maksatlı hapsedilmesine ihtiyaç olup olmadığının belirlenmesi için alıkonulduğu hallerde durum farklıdır. Mevcut davadaki gibi bir durumda, başvuru sahibinin akli dengesinin yerinde olmadığı ve geçmişi dikkate alındığında ve ayrıca şiddete olan yatkınlığının da tahmin edilebilir olması sebebiyle yetkili merciler, Ceza Kanununun 39. Maddesi uyarınca Savcının talep ettiği alıkoyma süresini uzatma talebinin mahkeme tarafından incelenmesi esnasında başvuru sahibini alıkoyma hakkına sahiptir.

Bu tür kısa süreli bir “birleştirici” alıkoyma tedbiri, başvuru sahibini adli bir merci huzuruna getirmek maksadıyla alınmış olup başvuru sahibinin akli dengesine ilişkin tıbbî rapor temin edilmesi ihtiyacı ile yetkili merciler açısından, başvuru sahibinin saldırgan tavırları ve takip edilmesiyle ilgili olarak hapis-

hane dışında gözlem altında tutulmasının arzettiği ciddi güçlükler sebebiyle uygulanmıştır (bkz. yukarıdaki 17, 19, 24, 26, 28, 33 ve 49. paragraflar).

Bu bilgiler ışığında, söz konusu alıkoyma süresinin 1984 tarihli ilk ceza davasıyla ve bu dava neticesinde verilen mahkûmiyet kararı ve hapis cezasıyla ilgili olduğu anlaşılmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle, Ciulla–İtalya davası, 22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A No. 148, s. 16, paragraf 38).

Bu çerçevede Mahkeme, başvuru sahibinin 25 Şubat ile 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında özgürlüğünden mahrum edilmesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra hem a hem de c bendi uyarınca haklı olduğu kararına varmıştır.

AİHM daha önce verdiği bir kararda, alınan alıkoyma tedbirinin 5. Madde 1. fıkra c bendinde suç işlenmesinin önlenmesi zarureti hakkında getirilen şartlara uygun olup olmadığı hususunu incelemiştir (bkz. Ciulla–İtalya davası, 22 Şubat 1989 tarihli karar, Seri A No. 148, paragraf 40).

Yakalamanın amacı, yakalanan kişiyi yetkili bir adli merci huzuruna çıkarmak olmalıdır

K.F.–Almanya davasında (27 Kasım 1997 tarihli karar, Başvuru No. 25629/94, *Reports* 1997-VII, paragraf 59-60) AİHM şunları ifade etmiştir:

[...] Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendinde [...] bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması amacı ifade edilmektedir.

Bu karardan daha önce, Lawless davasında verilen kararda ise, bu şartın Sözleşme'nin bu bendi uyarınca yakalanan ya da alıkonulan herkes için geçerli olduğuna işaret edilmiştir. AİHM bu davada şunları belirtmiştir (1 Temmuz 1961 tarihli karar, Seri A No. 3, s. 47, paragraf 14):

[...] Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendinin lafzi yeterince açıktır. [...] buna göre, “yetkili merci önüne çıkarılmak üzere” ifadesinin bu bent hükümlerinin her tür yakalama ve alıkoyma tedbirini kapsadığı açıktır; ancak bu hükümlerde getirilen şarta göre, bu tür bir özgürlükten mahrumiyet tedbiri ancak, söz konusu kişinin, bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunmasından ya da bir suç işleminin önlenmesi zorunluluğuna dair ya da bir suç işleminin sona ermesinin önlenmesi için makul gerekçeler bulunmasından bağımsız olarak bu kişinin yetkili bir merci önüne çıkarılmak üzere gerçekleştirilmesi hâlinde mümkündür;

Öte yandan, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümleri ancak bir bütün oluşturduğu aynı maddenin 3. fıkrasıyla birlikte değerlendirildiği takdirde anlamlandırılabilir; 3. fıkra hükümleri, kategorik olarak “bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir

görevli önüne çıkarılmalıdır [...]” ve “kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya [...] hakkı vardır” denilmiştir. Bu şekilde bu hükümlerde açıkça, 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinde belirtilen sebeplerden herhangi biri neticesinde yakalanan ve alıkonulan herkesin özgürlükten mahrumiyet konusunu incelemek ya da davanın esasına ilişkin bir karar vermek üzere derhal hâkim huzuruna çıkarılması yükümlülüğü getirilmiştir. 5. Maddenin hem 1. fıkra c bendi hem de 3. fıkrası hükümlerinin açık ve doğal anlamı da budur.

Gözetiliyle ve daha sonra da herhangi bir suç isnat edilmeksizin ya da yetkili bir adli merci huzuruna çıkarılmaksızın serbest bırakmayla neticelenen bir yakalama işleminin yeterli gerekçelerden yoksun olması tek başına Sözleşme'nin 5. Maddesinin ihlâli anlamına gelmez. Brogan ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasında (29 Kasım 1998 tarihli karar, Başvuru No. 11209/84, 11234/84, 11266/84 ve 11386/85, Seri A No. 145-B, paragraf 53) AİHM şunları müşahade etmiştir:

Başvuru sahiplerinin hakkında ne bir suç isnadında bulunmuş olması ne de mahkeme huzuruna çıkarılmış olmamaları, bu kişilerin alıkonulmalarının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerine aykırılık teşkil ettiği anlamına gelmez. Davalı Devlet ve Komisyon'un da belirttiği üzere, bu tür bir amacın bulunmasının, bu amaca ulaşılmasından bağımsız olarak değerlendirilmesi ve 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinin polisin yakalama ânında veya başvuru sahipleri gözetilinde tutulurken suç isnat etmeye yetecek delil temin etmiş olması şartı getirmediğinin dikkate alınması gerekir.

Bu tür delillerin elde edilmesi mümkün olmayabilir ya da bu tür deliller şüphelenilen suçların özellikleri sebebiyle diğer şahısların can güvenliklerini tehlikeye atmadan mahkemeye ibraz edilemeyen mahiyette olabilir. Bu sebeple, bu davada polisin yürüttüğü soruşturmanın iyi niyetli olmadığı ya da başvuru sahiplerinin alıkonulmalarının bu tedbire yol açan somut şüpheleri teyit ya da bertaraf etmeye – Mahkeme teyit yönünde gerekçe bulunduğu kararına varmıştır (bkz. yukarıdaki 51. paragraf) – yönelik bir soruşturmanın ilerletilmesi olmadığını düşünmek için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Polisin, mümkün olsaydı suç isnat edeceği ve başvuru sahiplerinin yetkili bir adli merci huzuruna çıkarılacağı varsayılabilir.

Dolayısıyla, başvuru sahiplerinin yakalanmaları ve alıkonulmaları, 1. fıkra c bendi hükümleri uyarınca gerçekleştirilmiştir.

Yakalama ve alıkoymaya ilişkin ulusal kanun ve yönetmeliklerin belirli şartları sağlaması gerekir

Yakalama ve alıkoyma tedbirinde esas alınan ulusal kanun ve yönetmeliklerin yeterince açık olması gereğine dair AİHM, Jecius–Litvanya davasında (31 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 34578/97, paragraf 59) şunları belirtmiştir:

Mahkeme, savcılığın 13 Haziran 1996 tarihli yazısının (yukarıdaki 16. paragraf), Ombudsman müessesesinin 21 Kasım 1996 tarihli kararının (yukarıdaki 23. paragraf), Yüksek Mahkeme Ceza Dairesi Başkanlığının 30 Aralık 1996 tarihli yazısının (yukarıdaki 27. paragraf) ve davalı Devletin Mahkeme'ye ibraz ettiği beyanların (yukarıdaki 54. paragraf), başvuru sahibinin alıkonulmasının hangi aşamasının bu alıkoyma tedbirinin 4, 14 ya da 21 Haziran 1996 tarihine kadar haklı gösterecek şekilde Litvanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun eski 226. Madde 6. fıkrası kapsamına girdiğine ilişkin soruya üç farklı cevap teşkil etmekte olduğuna işaret eder. Mahkeme, Litvanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun eski 226. Madde 6. fıkra hükümlerinin uygulamadaki etkileri itibarıyla bu farkın giderilmesini gerekli görmemektedir, zira söz konusu kanun hükmünün yetkili Devlet mercileri arasında bile karışıklığa yol açacak ölçüde muğlak olduğu bilinmektedir. Bu sebeple bu kanun hükmü, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen "hukuka uygunluk" şartına aykırıdır. Ayrıca, yukarıda belirtilen bu kanun hükmü, tamamen 5. Madde 1. fıkra kapsamı dışındaki hususlar sebebiyle de alıkoyma tedbirini mümkün kılmaktadır.

Bu sebeplerden ötürü, başvuru sahibinin Litvanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun eski 226. Madde 6. fıkra hükümleri uyarınca özgürlüğünden mahrum edilmesi, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası hükümlerinde belirtildiği şekilde yasada belirlenen bir tedbir değildir.

AİHM ayrıca, kişiye suç isnat edildiği, bu kişinin mahkemeye çıkarılmadan önce gözaltına alındığı ancak gözaltı emrinin süresinin dolduğu ve yasalarda bu duruma ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı bir başka davayı da (Baranowski-Polonya davası, 28 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru No. 28358/95, paragraf 53-58) incelemiştir:

Mevcut davanın esasına bakıldığında Mahkeme, tarafların 30 Aralık 1993 tarihli gözaltı emrinin süresinin dolması – 31 Ocak 1994 – ile Łódz Bölge Mahkemesinin bilâhare 24 Mayıs 1994 tarihinde başvuru sahibinin tahliyesine dair verdiği karar arasında geçen süre boyunca başvuru sahibinin alıkonulmasına ilişkin herhangi bir adli karar bulunmadığına işaret eder. Ayrıca, bu süre zarfında başvuru sahibinin yalnızca bu arada bu davaya bakma yetkisi olan bir mahkemeye ibraz edilen iddianameye dayanarak alıkonulmuş olduğu da bilinmektedir.

Mahkeme, bir kişinin hakkındaki iddianame sebebiyle alıkonulması şeklindeki ulusal uygulamanın herhangi bir yasa hükmü ya da içtihadı dayanmadığını, ancak Komisyon'un tespit etmiş olduğu ve tarafların da Mahkeme huzurunda kabul ettikleri gibi bu durumun, söz konusu olay ânında Polonya ceza kanun-

larının, alıkonulan kişilerin soruşturma aşamasında haklarında verilen son gözaltı emrinde belirtilen süre dolduktan sonra nasıl mahkemeye çıkarılacaklarına dair açık kurallar ihtiva etmemesi sebebiyle ortaya çıktığını müşahade etmiştir.

Bu bilgiler ışığında Mahkeme, öncelikle, soruşturma aşamasında sınırlı bir süre için verilen gözaltı emrinin süresinin dava aşamasında doğru bir şekilde uzatılmasına – ya da böyle bir uzatma söz konusu oluyorsa hangi şartlar altında bu uzatmanın gerçekleştirileceğine dair – söz konusu Polonya ceza mevzuatında açık hükümler bulunmaması sebebiyle bu durumun, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında getirilen ve herhangi bir “kanunun” “öngörülebilir” olması şeklindeki şartı yerine getirmediğine karar vermiştir.

Mahkeme ikinci olarak, kanundaki boşluktan kaynaklanan ve kişinin sınırsız ve öngörülemeyen bir süre boyunca ve alıkoyma tedbiri herhangi bir somut yasa hükmüne ya da adli karara dayanmadan alıkonulmasına yol açan bu uygulamanın, Sözleşme'de zımnen belirtilen ve hukukun üstünlüğünün temel ilkelelerinden biri olan yasada kesinlik ilkesine başlıbaşına aykırı olduğunu dikkate almaktadır.

Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası uyarınca, alıkoyma uygulamasının birkaç aydan uzun sürmesi ve bu alıkoyma uygulamasına bir mahkeme, bir hâkim ya da “[...] adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” tarafından karar verilmemesi hâlinde bu uygulamanın bu madde hükümleri anlamında “hukuka uygun” telâkki edilemeyeceğini de vurgular. Bu şart açıkça 5. Madde 1. fıkrada belirtilmiş olmasa da 5. Maddenin bütününden, özellikle de 1. fıkranın c bendi hükmünden (“yetkili merci önüne çıkarılmak üzere” ifadesinden) ve 3. fıkranın lafzından (“hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır”) çıkarılabilir. Ayrıca, 5. Madde 4. fıkranın hükümlerinde yer alan habeas corpus teminatı, alıkoyma uygulamasının 3. fıkrada öngörülen ilk süreyi aşacak şekilde uzatılması hâlinde, keyfi muameleye karşı “adli” müdahale gereğini de desteklemektedir. Mahkeme'nin kanaatine göre, 5. Madde 3. fıkrada belirtilen, kişinin adli merciler huzuruna getirilmesi şartının yalnızca şeklen yerine getirilmesi ve alıkoyma kararının idari bir tasarruf neticesinde alınması hâlinde 5. Madde 1. fıkranın hükümlerinde keyfi olarak özgürlükten mahrumiyet ihtimaline karşı getirilen güvence ciddi bir şekilde zarar görmüş olacaktır.

Sonuç olarak ve mevcut davanın esası itibarıyla Mahkeme, başvuru sahibinin alıkonulmasının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası anlamında “hukuka uygun”

olmadığına karar vermiştir. Bunun sonucunda da söz konusu madde hükümleri ihlâl edilmiştir.

(Bkz. Grauslys–Litvanya davası, 10 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 36743/97, paragraf 37-41.)

Karar verilmesinden sonra fiilen serbest bırakılma

Labita–İtalya davasında yerel mahkeme, başvuru sahibinin serbest bırakılması kararını vermiştir. Bu karar akşam saat 10 civarında verilmiştir. Yerel mahkemenin bu kararı verdiği celseye katılan başvuru sahibi, karardan sonra ellerindeki kelepçeler çıkarılmadan hapishaneye (tutukevine) götürülmüş ve saat 00:25'te hapishaneye (tutukevine) ulaştırılmıştır. Özel bir alıkoyma tedbiri çerçevesinde hapishaneye (tutukevine) yerleştirilecek kişiler için hazır bulunması gereken hapisane (tutukevi) kayıt memuru o anda orada bulunmadığı gerekçesiyle başvuru sahibi, ancak ertesi sabah saat 08:30'da serbest bırakılabilmektedir. Mahkeme bu davada (Labita–İtalya davası, 6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 26772/95, paragraf 171-173) şu kararı vermiştir:

Mahkeme, bireyin özgürlük hakkı ile ilgili olarak Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında dile getirilen istisnaların sınırlı olduğunu ve bu istisnaların ancak dar anlamda yorumlanmasının bu madde hükmünde getirilen, hiç kimsenin keyfî bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmemesi doğrultusundaki şarta uygun olacağını tekrar vurgular (bkz. diğer davaların yanı sıra, Giulia Manzoni–İtalya davası, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-IV, s. 1191, paragraf 25; ayrıca, Quinn–Fransa davası, 22 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 311, s. 17-18, paragraf 42).

Her ne kadar 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerine göre, “kişiye isnat edilen suçun hükme bağlandığı tarih itibarıyla” alıkoyma tedbirinin haklı gerekçesi ortadan kalksa (bkz. yukarıdaki 147. paragraf) ve bunun sonucunda beraat kararı sonrası alıkoyma bu madde hükümleri kapsamı dışında olsa da “alıkonulan bir kişinin serbest bırakılması kararının infazında asgarî bir süreyle sınırlı kalmak kaydıyla, bir miktar gecikme genellikle kaçınılmaz olabilmektedir” (bkz. yukarıda belirtilen Giulia Manzoni davası kararı, s. 1191, paragraf 25'in tamamı).

Ancak Mahkeme mevcut davada, başvuru sahibinin tahliyesindeki gecikmenin yalnızca kısmen ilgili idarî işlemlerin yapılabilmesi gereğinden kaynaklandığını müşahade etmiştir. Başvuru sahibinin saat 00:25'ten 13 Kasım 1993 sabahına kadar alıkonulmuş olması, kayıt memurunun hazır bulunmamasından kaynaklanmıştır. Ancak kayıt memuru geldikten sonra başvuru sahibinin alıkonulması için başka bir sebep bulunup bulunmadığı değerlendirilmiş ve şahsın tahliyesine ilişkin gerekli idarî işlemlere başlanmıştır (bkz. yukarıdaki 24. paragraf).

Bu şartlar altında, başvuru sahibinin Termini Imerese Hapishanesine götürülerek alıkonulmasının devam etmiş olması, tahliyesi doğrultusunda verilen mahkeme kararının infaz edilmesinin ilk aşamasını oluşturmamakta ve dolayısıyla, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi ya da bu maddenin herhangi bir diğer fıkrası hükümlerine uygun olmamaktadır.

5. Madde 1. fıkra (d) bendi – Bir küçüğün gözetim altında eğitimi veya mahkeme önüne çıkarılmak üzere alıkonulması

Gözetim altında eğitim konusunda Bouamar davası kararında (29 Şubat 1988, Seri A No. 129, paragraf 11, s. 21, paragraf 50-51 ve s. 22, paragraf 53) d bendi hükümlerine işaret edilmiştir. Bu davada ağır suçlar işlemiş bir küçük olan başvuru sahibi, dokuz kere iki haftadan uzun olmamak üzere tutukevine kapatılmıştır. Küçüğün derhal teslim edilebileceği bir kişinin ya da bu küçüğü kabul edecek bir başka kurum bulunamaması durumunda tutukevinde alıkoyma Belçika kanunlarına göre mümkün olan bir uygulamadır. AIHM bu davada şu kararı vermiştir:

1 Ocak ve 27 Şubat tarihleri arasında “yeni suçlar” işlemesi neticesinde başvuru sahibi, Çocuk Mahkemesinin 4 Mart 1980 tarihli kararıyla Lantin Hapishanesi'ne yerleştirilmiştir.

Çocuk mahkemesinin kararında başvuru sahibi “her tür gözetim, koruyucu ya da eğitimle ilgili tedbir konusunda ısrarlı bir şekilde tepkisiz” olarak belirtilmiştir. “Başvuru sahibinin davranışlarına uygun bir kurum” bulunmasında ilişkin maddi imkânsızlık sebebiyle bu kararda “Devlet islahevlerinin açık kurumlar” olduğu ifade edilmiştir.

[...]

[...] bir çocuğun tutukevinde hapsedilmesi, her ne kadar d bendi kişinin “eğitim gözetimi” konusunda hüküm getirmiş olmasa da bu madde hükümlerine aykırılık teşkil etmez. Bu maddede belirtilen “alıkoyma”, “için” (İngilizce “for the purpose of”; Fransızca “pour”) kelimesinden de anlaşılacağı üzere, söz konusu kişinin “eğitim gözetimi” altına alınmasını sağlamak amacıyla taşımaktadır ancak kişinin bu amaçla herhangi bir kuruma yerleştirilmesinin derhal gerçekleştirilmesi gerekmez. 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde – c ve a bentlerinde – yargılama öncesi alıkoyma (tutuklu yargılama) ve mahkûmiyet kararı sonrası alıkoyma (hapis cezası) arasındaki farka işaret edilmektedir; dolayısıyla, d bendi hükümleri, kişinin gözetim altında eğitimine ilişkin tedbirin uygulanmasına yönelik olarak gözaltında tutulmasına, bu tür bir gözaltı herhangi bir gözetim altında eğitim ihtiva etmese de engel değildir. Ancak bu şartlar altında, kişinin hapsedilmesini takiben süratle, gözetim altında eğitim

tedbirinin bu amaca yönelik olarak hazırlanmış ve yeterli imkânların bulunduğu bir ortamda (açık ya da kapalı) fiilen uygulanması gerekmektedir.

Mevcut davada, başvuru sahibi her şeyden önce, Lantin'de bulunan tutukevi ile ailesi arasında gidip gelmiştir. Yalnızca 1980 yılında çocuk mahkemeleri, başvuru sahibi hakkında dokuz kez tutuklama kararı vermiş ve onbeş günlük kanunî sürenin dolduğu tarihte ya da bu tarihten önce başvuru sahibini serbest bırakmışlardır; başvuru sahibi 18 Ocak ilâ 4 Kasım 1980 tarihleri arasındaki 291 günlük sürenin toplam 119 gününde özgürlüğünden mahrum edilmiştir (bkz. yukarıdaki 8. paragraf).

Davalı Devletin beyanına göre başvuru sahibi, yerel mahkemelerin kararlaştırdığı eğitim programı çerçevesinde tutukevine yerleştirilmiş ve Bay Bouamar'ın bu süre zarfındaki davranışları mahkemelerin kendisinin kişiliği hakkında daha net bir görüş sahibi olmasını sağlamıştır.

Mahkeme (AİHM) bu görüşte değildir. Belçika Devleti çocuk suçlularla ilgili politikaları çerçevesinde eğitim gözetimi sistemini benimsemiştir. Bu doğrultuda Belçika Devletinin, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra d bendinde belirtilen şartları yerine getirebilmek için 1965 tarihli Yasanın güvenlik ve eğitim amaçlarına ilişkin gereklerini karşılayacak uygun kurumsal imkânları temin etme yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. diğer davaların yanı sıra ve gerekli değişikliklerle, Guincho davası kararı, 10 Temmuz 1984, Seri A No. 81, s. 16, paragraf 38; ayrıca, De Cubber davası kararı, 26 Ekim 1984, Seri A No. 86, s. 20, paragraf 35).

Ancak deliller durumun bu şekilde olduğuna işaret etmemektedir. Söz konusu olaylar cereyan ederken Belçika'da – en azından başvuru sahibinin yaşadığı Fransızca konuşulan bölgede – ciddi bir şekilde dengesi bozulmuş çocukların barındırılabilceği herhangi bir kapalı kurum bulunmamaktadır (bkz. yukarıdaki 28. paragraf). Genç bir erkek çocuğun bir tutukevinde neredeyse tamamen tecrit edilmiş olarak ve eğitim desteği sağlayacak uzman desteğinden yoksun bir şekilde alıkonulması, herhangi bir eğitim amacı doğrultusunda gerçekleştirilmiş olarak addedilemez.

Bay Bouamar'ın davranışlarında gözlenen iyileşme, kuşkusuz şikâyetçi olunduğu şekilde kendisinin arka arkaya hapse atılmış olmasından değil, Lantin Hapishanesinden tahliye edildikten sonra bambaşka ortamlarda kendisine sağlanan bakımdan kaynaklanmaktadır (bkz. yukarıdaki 18. paragraf).

Bu çerçevede Mahkeme, dokuz hapis kararının tamamının d bendi hükümlerine aykırı olduğu kararına varmıştır. Bu hapis kararlarının nafile bir şekilde tekrarlanması, özellikle de Kraliyet Savcısının başvuru sahibine isnat edilen suçlarla ilgili olarak kendisi aleyhinde bir ceza davası açmamış olması, d bendi

hükümleri çerçevesinde bu kararların “hukuka uygunluğun”un giderek azalmasına yol açmıştır.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası hükümleri ihlâl edilmiştir.

5. Madde 1. fıkrası (e) bendi – bir akıl hastasının, bir alkolikğin, bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin veya bir serserinin alıkonulması

Bir akıl hastasının alıkonulması

Winterwerp–Hollanda davasında (24 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 33, s. 16, paragraf 37) “akıl hastası (aklî dengesi bozuk kişi)” kavramıyla ilgili olarak e bendi hükümlerinin kapsamına işaret edilmiştir:

Sözleşme’de “akıl hastası (aklî dengesi bozuk kişi)” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bu ifade kesin bir yorum getirilebilecek bir ifade değildir: Komisyon, davalı Devlet ve başvuru sahibi tarafından da belirtildiği üzere bu ifade, psikiyatri alanındaki araştırmaların ilerlemesi neticesinde tedavide giderek artan bir esnekliğe yönelmesi ve toplumun akıl hastalığına bakışının değişmesi, özellikle de akıl hastalarının sorunlarının daha çok anlaşılmasının yaygınlaşması neticesinde sürekli olarak gelişmektedir.

Her halükârda, 5. Madde 1. fıkrası e bendi hükümlerinin, bir kişinin yalnızca düşünce ya da davranışlarının belirli bir toplumun hâkim normlarından farklı olduğu gerekçesiyle alıkonulmasına imkân sağlayacak şekilde yorumlanamayacağı açıktır.

Bu kararda AİHM ayrıca, “akıl hastası (aklî dengesi bozuk) olan bir kişinin hukuka uygun bir şekilde alıkonulması” için yerine getirilmesi gereken üç asgarî koşulu tanımlamıştır (paragraf 39):

Mahkeme'nin kanaatine göre, acil durumlar dışında, kişi, güvenilir bir şekilde “akıl hastası (aklî dengesi bozuk)” olduğu kanıtlanmadığı sürece özgürlüğünden mahrum edilmemelidir. Yetkili ulusal merci huzurunda kanıtlanması gereken gerçek bir akıl hastalığının mevcudiyeti tarafsız bir tıbbî raporu gerekli kılar. Ayrıca, akıl hastalığının türü ve derecesi, zorunlu tecridi gerektirecek ölçüde olmalıdır. Bunun da ötesinde, tecridin sürdürülebilmesi bu tür bir bozukluğun devam ediyor olmasına bağlıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, Stögmüller davası kararı, 10 Kasım 1969, Seri A No. 9, s. 39-40, paragraf 4; ayrıca yukarıda belirtilen De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararı, s. 43, paragraf 82).

AİHM ayrıca, X. – Birleşik Krallık davasında (5 Kasım 1981 tarihli karar, Seri A No. 46, s. 19, paragraf 41) “tıbbî rapor” konusuna özellikle işaret ederek şunları belirtmiştir:

[...] Winterwerp davası kararından, “tarafsız tıbbî uzman raporu” şartının her durumda, akıl hastası olduğu gerekçesiyle kişinin tecrit edilmesinden sonra değil de önce temin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Ulusal kanunlarda bir hükmün, diğer hususların yanı sıra, çevresindekilere tehlike arzedeabilecek kişilerin acilen tecrit edilmesine imkân tanınması durumunda, herhangi bir yakalama ya da alıkoyma tedbiri öncesinde detaylı bir tıbbî muayene gerçekleştirilmesi şartının yerine getirilemeyeceği açıktır. Bu tür acil tecrit emri verecek ulusal merciin bu gibi durumların özelliği gereği geniş bir takdir yetkisine sahip olması gerekir.

Önceden bir tıbbî uzman raporu bulunmaksızın kişinin alıkonulmasında âciliyet gerekçesinin haklı bulunmadığı bir davaya örnek olarak Varbanov–Bulgaristan kararına bakınız (5 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 31365/96, paragraf 48).

Johnson–Birleşik Krallık davasında başvuru sahibi, azamî derecede güvenlik önlemleri alınan bir psikiyatri hastanesine kapatılmıştır. Bir süre sonra bir komisyon, başvuru sahibinin Dr. ile bir sosyal hizmet uzmanının psikiyatrik gözetiminde olmak ve bu iki kişinin onayladığı bir yerde ikamet etmek şartıyla serbest bırakılmasına karar vermiştir. Ancak başvuru sahibi, uygun bir yerleşim yeri bulununcaya kadar serbest bırakılmayacaktır. Mahkeme şu kararı vermiştir (24 Ekim 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VII, paragraf 62-67):

Luberti davası kararında (yukarıda belirtilen karar, s. 13-15, paragraf 29) Mahkeme’nin, daha önce bir mahkeme tarafından aklı dengesinin yerinde olmadığı (akıl hastası olduğu) ve toplum açısından tehlike arzettiği hükmü verilen bir kişinin tecridinin sona erdirilmesinin, bireyi olduğu kadar serbest bırakıldığında o kişinin yaşayacağı toplumu da ilgilendiren bir konu olduğunu benimsediğinin hatırd tutulması gerekir. Durumun aciliyet arzemesi ve özellikle de Bay Luberti’nin akıl hastası olduğu dönemde işlediği suçun ağırlık derecesi dikkate alındığında bu davada, sorumlu merciin temkinli davranma yetkisi bulunduğu ve her ne kadar tıbbî bulgular söz konusu kişinin iyileştiğine işaret etse de bu şahsın tecridinin sona erdirilmesi hususunu bir süre daha inceleme ihtiyacı duyduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme’nin görüşüne göre, tüm bu koşullar ve söz konusu tehlikeler ışığında sorumlu bir merciin, tecrit edilmesine yol açan akıl hastalığından artık muzdarip olmayan bir kişinin derhal ve kesin olarak taburcu edilmesine karar vermesinde de benzer bir takdir yetkisi kullanmasının aslen uygun olacağı da kabul edilmelidir.

Bu merci, bu kişi toplumda serbestçe yaşamak üzere tahliye edildikten sonra o kişinin gidişatını izleme ve bu doğrultuda taburcu edilmesini şarta bağlama konusunda tedbir alma yetkisini saklı tutabilmelidir. Tahliyeyi belirli bir şarta

bağlamanın, bu şartın türü ile bu şartın getirilme sebeplerine bağlı olarak, alıkonulma hâlinin sona erdirilmesinin ertelenmesini belli koşullar altında haklı kılacağı da gözardı edilmemelidir. Ancak kişinin serbest bırakılmasının ertelenmesinin, 5. Madde 1. fıkra ile bu maddenin e bendinde getirilen kısıtlamanın maksadına (bkz. yukarıdaki 60. paragraf) uygun olmasını sağlayacak gerekli güvencelerin bulunması ve özellikle de kişinin tahliyesinin makul olmayan bir süre ertelenmemesi büyük önem taşımaktadır.

Yukarıdaki düşünceler çerçevesinde Mahkeme, 1989 tarihinde ulusal mahkemenin, Bay Johnson'un derhal ve kesin olarak Rampton Hastanesinden taburcu edilmesi doğrultusunda bir karar verilmesi için henüz erken olduğu şeklindeki hükmünün haklı olduğu kanaatindedir. Her ne kadar ulusal mahkeme, kendi değerlendirmesine ve sunulan tıbbî delillere dayanarak (bkz. yukarıdaki 17. ve 18. paragraflar) başvuru sahibinin hâlen bir akıl hastalığından muzdarip olmadığı kanaatine varmışsa da o koşullar altında aşamalı bir şartlı tahliyenin uygun olacağı kararını vermiştir. [...] Dolayısıyla ulusal mahkemenin, Dr. Wilson ve Dr. Cameron'un görüşlerine de müracaat ederek başvuru sahibinin bir psikiyatr ile sosyal yardım uzmanının gözetimine verilmesine ve "akıl hastalığının nüksetmesi sebebiyle tekrar hastaneye yatırma ihtimalinin gözardı edilememesi" (bkz. yukarıdaki 18. paragraf) gerekçesiyle başvuru sahibinin bir süre bir bakımevinde rehabilitasyonuna karar vermesi akla aykırı değildir. Ayrıca ulusal mahkeme ilke olarak, yetkili mercilerin söz konusu kişinin ihtiyaçları ve başarılı bir şekilde rehabilite edilmesi açısından en uygun bakımevinin belirlenebilmesi için başvuru sahibinin tahliyesini erteleme kararında da haklıdır.

Bay Johnson'un tahliyesi için getirilen şartlarla ilgili olarak, kendisinin Dr. Cameron ile sosyal hizmet uzmanı Bay Patterson'un psikiyatrik gözetiminde bulundurulması şartının (bkz. yukarıdaki 19. paragraf), Bay Johnson'un Rampton Hastanesinden derhal taburcu edilmesine engel teşkil etmediği ve bu doğrultuda Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasına aykırılık oluşturmadığı dikkate alınmalıdır.

Ancak, başvuru sahibi hakkında bir bakımevinde ikamet şartı getirerek gerekli düzenlemeler tamamlanıncaya kadar kendisinin tahliyesinin ertelenmesi doğrultusunda karar veren ulusal mahkeme, başvuru sahibinin tahliyesinden sonra makul bir süre içinde uygun bir bakımevine yerleştirilmesinin güvence altına alınmasını sağlama yetkisine sahip değildir. Başvuru sahibini kabul edecek bir bakımevi bulma yükümlülüğü yetkili mercilere aittir. Yetkili mercilerin, kişinin yerleştirileceği bir yer belirleme konusunda makul bir şekilde süratle harekete geçmesi gerektiği göz önünde tutulmalıdır (bkz. yukarıdaki 44. paragraf). Yetkili merciler bu doğrultuda yoğun bir şekilde çaba göstermiş

olsalar da bu çabalar, bazı bakımevlerinin başvuru sahibini kabul etmek doğrultusunda isteksiz davranmış olmaları ve başvuru sahibinin mevcut seçeneklerle ilgili menfi tavırları sebebiyle hayal kırıklığı ile neticelenmiştir (bkz. yukarıdaki 20. ve 21. paragraflar). Bu çabalar ayrıca, mevcut seçeneklerin sınırlı olması sebebiyle de kısıtlanmıştır. Kuşkusuz, başvuru sahibi rehabilitasyonu hakkında daha müspet bir tavır içinde olmuş olsaydı makul bir süre içinde uygun bir bakımevi tespit edilebilirdi. Ancak bu durum, bu şartın makul bir süre içinde yerine getirilmesini sağlamak için ulusal mahkemenin ve ilgili mercilerin gerekli yetkileri haiz olmadığı sonucuna varmaya engel değildir. Ayrıca, başvuru sahibinin devam eden alıkonma hâlinin yargı denetimine tâbi tutulabileceği tarih, 1989 tarihli ulusal mahkemenin gerçekleştirdiği denetimi takiben en erken oniki ay idi (bkz. yukarıdaki 44. paragraf).

[...]

Bu şartlar altında, özellikle Ekim 1990 tarihinden sonra başvuru sahibinin yetkili mercilerle bir bakımevi bulunabilmesi için işbirliği yapma konusunda isteksiz davranmış ve dolayısıyla bu şartın yerine getirilme ihtimalini ortadan kaldırmış olması sebebiyle, 1989 tarihli ulusal mahkeme tarafından verilen bakımevinde ikamet kararının bu kişinin Rampton Hastanesinden taburcu edilmesini sınırsız olarak ertelediği sonucu çıkarılmalıdır. [...]

Konuyu daha sonra inceleyen diğer mahkemenin aldığı karar neticesinde ortaya çıkan durum ve başvuru sahibinin alıkonulmasının sona erdirilerek tahliye edilmesini sağlamak üzere yargı denetimi de dahil olmak üzere yeterli güvencelerin sağlanmamış olması sebebiyle, söz konusu kişinin 15 Haziran 1989 tarihinden sonra devam eden tecrit hâlinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası e bendi uyarınca (bkz. yukarıdaki 63. paragraf) haklı olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Alkoliklerin alıkonulması

Witold Litwa-Polonya davasında başvuru sahibi, bulunduğu postanede çalışan bir memurun polisi arayarak sarhoş ve saldırgan olduğunu bildirmesi üzerine birkaç saat bir ayılma merkezine kapatılmıştır. Aslında postane o esnada kalabalıktır ve yarı âmâ olan başvuru sahibi de bu durumdan şikâyetçi olmuştur (4 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 26629/95, paragraf 60-80). AİHM bu davada öncelikle “alkolik”lik kavramı üzerinde durmuştur:

Mahkeme, “alkolik” ifadesinin yaygın kullanımı itibarıyla, alkole bağımlı kişileri tanımlamak için kullanıldığına işaret eder. Öte yandan, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında bu ifade, bulaşıcı hastalık yayan kişiler, akli dengesi yerinde olmayan kişiler, uyuşturucu bağımlıları ve serseriler gibi çeşitli kategorilerle birlikte kullanılmıştır. Tüm bu kategoriler arasında bir bağlantı bulun-

maktadır, zira bu kategorilere giren kişiler tıbbî tedavi altına alınmak üzere, sosyal politikalar gereği ya da hem tıbbî hem de sosyal sebeplerle özgürlüklerinden mahrum edilebilirler. Dolayısıyla bu çerçevede, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada e bendinde bahsedilen bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum edilebilmelerinin sebebinin sadece bu kişilerin kamu güvenliği açısından bir tehlike oluşturmaları değil, aynı zamanda alıkonulmalarının kendi yararları gereği de olabilmesidir (bkz. Guzzardi-İtalya davası, 6 Kasım 1980 tarihli karar, Seri A No. 39, s. 37, paragraf 98'in tamamı).

Bu hukukî gerekçe (*ratio legis*) “alkolik” ifadesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada e bendi hükümleri hedef ve maksadı doğrultusunda ne şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre bu madde hükümlerinin hedef ve maksadı, “alkolizm”in klinik aşamasındaki kişiler şeklinde dar anlamda “alkoliklerin” alıkonulması olarak yorumlanamaz. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada e bendi uyarınca, tıbben “alkolik” olarak teşhis konulmamış olan ancak alkol etkisi altındayken sergiledikleri tavır ve davranışlar toplum ve kendileri için bir tehlike oluşturan kişilerin kamu düzeni ya da sağlık durumları ya da kişisel güvenliklerinin korunması gibi kendi yararları doğrultusunda gözaltına alınabileceklerini dikkate alır.

Yine de bu durum, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrada e bendi hükümlerinin bir bireyin sırf alkol tükettiği gerekçesiyle alıkonulmasına imkân sağlayacak şekilde yorumlanabileceği anlamına gelmez. Ancak Mahkeme, 5. Madde hükümleri içinde, bu madde hükümlerinin bu tedbirin Devlet tarafından aşırı alkol alan bir kişi için alkolün kendisine ve topluma verdiği zararın ya da içki içme sonrasında tehlikeli davranışlarda bulunmasının önlenmesi amacıyla uygulanmasına engel teşkil edecek herhangi bir unsur bulunmadığını da dikkate alır. Bu noktada Mahkeme, alkol bağımlısı olunsun olunmasın, alkolün zararlı bir şekilde tüketiminin toplum açısından bir tehlike oluşturabileceğini ve alkolün etkisi altındaki kişinin kendisine ve diğer kişilere zarar verebileceğini müşahade etmiştir.

Mahkeme ayrıca, “alkolik” ifadesinin bu anlamının, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında da teyit edilmiş olduğunu gözlemlemiştir (bkz. yukarıdaki 33-39. paragraflar). Bu çerçevede Mahkeme, ilk taslak Sözleşme metniyle ilgili yorumlarda, ilgili Madde hükümlerinin Sözleşmeciler Devletlerin serserilik ve “sarhoşluk”la (Fransızca metinde “l'alcoolisme” [alkolizm]) mücadele etmek üzere tedbir alma hakkını ihtiva ettiğine değinilmiş olduğunu müşahade etmiştir. Ayrıca, Uzmanlar Komitesinin bu tür bir hakkın kabul edileceğine dair herhangi bir kuşku duymadığı, zira “bu tür kısıtlamaların kamu ahlâkı ve düzeni gereği haklı olduğu” da dikkate alınmıştır.

Bu çerçevede Mahkeme, başvuru sahibinin alkolün etkisi altındaki davranışlarının kamu ve kendisi için bir tehlike oluşturduğu ya da kendi sağlığı veya kişisel güvenliğinin tehlike altında olduğu konusunda ciddî kuşkular taşımaktadır. Mahkeme'nin bu kuşkuları, alıkoyma tedbirinin pek de esaslı olmayan gerekçelere dayanması ve başvuru sahibinin neredeyse tamamen âmâ olması sebebiyle daha da güçlenmektedir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra e bendi uyarınca "hukuka uygun" bir alıkoyma tedbirinde gerekli unsurlardan birinin keyfi muamele bulunmaması olduğunu da vurgular. Bir bireyin alıkonulması o denli ciddî bir tedbirdir ki ancak diğer, daha az ciddî tedbirlerin dikkate alınarak bu tedbirlerin bireyi ya da kamu düzenini güvence altına almakta yetersiz olduğunun tespit edilmesi hâlinde söz konusu kişinin alıkonulması haklı olacaktır. Özgürlükten mahrumiyet tedbirinin yalnızca ulusal kanunlara uygun olarak gerçekleştirilmesi yeterli değildir; ayrıca o şartlar altında böyle bir tedbir gerekli de olmalıdır.

Ancak, başvuru sahibinin davasında, 26 Ekim 1982 tarihli yasanın 40. Bölümünde, en ileri aşaması kişinin bir ayıltma merkezinde alıkonulması olmak üzere, sarhoş bir kişiyle ilgili olarak alınabilecek çeşitli tedbirlere ilişkin hükümler bulunduğu dikkate alınmamış gibi görünmektedir. Aslında yasanın bu Bölümünde, sarhoş bir kişinin mutlaka özgürlüğünden mahrum edilmesinin gerekli olmadığı, zira bu kişinin polis tarafından bir sağlık kurumuna ya da ikamet adresine götürülebileceğine de değinilmektedir (bkz. 26. paragraf).

Mevcut davada her ne kadar ulusal kanunlarda açıkça konuya ilişkin hükümler bulunsa da bu tür hususların dikkate alınmamış olması neticesinde Mahkeme, başvuru sahibinin alıkonulmasının, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra e bendi uyarınca "hukuka uygun" telâkki edilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, bu madde hükümleri ihlâl edilmiştir.

Serserilerin alıkonulması

Serserilik konusundaki 18 Haziran 1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararında (Başvuru No. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Seri A No. 12, paragraf 68-69), bu ifade tanımlanmıştır:

Sözleşme'de "serseri" ifadesiyle ilgili bir tanım bulunmamaktadır. Belçika Ceza Kanunu 347. Maddesinde şu şekilde bir tanım yer almaktadır: "serseri, sabit bir ikametgâhı, düzenli bir geliri, işi ya da mesleği olmayan kişidir". Bu üç koşulun bulunduğu hallerde, yetkili merciler tarafından söz konusu kişilerin Devlet nezdinde serseri addedilmeleri mümkün olabilecektir. Yukarıda belirtilen bu tanım, "serseri" ifadesinin genel anlamına herhangi bir şekilde aykırı görünmemektedir; Mahkeme bu doğrultuda, Belçika Ceza Kanununun 347. Maddesi uyarınca serseri addedilen bir kişinin ilke olarak Sözleşme'nin 5.

Madde 1. fıkra e bendi hükümlerinde getirilen istisna kapsamına girdiğini düşünmektedir.

Mevcut davada şahısların sabit ikametgâh ile düzenli gelir durumları, yalnızca söz konusu kişilerin polise gönüllü olarak bildirimde bulunmaları şeklindeki davranışlarından değil, aynı zamanda olay ânındaki beyanlarından da anlaşılmaktadır: her üç başvuru sahibi de işsiz olduklarını ifade etmiştir (bkz. yukarıdaki 16., 23. ve 28. paragraflar). İşsizliğin olağan özellikleri itibarıyla Charleroi, Namur ve Brüksel mahkemeleri hâkimleri, başvuru sahipleri hakkındaki mevcut bilgiler ışığında bu sonuca ulaşabilmişlerdir. Bu durum ayrıca, her ne kadar üç başvuru sahibi de işçi olduklarını ileri sürmüşse de işsizlik sigortasına hak kazanabilmeleri için 20 Aralık 1963 tarihli Kraliyet Kararnamesinde (Madde 118 ve bundan sonraki maddeler) belirtilen belli bir süre zarfında çalışılması gereken asgarî gün sayısını sağlayamamaları itibarıyla da ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla “serseri” tanımına giren başvuru sahipleri, Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra e bendi uyarınca, yetkili merciler tarafından kararlaştırılması ve Belçika kanunlarında belirlenen usullere uygun olması kaydıyla alıkonulabilirler.

5. Madde 1. fıkra (f) bendi – bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkındaki sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle yakalanması veya tutulması

İade (geri verme) işlemi

İade işlemiyle ilgili Quinn–Fransa davasında (22 Mart 1995, Seri A No. 311, s. 19, paragraf 48) AİHM şunları belirtmiştir:

Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümlerinin hem Fransızca hem de İngilizce versiyonlarında açık bir şekilde, bu bent hükümleri uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin sadece iade işlemlerinin yürütüldüğü sürece haklı olacağı belirtilmektedir. Bu şekilde, bu tür işlemler gerekli titizlik ile yürütülmediği takdirde, alıkoyma tedbiri 5. Madde 1. fıkra f bendi uyarınca haklı bir gerekçeden yoksun olacaktır.

Ancak, hakkında iade işlemi yapılan kişinin tavır ve davranışlarının sebep olduğu gecikmelerden ilgili Devlet sorumlu değildir (Kolompar–Belçika davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Seri A No. 235-C, paragraf 40-43):

Mahkeme, iade işlemleri yürütülürken gözaltında geçen sürenin olağandışı bir şekilde uzun olduğunu müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 36. paragrafın tamamı). Ancak, doğru ifadesiyle bu iade işlemleri, 2 Mayıs 1984 tarihinde (bkz. yukarıdaki 14. paragraf), başvuru sahibi henüz Antwerp Ceza Mahke-

mesi tarafından yargılanmamışken, Belçika'da işlediği iddia edilen suçlardan ötürü gözaltına alınması doğrultusundaki kararın iptal edilmesini takiben bir aydan daha kısa bir süre içinde tamamlanmıştır (bkz. yukarıdaki 13. paragraf). Bay Kolompar'ın 29 Ekim 1984, 2 Ocak 1985, 15 Haziran 1985, 21 Haziran 1985 ve 17 Eylül 1985 tarihli kararın infaz edilmesi ya da saliverilmesi isteminde bulunduğu başvuruları (bkz. yukarıdaki 15-25. paragraflar) ile Belçika makamlarının başvuru sahibinin suç işlendiği tarihte Danimarka'da olduğu iddialarının araştırılması için geçen süre (bkz. yukarıdaki 17. ve 20. paragraflar) zarfında alıkoyma uygulaması devam ettirilmiştir.

Acil başvuru işlemlerinin başladığı tarih olan 17 Eylül 1985 tarihinden önce davayı inceleyen yetkili merci ve mahkemeler, normal sürede bir karara varmışlardır (bkz. yukarıdaki 15-23. paragraflar). Bu tarihe kadar, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümlerinde öngörülen şartların yerine getirildiğine dair herhangi bir kuşku duyulmamaktadır.

Daha sonraki dönemde (bkz. yukarıdaki 24-26. paragraflar), Mahkeme, Belçika Yargı Kanununun 751. ve 748. Maddeleri son fıkrası uyarınca davalı Devletin dile getirdiği mülâhazanın güçlü bir mülâhaza olduğunu kabul etmektedir (bkz. yukarıdaki 38. paragraf). Mahkeme ayrıca, Bay Kolompar'ın ilkin Belçika Devletinin beyanlarına cevap vermek için neredeyse üç ay beklemiş, daha sonra temyiz aşamasında Bay Kolompar'ın duruşmanın ertelenmesi isteminde bulunmuş olduğunu ve yetkili mercilere avukatlık ücretini ödeyecek durumda olmadığına dair bilgi vermemiş olduğunu da dikkate almaktadır.

Bay Kolompar'ın Hollandalı avukatı 23 Mart 1992 tarihindeki duruşmada bu son iki husus hakkında Mahkeme'nin kendisine yönelttiği sorulara, o tarihte başvuru sahibini temsil eden Belçikalı bir meslektaşının girişimiyle bu tür bir erteleme isteminde bulunulmuş olduğu, ancak bu durumda Yargı Kanunu uyarınca ücretsiz olarak başvuru sahibini temsil edecek bir avukat atanmasının mümkün olmadığı şeklinde cevap vermiştir. Ancak başvuru sahibinin avukatının Yargı Kanunu uyarınca ücretsiz avukat atanmasının mümkün olmadığı şeklindeki ifadesine davalı Devlet itiraz etmiştir (bkz. yukarıdaki 38. paragraf).

Dava konusu ne olursa olsun, Belçika Devleti, başvuru sahibinin tavırlarının yol açtığı gecikmelerden sorumlu tutulamaz. Başvuru sahibi de önemli ölçüde kendisinin yol açtığı bir durumdan şikâyetçi olamaz.

Bu çerçevede Mahkeme, 5. Madde 1. fıkra hükümlerinin ihlâl edilmemiş olduğuna hükmetmiştir.

Sınırdışı etme

Chahal–Birleşik Krallık davasının (15 Kasım 1996 tarihli karar, Başvuru No. 22414/93, *Reports* 1996-V, paragraf 112 ve 117-123) konusu sınırdışı işlemi idi:

Mahkeme, Bay Chahal'ın, 5. Madde 1. fıkra f bendi uyarınca “sınırdışı edilmek üzere” alıkonulmuş olduğu konusunda herhangi bir ihtilof bulunmadığını hatırlatır (bkz. yukarıdaki 109. paragraf). 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümleri, hakkında sınırdışı etme işlemi yürütülen bir kişinin alıkonulmasının makul olarak gerekli olması, örneğin bir suç işleminin ya da kaçmasının önlenmesi maksadıyla gerçekleştirilmesini gerektirmez; bu çerçevede 5. Madde 1. fıkra f bendinde, 5. Madde 1. fıkra c bendinden farklı düzeyde bir güvence getirilmiştir.

Aslında bu madde hükümlerine göre gereken tek şey “sınırdışı etme işleminin yürütülmesi”dir. Dolayısıyla, 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümleri çerçevesinde, kişinin sınırdışı edilmesine ilişkin kararın ulusal hukuka ya da Sözleşme hukukuna göre haklı bir gerekçeye dayanması bu itibarla önemli olmayacaktır.

Ancak Mahkeme, 5. Madde 1. fıkra f bendi uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin yalnızca sınırdışı etme işlemleri yürütüldüğü sürece haklı bulunacağına işaret eder. Bu tür işlemlerin gerekli titizlikle yürütülmediği hallerde, alıkoyma tedbiri 5. Madde 1. fıkra f bendi uyarınca mümkün olmaktan çıkacaktır (bkz. Quinn–Fransa davası, 22 Mart 1995 tarihli karar, Seri A No. 311, s. 19, paragraf 48; ayrıca bkz. Kolompar–Belçika davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar, Seri A No. 235-C, s. 55, paragraf 36).

Dolayısıyla, sınırdışı etme işlemine ilişkin işlemlerin süresinin aşırı uzun olup olmadığına bakılması gerekmektedir.

[...]

Bu bilgiler ışığında ve başvuru sahibi açısından ortaya çıkacak zararlar ve başvuru sahibinin mahkeme tarafından detaylı bir şekilde incelenmesi talebinde bulunduğu menfaatler dikkate alındığında, tek tek ya da topluca değerlendirildiğinde, şikâyetçi olunan sürelerin hiçbirinin aşırı uzun addedilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümleri, sınırdışı etmeye ilişkin usullerde gerekli titizliğin gösterilmesi ya da titizlik içinde hareket edilmemiş olması sebebiyle ihlâl edilmemiştir.

Mahkeme ayrıca, Bay Chahal'ın alıkonulmasının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra f bendi hükümleri uyarınca, özellikle ulusal kanunlarda temin edilen güvenceler bakımından "hukuka uygun" olup olmadığını da incelemiştir.

Alıkoyma tedbirinin "hukuka uygun"luğunun incelendiği hallerde Sözleşme, "yasada belirlenen yol"a uygun davranılıp davranılmadığı da dahil olmak üzere aslen ulusal hukukun maddî ve usul kurallarına uygunluğu esas alır; ancak buna ilâveten, özgürlükten mahrumiyet tedbirinin 5. Madde hükümleri doğrultusunda, kişinin keyfi muamelelere karşı korunması amacına uygun olması da gerekir.

Kuşkusuz, Bay Chahal'ın alıkonulması ulusal kanunlara göre "hukuka uygun"dur ve alıkoyma tedbiri "yasada belirlenen bir yol uyarınca" gerçekleştirilmiştir (bkz. yukarıdaki 43. ve 64. paragraflar). Ancak, Bay Chahal'ın alıkonulduğu sürenin aşırı uzun olduğu dikkate alınır, keyfi uygulamalara karşı yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığına da bakmak gerekir.

Bu bağlamda Mahkeme, başvuru sahibinin 16 Ağustos 1990 tarihinden itibaren, özellikle daha önceki Dışişleri Bakanlarının da belirtmiş oldukları üzere, bu şahsın ulusal güvenlik açısından tehdit teşkil etmesi sebebiyle güvenli bir şekilde serbest bırakılmayacağı gerekçesiyle alıkonulduğunu tespit etmiştir (bkz. yukarıdaki 43. paragraf). [...]

Ancak, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası bağlamında, istişare heyeti usulü (bkz. yukarıdaki 29-32. ve 60. paragraflar) keyfi uygulamalara karşı önemli bir güvence temin etmektedir. Tecrübeli yargı temsilcilerinin de aralarında bulunduğu bu heyet (bkz. yukarıdaki 29. paragraf), başvuru sahibinin ulusal güvenlik açısından tehdit oluşturmasına ilişkin tüm delilleri inceleyebiliyordu.

Sonuç olarak Mahkeme, Bay Chahal'ın kesinlikle ciddi endişe doğuracak şekilde aşırı uzun bir süre alıkonulmuş olduğuna işaret eder. Ancak, davanın istisnâî koşulları ve ulusal makamların başvuru sahibi hakkındaki sınırdışı etme işlemini gerekli titizlikle yürütmüş olmaları ve şahsın keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı yeterli güvencelerin bulunuyor olması neticesinde, başvuru sahibinin alıkonulmasına ilişkin tedbirin 5. Madde 1. fıkra f bendinde yer alan şartları yerine getirdiği söylenebilir.

5. Madde, 2. fıkra
- Kendisine yönel-
tilen suçlamalar
hakkında bilgi
edinme hakkı

Sözleşme'nin 5. Madde 2. fıkrası şu şekildedir:

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

1. 2. fıkranın kapsamı

Van der Leer–Hollanda davasında Belediye Başkanı, başvuru sahibinin o bölgede bulunan bir psikiyatri hastanesine kapatılması emrini vermiştir. Başvuru sahibi Mahkeme’ye, kendisine bu tür bir tecrit emrinin derhal bildirilmediğini ileri sürmüştür. Davalı Devlet, “bu davada 2. fıkra hükümlerinin [...] geçerli olmayacağını, zira ‘yakalama’ ve ‘suç isnadı’ kelimelerinden de anlaşılacağı üzere, bu maddenin yalnızca ceza davalarına yönelik olduğunu” ifade etmiştir. Ancak Mahkeme aksi görüştedir (Van der Leer–Hollanda davası, 21 Şubat 1990 tarihli karar, Seri A No. 170-A, s. 13, paragraf 27 ve 28):

Mahkeme, 5. Madde 2. fıkra hükümlerinde kullanılan kelimelerin ceza hukuku kapsamındaki anlamlarının bilincindedir. Ancak Mahkeme, bu kelimelerin “özerk” bir şekilde ve özellikle de 5. Maddenin herkesin keyfi olarak özgürlüğünden mahrum edilme riskinden korunmasına yönelik niyet ve amacına uygun olarak yorumlanması gerektiği konusunda Komisyon’la mutabıktır. Dolayısıyla, 5. Madde 2. fıkrada belirtilen “yakalama”, ceza hukuku bünyesindeki tedbirlerin dışındaki tedbirleri de kapsamaktadır. Benzer bir şekilde, bu fıkrada geçen “her türlü suçlama” (İngilizce: “any charges”, Fransızca: “toute accusation”) ifadesinde Sözleşme’yi kaleme alanların niyeti, bu fıkra hükümlerinin uygulanabilirliği ile ilgili bir koşul getirmekten ziyade, bu tür bir tedbirin olası sonuçlarına işaret etmektir.

5. Madde 2. ve 4. fıkra hükümlerinin yakından ilişkili olması, bu tür bir yorumu desteklemektedir. Alıkonulmasının hukuka uygun olup olmadığına kısa bir süre içinde karar verilmesi için mahkemeye başvurma hakkı olan bir kişinin, bu hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için özgürlüğünden mahrum edilme gerekçelerinin en kısa zamanda ve yeterli bir şekilde kendisine bildirilmesi gerekir (bkz. gerekli değişikliklerle, X. – Birleşik Krallık davası, 5 Kasım 1981 tarihli karar, Seri A No. 46, s. 28, paragraf 66).

2. 2. fıkra hükümlerinin uygulanması

Verilecek bilginin içerik ve şekli

Murray–Birleşik Krallık davasında (28 Ekim 1994 tarihli karar, Başvuru No. 14310/88, Seri A No. 300-A, paragraf 76) AİHM, bir yakalama tedbirinin sadece hangi yasa hükmü çerçevesinde gerçekleştirildiğinin belirtilmesinin etkili olmayacağını belirtmiştir:

Yakalama işlemini gerçekleştiren yetkili olan Onbaşı D.’nin, Bayan Murray’e yakalama işleminin 1978 tarihli Yasanın hangi maddesi kapsamında gerçekleştirildiği konusunda bilgi verdiği bilinmektedir (bkz. yukarıdaki 12. ve

36. paragraflar). Tek başına değerlendirildiği zaman, bu şekilde, yakalama işleminin hangi yasa hükmünden kaynaklandığının belirtilmiş olması, 5. Madde 2. fıkra amaçları doğrultusunda yeterli değildir (bkz. yukarıda belirtilen Fox, Campbell ve Hartley davası kararı, s. 19, paragraf 41).

Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davasında (30 Ağustos 1990 tarihli karar, Seri A No. 182, s. 19, paragraf 40) AİHM, yakalanan kişilere verilecek bilginin hem fiili hem de hukukî konularla ilgili olması gerektiği hükmüne varmıştır:

5. Madde 2. fıkra hükümlerinde, yakalanan herkesin hangi sebeple özgürlüğünden mahrum edildiğini öğrenmesi gerektiği şeklinde temel bir güvence bulunmaktadır. Bu hüküm, 5. Maddenin ihtiva ettiği koruma anlayışının ayrılmaz bir parçasıdır: 2. fıkra hükümlerine göre, yakalanan herkese, basit, teknik olmayan ve anlayabileceği bir dille, yakalanmasına ilişkin temel hukukî ve fiilî gerekçelerin bildirilmesi şartı getirilmiş, bu sayede de yakalanan kişi uygun gördüğü takdirde, aynı madde 4. fıkra hükümleri çerçevesinde yakalanmasının hukuka uygunluğu konusunda bir mahkemeye başvurabilmesine imkân sağlanmıştır (bkz. Van der Leer davası kararı, 21 Şubat 1990, Seri A No. 170, s. 13, paragraf 28).

Öte yandan, yakalanan kişiye verilecek bilginin belirli bir şekilde olması gerekmemektedir. Soruşturma amacıyla yöneltilen belirli sorular, söz konusu kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin gerekçeler hakkında bilgi edinmesini sağlayabilir; ayrıca, bir kişinin suç üstü yakalanmış olması da, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde, bu kişinin kendisine isnat edilen suç hakkında yeterince bilgilendirildiğine işaret eder. AİHM'nin Dikme davasında (11 Temmuz 2000, Başvuru No. 20869/92, paragraf 54-57) verdiği karar bu hipotezi ortaya koymaktadır:

Mevcut davada Mahkeme, birinci başvuru sahibinin yakalanma sebebinin, polisin yaptığı kimlik kontrolü sırasında sahte evrak ibraz etmesi olduğuna işaret eder. Mahkeme söz konusu fiilin cezaî ve kasdî boyutunu dikkate alarak, birinci başvuru sahibinin yakalanarak 10 Şubat 1992 tarihinde saat 07:30'da polis karakoluna götürülme sebebini anlamamış olduğunu ileri süremeyeceğini düşünmektedir (bkz. yukarıdaki 12. paragraf).

Aynı durum, birinci başvuru sahibinin polis karakolunda bekletilmesi ve gerçek kimliğini açıklaması için polis memurları tarafından sorgulandığı ileri sürülen şubede gözaltına alınması için de geçerlidir (bkz. yukarıdaki 12. paragraf).

Birinci başvuru sahibi, daha sonra, gözaltında tutulduğu onaltı gün boyunca sorgulandığını söylemiştir. Sorgulamayı başlatan polis memurlarının “Dev-

Sol'la Mücadele" timi mensubu olduklarını (bkz. yukarıdaki 12. paragraf) ve ilk sorgulamadan sonra, saat 19:00 civarında, bir gizli servis mensubunun kendisini şu sözlerle tehdit ettiğini söylemiştir: "Sen Devrimci Sol üyesisin, eğer bize istediğimiz bilgileri vermezsen buradan önce ayakların çıkar!" (bkz. yukarıdaki 13. paragraf).

Mahkeme'nin kanaatine göre, bu ifade birinci başvuru sahibi hakkındaki şüphelere dair oldukça net bilgiler vermektedir. Bu çerçevede, ayrıca söz konusu örgütün yasadışı mahiyette olması, başvuru sahibinin kimliğini gizlemiş olması ve polisten korkmasına (başvuru sahibinin kızkardeşi polisle çatışma esnasında öldürülmüştür – bkz. yukarıdaki 23. paragraf) ilişkin sebepleri de dikkate alarak Mahkeme, Bay Dikme'nin o aşamada Dev-Sol gibi yasak faaliyetlere katıldığından şüphelenildiğini anlaması gerektiğini ya da anlamış olduğunu düşünmektedir.

Bilgi hangi noktada temin edilmelidir

Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davasında başvuru sahipleri, "kendilerine, yakalandıkları anda yakalanmalarına dair esaslı gerekçelere ilişkin yeterli ve anlaşılır bilgi verilmediği"nden şikâyetçi olmuşlardır. AİHM bu davada verdiği kararında (30 Ağustos 1990, Seri A No. 182, s. 19, paragraf 40), 5. Madde 2. fıkra hükümlerini şu şekilde yorumlamıştır:

5. Madde 2. fıkra hükümlerinde, yakalanan herkesin bunun sebebini öğrenmesi gerektiği şeklinde temel bir güvence bulunmaktadır. Bu bilginin "en kısa zamanda" (İngilizce: "promptly", Fransızca: "dans le plus court délai") verilmesi gerekmesine rağmen, tümüyle, yakalama anında yakalama işlemi gerçekleştiren yetkili tarafından bu bilginin verilmesi zorunluluğu vardır denilemez. Verilen bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve en kısa süre içinde bu bilginin verilip verilmediği, her davanın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Bu davada AİHM, davanın şartları itibarıyla başvuru sahiplerinin, yakalanmalarından birkaç saat sonra ifadeleri alınırken yakalanma sebepleri hakkında bilgilendirilmiş oldukları kanaatindedir. Dolayısıyla, 5. Madde 2. fıkrada öngörülen şartların yerine getirildiğine hükmetmiştir (a.g.e., s. 19-20, paragraf 41-43):

Gözaltına alındıktan sonra Bay Fox, Bayan Campbell ve Bay Hartley'e, kendilerini yakalayan yetkili tarafından 1978 tarihli Yasanın 11. Kısım 1. fıkrası uyarınca, terörist olduklarından şüphelenilmesi gerekçesiyle yakalandıkları söylenmiştir (bkz. yukarıdaki 9. ve 13. paragraflar). Yakalamanın bu şekilde yalnızca hangi kanun hükmüne istinaden gerçekleştirilmiş olduğunun belirtil-

mesi, davalı Devletin de ikrar ettiği üzere, 5. Madde 2. fıkraya maksadı doğrultusunda yeterli değildir.

Ancak, yakalanmalarından sonra başvuru sahipleri, haklarında belirli suçlara karıştıklarına dair ve yasak örgütlere üyelikleri doğrultusunda duyulan şüphelere ilişkin olarak (bkz. yukarıdaki 9., 10. ve 14. paragraflar) polis tarafından sorgulanmışlardır. Bu sorgulamanın, başvuru sahiplerinin yakalanma sebeplerini anlamalarına imkân vermediğini varsaymak için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, başvuru sahiplerinin terörist olmalarından şüphelenilme sebepleri sorgulanmaları sırasında kendilerine aktarılmıştır.

Bay Fox ve Bayan Campbell, 5 Şubat 1986 tarihinde saat 15:40'ta Woodbourne RUC istasyonunda yakalanmışlar ve daha sonra aynı gün saat 20:15 ile 22:00 arasında Castlereagh Emniyet Müdürlüğünde ayrı ayrı sorgulanmışlardır (bkz. yukarıdaki 9. paragraf). Bay Hartley ise, 18 Ağustos 1986 tarihinde saat 07:55'te evinde yakalanmış ve Antrim Polis Karakoluna getirilerek 11:05 ile 12:15 arasında sorguya çekilmiştir (bkz. yukarıdaki 13. paragraf). Mevcut dava kapsamında, yakalama ve sorgulama arasındaki birkaç saatlik süreler, 5. Madde 2. fıkraya hükümlerinde getirilen en kısa zaman sınırları dışında addedilemez.

Dolayısıyla, her üç başvuru sahibiyile de ilgili olarak, Sözleşme'nin 5. Madde 2. fıkrasının ihlâl edilmediğine karar verilmiştir.

Bu arada, daha önce X.–Birleşik Krallık davasında (16 Temmuz 1980 tarihli karar) AİHM'nin hasta bir kişiye hastaneye getirilir getirilmez derhal bilgi verilmesi gerektiğine işaret etmiş olduğunu da hatırlamak gerekir. Daha yeni bir başvuru olarak bkz. H.B.–İsviçre davası kararı, 5 Nisan 2001, Başvuru No. 26899/95, paragraf 44-49.

5. Madde, 3. fıkraya
– Yakalanan kişilerin bir hâkim huzuruna çıkarılması ve makul bir süre içinde yargılanması ya da serbest bırakılması hakkı

5. Madde 3. fıkraya hükümleri şu şekildedir:

1. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

1. Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında güvence altına alınan hakkın önem, amaç ve içeriği

AİHM çeşitli vesilelerle, yakalanan bir kişinin “hemen bir hâkim önüne çıkarılması” ve “[...] makul bir süre içinde yargılanması ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılması” hakkının temel özelliklerini vurgulamıştır. Terör eylemi şüphesiyle şahısların alıkonulduğu Brogan ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasında (29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145-B, s. 32, paragraf 58'in tamamı) AİHM şunları ifade etmiştir:

[Sözleşme'nin 5. Maddesinde] Devletin bireyin özgürlük hakkına keyfi bir şekilde müdahale etmesine karşı korunması şeklinde temel bir insan hakkına ilişkin hükümler bulunmaktadır (bkz. Bozano davası kararı, 18 Aralık 1986, Seri A No. 111, s. 23, paragraf 54). İdarenin bireyin özgürlük hakkına müdahalesinin yargı denetimine tâbi olması, keyfi muamele riskini asgariye seviyeye çekmeye yönelik olarak 5. Madde 3. fıkrada getirilmiş olan güvencenin temel bir özelliğidir. Yargı denetimi, “Sözleşme'nin Dibaçe bölümünde açıkça belirtilen temel demokratik ilkelerden biri olan [...]” (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Klass ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 28, s. 25-26, paragraf 55) ve “Sözleşme'nin tamamının ilham aldığı” hukukun üstünlüğü ilkesinden anlaşılmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle, Engel ve Diğerleri davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 28, paragraf 69).

AİHM bu konudaki görüşünü, Aquilina-Malta davasında verdiği kararda (29 Nisan 1999, Başvuru No. 25642/94, *Reports* 1999-III, paragraf 47) ortaya koymuştur:

[...] 5. Madde 1. fıkra c bendi ile bir bütün oluşturan 5. Madde 3. fıkrada temel olarak, alıkoyma tedbiri makul olmaktan çıktığı anda geçici olarak kişinin serbest bırakılması şartı getirilmiştir. Yakalanan bir kişinin adli bir makama erişebilmesi, 5. Madde 3. fıkranın giriş bölümünde getirilen şartlara uygunluk teşkil etmek bakımından yeterli değildir. Bu fıkra hükümlerine göre, yakalanan kişinin huzuruna çıkartıldığı adli merciin, kişinin alıkonulmasının lehinde ve aleyhindeki koşulları incelemesi, yasal kriterler uyarınca alıkoyma tedbirinin haklı olup olmadığını belirlemesi ve bu tür bir gerekçe bulunmadığı hallerde de söz konusu kişiyi serbest bırakmasına ilişkin bir yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. de Jong, Baljet ve Van den Brink–Hollanda davası, 22 Mayıs 1984 tarihli karar, Seri A No. 77, s. 21-24, paragraf 44, 47 ve 51). Bir başka deyişle, 5. Madde 3. fıkra, adli merciin, alıkoyma şartlarını dikkate almasını gerektirmektedir.

“Bir hâkim huzuruna çıkartılma” ve “makul bir süre içinde yargılanma [...] ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma” hakkının taşıdığı önem, örneğin, ulusal

kanunlarda belirli suçlar için şartlı tahliye imkânının mutlak surette kaldırılmasında da görülmektedir. AİHM, S.B.C.–Birleşik Krallık (19 Haziran 2001 tarihli karar, Başvuru No. 39360/98) ve Caballero–Birleşik Krallık (8 Şubat 2000 tarihli karar, Başvuru No. 32819/96, paragraf 18) isimli iki davada bu hükmü vermiştir. Bu davalarda başvuru sahipleri, “kendisine bir suç isnat edilen ya da bu madde hükümlerinin uygulanacağı bir suçtan [cinayet, kasden adam öldürme ...] hüküm giyen kişilere, haklarındaki ceza davası devam ederken şartlı tahliye imkânı tanınmaz” şeklindeki bir kanunun Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrasını ihlâl ettiği gerekçesiyle şikâyetçi olmuşlardır. Başvuru sahipleri, “1994 tarihli Ceza Yargısı ve Kamu Düzeni Yasası (“1994 Yasası”) 25. Kısım uyarınca yargılanan kişilerin otomatik olarak şartlı tahliye imkânından yoksun olmalarının Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrası hükümlerinin ihlâlî anlamına geldiği”ni ileri sürmüşlerdir. AİHM, başvuru sahiplerinin taleplerini haklı bulmuştur.

Ayrıca, 5. Madde 3. fıkrada temin edilen güvencelerin yalnızca 5. Madde 1. fıkra c bendi uyarınca hukuka uygun bir alıkoyma tedbirinde geçerli olacağı da vurgulanmalıdır. Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümlerinin ihlâl edildiği hallerde müşteki aynı zamanda 5. Madde 3. fıkranın da ihlâl edildiğini ileri süremez (bkz. Jecius–Litvanya davası, 31 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 34578/97, paragraf 75):

Mahkeme ilk olarak, 8 Şubat’ta ilk yakalandığı andan alıkonulduğu 14 Mart 1996 tarihine kadar başvuru sahibinin, Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra c bendi kapsamına girmeyen önleyici güvenlik tedbiri çerçevesinde gözaltında tutulmuş olduğunu müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 51-52. paragraflar). Bu sebeple, kişinin 5. Madde 3. fıkra uyarınca uygun bir yetkili karşısına çıkarılması şeklindeki güvence, başvuru sahibinin tâbi tutulduğu bu önleyici gözaltı tedbirinde uygulanamaz.

Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrasının bu temel özelliğinden başka, bu fıkrada bulunan iki hükmün de ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir:

- “derhal” bir hâkim huzuruna çıkarılma hakkı,
- makul bir süre içinde yargılanma ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma hakkı

2. Yakalanan bir kişinin “derhal” bir hâkim huzuruna çıkarılma hakkı

Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrasında dile getirilen birinci hak, yakalanan bir kişinin “derhal” bir hâkim huzuruna çıkarılma hakkıdır.

Herhangi bir gecikme olmadan hâkim huzuruna çıkarılma hakkının kapsamı

Brogan davasında (yukarıda belirtilen karar, s. 31, 58. paragrafın ilk bölümü) AİHM, 5. Madde 3. fıkrada getirilen süre şartının (*ratione temporis*) kapsamını tanımlamıştır. Alıkonulan bir kişi, alıkonulma hâli devam ettiği ve en kısa süre içinde serbest bırakılmadığı sürece bu haktan yararlanabilir.

Alıkonulan bir kişiye suç isnat edilmemesi ya da bu kişinin derhal mahkemeye çıkartılmamış olması, kendi başına 5. Madde 3. fıkranın ilk bölümünün ihlâl edildiği anlamına gelmez. Alıkonulan kişinin alıkonulmasına ilişkin tedbir “en kısa süre içinde” yargı denetimine tâbi olamadan bu kişinin serbest bırakılması halinde, 5. Madde 3. fıkrâ hükümleri ihlâl edilmiş sayılmaz (bkz. de Jong, Baljet ve Van den Brink davası, 22 Mayıs 1984 tarihli karar, Seri A No. 77, s. 25, paragraf 52). Yakalanan kişinin en kısa süre içinde salıverilmediği hallerde, bu kişinin hâkim ya da adlî bir yetkili önüne çıkarılma hakkı vardır.

Hâkim huzuruna çıkarılmanın özellikleri

En kısa süre (derhal)

Yakalanan bir kişi derhal serbest bırakılmazsa, hemen bir hâkim huzuruna çıkarılmalıdır. Burada “hemen” (İngilizce: *promptly*, Fransızca: *aussitôt*) kelimesinin anlamını dikkate almak gerekir. Yukarıda belirtilen Brogan davası kararında AİHM, başvuru sahibinin hâkim huzuruna çıkartılmadan dört gün altı saat boyunca polis tarafından gözaltında tutulmuş olmasında, terör suçu gibi hassas bir tanım gerekmiş olsa bile 5. Madde 3. fıkrada öngörülen sınırların aşıldığı kanaatine varmıştır. Bu davada AİHM şu kararı vermiştir (s. 33, paragraf 59 ve 62):

İngilizce dilinde “promptly” (hemen) ve Fransızca dilinde “aussitôt” şeklinde ifade edilen yükümlülük, 3. fıkranın ikinci bölümünde belirtilen “makul bir süre” şeklindeki (İngilizce: “reasonable time”, Fransızca: “délai raisonnable”) yükümlülüğten hâтта, 5. Madde 4. fıkrada belirtilen (İngilizce: “speedily”, Fransızca: “à bref délai”) “kısa bir süre içinde” şeklindeki yükümlülüğten net bir şekilde ayırdedilebilmektedir. İngilizce metinde “promptly” (Sözleşme’nin Türkçe metninde “en kısa zamanda” biçiminde tercüme edilmiştir) ifadesi, aynı zamanda 5. Madde 2. fıkrada da kullanılmıştır. Fransızca metinde ise 5. Madde 2. fıkrada “dans le plus court délai” (en kısa zamanda) ifadesi kullanılmıştır. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararında (18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 76, paragraf 199) da belirtildiği üzere, Sözleşme’nin İngilizce metninde 5. Madde 3. fıkrada kullanılan “promptly” (hemen) ifadesi, aynı maddenin Fransızca versiyonunda kullanılan ve kelime anlamı olarak “derhal” demek olan “aussitôt” ifadesinden daha geniş bir öneme sahiptir. Aynı derecede otantik addedilmekle birlikte birbirinin aynısı olmayan ve hukuk oluşturan bir

antlaşmanın iki farklı lisandaki versiyonu karşısında Mahkeme'nin, bu iki metni mümkün mertebe uzlaştıracak ve antlaşmanın amaç ve hedefine en uygun olacak şekilde yorumlaması gerekir (bkz. diğer davaların yanı sıra, Sunday Times davası kararı, 26 Nisan 1979, Seri A No. 30, s. 30, paragraf 48; ayrıca, 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 33. Madde, 4. fıkra hükümleri).

Fransızca metinde kullanılan "aussitôt" (hemen) ifadesi, aciliyet ihtiva eden sınırlayıcı bir anlam taşımakta olup her ne kadar 3. fıkra çerçevesinde yapılacak değerlendirmede mevcut şartlar gözardı edilemese de "hemen" ("promptness") kelimesinden anlaşılacak esneklik seviyesinin sınırlı olduğuna işaret etmektedir. "Hemen" ("promptness") ifadesi, her davanın özel şartları dikkate alınarak değerlendirilmelidir (bkz. yukarıda belirtilen de Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararı, Seri A No. 77, s. 25, paragraf 52); ancak, davanın özel şartlarına atfedilen önem derecesi hiçbir zaman, Devletin alıkonulan kişiyi hemen salıvermek ya da hemen adli bir merci huzuruna çıkartmak şeklindeki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde 5. Madde 3. fıkrada güvence altına alınan hakkın özüne hanel getirecek biçimde olamaz.

[...] "promptness" (hemen) şeklindeki bir yükümlülüğün yorumlanmasında ve yerine getirilmesinde geçerli olacak esnekliğin kapsamı son derece sınırlıdır. Mahkeme'nin görüşüne göre, Bay McFadden'ın poliste dört kez gözaltında tutulduğu sürelerden en kısası olan dört gün altı saat gibi bir süre (bkz. yukarıdaki 18. paragraf) dahi 5. Madde 3. fıkranın ilk bölümünde belirtilen kesin sınırların dışına çıkmaktadır. Bu davanın özel şartlarına bu denli önem atfedilmesi sebebiyle söz konusu şahsın hâkim ya da bir diğer adli merci huzuruna çıkarılmadan bu kadar uzun bir süre alıkonulmuş olması, "promptly" (hemen) ifadesinin düz anlamının kabul edilemeyecek denli geniş anlamda yorumlanması anlamına gelecektir. Bu şekilde bir yorum, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında getirilen usule ilişkin bir güvencenin bireyin zararına olacak şekilde ciddi olarak zayıflatılmasına ve bu madde hükmü uyarınca koruma altına alınmış hakkın özüne hanel getirecek neticelere yol açacaktır. Dolayısıyla Mahkeme, başvuru sahiplerinden hiçbirinin yakalanmalarını takiben "hemen" bir adli merci huzuruna getirilmemiş veya "hemen" salıverilmemiş oldukları sonucuna varmıştır. Başvuru sahiplerinin yakalanma ve alıkonulmalarının bir bütün olarak toplumun teröre karşı korunması şeklinde meşru bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olduğundan şüphe duyulmuyor olması, tek başına, 5. Madde 3. fıkrada belirtilen özel şartların yerine getirilmesini sağlamada yeterli değildir.

Benzer bir şekilde, alıkoyma tedbirinin iç hukuk açısından yasalara uygun olması, 5. Madde 3. fıkrada getirilen yükümlülüklerin askıya alınması için gerekçe teşkil edemez. Demir ve Diğerleri–Türkiye davası kararında, davalı Devlet, başvuru sahiplerinin (sırasıyla, en az yirmüç gün ve onaltı gün boyunca alıkonulan), otuzbeş şüphelinin dahil olduğu ve ilgili mevzuat çerçevesinde yürütülen bir soruşturma kapsamında gözaltına alınmış olduklarını ileri sürmüştür. Başvuru sahipleri, soruşturmanın tamamlanmasını takiben derhal hâkim huzuruna çıkartılmıştır. Davalı Devlet, “tüm delillerin toplanması ve sübuta erdirilmesi ve iştirak eden şahısların teşhis edilebilmesi için daha detaylı ve titiz bir polis soruşturması yapılmasının gerekli [olduğunu]” ifade etmiştir; ayrıca, “terör eylemi sorumlularının mahkemeye çıkarılmasını sağlamak amacıyla Türk makamlarının söz konusu suçlara ilişkin olarak yürütülen soruşturmaları tamamlayabilmesi için şahısları poliste daha uzun süre gözaltında tutmaları doğaldır” beyanında da bulunmuştur. Ayrıca, davalı Devletin beyanlarında yalnızca soruşturmanın güçlükleri belirtilmekle kalmamış, aynı zamanda başvuru sahiplerinin netice itibarıyla mahkeme tarafından suçlu buldukları da ifade edilmiştir. AİHM bu davada (23 Eylül 1998 tarihli karar, Başvuru No. 21380/93, 21381/93 ve 21383/93, paragraf 52-53) şu karara varmıştır:

Mahkeme'nin kanaatine göre, söz konusu gözaltı tedbirinin iç hukuka uygun olması – ki zaten bu tedbirin hukukiliği sorgulanmamaktadır (bkz. yukarıdaki 22. paragraf) – tek başına, Sözleşme'nin 15. Maddesi uyarınca 5. Madde 3. fıkrayı askıya alan tedbirleri haklı kılmaz.

Davalı Devletin yürütülmesi gereken polis soruşturmasının “detaylı” ve “titizlik” gerektiren özellikte olduğu şeklindeki beyanlarında, mevcut davanın fiili şartlarıyla ilgili tam olarak hangi sebeplerle başvuru sahiplerinin alıkonulmalarının yargı denetimine tâbi olmasının soruşturmanın sürdürülmesine zarar verebileceği şeklindeki asıl soru cevaplandırılmamıştır. Kişilerin bu denli uzun süre poliste gözaltında tutulmuş olduğu durumlarda, genel olarak terörün yol açtığı güçlükler ve soruşturmaya dahil olan şüphelilerin sayısını ileri sürmek yeterli bir gerekçe teşkil etmez.

Davalı Devlet ayrıca, mevcut davada başvuru sahiplerinin yakalanmasına yol açan şüphelerin daha sonra doğrulandığını ve bu şahısların suçlu bulunarak “terör” suçundan hüküm giydiklerine de atıfta bulunmuştur (bkz. yukarıdaki 16., 20. ve 47. paragraflar).

Bu bağlamda Mahkeme, bir şüphelinin daha sonra hüküm giymiş olmasının en fazla, o kişinin hakkındaki ve yakalanmasına yol açan şüphelerin (Madde 5, 1. fıkr c bendi) yerinde olduğunun teyidi olabileceğini ancak olmazsa olmaz bir koşul addedilemeyeceğini vurgular (örneğin bkz. daha önce belirtilen Murray davası kararı, s. 30, paragraf 67). Öte yandan bunun, şüphelilerin

bu kadar uzun bir süre hiç kimseyle görüştürülmeden gözaltında tutulmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olup olmadığı meselesi ile de bir ilgisi yoktur; zira başvuru sahipleri hakkındaki mahkûmiyet kararı, ne bu şahısların özgürlüklerinden mahrum edilmeleri ne de yürütülen soruşturma ile ilgili koşullara dair herhangi bir emare taşımamaktadır. Bu mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrası hükümlerince önlenilmesi amaçlanan keyfi muamele riskini olay olduktan sonra geriye dönük olarak ortadan kaldırması mümkün değildir.

(Aynı şekilde, Dikme–Türkiye davası, 11 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 20869/92).

Yakın tarihte Altay–Türkiye davası kararında (22 Mayıs 2001, Başvuru No. 22279/93, paragraf 64-65, karar metni yalnızca Fransızca dilinde mevcuttur – aşağıdaki İngilizce alıntı metin, resmî olmayan tercümedir) AİHM, kötü muameleyi önlemede diğer şartların yanı sıra “hemen” bir hâkim karşısına çıkartılma hakkından zımnen anlaşılacak amaçlardan birine değinmiştir:

Mahkeme, geçmişte çeşitli vesilelerle, terör suçlarına ilişkin soruşturmaların yetkili merciler açısından kesinlikle özel bazı problemler arzettiğini kabul etmiştir (bkz. diğer kararlar arasında, yukarıda belirtilen Brogan ve Diğerleri davası kararı, s. 33, paragraf 61; Murray–Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar, Seri A No. 300-A, s. 27, paragraf 55; Dikme–Türkiye davası kararı, Başvuru No. 208962/92, paragraf 64, ECHR (AİHM) 2000). Ancak bu durum, yetkili mercilerin, terör suçu olduğunu düşündükleri her durumda 5. Madde çerçevesinde şüphelileri yakalamak ve ulusal mahkemelerin denetimine ve son kertede Sözleşme'nin denetim kurumlarına tâbi olmaksızın gözaltında tutmak konusunda ellerinde açık kart bulunduğu anlamına gelmez (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Murray davası kararı, s. 27, paragraf 58).

Mahkeme ayrıca, Sözleşme sisteminde 5. Madde'nin önemine de işaret eder: bu madde, temel bir insan hakkına, yani bireyin özgürlük hakkına Devletin keyfi bir şekilde müdahale etmesine karşı bireyin korunmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. İdarenin bu hakka müdahalesinin yargı denetimine tâbi olması, keyfi muamele riskini asgari seviyeye çekmek ve “Sözleşme'nin Dibaçe bölümünde açıkça belirtilen temel demokratik ilkelerden biri olan [...]” hukukun üstünlüğünü temin etmeye yönelik olarak 5. Madde 3. fıkrada getirilmiş olan güvencenin en temel özelliğidir (örneğin bkz. Sakık ve Diğerleri davası kararı, 26 Kasım 1997, *Reports* 1997-VII, s. 2623-2624, paragraf 44). Ayrıca, yargı denetiminin yalnızca derhal gerçekleştirilmesi hâlinde, alıkonulan kişilerin özellikle itirafta bulunmaları için maruz kalmaları tehlikesi bulunan (bkz.

yukarıda belirtilen Dikme davası kararı, paragraf 66) ciddi ölçüde kötü muamele – örneğin Bay Altay tarafından dile getirilen türde – olup olmadığı tespit edilebilir ve bu tür muameleler önlenebilir (bkz. yukarıdaki 48. paragraf).

Bu davada AİHM, başvuru sahibi hâkim huzuruna çıkartılmaksızın ondört gün boyunca gözaltında tutulmuş olduğu için 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir (aynı yer, paragraf 66). AİHM, yakın tarihte karara bağladığı O’Hara–Birleşik Krallık davasında da (16 Ekim 2001, Başvuru No. 37555/97, paragraf 13-15 ile 45-46) aynı hükmü vermiştir. Bu davada başvuru sahibi, terör suçu işlediğinden şüphelenilen bir kişidir ve polis tarafından altı gün onüç saat süreyle gözaltında tutulduktan sonra kendisine herhangi bir suç isnat edilmeden serbest bırakılmıştır. Öte yandan, bireyin yakalandıktan bir gün sonra hâkim huzuruna çıkartılması, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde getirilen kıstaslara uygundur (Eğmez–Kıbrıs davası kararı, 21 Aralık 2000, Başvuru No. 30873/96, paragraf 17-20 ile 90); ayrıca, alıkonulan kişinin kırksekiz saat içinde hâkim huzuruna çıkartılması da yeterli görülmüştür (Aquilina-Malta davası kararı, 29 Nisan 1999, Başvuru No. 25642/94, paragraf 51):

Mahkeme, başvuru sahibinin yakalanmasından iki gün sonra mahkemeye çıkartılmış olmasının (bkz. yukarıdaki 9. paragraf), 5. Madde 3. fıkra çerçevesinde “hemen” gerçekleşmiş addedilebileceği konusunda taraflarla aynı görüştedir.

(Aynı şekilde, Grauzinis–Litvanya davası, 10 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 37975/97, paragraf 25).

Yakalanan kişi “otomatikman” hâkim huzuruna çıkartulmalıdır

Kişinin “hemen” hâkim huzuruna çıkartılması yeterli değildir; bu usulün otomatik olarak devreye girmesi de gerekir. AİHM, Aquilina-Malta davası kararında (29 Nisan 1999, Başvuru No. 25642/94, *Reports* 1999-III, paragraf 49) ayrıca şu hükme varmıştır:

Alıkoyma tedbirinin derhal yargı denetimine tâbi olmasının yanı sıra, bu tür bir yargı denetiminin otomatik olarak gerçekleşmesi de gereklidir (bkz. yukarıda belirtilen de Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararı, s. 24, paragraf 51). Yargı denetimi, alıkonulan kişinin önce başvuruda bulunması şartına bağlanamaz. Bu tür bir şart, yalnızca, alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun incelenmesine imkân verecek şekilde mahkemeye başvurma hakkına ilişkin olarak Sözleşme’nin 5. Madde 4. fıkrasında getirilen güvenceden (bkz. yukarıda belirtilen de Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararı, s. 25-26, paragraf 57) farklı olarak 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde getirilen

güvencenin özelliğini değiştirmekle kalmaz. Aynı zamanda, özgürlükten mahrum edilmesine yönelik bir tedbirin bağımsız yargı denetimine tâbi olması yoluyla bireyin keyfi muameleye maruz kalmaya karşı korunmasına yönelik olarak 5. Madde 3. fıkrada getirilen güvencenin de maksadına ulaşamamasına yol açar (bkz. gerekli değişikliklerle, Kurt-Türkiye davası kararı, 25 Mayıs 1998, *Reports* 1998-III, s. 1185, paragraf 123). Alıkoyma tedbirinin derhal yargı denetimine tâbi olması, gözaltına alınan kişinin kötü muamele görmesine karşı da önemli bir güvencedir (bkz. Aksoy-Türkiye davası kararı, 18 Aralık 1996, *Reports* 1996-VI, s. 2282, paragraf 76). Ayrıca, yakalandıktan sonra bu tür bir muameleye maruz kalan kişiler, alıkonulmalarını incelemesi istemiyle hâkime başvuramıyor da olabilirler. Aynı durum, örneğin zihinsel engelli ya da adli yetkili ile aynı lisanı konuşmayan diğer bazı hassas durumdaki kişilerin yakalanması hâlinde de geçerli olabilir.

(Aynı şekilde, Niedbala-Polonya davası, 4 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 27915/95, paragraf 50).

Yakalanan kişinin yalnızca bir kez hâkim karşısına çıkartılması gerekir

Son olarak, 5. Madde 3. fıkra hükümlerine göre, yakalanan kişinin birden fazla sefer hâkim karşısına çıkartılması şartı getirilmediği akılda tutulmalıdır. Bu çerçevede AİHM, Jecius-Litvanya davasında (31 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 34578/97, paragraf 84) şu kararı vermiştir:

Mahkeme, 5. Madde 3. fıkrada kullanılan “hemen ... çıkarılmalıdır” şeklindeki ifadenin, 5. Madde 1. fıkra c bendi uyarınca kişi ne zaman özgürlüğünden mahrum edilmişse o andan itibaren uygun bir yetkili huzuruna çıkarılması doğrultusundaki hakkın zımnî ifadesi olarak anlaşılması gerektiğini dikkate almaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası uyarınca alıkoyma uygulamasının uzun süre devam ettiği bazı davalarda alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun etkili bir şekilde incelenmesi için alıkonulan kişinin daha sonra tekrar hâkim huzuruna çıkartılabilmesi mümkünse de (bkz. gerekli değişikliklerle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Trzaska-Polonya davası, No. 25792/94, 19 Mayıs 1998 tarihli Rapor, paragraf 71-81) Sözleşmeciler Devletlerin 5. Madde 3. fıkra çerçevesindeki yükümlülükleri, alıkonulan kişiyi o ilk andan itibaren derhal uygun bir yetkili huzuruna çıkarmakla sınırlıdır.

Yakalanan kişinin huzuruna çıkartılması gereken “yetkili”nin ya da “hâkim”in özellikleri

İlkeler

“Yetkili” kavramı, 5. Madde hükümlerinin uygulanmasında esastır. Bu ilke, Schiesser-İsviçre davası kararında (4 Aralık 1979, Seri A No. 34, s. 11-12, paragraf 25-26; s. 13-14, paragraf 31; s. 16, paragraf 38) tesis edilmiştir. Dava şartlarının detayına girmeye gerek yok; ancak, Bay Schiesser’in Başsavcılık mensubu bir yetkili huzuruna çıkarılmış olduğunu belirtelim. Acaba söz konusu Savcı “adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir yetkili” addedilebilir mi? AİHM bu davada, “yetkili” ve “hâkim” kavramlarını inceleyerek davaya ilişkin kararını açıklamadan önce aşağıda belirtilen kriterleri ortaya koymuştur:

[...] Mahkeme, söz konusu Savcının “adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir yetkili” sıfatını haiz olup olmadığını tespit etmektedir.

Bu ifadenin son bölümünde üç unsur bulunmaktadır.

İfadede geçen ikinci unsurun (“yapmaya yasayla yetkili kılınmış”) anlaşılması zor değildir: Winterhur Bölge Savcısı bu davada, Kanton Yasalarının kendisine verdiği yetkileri kullanmaktadır (bkz. yukarıdaki 7., 12. ve 15-17. paragraflar); bu durum ne Komisyon, ne davalı Devlet ne de başvuru sahibi tarafından sorgulanmaktadır.

Bu ifadenin birinci ve üçüncü bölümlerinin (“yetkili”, “adlî görev”) ise birlikte değerlendirilmesi gerekir.

[...]

[...] “yetkili”, “hâkim”le aynı şey değildir, ancak yine de bir hâkimin bazı sıfatlarını taşımaktadır; bir başka deyişle, bu yetkili, her biri yakalanan kişi açısından bir güvence teşkil eden belli şartları yerine getirmelidir.

Bu şartlardan ilki, idareden ve taraflardan bağımsız olunmasıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Neumeister davası kararı, s. 44). Bunun anlamı “yetkili”nin, bir ölçüde, benzer bir bağımsızlık mevcut olduğu sürece, diğer hâkim ya da yetkililerin astı olamayacağıdır.

Ayrıca, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde hem usule ilişkin hem de maddî bir şart getirilmiştir. Usule ilişkin olarak getirilen şarta göre, “yetkili”nin, huzuruna çıkartılan bireyi dinleme yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Winterwerp davası kararı, s. 24, paragraf 60); maddî şartta ise, bu yetkiliye, kişinin alıkonulmasında lehte ve aleyhteki koşulları inceleyerek ve yasal kriterleri dikkate alarak, alıkoyma tedbirini haklı kılan şartlar olup olmadığını belirlemesi, bu tür şartların bulunmaması hâlinde

de bu kişinin serbest bırakılmasına karar vermesi yükümlülüğü getirilmiştir (yukarıda belirtilen İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, s. 76, paragraf 199).

Bu tür çeşitli şartların yerine getirilip getirilmediğini incelerken Mahkeme, mevcut davada, örneğin, bir yetkilinin eğitim ya da tecrübe düzeyi itibarıyla adli görev yapmaya uygun olup olmadığı gibi konularla ilgilenmek durumunda değildir.

[...]

Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada Winterhur Bölge Savcısının bağımsızlık şartı ile “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış yetkili” şartında yer alan usule ilişkin ve maddî teminatları karşıladığı kanaatindedir. Bu şekilde, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlâl edilmediğine karar verilmiştir.

AİHM'nin en çok alıkoyma kararının fiilen yetkilinin huzuruna çıkarılarak verilmesine önem verdiğini vurgulamak gerekir. AİHM bu hususu, Nikolova–Bulgaristan davasına ilişkin kararında (25 Mart 1999, Başvuru No. 31195/96, *Reports* 1999-II, paragraf 49, 51 ve 53) açıkça ifade etmiştir:

[...] alıkoyma kararının fiilen yetkilinin huzuruna çıkartılarak verilmesi esastır: o anda bu “yetkili”nin daha sonra savcılık makamı namına söz konusu kişi hakkında açılacak ceza davasına müdahil olabileceğinin anlaşılması hâlinde, bu yetkilinin bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda şüphe uyanabilir (bkz. Huber–İsviçre davası kararı, 23 Ekim 1990, Seri A No. 188, s. 18, paragraf 43; ayrıca, Brincat–İtalya davası kararı, 26 Kasım 1992, Seri A No. 249-A, s. 12, paragraf 21) [...].

Başvurular

AİHM bu yaklaşımı, diğer davaların yanı sıra, Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davasında da (28 Ekim 1998 tarihli karar, Başvuru No. 24760/94, *Reports* 1998-VIII, paragraf 148-150) benimsemiştir:

Mahkeme, 28 Temmuz 1995 tarihinde Bay Assenov'un bir soruşturma görevlisi huzuruna çıkartılmış olduğuna, bu görevlinin Bay Assenov'u sorguya çektiğine, kendisine resmî suç isnadında bulunduğu ve Bay Assenov'un tutuklu olarak alıkonulmasına karar vermiş olduğuna işaret eder (bkz. yukarıdaki 33. paragraf). Mahkeme, Bulgaristan kanunlarına göre soruşturma görevlilerinin şüpheli bir kişinin alıkonulması ya da serbest bırakılmasına dair yasal olarak bağlayıcılığı bulunan bir karar verme yetkisi bulunmadığını müşahade etmiştir. Bunun yerine, soruşturma görevlisi tarafından alınan bir karar, savcı tarafından bozulabilir. Savcı ayrıca, soruşturma görevlisinin yaklaşımından memnun olmadığı hallerde, bu görevliyi soruşturmadan azledebilmektedir (bkz. yukarıdaki 66-69. paragraflar). Bu çerçevede, soruşturma

görevlisi, 5. Madde 3. fıkraya uyarınca, “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” addedilmek için yeterli ölçüde bağımsız değildir.

Bay Assenov’un ifadesi, bizzat, soruşturma görevlisinin kararını onayan Savcı A. tarafından ya da daha sonra alıkoyma uygulamasının devam etmesine karar veren savcılar tarafından alınmamıştır (bkz. yukarıdaki 33. paragraf). Her halükârda, bu savcılar zaten daha sonra başvuru sahibi hakkında ceza davası açabilecekleri için (bkz. yukarıdaki 66. paragraf), 5. Madde 3. fıkraya hükümleri doğrultusunda yeterli ölçüde bağımsız ya da tarafsız değillerdir.

Dolayısıyla Mahkeme, başvuru sahibinin “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” huzuruna çıkartılmamış olması sebebiyle, 5. Madde 3. fıkraya hükümlerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM diğer bazı davalarda da silâhli kuvvetler mensupları için uygulanan özel usulleri incelemiştir. De Jong, Baljet ve Van den Brink–Hollanda davası (22 Mayıs 1984 tarihli karar, Seri A No. 77, s. 24, paragraf 48-49) bu konuda örnek olarak gösterilebilir. Bu davada AİHM, askerî bir müfettişin (auditeur militaire) alıkoyma tedbirine ilişkin karar verebilecek bir yetkili olup olmadığını hususunu incelemiş ve bu tür bir görevlinin böyle bir yetkili olarak değerlendirilemeyeceğine karar vererek iki konuya işaret etmiştir:

Ayrıca, bu tür bir askerî müfettiş (*auditeur militaire*) 5. Madde 3. fıkrada öngörüldüğü şekilde bağımsız değildir. Her ne kadar askerî makamlardan bağımsız olsa da aynı askerî müfettiş (*auditeur militaire*), dava dosyasının Askerî Mahkemeye havale edilmesinden sonra savcılık makamına atanabilmektedir (Askerlik Kanunu, 126. Madde, birinci fıkraya – bkz. yukarıdaki 19. paragrafın birinci alt paragrafı). Dolayısıyla bu müfettiş, dosyası yargıya intikal etmeden önce hakkında alıkoyma kararı vermiş olduğu askerin daha sonra hakkında açılacak ceza davasında taraf olabilmektedir. Özet olarak, bu askerî müfettiş (*auditeur militaire*) usulün bir sonraki aşamasında taraflardan biri olmak durumunda kalacağı için bu ilk aşamada “taraflardan bağımsız” (bkz. yukarıdaki 47. paragrafta değinilen Schiesser davası karar özeti) olamaz (bkz. Duinhof ve Duijf davasının bugün itibarıyla verilmiş kararı, Seri A No. 79, paragraf 38).

(Aynı şekilde, Hood–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Şubat 1999, Başvuru No. 27267/95, *Reports* 1999-I, paragraf 56-57: bu davada başvuru sahibi komutanı tarafından gözaltına alınmış ve askerî mahkemeye çıkarılmıştır. Bu mahkemede, başvuru sahibinin komutanının yardımcısı olan birlik komutanı, başvuru sahibi hakkında açılan ceza davasında savcı yardımcısı olarak görev almıştır. Ayrıca bkz. Stephen Jordan–Birleşik Krallık davası kararı, 14 Mart 2000, Başvuru No. 30280/96, paragraf 27.)

Yakın tarihte görülen H.B.–İsviçre davasında (5 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru No. 26899/95, paragraf 55-64) AİHM, soruşturmayı yürüten hâkim huzuruna çıkarılan bir kişinin durumunu incelemiştir. İsviçre yasalarına göre, adlî soruşturmanın tamamlanması üzerine dava dosyası Bölge Mahkemesine, Bölge Mahkemesi Başkanlığına, Temyiz Mahkemesine ya da tekrar Solothurn Kantonu Ceza Mahkemesine gönderilerek söz konusu şahıs hakkında dava açılabilirdi. Dosyanın Bölge Mahkemesine ya da Bölge Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesi hâlinde, dosyanın gönderilmesine karar veren ve soruşturmayı yürüten hâkimin bu kararında davanın esası, suçun hukukî nitelikleri ve ceza kanununun ilgili maddelerine ilişkin özet bilgilere yer verme zorunluluğu bulunmaktaydı. Daha sonra savcılık makamı davaya katılmıyordu. AİHM bu davada şu hususlara işaret etmiştir:

[...] Bir “yetkili”nin [5. Madde 3. fıkra] hükümleri uyarınca “adlî görev” yapabilmesi için, bu yetkilinin, alıkonulan kişinin keyfi ya da haksız bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı bir güvence temin edecek şekilde çeşitli şartları yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla, bu “yetkili”nin idareden ve taraflardan bağımsız olması gerekir. Bu çerçevede, alıkoyma kararının fiilen yetkilinin huzuruna çıkartılarak verilmesi esastır: o anda “yetkili”nin daha sonra savcılık makamı namına söz konusu kişi hakkında açılacak ceza davasına müdahil olabileceğinin anlaşılması hâlinde, bu yetkilinin bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda şüphe uyanabilir. “Yetkili”, şahsen huzuruna çıkartılan bireyi dinlemeli ve yasal kriterleri dikkate alarak, alıkoyma tedbirinin haklı olup olmadığını incelemelidir. Alıkoyma tedbirinin haklı bulunmaması hâlinde ise “yetkili”nin, söz konusu kişinin serbest bırakılmasına dair bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunmalıdır (bkz. Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, s. 3298, paragraf 146; ayrıca, Huber–İsviçre davası kararı, 23 Ekim 1990, Seri A No. 188, s. 18, paragraf 43).

Mevcut davada Mahkeme, başvuru sahibinin yakalandıktan sonra bizzat soruşturmayı yürüten hâkim tarafından ifadesinin alınmış olduğunu müşahade etmiştir. Ayrıca, başvuru sahibi, Solothurn Kantonu Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 50. Kısım hükümleri uyarınca, her zaman serbest bırakılabileceği hususuna itiraz etmemiştir.

Ancak, soruşturmayı yürüten hâkimin, özellikle Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkra hükümleri uyarınca “adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” şartını yerine getirip getirmediğiyle ilgili olarak bağımsızlığı ve tarafsızlığının incelenmesi gerekmektedir. Bu meseleyle ilgili olarak Mahkeme, soruşturmayı yürüten hâkimin daha geniş bir bağlamda savcılık makamı

namına davaya müdahil olup olmayacağını dikkate alma lüzumunu hissetmiştir.

Taraflar, başvuru sahibinin yakalanmasından ve gözaltına alınmasından sonra başvuru sahibinin dosyasının yargıya intikal etmesi durumunda Solothurn Kantonu ceza mahkemelerinden hangisinin, özellikle de Bölge Mahkemesi, Bölge Mahkemesi Başkanlığı, Temyiz Mahkemesi ya da Solothurn Kantonu Ceza Mahkemesinin yetkili mahkemeler olacağını belli olmadığı konusunda mutabıktır.

Mahkeme, öncelikle, açılacak davaya Bölge Mahkemesinin bakması ihtimalini değerlendirmiştir. Taraflar, davanın bu mahkeme tarafından görülmesi hâlinde soruşturmayı yürüten hâkimin konumu konusunda mutabık değildir.

Mahkeme böyle bir durumda, soruşturmayı yürüten hâkimin hazırlık soruşturmasının tamamlanmasını takiben hazırlayacağı nihaî kararda davanın esas, suçun kanunî evsafı ve ceza kanununun ilgili maddelerine ilişkin özet bilgiler yer verildiğine işaret eder. 13 Nisan 1999 tarihli kararında hem Federal Mahkeme, hem de Mahkeme'ye sunduğu beyanında davalı Devlet, soruşturmayı yürüten hâkim tarafından hazırlanan bu tür bir karar metninin tümüyle âmir ve yönlendirici nitelik taşıyan bir metin olduğunu kabul etmişlerdir.

Yine de Bölge Mahkemesi nezdinde görülen davada herhangi bir resmî iddianame bulunmamaktadır. Ayrıca, yargılamaya Savcılık makamını temsilen hiç kimse katılmamaktadır. Daha ziyade verdiği nihaî kararda soruşturmayı yürüten hâkim, davanın esasına ilişkin hususlar ve suçun kanunî vasıflarıyla ilgili olarak bilgi vermekte ve daha sonra bu çerçevede Bölge Mahkemesi davaya bakmaktadır. Bu şekliyle soruşturmayı yürüten hâkimin hazırladığı karar metni, maddî hususlara ilişkin unsurlar ihtiva etmekte ve aslında bir iddianame işlevi görmektedir.

Bu şartlar altında Mahkeme, soruşturmayı yürüten hâkim başvuru sahibinin yakalanması ve alıkonulmasına karar verdikten sonra dava dosyasının başvuru sahibinin yargılanması için Bölge Mahkemesine gönderileceğini, bu çerçevede, soruşturmayı yürüten hâkimin başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulması kararını veren merci olarak “yakalanma sonrası açılacak ceza davasına savcılık makamı namına müdahil olma yetkisi” bulunduğunu (bkz. yukarıda belirtilen Huber davası kararı, s. 18, paragraf 43) dikkate almaktadır.

Bu hususlar çerçevesinde ayrıca, davanın diğer mahkemelere, özellikle de Ceza Mahkemesi ya da Solothurn Kantonu Temyiz Mahkemesine sevk edilmesi hâlinde nasıl bir seyir izleyeceği ya da soruşturmayı yürüten hâkimin Savcılık makamından bağımsız olup olmadığının da incelenmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Mahkeme, başvuru sahibinin “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli” huzuruna çıkartılmadığı gerekçesiyle, Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrası hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiştir.

3. Geçici gözaltı ve makul bir süre içinde yargılanma ve adli kovuşturma esnasında serbest bırakılma (tutuksuz yargılanma) hakkı

Sözleşme’nin 5. Madde 3. fıkrasında ikinci bir hak daha yer almaktadır: “makul bir süre içinde yargılanma ya da adli kovuşturma esnasında serbest bırakılma (tutuksuz yargılanma) hakkı”.

Makul bir süre içinde yargılanma “veya” serbest bırakılma hakkı

Neumeister–Avusturya davasında (27 Haziran 1968 tarihli karar, Seri A No. 8, s. 37, paragraf 4-5; s. 38, paragraf 8; s. 40, paragraf 12; s. 41, paragraf 15) AİHM bu hükmün kapsamına açıklık getirmiştir. Bu çerçevede AİHM, bu madde hükmünde “veya” kelimesinin kullanılmış olması sebebiyle, alıkonulan bir kişinin makul bir süre içinde yargılanması hakkı ile serbest bırakılma hakkının birbirine alternatif teşkil etmediğine işaret etmiştir:

Mahkeme’nin kanaatine göre, bu madde hükümlerinin, adli mercilere sanığın makul bir süre içinde mahkemeye çıkartılması ya da teminata bile bağlı olsa da şartlı tahliyesi arasında tercih yapma imkânı sağladığı biçiminde algılanması mümkün değildir. Sanığın gözaltına alınışından yargılanıncaya kadar geçen sürenin makul olup olmadığı hususu, bu şahsın fiilen alıkonulmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Hüküm giyene kadar sanık masum addedilmeli ve söz konusu madde hükümleri çerçevesinde de sanığın şartlı tahliyesi açısından alıkonulmasının makul olmaktan çıkması hâli esas alınmalıdır. [...]

(Aynı şekilde, Jablonski-Polonya davası kararı, 21 Aralık 2000, Başvuru No. 33492/96, paragraf 83-84.)

Sözleşme çerçevesinde “geçici gözaltı” olarak değerlendirilecek sürenin belirlenmesi

Muller–Fransa davası kararında AİHM, dikkate alınacak sürenin söz konusu kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği tarihten itibaren başladığını ifade etmiştir. Bu tarih, hâkimin tutuklama kararı verdiği tarih değil, söz konusu kişinin gözaltına alındığı tarihtir (17 Mart 1997 tarihli karar, Başvuru No. 21802/92, *Reports* 1997-II, paragraf 34):

Dikkate alınması gereken süre, başvuru sahibinin polis tarafından gözaltına alındığı tarih olan 13 Aralık 1988'dir [...].

Labita-İtalya davası kararında AIHM, alıkoyma süresinin, kişinin ilk derece mahkeme tarafından olsa bile suçlu bulunduğu tarih itibarıyla sona erdiğini ifade etmiştir (Labita-İtalya davası kararı, 6 Nisan 2000, Başvuru No. 26772/95, paragraf 171-173):

Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında belirtilen sürenin sona erdiği tarihin "söz konusu kişiye isnat edilen suçun ilk derece mahkeme tarafından olsa bile sabit bulunduğu tarih" olduğunu vurgular (bkz. Wemhoff-Almanya davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 7, s. 23, paragraf 9).

(Aynı şekilde, Olstowski-Polonya davası kararı, 15 Kasım 2001, Başvuru No. 34052/96, paragraf 67.)

Temyize gidilmesi hâlinde alıkoyma süresiyle ilgili durum ne olacak? Mahkûmiyet kararının verildiği tarih ile bu kararın temyize götürüldüğü ve davanın tekrar incelenmesinin talep edildiği tarih arasında geçen sürenin, alıkoyma süresi olarak dikkate alınacak sürenin dışında değerlendirilmesi gerekir. Bu konu Kudla davasında AIHM tarafından incelenmiştir. Bu davada başvuru sahibi yakalandıktan sonra 4 Ekim 1993 tarihinde hapsedilmiş, daha sonra mahkemeye çıkartılarak 1 Haziran 1995 tarihinde hüküm giymiştir. Başvuru sahibi, kendisi hakkındaki mahkûmiyet kararını temyize götürmüştü, temyiz kararı 22 Şubat 1996 tarihinde verilmiş ve netice itibarıyla başvuru sahibi, yeniden yargılanmak üzere 29 Ekim 1996 tarihinde kefaletle serbest bırakılmıştır (Kudla-Polonya davası, 26 Ekim 2000 tarihli karar, Başvuru No. 30210/96, paragraf 104):

[...] Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrası ile aynı maddenin 1. fıkrada c bendi arasındaki temel bağlantı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bir mahkûmiyet kararı verilen bir kişinin 1. fıkrada c bendi uyarınca "suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunması sebebiyle yetkili merci önüne çıkarılmak üzere" alıkonulmuş olarak değerlendirilemeyeceğini, bu durumdaki bir kişinin 5. Madde 1. fıkrada a bendi uyarınca "yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine" özgürlüğünden mahrum edilmiş olacağını vurgular (örneğin bkz. B.-Avusturya davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 175, s. 14-16, paragraf 36-39). Bu çerçevede, başvuru sahibinin ilk derece mahkeme tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen 1 Haziran 1995 tarihinden, bu mahkûmiyet kararının bozulduğu ve iade-i muhakeme kararı verilen 22 Şubat 1996 tarihine kadar geçen süre boyunca alıkonulması (hapsi), 5. Madde 3. fıkrada hükümleri çerçevesinde değerlendirilemez.

Bu şartlar altında, alıkoyma süresi içinde çeşitli farklı süreler bulunabilmektedir. Aynı davaya ilişkin kararında AİHM ayrıca şu hususları da ifade etmiştir (paragraf 105):

Mahkeme netice itibarıyla, değerlendirilmesi gereken sürenin iki ayrı süreden oluştuğuna karar vermiştir. İlk süre 4 Ekim 1993 ile 1 Haziran 1995 tarihi arasındaki süredir. İkinci süre ise, 22 Şubat ile 29 Ekim 1996 tarihleri arasındaki süredir. Bu sürelerin toplamı, iki yıl dört ay üç gündür.

Benzer bir karar, Vaccaro–İtalya davasında da verilmiştir (16 Kasım 2000, Başvuru No. 41852/98, paragraf 31-33). Alıkoyma süreleri arasında bir dönem kişinin serbest bırakıldığı hallerde, bu sürelerin toplamı hesaplanmalıdır (Bouchet–Fransa davası kararı, 20 Mart 2001, Başvuru No. 33591/96, paragraf 33, karar metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur – aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir):

Dikkate alınacak süre, başvuru sahibinin tutuklanmasına karar verilen tarih olan 8 Ocak 1996 tarihinden, bu şahsın adli gözetim altında serbest bırakıldığı 18 Mart 1996 tarihine kadar geçen süre ile şahsın tekrar gözaltına alındığı tarih olan 26 Mart 1996 ile Ceza Mahkemesi tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilerek bir yıl hapis cezasına çarptırıldığı 3 Temmuz 1997 tarihine kadar geçen süredir. Dolayısıyla toplam alıkoyma (hapis) süresi, onyediyedi gündür.

Alıkoyma süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde AİHM'nin genel yaklaşımı

W–İsviçre davasında (26 Ocak 1993 tarihli karar, Seri A No. 254, s. 15, paragraf 30) çeşitli malî suçlardan hakkında kovuşturma açılmış bir kişi olan başvuru sahibi, dört yıl üç gün süren geçici gözaltı süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmuştur. AİHM, 5. Madde 3. fıkra azamî alıkoyma süresi belirlenmiş olduğu şeklinde bir düşünceyi kabul etmemiştir:

Komisyon'un kanaatine göre 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde azamî bir yargılama öncesi alıkoyma süresi belirlenmiştir. Mahkeme bu görüşte değildir, içtihatlarında da bu doğrultuda bir örnek yoktur. Hattâ Mahkeme'nin içtihatlarına göre söz konusu makul süre teorik olarak değerlendirilemez (bkz. gerekli değişikliklerle, Stögmüller–Avusturya davası kararı, 10 Kasım 1969, Seri A No. 9, s. 40, paragraf 4). Mahkeme'nin 27 Haziran 1968 tarihli Wemhoff–Almanya davası kararında da belirtmiş olduğu şekilde, sanığın süregelen alıkoyma hâlinin makul olup olmadığı, her davanın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir (Seri A No. 7, s. 24, paragraf 10).

Erdem–Almanya davası kararında (5 Temmuz 2001, Başvuru No. 38321/97, paragraf 39, dava metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur – aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir), bu ilkeye atıfta bulunulmakta ve AİHM'nin alıkoyma süresinin makul olup olmadığını değerlendirmedeki yaklaşımı özetlenmektedir:

Mahkeme, alıkoyma süresinin makul olup olmadığını teorik olarak değerlendirilemeyeceğine işaret eder. Sanığın alıkonulma hâlinin devam etmesinin hukuka uygun olup olmadığı, her davanın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir davada alıkoyma hâlinin devamı, masumiyet karînesine rağmen, yalnızca kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyaç olduğuna dair bulguların bireyin özgürlük hakkına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5. Maddesinde tesis edilen kuralın önüne geçtiği durumlarda haklı olacaktır (bkz. diğer davaların yanı sıra, Labita–İtalya [BD] davası kararı, No. 26772/95, paragraf 152 ve daha sonraki paragraflar, ECHR (AİHM) 2000-IV; ayrıca, Kudla-Polonya [BD] davası kararı, No. 30210/96, paragraf 110, ECHR 2000-XI).

Bir davada sanığın geçici olarak alıkonulduğu sürenin makul olma sınırlarını aşmamasını sağlamak aslen ulusal adli mercilerin görevidir. Bu çerçevede, ulusal adli merciler, masumiyet karînesi de dikkate alınarak kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyacın mevcut olduğu ya da olmadığı durumlarda bireysel özgürlük şartına bir istisna getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için tüm koşulları incelemeli ve verecekleri kararlarda gerektiğinde tahliye taleplerini de dikkate almalıdır. Bu kararlarında belirtilen gerekçeler ve sanığın dilekçesinde belirttiği gerçekler çerçevesinde Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasının ihlâl edilip edilmediğini belirlemelidir.

Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair şüphelenmek için makul sebeplerin devam ediyor olması durumu, alıkoyma hâlinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz şartıdır; ancak, bir süre sonra bu da yeterli değildir: Mahkeme'nin bu noktada ulusal adli mercilerin benimsediği diğer gerekçelerin özgürlükten mahrumiyet tedbirini haklı kılmaya devam edip etmediğini tespit etmesi gerekir. Bu gerekçelerin “önemli” ve “yeterli” bulunması hâlinde Mahkeme, yetkili ulusal mercilerin kovuşturmada “özel bir ihtimam” gösterip göstermediğini inceler (bkz. özellikle Tomasi–Fransa davası kararı, 27 Ağustos 1992, Seri A No. 241-A, s. 35, paragraf 84; I.A.–Fransa davası kararı, 23 Eylül 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII, s. 2978-2979, paragraf 102; ayrıca, Amiram Bar–Fransa davası kararı, No. 37863/97, 7 Eylül 1999).

AİHM incelediği çeşitli davalarda, ulusal mahkemelerin alıkoyma tedbirinin sürdürülmesini haklı kılan ya da kılmayan hususları incelerken ne tür bir yaklaşım içinde olması gerektiğine işaret etmiştir. Ulusal mahkemelerin serbest bırakmayı mümkün kılacak unsurları (kefalet, polis gözetimi) dikkate alması gerekir. Jablonski-Polonya

davası kararında (21 Aralık 2000, Başvuru No. 33492/96, paragraf 83-84) AİHM şunları ifade etmiştir:

[...] Mahkeme, 5. Madde 3. fıkra uyarınca, bir kişinin serbest bırakılmasına ya da alıkonulmasına karar verirken ulusal mercilerin, bu kişinin mahkemede hazır bulunmasını sağlamak için alternatif tedbirleri de dikkate alması gerektiğini müşahade etmiştir. Hattâ bu madde hükümlerinde yalnızca “makul bir süre içinde yargılanma ve adli kovuşturma esnasında serbest bırakılma” hakkına değil, aynı zamanda “saliverilmenin ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilecek” olduğuna da değinilmektedir (bkz. gerekli değişikliklerle, Neumeister–Avusturya davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 8, s. 3, paragraf 3).

Bu madde hükümleri, adli mercilere sanığı makul bir süre içinde mahkemeye çıkartmak ile teminata bile bağlı olsa şartlı tahliye imkânı sağlamak arasında bir seçenek sunmamaktadır. Hüküm giyene kadar sanığın masum addedilmesi gerekir; ayrıca 5. Madde 3. fıkra uyarınca sanığın, alıkonulması makul olmaktan çıktığı an geçici olarak saliverilmesi esastır (bkz. yukarıda belirtilen Neumeister davası kararı, paragraf 4).

Mevcut davanın şartları dikkate alındığında Mahkeme, başvuru sahibinin yargılama esnasında birkaç yıl alıkonulmuş olmasında bu şahıs için, Polonya kanunlarında açıkça belirtildiği şekilde ceza kovuşturmasının selâmeti açısından öngörülen diğer “önleyici tedbirler”in (kefalet ya da polis gözetimi gibi) dikkate alınmamış olduğunu müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 60. paragraf).

Kuralın uygulanmasına ilişkin örnekler

Alıkoyma süresinin makul olup olmadığını belirlerken AİHM daima bütünsel bir yaklaşım içinde olur. Karar örnekleri her zaman AİHM'nin gerekçelerinin bütünlüğünü yansıtmayabilir. Yine de AİHM'nin global yaklaşımı konusunda karar örnekleri bir fikir vermektedir.

Alıkoyma süresiyle ilgili örnekler

AİHM çeşitli davalarda, alıkoyma uygulamasının dört yıldan uzun sürmesinin ancak belirli şartlardan kaynaklanabileceğine işaret etmiştir: örneğin bkz. Richet–Fransa davası kararı, 13 Şubat 2001, Başvuru No. 34947/97, paragraf 60, dava metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur, aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir):

[...] dört yıl sekiz aydan uzun süren bir geçici alıkoyma uygulaması ancak özelikle bu tedbiri gerektiren âcil şartlar olması hâlinde haklı olacaktır.

Bir küçüğün yaklaşık iki yıl boyunca alıkonulduğu Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davasına ilişkin kararında AIHM aşağıdaki ifadeyi kullanmıştır (28 Ekim 1998, Başvuru No. 24760/94, paragraf 156-158):

Mahkeme, 28 Temmuz 1995 tarihinde Bay Assenov'un onaltı ya da daha fazla sayıda hırsızlık ve soygunla suçlandığını ve isnat edilen soygun suçlarının bir miktar şiddet de ihtiva ettiğini müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 33. paragraf). Her ne kadar Bay Assenov öncelikle Ocak 1995 tarihinde cereyan eden bir dizi hırsızlık vakasıyla ilgili olarak yürütülen soruşturma kapsamında sorgulanmış olsa da (bkz. yukarıdaki 32. paragraf) kendisine isnat edilen suçların bir bölümü daha sonra işlenmiştir. Son soygun vakası 24 Temmuz tarihinde, yakalanmasından üç gün önce cereyan etmiştir.

Bu şartlar altında Mahkeme, ulusal mercilerin başvuru sahibinin serbest bırakılması hâlinde tekrar suç işleyebileceği şeklindeki endişelerinin haklı olduğunu düşünmektedir.

Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin yaşının küçük olduğunu (reşit olmadığını) ve bu sebeple, Bulgaristan kanunlarına göre yalnızca istisnâî koşullarda tutuklu olarak alıkonulabileceğini (bkz. yukarıdaki 69. paragraf) de dikkate almaktadır. Dolayısıyla, ulusal mercilerin, söz konusu şahsın makul bir süre içinde mahkemeye çıkartılmasını sağlamada özel bir ihtimam göstermesi her zamankinden daha fazla önem taşımaktadır.

Davalı Devlet, dava dosyasının yargılama aşamasına gelmesinin iki yıldan uzun sürdüğünü, zira bu davanın özellikle karmaşık bir dava olduğunu ve uzun bir soruşturma gerektirdiğini beyan etmiştir. Ancak, Mahkeme'nin elindeki bilgiler ışığında, bu süre içinde Eylül 1995 ilâ Eylül 1996 arasındaki bir yıllık süre boyunca soruşturmaya ilgili hiçbir işlem yapılmadığı anlaşılmaktadır: bu tarihler arasında hiçbir yeni delil toplanmamış ve Bay Assenov bu süre zarfında yalnızca bir kez 21 Mart 1996 tarihinde sorgulanmıştır (bkz. yukarıdaki 34. ve 42. paragraflar). Ayrıca, özgürlük hakkının taşıdığı önem ile örneğin, her seferinde ilgili makama evrakın aslının gönderilmesi yerine bu evrakın bir nüshasının alınarak iletilmesi gibi imkânların mevcut olması sebebiyle, başvuru sahibinin pek çok kez saliverilmesi isteminde bulunmuş olması, soruşturmayı kesintiye uğratmamalı ve bu şahsın yargılanmasını geciktirmemeliydi (bkz. yukarıda belirtilen Toth davası kararı, s. 21, paragraf 77).

Bu çerçevede Mahkeme, 5. Madde 3. fıkra hükümleri ihlâl edilerek Bay Assenov'un "makul bir süre içinde yargılanmadığını" tespit etmiştir.

Alıkoyma uygulamasını devam ettirme gerekçeleri

Bu çerçevede iki tür gerekçe üzerinde durmakla yetineceğiz.

Öncelikle, alıkoyma hâlinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz şartı olarak alıkonulan kişiden şüphelenmek için makul gerekçelerin devam ediyor olması durumunu inceleyeceğiz. Bir pentito (itirafçı bir suçlu) tarafından suça bulaştırılan bir kişinin söz konusu olduğu Labita–İtalya davasında (6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 26772/95, paragraf 156-161) AİHM şu hükme varmıştır:

Ancak, makul bir şüphe olması için, tarafsız bir gözlemcinin ilgili kişinin bir suç işlemiş olduğu kanaatine varmasını sağlayacak bulgu ya da bilgilerin mevcut olması gerekir (bkz. yukarıda belirtilen Erdagöz davası kararı, s. 2314, paragraf 51'in tamamı; ayrıca Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davası kararı, 30 Ağustos 1990, Seri A No. 182, s. 16-17, paragraf 32).

Mevcut davada başvuru sahibi aleyhindeki iddialar tek bir kaynaktan iletilmiştir: 1992 yılında bir pentito (itirafçı), başvuru sahibinin mafya tipi bir örgütün saymanlığını yaptığını dolaylı yollardan öğrenmiş olduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıdaki 10. paragraf). İlgili mercilere göre, Mayıs 1992 tarihinde bu ifadeler başvuru sahibinin alıkonulmasını haklı kılan yeterli delil teşkil etmekteydi [...].

Mahkeme, İtalyan makamlarının mafya ile mücadelesinde pentiti'nin (itirafçılar) işbirliğinin son derece önemli bir silâh olduğu gerçeğinin bilincindedir. Ancak, pentiti'nin kullandığı ifadeler, özellikleri itibarıyla manipülasyona açık olduğu ve yalnızca, İtalyan kanunlarının pentiti'ye sağladığı avantajları elde etmeye ya da kişisel olarak intikam almaya yönelik olarak kullanılmış olabilmesi sebebiyle çeşitli problemler de ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, bu tür ifadelerin zaman zaman muğlak özellikte olması ve bir kişinin doğrulanmamış ve mutlak surette tarafsız olmayan iddialara dayanarak suçlanabileceği ve yakalanabileceğine yönelik risk de gözardı edilmemelidir (bkz. Contrada–İtalya davası kararı, Başvuru No. 27143/95, 14 Ocak 1997 tarihli Komisyon kararı, *Decisions and Reports* 88-B, s. 112).

Bu sebeplerden ötürü, ulusal mahkemelerin de kabul ettiği şekilde, pentiti'nin ifadesi diğer delillerle desteklenmelidir. Ayrıca, ikinci ağız ifadelerin objektif delillerle desteklenmesi de gerekir.

Bu durum, Mahkeme'nin görüşüne göre, özellikle, yargılama devam ederken alıkoyma uygulamasının devamına ilişkin bir karar verileceği hallerde geçerlidir. Kovuşturmanın başlangıcında şüpheli bir kişinin pentiti'nin ifadeleri doğrultusunda haklı bir şekilde alıkonulduğu hallerde, özellikle soruşturma

süresince başka bir delil bulunamadıysa bu tür bir ifadenin zaman geçtikçe önemi azalacaktır.

Mevcut davada Mahkeme, Trapani Bölge Mahkemesi ile Palermo Temyiz Mahkemesinin de başvuru sahibinin beraati doğrultusundaki kararlarında teyit etmiş oldukları üzere, B.F. isimli şahsın ikinci ağız ifadesini destekleyecek başka bir delil bulunmadığını müşahade etmiştir. Tam tersine, B.F.'nin asıl ve dolaylı bilgi kaynağı 1989 yılında ölmüş ve B.F. sorgulanmasından önce bu bilgileri bu sefer de sorgulanmadan öldürülen bir başka şahıstan edinmiştir. Ayrıca, B.F.'nin ifadesi soruşturma sırasında başvuru sahibini tanımadıklarını söyleyen diğer pentiti'ler tarafından da yalanlanmıştır (bkz. yukarıdaki 18. paragraf).

Bu şartlar altında, başvuru sahibinin uzun süre (iki yıl yedi ay) alıkonulmasının 5. Madde 3. fıkra uyarınca haklı olabilmesi için son derece zaruri koşulların bulunması gerekirdi.

Alıkonulan kişinin kaçma riskini ele almayacağız. Bebboub kod adlı Husein Ali-Fransa davasında (9 Kasım 1999 tarihli karar, Başvuru No. 37786/97, paragraf 41-42, karar metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur – aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir) AİHM, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir. Bu davada AİHM şu karara varmıştır:

Başvuru sahibinin geçici olarak alıkonulmasına ilişkin kararlarında yetkili mahkemeler, başvuru sahibinin serbest bırakılması hâlinde kaçma ihtimâlinin bulunduğunu dikkate almışlardır. Yetkili mahkemeler bu kararlarında esasen başvuru sahibinin Fransa'da sabit bir ikamet adresi ve herhangi bir gelir kaynağı bulunmadığını ve bu şahsın sahte evrak tertip ederek yasadışı bir konumda bulunmakta olduğunu dikkate almışlardır. Bu doğrultuda verilmiş 23 Temmuz 1996, 15 Kasım 1996 ve 25 Temmuz 1997 tarihli Paris Temyiz Mahkemesi Savcılık Makamı kararları mevcuttur. Kuşkusuz, bu tür şartlar kaçma riski bulunduğuna işaret etmektedir. Ancak Mahkeme, bu tür bir tehlikenin zaman içinde azaldığı anda (Neumeister–Avusturya davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 8, s. 39, paragraf 10), adli mercilerin üç yıldan daha uzun bir süre söz konusu şahıs alıkonulmuş olmasına rağmen bu tür bir tehlikenin hangi sebeplerden ötürü devam ettiğini değerlendirmemiş olduğunu dikkate alır.

Mahkeme ayrıca, 25 Temmuz 1997 tarihli kararda yargı denetiminin yetersizliğine işaret edilmiş olduğunu ve başvuru sahibinin serbest bırakılması hâlinde mahkemeye gelmesine ilişkin yeterli güvenceleri sağlayıp sağlayamadığı konusunun da dikkate alındığını tespit etmiştir. Ancak Mahkeme, bu kararda da herhangi bir gerekçe bulunmadığını müşahade etmiştir. Daha sonra alınan kararlarda da bu tür bir gerekçe bulunmamaktadır.

(AİHM'nin, her ne kadar kovuşturmanın çeşitli aşamaları çok uzun sürmüş olsa da kaçma tehlikesi bulunduğu dair yeterli gerekçelerin mevcut olduğunu tespit ettiği ve alıkoyma uygulamasının üç yıl üç ay sürdüğü bir dava örneği olarak bkz. Cesky-Çek Cumhuriyeti davası kararı, 6 Haziran 2000, paragraf 79.)

Son olarak, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde alıkonulan bir kişinin sağlık durumu gerekçesiyle serbest bırakılması gerektiğine dair bir şart getirilmemiştir (Jablonski-Polonya davası kararı, 21 Aralık 2000, Başvuru No. 33492/96, paragraf 82):

Başvuru sahibi, mahkemelerin kendisini serbest bırakması gerektiğini, zira sağlık durumunun kötü olduğunu ve alıkonulduğu süre zarfında daha da ağırlaşmış olduğunu beyan etmiştir. Ancak Mahkeme, bu noktada, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde ulusal mahkemelerin alıkonulan bir kişiyi sağlık sebebi ile serbest bırakmak zorunda olduğuna dair bir şart getirilmemiş olduğuna işaret eder. Gözaltındaki bir kişinin durumunun alıkonulma hâlinin devam etmesi açısından uygun olup olmadığına aslen ulusal mahkemeler karar vermelidir; Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. Maddesi çerçevesinde verdiği hükme göre, bu mahkemeler genel anlamda alıkonulan kişinin sağlık durumu sebebi ile serbest bırakılmasına ya da tıbbî tedavi görmesi için bir devlet hastanesine yatırılmasına ilişkin bir karar vermek zorunda değildir (bkz. yukarıda belirtilen Kudla-Polonya davası kararı, paragraf 93).

Karar özetlerinden yapılan alıntılar çerçevesinde, AİHM'nin ulusal mahkemeler tarafından alıkoyma uygulamasına ilişkin olarak ileri sürülen gerekçeleri değerlendirme şeklini incelemek gerekir.

AİHM'nin ulusal mahkemelerin kararlarını değerlendirmesi

Ulusal mahkemelerin belirttiği gerekçelerin net olmamasıyla ilgili olarak AİHM'nin Labita-İtalya davasında verdiği karara (6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 26772/95, paragraf 162-164) atıfta bulunulabilir:

Ulusal mahkemeler, sanığın tehlikeli bir kişi olması, davanın karmaşıklığı ve soruşturma koşulları sebebiyle tanıklara baskı yapılabileceği ve delillerin değiştirilebileceği riskine değinmişlerdir. [...]

Mahkeme, ilgili kararlarda belirtilen gerekçelerin, en azından başlangıç olarak son derece genel gerekçeler olduğunu müşahade etmiştir. Adli merciler, mahkumları genel olarak değerlendirmiş ve suçun yalnızca soyut vasıflarına değinmişlerdir. İtibar edilen risklerin gerçekten mevcut olduğunu gösteren bir hususa işaret etmemişler ve sabıka kaydı bulunmayan ve mafya tipi bir örgütte önemsiz bir görevi olduğu söylenen (savcı bu davada üç yıl hapis isteminde bulunmuştur) başvuru sahibinin bir tehlike arzettiğini kanıtlayamamışlardır. Ayrıca, başvuru sahibine yöneltilen suçlamaların zaman içinde

güçlenmek yerine giderek zayıflayan delillere dayandığı gerçeği de hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır.

Bu çerçevede Mahkeme, ulusal mercilerin itiraz edilen kararlarının, başvuru sahibinin iki yıl yedi ay boyunca alıkonulmasını haklı kılmakta yeterli olmadığı hükmüne varmıştır.

L.A.–Fransa davasında (23 Eylül 1998 tarihli karar, Başvuru No. 28213/95, paragraf 108) AİHM, soruşturma esnasında alıkoyma uygulamasının devamına ilişkin bir gerekçe temin etmedeki tutarsızlığa işaret etmiştir:

Mahkeme, bazı davalarda hakkında soruşturma yürütülen bir kişinin güvenliği gereği en azından bir süre alıkonulması gerekebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum, yalnızca istisnâ koşullarda, söz konusu suçların vasıfları, bu suçların işlendiği şartlar ve hangi durumda vuku bulduklarına bağlı olarak geçerli olabilir.

Mevcut davada bu gerekçe, 9 Aralık 1991 tarihli kararda ifade edilmiş, ancak 16 Haziran 1992 tarihli kararda yer almamıştır: daha sonra 14 Eylül, 17 Kasım ve 4 Aralık 1992 tarihli kararlarda bu gerekçe tekrarlanmış ancak 13 Ocak 1993 tarihli karara dahil edilmemiştir. Gerekçe 5 Mart ve 2 Nisan 1993 tarihli kararlarda tekrar belirtilmesine rağmen daha sonra 21 Nisan, 10 Mayıs ve 4, 18 ve 25 Haziran 1993 tarihli kararlarda belirtilmemiştir. Daha sonra 9 Temmuz 1993 tarihli kararda yer almasına rağmen 23 Temmuz 1993 tarihli karara dahil edilmemiş, ancak 13 Ağustos ve 5 Kasım 1993 tarihleri arasında verilen yedi kararda tekrar belirtilmiştir. Ayrıca 22 ve 23 Kasım ve 10 Aralık 1993 tarihli kararlarda belirtilmemesine rağmen 17 Aralık 1993 tarihli kararda yer almıştır. 7 Ocak 1994 tarihli kararda da gerekçe bulunmamaktadır; ancak, 21 Ocak ve 4, 14 ve 22 Şubat 1994 tarihli kararlarda bu gerekçe tekrar belirtilmiştir. 4 ve 11 Mart tarihli kararlarda bu gerekçeye yer verilmemiş olmasına rağmen 18 Mart 1994 tarihli kararda bu gerekçe tekrar ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla, adli merciler tarafından kesintili olarak belirtilen bu gerekçeye göre başvuru sahibini tehdit eden tehlikeler sanki bir ortaya çıkmış, bir ortadan kaybolmuş gibidir.

Ayrıca, başvuru sahibinin hangi sebepten ötürü korunması gerektiğine ilişkin unsurlara değinilen birkaç kararda (9 Aralık 1991 ve 4 Aralık 1992 tarihli kararlar) “mağdurun ailesinin intikam saldırısı” ya da “misilleme”de bulunması riski ya da başvuru sahibi tarafından belirtilen “sıklıkla barbarca olabilen ve âdil olmayan [Lübnan] örfler(i)”ne ilişkin “korku” (14 Eylül ve 17 Kasım 1992 tarihli kararlar) değinilmektedir. Bu kararlarda özellikle, mağdurun neredeyse

tüm aile fertlerinin Lübnan'da yaşamakta olması sebebiyle, bu tür bir ihtiyacın nerede doğmuş olduğuna işaret edilmemiştir.

Erdem–Almanya davası kararında AİHM, alıkoyma uygulamasının sürdürülmesine ilişkin olarak gerekçelerin bariz bir şekilde birbirinin tekrarı olması konusunu vurgulamıştır (5 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 38321/97, paragraf 43-45, karar metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur – aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir):

Başvuru sahibine isnat edilen suçların ağırlığı ve bu şahıs hakkındaki şüphelerin devam ediyor olmasıyla ilgili olarak Mahkeme, başvuru sahibinin geçici alıkonulma süresinin uzatılması doğrultusundaki ulusal mahkeme kararlarında belirtilen gerekçenin, bu şahıs hakkında cinayet şüphesi değil yalnızca azamî on yıl hapis cezası gerektiren bir terör örgütü mensubu olduğuna dair şüphenin devam etmesine değinildiğini müşahade etmiştir; ayrıca, başvuru sahibi daha sonra terör örgütü mensubu olmaktan hüküm giymiş ve altı yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Dolayısıyla, başvuru sahibinin geçici olarak alıkonulmasına ilişkin tedbir hapis cezasıyla da örtüşmüştür.

Kaçma riskiyle ilgili olarak Mahkeme, başvuru sahibinin yabancı uyruklu olması, Almanya'da hiçbir kişisel ilişkisi ya da ikameti bulunmaması ve sık sık Ortadoğu ve Fransa'ya seyahat ediyor olması (bkz. yukarıdaki 17. paragraf) sebebiyle, yetkili ulusal mahkemelerin meşru olarak bu tür bir risk bulunduğuna kâni olabileceğini dikkate almıştır. Ancak Mahkeme, bu gerekçeler her ne kadar en azından alıkoyma uygulamasının başlangıcında önemli olsa da bu gerekçelerin söz konusu kişinin bu kadar uzun bir süre özgürlüğünden mahrum edilmesini haklı kılmakta yetersiz olduğu kanaatinde dir.

Ayrıca, ulusal mahkemeler, neredeyse harfiyen daha önce belirtilen gerekçeleri sıralamış ve başvuru sahibinin alıkonulması hâlinin devam ettirilmesini haklı kılan herhangi yeni bir unsura da değinmemişlerdir.

Son olarak, alıkoyma dışındaki bir tedbirin yetersiz olacağına dair gerekçelerin belirtilmesi ihtiyacıyla ilgili olarak Kreps-Polonya davası kararına (26 Temmuz 2001, Başvuru No. 34097/96, paragraf 43) değinmek gerekir:

Mahkeme, mevcut davada ilgili adli mercilerin başvuru sahibinin alıkonulma hâlinin devam ettirilmesiyle ilgili olarak iki temel gerekçeye, kendisine isnat edilen suçların ağır vasıfta olması ile şahıs hakkındaki kovuşturmanın selâmetle yürütülmesi hususlarına itibar etmiş olduklarını müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 17-18. ve 22. paragraflar).

Mahkeme, başvuru sahibi hakkındaki, kendisine isnat edildiği şekilde ağır suç işlediğine dair şüphelerin, başlangıçta bu şahsın alıkonulmasını haklı kılmış olabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin neredeyse dört yıl boyunca gözaltında tutulmuş olmasıyla ilgili olarak bu şüphelerin “önemli ve yeterli” olduğunu kabul edemez.

Kovuşturmanın sürdürülmesini sağlama ihtiyacı ile ilgili olarak Mahkeme, bu mülâhazayı tekrar eden mercilerin, serbest bırakıldığı takdirde başvuru sahibinin fiziken, adâletten ya da çarptırıldığı cezayı çekmekten kaçabileceği ya da yargılamanın selâmetine başka bir şekilde zarar verebileceğine (bkz. yukarıdaki 17-18., 22. ve 25. paragraflar) dair tek bir koşula bile değinmemiş olduklarını müşahade etmiştir.

Bu çerçevede Mahkeme, Bölge Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesinin, ceza yargılamasının selâmetini temin etmeye ilişkin olarak Polonya kanunlarında açıkça belirtildiği şekilde, başvuru sahibinin mahkemeye çıkarılmasını sağlamaya yönelik olarak kefalet ya da polis gözetimine tâbi olarak serbest bırakılması (bkz. yukarıdaki 33. paragraf) gibi diğer olası güvenceleri dikkate almadıklarını müşahade etmiştir. Ulusal mahkemeler ayrıca, bu tür alternatif tedbirlerin başvuru sahibinin serbest bırakılması hâlinde mahkemeye çıkarılmasını sağlayıp sağlayamayacağı, sağlayamıyorsa da hangi sebeplerden ötürü şahsın yargılanmasına halel getirebileceğine değinmemişlerdir.

Dolayısıyla Mahkeme, başvuru sahibinin alıkonulmasına ilişkin olarak belirtilen gerekçelerin 5. Madde 3. fıkra hükümleri uyarınca “yeterli” ve “önemli” olduğuna kâni değildir.

AİHM'nin ulusal mercilerin gösterdiği titizliği değerlendirmesi

AİHM, çeşitli davalarda, kovuşturmada gösterilmesi gereken titizlik konusuna da değinmiştir (Erdem–Almanya davası kararı, 5 Temmuz 2001, Başvuru No. 38321/97, paragraf 46, karar metni yalnızca Fransızca lisanında mevcuttur – aşağıdaki İngilizce metin resmî olmayan tercümedir):

Kovuşturmanın yürütülmesiyle ilgili olarak Mahkeme, alıkonulan bir sanığın dosyasının incelenmesi hakkının kullanılmasında gösterilecek süratin, adli yetkililerin görevlerini istenilen titizlikle sürdürme doğrultusundaki çabalarına halel getirmemesi gerektiğinin bilincindedir (yukarıda belirtilen Tomasi davası kararı, paragraf 102).

Bu çerçevede AİHM, mafya ile ilgili olarak yürütülen soruşturmanın başvuru sahibinin iki yıl yedi ay süreyle alıkonulmasıyla neticelendiği Contrada–İtalya davasında bu soruşturmanın yeterli titizlikle sürdürüldüğüne karar vermiştir (Contrada–İtalya

davası kararı, 24 Ağustos 1998, Başvuru No. 27143/95, *Reports* 1998-V, paragraf 66-68):

Mahkeme, Bay Contrada'nın kovuşturma devam ederken, yaklaşık on dört aylık bölümü soruşturma esnasında ve geri kalan bölümü de mahkeme tarafından yargılanması esnasında olmak üzere iki yıl yedi ay yedi gün boyunca alıkonulmuş olduğunu müşahade etmiştir (bkz. yukarıdaki 53. paragraf). Mahkeme, Savcılık makamının soruşturma sırasında, pentiti'nin (itirafçılar) ifadelerinin en ufak ayrıntısına kadar incelenmesi, pek çok delil toplanması, özellikle mafya ile mücadeleye katılan polis memurları ve hâkimler gibi tanıkların ifadelerinin alınması ve uluslararası adli yardım temini gibi oldukça karmaşık işlemler yürütmek zorunda kaldığına işaret eder. Kovuşturmanın bu aşamasında başvuru sahibi, diğer pentiti'ler tarafından da suçlanmış, bu durum da soruşturmaya ilgili ilâve tedbirlerin alınmasını gerektirmiştir. Sonuç olarak davaya bakan ilk derece mahkemede, 250 kadar tanığın ve başvuru sahibine isnat edilen suçlarla bağlantılı olarak yargılanan kişinin ifadesi alınmıştır. Yedi pentiti, güvenlik sebebiyle alıkonulmakta oldukları Roma ve Padua hapisanelerinde sorgulanmışlardır. Üç adet yüzleştirme operasyonu gerçekleştirilmiştir. 4 Kasım ve 29 Aralık 1994 tarihleri arasında tam on üç duruşma boyunca başvuru sahibinin ifadesi alınmıştır (bkz. yukarıdaki 32. paragraf).

Alıkonulan bir sanığın davasının süratle görülmesi hakkı, mahkemelerin görevlerini gerekli titizlikle ifa etmeleri doğrultusundaki çabalarını engellememelidir (bkz. yukarıda belirtilen W. – İsviçre davası kararı, s. 19, paragraf 42). Mevcut davada, daha önce gerçekleştirilebilecek ya da gerçekleştirilmiş olması gereken Bay Contrada'nın cep telefonlarına ilişkin bilgilerin incelenmesi işlemi ve ilk derece mahkemenin 31 Mart 1995 tarihinde belirttiği aşırı iş yükü dışında (bkz. yukarıdaki 23. ve 26. paragraflar) Mahkeme, özellikle yargılama sırasındaki azamî alıkoyma süresinin uzatılması için mahkemenin duruşma sayısının artırılmasını teklif ettiği ancak bu teklifin savunma tarafınca reddedildiği (bkz. yukarıdaki 32. paragraf) dikkate alınacak olursa, ilgili ulusal mercilerin kovuşturmayı yürütmeleriyle ilgili olarak eleştirilmeleri için herhangi bir sebep bulunmadığını tespit etmiştir.

Ayrıca, her ne kadar tanıkların ifadelerinin alınması ve yüzleştirme türünde soruşturma tedbirlerine ceza davalarında istisnâ olarak itibar edilse de mafya mensubu olduğu varsayılan kişilerin ya da mevcut davada olduğu gibi bu tür bir örgütü Devlet kurumları bünyesinden desteklediğinden şüphelenilen kişilerin yargılanmasının özellikle hassas ve karmaşık mahiyette olduğunun unutulmaması gerekir. Katı hiyerarşik yapısı ve son derece katı kurallar uygulaması,

ayrıca sessizlik kuralı çerçevesinde muazzam bir caydırıcı güce sahip olması ile mensuplarının teşhis edilmesinde yaşanan güçlükler çerçevesinde mafya, toplumsal yaşamı doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyebilecek ve kurumlara sızabilecek kriminal bir muhalif gücü temsil etmektedir. Bu sebeplerden ötürü, “örgüt”ün eski “mensupları”nın sağladığı bilgilerle çökertilebilmesi için bu denli detaylı bir soruşturmaya ihtiyaç vardır.

[...] Bu şartlar çerçevesinde Mahkeme, bu davaya bakan mercilerin, söz konusu alıkoyma uygulamasını önemli ve yeterli gerekçelere dayandırdığına ve kovuşturmayı geciktirmeksizin yürüttüklerine karar vermiştir.

Dolayısıyla, 5. Madde 3. fıkra hükümleri ihlâl edilmemiştir.

AIHM ayrıca, çeşitli davalarda kovuşturmanın süratle yapılmadığını da tespit etmiştir. Örneğin, ulusal mahkemenin davayı karara bağlaması ile dava dosyasının yeniden incelenmesi arasında geçen on aylık bir sürenin 5. Madde 3. fıkra hükümlerinde belirtilen sürat şartını yerine getirmediğine karar verilmiştir (Punzelt-Çek Cumhuriyeti davası kararı, 25 Nisan 2000, Başvuru No. 31315/96, paragraf 81-83):

Ulusal mercilerin kovuşturmayı yürütmesiyle ilgili olarak Mahkeme, özellikle, iddianamenin hazırlanması ile 28 Haziran 1994 tarihinde Şehir Mahkemesi huzurunda ilk duruşmanın yapılması arasında sekiz aydan uzun bir süre geçmiş olduğuna işaret eder. Bu süre, Şehir Mahkemesinin başvuru sahibinin ilâve delillere ilişkin olarak birkaç kez ilettiği taleplerini incelemek durumunda kaldığı, ancak yine de soruşturmanın sonunda söz konusu kişinin bu çerçevede başka önerisi olmadığını açıkça beyan etmiş olduğu dikkate alındığında bu şekilde aşırı uzun görünmemektedir.

Ancak, daha sonra Şehir Mahkemesi, ilâve delil toplanması için üç duruşmayı ertelemiştir. Sonuç olarak mahkeme ilk kararını altı aylık bir süre daha geçtikten sonra vermiştir.

Daha sonra Yargıtay, mahkemenin 10 Ocak 1995 tarihli kararını, Şehir Mahkemesinin davanın tüm şartlarını tespit etmemiş ve dikkate almamış olduğu, kanunu yanlış uygulamış olduğu ve verdiği hükmün sarih olmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Yüksek Mahkemenin kovuşturmayı hızlandırma doğrultusunda müdahalesine rağmen Şehir Mahkemesi, ikinci kararını ancak ilk kararı bozulduktan on ay sonra, 16 Ocak 1996 tarihinde vermiştir.

Bu şartlar altında Mahkeme, kovuşturma esnasında “özel titizlik” gösterilmediğini tespit etmiştir.

Bu çerçevede, başvuru sahibinin tutuklu olarak uzun süre alıkonulmuş olması sebebiyle Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkra hükümleri ihlâl edilmiştir.

4. Salıvermeye ilişkin, özellikle de kefalet miktarının tayinine dair düşünceler

Iwanczuk-Polonya davası kararında (15 Kasım 2001, Başvuru No. 25196/94, paragraf 66-70), gerekli güvencelerin temin edilmesi ve bununla ilgili usullere ilişkin ilkelere değinilmiştir:

Mahkeme, içtihadı uyarınca, kefalet miktarının “aslen ilgili kişi, bu kişinin mal varlığı [...], bir başka deyişle, bu kişiyi mahkemeye gelmemesi hâlinde kayba uğrayacağı miktarın kaçmaya ilişkin bir istek duymaktan caydırmaya yetecek ölçüde bir teminat çerçevesinde değerlendirildiği”ni vurgular (bkz. Neumeister–Avusturya davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A, s. 40, paragraf 14). Adli mercilerin kefaletle salıvermeye hazır olduklarını beyan ettikleri sanığın, tespit edilecek kefalet miktarına ilişkin olarak gerekirse kontrol edilebilecek şekilde yeterli bilgileri samimî bir şekilde temin etmesi gerekir. Sözleşme'nin 5. Maddesinde güvence altına alınmış olan bireyin temel özgürlük hakkı söz konusu olduğunda yetkili mercilerin, sanığın alıkonulma hâlinin sürdürülmesinin gerekli olup olmadığını kararlaştırırken de uygun kefalet miktarını belirlemede olduğu kadar titizlik göstermesi gerekir (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No. 8339/78, 11 Aralık 1980 tarihli rapor, Decisions and Reports 23, s. 137).

Mevcut davada Mahkeme, Wrocław Bölge Mahkemesinin 21 Aralık 1993 tarihinde başvuru sahibini kefaletle serbest bırakmaya karar verdiğini müşahade etmiştir. Tespit edilen kefalet miktarı, 2,000,000,000 (eski) zlotys'dir (eski Polonya para birimi). Temyiz Mahkemesi daha sonra, bu kefaletin tahvil olarak ya da başvuru sahibinin gayrimenkulüne ipotek konulması yoluyla temin edilmesine ilişkin herhangi bir engel bulunmadığını da tespit ederek bu kefalet miktarını onamıştır. 18 Ocak 1994 tarihinde Bölge Mahkemesi, kefalet miktarını 1,500,000,000 (eski) zlotys'e indirmiştir. Başvuru sahibi daha sonra, kefaletin gayri menkul ipotegi şeklinde temin edilmesi talebinde bulunmuş ve mülkünün değerine dair bilirkişi raporu ibraz etmiştir. Daha sonra çeşitli kararlar neticesinde, kefalet miktarı ve bu kefaletin ödeme şekli değiştirilmiştir. Netice itibarıyla Nisan ayında, kefaletin nakit olarak 100,000,000 (eski) zlotys ve 750 milyon tutarında ipotek olarak ödenmesi kabul edilmiştir. Başvuru sahibi, kefalet miktarının tamamını ödemesini takiben, salıverilmesine ilişkin kararın verilmesinden dört ay ondört gün sonra 5 Mayıs 1994 tarihinde serbest bırakılmıştır.

Mahkeme, Wrocław Bölge Mahkemesinin 21 Aralık 1993 tarihli kararında da işaret edildiği şekilde, yetkili mercilerin Aralık 1993 tarihinde tespit etmiş oldukları üzere, başvuru sahibinin bu şekilde serbest bırakılmasının kovuşturmanın daha sonraki aşamalarını tehlikeye atmayacağını müşahade etmiş

olduklarına işaret eder. Buna rağmen başvuru sahibi, bu tarihe kadar kefalet miktarı ve şekline ilişkin kararların birkaç kez değiştirilmesi sebebiyle, ancak Mayıs 1994 tarihinde serbest bırakılabilmektedir.

Mahkeme, başvuru sahibinin mal varlığına ilişkin bilgileri temin etme yükümlülüğünü en kısa süre içinde yerine getirdiğine işaret eder. Ulusal mahkemelerin değiştirdiği şey, yalnızca ödenecek asıl kefalet miktarıdır. Ancak asıl zorluk, kefaletin nakit olarak mı, devlet tahvili olarak mı ya da başvuru sahibinin gayri menkulünün ipotek edilmesi yoluyla mı ödeneceği konusunda, yani kefaletin şeklinin belirlenmesinde yaşanmıştır. Yetkili mercilerin bir noktada, başvuru sahibinin söz konusu mülk üzerindeki sıfatını sorgulamaksızın kefaletin ipotek şeklinde ödenmesi talebini reddetmiş olduklarını da dikkate almak gerekir. Bu durum, Mahkeme'nin görüşüne göre, yetkili mercilerin kefaletin, başvuru sahibinin mahkemeye gelmemesi hâlinde bu şahsın mal varlığına el konulabilmesi için çeşitli işlemlerin gerçekleştirilmesini gerektirecek şekilde ödenmesi konusunda sessiz kaldıklarını göstermektedir. Mahkeme'nin kanaatine göre bu durum, zaten yetkili adli mercinin verdiği kararda gereksiz olduğu belirtilen bir şekilde başvuru sahibinin dört ay boyunca tutuklu olarak alıkonulmasında yeterli bir gerekçe olarak değerlendirilemez.

Kefaletin miktarı ve ödenme şekline ilişkin işlemlerin dört ay ondört gün gibi uzun bir zaman almış olması ve bu süre zarfında, daha fazla alıkonulmasının gereksiz olduğuna dair karar verilmesinden sonra başvuru sahibinin alıkonulmasının sürdürülmüş olması, ayrıca yetkili merciler tarafından kefaletin ödenme şeklinin defalarca değiştirilmesini haklı kılacak hiçbir yeterli gerekçenin temin edilmemiş olması çerçevesinde Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasının ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

5. Madde, 4. fıkra
– Alıkoyma uygula-
lamasına ilişkin
dava açma hakkı

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası hükümleri şu şekildedir:

4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi hâlinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

1. Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasının yeri ve bu hükümlerin aynı madde 1. ve 3. fıkra hükümleriyle ilişkisi

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasının 5. Madde kapsamında özerk bir yeri ve rolü bulunmaktadır. Bu fıkra hükümleri pek çok durumda, özellikle de aynı maddenin 1. ve 3. fıkrasıyla birlikte uygulanır.

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası ile bu fıkra hükümlerinin 5. Madde 1. fıkra ile ilişkisi

Bir başka ülkeye iade işlemiyle ilgili Kolampar–Belçika davasında (24 Eylül 1992 tarihli karar, Başvuru No. 11613/85, Seri A No. 235-C, paragraf 45) AİHM şu karara varmıştır:

Mahkeme'nin 5. Madde 1. fıkra hükümleri ihlâli bulmamış olması gerçeği tek başına, 4. fıkraya riayet edilip edilmediğinin incelenmesine gerek olmadığı anlamına gelmez; iki fıkra hükümleri birbirinden ayrıdır ve bir önceki fıkra hükümlerine riayet edilmesi, diğerine de riayet edildiği anlamına gelmez (ör. bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davası kararı, 18 Haziran 1971, Seri A No. 12, s. 39-40, paragraf 73). Ayrıca Mahkeme, sürekli olarak 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin, özellikle de kişinin bir başka ülkeye iade edilmesi hususuna ilişkin olarak taşıdığı önemi vurgulamıştır (bkz. Sanchez-Reisse – İsviçre davası kararı, 21 Ekim 1986, Seri A No. 107, s. 16-22, paragraf 42-61).

Bu şartlar altında şu soru karşımıza çıkmaktadır: acaba 5. Madde 4. fıkra hükümlerine göre, her ne sebeple alıkonulmuş olursa olsun herkesin alıkonulma tedbirinin hukukiliğine itiraz etme hakkı var mıdır? Yoksa, alıkoymaya ilişkin ilk kararın 5. Madde 4. fıkra hükümleri anlamında “mahkeme” tanımına giren unsurları biraraya getiren bir merci tarafından alınmış olması yeterli olacak mıdır? Öyle ise, 5. Madde 4. fıkra çerçevesinde açılacak dava, bu tür bir niteliğe sahip olmayan merciler tarafından alınan alıkoyma kararlarıyla mı sınırlı olacaktır? Bu soru, De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davasında (18 Haziran 1971 tarihli karar, Başvuru No. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Seri A No. 12, paragraf 76) yanıtlanmıştır. Bu davada AİHM şunları ifade etmiştir:

İlk bakışta, 5. Madde 4. fıkranın lafzı, alıkonulan kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin olarak daha önce verilen kararın hukuka uygunluğunun her zaman bir mahkeme tarafından denetlenmesi şeklindeki hakkının bu madde hükümlerinde güvence altına alınmış olduğu biçiminde değerlendirilebilir. Ancak iki resmî (İngilizce ve Fransızca) Sözleşme metninde aynı ifadeler kullanılmamıştır: İngilizce metinde “proceedings” (dava/kovuşturma) denilmiş ve “appeal” (temyiz), “recourse” (müracaat) ya da “remedy” (kanunî yol) ifadeleri kullanılmamıştır (13. ve 26. Maddeleri karşılaştırınız) (Türkçe metinde

ise “mahkemeye başvurma” ifadesi kullanılmıştır). Ayrıca, 5. Madde 4. fıkranın maksadının, yakalanan ve alıkonulan bir kişiye maruz kaldığı tedbirin hukuka uygunluğunun yargı denetimine tâbi olması hakkının sağlanması olduğu açıktır; dolayısıyla “court” (mahkeme) kelimesi, çoğul değil, tekil anlamda anlaşılmalıdır. Kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin kararın idarî bir merci tarafından alındığı hallerde, kuşkusuz, 5. Madde 4. fıkra uyarınca Sözleşmecî Devletin alıkonulan kişiye mahkemeye müracaat etme imkânı tanınması gerekmektedir; ancak bu maddede, aynı şeyin dava sonunda mahkemenin verdiği karar için de geçerli olduğuna işaret eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda 5. Madde 4. fıkra hükümlerinde öngörülen yargı denetimi, mahkemenin vereceği kararla gerçekleşir; bu durum, örneğin, “yetkili bir mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı” (Sözleşme’nin 5. Madde 1. fıkra a bendi hükümleri) neticesinde kişinin hapis cezasına çarptırılması hâlinde geçerlidir. Dolayısıyla, 1. fıkra e bendinde belirtildiği şekilde bir serserinin yakalanması ya da alıkonulmasına ilişkin olarak 4. fıkra hükümleri anlamında bir “mahkeme” tarafından karar verilmesi durumunda, 5. Madde 4. fıkra hükümlerine uygun davranıldığı sonucu çıkartılabılır.

Ancak, 5. Maddenin maksat ve konusu ile 4. fıkrada kullanılan ifade bakımından (İngilizce metinde “proceedings” (dava/kovuşturma); Fransızca metinde “recours” (mahkemeye müracaat)), bu tür bir “mahkeme” teşkil edebilmek için bu merciin özgürlükten mahrumiyet tedbiri alınması hâlinde uygulanacak temel usul teminatlarını sağlaması gerekmektedir. Yetkili merciin uyguladığı usulde bu tür teminatların sağlanmaması hâlinde Devlet, söz konusu kişiye yargı usulünün öngördüğü tüm güvenceleri sağlayan ikinci bir merci temin etmek sorumluluğunu ifa etmiş sayılmaz.

Bu şekilde AİHM, 5. Madde 4. fıkra uyarınca gerçekleştirilmesi gereken denetimin, özellikle ceza davalarındaki mahkûmiyet kararları çerçevesinde, 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde öngörülen denetime dahil edilmiş olduğu şeklinde bir teori geliştirmiştir.

Ancak, ilk alıkoyma kararının 5. Madde 4. fıkra anlamında bir mahkeme tarafından verilmiş olması, alıkonulan kişiyi daha sonra bu hüküm çerçevesinde dava açma hakkından mahrum bırakmaz. Bu şekilde, Van Droogenbroeck–Belçika davasında (24 Haziran 1982, Başvuru No. 7906/77, Seri A No. 50, paragraf 45) AİHM şu kararı vermiştir:

[...] 4. fıkra hükümlerinin [...] bu tür bir hapsin bilâhare, hukuka uygun olup olmadığına dair bir denetimden sırf ilk alıkoyma kararı bir mahkeme

tarafından alınmış olduğu için muaf tutulduğu şeklinde yorumlanması, 5. Madde hükümlerinin konu ve maksadına aykırı olacaktır [...].

Bu durum özellikle, 5. Madde 1. fıkra uyarınca alıkoyma tedbirini haklı kılan gerekçelerin ortadan kalkabileceği ve 5. Madde 4. fıkra çerçevesinde alıkoyma tedbirinin bilâhare yargı tarafından denetlenmesinin gerekli olacağı hallerde geçerlidir. 1. fıkra e bendi uyarınca aklî dengesi yerinde olmayan kişilerin alıkonulması hâlinde bu durum geçerli olacaktır. Her ne kadar bu tür kişilerin alıkonulmasına ilişkin olarak bir mahkeme tarafından karar verilmiş olsa da aklî durumları değişebileceği için bu kişiler de Winterwerp–Hollanda davasında (24 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 33, s. 22-23, paragraf 55) olduğu gibi dava açabilmelidir:

Söz konusu özgürlükten mahrumiyet tedbiri özelliği gereği, makul aralıklarla hukukîlik denetimine tâbi olmak durumunda olacaktır.

(Aynı şekilde, yukarıda belirtilen X.–Birleşik Krallık davası, Seri A No. 33, s. 23, paragraf 55; No. 46, s. 22-23, paragraf 52).

Ayrıca bu durum, ilk kararın 5. Madde 1. fıkra a bendi uyarınca mahkûmiyet kararı olması hâlinde de geçerli olacaktır. Aslında, mahkûmiyet kararı sonrası kişi, yeniden hapsedilmesi ihtimaliyle serbest bırakılabilir ya da belirsiz bir süre alıkonulabilir. Van Droogenbroeck–Belçika davasında (24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 26, paragraf 48) bu durum söz konusudur. Bu davada ceza mahkemesi, başvuru sahibini hapis cezasına çarptırmış, öncelikle bu şahsın bir süre hapsine karar vermiş ve ayrıca kamu hizmetinde çalışma cezası vermiştir. Bu şekilde “kamu hizmetinde çalışma” cezası çerçevesinde, söz konusu şahsın “toplum açısından bir tehlike” oluşturması hâlinde, asıl hapis cezası tamamlandıktan sonra Adalet Bakanı tarafından tekrar hapse atılabilmesi de mümkündür. Kuşkusuz bu cezaıyla ilgili olarak ulusal mahkemenin verdiği bir karar söz konusudur; ancak AİHM, bakanın söz konusu şahsın arzettiği “tehlike”yi değerlendirerek hapis tedbirinin haklı kılınmasının keyfi uygulama riski taşıdığını dikkate almıştır. Bu şekilde 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin uygulanması gerekmiştir. AİHM bu davada genel olarak şunları müşahade etmiştir:

İç hukuka uygun olmanın ötesinde, “1. fıkra çerçevesinde, “keyfi olan hiçbir alıkoyma tedbiri ‘hukuka uygun’ addedilemez” (bkz. diğer davalar arasında, yukarıda belirtilen X.–Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 46, s. 19, paragraf 43). Adalet Bakanının ilk mahkeme kararını infaz ederken ya da uygularken kullandığı geniş takdir hakkında aşmaması gereken sınır da budur. Bu şart, özellikle, bireyin on yıla varan bir süre (ilgili ulusal Yasanın 23. Kısmı) hattâ daha uzun bir süre (22. Kısmı) boyunca özgürlüğünden mahrum edilmesi şeklinde ciddi bir ihtimal bulunması durumunda daha da önem kazanmaktadır. Bu tür bir alıkoyma tedbiri, Sosyal Koruma Yasasının amaçlarına

uygun ve bu amaçlar doğrultusunda gerekçelere dayanmaktan çıktığı anda Sözleşme'ye uygun olmayacaktır; 5. Madde uyarınca "hukuka aykırı" olacaktır. Bu şekilde, söz konusu kişinin bu tür bir ihlâl olup olmadığını tespit etme yetkisine sahip bir "mahkeme"ye başvurma hakkı bulunması gerekir; bu imkân kişiye alıkonulması esnasında– alıkoyma uygulamasının başlamasından bir süre geçtikten sonra ve makul aralıklarla (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen X.–Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 46, s. 22-23, paragraf 52) – ve ayrıca, serbest bırakılmasını takiben tekrar alıkonulması durumunda sağlanmalıdır.

(Aynı şekilde, Silva Rocha–Portekiz davası kararı, 15 Kasım 1996, Reports 1996-V, paragraf 27-30; Iribarne Pérez–Fransa davası kararı, 24 Ekim 1995, Seri A No. 325-C, paragraf 29-30; ya da Winne–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Temmuz 1994, Başvuru No. 15484/89, Seri A No. 294-A, paragraf 33: özellikle, zorunlu ömür boyu hapis cezasından farklı olarak suçun ağırlığı sebebiyle değil, akli dengesizlik ve tehlike gibi zaman içinde değişebilecek faktörlerin mevcudiyetine bağlı olarak verilen ihtiyarî ömür boyu hapis cezalarıyla ilgili olarak; ayrıca bkz. Hussain–Birleşik Krallık davası kararı, 21 Şubat 1996, Reports 1996-I.)

Bazı davalarda söz konusu kişiyi mahkûm eden mahkemenin izlediği usulde, 5. Madde 4. fıkranın gerektirdiği "özgürlükten mahrumiyet tedbirine uygun türde güvenceler"i temin edilmemiş olduğu da görülmektedir (yukarıda belirtilen Winterwerp davası kararı, paragraf 57). Bu durumda, iki fıkra hükmünü birleştirme teorisi uygulanmaz ve 5. Madde 4. fıkrada öngörülen denetim ön plana çıkar. AİHM, bu tür durumlarla karşılaşmıştır. Yakın tarihte incelenen V.–Birleşik Krallık davasında (16 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24888/94, paragraf 119-120) başvuru sahibi, cinayetten suçlu bulunmuş ve kanunlar uyarınca ulusal mahkeme tarafından Majesteleri'nin arzu ettiği sürece hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu davada AİHM şunları ifade etmiştir:

Mahkeme, bir kişiyi bir suçtan mahkûm ettikten sonra ulusal mahkemenin, o kişinin cezalandırılması amacıyla belli bir süre hapsine karar verdiğini ve hapis cezasının 5. Madde 4. fıkra uyarınca denetime tâbi olduğunun mahkemenin verdiği hüküm içinde yer aldığını hatırlatır (bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davası kararı, 18 Haziran 1971, Seri A No. 12, s. 40-41, paragraf 76; ayrıca, yukarıda belirtilen Wynne davası kararı, s. 15, paragraf 36). Ancak bu durum, alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunu etkileyen yeni birtakım hususların ortaya çıkabileceği müteakip bir alıkoyma tedbirinde geçerli olmayacaktır (bkz. yukarıda belirtilen Weeks davası kararı, s. 28, paragraf 56; Thynne, Wilson ve Gunnell–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Ekim 1990, Seri A No. 190-A, s. 26-27, paragraf 68). Bu şekilde, Hussain davasında (a.g.e., s.

269-270, paragraf 54) Mahkeme, genç bir failin Majesteleri'nin arzu ettiği sürece hapsedilmesi konusunu incelemiş ve öngörülen sürenin dolmasından sonra, 5. Madde 4. fıkraya uyarınca bu kişinin fasıllarla, alıkonulmasının sürdürülmesinin hukukîliğine itiraz edebilmesi gerektiğine, zira alıkoyma uygulamasının sürdürülmesinin sadece değişmeye açık bir şekilde, söz konusu şahsın tehlike arzemesiyle haklı kılınabildiğine işaret etmiştir. Hussain davasında Mahkeme'nin, öngörülen alıkoyma süresinin dolmasından önceki dönemde 5. Madde 4. fıkraya çerçevesindeki durumu değerlendirmesi talep edilmemiştir (a.g.e., s. 266, paragraf 44).

Mahkeme, başvuru sahibinin alıkonulacağı sürenin 6. Madde 1. fıkraya uyarınca bağımsız bir mahkeme tarafından belirlenmemiş olmasının, bu madde hükümlerinin ihlâline yol açtığını tespit etmiştir (bkz. yukarıdaki 114. paragraf). Bu çerçevede, Majesteleri'nin arzu ettiği sürece hapsin süresi belli olmayan bir hapis cezası olduğu ve bu sürenin aslen mahkûmiyet kararını veren hâkim tarafından değil, İçişleri Bakanı tarafından belirlenmiş olduğu dikkate alınır, şahsı yargılayan mahkemenin verdiği hükümde 5. Madde 4. fıkrada öngörülen yargı denetimi şartının yerine getirildiği söylenemez (bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararı ile yukarıdaki 119. paragrafta belirtilen Wynne davası kararı).

Dolayısıyla, bu husus davanın şartlarına bağlıdır. AİHM 4. fıkrada öngörülen yargı denetiminin 5. Madde 1. fıkraya uyarınca gerçekleştirilen her alıkoyma tedbirinde aynı olmayabileceğini ifade etmiştir. Van Droogenbroeck–Belçika davasında (24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 24, paragraf 47) AİHM özellikle şu hususlara işaret etmiştir:

Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin 5. Madde 4. fıkraya uyarınca üstlendikleri yükümlülüğün kapsamının “her koşulda ve her özgürlükten mahrumiyet kategorisi için aynı olmayabileceği”ni hatırlatır (bkz. yukarıda belirtilen X. – Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 46, s. 22, paragraf 52). Mevcut davada söz konusu alıkoyma tedbirinin yalnızca 1. fıkraya a bendi kapsamında değerlendirilebileceği ve Winterwerp davası ile De Wilde, Ooms ve Versyp davasında olduğu gibi e bendi kapsamına girmediği ya da X. – Birleşik Krallık davasında (a.g.y., s. 17-18, paragraf 39) olduğu gibi her iki bent kapsamında değerlendirilemeyeceği gözardı edilmemektedir.

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası ve bu fıkraya hükümlerinin 5. Madde 3. fıkraya ilişkisi

Son olarak, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası açısından 5. Madde 3. fıkraya hükümlerine riayet edilmesinin sonucu ile ilgili olarak, de Jong, Baljet ve Van den Brink–

Hollanda davası kararına (22 Mayıs 1984 tarihli karar, Seri A No. 77, s. 25-26, paragraf 57) atıfta bulunmak gerekir. Bu kararda AİHM, 3. ve 4. fıkra hükümlerinin bir arada uygulanmasına değinmiştir. Bu davada, yakalanan kişilerin hem “hemen bir hâkim huzuruna çıkarılma”ya hem de “alıkonulma[larının] yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi için [gereğiyle] mahkemeye başvurma” hakkına sahip olduklarına işaret edilmiştir:

[...] 4. fıkra hükümlerinde öngörülen güvence, 3. fıkrada öngörülen güvence-den farklı bir sıra izlemekte ve ilâve unsurlar ihtiva etmektedir. Mahkeme daha önce çeşitli davalarda, bu güvencelerin aynı zamanda uygulanamayacağını hiç belirtmeksizin, aynı durumların hem 3. fıkra hem de 4. fıkra hükümleri ihlâli anlamına gelip gelmediğini incelemiştir (bkz. Neumeister davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 8, s. 36-41 ve 43-44, paragraf 3-15 ve 22-25; ayrıca, Matznetter davası kararı, 10 Kasım 1969, Seri A No. 9, s. 31-35, paragraf 2-13; yukarıda belirtilen İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 25, s. 75-77, paragraf 199-200). Mahkeme, mevcut davada bu iki fıkranın bir arada uygulanmaması için hiçbir sebep görmemektedir.

AİHM ayrıca şu hususlara da işaret etmiştir (a.g.y.):

3. fıkra uyarınca kişinin “yetkili bir adli merci” huzuruna çıkarılmasında izlenen usul, 1. fıkra c bendi ile birlikte değerlendirildiğinde, 4. fıkra hükümlerine uyulması açısından belli bir etkiye sahip olabilir. Örneğin, bu tür bir usulün, kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin olarak bir “mahkeme”nin verdiği ya da onayladığı bir karardan kaynaklanması durumunda, 4. fıkrada öngörülen hukukilik denetiminin bu ilk mahkeme kararına dahil edilmiş olması gerekir (bkz. de Wilde, Ooms ve Versyp davası kararı, 18 Haziran 1971, Seri A No. 12, s. 40, paragraf 76; ayrıca, yukarıda belirtilen Van Droogenbroeck davası kararı, Seri A No. 50, s. 23, paragraf 44-45). [...]

2. Alıkonulan bir kişinin alıkonulmasının devam etmesine ilişkin olarak dava açma hakkının içeriği

Etkili başvuru hakkı

Soumare–Fransa davası kararında yeterli düzeyde etkili başvuru imkânı bulunmadığına işaret edilmiştir. Bu davada Bay Soumare, Paris Temyiz Mahkemesi tarafından 10 Haziran 1991 tarihinde on yıl hapis cezasına çarptırılmış, ayrıca gümrük görevlilerine para cezası ödemesine ve para cezasını ödememesi durumunda ihtiyatî olarak hapsedilmesine (para cezasının ödenmesini sağlamak üzere uygulanan alıkoyma tedbirini) karar verilmiştir. Bay Soumare, asıl hapis cezasını çekmesini tâki-ben, gümrük memurlarına para cezasını ödememesi üzerine altı ay kadar bir süre

daha bu hüküm uyarınca hapsedilmiştir. Bay Soumare, açtığı çeşitli davaların (nöbetçi mahkeme ve daha sonra Paris Temyiz Mahkemesi nezdinde), özellikle, Paris Temyiz Mahkemesinin para cezasının ödenmemesi hâlinde uygulanacak hapis cezaları ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Dairesinin bu doğrultuda vermiş olduğu ve Yargıtay Ticaret Hukuku Dairesinin içtihadıyla bağdaşmayan bir kararına atıfta bulunarak verdiği görevsizlik kararında belirtilen gerekçeler ışığında, 5. Madde 4. fıkra uyarınca etkili başvuru hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Bu tür bir gerekçe, Bay Soumare'nin beyanlarına göre, hukukla ilgili bir konuda temyiz imkânını ortadan kaldırmıştır. AİHM bu davada (24 Ağustos 1998 tarihli karar, Başvuru No. 23824/94, Reports 1998-V, paragraf 38-44) şunları ifade etmiştir:

[...] Mahkeme, Sözleşme'nin 7. Maddesi uyarınca, para cezasını ödememe neticesinde gerçekleşecek hapsin bir ceza teşkil ettiğine (bkz. yukarıda değinilen Jamil davası kararı) ve asıl hapis cezasının çekilmesinden sonra uygulanacak bu tür bir hapsin netice itibarıyla Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası uyarınca ayrı bir alıkoyma tedbiri olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Mevcut davada başvuru sahibi, 11 Ağustos 1994 tarihinde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 752. Maddesi uyarınca (bkz. yukarıdaki 20. paragraf) Nancy Tribunal de Grande Instance (Nancy İstinaf Mahkemesi) Başkanlığına başvurmuş ve para cezasını ödememesi yüzünden hapsedilmesi doğrultusundaki kararla ilgili olarak, müflis olması sebebiyle tahliyesini talep etmiştir. Bu iddiasını gelir vergisi mükellefiyeti bulunmadığını gösteren bir belgeye dayandırmıştır. Mahkeme Başkanlığı, bu belgenin söz konusu şahsın müflis olduğunu kanıtlayacak yeterli bilgi ihtiva etmediğini dikkate alarak dava dosyasını mahkemeye sevk etmiştir – Paris Temyiz Mahkemesi. Paris Temyiz Mahkemesi başvuru sahibinin hapis cezasını onamış ve tahliye talebini görevsizlik kararı vererek incelememiştir.

Davalı Devlet, para cezasının ödenmemesi hâlinde verilecek hapis cezalarıyla ilgili olarak açılan davalarda Yargıtay'ın yetkili olduğu doğrultusunda daha önce verilen hükmü izlemeyen Paris Temyiz Mahkemesinin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümlerini yanlış yorumladığını ifade etmiştir. Ancak Mahkeme (AİHM), Fransız kanunlarıyla ilgili bir konuda karar vermek (bkz. diğer davaların yanı sıra ve gerekli değişikliklerle, Vasilescu–Romanya davası kararı, 22 Mayıs 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, s. 1075, paragraf 39) ya da ulusal mahkemelerin içtihat konusundaki politika tercihlerinin uygun olup olmadığı konusunda görüş beyan etmek durumunda olduğunu düşünmemektedir. Mahkeme'nin (AİHM) görevi, bu tercihin sonuç-

larının Sözleşme'ye uygun olup olmadığını tespit etmekle sınırlıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, Brualla Gómez de la Torre–İspanya davası kararı, 19 Aralık 1997, Reports 1997-VIII, s. 2955, paragraf 32). [...]

Yargıtay'ın içtihadı 1994 yılında değişmeye başlamış ve bu değişiklikler daha sonra teyit edilmiştir. Bu şartlar altında, ulusal hukukla ilgili bu konunun, olay ânında kesinlik kazanmamış olduğu ve konuyla ilgili içtihadın yeni ve henüz oluşum aşamasında olduğu düşünülebilir. [...]

Ayrıca, Paris Temyiz Mahkemesinin, tahliye istemini hukukî dayanağı olmadığı gerekçesiyle reddederken açıkça Yargıtay'ın verdiği bir karara dayanmış olması, başvuru sahibinin bu taleple Yargıtay'a başvurmanın anlamsız olduğu şeklinde bir kanaate varmasında belirleyici bir unsur olmuştur. Davalı Devletin beyanlarında da belirtildiği şekilde Paris Temyiz Mahkemesinin uzman hâkimlerinin kanunları doğru bir şekilde uygulamamış ve Yargıtay'ın Ticaret Hukuku Dairesinin kararlarını dikkate almamış olmaları sebebiyle, başvuru sahibinin ve resmen atanmış avukatının Yargıtay'a müracaatı etkili başvuru telâkki etmelerinin beklenmesi doğru olmaz.

Bu çerçevede Mahkeme, mahkemeye başvuru imkânının yeterince kesin olmadığı takdirde 5. Madde 4. fıkra uyarınca erişilebilir ve etkili olmaktan uzak olacağını vurgular (bkz. diğer davaların yanı sıra ve gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Van Droogenbroeck davası kararı, s. 30, paragraf 54; ayrıca Sakık ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 26 Kasım 1997, Reports 1997-VII, s. 2625, paragraf 53).

Ayrıca Mahkeme, başvuru sahibinin Yargıtay'a başvurması hâlinde bu başvurusu ceza davası kapsamında olacak ve Yargıtay Ceza Dairesi tarafından incelenecektir ki olay ânında Ceza Dairesi zaten henüz, kendi içtihadını Ticaret Hukuku Dairesinin içtihadına uyumlu hâle getirmemiştir.

Bay Soumare'nin müflis olup olmadığını tespiti için nöbetçi hâkime başvurma imkânının kullanılması ve bu imkânın etkili olup olmadığıyla ilgili olarak Mahkeme, mevcut davada söz konusu hâkimin yalnızca alıkoymanın ilk bakışta hukuka uygun olup olmadığını dikkate almış olduğuna işaret eder. Bu hâkimin başvuru sahibini hapis cezasına çarptıran mahkemeye davanın sevk edilmesi doğrultusunda verdiği kararın (bkz. yukarıdaki 16. paragraf) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 710. Madde ilk fıkra hükümlerine uygun olduğu doğrudur (bkz. yukarıdaki 20. paragraf). Ancak bu kararın, o zamanki içtihat ışığında tahlil edilmesi gerekir ki o esnada nöbetçi hâkimin borçlunun müflis olup olmadığına karar verme yetkisi bulunup bulunmadığına dair içtihat son derece belirsizdir (bkz. yukarıdaki 25. paragraf). Bu şartlar altında, Paris Temyiz Mahkemesi bu konuda karar verme yetkisi olduğunu kabul etmiş

olsaydı, nöbetçi hâkimin vereceği karar her halükârda 5. Madde 4. fıkraya uyarınca etkili olabilirdi.

[...]

Netice itibarıyla, Mahkeme [...] 5. Madde 4. fıkraya hükümlerinin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

(Aynı şekilde, Sakık ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 26 Kasım 1997, Başvuru No. 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, Reports 1997-VII, paragraf 49-53).

Dava açma imkânı bulunmayan bir dava örneği olarak Varbanov–Bulgaristan davası kararına bakınız (5 Ekim 2000, Başvuru No. 31365/96, paragraf 61).

R.M.D. – İsviçre davasında (26 Eylül 1997, Başvuru No. 19800/92, Reports 1997-VI, paragraf 48-49, 51-52 ve 54-55) başvuru sahibi, başvurusunun incelenmesiyle ilgili olarak çeşitli güçlüklerle karşılaşmıştır. Başvurusu inceleninceye kadar bir kantondan bir diğerine sevk edilmiştir. AİHM bu davada aşağıdaki hususları müşahade etmiştir:

İsviçre mahkemelerinin yerleşik içtihadına göre [...], alıkonulan kişinin söz konusu kantonun yetki alanına girmemesi hâlinde, tahliye başvurusunun işleme konulması gerekir. Bu şart bu davada hem Lucerne Temyiz Mahkemesi (bkz. yukarıdaki 25. paragraf) hem de soruşturmaya yürüten Zürih Kantonu hâkimi (bkz. yukarıdaki 8. paragraf) tarafından yerine getirilmiştir.

Kuşkusuz, başvuru sahibi, sırasıyla onbir, onsekiz ve on gün boyunca alıkonulmuş olduğu Glarus, St Gall ve Aargau kantonlarında tahliye isteminde bulunabilirdi (bkz. yukarıdaki 13., 14. ve 20-21. paragraflar). Ancak başvuru sahibi o tarihte hâlen Lucerne Temyiz Mahkemesinin ve hatta Federal Mahkemenin kararını bekliyordu. Ayrıca Mahkeme'nin (AİHM) de yukarıda işaret etmiş olduğu üzere, başvuru sahibi her an bir başka kantona sevk edilmeyi de beklemekteydi. Bu tür başvuruların aldığı süreler, gözaltında tutulan kişilerin etkili bir şekilde temsil edilme konusunda karşılaştıkları güçlükler ve netice olarak kendilerini çaresiz hissetmeleri de göz önüne alındığında, başvuru sahibinin bu başvuru imkânlarından faydalanmamış olmaktan dolayı suçlanması mümkün değildir.

[...]

Bu bağlamda, Mahkeme, Sözleşme'nin teorik ya da hayalî değil, pratik ve etkili hakları güvence altına alma maksadı bulunduğunu vurgular (bkz. Artico–İtalya davası kararı, 13 Mayıs 1980, Seri A No. 37, s. 16, paragraf 33).

Mevcut davada, Bay R.M.D.'nin her kantonda tahliye başvurusunda bulunabileceği bellidir. Başvuru sahibi yalnızca tek bir kantonda gözaltına alınmış

olsaydı, izlenecek usul kesinlikle Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasında getirilen şartlara uygun olacaktı. Sorun, bu kantonlarda başvuru imkânı bulunmaması değil, başvuru sahibinin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla bu imkânların etkili olmamasıdır. Bir kantondan bir başka kantona sorunsuz bir şekilde sevkedilen başvuru sahibi, kanton mahkemelerinin yetki alanları sebebiyle, 5. Madde 4. fıkrâ hükümleri uyarınca hakkı olduğu üzere alıkonulmasının hukukiliğine ilişkin bir karar alması için bir mahkemeye başvurma olanağına sahip değildi.

[...]

[...] ancak Mahkeme, bu şartların başvuru sahibinin 5. Madde 4. fıkrada öngörülen haklarından mahrum edilmesini haklı çıkarmadığını dikkate almaktadır. Bu davada olduğu gibi, alıkonulan bir kişinin bir kantondan bir diğer kantona sürekli olarak nakledilmesi söz konusu olduğunda, yargı sistemi ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin bu maddesi hükümlerine uygun hareket etmelerini sağlayacak şekilde düzenleme sorumluluğu Devlete aittir.

Netice olarak Mahkeme, davalı Devletin ilk itirazlarının reddine karar vermiş ve davanın esası itibarıyla 5. Madde 4. fıkrâ hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

Bu çerçevede, 5. Madde 4. fıkrâ hükümlerinde yer alan üç kavramın ele alınması gerekir: "kısa bir süre içinde", "hukuka (yasaya) uygunluk" ve "mahkeme".

Alıkoyma tedbiri kısa bir süre içinde (süratle) incelenmelidir

"Kısa bir süre içinde" (süratle) ifadesinde, alıkonulan kişinin alıkonulma tedbirinin hukukiliğinin incelenmesi için başvuruda bulunması gereken süre kastedilmektedir. Bu ifadeyle ayrıca bu tür bir başvurunun inceleneceği süre de belirtilmektedir. Her iki durumla da ilgili olarak aşağıda birer örnek verilmiştir. Ayrıca konunun bir üçüncü boyutu daha vardır: AİHM, hukukiliğin incelenmesiyle ilgili olarak birkaç başvuruda bulunma imkânının da mevcut olması gerektiği kanaatinde.

Hukukilik incelemesi için başvuruda bulunulması gereken süre

Yukarıda belirtilen de Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararında (22 Mayıs 1984, Seri A No. 77, s. 26, paragraf 58), bu konunun ilk boyutu ele alınmıştır. Bu davada, alıkoyma tedbirleriyle ilgili mahkemeye başvuruda bulunma imkânı, alıkonulan kişilerin daha sonra ilk derece mahkemeye sevkedilmeleri şartına bağlı olarak mevcuttu. AİHM bu davada şunları ifade etmiştir:

Ayrıca, Askerlik Yasasının 34. Maddesi, belirli şartlarda davanın yargıya ne süratle intikal ettiğine bağlı olarak uygulamada "kısa bir süre içinde" karar verilmesini sağlayabilmektedir. Bay de Jong yedi gün, Bay Baljet onbir gün ve

Bay Van den Brink altı gün boyunca mahkemeye sevk edilmeden önce gözaltında tutulmuşlar (bkz. yukarıdaki 23. ve 27. paragraflar), dolayısıyla bu süre zarfında alıkonulmalarıyla ilgili mahkemeye başvurma imkânından yoksun kalmışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, askerlik hayatı ile askerî yargının gerekleri dikkate alınsa bile, her bir başvuru sahibiyile ilgili olarak mahkemeye erişim imkânının bu kadar uzun bir süre bulunmayışı, başvuru sahiplerinin alıkonulmalarının hukukîliğinin "kısa bir süre içinde" incelenmesi için mahkemeye başvurma haklarından mahrum edilmiş oldukları anlamına gelmektedir.

Hukukîlik başvurusunun cevaplandırılması gereken süre

Sabeur Ben Ali-Malta davası kararı (29 Haziran 2000, Başvuru No. 35892/97, paragraf 38) bu konunun ikinci boyutuyla ilgilidir: hukukîlik başvurusunun incelenmesi gereken kısa süre. Bu davada verdiği kararda AİHM, sekiz haftalık bir sürenin başlıbaşına çok uzun göründüğünü belirtmiştir:

Mahkeme, örneğin, hukukîlik incelemesi için başvuruyu takiben yaklaşık sekiz haftalık bir sürenin geçmiş olmasının ilk bakışta "kısa süre" kavramıyla bağdaşmasının zor göründüğünü dikkate almıştır (E.-Norveç davası kararı, 29 Ağustos 1990, Seri A No. 181-A, s. 27, paragraf 64).

Ayrıca, terör saldırılarına karıştığından şüphelenilen bir kişinin yakalanmasıyla ilgili olarak açılan G.B.-İsviçre davasıyla (30 Kasım 2000, Başvuru No. 27426/95, paragraf 28-39) ilgili olarak verdiği kararda AİHM, bir aylık bir sürenin 5. Madde 4. fıkrada öngörülen kısa süre şartını yerine getirmediğine hükmetmiştir; ayrıca, Rehbock-Slovenya davasında da (28 Kasım 2000 tarihli karar, Başvuru No. 29462/95, paragraf 84-88) AİHM, yirmioç günlük bir sürenin çok uzun olduğuna karar vermiştir.

Letellier-Fransa davasında (26 Haziran 1991 tarihli karar, Seri A No. 207, s. 22, paragraf 56) AİHM, 4. fıkra uyarınca gerçekleştirilen bir başvurunun incelenmesinin bazen nispeten uzun sürebileceğine, zira bu başvurunun konu itibarıyla temyizi ilgilendirdiğine ve hukukla ilgili bir konuda temyiz niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Bu durum, söz konusu kişi her an yeni bir başvuruda bulunabildiği ve bu başvurular kısa süre içinde ele alındığı sürece, başvurunun kısa süre içinde incelenmesi şartının ihlâli anlamına gelmeyebilir. Bu davada hukukîlik incelemesi için birkaç başvuruda bulunulmuştur. AİHM'nin bu davada verdiği kararda hangi başvuru inceleme sürelerinin makul olarak değerlendirilebileceği konusunu açıklığa kavuşturan bir paragraf bulunmaktadır:

Mahkeme, ikinci tahliye isteminin incelenmesi için geçen toplam süre konusunda, özellikle de bir önceki kararın Yargıtay tarafından bozulmuş olmasının

dikkate alınması doğrultusunda savcılık makamından talepte bulunulmuş olması sebebiyle, kuşkular taşımaktadır; ancak yine de başvuru sahibinin her an yeni bir başvuruda bulunma hakkını saklı tutması da dikkate alınmalıdır. Nitekim 14 Şubat 1986 tarihinden 5 Ağustos 1987 tarihine kadar başvuru sahibi altı kez daha başvuruda bulunmuş ve tüm bu başvurular sekiz ile yirmi gün arasında değişen bir süre içinde incelenmiştir (bkz. yukarıdaki 23. paragraf).

Bir psikiyatri kurumuna kapatılan bir kişinin serbest bırakılma istemiyle ilgili bir başka davada AİHM, başvuru sahibi hakkında bilirkişi raporu hazırlanmasının yirmi ay gibi uzun bir sürede sonuçlanmış olması sebebiyle ihlâl tespit etmiştir. Bu dava, Musial-Polonya davasıdır (25 Mart 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24557/94, *Reports 1999-II*, paragraf 43):

Bir yıl sekiz ay sekiz gün gibi bir sürenin geçmiş olması, bu süreyi haklı çıkaracak istisnâî gerekçeler bulunmadığı sürece, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasında öngörülen kısa süre kavramıyla bağdaşmayacaktır. Mahkeme bu doğrultuda, davalı Devletin ileri sürdüğü argümanlar ışığında mevcut davada bu tür gerekçeler bulunup bulunmadığını inceleyecektir.

[...]

Benzer bir şekilde, Katowice Bölge Mahkemesinin başvuru sahibinin özel talebiyle ilgili olarak bilirkişi tayin etmiş olması tek başına, bu mahkemeyi başvuru sahibinin serbest bırakılmasına ilişkin talebiyle ilgili olarak kısa bir süre içinde karar verme yükümlülüğünden ibra etmemektedir. Mahkeme (AİHM), mevcut davanın şartları bakımından bilirkişi görüşünün temin edilmesindeki gecikmelerden doğan aslî sorumluluğun Devlete ait olduğu şeklindeki olağan ilkeden ayrılmak için herhangi bir sebep görmemektedir (bkz. gerekli değişikliklerle, Capuano-İtalya davası kararı, 25 Haziran 1987, Seri A No. 119, s. 14, paragraf 32).

[...] Mahkeme, bir psikiyatri kurumuna kapatılmaya itiraz başvurusunun incelenmesiyle ilgili olarak Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasına uygunluğun değerlendirilmesinde, dava konusu olan tıbbî hususların karmaşıklığının da dikkate alınacak bir unsur olduğunu kabul etmektedir. Yine de tıbbî bir dosyanın karmaşıklığı, ne kadar istisnâî olursa olsun, ulusal makamları Sözleşme'nin bu maddesi çerçevesindeki aslî sorumluluklarından ibra edemez. Ayrıca, mevcut davada başvuru sahibinin durumunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gereği tartışılacak tıbbî hususların karmaşıklığı ile bilirkişi raporunun hazırlanmasına kadar geçen süre arasında bir illiyet bağı olduğu da hiçbir şekilde gösterilmemiştir.

Dolayısıyla davalı Devlet, bu davada söz konusu süreyi haklı çıkarabilecek bu tür istisnâ gerekçeler olduğunu kanıtlayamamıştır.

(Aynı şekilde, Baranowski-Polonya davası kararı, 28 Mart 2000, Başvuru No. 28358/95, paragraf 70-77.)

Hukukîlik incelemesi için düzenli aralıklarla dava açabilme şartı

AİHM, alıkoyma tedbirinin hukukîliğinin incelenmesi için düzenli aralıklarla dava açılabilmesine özellikle önem vermektedir. Bu çerçevede, Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davasında (28 Ekim 1998 tarihli karar, Başvuru No. 24760/94, Reports 1998-VIII, paragraf 162 ve 164-165) AİHM, alıkonulan kişinin alıkonulmasına ilişkin tedbirin hukukîliğinin incelenmesi talebiyle yalnızca bir kez dava açabilmesi şeklindeki bir sınırlamanın 5. Madde 4. fıkra hükümlerine aykırı olduğuna hükmetmiştir:

[...] 5. Madde 4. fıkra hükümlerine göre, tutuklu olarak alıkonulan bir kişinin alıkonulmasına ilişkin tedbirin hukukîliğinin incelenmesi için düzenli aralıklarla dava açabilmesi gerekir (bkz. Bezicheri–İtalya davası kararı, 25 Ekim 1989, Seri A No. 164, s. 10-11, paragraf 20-21). Sözleşme çerçevesinde bu tür bir alıkoyma uygulamasının kesinlikle sınırlı bir süre boyunca devam etmesi gerektiği varsayımından hareketle (bkz. yukarıdaki 154. paragraf), bu uygulamanın düzenli olarak ve kısa aralıklarla incelenmesi gerekmektedir (bkz. yukarıdaki Bezicheri davası, a.g.y.).

[...] Mahkeme, Bulgaristan kanunlarına göre tutuklu olarak alıkonulan bir kişinin alıkonulmasının hukukîliğinin bir mahkeme tarafından incelenmesi için yalnızca bir kez başvuruda bulunma hakkı olduğuna işaret eder (bkz. yukarıdaki 75. paragraf). Bu şekilde, başvuru sahibinin ikinci başvurusu bu gerekçe ile Shoumen Bölge Mahkemesi tarafından 19 Eylül 1995 tarihinde reddedilmiştir (bkz. yukarıdaki 41. paragraf).

Sonuç olarak, özellikle başvuru sahibinin yargılanmasından önce iki yıl boyunca tutuklu olarak alıkonulması esnasında alıkonulmasının hukukîliğinin incelenmesi talebiyle bir seferden fazla mahkemeye başvurmasının mümkün olmaması ve bu tür bir başvurunun ulusal mahkeme tarafından sözlü bir duruşma esnasında incelenmemiş olması sebebiyle Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

(Aynı şekilde, Oldham–Birleşik Krallık davası kararı, 26 Eylül 2000, Başvuru No. 36273/97, paragraf 30: ömür boyu hapse mahkûm edilen kişilerin asgarî cezalarını çektikten sonra devletin takdirine göre şartlı tahliye edilmelerine ilişkin bir davadır.)

Bir psikiyatri kurumuna yatırılma ile ilgili Megyeri–Almanya davası kararında (12 Mayıs 1992 tarihli karar, Başvuru No. 13770/88, Seri A No. 237-A, paragraf 22) şu paragraf yer almaktadır:

[...] Aklî dengesi yerinde olmayan ve zorunlu olarak belirsiz bir süre ya da uzun bir süre boyunca bir psikiyatri kurumuna kapatılan bir kişi, ilke olarak, ne şekilde olursa olsun alıkonulmasıyla ilgili yargı denetimi hüviyetinde hiçbir düzenli ve otomatik denetim bulunmaması hâlinde, alıkonulmasının – Sözleşme anlamında – “hukukîliğinin” incelenmesi talebiyle “makul aralıklarla” mahkemeye başvurarak dava açma hakkına sahiptir (bkz. diğer davaların yanı sıra, X.–Birleşik Krallık davası kararı, 5 Kasım 1981, Seri A No. 46, s. 23, paragraf 52).

(Aynı şekilde, Musial-Polonya davası kararı, 25 Mart 1999, Başvuru No. 24557/94, Reports 1999-II, paragraf 43; ayrıca, Eğmez–Kıbrıs davası kararı, 21 Aralık 2000, paragraf 94.)

Başvurunun incelenmesinde alıkoyma tedbirinin “hukuka uygunluğu”na bakılmalıdır

İkinci önemli kavram, “hukuka uygunluk”tur. Brogan ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararında (29 Kasım 1988, Seri A No. 145-B, s. 34-35, paragraf 65), hukuka uygunluk (hukukîlik) kavramıyla ilgili olarak bazı konulara işaret edilmiştir:

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, 4. fıkra çerçevesinde “hukuka uygunluk” mefhumu, 1. fıkra hükümleri ile aynıdır (bkz. özellikle Ashingdane davası kararı, 28 Mayıs 1985, Seri A No. 93, s. 23, paragraf 52); bir “yakalama” ya da “alıkoyma” işleminin hukuka uygun olup olmadığı, yalnızca iç hukuk çerçevesinde değil, aynı zamanda Sözleşme metnine, bu metinde yer alan genel ilkelere ve 5. Madde 1. fıkra hükümlerine göre izin verilen kısıtlamaların amacına göre değerlendirilmelidir (bkz. özellikle yukarıda belirtilen Weeks davası kararı, Seri A No. 114, s. 28, paragraf 57). 5. Madde 4. fıkra uyarınca, yakalanan ya da alıkonulan kişiler, özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin Sözleşme anlamında “hukuka uygunluğu”nda temel teşkil eden usule ilişkin ve maddî koşulların dikkate alınacağı bir inceleme talep etme hakkına sahiptir. Bunun anlamı, mevcut davada başvuru sahiplerinin, yetkili bir mahkeme tarafından yalnızca 1984 tarihli Yasanın 12. Bölümünde belirtilen usul şartlarına uygunluk bakımından değil, aynı zamanda yakalanmalarını haklı kılan şüphenin makul olup olmadığının ve yakalama ile neticelenen amacın ve bundan sonra gerçekleşen alıkoyma uygulamasının meşruiyetinin de incelenmesi için başvuruda bulunma hakkına sahip olmaları gerektiğidir.

Bu karara, AIHM'nin daha sonra incelediği davalarda, örneğin Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davasında (28 Ekim 1998, Başvuru No. 24760/94, Reports 1998-VIII, paragraf 162) da atıfta bulunulmuştur:

Mahkeme, 5. Madde 4. fıkra uyarınca, yakalanan ya da alıkonulan bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin 5. Madde 1. fıkra hükümleri anlamında “hukuka uygunluğu”nda (bkz. yukarıdaki 139. paragraf) temel teşkil eden usule ilişkin ve maddî koşulların dikkate alınacağı bir inceleme talep etme hakkına sahip olduğunu hatırlatır (bkz. yukarıda belirtilen Brogan ve Diğerleri davası kararı, s. 34, paragraf 65).

Nikolova–Bulgaristan davası kararında da (25 Mart 1999, Başvuru No. 31195/96, Reports 1999-II, paragraf 61) aşağıdaki paragrafın bulunması bir tesadüf değildir:

Plovdiv Bölge Mahkemesinin, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulmasına ilişkin itiraz talebini incelerken Yüksek Mahkemenin o tarih itibarıyla içtihadını esas aldığı ve dolayısıyla bu davada aslen soruşturma görevlisi ile savcının başvuru sahibine Ceza Kanunu çerçevesinde “kasıtlı ağır bir suç” isnat edip etmediğine ve başvuru sahibinin sağlık durumunun serbest bırakılmasını gerektirip gerektirmediğine dikkat ettiği görülmektedir (bkz. yukarıdaki 19. ve 30-31. paragraflar).

Ancak başvuru sahibi, 14 Kasım 1995 tarihli başvurusunda kendisine isnat edilen suçların geçerliliği ile alıkonulmasına ilişkin gerekçelere itiraz eden önemli mülâhazalar ileri sürmüştür. Başvuru sahibi somut olaylara atıfta bulunmuştur. Örneğin, kaçma ya da bu aylar boyunca soruşturmayı tıkama teşebbüsünde bulunmamış olduğu, zira kendisi aleyhinde ceza davası açılacağına farkında olduğu, bir ailesi bulunduğu ve düzenli bir hayat sürmekte olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahibi ayrıca, aleyhindeki delillerin zayıf olduğu ve kendisine isnat edilen suçların yalnızca denetçi raporuna dayandığını da ileri sürmüştür. Başvuru sahibinin beyanında, kendisinin ya da kasiyerin büro anahtarını üzerinde bulunduran diğer altı kişinin kayıp meblağı zimmetine geçirmiş olduklarına dair suçlamayı destekleyecek hiçbir bulgu mevcut değildir. Bölge Mahkemesi, 11 Aralık 1995 tarihli kararında muhtemelen başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulmasının hukuka uygun olup olmadığı meselesinde önemsiz addederek bu mülâhazaların hiçbirini dikkate almamıştır (bkz. yukarıdaki 16. ve 19. paragraflar).

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası, alıkoyma tedbirine itirazı inceleyen hâkime başvuru sahibinin beyanlarında yer alan her bir mülâhazayı incelemesi şeklinde bir yükümlülük getirmemekle birlikte, hâkimin iç hukuka ve uygulamaya itibar ederek alıkonulan kişi tarafından ileri sürülen ve özgürlükten mahrumiyet tedbiriyle ilgili olarak Sözleşme anlamında “hukukilik” açısından

temel birtakım koşulların mevcudiyetinden şüphe duyulmasına yol açan somut bulguları önemsiz addetmesi ya da gözardı etmesi, bu madde hükümlerinde öngörülen güvencelerin esastan yoksun kalmasına neden olacaktır. Başvuru sahibinin 14 Kasım 1995 tarihli başvurusunda bu tür somut bulgular yer almaktaydı ve bu bulgular akla aykırı ya da ehemmiyetsiz değildi. Bu beyanları dikkate almayarak Bölge Mahkemesi, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası uyarınca gerçekleştirilmesi gereken yargı denetiminin kapsamını ve niteliklerini yerine getirmemiştir.

Başvurunun bir “mahkeme” tarafından incelenmesi gerekir

De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davasında (18 Haziran 1971 tarihli karar, Başvuru No. 2832/66, 2835/66 ve 2899/66, Seri A No. 12, paragraf 78) AİHM, 5. Madde 4. fıkra uyarınca “mahkeme” ifadesinden aşağıda belirtilen hususların anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir:

[...] aralarında en önemlisi idareden ve davadaki taraflardan bağımsız olmak bulunan ortak temel özelliklere sahip (bkz. Neumeister davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A s. 44, paragraf 24) ve adli usul güvencesini haiz kurumlar.

Aynı kararda AİHM ayrıca şunları da belirtmiştir (paragraf 76):

[...] bir “mahkeme” [5. Madde 4. fıkra uyarınca] teşkil etmek için bir merciin özgürlükten mahrumiyet tedbirlerinde uygulanan temel usul güvencelerini sağlaması gerekir.

D.N. – İsviçre davasında AİHM, 5. Madde 4. fıkra uyarınca “mahkeme”nin sahip olması gereken tarafsızlık koşullarını incelemiştir (29 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 27154/95, paragraf 41-46 ve 48-57):

Mahkeme'nin içtihadına göre, her ne kadar 5. Madde 4. fıkra uyarınca açılan davalarda, hukuk ve ceza davalarıyla ilgili olarak 6. Madde 1. fıkra uyarınca sağlanması gereken güvenceler her zaman söz konusu değilse de bu tür güvenceler yine de adli bir hüviyet taşımalı ve söz konusu özgürlükten mahrumiyet türüne uygun olmalıdır (bkz. Niedbala-Polonya davası kararı, Başvuru No. 27915/95, paragraf 66, 4 Temmuz 2000, henüz rapor edilmemiştir).

Sözleşme'nin “[...] mahkemeye başvurma” hakkını ele alan 5. Madde 4. fıkrasında, bu mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığına değinilmemektedir. Bu husus, diğer hükümlerin yanı sıra “bağımsız ve tarafsız bir mahkeme” ifadesi kullanılan 6. Madde 1. fıkrada yer almıştır. Ancak AİHM, Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinde de belirtildiği üzere, bağımsızlığın “mahkeme”nin en önemli temel özelliklerinden biri olduğuna hükmetmiştir (bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp–Belçika davası kararı, 18 Haziran 1970, Seri A No. 12, s. 41-42, paragraf 78). Mahkeme'nin kanaatine göre, Sözleşme'nin 5. Madde 4.

fıkrası hükümlerinin, diğer konuların yanı sıra, 5. Madde 1. fıkrada e bendi hükümlerinde ele alınan “aklı dengesi yerinde olmayan” kişilerin özgürlüklerinden mahrum edilmesi gibi hassas bir konuyla da ilgili temel bir şart olarak o mahkemenin tarafsızlığı hususunu aynı derecede çağrıştırmaması akla sığmayacaktır.

Mevcut davada başvuru sahibi, İdarî Temyiz Komisyonunun beş üyesinden biri olan R.W.’nin, kendisinin psikiyatri kurumunda alıkonulması hâlinin sona erdirilerek serbest bırakılmasıyla ilgili karar verme aşamasında zaten bir ön kanaat sahibi olduğunu ifade etmiştir. Başvuru sahibi özellikle, R.W.’nin kendisini sorguya çektiğini ve yine R.W.’nin kendisinin sağlık durumu ve Komisyon’dan serbest bırakılma istemi ile ilgili olarak duruşma esnasında görüş bildiriminde bulunmuş olduğunu belirtmiştir.

Tetkik hâkimi görevini ifa eden R.W.’nin tarafsızlığını inceleyen Mahkeme, tarafsızlık konusunun hem bir hâkimin belli bir davada verdiği kişisel hüküm şeklinde öznel bir testle, hem de bu hâkimin bu çerçevede herhangi bir meşru şüpheyi bertaraf edebilecek yeterli güvenceler temin edip etmediği şeklinde nesnel bir testle belirlenmesi gerektiğini hatırlatır (bkz. diğer davaların yanı sıra, Castillo Algar–İspanya davası kararı, 28 Ekim 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, s. 3116, paragraf 43 ve daha sonraki paragraflar).

Bir hâkimin, aksi kanıtlanıncaya kadar kişisel tarafsızlığı olduğu varsayılır. Mevcut davada bu tür bir kanıt ortaya konmamıştır (bkz. Hauschildt–Danimarka davası kararı, 24 Mayıs 1989, Seri A No. 154, s. 21, paragraf 47).

Nesnel test çerçevesinde, hâkimin kişisel tasarrufundan bağımsız olarak, kendisinin tarafsızlığına ilişkin şüphe uyandıracak tespit edilebilir bulgular olup olmadığına bakılır. İç teşkilatlanma özellikle dikkate alınmalıdır; ancak kamu görevlileri için kıdem esasının söz konusu olması tek başına mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin şüphe uyandırmaz (bkz. Piersack–Belçika davası kararı, 1 Ekim 1982, Seri A No. 53, s. 15, paragraf 30.d; ayrıca, Stallinger ve Kuso–Avusturya davası kararı, 23 Nisan 1997, Reports 1997-II, s. 677, paragraf 37). Bu çerçevede, görünüm bile belli bir önem taşıyabilir. Dikkate alınması gereken husus, demokratik bir toplumda mahkemelerin davaya taraf olanlar da dahil olmak üzere kamuoyunda bir güven uyandırması gerektiğidir. Bu çerçevede, tarafsızlığı konusunda endişe duymak için meşru bir sebep bulunan bir hâkimin davadan çekilmesi gerekir. Belirli bir davada bir hâkimin tarafsızlık özelliğini taşımadığına dair endişelenmek için meşru bir sebep bulunup bulunmadığının tespitinde tarafların konumu önemli olmakla birlikte belirleyici değildir. Asıl belirleyici olan, bu endişenin objektif olarak haklı

çıkarılıp çıkarılamayacağıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Hauschildt davası kararı, s. 21, paragraf 48).

Mahkeme, R.W.'nin faaliyetlerinin kapsam ve özelliklerini dikkate almıştır. Davalı Devlet tarafından da vurgulandığı üzere, R.W. tüm dava boyunca tek ve aynı işlevi üstlenmiştir. R.W. tetkik hâkimi olarak görevlidir ve başvuru sahibinin psikiyatri kurumundan salıverilip salıverilemeyeceğine karar vermesi için kendisinden başvuru sahibinin sağlık durumunu incelemesi, değerlendirmesi ve bu konuda görüş bildirmesi istenmiştir.

Hem davalı Devlet tarafından hem de Komisyon raporundaki muhalif görüşte ayrıca, R.W.'nin faaliyetlerinin, ifade alınırken uzmanlık bilgisine makul bir şekilde başvurulmuş bir tetkik hâkiminin tipik görevlerini teşkil ettiği belirtilmiştir. Ayrıca, R.W.'nin faaliyetleri, Sözleşme'nin eski 28. Madde a fıkrası uyarınca ifade aldıktan sonra bir öneride bulunan eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu delegelerinin görevlerine benzetilebilir.

Mahkeme, R.W.'nin bir tetkik hâkimi olarak şu görevleri ifa ettiğini belirlemiştir: Öncelikle, 15 Aralık 1994 tarihinde R.W., başvuru sahibini sorgulamış ve sorgulama neticesinde başvuru sahibinin “mahkemeye davayı reddetmeyi teklif [edebileceği]” sonucuna varmıştır. Daha sonra 23 Aralık 1994 tarihinde R.W., başvuru sahibinin sağlık durumuna ilişkin mütalâasını sunmuştur. Bu mütalâada, “başvuru sahibinin durumunda duruşma tarihine kadar açıkça bir iyileşme olmazsa davanın reddedilmesi isteminde bulunabilir” ifadesi kullanılmıştır. Beş gün sonra 28 Aralık 1994 tarihinde İdarî Temyiz Komisyonu, başvuru sahibi ve diğer şahısların ifadelerinin alındığı bir duruşma tertip etmiştir. Bu duruşmada aralarında R.W. de bulunan tüm hâkimler hazır bulunmuştur. Son olarak, yine 28 Aralık tarihinde, İdarî Temyiz Komisyonu aralarında R.W. de bulunan tüm hâkimler tarafından verilen kararını açıklamıştır.

Bu tür görevler üstlenilmiş olması hasebiyle, mevcut dava, Mahkeme'nin kanaatine göre, tetkik hâkiminin duruşma sonrasında ve mahkemenin değerlendirmeleri esnasında, bir haricî bilirkişi tarafından mahkemeye sunulan örneğin mütalâa gibi uzmanlık gerektiren ifadeleri incelemesi ve yorumlaması şeklinde bir görev üstlendiği diğer davalardan farklıdır. Bu davada tetkik hâkiminin üstlendiği görev, eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu delegelerinden de farklıdır, zira Komisyon'un oturumları kamerayla kaydedildiği için eski Komisyon delegeleri ifade alırken daha sonra Komisyon'a sunabilecekleri herhangi bir öneri konusunda taraflara bilgi vermek durumunda değillerdi (bkz. Sözleşme'nin eski 33. Maddesi).

Aslında, mahkeme tarafından atanan bir bilirkişinin mütalâasını usulüne uygun bir şekilde, sonuçlarıyla birlikte hem mahkemeye hem de davanın taraflarına iletmesi beklenirken, mevcut davada olağandışı bir şekilde bu kanaatin oluşmuş bulunması ve taraflara duruşma öncesinde bildirilmesi söz konusu olmuştur.

Federal Mahkemenin içtihadına göre, psikiyatri kurumunda alıkoyma tedbiriyle ilgili tespitte bulunan bir bilirkişinin konumunun şahısların ifadelerinin alındığı bir davada görüşüne müracaat edilen bir bilirkişiden farklı olduğu doğrudur (bkz. yukarıdaki 26. paragraf). Ancak Mahkeme'nin kanaatine göre, her iki durumda da bilirkişilere, herhangi bir yargılama işlevi üstlenmeden yalnızca uzmanlık bilgilerinden yola çıkarak bir mahkemeye yardımcı olacak tavsiyelerde bulunmaları maksadıyla müracaat edilmektedir. Bu tür bir bilirkişi tavsiyesini diğer tüm bilgi ve delillerle birlikte değerlendirmek mahkemenin ve o mahkemede görevli hâkimlerin takdirine kalmıştır. Daha önce hâkimlerinden biri tarafından bilirkişi görüşü olarak takdim edilmiş bir ifadeyi değerlendiren bir mahkemenin tarafsızlığı konusunda, objektif test neticesinde kuşku uyanabilir. AİHM'nin dava esnasında başvuru sahibinin yaşadığı endişeleri bu çerçevede incelemesi gerekir.

Başvuru sahibi 28 Aralık 1994 tarihinde İdarî Temyiz Komisyonu nezdindeki duruşmada hazır bulunduğu anda R.W. zaten iki kez vardığı sonucu dile getirmiş – ilki sözlü olarak 15 Aralık tarihinde başvuru sahibini sorguladığı esnada, ikincisi ise 23 Aralık tarihli raporunda yazılı olarak – ve psikiyatrik muayene sonucunda, başvuru sahibinin alıkonulmasının sona erdirilerek serbest bırakılması talebinin reddedilmesi doğrultusunda İdarî Temyiz Komisyonuna öneride bulunmuştur. AİHM'nin kanaatine göre, bu durum başvuru sahibi açısından meşru bir endişe kaynağı oluşturmuş ve R.W.'nin bu davadaki konumu itibarıyla başvuru sahibinin serbest bırakılmasıyla ilgili bir ön kanaat sahibi olması sebebiyle, başvuru sahibinin davasına gerekli tarafsızlık ile yaklaşmasını engellemiştir (bkz. gerekli değişikliklerle, de Haan–Hollanda davası kararı, 26 Ağustos 1997, Reports 1997-IV, s. 1392-1393, paragraf 51).

Başvuru sahibinin endişeleri, R.W.'nin İdarî Temyiz Komisyonundaki konumu sebebiyle daha da artmıştır. R.W. bu komisyonda görev alan hâkimler arasında bulunan yegâne psikiyatri uzmanıdır; ayrıca başvuru sahibini sorgulayan tek kişi de yine R.W.'dir. Başvuru sahibi meşru bir şekilde, R.W.'nin kanaatinin nihaî kararda özel bir ağırlık taşıdığından endişe duyabilir.

Mahkeme'nin görüşüne göre, tüm bu şartlar birarada değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin İdarî Temyiz Komisyonunda hâkim olarak görevli bulunan

R.W.'nin gerekli tarafsızlığı haiz olmadığına dair endişesi objektif olarak haklıdır.

Netice itibarıyla, mevcut davada Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkraya hükümleri ihlâl edilmiştir.

3. Usule ilişkin güvenceler

Megyeri–Almanya davasında (12 Mayıs 1992 tarihli karar, Başvuru No. 13770/88, Seri A No. 237-A, paragraf 22) AİHM şunları ifade etmiştir:

AİHM'nin 5. Madde 4. fıkraya hükümleriyle ilgili içtihadında ortaya çıkan ilkeler şunlardır:

[...]

(b) 5. Madde 4. fıkraya hükümlerine göre, izlenen usulün adli bir hüviyeti olmalı ve bu usul, ilgili kişiye söz konusu özgürlükten mahrumiyet tedbirinin türüne uygun güvenceler temin etmelidir; bir kovuşturmada yeterli güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde, bu tür bir kovuşturmanın gerçekleştirildiği özel koşulların nitelikleri de dikkate alınmalıdır (bkz. yakın tarihli bir örnek olarak, Wassink–Hollanda davası kararı, 27 Eylül 1990, Seri A No. 185-A, s. 13, paragraf 30).

(c) 5. Madde 4. fıkraya hükümlerinde dile getirilen adli kovuşturmada her zaman 6. Madde 1. fıkraya hükümlerinde hukuk ve ceza davaları için öngörülen türde güvencelerin sağlanması gerekli değildir. Yine de söz konusu kişinin mahkemeye erişim imkânının bulunması ve ya şahsen ya da gerekli olduğu hallerde, temsilcisi kanalıyla ifadesinin alınması fırsatına sahip olması esastır. Öte yandan, zihinsel engelli olmaları sebebiyle kendileri namına tam olarak bir tasarrufta bulunamayan kişilerin menfaatlerinin gözetilebilmesi için özel birtakım usul teminatlarına müracaat edilmesi de gerekebilir (bkz. Winterwerp–Hollanda davası kararı, 24 Ekim 1979, Seri A No. 33, s. 24, paragraf 60).

Psikiyatri kurumlarına yatırılan kişilerle ilgili bir dava olan Winterwerp–Hollanda davası kararında (24 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 33, s. 24, paragraf 60) aşağıdaki paragraf yer almaktadır:

[...] Akıl hastalığı bu tür bir hakkın kullanılma şeklini kısıtlayabilir ya da değişikliğe uğratabilir (bkz. 6. Madde 1. fıkraya hükümleriyle ilgili olarak, yukarıda belirtilen Golder davası kararı, s. 19, paragraf 39); ancak akıl hastalığı, bu hakkın özüne hâle getirilmesini haklı kılmaz. [...]

AİHM daha sonra şöyle devam etmiştir (paragraf 66, 61 ve 67):

[...] 5. Madde 4. fıkra, “aklî dengesizlik” sebebiyle bakım altına alınan kişilerin mahkemeye başvurmak için yasal temsilci temin etme konusunda bizzat inisiyatif üstlenmeleri gerektiği şeklinde bir şart getirmemektedir.

[...]

Davayla ilgili bulgulardan anlaşıldığı üzere, başvuru sahibi hiçbir surette ne şahsen ne de kendisini temsil eden bir kişi vasıtasıyla kendisi aleyhindeki alıkoyma kararlarının verildiği kovuşturma sürecine dahil olmuştur: başvuru sahibine ne bu kovuşturmayla ne de bu kovuşturmanın neticesiyle ilgili herhangi bir ihbarda bulunulmuştur; ne mahkemede ifadesi alınmış ne de kendisini savunma fırsatı verilmiştir.

[...]

Bay Winterwerp, bu çerçevede, 5. Madde 4. fıkra hükümleri ihlâlinin kurbanı olmuştur.

Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi hükümleri uyarınca alıkonulan kişilerle ilgili olarak AİHM, Assenov ve Diğerleri–Bulgaristan davasında (28 Ekim 1998 tarihli karar, Başvuru No. 24760/94, Reports 1998-VIII, paragraf 162 ve 165), 5. Madde 4. fıkra uyarınca bir duruşma yapılması gerektiğini ifade etmiştir:

Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra c bendi uyarınca alıkonulan bir kişi için duruşma yapılması gerekmektedir (bkz. yukarıda belirtilen Schiesser davası kararı, s. 13, paragraf 30-31; Sanchez-Reisse–İsviçre davası kararı, 21 Ekim 1986, Seri A No. 107, s. 19, paragraf 51; ayrıca, Kampanis–Yunanistan davası kararı, 13 Temmuz 1995, Seri A No. 318-B, s. 45, paragraf 47).

[...] mahkemenin bu davada sözlü bir duruşma yapmaması [neticesinde] [...] AİHM, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.

Geçici bir süre alıkoyma ile ilgili Lamy–Belçika davasında (30 Mart 1989 tarihli karar, Seri A No. 151, s. 17, paragraf 29) AİHM, dava dosyasında bulunan evraka erişim ile nizalı dava ilkesini dikkate almıştır. Bu davada AİHM şunları müşahade etmiştir:

Gözetiminde tutma ihtiyacının takdiri ile bilâhare suçun değerlendirilmesi arasında, kanunen ikinci davada gerekli olmasına rağmen ilk davada evraka erişim talebinin reddedilmiş olması bakımından, çok yakın bir ilişki bulunmaktadır.

Kraliyet Savcısının tüm dosyaya vâkıf olmasına rağmen usule göre başvuru sahibinin kendisinin gözetiminde tutulmasına ilişkin gerekçelere gerektiği şekilde itiraz etme fırsatı bulunmamaktadır. Silâhların eşitliği sağlanmadığı için, izle-

nen usul gerçek anlamda nizalı değildir (bkz. gerekli değişikliklerle, daha önce belirtilen Sanchez-Reisse davası kararı, Seri A No. 107, s. 19, paragraf 51).

Dolayısıyla, 5. Madde 4. fıkra hükümleri ihlâl edilmiştir.

(Aynı şekilde, Nikolova–Bulgaristan davası kararı, 25 Mart 1999, Başvuru No. 31195/96, Reports 1999-II, paragraf 61; Sanchez-Reisse – İsviçre davası kararı, 21 Ekim 1986, Seri A No. 107, s. 19, paragraf 51; Toth–Avusturya davası kararı, 12 Aralık 1991, Seri A No. 224, s. 23, paragraf 84; Kampanis–Yunanistan davası kararı, 13 Temmuz 1995, Seri A No. 318-B, s. 45, paragraf 47; Wloch-Polonya davası kararı, 19 Ekim 2000, paragraf 127.)

Lietzow–Almanya davası kararında AİHM, 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin, alıkonulan bir şüphelinin soruşturmanın çok külfetli olması tehlikesi ortaya çıkabileceği gerekçesiyle belli belgelere erişiminin engellenmesini önlediğine hükmetmiştir (13 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 24479/94, paragraf 47-48):

Mahkeme (AİHM), Savcının dosyada bulunan belgelere erişim talebini Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 147. Madde 2. fıkra uyarınca reddettiğini, gerekçe olarak da aksi takdirde devam eden ve son derece karmaşık olduğu ve çok sayıda başka şüphelinin de dahil olduğu soruşturmaların başarıyla sonuçlanması açısından bir risk ortaya çıkabileceğini ileri sürdüğünü müşahade etmiştir. Bu görüş, Frankfurt Temyiz Mahkemesinin 24 Nisan 1992 tarihli kararında da yer almaktadır (bkz. yukarıdaki 19. paragraf).

Mahkeme, ceza soruşturmalarının etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi ihtiyacının bilincindedir; bu ihtiyaç gereği soruşturma esnasında toplanan bilgilerin bir bölümünün şüphelilerin delilleri tahrip etmesinin ve adâletin selâmetine zarar vermesinin önlenmesi amacıyla gizli tutulması da söz konusu olabilir. Ancak, bu meşru amaç, savunma haklarıyla ilgili önemli kısıtlamalar pahasına güdülemez. Dolayısıyla, bir kişinin alıkonulmasının hukukiliğinin tespitinde esas teşkil eden bilgilerin şüphelinin avukatına da uygun şekilde açıklanması gerekir.

Bu şartlar altında ve Bölge Mahkemesinin Bay W. Ve Bay N.’nin ifadelerinden yola çıkarak ileri sürdüğü ve başvuru sahibine iletilmediği için başvuru sahibinin gerektiği şekilde itiraz edemediği gerekçenin taşıdığı önem itibarıyla, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonulmasını inceleyen Frankfurt Bölge Mahkemesinin izlediği usulde Sözleşme’nin 5. Madde 4. fıkra hükümlerinde öngörülen güvenceler sağlanmamıştır. Dolayısıyla bu madde hükümleri ihlâl edilmiştir.

Son olarak, 5. Madde 4. fıkra hükümlerine göre, bu madde çerçevesinde alıkoyma tedbiri bir “mahkeme” tarafından incelendiği takdirde temyiz şartı

getirilmemiş olduğu da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede, 10 Ekim 2000 tarihli Grauzinis–Litvanya davası kararına (Başvuru No. 37975/97, paragraf 32) atıfta bulunulabilir:

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasında “temyiz” (“appeal”) değil, “kovuşturma” (“proceedings”) ifadesi kullanılmıştır ve bu madde hükümlerine göre alıkoyma tedbirine ya da bu tür bir tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin bir kararın temyize götürülmesi gibi bir hak güvence altına alınmış değildir. İzlenen usulün adli bir hüviyet taşıması ve ilgili kişiye söz konusu özgürlükten mahrumiyet türüne uygun güvenceler temin etmesi kaydıyla, tek bir merciin müdahalesi, 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin yerine getirilmesini sağlayacaktır (bkz. yukarıda belirtilen Jecius davası kararı, paragraf 100). Ancak, iç hukukta bir temyiz sistemi bulunması hâlinde temyiz merciinin de 5. Madde 4. fıkra hükümlerine uyması gerekir (bkz. Toth–Avusturya davası kararı, 12 Aralık 1991, Seri A No. 224, paragraf 84).

- 5. Madde, 5. fıkra** *Sözleşme'nin 5. Madde 5. fıkrası hükümleri şu şekildedir:*
– **Tazminat hakkı** **5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.**

1. 5. fıkranın kapsamı

Brogan ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasında (29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145-B, s. 35, paragraf 66-67) AİHM şu hususları müşahade etmiştir:

Davalı Devlet, diğer hususların yanı sıra, 5. Madde 5. fıkra hükümlerinin amacının, “hukuka aykırı” bir yakalama ya da alıkoyma tedbirinin mağduru olan bir kişinin uygulanabilir bir tazminat hakkına sahip olmasını temin etmek olduğunu ileri sürmüştür. Bu çerçevede, davalı Devlet ayrıca, 5. Maddenin çeşitli fıkralarında dile getirilen “hukuka uygun” (hukukî) ifadesinin aslen iç hukuk temelinde ve buna ilâveten her tür keyfilik unsurunu bertaraf edecek şekilde anlaşılması gerektiğini de ileri sürmüştür. Davalı Devlet, 5. Maddenin ilk dört fıkrası hükümlerinden herhangi birinin ihlâli hâlinde bile, 5. fıkra hükümleri çerçevesinde herhangi bir ihlâl olmayacağını, zira başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin Kuzey İrlanda kanunlarına göre hukuka uygun olduğunu ve keyfi bir tedbir olmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme, Komisyon'la aynı doğrultuda, bu tür bir kısıtlayıcı yorumun, “bu Madde hükümlerini ihlâl eden” bir yakalama ya da alıkoyma tedbiri hakkında 5. fıkra hükümlerinde öngörülen şartlara aykırı olacağını dikkate almaktadır.

Mevcut davada başvuru sahipleri, iç hukuka göre hukuka uygun olarak, ancak 5. Madde 3. fıkra hükümlerine aykırı bir şekilde yakalanmış ve alıkonulmuşlardır. Bu ihlâl, mevcut kararla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespitleri öncesi ya da sonrasında, mağdurların ulusal mahkemeler nezdinde uygulanabilir bir tazminat talebinde bulunmalarına imkân vermemektedir; bu hususa davalı Devlet de itiraz etmemiştir.

Bu şekilde, bu davada, her dört başvuru sahibiyle de ilgili olarak ayrıca 5. Madde 5. fıkra hükümleri de ihlâl edilmiştir.

2. “Tazminat” kavramı

Wassink–Hollanda davasında başvuru sahibi, 5. Madde 1. fıkra hükümleri uyarınca “yasada belirlenen bir usul” şartını yerine getirmeyen koşullarda bir psikiyatri hastanesine kapatılmıştır. Başvuru sahibi, yalnızca Hollanda Medenî Kanununun medenî haklarla ilgili sorumluluk konusundaki ilgili maddesi çerçevesinde 5. Madde 1. fıkra hükümlerinin ihlâli sebebiyle tazminat talebinde bulunabileceğini ileri sürmüştür. Hollanda Medenî Kanununun bu madde hükümleri, yalnızca fiilî zarar kanıtlandığı takdirde uygulanabilmektedir. Başvuru sahibi, “bu davada uğradığı zararın kanıtlanmasının hemen hemen imkânsız olduğunu, zira Sözleşme'nin 5. Maddesine uygun bir şekilde gerçekleştirilen kovuşturmanın istenilen sonucu sağladığının mutlak bir kesinlikle teyit edilmesinin mümkün olmadığını” iddia etmiştir.

AİHM bu davada (Wassink–Hollanda davası kararı, 27 Eylül 1990, Seri A No. 185-A, s. 14, paragraf 38) şu hususları müşahade etmiştir:

Mahkeme'nin görüşüne göre, 1., 2., 3. ya da 4. fıkra hükümlerine aykırı bir şekilde özgürlükten mahrumiyet söz konusu olması hâlinde tazminat isteminde bulunma imkânı bulunduğu sürece, 5. Madde 5. fıkra hükümlerine uygunluk sağlanmış olacaktır. Bu fıkra hükümlerine göre Sözleşmeciler Devlelerin, ödenecek tazminatı ilgili kişinin ihlâl sebebiyle uğradığı zararı kanıtlayabilmesine dayandırması mümkündür. 5. Madde 5. fıkra çerçevesinde, 25. Madde bağlamında da olduğu gibi (bkz. diğer davaların yanı sıra, Huvig davası kararı, 24 Nisan 1990, Seri A No. 176-B, s. 56-57, paragraf 35), herhangi bir zarar ortaya çıkmış olmasa da “mağdur” statüsü söz konusu olabilir; ancak tazmin edilecek herhangi bir maddî ya da manevî zarar olmadığı sürece “tazminat” söz konusu olmayacaktır.

AIHS 6. Madde – Âdil yargılanma hakkı

6. Madde, 1. fıkrası *6. Maddenin 1. fıkrası yargı idaresine ilişkin genel hükümlerden oluşur. Lafzı aşağıdaki gibidir:*

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 isteme 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.

1. “Mahkeme hakkının” uygulama alanı

6. Madde’de tanımlanan mahkeme hakkı “[bir kişinin] medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar” (İngilizce’de: “determination of [a person’s] civil rights and obligations”; Fransızca’da: “contestations sur ses droits et obligations de caractère civil”) veya hakkını arayan bir kişiye karşı “cezai alanda yöneltilen suçlamalar” (İngilizce’de: “any criminal charge”; Fransızca’da: “accusation en matière pénale”) bağlamında geçerlidir. “Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar” ve “cezai alanda yöneltilen suçlamalar” kavramları daha sonra sırasıyla açıklanacaktır.

“Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar konusundaki kararlar” için mahkeme hakkı

“Medeni hak ve yükümlülükler” ve “niza” (ihtilâf-uyuşmazlık-“dispute”) ifadesi bu terimlerin her birinin ayrıntılı bir yaklaşımla ele alınmasını gerektirmektedir.

“Niza” (uyuşmazlık-“dispute”) kavramı

Bentham–Hollanda davasının kararında (23 Ekim 1985, Seri A No.97, s.15, paragraf 32), AIHM “uyuşmazlık” kavramına ilişkin içtihadını özetlemiştir:

AIHM’nin içtihadından doğan ilkelerin arasında şunlar bulunur:

(a) Sözleşme'nin ruhuyla uygun düşmesi için “uyuşmazlık” (dispute-contestation) sözcüğünün “aşırı teknik anlamda ele alınmaması” ve “şekli olmaktan çok maddi bir anlayışla” (bkz. Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981 tarihli karar, seri A No. 43, s. 20, paragraf 45) yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

(b) “Uyuşmazlık” (dispute) sadece “[...] hakkın fiili varlığına” ilişkin olabileceği gibi, kapsamı ya da kullanılma biçimiyle de ilgili olabilir (bkz. aynı karar, a.g.e., s. 22, paragraf 49). Gerek “maddi meseleleri” gerekse “hukuki meseleleri” (bkz. aynı karar, a.g.e., s. 23, paragraf 51'in tamamı, ve Albert ve Le Compte kararı, 10 Şubat 1983, Seri A No. 58, s.16, paragraf 29'un tamamı ile s. 19, paragraf 36) kapsayabilir.

(c) “Uyuşmazlık” (dispute) gerçekten var olmalı ve ciddi bir niteliğe sahip bulunmalıdır (bkz. Sporrang ve Lönnroth kararı, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 30, paragraf 81).

(d) 16 Temmuz 1971 tarihli Ringeisen kararına göre, “ medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar” [İngilizce'de: “disputes over civil rights and obligations”; Fransızca'da: “contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil”] ifadesi sonucu bu [türlü] hak ve yükümlülükler için belirleyici nitelikte olan tüm yargılamaları içerir ” (Seri A No.13, s. 39, paragraf 94). Ancak, “6. Madde 1. fıkra hükümlerinin geçerli olması için yüzeysel bir bağlantı veya uzak sonuçlar yeterli değildir: medeni hak ve yükümlülüklerin ‘uyuşmazlığın’ (dispute) konusu – ya da konularından biri – olması, davanın sonucunun bu tür bir hak için doğrudan belirleyici olması gerekir” (bkz. yukarıdaki Le Compte, Van Leuven ve De Meyere kararı, Seri A No. 43, s. 21, paragraf 47).

Bu davada bir petrol dağıtım tesisi lisansının kullanımıyla ilgili olarak bir bireyle Devlet arasındaki anlaşmazlık, Sözleşmedeki anlamıyla bir uyuşmazlık – niza (dispute) oluşturmaktadır. Devlet henüz hiçbir hakkın doğmadığını, dolayısıyla, bir uyuşmazlık bulunmadığını ileri sürmektedir. AİHM ise başvurucunun tesisi kullanmak üzere belediyeden alınmış bir izninin olduğunu belirtmiştir.

‘Uyuşmazlığın’ kendisine dayanak teşkil eden hakkın tayininde “belirleyici” olması gerektiği vurgulanacaktır. Zira, bir davadaki “belirleyici” nitelik (yüzeysel bağlantı veya uzak sonucun aksine) 6. Madde 1. fıkra anlamıyla bir “uyuşmazlığın” varolması için gerekli bir önkoşul teşkil eder; bkz. Balmer-Schafroth ve Diğerleri–İsviçre davası. Bu davaya ilişkin kararında (26 Ağustos 1997, Reports 1997-IV, paragraf 40) AİHM'nin belirttiği gibi:

Başvurucuların dilekçelerinde Federal Konsey'den işletme lisansının uzatılmasının reddini isterlerken, buna dayanak olarak, Mühleberg elektrik

santralında ciddi ve telafisi imkânsız inşaat hataları bulunduğunu, bu santralin günümüz güvenlik standartlarını yerine getirmediğini ve koşulları nedeniyle normalden fazla bir kaza riski taşıdığını belirttikleri hatırlatılır (bkz. yukarıdaki paragraf 9). İddia edilen teknik kusurların varlığı ve bunlardan kaynaklanan tehlikelerin genel anlamıyla halk ve çevreye olan etkisinin azaltılması gereğini kanıtlamak için başvuruçular tüm mevcut yollara başvurmuşlardır. Ancak, tüm çabalarına karşın kendileri tarafından dava edilen elektrik santralının işletme koşulları ile kendi fiziksel bütünlüklerini koruma hakları arasında doğrudan bir bağlantı kurmayı başaramamışlardır, zira Mühleberg elektrik santralının işletilmesinin kendilerini kişisel olarak sadece ciddi olmakla kalmayıp, ayrıca belirli ve daha da önemlisi yakın bir tehlikeye maruz bıraktığını gösterememişlerdir. Bu tür bir bulgunun yokluğunda, Federal Konsey'in halihazırdaki davada alınmasını emredebileceği önlemlerin halk üzerindeki etkileri varsayımsal olmanın ötesine geçememektedir. Neticede, gerek tehlikeler gerekse telâfiler, başvuranların dayanak olarak gösterdikleri hak açısından AİHM'nin içtihadı anlamında davanın sonucunun doğrudan belirleyici olmasını sağlayacak bir olasılık derecesinde saptanmamıştır. AİHM'nin görüşüne göre, Federal Konsey'in kararı ile başvuranların ileri sürdükleri hak arasındaki bağlantı çok yüzeysel ve uzaktır.

Bu durumda mevcut dava 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamına girmez.

(Bkz. Athanassoglou ve Diğerleri–İsviçre davası, 6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 27644/95.)

Özetlemek amacıyla, Acquaviva–Fransa kararında (21 Kasım 1995, Başvuru No. 19248/91, Seri A No. 333-A, paragraf 46) AİHM'nin belirttiklerinden alıntı yapacağız:

İçtihadında yer alan ilkeler uyarınca (Zander–İsviçre davası, 25 Kasım 1993 tarihli karar, Seri A No. 279-B, s. 38, paragraf 22 ve Kerojärvi–Finlandiya davası, 19 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A No.322, s. 12, paragraf 32) AİHM tarafından değerlendirilecek olan uyuşmazlığın (“dispute”), iç hukuk kapsamında hiç değilse tartışılabilir bir temele dayalı bile olsa, var olduğu söylenebilecek bir “hak” ile ilgili olması gerekir. Uyuşmazlığın var olması ve ciddi bir niteliğe sahip olması gerekir; sadece bir hakkın varlığı ile ilgili olmayıp, bu hakkın kapsamı ve yararlanılma şekli ile ilgili de olabilir; ve nihayet, davanın sonucunun söz konusu hak için doğrudan belirleyici olması gerekir.

(Bkz. ayrıca Le Compte, Van Leuven ve De Meyere–Belçika davasının kararı, 23 Haziran 1981, Seri A No. 43, s. 21, paragraf 47; Fayed–Birleşik Krallık kararı, 21

Eylül 1994, Seri A No. 294-B, s. 46, paragraf 56; ve Masson ve Van Zon–Hollanda davası, 28 Eylül 1995, Seri A No. 327-A, s. 17, paragraf 44.)

“Medeni hak ve yükümlülükler” kavramı

Uyuşmazlık “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili olmalıdır. “Medeni hak ve yükümlülükleri” tanımlamak için, önce “hak/yükümlülük” kavramını tanımlayacak, sonra da “medeni” kavramını açıklayacağız.

Hak ve yükümlülük kavramı

AİHM pek çok kez (bkz. örneğin, Al-Adsani–Birleşik Krallık davası, 21 Kasım 2001 tarihli karar, Başvuru No. 35763/97, paragraf 46) şunları belirtmiştir:

6. Madde'nin 1. fıkrası kendi başına Sözleşmeciler Devletler'in maddi hukukunda “medeni hak ve yükümlülükler” için belirli bir içeriği garanti etmez. Bu maddenin kapsamı sadece iç hukuk bağlamında en azından tartışmalı bile olsa varolduğu söylenebilecek “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili uyuşmazlıkları içerir (bkz. Z. ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası [Büyük Daire – BD], No. 29392/95, paragraf 87, ECHR 2001 ve burada sayılan diğer örnekler).

Bu formül James ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasının kararında (21 Şubat 1986, Seri A No. 98, s. 46, paragraf 81) kullanılabilecek çok benzer; bu karara göre medeni “hak ve yükümlülükler”in 6. Madde kapsamına girmesi için, kendi özel içeriklerine ek olarak, en azından ulusal hukuk uyarınca hak olarak tanınması gereklidir.

6. Madde 1. fıkra, sadece tartışmalı bile olsa iç hukukta tanındığı söylenebilecek (medeni) “hak ve yükümlülükler” ile ilgili uyuşmazlıklara (disputes) uygulanır; bu madde tek başına Sözleşmeciler Devletler'in maddi hukukunda (medeni) “hak ve yükümlülükler” için belirli bir içeriği garanti etmez.

Dolayısıyla, gerçekten “hak ve yükümlülükler”in konu edilip edilmediğini belirlemek için davalı Devlet'in hukuk düzenine başvurmak gerekir.

Bu ilke yine de bir dizi ince ayırım içermektedir.

Öncelikle, Al-Adsani–Birleşik Krallık davasında AİHM, Hükümet'in uluslararası hukuka dayalı dokunulmazlık ilkesi dolayısıyla bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrasının uygulanamayacağını ileri sürdüğüne işaret etmiştir (paragraf 47-49):

Bir şahsın iç hukukta dava konusu oluşturabilecek bir iddiasının olması, doğrusunu söylemek gerekirse, sadece ilgili medeni hakkın ulusal hukuk uyarınca tanımlanmış olduğu biçimiyle maddi içeriğine değil ayrıca muhtemel iddiaların mahkemeye getirilme olanaklarını önleyen veya kısıtlayan usul engellerinin varlığına da bağlıdır. İkinci türe giren davalarda, 6. Madde'nin 1. fıkrası uygulanabilir. Kuşkusuz, Sözleşme'nin icra organları, 6. Madde'nin 1.

fıkrasının yorumlanması yoluyla söz konusu Devlet'te hukuki temeli olmayan herhangi bir maddî medenî hak yaratacak değildir. Ancak, Sözleşme'nin icra organlarının sınırlaması veya kontrolü olmaksızın bir Devlet bütün bir medeni iddia türünü mahkemelerin yetki alanından çıkarır ya da büyük bir gruba veya kişi kategorisine medeni yükümlülükler bakımından dokunulmazlık ihсан ederse, bu demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile veya 6. Madde'nin 1. fıkrasına temel oluşturan, medeni iddiaların karara bağlanmak üzere bir yargıcın önüne getirilebilmesi ilkesi ile tutarlı olmaz. (bkz. Fayed–Birleşik Krallık davası, 21 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A No. 294-B, paragraf 65).

Başvurucunun açmak istediği dava, İngiliz hukuku kapsamında çok iyi bilinen bir dava nedeni olan bedeni zarardan doğan tazminat davasıydı. AİHM, başvurucunun iddiasının hukuki bir temeli olmadığını, zira varolabilecek tüm maddi hakkın Devletin dokunulmazlığı doktrini işletilerek ortadan kalktığını ileri süren Hükümet savunmasını kabul etmemektedir. Bir Devlet'e karşı açılan bir davaya hukuk yolları tamamen (in limine) kapatılamaz: eğer davalı Devlet dokunulmazlıktan feragat ederse, dava mahkemede görülebilir ve karara bağlanabilir. Dokunulmazlığın ihšanasına maddi bir hak niteliğinde değil, ulusal mahkemelerin hakkı belirleme yetkilerinin önündeki bir usûl engeli gözüyle bakılmalıdır.

Dolayısıyla, Mahkeme medeni haklara ilişkin ciddi ve gerçek bir uyuşmazlığın var olduğu konusunda tatmin olmuştur. Bu şekilde, söz konusu davada 6. Madde 1. fıkra hükümleri geçerlidir.

(Bkz. McElhinney–İrlanda davası, 21 Kasım 2001 tarihli karar, Başvuru No. 31253/96, paragraf 23–26.)

Bu karar, medeni “hak ve yükümlülükler”in mevcudiyetiyle ilgili usûl kurallarının etkisine ilişkin tutumu özetlemektedir.

Bu noktada Pudas–İsveç davasının kararından kaynaklanan içtihadın betimlenmesi yerinde olacaktır (21 Ekim 1987 tarihli karar, Başvuru No. 10426/83, Seri A No. 125-A, paragraf 34). Bu davada, başvurucu belli hatlarda taksi işletmek için bir ruhsat almıştır. Bu ruhsat, aksine bir bildirim olmadığı sürece geçerlidir. Daha sonra, bir şirkete aynı hatları kapsayan bir ruhsat verilmiş ve başvurucuya verilen ruhsat iptal edilmiştir. Davalı devlet, ulusal hukukta söz konusu türdeki ruhsatların belirli koşulları yerine getiren herkese verilmesi konusuna ilişkin hiçbir hak sağlanmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca, ruhsatın başvurucunun lehine bir “hak” oluşturmadığı, zira sabit bir süre için değil, “aksine bir bildirim olmadığı takdirde” geçerli olduğu görüşü dile getirilmiştir. Nihayet, hükümetin savunmasında bu iptalin yargı deneti-

mine tâbi olmayan ya da uygun olmayan politika konularının değerlendirilmesi sonucunda gerekli bulunduğu söylenmektedir. AIHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme, ruhsat alan başvurunun, ruhsatla bağlantılı bazı haklara sahip olduğu konusunda Komisyon'a katılmaktadır.

Öncelikle, bu ruhsat, iptal edilebilme ihtimaline tâbi olmak üzere, ruhsatta belirtilen ve iç hukuktaki şartlar uyarınca başvurucuya bir ulaştırma hizmeti gerçekleştirilmesi için yetki verilmesini kapsayan bir "hak" içermektedir (bkz. yukarıdaki 9., 16. ve 17. paragraflar). Ruhsatın hangi şartlara göre iptal edilebileceğinin belirtilmediği ve yasanın iptale ilişkin belli bir takdir yetkisi tanıdığı doğrudur; ancak genel kabul gören hukuki ve idari ilkeler çerçevesinde yetkililer, bu bağlamda hiçbir kısıtlamaya tâbi olmayan bir takdir yetkisine sahip değillerdir.

Başvurunun İsveç hukuku uyarınca ruhsatı ile işine devam edebilme hakkına sahip olduğunu ileri sürmesi makul ve mümkündür.

Açıkça tanınan bir hakkın yokluğunda, iç hukukta bir hakkın aslında makul olarak bulunması gerektiğini ileri sürmek yeterlidir (bkz. ayrıca Editions Périscope-Fransa kararı, 26 Mart 1992, Seri A No. 234-B, s. 64, paragraf 35).

Anne-Marie Andersson – İsveç davasının kararı (27 Ağustos 1997, Başvuru No. 20022/92, Reports 1997-IV, paragraf 35-37) başvurunun medeni "hak veya yükümlüğü"nin bulunmadığının AIHM tarafından kabul edildiği durumlara örnek oluşturur. Bu davada, bir psikiyatr, bir hastasının akıl sağlığı nedeniyle çocuğu için zararlı olabileceğini sosyal hizmetler kurumuna bildirmiştir. İsveç yasaları uyarınca bunu yapması zorunludur. Başvurucu ise Sosyal Konsey'e iletilmeden önce psikiyatrin raporuna bir mahkeme önünde itiraz edemediği için şikayetçi olmuştur. AIHM şunları açıklamıştır:

İncelemeye konu olan davada, eğer baş psikiyatrin elinde başvuru hastasının reşit olmayan oğlunun korunması için Sosyal Konsey'in müdahalesini gerekli kılacak bilgi bulunuyorsa, psikiyatr bunu derhal Sosyal Konsey'e bildirmekle görevlidir. Bu görev Sosyal Konsey'in çocuğa ilişkin olarak alınması gereken koruma amaçlı önlemlerin saptanmasını sağlayacak soruşturma ile ilgili olarak psikiyatrin elinde bulunan tüm verileri kapsar (bkz. yukarıda paragraf 17-19) ve sadece bu verilerin önem derecesine bağlıdır (Sosyal Hizmetler Yasası, Bölüm 71, alt bölüm 2 ve 4).

Mahkeme bu yükümlülüğün kapsamına ek olarak, yukarıda tanımlandığı üzere, hangi verilerin Sosyal Konsey'in soruşturması açısından önem taşıyacağına ilişkin değerlendirme açısından psikiyatrin çok geniş bir takdir hakkına sahip olduğuna işaret eder (a.g.e.). Bu bağlamda, hekimin bilgiyi Sosyal Kon-

sey'e iletmeden önce başvuruçunun görüşünü almak gibi bir görevi yoktur (bkz. yukarıdaki paragraf 21).

Aynı şekilde, ilgili mevzuatın içeriğinden de anlaşılacağı gibi böylesi bir verinin iletilmesini önleme "hakkının" iç hukukta tanınabileceği ileri sürülemez (bkz. Masson ve Van Zon–Hollanda davası, 28 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 327-A, s. 19-20, paragraf 49-52). Bunun aksini gösteren hiçbir delil Mahkeme'ye sunulmamıştır.

Yukarıdakilerin ışığında, Mahkeme 6. Madde'nin 1. fıkrasının görülmekte olan davaya uygulanmayacağına ve dolayısıyla bu davada bu madde hükümlerinin ihlâl edilmediği kararına varmıştır.

Kervoélen–Fransa davasında (27 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 35585/97, paragraf 23-30), AİHM bir bar işletme ruhsatının süresinin dolması halinde 6. Madde'nin 1. fıkrasının uygulanması hakkını gerektirecek bir kararın söz konusu olduğunun ileri sürülemeyeceğini kararlaştırmıştır (Tre Traktörer AB–İsveç davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 159, paragraf 43).

“Medeni” hak veya yükümlülük

Hak ve yükümlülüklerin doğası itibarıyla “medeni” olmaları gerekir. Bu, tanımlanması oldukça zor ve zaman içinde gelişen bir kavramdır.

Öncelikle, AİHM'nin bu kavramın iç hukuka ilişkin olarak özerkliğini vurguladığı ve ulusal hukukun bu kavramın tanımlanmasında belirli bir rol oynadığını kabul ettiği dikkate alınmalıdır. König–Almanya davasında (28 Haziran 1978, Seri A No. 27, s. 29-30, paragraf 88-89) AİHM özellikle şunları beyan etmiştir:

[...] “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı sadece davalı Devlet'in iç hukukuyla bağlantılı olarak yorumlanamaz [...]

Mahkeme, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramının özerk bir kavram olduğu sonucuna varmakla birlikte, ilgili Devlet'in mevzuatının bu bağlamda önem taşımadığını da düşünmemektedir. Bir hakkın Sözleşme kapsamındaki anlamıyla medeni olarak algılanıp algılanmayacağı, ilgili Devlet'in iç hukukundaki yasal sınıflandırılmasına değil, maddi içeriğine ve ilgili hakkın etkilerine dayanılarak kararlaştırılmalıdır.

Ancak, AİHM 6. Madde kapsamında belirtilen hak ve yükümlülüklerin “medeni” boyutuna genel bir tanım getirmeyi açıkça reddetmiştir. Yukarıda yer alan Benthem kararında (a.g.e., s. 16, paragraf 35) şunlar belirtilmiştir:

AİHM bu durumda “medeni hak ve yükümlülükler” kavramına ilişkin soyut bir tanım getirmenin zorunlu olduğunu düşünmemektedir.

AİHM “medeni” hak ve yükümlülükler ifadesinin iç hukukta bulunabileceği gibi, sadece özel hukuk ve kamu hukuku kapsamına giren konular arasındaki ayrımı yansıtacak şekliyle algılanmaması ya da 6. Madde’nin 1. fıkrasının yalnızca bireyler arasındaki uyumsuzluklara uygulanmakla sınırlandırılmaması gerektiğini belirtmeyi uygun görmüştür. Ulusal tasniflerin ve tarafların niteliklerinin ötesinde, bu konuda önemli olan söz konusu hakkın doğasıdır. Yukarıda yer alan König kararında (s. 30, paragraf 90), AİHM şu karara varmıştır:

6. Madde’nin 1. fıkrası geleneksel anlamıyla bireyler arasındaki ya da bir birey ile Devlet arasındaki özel hukuk uyumsuzluklarını kapsar. Bu kapsam Devlet’in özel hukuka tâbi özel bir şahıs gibi hareket etmekte olduğu durumlara uygulanırken, Devlet’in egemenlik yetkisi ile hareket ettiği durumlarda bir birey ile Devlet arasındaki uyumsuzluklarda uygulanmaz.

[...]

Sadece (konu edilen) hakkın niteliği önemlidir.

Burada Ringeisen–Avusturya kararından (16 Temmuz 1971, Seri A No. 13, s. 39, paragraf 94) kaynaklanan içtihadına atfen AİHM, bu kararda zaten şunları belirtmiştir:

Konunun nasıl karara bağlanacağını saptayan mevzuatın (medeni, ticari, idari hukuk [...]) ve konuyla ilgili yetkili kılınmış merciin niteliği (normal mahkeme, idari organ [...]) fazlaca önem taşımaz.

Dolayısıyla AİHM için önemli olan, söz konusu hakkın veya yükümlülüğün özünde bulunan nitelikler ve bunun da “özel” olması gerekir. Pudas–İsveç davası kararının (21 Ekim 1987, Başvuru No. 10426/83, Seri A No. 125-A, paragraf 35) lafzı bu kararlar ile tam bir paralellik taşır (paragraf 35). Bu kararda AİHM şunları belirtmiştir:

6. Madde’nin 1. fıkrası tarafların statüsü gözetilmeksizin, uyumsuzlukların nasıl çözümleneceğine ilişkin mevzuatın çerçevesi ve bu konuda yetkili kılınmış merciin niteliği itibarıyla uygulanır; dava sonucunun özel hak ve yükümlülükler açısından belirleyici olması yeterlidir (bkz. ayrıca Deumeland davası, 29 Mayıs 1986 tarihli karar, Seri A No.100, s. 22, paragraf 60, ve Baraona davası, 8 Temmuz 1987 tarihli karar, Seri A No. 122, s. 17-18, paragraf 42).

Eğer davaya konu olan çıkarlar ekonomik nitelikte ise AİHM söz konusu hakkın “medeni” mi “özel” mi olduğunu belirleyecektir.

Bu, doğal olarak mülkiyet hakkının kullanımını saptayan usûllere ilişkin bir uygulamadır (Mahieu–Fransa davası, 19 Haziran 2001 tarihli karar, Başvuru No. 43288/98, daha önce alınmış çiftlik işletme iznine ilişkin).

Ancak, bu durum sosyal mevzuata ilişkin konulara da uygulanır. Dolayısıyla, Francesco Lombardo–İtalya davasında (26 Kasım 1992 tarihli karar, Seri A No. 249-B), malûlen emekliye sevk edilen bir polis memuru (carabiniere) malûliyetinin “görevi dolayısıyla” oluşan hastalıktan kaynaklandığını ileri sürerek “normalden daha yüksek bir emekli maaşı” talebinde bulunmuştur. AİHM, başvurucunun yakınmasının ne “işe alma” ne de “işten çıkarma” ile ilgili olmadığını ve sadece bir memurun “görevine son verilmesi” ile dolaylı ilgisi bulunduğunu belirlemiştir; zira konu, davacı görevden ayrıldıktan sonra doğan tamamen bir maddi hakka ilişkin bir taleple bağlantılı bulunmuştur. Bu şartlarda ve söz konusu emekli maaşlarının ödenmesiyle ilgili yükümlülüğünü yerine getirirken, İtalyan Devleti “takdir yetkilerini” kullanmadığı ve bu durumda özel hukuk kapsamına giren bir iş akdinin tarafı olan bir işverene benzer konumda bulunduğu için, AİHM başvurucunun iddialarının 6. Madde’nin 1. fıkrası uyarınca “medeni” bir niteliğe sahip olduğu sonucuna varmıştır (bkz. yukarıda belirtilen Neigel davasının kararı, s. 410-411, paragraf 43).

Benzer şekilde, Schuler-Zraggen – İsviçre davasının kararında (24 Haziran 1993, Seri A No. 263, s. 17, paragraf 46), AİHM malûlen emeklilik ve sosyal güvenlikten faydalanmayla ilgili meselelere ilişkin olarak şunları belirlemiştir:

Hükümet tarafından belirtilen kamu hukuku boyutlarına karşın, en önemli [mesele] başvurucunun sadece idari mercilerle olan ilişkilerden dolayı etkilenebilmiş olması değil, ayrıca gelir kaynağına müdahaleden dolayı da mağdur olmasıdır; başvurucu federal tüzükte belirtilen belirli kurallardan kaynaklanan bireysel bir ekonomik hak talep etmektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 35).

(Bkz. ayrıca Feldbrugge–Hollanda davası, 29 Mayıs 1986 tarihli karar, Seri A No. 99, s. 12-16, paragraf 26-40; ve Salesi–İtalya davası, 26 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 257-E, s. 59-60, paragraf 19.)

Özetle:

6. Madde’nin 1. fıkrası bir fiilin doğası itibarıyla “maddi” olduğu durumlarda ve keza maddi hakların ihlâline ilişkin bir iddia karşısında uygulanır; burada uyumsuzluğun menşei ve idari mahkemelerin yetki alanına giriyor oluşu göz önünde bulundurulmaz (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, daha önce belirtilen, Editions Pèriscope davasının kararı, s. 66, paragraf 40 ve Beaumartin–Fransa davası, 24 Kasım 1994 tarihli karar, Seri A No. 296-B, s. 60-61, paragraf 28).

(Procola–Lüksemburg davası, 28 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 326, paragraf 38; Editions Pèriscope–Fransa davası, 26 Mart 1992 tarihli karar, Seri A No. 249-B; De Sandra–İtalya davası, 2 Eylül 1997 tarihli karar, Reports 1997-V, paragraf 16-18; Beaumartin davasının kararı, s. 60-61, paragraf 28; Ortenberg–Avusturya davası, 25 Kasım 1994 tarihli karar, Seri A No. 295-B, s.

48-49, paragraf 28, ve ayrıca zimnen yer aldığı durumlar, Van de Hurk–Holanda davası, 19 Nisan 1994 tarihli karar, Seri A No. 288, s. 16, paragraf 43; kamu yararına bir istimlâk yapılmasını emreden bir kaymakamlık kararnamesinin iptali için açılmış olan Znatta–Fransa davası, 28 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru No. 38042/97.)

Ancak bu, ulusal hukukta çizilmiş bulunan ve Devletlerin işleyişi ile takdir yetkisinin çekirdeğini oluşturan temel ayırımların AIHM tarafından gözardı edildiği anlamını taşımaz. Nitekim, Atgento–İtalya davasının kararında (2 Eylül 1997, Reports 1997-V, paragraf 18), AIHM şunu belirtmiştir:

Avrupa Konseyi'ne üye Devletler'in birçoğunda devlet memurları ile özel hukuk kapsamına giren çalışanlar arasında temel bir ayırım olduğu Mahkeme tarafından gözlemlenmiştir. Bunun neticesinde “devlet memurlarının işe alınışı, kariyerleri ve hizmetlerine son verilmesine ilişkin uyumsuzlukların genel bir kural olarak 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamı dışında” kaldığı kanısı doğmuştur (bkz. Massa–İtalya davası, 24 Ağustos 1993 tarihli karar, Seri A No. 265-B, s. 20, paragraf 26, ve Neigel–Fransa davası, 17 Mart 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, s. 410-411, paragraf 43).

Esasen, AIHM maddi boyuttan yola çıkanın dışında farklı bir test daha uygular. Görülmekte olan bir davada Devlet'in, genel menfaatlerini gözetken bir kamusal yetki sahibi sıfatıyla hareket edip etmediğini değerlendirmeye çalışır (bkz. Fogarty–Birleşik Krallık davası, 21 Kasım 2001 tarihli karar, Başvuru No. 37112/97, paragraf 28):

Mahkeme, yukarıda sözü geçen Pellegrin davasının kararında 6. Madde'nin 1. fıkrasının devlet memurlarının istihdamına ilişkin uyumsuzluklarda, çalışanın görev ve sorumluluklarının doğası itibarıyla uygulanabilir olup olmadığını belirlemek amacıyla işlevsel bir test benimsediğini hatırlatır. Eğer dava konusu olan devlet memurunun görevleri, Devlet'in genel çıkarlarını korumakla sorumlu bir kamusal yetki sahibi sıfatıyla hareket edilmesini gerektiren belirli kamu hizmeti çalışmaları kapsamına giriyor ise, istihdamla ilgili uyumsuzluk 6. Madde'nin 1. fıkrasının kapsamının dışında kalır.

Bu tür faaliyetlerin en bariz örnekleri silâhlı kuvvetler ve emniyet teşkilâtlarında görülür. R.–Belçika davasında (27 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 33919/96, paragraf 44-45, sadece Fransızca, resmi olmayan çevirisi) AIHM şunları belirtmiştir:

İçtihadı ışığında, Mahkeme, başvurusunun yedek subay olarak icra ettiği askerlik yükümlülüğü sırasında yaralandığı için tazminat niteliğinde emeklilik maaşı talebinde bulunmasının Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası bağlamında bir medeni hak teşkil etmediği kanaatindedir. Mahkeme, yedek hizmetlere dahil olanların faal hizmette bulunmaları gereken dönemlerde

askeri statüye sahip olduklarını tespit etmiştir. Yukarıda sözü geçen Pellegrin kararında belirlenen ilkeler uyarınca, başvurucunun durumu silâhlı kuvvetlerin faal bir mensubunun durumdan farklı değildir, zira bu şahıs da Devlet'in genel menfaatlerini korumakla sorumlu bir kamusal yetki sahibi sıfatıyla hareket etmektedir. Yedek subay olarak gerçekleştirdiği çalışmalar sırasında icra ettiği görevlerin başvuru tarafından nasıl tanımlandığına bakıldığında, bu sonuç daha da belirginleşmektedir. Bu doğrultuda, halihazırdaki uyuşmazlığın medeni bir hak ya da yükümlülük ile ilgili olmadığı kanaatine varılmıştır.

Dolayısıyla, işbu dava 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamına girmemektedir.

(Bkz. ayrıca Devlin–Birleşik Krallık davası, 30 Ekim 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29545/95, paragraf 23-26; 6. Madde'nin belediyenin devlet okulunda görevli bir hizmetliye uygulanmasıyla ilgili olarak, bkz. Procaccini–İtalya davası, 30 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru No. 31631/96.)

Tüm bu faktörlerin ışığında, tekrar “maddiyat” testine dönmek için bir vergi uyuşmazlığıyla ilgili yeni ve çok ilginç bir karar olan Ferrazzini–İtalya davasının kararından (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 44759/98, paragraf 24-31) uzun bir pasaja yer vermek uygun düşecektir. Bu davada Büyük Daire olarak toplanan AİHM şu beyanda bulunmuştur:

Mahkemenin içtihadına göre, “medeni hak ve yükümlülükler” kavramı sadece davalı Devlet'in iç hukukuna dayanılarak yorumlanamaz. Mahkeme pek çok vesileyle bu kavramın Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası bağlamında “özerk” olduğu ilkesini belirtmiştir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, König–Federal Almanya Cumhuriyeti davası, 28 Haziran 1978 tarihli karar, Seri A No. 27, s. 29-30, paragraf 88-89 ve Baraona–Portekiz davası, 8 Temmuz 1987 tarihli karar, Seri A No. 122, s. 17-18, paragraf 42). Mahkeme görülmekte olan bu davada da içtihadını teyit etmiştir. Başka bir çözümün Sözleşme'nin hedef ve amacıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açabileceği düşünülmektedir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen König kararı, paragraf 88 ve Maaouia–Fransa davası [BD], No. 39652/98, paragraf 34, AİHM 2000-X).

Vergi davalarında maddi çıkarların varlığı aşikâr olmakla birlikte, 6. Madde'nin 1. fıkrasının “medeni hukuk” yönüyle uygulanabilir kılınması için bir uyuşmazlığın doğası itibarıyla “maddi” olduğunu göstermek tek başına yeterli değildir (bkz. Pierre-Bloch–Fransa davası, 21 Ekim 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1997-VI, s. 2223, paragraf 51, ve Pellegrin–Fransa davası [BD], No. 28541/95, paragraf 60, AİHM 1999-VIII, bkz. Editions Périscope–Fransa davası, 26 Mart 1992 tarihli karar, Seri A No. 234-

B, s. 66, paragraf 40). Özellikle, Sözleşme kurumlarının geleneksel içtihadı uyarınca,

“Devlet ve ona bağlı yetkili merciler karşısında münhasıran kamu hukuku alanına girdiği düşünüldüğünden dolayı 6. Madde’nin 1. fıkrası kapsamında ‘medeni hak ve yükümlülükler’ kavramına dahil edilmeyen ‘maddi’ yükümlülükler bulunabilir. ‘Cezai yaptırım’ amacıyla uygulanan para cezalarının dışında geçerli olan durum budur; özellikle de doğası itibarıyla maddi olan bir yükümlülük vergi mevzuatından kaynaklanıyor ya da demokratik bir toplumda normal yurttaşlık görevlerine dahil ise” (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Schouten ve Meldrum–Hollanda davası, 9 Aralık 1994 tarihli karar, Seri A No. 304, s. 21, paragraf 50; Başvuru No. 11189/84, 11 Aralık 1986 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports 50, s. 121 ve 140; ve Başvuru No. 20471/92, 15 Nisan 1996 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports 85, s. 29 ve 46).

Ancak Sözleşme günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Johnston ve Diğerleri–İrlanda davası kararı, Seri A No.112, s. 25, paragraf 53). Toplumsal tavırda ortaya çıkan değişiklikler ışığında, yasal korumanın bireylerin Devlet ile olan ilişkilerini de 6. Madde’nin 1. fıkrası uyarınca kapsayacak şekilde genişletilerek, iç hukuk kapsamında vatandaşlar ile kamu yetkilileri arasındaki vergi mercilerinin kararlarının yasallığına ilişkin uyumsuzlukları da içine alıp almadığının AİHM tarafından incelenmesi gerekmiştir.

Birey ile Devlet arasındaki ilişkilerin Sözleşme’nin kabulünden bu yana geçen son elli yılda birçok alanda geliştiği açıkça görülmektedir. Bu süre zarfında Devlet düzenlemelerinin özel hukuk kapsamındaki ilişkilere müdahalesi giderek artmaktadır. Bu durum ulusal hukukta “kamu hukuku” kapsamında sınıflandırılan işlemlerin 6. Madde’nin “medeni hukuk” kapsamına dahil olabilecek sonuçlar doğurduğunun AİHM tarafından tespit edilmesine yol açmıştır; özellikle bu tür işlemlerin neticesinde çıkan kararların özel hak ve yükümlülükler açısından belirleyici olduğu durumlar bulunmaktadır. Birkaç örnek vermek gerekirse: arazi satışları, özel klinik işletmeleri, mülkiyet hakları, meslek icrasına yönelik koşulları belirleyen idari izinler veya alkollü içki satma ruhsatlarının verilmesi bu niteliği taşır (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Ringelsen–Avusturya davası, 16 Temmuz 1971 tarihli karar, Seri A No. 13, s. 39, paragraf 94; yukarıdaki König davasının kararı, s. 32, paragraf 94-95; Sporrong ve Lönnroth–İsveç davası, 23 Eylül 1982 tarihli karar, Seri A No. 52, s. 19, paragraf 79; Allan Jacobsson–İsveç davası, 25 Ekim 1989 tarihli karar, Seri A No. 163, s. 20-21, paragraf 73; Benthem- Hollanda davası, 23 Ekim 1985 tarihli karar, Seri A No. 97, s. 16 paragraf 36; ve Tre Traktörer Aktiebolag–

İsveç davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 159, s. 19, paragraf 43). Ayrıca, Devletin örneğin sosyal koruma bağlamında, bireyin gündelik yaşantısına giderek artan müdahalesi nedeniyle incelenen hakkın “medeni” sınıflandırmasına dahil edilebileceğini kararlaştırmadan önce, kamu hukukunun ve özel hukukun özelliklerinin Mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekmiştir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Feldbrugge–Hollanda davası, 29 Mayıs 1986 tarihli karar, Seri A No. 99, s. 16, paragraf 40; Deumeland–Almanya davası, 29 Mayıs 1986 tarihli karar, Seri A No. 100, s. 25, paragraf 74; Salesi–İtalya davası, 26 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 257-E, s. 59-60, paragraf 19; ve yukarıda belirtilen Schouten ve Meldrum davasının kararı, s. 24, paragraf 60).

Ancak, bir birey için varolan hak ve yükümlülükler doğası itibariyle mutlaka medeni olmak zorunda değildir. Dolayısıyla, Millet Meclisi seçimlerinde aday olmak gibi siyasi hak ve yükümlülükler (bkz. yukarıda belirtilen Pierre-Bloch davasının kararı, s. 2223, paragraf 50) doğası itibariyle medeni kapsamına girmediğinden her ne kadar bu davada başvurusunun maddi çıkarları söz konusu olsa da (aynı yer, paragraf 51), sonuç olarak 6. Madde’nin 1. fıkrası uygulanmaz. Bu hüküm ayrıca idari yetkililer ile kamu hukuku dahilinde kendilerine tanınan yetkilerin kullanıldığı görevlerde bulunan idare çalışanları arasındaki uyumsuzluklarda da uygulanmaz (bkz. Pellegrin–Fransa davası [BD], No. 28541/95, paragraf 66-67, AİHM 1999-VIII). Benzer şekilde, yabancıların sınır dışı edilmesi de bu durumlarda kapsam dışında kalarak, 6. Madde’nin 1. fıkrasının amacı dahilinde medeni haklara ilişkin bir uyumsuzluk (dispute) oluşturmaz (bkz. yukarıda belirtilen Maaouia davasının kararı, paragraf 37-38).

Vergi alanında ise demokratik toplumlarda meydana gelmiş olabilecek gelişmeler, bireylerin ya da şirketlerin vergi ödeme yükümlülüklerinin temel niteliğini etkilememiştir. Bu gelişmeler Sözleşme’nin kabul edildiği zamandaki durumla karşılaştırıldığında, bireyin yaşantısının “medeni” alanına Devlet tarafından daha fazla müdahaleyi beraberinde getirmemiştir. Mahkeme, vergi meselelerinin hâlâ kamu yetkililerinin imtiyazlarının temel direğini oluşturduğunu düşünmekte, vergi mükellefleriyle vergi mercii arasındaki ilişkinin kamusal boyutunu ön planda görmektedir. Sözleşme ile Protokoller’inin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini göz önünde bulunduran Mahkeme, mülkiyetin korunmasına ilişkin 1 No.lu Protokol’ün 1. Maddesi’nde yer alan Devletler’in verginin ödenmesini temin etmeyi amaçlayan yasaları gerekli gördükleri şekilde çıkartabilme haklarını saklı tutar (bkz. gerekli değişikliklerle, Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH – Hollanda davası, 23 Şubat 1995 tarihli karar, Seri A No. 306-B, s. 48-49, paragraf 60). Mah-

keme bu unsura belirleyici bir önem atfetmemekle birlikte, bunu da göz önünde bulundurur. Vergi mükellefi açısından yol açtığı maddi etkilere karşın, vergi uyumsuzluklarının medeni hak ve yükümlülükler kapsamına girmediği kanaatindedir.

Sözleşme’de bulunan özerk kavramların demokratik toplumlarda günün koşullarına göre yorumlanması ilkesi, Mahkeme’ye, 6. Madde’nin 1. fıkrasındaki “medeni” sıfatını (bu Madde’nin kapsamına giren “hak ve yükümlülükler” kategorisinin üzerine bu sıfatın getirdiği kısıtlamalar ile birlikte) metinde yokmuş gibi yorumlama yetkisi vermez.

Bu çerçevede mevcut dava 6. Madde 1. fıkra kapsamına girmez.

Bu kararın geliştirilmesi gerekiyor gibi görünüyor (aynı şekilde, Ferrazzani–İtalya davası, 12 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 44759/98).

(6. Madde’nin 1. fıkrasının ceza mahkemelerinde medeni hukuka ilişkin talebin muhtemel sonuçları açısından medeni hukuka ilişkin bir iddiaya uygulanmasına örnek olarak bkz. Callvelli ve Ciglio–İtalya davası, 17 Ocak 2002 tarihli karar, Başvuru No. 32967/96, paragraf 62.)

Dolayısıyla, 6. Madde yukarıda tanımlandığı şekliyle medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklarda uygulanır. Ayrıca, cezai alanda yöneltilen suçlamalara da uygulanır (anımsatmak amacıyla, yabancılardan ülkeye girişleri, ikamet izinleri ve sınır dışı işlemleri medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzluklara yol açmadığı gibi ceza alanında bir suç yöneltilmesi kapsamına girmez: Maaouia–Fransa davası, 5 Ekim 2000 tarihli karar).”

“Suç isnadı” karşısında mahkeme hakkı

“Suç isnadı” kavramı

Öncelikle “suç isnadı” kavramını gözden geçirmek gerekir. Deweer–Belçika davasında (27 Şubat 1980 tarihli karar, Seri A No. 35, s. 22-24, paragraf 42-44), AİHM bu ifadenin Sözleşme içinde özerk bir anlam taşıdığına dikkat çekmiş ve ifadenin esastan kavramlaştırılmış halinin tercih edilmesini öngörmüştür:

Fransızca ifadede yer alan “accusation en matière pénale” (suç isnadı) kavramı “özerk” olmakla beraber; “Sözleşme’nin anlamı dahilinde” anlaşılmalıdır (bkz. özellikle König davası, 28 Haziran 1978 tarihli karar, Seri A No. 27, s. 29, paragraf 88).

[...]

[...] demokratik bir toplumda âdil yargılanma hakkının tuttuğu öncelikli yerin (bkz. özellikle yukarıda belirtilen Airey davasının kararı, s. 12-13, paragraf 24) Mahkeme’nin 6. Madde’nin 1. fıkrasında söz edilen “suç isnadı” kavramının

“biçimsel” olmaktan çok “maddi” anlamıyla ele almasını gerektirmiştir. Mahkeme görünenin ötesine bakarak, söz konusu usûl hakkındaki gerçekleri araştırmak zorundadır.

Bu çerçevede AİHM şöyle demiştir:

“Suçlama” 6. Madde'nin 1. fıkrası açısından, bir bireye yetkili makam tarafından bir suç işlediğine ilişkin bir iddianın resmen bildirilmesi olarak tanımlanabilir. Çok sayıda karar ve mütalâada Komisyon bu konuyla oldukça yakından bağlantılı gibi görünen bir test benimsemiştir; yani “[şüphelinin] durumunun esaslı biçimde etkilenip etkilenmediğine” bakmıştır (Neumeister davası, Seri B No. 6, s. 81; Huber–Avusturya davası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yıllığı 18, s. 356, paragraf 67); [...].

Bu davada, fiyatlarla ilgili bir yasaya karşı suç işlediği iddiasından sonra başvuru- nun kasap dükkânının geçici olarak kapatılması için bir emir çıkartılmıştır. Kapatmaya son verilmesi için dostane çözüm şeklinde bir teminat yatırılması ya da bu yapılmadığı takdirde suçun mahkeme tarafından karara bağlanacağı tarihe kadar beklenmesi gerekiyordu. AİHM emrin tebliğ edildiği tarihten itibaren Sözleşme bağlamında başvurucuya bir suçlama yöneltilmiş olduğu kanaatine varmıştır.

Bu kararda AİHM'nin zaten ilgili şahsı “esaslı biçimde etkileyen” (örneğin aramalar vs. yoluyla) “bir durum” söz konusu olduğu kanaatine vardığı gözlenmektedir. Aynı fikri “suç isnadı” tanımlaması bağlamında Foti ve Diğerleri–İtalya davasında (10 Aralık 1982 tarihli karar, Seri A No. 56, s. 18, paragraf 52); ve Serves–Fransa davasında, davanın açılmasını sağlayan belgenin iptal edilmesi sonucunda ceza yargılamasına tâbi olan şahsın durumuna ilişkin olarak da tespit eden (20 Ekim 1997 tarihli karar, Reports 1997-VI, paragraf 42) AİHM, şunları belirtmiştir:

[Suç isnadı kavramı] “bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi” olarak tanımlanabilir. Bu tanım aynı zamanda “[şüphelinin] durumunun esaslı biçimde etkilenip etkilenmediğini” belirleyen test ile de uyumludur (bkz., örneğin, Deweer–Belçika davası 27 Şubat 1980 tarihli karar, Seri A No.35, s. 22, paragraf 42 ve s. 24, paragraf 46; ve Eckle–Almanya davası, 15 Temmuz 1982 tarihli karar, Seri A No. 51, s. 33, paragraf 73).

Air Canada–Birleşik Krallık davasında (5 Mayıs 1995 tarihli karar, Seri A No. 316-A, paragraf 52-55), gümrük yetkilileri içinde esrar bulunan ve sevk irsaliyesi olmayan bir konteynır buldukları ilgili şirkete ait uçağa el koymuşlardır. Uçak, ancak para cezası ödendikten sonra serbest bırakılmıştır. AİHM şu beyanda bulunmuştur:

[...] yukarıda belirtilen unsurlar – hiçbir suç isnadının olmayışı ya da doğası itibariyle “suç” teşkil eden bir hükmün bulunmayışı ve ceza mahkemelerinin

devreye girmemiş oluşu – öngörülen teminatın ödenmemesi durumunda herhangi bir ceza davası tehdidinin bulunmadığı gerçeğiyle birlikte ele alındığında, bu davanın Deweer–Belçika davasından (27 Şubat 1980 tarihli karar, Seri A No. 35) farklı olduğunu yeterli biçimde sergilemektedir; zira Deweer davasında başvurucu kendisine karşı açılacak ceza davasını önlemek için işyerinin geçici olarak kapatılması baskısı altında bir miktar para ödemek zorunda kalmıştır.

Ayrıca benzer bir savın AGOSÍ (a.g.e.) davasında da başvurucu tarafından ileri sürüldüğü hatırlatılır. Bu davada Mahkeme, söz konusu malların ulusal mahkeme tarafından müsadere edilmesinin başka bir tarafça işlenen kaçakçılık suçunun sonucunda alınan bir tedbir olduğunu ve bu suça ilişkin olarak AGOSÍ'ye suç isnat edilmediğini kararlaştırmıştır. AGOSÍ'nin mülkiyet haklarının olumsuz biçimde etkilenmiş olması, tek başına 6. Madde kapsamında başvurucu şirkete karşı bir “suç isnadında” bulunulmuş gibi algılanması sonucuna yol açmaz (a.g.e., s. 22, paragraf 65-66)

Gerçi bu davada AGOSÍ davasındaki gibi başvurucu şirketin malına el konulmamış, şirketin bir miktar para ödemesi gerekmiştir; ancak Mahkeme, aynı yaklaşımın izlenmesini önermektedir.

Bu bağlamda da şikayet konusu “[bir] suç isnadının tespitini” içermemektedir.

“İsnat” teriminin tanımlanması önem taşımaktadır, çünkü suç isnat edildiği an itibarıyla davanın “makul bir süre” içinde görülmesi için süre sayımına başlanır.

“Suç” kavramı

6. Madde’de belirtilen isnadın bir suçla ilişkili olması gerekir. Campbell ve Fell–Birleşik Krallık davasında (28 Haziran 1984 tarihli karar, Seri A No. 80, s. 35, paragraf 68), AİHM Engel davasında belirlenen ilkeleri hatırlatmıştır:

Mahkeme bu davanın taraflarınca dile getirilen Engel ve Diğerleri davasında da aynı meseleyle karşılaşmıştır. 8 Haziran 1976 tarihinde bu davaya ilişkin olarak verdiği kararda (Seri A No. 22, s. 33-35, paragraf 80-82) Mahkeme, “suç isnadı” kavramının 6. Madde kapsamındaki “özerkliğine” dikkati çektikten sonra, 21 Şubat 1984 tarihli Öztürk kararında (Seri A no. 73, s. 17-18, paragraf 48-50) teyit ettiği şu ilkeleri belirtmiştir.

(a) Sözleşme’nin Sözleşmeciler Devletler’in ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında bir fark oluşturması ya da bunu gözetmesi veya bir ayırım getirmesi Sözleşme’ye aykırı olmamakla beraber, bu suretle yapılan sınıflandırma Sözleşme açısından belirleyici değildir.

(b) Eğer Sözleşmeciler Devletler’in kendi takdirlerini kullanarak bir suçun ceza değil de disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmesi yoluyla bu suçu 6. ve

7. Maddeler'in temel hükümlerinin kapsamı dışında bırakmaları mümkün olursa, bu hükümlerin uygulanması da Devletler'in egemen iradelerine tâbi kılınmış olur. Bu şekilde genişleyen serbestlik, Sözleşme'nin konu ve amacına uygun olmayan sonuçlara yol açabilir.

Bir suçun niteliğini değerlendirirken AİHM “bu suçun iç hukukta nasıl tanımlandığı, niteliği, cezasının ağırlık derecesi ve amacını” inceler (Engel ve Diğerleri–Hollanda davası, 8 Haziran 1976 tarihli karar Seri A No. 22, s. 34-35, paragraf 82). J.B.–İsviçre davasında da benzer bir ifade tarzına rastlanabilir (3 Mayıs 2001, Başvuru No. 31827/96, paragraf 44):

Daha önceki içtihadında Mahkeme, bir kişiye 6. Madde bağlamında “ceza alanında bir suçlama yöneltilip yöneltilmediğini” kararlaştırırken göz önünde bulundurulması gereken üç kıstas tespit etmiştir. Bunlar, ulusal hukuk kapsamında suçun hangi sınıflandırmaya girdiği, suçun niteliği ve ilgili kişinin çarptırılabilme riski olan cezanın niteliği ve ağırlık derecesidir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Öztürk–Almanya davası, 21 Şubat 1984 tarihli karar, Seri A No. 73, s. 18, paragraf 50). A.P., M.P. ve T.P.- İsviçre davasının kararında, Mahkeme ayrıca vergi usulsüzlüğü suçuna karşılık bir para cezasının uygulanmasıyla sonuçlanan davanın da Sözleşme'nin 6. Madde'nin 1. fıkrası hükümleri çerçevesinde izlenmesi gereken ilkelere dahil olduğunu belirlemiştir (bkz. yukarıda belirtilen karar).

Weber–İsviçre davasında (22 Mayıs 1990 tarihli karar, Seri A No. 177, s. 17-18, paragraf 31-34), AİHM suçun davalı Devlet'in hukuki yöntemleri uyarınca sınıflandırılmasının görece ağırlığa sahip olduğunu ve sadece bir başlangıç noktası işlevi gördüğünü tekrar vurgulamıştır. İkinci ve üçüncü testler – suçun niteliği ve cezanın niteliği ile ağırlığı – daha çok ağırlık taşımaktadır.

Genel anlamda, cezanın özgürlükten mahrumiyeti gerektirdiği durumlarda, AİHM suçun ceza hukukuna girdiğini düşünür. Engel davasında başvuruçunun ordunun disiplin birimine sevki Sözleşme kapsamında ceza hukukuna giren bir eylem olarak nitelendirilmiştir (bkz. ayrıca, Joao José Brandao Ferreira–Portekiz davası, Başvuru No. 41921/98, 28 Eylül 2000 tarihli karar, orduda “adî tevkif” konusunda). Weber davasında, AİHM adli soruşturmanın gizliliğinin ihlâl edilmesi neticesinde 500 İsviçre Frangına kadar bir tutarda uygulanan ve bazı koşullarda kısa süreli hapis cezasına çevrilebilecek para cezasının, konunun Sözleşme bağlamında cezai olarak nitelendirilmesi için yeterli olduğunu kararlaştırmıştır.

Oysa, Ravensborg–İsveç davasında (23 Mart 1994 tarihli karar, Seri A No. 283-B, s. 31, paragraf 35) sadece para cezasıyla cezalandırılan söz konusu suçlar AİHM tarafından “cezaî” olarak sınıflandırılmamıştır. Üçüncü test, yani suçun niteliği ve ağırlığı uyarınca, her biri 1000 Krona'ya kadar olan ve İsveç yasası kapsamında bir

süre hapis cezasına çevrilebilecek olan para cezalarının “cezai yaptırım” derecesine ulaşmadığı kararlaştırılmıştır (bkz. ayrıca Inocêncio–Portekiz davası, 11 Ocak 2001 tarihli karar, Başvuru No. 43862/98).

“[...] medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar” ve “cezai alanda yöneltilen suçlamalar” kavramlarının tanımlanması gereklidir. Zira, 6. Madde’nin 1. fıkrasının kapsamını belirlemek, yani “mahkeme” hakkını doğuran durumların tespitini sağlamak için bu kavramların tanımlanması gerekir.

2. “Mahkeme hakkının” kapsamı

Hakkın mahkemede uygulama alanını incelediğimize göre, şimdi de kapsamını ele almamız gerekir.

6. Madde’nin 1. fıkrasında teminat altına alınan hak, mahkemeye erişim hakkıdır

AIHM davanın mahkeme önünde görülmesi hakkının kapsamına ilişkin bir ilk, temel nokta oluşturmuştur.

Medeni haklarla ilgili bir uyumsuzluğun ele alındığı bir davada (bkz. Golder–Birleşik Krallık davası, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A No. 18, s. 12, paragraf 25, ve s. 17-18, paragraf 35-36), AIHM “6. Madde’nin 1. fıkrasının görülmekte olan bir davada âdil yargılanma hakkıyla mı sınırlı olduğunu, yoksa buna ilaveten medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi amacıyla dava açmak isteyen herkese mahkemelere erişim hakkı da mı sağladığı” hususunu karara bağlamıştır:

6. Madde’nin 1. fıkrası eğer sadece mahkeme önünde görülmekle olan davaların işleyişiyle ilgili olarak ele alınırsa, o zaman bir Sözleşmecî Devlet, metni ihlâl etmeksizin, mahkemelerini bir kenara atabilir ya da bazı hukuk davası türlerini mahkemelerin yetki alanı kapsamından çıkartarak Hükümet’e bağlı organlara devredebilir. Keyfi yetki kullanımından ayrı tutulamayacak olan bu tür varsayımlar yukarıda belirtilen ilkeleri zedeleyecek ciddi sonuçlar doğuracağından, Mahkeme bunları gözardı edemez (Lawless davasının kararı, 1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 52 ve Delcourt kararı, 17 Ocak 1970, Seri A No.11 s. 14-15).

[...]

[...] bu çerçevede mahkemeye erişim hakkı, 6. Madde’nin 1. fıkrasında belirtilen hakkın özünde bulunan temel bir unsurdur. Bu, Sözleşmecî Devletleri yeni yükümlülükler almaya zorlayan geniş kapsamlı bir yorum değildir: aksine 6. Madde’nin 1. fıkrasının birinci cümlesinin gerçek anlamını temel almıştır, hükmün içeriğinde okunmaktadır ve yasa yapıcı bir antlaşma olan Sözleşme’nin

ve hukukun genel ilkelerinin konu ve amacını gözetmektedir (bkz. Wemhoff davasının kararı, 27 Haziran 1968, Seri A No. 7, s. 23, paragraf 8).

Mahkeme bu bağlamda 6. Madde'nin 1. fıkrasının herkese medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili tüm iddialarının mahkeme önünde görülmesi hakkının 6. Madde'nin 1. fıkrası tarafından tanındığı sonucuna [...] varmıştır. Böylelikle bu Madde "mahkeme hakkını" yani hukuk davalarının mahkemelerde görülmesinin bir boyutu olan mahkemeye erişim hakkını da içermektedir.

(Bkz. ayrıca, örneğin, Tsironis–Yunanistan davası, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 44584/98, paragraf 28.)

Aynı paralelde, 6. Madde, ulusal yasalarda yer verilen iç hukuk yollarında (teyizler, hukuk hakkında itirazlar) uygulandığı gibi (bkz. Rodriguez Valin–İspanya davası, 11 Ekim 2001 tarihli karar, Başvuru No. 47792/99, paragraf 23-28; Tricard–Fransa davası, 10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 40472/98, paragraf 25-34), davaların zaman aşımı kuralları (Stubbings ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1996 tarihli karar, Reports 1996-IV, paragraf 50-57; ve Yagtzilar ve Diğerleri–Yunanistan davası, 6 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 41727/98, paragraf 20-28) ve mahkeme harçları (Kreuz-Polonya davası, 19 Haziran 2001 tarihli karar, Başvuru No. 28249/95) için de geçerlidir.

Mahkeme hakkının etkili olması gerekir

Mahkeme hakkının sadece var olması yetmez: etkili olması da gerekir. Mahkemeye erişimin mümkün olması yeterli değildir.

Airey–İrlanda davasının kararında (9 Ekim 1979, Seri A No. 32, s. 12-14, paragraf 24), AİHM üye devletlerin mahkemelere etkili erişim hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtme fırsatı bulmuştur. Bu davada başvuru, avukat yardımıyla yoksundur ve maliyetleri kendisi karşılayacak maddi imkânlarla sahip olmadığından, kendisini temsil edecek bir avukat da bulamamıştır. Başvuru, kendisini şahsen temsil edebilme imkânına sahiptir, ancak usûller çok karmaşıktır. AİHM bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine karar vermiştir:

Mahkeme bu imkânın (Yüksek Mahkeme önüne bir avukatın yardımı olmaksızın çıkmak) tek başına meseleye çözüm getirebileceği görüşünde değildir. Sözleşme teorik ya da hayali hakları değil, pratik ve etkili olan hakları güvence altına alır (bkz. gerekli değişiklikler, 23 Temmuz 1968 tarihli "Belçika Eğitim Dili" davası, Seri A No. 6, s. 31, paragraf 3'ün tamamı ve paragraf 4; yukarıdaki Golder davasının kararı, s. 18, paragraf 35'in tamamı; Luedicke, Belkacem ve Koç davası, 28 Kasım 1978 tarihli karar, Seri A No. 29, s. 17-18; paragraf 42; Marckx davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar, Seri A No. 31, s. 15, paragraf 31). Bu durum özellikle, demokratik bir toplumda âdil yargılan-

maya erişim hakkının tuttuğu öncelikli yer açısından mahkemelere erişim hakkı için geçerlidir (bkz. gerekli değişikliklerle, Delcourt davası, 17 Ocak 1970 tarihli karar, Seri A No. 11, s. 15, paragraf 25). Dolayısıyla, Bayan Airey'nin bir avukatın yardımı olmaksızın Yüksek Mahkeme önüne çıkmasının kendi davasını doğru ve yeterli şekilde savunabilmesi açısından etkili olup olmadığı değerlendirilmelidir.

[...] Mahkeme Bayan Airey'nin durumundaki bir kişinin (bkz. yukarıdaki paragraf 8) kendi davasını yeterli şekilde temsil edebilmesinin büyük ölçüde imkânsız olduğunu düşünmektedir.

[...]

Mahkeme, yukarıdakiler ışığında, Yüksek Mahkeme önünde kişinin kendisini temsil edebilmesi imkânın başvurucuya etkili bir erişim hakkı sağlamadığı sonucuna varmıştır. [...]

AİHM bu tespitin Devlet'in bir avukat yardımı programı oluşturması yükümlülüğüne yansımalarını açıklamıştır (aynı yer, s. 15-16, paragraf 26'nın tamamı).

Yukarıda 24. paragrafın sonunda yer alan sonuç, bir "medeni hakka" ilişkin tüm uyuşmazlıklarda Devlet'in ücretsiz avukat yardımı sağlaması anlamını taşımaz.

Bunun böylesine geniş bir yükümlülük olarak değerlendirilmesinin, Sözleşme'nin sadece ceza davalarıyla ilgili 6. Maddesi'nin 3. fıkrasının c bendinde yer alan uyuşmazlıklara ilişkin bir avukat yardımı hükmü içermesi durumuyla bağdaşmadığı konusuna Mahkeme de katılmaktadır. Ancak, hukuk davalarında böyle bir hüküm bulunmadığı halde, 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamında ya bazı dava türlerinde kimi Sözleşmeciler'in iç hukukunda avukat tarafından temsil edilmek zorunlu kılındığından ya da usullerin veya davanın karmaşıklığı nedeniyle mahkemeye etkili erişim hakkı için avukat yardımının vazgeçilmez olduğu durumlarda, bazen Devletler'in avukat yardımı sağlaması gerekebilir.

(Bkz. ayrıca R.D.-Polonya davası, 18 Aralık 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29692/96, paragraf 43-52.)

Bellet-Fransa davasının kararı (4 Aralık 1995, Seri A No. 333-B, paragraf 37-38) kan nakli neticesinde enfeksiyon kapan hemofili hastalarıyla ilgilidir. Mağdurlara tazminat fonundan tazminat ödenmesiyle dava açma hakkından feragât edilmiş sayılıp sayılmayacağı konusunda taraflar anlaşmaya varamamıştır. Paris Temyiz Mahkemesi davanın açılmasında fayda tespit edemediğinden, davanın reddedildiğini bildirmiştir. AİHM şu beyanda bulunmuştur:

Neticede, sistem, mevcut yolların kullanılması için gereken usûller ve bunların eşzamanlı kullanımından kaynaklan kısıtlamalar konusunda yeterince net olmadığı gibi, bir yanlış anlamayı önleyecek güvencelerle de donatılmamıştır.

Davanın tüm koşullarına bakıldığında, Mahkeme başvurusunun Paris Temyiz Mahkemesi önündeki dava sürecinde mahkemelere pratik ve etkin bir erişim hakkının bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla, 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlâl edilmiştir.

(Bkz. ayrıca *Dulaurans–Fransa* davası, 21 Mart 2000 tarihli karar, Başvuru No. 34553/97, bariz bir değerlendirme hatasından doğan hukukla ilgili bir temyiz başvurusunun reddedilmesiyle ilgili (ihlâl).)

Erişim hakkı üst mahkeme imkânı sağlama zorunluluğunu içermez

Guérin–Fransa davasının kararında (29 Temmuz 1998, *Reports* 1998-V, paragraf 44), AİHM 6. Madde'nin hukuk yollarının sağlanmasına ilişkin bir yükümlülük getirmediğini gözlemlemiştir. Ancak, bu tür hukuk yolları zaten mevcutsa, bunların 6. Madde'de belirtilen güvencelere uygun olması gerektiği belirtilmiştir:

Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası gerçekten de Sözleşmeciler Devletler'in temyiz ya da istinaf mahkemeleri kurmasını zorunlu kılmaz. Buna karşın, bu tür mahkemeleri kurmuş olan bir Devlet'in bu mahkemelerin hukukuna tâbi olan bir kişinin, 6. Madde'de yer alan temel güvencelerden faydalanmasını sağlaması gerekir (bkz. *Delcourt–Belçika* davası, 17 Ocak 1970 tarihli karar, Seri A No.11, s. 14, paragraf 25).

Ayrıca, *De Cubber–Belçika* kararında (26 Ekim 1984, Başvuru No. 9186/80, Seri A No. 86, paragraf 32), AİHM 6. Madde'den kaynaklanan güvencelere uygun istinaf ya da temyiz mahkemelerinin varlığının, birinci derece mahkemelerinin bu güvencelere uyma yükümlülüğünden istisna tutulabileceği anlamına gelmediği hususunu açıklığa kavuşturmuştur:

6. Madde'nin 1. fıkrası öncelikle birinci derece mahkemeleriyle ilgili olup üst mahkemelerin mevcudiyetini zorunlu kılmaz. Tarafsızlık dahil olmak üzere, temel güvencelerin Sözleşmeciler Devlet'in kararıyla kurulan istinaf ya da temyiz mahkemeleri tarafından da sağlanması gerektiği doğrudur (bkz. yukarıda yer alan *Delcourt* davasının kararı, Seri A No. 11, s. 14'ün tamamı; ve en son örnek olarak, *Sutter* davası, 22 Şubat 1984 tarihli karar, Seri A No. 74, s. 13, paragraf 28). Ancak bu durum, alt mahkemelerin gerekli güvenceleri sağlamak zorunda olmadıkları anlamına gelmez. Böyle bir sonucun altında yatan neden, çok seviyede mahkeme oluşturarak, davacılar sağlanan korumanın pekiştirilmesi niyeti olarak algılanabilir.

Bu davada, uyuşmazlık konusu ceza hukuku kapsamına girmektedir.

Bir noktaya dikkati çekmek gerekir. Gerçekte, AİHM bu ilkelerin uygulanışı karşısında esnek bir yaklaşım benimsemiş olmakla birlikte, güvenlik duvarlarını da kurmuştur.

Patent verilmesi (British-American Tobacco Company Ltd.–Hollanda davası, 20 Kasım 1996 tarihli karar, Seri A No. 331, paragraf 77) veya kent planlaması konuları (Chapman–Birleşik Krallık davası, 18 Ocak 2001 tarihli karar, Başvuru No. 27238/95, paragraf 124) ve mesleki disiplin organlarında görülen disiplin davaları (AİHM, Ordre des Médecins (Tabipler Odası) Ulusal Konseyi tarafından görülen davaların medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık teşkil ettiğini kararlaştırmıştır; bkz. Diennet–Fransa davası, 26 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 325-A, paragraf 27) gibi teknik alanlarda AİHM bu yaklaşımı benimsemektedir. Albert ve Le Compte davasının kararında (10 Şubat 1983, Seri A No. 58, s. 16, paragraf 29), AİHM şunları belirtmiştir:

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bir çoğunda, disiplin suçlarını yargılama görevi, meslek kuruluşlarının yargısal yetkili organlarına bırakılmıştır. Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının uygulanabilir olduğu hallerde bile bu tür yetkilerin tanınması, kendiliğinden Sözleşme'yi ihlâl etmez [...]. Ne var ki bu tür durumlarda Sözleşme şu iki sistemden en az birinin uygulanmasını gerektirir: ya yargı yetkisini haiz merciler kendileri Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının gereklerine uyum sağlarlar; ya da bu şekilde uyum sağlayamıyorsa, daha sonra tam yetkili ve 6. Madde'nin 1. fıkrasının güvencelerini sağlayan bir yargı organının denetimine tabi olurlar.

Dolayısıyla, “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili anlaşmazlıkları çözümlenmekle sorumlu bir yargı organının 6. Madde'nin 1. fıkrasındaki tüm şartları yerine getirmemesi durumunda bile, eğer görülen dava “daha sonra tam yetkili ve 6. Madde'nin 1. fıkrasındaki güvenceleri sağlayan bir yargı organının denetimine” tâbi tutuluyorsa Sözleşme ihlâl edilmez. Dahası, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davasının kararında (23 Haziran 1981, Seri A No. 43, s. 22-23, paragraf 50-51), AİHM zaten şunları belirtmiştir:

Her ne kadar 6. Madde'nin 1. fıkrası, “mahkeme hakkını” içeriyor olsa da [...], Sözleşmeciler Devletler'in “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili uyuşmazlıkların (“disputes”) her aşamasını bu Madde'nin çeşitli şartlarını yerine getiren “mahkemelere” sevk etme yükümlülüğü yoktur. İnsan Haklarının korunması amacına yönelik esneklik ve etkinlik talepleri, idari ve mesleki organların ve söz edilen öncelikli (a fortiori) şartları her yönüyle yerine getirmeyen yargı organlarının daha önceki müdahalesini haklı kılabılır; Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bir çoğunun hukuk geleneği böyle bir sistemi destekleyici yönde olabilir.

Ayrıca, ceza davaları gibi klasik anlaşmazlıklarda bile, AİHM 6. Madde'nin 1. fıkrasını yargı düzenindeki çeşitli seviyelere de aynı esneklikle uygular (bkz. Tolstoy Miloslavsky–Birleşik Krallık davası, 13 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A No. 316-B, paragraf 59). Nitekim, Botten–Norveç kararında (19 Şubat 1996, Reports 1996-I, paragraf 39), AİHM temyiz davalarına ilişkin olarak şunları belirtmiştir:

Mahkeme, 6. Madde'nin temyiz mahkemelerinde görülen davalara uygulanma şeklinin ilgili usüllerin özel niteliklerine bağlı olduğunu; iç hukuk sisteminin ve bu sistem içinde istinaf mahkemesinin rolünün göz önünde bulundurulması gerektiğini tekrar vurgulamıştır. Birinci derece mahkemede dava aleni duruşma olarak görülümüşse ülke içindeki temyiz sistemine, temyiz mahkemesinin yetkilerinin kapsamına ve başvurunun menfaatlerinin gerçekte temyiz mahkemesi önünde, özellikle mahkeme tarafından karara bağlanacak olan konuların niteliği ışığında nasıl temsil edildiği ve korunduğuna bağlı olarak temyiz mahkemesinde bu tür bir duruşmanın gerçekleşmemiş olması haklı sayılabilir (bkz., diğer örneklerin yanı sıra Fejde–İsveç davasının kararı, 29 Ekim 1991, Seri A No. 212-C, s. 67-69, paragraf 27 ve 31; ve Kremzow–Avusturya davasının kararı, 21 Eylül 1993, Seri A No. 268-B, s. 43, paragraf 58-59).

Mahkeme'nin içtihadı uyarınca, temyize bırakılan davalar ve sadece hukuki meselelere ilişkin davalarda esasın incelendiği davaların aksine, temyiz aşamasında veya Yargıtay önünde başvurucuya şahsen dinlenme fırsatı tanınmamış olsa bile, 6. Madde'nin gereklerine uyum gösterilmiş sayılabilir (bkz. Axen–Almanya davası, 8 Aralık 1983 tarihli karar, Seri A No. 72, s. 12-13, paragraf 27-28; ve yukarıda belirtilen Kremzow davasının kararı, s. 43-44, paragraf 60-61). Ayrıca, temyiz mahkemelerinin gerek hukuki konuları, gerekse esasa ilişkin konuları incelemeye tam yetkisi olsa bile, 6. Madde her zaman aleni duruşma olmasını, veya eğer bir duruşma gerçekleşirse, şahsen mevcut bulunulması hakkını gerektirmez (bkz. yukarıda belirtilen Fedje davasının kararı, s. 69, paragraf 33).

(Aynı şekilde, Haan–Hollanda davası, 26 Ağustos 1997 tarihli karar, Başvuru No. 22839/93, Reports 1997-IV, paragraf 51-55; ve Kerojärvi–Finlandiya davası, 19 Temmuz 1995 tarihli karar, Reports A322, paragraf 40.)

6. Madde'nin 1. fıkrasında yer alan usüle ilişkin koşulların dayanağı için, aşağıya bakınız.

Bu hak zımni sınırlamalar içerir

“Mahkemeye erişim hakkının” AİHM tarafından mutlak bir hak olarak görülmediğine netlik getirilmelidir. AİHM'nin gözlemine göre (yukarıdaki Golder kararı, s. 18-19, paragraf 38):

Mahkeme, Komisyon'un ve Hükümet'in alternatif beyanında sunulan görüşlerini kabul ederek, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı kanaatine varmıştır. Zira bu hak Sözleşme'de yer alan (bkz. madde 13, madde 14, madde 17 ve madde 25) bir hak olmasına karşın, tanım kapsamı daha dar tutulduğunda, hiçbir hakkın özündeki içeriğin kısıtlamalarını gevşetmeksizin zımni kısıtlama getirilmesine de imkân sağlamaktadır.

Bu “zımni sınıflandırmalarla” ile ilgili olarak, AİHM Ashingdane–Birleşik Krallık davasının kararında (28 Mayıs 1985, Seri A No. 93, s. 24-25, Paragraf 57) şu değerlendirmede bulunmuştur:

[...] mahkemelere erişim hakkı [...] kısıtlamalara tâbi olabilir; bunlara zımnen izin verilir, zira erişim hakkı “kendi doğası itibarıyla Devlet tarafından bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Bu düzenleme zaman ve yer açısından toplumun ve bireylerin gereksinimlerine ve kaynaklarına göre değişiklik gösterebilir” (bkz. yukarıdaki Golder davasının kararı, s. 19, paragraf 38, örnek gösterilen “Belçika’da Eğitim Dili” davası, 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri A No. 6, s. 32, paragraf 5). Böyle bir düzenlemenin getirilmesinde, Sözleşmeciler Devletler belli bir takdir yetkisinden faydalanabilir. Sözleşme'nin gereklerine uyulmasına ilişkin nihai karar yetkisi Mahkeme'nin elinde bulunsa bile, ulusal makamların bu alandaki en iyi politikanın hangisi olacağına dair değerlendirmelerinin yerine başka bir değerlendirme getirmek Mahkeme'nin görevleri arasında yer almaz (bkz. gerekli değişiklikler, Klass ve Diğerleri davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar, Seri A, No. 28, s. 23, paragraf 49).

Yine de, uygulanan sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtlama getirmemesi ya da bireye bırakılan erişimi bu denli azaltmaması gerekir (bkz. yukarıdaki Golder ve “Belçika’da Eğitim Dili” davalarının kararları a.g.e. ve yine yukarıdaki Winterwerp davası, Seri A No. 33, s. 24 ve 29, paragraf 60 ve 75). Ayrıca, meşru bir amaca yönelik olmadığı ve kullanılan yöntem ile ulaşılması hedeflenen amaç arasında makul bir orantısallık ilişkisi bulunmadığı takdirde kısıtlama, 6. Madde'nin 1. fıkrasına uygun olmayacaktır.

Dolayısıyla (Liechtenstein Prensi II. Hans-Adam - Almanya davasının 12 Temmuz 2001 tarihli kararı Başvuru No. 42527/98, paragraf 44):

Eğer kısıtlama bu ilkelere uygunsa, 6. Madde ihlâl edilmiş olmaz.

Ancak, AİHM'nin bu tür sınırlandırmalar ya da kısıtlamaları kabul ederken kesinlikle titiz davrandığı görülür. Ashingdane davasında, İngiliz hukuku uyarınca bir mahkumun avukatıyla haberleşmeden önce bakanlıktan izin alması gerektiği için, kendisi cezaevindeyken gerçekleşen olaylardan sorumlu olmadığını kanıtlamaya çalışan ve bu nedenle cezaevindeki durumu hâlen olumsuz etkilenen Bay Golder'in avukatıyla görüşmesine izin verilmemesi söz konusu olmuştur (aynı yer, s. 19-20, paragraf 40). Bu iznin verilmemesi, 6. Madde'nin 1. fıkrası uyarınca ihlâl teşkil etmiştir.

Fayed–Birleşik Krallık davasının kararında (21 Eylül 1994, Seri A No. 294-B, s. 56, paragraf 83), ise AİHM (Devletler'e tanınan takdir yetkisini göz önünde bulundurarak), şunları belirlemiştir:

[...] Müfettişlerin raporunun yayınlanmasından önce ve sonra, başvurucların Müfettişlerin kendi şöhretlerini zedeleyebilecek nitelikteki bulgularına itiraz etmek üzere hukuki işlemlere başvurma imkânlarının kısıtlanmış olması, 6. Madde'nin 1. fıkrası uyarınca "mahkeme hakkının" haksız şekilde reddedilmesi anlamına gelmez.

Al-Adsani–Birleşik Krallık davasının kararında (21 Kasım 2001, Başvuru No. 35763/97, paragraf 56 ve 66-67), AİHM Devletler'e uluslararası hukuk uyarınca tanınan dokunulmazlığın, mevcut davada olduğu gibi 3. Madde'nin kapsamına girebilecek nitelikteki dokunulmazlıklar da dahil olmak üzere, 6. Madde'den kaynaklanan mahkeme hakkına kısıtlama getirilebilmesine olanak sağladığını kabul etmiştir:

Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın Devlet'in dokunulmazlığına ilişkin uluslararası kamu hukukunun genel kabul görmüş kurallarını yansıtan önlemler almış olması, ilke olarak 6. Madde'nin 1. fıkrasında bulunan mahkeme hakkına orantısız olmayan bir kısıtlama getirildiği şeklinde algılanamaz. Mahkemeye erişim hakkı bu Madde kapsamında âdil yargılanma hakkının bir parçası sayıldığı kadar, Devlet'in dokunulmazlığı doktrininin bir parçası olarak uluslar topluluğu tarafından genel kabul görmüş sınırlamalar örneğinde olduğu gibi, erişimin bazı kısıtlamalara tâbi olması da bu hakkın bir parçası sayılmalıdır.

[...]

İşkencenin yasaklanmasının ne denli büyük bir önem taşıdığıнын artarak kabul gördüğünü dikkate almakla birlikte Mahkeme, Sözleşmeci Devlet'in dışında gerçekleştiği ileri sürülen işkence olaylarına karşı tazminat istemiyle açılan hukuk davalarında Devletler'in dokunulmazlık hakkı olmadığına ilişkin önermenin uluslararası hukukta henüz kabul edilmediğini belirlemiştir. Mağduriyet, Birleşik Krallık içinde oluşmadığı sürece kişisel tazminat iddiaları karşısında Devletler'e dokunulmazlık sağlayan 1978 tarihli Yasa, uluslar topluluğu tarafından Devlet'in dokunulmazlığı doktrini kapsamında genel kabul gören sınırlamalarla tutarsızlık teşkil etmemektedir.

Bu şartlarda, İngiliz mahkemeleri tarafından 1978 tarihli Yasa'nın hükümlerinin Kuveyt'in dokunulmazlık talebini desteklemek amacıyla uygulanması nedeniyle başvurusunun mahkemeye erişim hakkının haksız şekilde kısıtlandığı söylenemez.

Bu doğrultuda, bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlâl edilmemiştir.

(Aynı şekilde, Fogarty–Birleşik Krallık davası, 21 Kasım 2001 tarihli karar, Başvuru No. 37112/97, paragraf 32-39, bir elçilik görevlisinin işten çıkarılmasına ilişkin dava; ve McElhinney–İrlanda davası, 21 Kasım 2001 tarihli karar, Başvuru No. 31253/96, paragraf 33-40; Liechtenstein Prensi II. Hans-Adam–Almanya davası, 12 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 42527/98, paragraf 51-70; ve Waite ve Kennedy–Almanya davası, 18 Şubat 1999 tarihli karar, Başvuru No. 26083/94.)

Ayrıca, davaların zaman aşımına uğramalarına ilişkin yasal süreler, masraflar için teminat niteliğindeki ödeme emirleri veya küçükler ya da zihinsel engelliler ile ilgili kurallar (Stubblings ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası, 22 Ekim 1996 tarihli karar, Reports 1996-IV, s. 1502-1503, paragraf 51-52; Tolstoy Miloslavsky–Birleşik Krallık davası, 13 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A No. 316-B, s. 80-81, paragraf 62-67; ve yukarıdaki Golder davasının kararı, s.19, paragraf 39), ve diğer telâfiler de zımni sınırlamalarla ilişkili olabilir.

Mahkeme hakkı ayrıca mahkeme kararını uygulatma hakkıdır

Mahkemeye “erişim” hakkı, “mahkeme hakkının” yalnızca bir boyutudur. Hornsby–Yunanistan davasının kararında (19 Mart 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, s. 510-511, paragraf 40), AİHM 6. Madde'nin sadece medeni hukukla ilgili konularda mahkemede dava açabilme hakkıyla ilgili olmadığını belirtmiştir. Bir hükmün ya da kararın uygulanmasını sağlama “hakkı” da 6. Madde'nin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu kararda, AİHM şuna hükmetmiştir:

Mahkeme, yerleşik içtihadı uyarınca, 6. Madde'nin 1. fıkrasının herkesin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin bir iddiasının bir mahkeme ya da yargı merciinde görülmesi hakkını güvence altına aldığını vurgular; bu şekilde “mahkeme hakkı” kapsanmış olur, oysa bu hakkın içinde erişim hakkı, yani medeni hukukla ilgili konularda mahkemelerde dava açma hakkı, bunun sadece tek bir boyutudur (bkz. Philis–Yunanistan davası, 27 Ağustos 1991 tarihli karar, Seri A No. 209, s. 20, paragraf 59). Ancak, bir Sözleşmeciler Devlet'in iç hukuk sistemi nihai, bağlayıcı bir kararın taraflardan birinin aleyhinde olacak şekilde uygulanmadan kalmasına izin verirse, bu hak hayali olmaktan öteye gitmez. 6. Madde'nin 1. fıkrasının davacılar tarafından tanınan usûle ilişkin hakları ayrıntılı biçimde tanımladıktan sonra- davanın âdil, aleni ve hızlı bir şekilde görülmesi- yargı kararlarının uygulanmasını koruma kapsamına alma-

ması düşünülemez; 6. Madde'nin yalnızca mahkemeye erişim ve davaların yürütülmesi hakkında ilgili olarak görülmesi, Sözleşmesi Devletler'in Sözleşme'yi onayladıklarında uymayı yükledikleri hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacak durumlara yol açabilir (bkz., gerekli değişikliklerle, Golder-Birleşik Krallık davası, 21 Şubat 1975 tarihli karar, Seri A No. 18, s. 16-18, paragraf 34-36). Hangi mahkeme tarafından verilmiş olursa olsun verilen kararın infazı 6. Madde uyarınca "dava" sürecinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmelidir; dahası, Mahkeme bu ilkeyi yargılamanın uzun sürmesine ilişkin davalarda zaten kabul etmiştir (bkz. en son, Di Pede-İtalya ve Zappia-İtalya davası, 26 Eylül 1996 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, s. 1383-1384, paragraf 20-24, ve s. 1410-1411, sırasıyla paragraf 16-20).

Aynı bağlamda, bakınız: nihai bir kararın infaz edilmemesine ilişkin olarak Logothetis-Yunanistan davasının kararı (12 Nisan 2001, Başvuru No. 46352/99, paragraf 11-16) veya Georgiadis-Yunanistan davası, 28 Mart 2000 tarihli karar (Başvuru No. 41209/98). Ayrıca bkz. tahliye konulu Scollo-İtalya davası, 28 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 315-C, paragraf 41-45 ve mahkeme kararı uyarınca gerçekleştirilecek olan bir tahliye işlemi sırasında kolluk kuvvetlerinin kullanılmasına izin verilmemesi ile ilgili Lunari-İtalya davası, 11 Ocak 2001 tarihli karar; kambiyo senetlerine karşılık ödenmesi gereken tutarların tahsilatı için yapılan icra takibine ilişkin makul süre hakkındaki Comingersoll S.A.-Portekiz davası, 6 Nisan 2000 tarihli karar, Başvuru No. 35382/97. Ayrıca bkz. yetkililerin bir mahkeme kararına uymayı reddetmesine ilişkin Antonakopoulos-Yunanistan davası, 14 Aralık 1999 tarihli karar, Başvuru No. 37098/97.

İnfazı istenen bir karar Sözleşme'ye Taraf olmayan bir Devlet'in mahkemelerince verilmiş bir karar ise, infaz emrini verecek olan mahkemenin davanın daha önceki aşamalarında 6. Madde'nin hükümlerine uyulduğuna emin olması gerektiğinin üzerinde önemle durulmalıdır. Dolayısıyla, Pellegrini-İtalya davasının kararında (20 Temmuz 2001, Başvuru No. 30882/96, paragraf 40) AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme, öncelikle Vatikan mahkemelerinin İtalyan mahkemelerince uygulanabilir olarak nitelendirilen kararı uyarınca başvuruçunun nikâhının iptal edildiğine dikkati çeker. Vatikan Sözleşme'yi onaylamamıştır ve ayrıca, başvuru İtalya aleyhinedir. Bu durumda Mahkeme'nin görevi kilise mahkemelerinde görülen davanın 6. Madde'ye uygun olup olmadığını incelemek değil, nikâhı iptal eden kararın uygulanmasını onamadan önce, İtalyan mahkemelerinin ilgili davanın 6. Madde'nin tanıdığı güvencelere uygun olarak görüldüğü konusunda yeterli incelemeyi yapıp yapmadıklarına bakmaktır. Sözleşme'ye taraf olmayan bir ülkenin mahkemelerince alınmış olan bir kararın infazına ilişkin bir talep söz konusu olduğunda bu tür bir inceleme gereklidir. İnfaz

kararının doğuracağı sonuçlar taraflar açısından büyük öneme sahipse, bu tür bir inceleme özellikle önem taşır.

6. Madde'nin 1. fıkrasında teminat altına alınan hak, konu mahkemenin önüne gelmeden önce işlemeye başlar

Magee–Birleşik Krallık davasının kararında (6 Haziran 2000, Başvuru No. 28135/95, paragraf 41), AİHM şu gözlemde bulunmuştur:

[...] ceza davalarında, 6. Madde'nin esas amacı her ne kadar “yöneltilen suçlama” hakkında karar vermeye yetkili bir “mahkemede” âdil yargılanmayı sağlamak ise de bu, 6. Madde'nin yargılama öncesi takibatta hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla, 6. Madde ve özellikle de 3. fıkrası dava henüz açılmadan önce de geçerlidir, zira başta bu hükümlere uyulmazsa yargılamanın hakkaniyeti ciddi şekilde olumsuz etkilenebilir (bkz. Imbrioscia–İsviçre davası, 24 Kasım 1993 tarihli karar, Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36).

Ancak, AİHM başka vesilelerle şunları da belirtmiştir (Maillard Bous–Portekiz davası, 28 Haziran 2001 tarihli karar, Başvuru No. 41288/98, paragraf 19, yalnızca Fransızca-resmi olmayan çevirisi):

Mahkeme, 6. Madde'nin 1. fıkrasının, yürütmeyi durdurma talebiyle görülen önleyici nitelikteki davalara uygulanmadığını hatırlatır. Bu davalar esas davanın kararı beklenirken geçici bir durumun düzenlenmesi amacıyla tasarlanmış olup, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir karar verilmesini amaçlamazlar (bkz. Moura Carreira ve Lourenço Carreira–Portekiz davası (karar), No. 41237/98, AİHM 2000-VIII).

3. “Mahkeme hakkının” amacı

Mahkeme hakkının amacı tarafların haklarını belirleyen “kararın” “bağımsız ve tarafsız bir “mahkeme” niteliğindeki bir organ tarafından verilmesini sağlamaktır. Şimdi “karar” ve “bağımsız ve tarafsız mahkeme” kavramlarını sırasıyla ele alacağız.

“Bağımsız ve tarafsız mahkeme” kavramı

“Bağımsız ve tarafsız mahkeme” kavramını incelemek için “mahkeme”, “tarafsız” ve “bağımsız” sözcüklerini teker teker incelemek gerekir.

“Mahkeme” kavramı

“Mahkeme” kavramı hakkında verilen çeşitli kararların arasından ikisi özellikle dikkate değer. Öncelikle, Belilos–İsviçre davasının kararı (29 Nisan 1988, Seri A No. 132, s. 29, paragraf 64) AİHM tarafından söz konusu kurumun 6. Madde

bağlamında bir “mahkeme” olup olmadığını belirlemek için kullandığı kıstasları ortaya koyar. AİHM şu gözlemde bulunmuştur:

AİHM'nin içtihadı uyarınca “mahkeme”, maddi anlamıyla üstlendiği yargı işlevine göre nitelik kazanır. Bir başka deyişle mahkeme, yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, belirlenen şekilde görülen davaların ardından karara bağlayan bir mercidir. (bkz., en son örnek olarak, 30 Kasım 1987 tarihli H.- Belçika davasının kararı, Seri A No. 127, s. 34, paragraf 50). Ayrıca, birçok diğer koşulun da yerine getirilmesi gerekir –bağımsızlık – özellikle de yürütmeden; tarafsızlık; üyelerin görev süreleri; usüller ile sağlanan teminatlar ki bunların birçoğu 6. Madde'nin 1. fıkrasında bulunmaktadır (bkz., diğer örneklerin yanı sıra, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981 tarihli karar, Seri A No. 43, s. 24, paragraf 55).

Campbell ve Fell–Birleşik Krallık davasının kararında (28 Haziran 1984, Seri A No. 80, s. 39, paragraf 76) AİHM şöyle demiştir:

6. Madde'nin 1. fıkrasında yer alan “mahkeme” sözcüğünün, yine ülkenin standart yargı mekanizmasında bulunan klasik türde bir hukuk mahkemesini tanımladığı şeklinde anlaşılması mutlaka gerekli değildir (bkz., diğer örneklerin yanı sıra, X.- Birleşik Krallık davası, 5 Kasım 1981 tarihli karar, Seri A No. 46, s. 23, paragraf 53).

(Ayrıca bkz. Coeme ve Diğerleri–Belçika davası, 22 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru No. 32492/96, “yasayla kurulmuş” mahkeme kavramıyla ilgili olarak.)

“Tarafsız mahkeme” kavramı

AİHM'nin bir mahkemenin nitelikleri arasında bulunması gereken “tarafsızlık” konusundaki yaklaşımı, Saraiva de Carvalho–Portekiz davasında (22 Nisan 1994 tarihli karar, Seri A No. 286-B, s. 38, paragraf 33) tanımlanmıştır:

Mahkeme 6. Madde'nin 1. fıkrası bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıcın bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Fey–Avusturya davası, 24 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 255-A, s. 12, paragraf 28).

Bu çerçevede, görünümün de bir rolü vardır. Coeme ve Diğerleri–Belçika davasının kararında (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, paragraf 121), AİHM şunları anımsatmıştır:

Bu bağlamda [...] görünüm bile belli bir öneme sahip olabilir. Söz konusu olan, demokratik bir toplumda halka yansıtılması gereken mahkemelere karşı güven duygusudur ve her şeyden önce, ceza davaları söz konusu olduğunda, bu güven duygusunun sanığa da yansıtılması gerekir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Hauschildt–Danimarka davası, 24 Mayıs 1989 tarihli karar, Seri A No. 154, s. 21, paragraf 48 ve Pullar–Birleşik Krallık davası, 10 Haziran 1996 tarihli karar, Reports 1996-III, s. 794, paragraf 38). Bir mahkemenin bağımsızlıktan ya da tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için meşru bir neden bulunup bulunmadığına karar verirken, sanığın görüşü önem taşımakla birlikte, belirleyici değildir. Belirleyici olan, bu endişenin nesnel açıdan haklı görülüp görülmeyeceğidir (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Hauschildt davasının kararı, s. 21, paragraf 48 ve yukarıda belirtilen Gautrin ve Diğerleri davasının kararı, s. 1030-1031, paragraf 58).

Pek çok başka duruma ilişkin olarak aşağıdaki kararlara değinilebilir:

- daha önce verilmiş olan bir karardan sorumlu olan bir yargıcın, bu karara itirazı inceleyen mahkemeye başkanlık ettiği bir dava örneği: De Haan–Hollanda davası, 26 Ağustos 1997 tarihli karar, Başvuru No. 22839/93, Reports 1997-IV, paragraf 51-55: 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâli; ilk derece mahkemesince verilen hükme katılmış olan bir yargıcın bu hükmün temyiz safhasındaki incelemesine katılmasına ilişkin örnek: Oberschlick–Avusturya (No.1) davası, 23 Mayıs 1991 tarihli karar, Seri A No. 204;
- başvurularla birlikte suçlanan bir kişinin aynı konudaki davasına daha önce katılmış olan ve ilk kararını verirken şahsın başvurularla birlikte suçlandığına değinen bir yargıç ile ilgili: Ferrantelli ve Santagelo–İtalya davası, 7 Ağustos 1996 tarihli karar, Reports 1996-III, paragraf 54-60; bkz. ayrıca Gregory–Birleşik Krallık davası, 25 Şubat 1997 tarihli karar, Başvuru No. 22299/93, Reports 1997-I, paragraf 48-50;
- Kress–Fransa davasının 7 Haziran 2001 tarihli kararında, Başvuru No. 39594/98, paragraf 77-87, Danıştay oturumlarında devletin hukukçusunun da bulunması nedeniyle 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine karar verilmiştir; Procola–Lüksemburg davası, 28 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 326, paragraf 40-45; Wettstein–İsviçre davasının 21 Aralık 2000 tarihli kararında, Başvuru No. 33958/96, diğer tarafı temsil eden bir avukat başvuruçunun taraf olması ve ilgili davada yargıçlık görevini üstlenmesi sebebiyle: 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiğine karar verilmiştir;
- İflâs davasına bakan yargıcın ticari konulardaki rolüne ilişkin Morel–Fransa davasının 6 Haziran 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 34130/97; bir çocuğun velâyet davasına bakan bir yargıcın basında çocuğun babasıyla tartışma

yaşamına ilişkin Buscemi-İtalya davasının 16 Eylül 1999 tarihli kararı, Başvuru No. 29569/95.

“Bağımsız mahkeme” kavramı

Nihayet, 6. Madde bağlamında mahkemenin bağımsızlığıyla ilgili olarak AİHM çok sayıda resmi bildirimde bulunmuştur. Yukarıda belirtilen Campbell ve Fell kararında (s. 40, paragraf 78), belli kıstaslar oluşturulmuştur:

Bir organın yürütmeden ve davanın taraflarından “bağımsız” sayılıp sayılmayacağını belirlerken (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Le Compte, Van Leuven ve De Meyere davası, 23 Haziran 1981 tarihli karar, Seri A No. 43, s. 24, paragraf 55) Mahkeme, üyelerin atanma biçimini, görev sürelerini (a.g.e., s. 24-25, paragraf 57), dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerin varlığını (bkz. Piersack davasının 1 Ekim 1982 tarihli kararı, Seri A No. 53, s. 13, paragraf 27) ve bu merciin bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediği hususunu (bkz. Delcourt davasının 17 Ocak 1970 tarihli kararı, Seri A No. 11, s. 17, paragraf 31) dikkate almıştır.

Bu konuyla ilgili olarak AİHM, mahkemede görevlilerin bulunmasıyla ilgili bir tutum belirlemiştir. Sramek davasında (22 Ekim 1984, Seri A No. 84, paragraf 41-42), AİHM hiyerarşideki ast-üst ilişkisini incelemiştir. Profesyonel yargıçların durumu incelendikten sonra, şu gözlemde bulunulmuştur:

1970/1973 Tarihli Yasa (bkz. yukarıdaki paragraf 24) uyarınca Bölge Kurulu'nun üyeleri arasında Bölge Yönetiminden üç memur yer almaktadır. Bu memurların durumu göz önünde bulundurulduğunda, yukarıda belirtilen Ringeisen kararından hatırlanacağı gibi, Avusturya Üst Bölge Komisyonu'nda devlet memurlarının bulunması Sözleşme'ye uygun bulunmuştur (Seri A No. 13, s. 39-40 paragraf 95-97). Ayrıca, söz konusu davaya benzer davalarda, Tirol Eyalet Hükümeti'nin yargı görevi icra eden memurlarına talimat vermesi yasayla yasaklanmıştır.

Ancak, bu dava Ringeisen davasından farklıdır, çünkü Tapu Memuru aracılığıyla temsil edilen Eyalet Yönetimi, Bölge Kurulu'nun Bayan Smarek'in lehine verdiği ilk derece kararını temyize götürdüğünde artık bir taraf niteliği kazanmıştır ve söz konusu üç memurdan birinin hiyerarşideki üstü de Tapu Memuru'dur (bkz. yukarıdaki paragraf 12). Bu memurun Kurul içinde önemli bir konumu vardır.

[...]

Bu davada olduğu gibi, yargı makamının üyelerinden biri gerek görevleri gerekse hizmet örgütlenmesi açısından taraflardan birinin astı konumunda olduğunda, davacılar bu kişinin bağımsızlığıyla ilgili meşru bir şüphe duyabilir.

Bu tür bir durum, mahkemelerin demokratik bir toplumda yansıtması gereken güven duygusunu ciddi bir biçimde zedeler (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Piersack kararı, Seri A No. 53, s. 14-15, paragraf 30).

Dolayısıyla, AİHM 6. Madde'nin 1. fıkrasına aykırılık olduğunu kararlaştırmıştır.

Altay–Türkiye davasının kararında (21 Mayıs 2001, Başvuru No. 22279/93, paragraf 72-75, sadece Fransızca-resmî olmayan çevirisi) Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bileşimde Silâhlı Kuvvetler mensuplarının bulunmasına karşın başvuruçunun sivil olmasına ilişkin durum ele alınmıştır. AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme, yukarıda geçen İncal kararında ve Çıraklar–Türkiye davasının 28 Ekim 1998 tarihli kararında (Reports 1998-VII), Hükümet tarafından bu davada ileri sürülenlere benzer savları incelediğini hatırlatır (bkz. en son örnek olarak, Gerger–Türkiye [BD] kararı, No. 24919/94, 8 Temmuz 1999, paragraf 61). Bu kararlarda, AİHM Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin üyesi olan askeri yargıçların statüsünün bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri sağladığına dikkati çekmiştir (bkz. yukarıdaki İncal kararı, s. 1571, paragraf 65). Ancak, bu yargıçların statülerinin bazı yönlerden bağımsızlık ve tarafsızlıklarını sorgulanır kıldığı da gözlemlenmiştir (a.g.e., paragraf 68). Bunlar, bu kişilerin halihazırda silâhlı kuvvetler mensubu olmaları, bu kurumun emirlerini yürütmeden alıyor olması ve bu kişilerin askeri disipline tabi olmaları ve gerek atanmaları gerekse aday gösterilmelerinde yürütme ve idarenin büyük ölçüde dahil olması şeklinde belirlenmiştir.

Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçeler ışığında bu tür mahkemelerin kurulmasının gerekli olup olmadığını soyut düzlemde kararlaştırmak Mahkeme'nin görevi değildir; Mahkeme'nin görevi, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin işleyişinin Bay Altay'ın âdil yargılanmasına aykırılık oluşturup oluşturmadığını ve özellikle Bay Altay'ın kendisini yargılayan mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğundan endişelenmek için nesnel açıdan haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığını değerlendirmektir (yukarıda geçen İncal kararı, s. 1572, paragraf 70).

Bu doğrultuda, Mahkeme başvuruçusu gibi sivil olan Bay İncal ve Bay Çıraklar'a ait davalarda vardığı sonuçtan ayrılmak için bir neden görmemektedir. Bir Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin önünde anayasal düzeni ve ulusun bölünmez bütünlüğünü bozmak (yukarıdaki paragraf 25 ve 27) ile suçlanan Bay Altay'ın ordunun hukuk işlerine bağlı profesyonel bir subayın kendisini yargılayan yargıçların arasında bulunmasından dolayı endişe duyması anlaşılabilir. Bu nedenden ötürü, Bay Altay'ın İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin haksız şekilde kendi davasının özellikleriyle ilgili olmayan düşüncelerden etkilenebileceğinden endişe duymaya hakkı vardır. Başka bir deyişle, başvuruçunun bu

mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin endişeleri nesnel açıdan haklı görülebilir.

Bu bağlamda, Mahkeme Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

(Bkz. ayrıca Bryan–Birleşik Krallık davası, 22 Kasım 1995 tarihli karar, Seri A No. 335-A, paragraf 38; Hood–Birleşik Krallık davası, 18 Şubat 1999 tarihli karar, Başvuru No. 27267/95; Kıbrıs–Türkiye davası, 10 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25781/94, paragraf 358-359; Sadak ve Diğerleri–Türkiye davası, 10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29900/96 ve 29903/96, paragraf 39-40; McGonnell–Birleşik Krallık davası, 8 Şubat 2000 tarihli karar, Başvuru No. 28488/95.)

“Karar” kavramı

6. Madde'nin amaçlarına uygunluk açısından, tarafsız ve bağımsız bir mahkemenin olması gereklidir. Ayrıca, bu mahkemenin “kararı” bu Madde'nin anlamı çerçevesinde alması gerekir. Benthem–Hollanda davasında (23 Ekim 1985 tarihli karar, Seri A No. 97, s. 17, paragraf 40), AİHM bir mahkemenin özelliği olarak karar verme yetkisinin önemini vurgulamıştır:

[...] karar verme yetkisi, Sözleşme bağlamında “mahkeme” kavramının özünde bulunur (bkz. Sramek davası, 22 Ekim 1984 tarihli karar, Seri A No. 84, s. 17, paragraf 36).

Albert ve Le Compte–Belçika davasının kararında (10 Şubat 1983, Seri A No. 58, s. 16, paragraf 29), AİHM karar verme yetkisinin kapsamını belirlemiş ve mahkemenin başvuruculara aşağıdakileri sağlaması gerektiğini belirtmiştir:

[...] “mahkeme hakkından” yararlanılması (bkz. yukarıdaki Golder davasının kararı, Seri A No. 18, s. 18, paragraf 36) ve gerek esasa gerekse hukuka ilişkin meselelerde uyuşmazlık konusunun bir mahkeme tarafından karara bağlanması (bkz. yukarıdaki König davasının kararı, Seri A No. 27, s. 34, paragraf 98'in tamamı).

Dolayısıyla “mahkeme”nin en azından esasa ve hukuka ilişkin meseleleri incelemeye ve çözümlenmeye yetkili olması gerekir.

Nihayet, “karar” kavramının bir uyuşmazlığın bir mahkeme tarafından çözüme kavuşturulmasını öngördüğü konusuna açıklık getirilmelidir. Bu bağlamda, AİHM Eckle- Almanya davasında (15 Temmuz 1982, Seri A No. 51, s. 25, paragraf 77) şunları belirtmiştir:

Mahkumiyet kararı verilmesi durumunda, öngörülen hapis cezasının süresi kesinleşmediği takdirde 6. Madde'nin 1. fıkrası bağlamında “[...] yöneltilen

suçlama hakkında karar” verilmiş olmaz. Bu doğrultuda, Mahkeme Ringeisen davasında asliye mahkemesinin kararını verdiği tarihi, davanın kapanış tarihi olarak belirlemiş ve başvurucunun tutuklu yargılandığı sürenin tamamının, temyiz davalarının ardından belirlenecek olan mahkumiyet süresine sayılması gerektiğine karar vermiştir (Seri A No. 13, s. 20 ve 45, paragraf 48 ve 110).

Yine karar konusunda, AİHM aşağıdaki Hiro Balani–İspanya davasının kararını anımsatmaktadır (9 Aralık 1994, Seri A No. 303-B, s. 29-30, paragraf 27):

Mahkeme 6. Madde’nin 1. fıkrası uyarınca mahkemelerin kararlarını gerekçeli olarak verme yükümlülüğü bulunduğunu, ancak bunun her bir mülâhazaya ayrıntılı yanıt vermek gerektiği şeklinde anlaşılamayacağını vurgular (bkz. Van de Hurk–Hollanda davası, 19 Nisan 1994 tarihli karar, Seri A No. 288, s. 20, paragraf 61). Bu gerekçelendirme görevinin kapsamı verilen kararın niteliğine göre çeşitlilik gösterebilir.

Nihayet, tüm bunların yine de ceza davalarında müzakerelerin gizliliği ilkesine uyulmayacağı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir. Nitekim, Gregory–Birleşik Krallık davasının kararında (25 Şubat 1997, Başvuru No. 22299/93, Reports 1997-I, paragraf 44), AİHM şu gözlemde bulunmuştur:

Jüri müzakerelerinin gizliliğini düzenleyen kuralın İngiliz duruşma hukukunun hayati ve meşru bir özelliği olduğu, bu kuralın jürinin esasa ilişkin hususlarda nihai hakemlik görevinin pekiştirilmesini ve jüri üyelerinin dinledikleri ifadeleri kendi aralarında açık ve samimi biçimde tartışılabilmesini güvence altına alınmasını sağladığı Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.

4. Mahkeme önündeki davanın niteliği

“Mahkeme hakkının” sınırları, kapsamı ve amacı ne olursa olsun, her şey sonunda davanın niteliğine bağlıdır. Davaların âdil olması, makul bir sürede tamamlanmaları ve gerek duruşmalara gerekse kararların açıklanmasına ilişkin olarak belirli kıstasları yerine getirmeleri gerekir. Bu hem hukuk davaları hem de ceza davaları için geçerlidir; ikinci türdeki davalarla ilgili olarak AİHM aşağıdaki tespitte bulunmuştur (Saunders–Birleşik Krallık davası, 17 Aralık 1996 tarihli karar, Reports 1996-VI, paragraf 74):

[...] [Mahkeme] kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmaması da dahil olmak üzere 6. Madde’de yer alan hakkaniyete ilişkin genel şartların, en basitinden en karmaşığına kadar hiçbir ayırım gözetilmeksizin her tür cürüme ilişkin tüm ceza davaları için geçerli olduğunu düşünmektedir.

Âdil kovuşturma şartı

6. Madde'nin 1. fıkrasında getirilen şartlarının (bkz. yukarıda), 6. Madde'nin 1. fıkrasından kaynaklanan âdil yargılanma hakkının belirli unsurlarına ayrıştırılabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Genel özellikler

AİHM 1. fıkrada yer verdiği gibi, yargılamanın âdil olması gerektiğini vurgulamıştır. Unterpertinger–Avusturya davasında (24 Kasım 1986, Seri A No. 110, s. 14, paragraf 29) şu anımsatılmıştır:

Mahkeme'ye çıkarlar önce 6. Madde'nin 3. fıkrasının d bendine ve sonra 1. fıkraya ilişkin taleplerini dile getirmişlerdir. Mahkeme, 3. fıkrada yer alan güvencelerin esasen 1. fıkrada belirlenen âdil yargılanmayla ilgili genel kavramın spesifik boyutları olduğunu anımsatır (bkz. en yeni örnek olarak, Bönisch davasının 6 Mayıs 1985 tarihli kararı, Seri A No. 92, s. 14-15, paragraf 29).

Bu davada AİHM, bu sonuca varmıştır, zira hüküm giymeden önce başvuruca tanıkları (karısı ve üvey kızı) sorgulama olanağı verilmemiş olması sebebiyle 6. Madde'ye aykırılık tespit edilmiştir (a.g.e., s. 15, paragraf 33).

Bu yaklaşımı benimseyen AİHM çeşitli davalarda bir dizi ilginç karar verme olanağı bulmuştur. Sözleşme açısından kimliği gizli tutulan tanıkların kullanılmasındaki sınırları tanımlamıştır. Kostovski davasında (20 Ekim 1989, Seri A No. 166, s. 20-21, paragraf 41 ve 44), aşağıdaki pasajlar okunabilir:

İlke olarak, tüm delillerin, nizalı mülâhazalara olanak sağlanması için sanığın mevcut bulunduğu aleni bir duruşmada ibraz edilmesi gerekir (bkz. yukarıda belirtilen Barberà, Messegué ve Jabardo davasının kararı, Seri A, No. 146, s. 34, paragraf 78). Ancak bu durum, tanık ifadelerinin delil sayılabilmesi için mutlaka mahkemede aleni duruşma sırasında alınması gerekli olduğu anlamına gelmez; savunmanın haklarına saygı gösterildiği sürece duruşma öncesi safhalarda alınmış olan tanık ifadelerinin delil olarak kullanılması tek başına 6. Madde'nin 3.d ve 1. fıkralarıyla tutarsızlık oluşturmaz.

Kural olarak, bu haklar ya tanığın ifadesini vermekte olduğu aşamada ya da davanın daha sonraki bir aşamasında, sanığa kendisi aleyhine ifade veren tanığa karşı itiraz getirebilmesi ve soru sorabilmesi için yeterli ve uygun bir fırsat sağlanmasını gerektirir (bkz. gerekli değişikliklerle, Unterpertinger davasının 24 Kasım 1986 tarihli kararı, Seri A No. 110, s. 14-15, paragraf 31).

Her ne kadar organize suçta yaşanan artışın uygun önlemler gerektirdiği şüphesiz olsa da, Mahkeme'ye göre başvurunun vekilinin "medeni bir toplumda denetime açık ve âdil bir yargı usulü" olarak tanımladığı bu duruma Hükümet'in lâyihasında yeterince ağırlık verilmemiştir. Yargının âdil idaresi demokratik bir toplumda o kadar öncelikli bir yere sahiptir ki (bkz. 17 Ocak 1970 tarihli Delcourt kararı, Seri A No. 11, s. 15, paragraf 25) işlemleri hızlandırmak uğruna bu ilkedен ferâgat edilemez. Sözleşme, ceza davalarının soruşturma aşamasında kimliği gizli tutulan muhbirler gibi kaynaklara müracaat edilmesine engel oluşturmaz. Ancak, bu davada da görüldüğü gibi, daha sonra kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin mahkumiyete temel teşkil edecek yeterlilikte delil olarak kullanılması bambaşka bir meseledir. Bu durum, savunmanın haklarına 6. Madde'nin sağladığı güvencelerle hiç bağdaşmayacak şekilde sınırlandırmalar getirmiştir. Nitekim, Hükümet de başvurunun mahkumiyetinin "belirleyici bir ölçüde" kimliği gizli tutulan şahısların ifadelerine dayandırıldığını kabul etmiştir.

Doorson–Hollanda davasının ardından (26 Nisan 1996 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, s. 446) Van Mechelen ve Diğerleri–Hollanda davasının kararında (23 Nisan 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, s. 711-712, paragraf 52-55) AIHM bir kez daha kimliği gizli tutulan tanıklar konusuna eğilmiştir:

Mahkeme'nin Doorson kararında (a.g.e., s. 470 paragraf 69) belirtme fırsatı bulduğu üzere, bir mahkumiyet kararının kimliği gizli tutulan tanıkların ifadesine dayandırılması her koşulda Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmez.

Aynı kararda, AIHM şöyle devam eder:

6. Madde'nin genel olarak tanıkların, özel olarak da ifade vermek üzere çağrılan mağdurların menfaatlerinin gözetilmesini açık bir biçimde şart koşmadığı doğrudur. Ancak, bu şahısların hayatları, özgürlükleri veya kişisel güvenlikleri tehlikede olabileceği gibi, Sözleşme'nin 8. Maddesi bağlamında genel olarak ele alınan menfaatleri de tehlikede olabilir. Tanıkların ve mağdurların bu tür menfaatleri ilke olarak, Sözleşme'nin diğer maddi hükümlerince korunur; bu hükümlerde, Sözleşmeciler Devletler'in ceza davalarında bu gibi menfaatlerin herhangi bir gerekçe olmaksızın tehlikeye atılmamasını temin edecek şekilde düzenlemeler sağlaması gerektiği ima edilmektedir. Bu doğrultuda, âdil yargılanma ilkeleri de uygun davalarda savunmanın menfaatleri ile tanıkların ve ifade vermek üzere çağrılan mağdurların menfaatleri arasında bir denge kurulmasını gerektirir (bkz. yukarıda belirtilen Doorson kararı, s. 470, paragraf 70).

Ancak, savcılığın tanıklarının kimliği gizli tutulursa, savunma ceza yargılamalarında normalde bulunmaması gereken zorluklarla karşılaşacaktır. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ile 6. Maddesi'nin 3. fıkrasının d bendi birlikte ele alan Mahkeme, bu gibi durumlarda, savunmanın karşılaştığı engellerin yeterli ölçüde giderilmesi amacıyla yargı yetkilileri tarafından belirli usullerin izlenmesi gerektiğini belirlemiştir (a.g.e., s. 471, paragraf 72).

Son olarak, bir mahkumiyetin sadece ya da belirleyici ölçüde kimliği gizli tutulan tanıkların ifadesine dayandırılmaması gerektiği hatırlanmalıdır (a.g.e., s. 472, paragraf 76).

(Bkz. Luca-İtalya davası, 27 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 33354/96, paragraf 41.)

Âdil yargılanma ilkesinin başka sonuçları da vardır. Yasamanın çıkarttığı bir yasanın bir maddesinin “bu yasaya ek bir hüküm gibi görülmekle beraber, her ne kadar ismen belirtmese de gerçekte başvurucuyu hedefleyerek” görülmekte olan bir davayı etkilemesinin yasaklanması da bu sonuçlara dahildir (Stran Greek Rafinerileri ve Stratis Andreadis-Yunanistan davası, 9 Aralık 1994 tarihli karar, Seri A No. 301-B, s. 81, paragraf 47).

Hakkaniyet ilkesinin doğurduğu sonuçlara ilişkin diğer örnekler için, bakınız:

- Barberà, Messengué ve Jabardo-İspanya davasının kararı (6 Aralık 1988, Seri A, No. 146), veya Coeme ve Diğerleri-Belçika davasının kararı (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, paragraf 94-104);
- Fransız hukukunda tutuklanmak üzere teslim olmak konusunda: 14 Aralık 1999 tarihli Khalfaoui-Fransa kararı, Başvuru No. 34791/97, paragraf 41-54; bir gözaltı süresince yargılama kayıtlarının tutulması gereğinin yerine getirilmemesi konusunda; 16 Ekim 2001 tarihli Brennan-Birleşik Krallık davasının kararı, Başvuru No. 39846/98, paragraf 51-53; hukuk konusunda bir temyiz davasıyla ilgili 16 Ekim 2001 tarihli Eliazer-Hollanda davasının kararı, Başvuru No. 38055/97.

İç hukuka göre yasal olmayan şekilde toplanmış delillerle ilgili olarak, AİHM yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu belirleyen yaklaşımını belirlemiştir (Schenk-İsviçre davası, 12 Temmuz 1988 tarihli karar, Seri A No. 140, s. 29, paragraf 46). Değerlendirmelerin genel yaklaşımın bir parçasını oluşturduğu vurgulanmaktadır:

Sözleşme'nin 6. Maddesi âdil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin hangi şartlara göre kabul edilebileceğini belirlemediğinden, bu düzenlemenin öncelikle iç hukukta gerçekleştirilmesi gerekir.

Dolayısıyla, Mahkeme bu durumda olduğu gibi yasalara aykırı biçimde toplanmış delillerin kabul edilebilir sayılabilmesinin prensipte ve soyut olarak mümkün olmadığını düşünmemektedir. Yapılması gereken sadece Bay Schenk'in yargılanmasının bir bütün olarak âdil olup olmadığını değerlendirmektir.

Bu davada başvurucağın telefon görüşmeleri yetkili hâkimin emri olmaksızın kaydedilmiştir (bkz. ayrıca Sözleşme'ye aykırı olarak toplanmış delillerin ceza davasında kullanılmasına ilişkin 12 Mayıs 2000 tarihli Khan–Birleşik Krallık davasının kararı: 6. Madde ihlâli bulunmamıştır).

Aslında, delillerin değerlendirilmesi AIHM'nin sorumlulukları arasında değildir. Yukarıda belirtilen Van Mechelen ve Diğerleri davasının kararında (paragraf 50) şu hususlar bir kez daha vurgulanmıştır:

Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliğinin öncelikle ulusal hukukta düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu ve genel bir kural olarak ibraz edilen delillerin değerlendirilmesinin ulusal mahkemeler tarafından yapılması gerektiğini bir kez daha vurgular. Sözleşme kapsamında Mahkeme'nin görevi, tanık ifadelerinin delil olarak kabul edilmesinin uygun olup olmadığını değerlendirmesine ilişkin bir karar vermektir çok, bu delillerin toplanma şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak yargılamanın âdil olup olmadığını değerlendirmektir (bkz., diğer örneklerin yanı sıra, yukarıda belirtilen Doorson kararı, s. 470, paragraf 67).

Nizalı dava ve silâhların eşitliği ilkeleri

Güncel kararların birçoğunda AIHM, “âdil yargılanma” hakkında diğer hususların yanı sıra, davaların nizalı bir şekilde görülmesinin ve silâhların eşitliği ilkesinin de bulunduğu görüşünü vurgulamıştır. Bu özellikle, dikkate değerdir.

Başvurucağın belgelerin ulaştırılmamasına ilişkin F.R.–İsviçre davasının kararında (28 Haziran 2001, Başvuru No. 37292/97, paragraf 36), AIHM şunları hatırlatır:

[...] âdil yargılanma kavramı, prensipte aynı zamanda bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırır (bkz. Lobo Machado–Portekiz ve Vermeulen–Belçika davaları, 20 Şubat 1996 tarihli kararlar, Reports 1996-I, sırasıyla s. 206 paragraf 31 ve s. 234 paragraf 33).

[...]

Burada asıl önemli olan, davacıların adaletin işleyişine olan güvenidir ki bu da diğer hususların yanı sıra, davacıların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bilmelerine bağlıdır (bkz. yukarıda belirtilen Nide-

röst-Huber kararı, s. 108, paragraf 29 [Nideröst-Huber – İsviçre davası, 18 Aralık 1997 tarihli karar, Reports 1997-I, s. 108, paragraf 27]).

Mantovanelli–Fransa davasında (18 Mart 1997 tarihli karar, Reports of Judgments and Decisions 1997-II, s. 436, paragraf 33), başvuruçuların yakınma konusu, uzman hekim raporunun hazırlanmasına katılmalarına veya bu belgeyle ve çok sayıda ameliyat geçirdikten sonra ölen kızlarına ilişkin delillerle ilgili görüş bildirmelerine fırsat tanınmamış olmasıdır.

Mahkeme, 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamında âdil yargılanma hakkının bir unsurunun da nizalı dava hakkı olduğunu belirtir; davanın tüm taraflarına, ilke olarak, sadece kendi iddialarını destekleyen delilleri bildirme fırsatı değil, aynı zamanda mahkemenin kararını etkilemek üzere gösterilen delillere ve sunulan belgelere ilişkin bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirme fırsatı da tanınmalıdır (bkz. gerekli değişikliklerle, Lobo Machado–Portekiz ve Vermeulen–Belçika davalarının 20 Şubat 1996 tarihli kararları, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, sırasıyla s. 206-207, paragraf 31 ve s. 234, paragraf 33; ve Nideröst-Huber - İsviçre davası, 18 Aralık 1997 tarihli karar, Reports 1997-I, s. 108, paragraf 24).

Bu bağlamda, Mahkeme öncelikle, 6. Madde'nin 1.fıkrasında yer alan usüle ilişkin diğer şartlara uyulması gerektiği gibi, nizalı dava ilkesine uymanın da bir “mahkemede” görülen davalar için geçerli olduğunu; dolayısıyla bu hükümden hiçbir genel ya da soyut ilke çıkartılamayacağını, yani bir mahkeme tarafından bir bilirkişi atandığı takdirde, tarafların bu kişinin yer aldığı görüşmelerin her aşamasına katılabilmesi veya bu kişinin dikkate aldığı tüm belgelerin taraflara gösterilmesi gerektiğini açıkça belirtir. Burada esas olan, tarafların “mahkemede” gerçekleşen yargılamaya uygun bir şekilde katılabilemesidir (bkz., gerekli değişikliklerle, Kerojärvi–Finlandiya davası, 19 Temmuz 1995 tarihli karar, Seri A No. 322, s. 16, paragraf 42'in tamamı).

Bu davada, AİHM şöyle devam etmiştir (paragraf 36):

Ancak, Bay ve Bayan Mantovanelli raporu teslim aldıktan sonra raporun içeriği ve raporda yer alan bulgulara ilişkin olarak idare mahkemesine beyanda bulunabiliyor olmalarına rağmen, Mahkeme bu imkânın ilgili kişilere raporla ilgili görüşlerini etkili bir biçimde bildirme fırsatı tanıdığı konusunda ikna olmamıştır. Bilirkişiye yanıtlanması talebiyle iletilen soru, mahkemenin açıklığa kavuşturması gereken sorunun aynısıdır, yani başvuruçuların kızına halotan isimli maddenin verildiği koşullar, CHRN'nin kusurlu olduğunu göstermekte midir? Bu konu, yargıçların bilgisi dahilinde olmayan teknik bir alanla ilgilidir. Dolayısıyla, her ne kadar hukuki olarak bilirkişinin sunduğu bulgular idare mahkemesi açısından bağlayıcı olmasa bile, söz konusu mahkeme

tarafından esaslar değerlendirilirken bilirkişi raporunun belirleyici bir etkisinin olması ihtimali vardır.

Bu koşullar altında ve başvuru-cuların yeni bir bilirkişi raporu için yaptıkları başvuruyu idare mahkemesinin ilk derecede ve temyiz aşamasında reddettiği düşünüldüğünde (bkz. yukarıdaki paragraf 19-22), Bay ve Bayan Mantovanelli görüşlerini etkili olarak, sadece bilirkişi raporu verilmeden önce bildirebilirlerdi. Raporun oluşturulması sürecine katılmalarının önünde hiçbir pratik zorluk yoktu, çünkü bu süreçte tanıklar dinlenmiş ve belgeler incelenmişti. Oysa, bilirkişi tarafından beş kişiyle görüşme yapıldığı halde başvuru-cuların görüşmelere katılmaları engellenmişti; halbuki bilirkişinin görüştüğü beş kişi de CHRN çalışanlarıydı ve aralarında Bayan Mantovanelli'nin son ameliyatını yapan cerrah ve ameliyatta görevli anestezi uzmanı da bulunmaktaydı. Dolayısıyla başvuru-cular, mantıken bu davada karşı taraf olan CHRN ile aynı doğrultuda ifade verecekleri beklenen bu beş kişiye çapraz sorgulama yapamamışlardı. Bilirkişinin dikkate aldığı belgelere gelince, başvuru-cular bu belgelerden ancak rapor tamamlandıktan sonra haberdar olmuşlardı.

Bay ve Bayan Mantovanelli, bu durumda, ana delille ilgili olarak etkili biçimde görüş bildirememiştir. Dolayısıyla yargılama Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının gerektirdiği ölçüde adil olmamıştır. Bu nedenle, bu hüküm ihlâl edilmiştir.

Voisine–Fransa davasının kararında, vekili olmayan başvuru- Yargıtay'ın Ceza Dairesi'ne hukuk hakkında itirazda bulunduktan sonra, Başsavcı'nın mütalâasına başvuramadığından ve bu mütalâaya yanıt veremediğinden dolayı şikayetçi olmuştur (8 Şubat 2000, Başvuru No. 27362/95, paragraf 30-34, sadece Fransızca, resmi olmayan çevirisi).

6. Madde'nin 1. fıkrasının içtihatındaki yorumu bağlamında nizalı davanın anlamı " prensipte bir hukuk ya da ceza davasının tüm taraflarının mahkemenin kararını etkilemek amacıyla, ulusal yargının bağımsız bir mensubu tarafından bile olsa, gösterilen deliller ve sunulan mütalâalarla ilgili bilgiye sahip olması ve bunlarla ilgili görüş bildirebilmesidir (bkz. ceza davasıyla ilgili olarak, J.J.- Hollanda davası, 27 Mart 1998 tarihli karar, Reports 1998-II, s. 613, paragraf 43'ün tamamı).

İşbu davada, başvuru- Başsavcı'nın mütalâasına erişememiştir. Bu durumda incelenmesi gereken konuda: "davada başvuru- açısından neyin önemli olduğu ve Başsavcı'nın mütalâasının niteliği olup, [ilgili kişinin başvurusunu reddeden] Yüksek Mahkeme önünde mütalâaya yanıt vermesinin olanaksız olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, başvuru- nın nizalı dava hakkının ihlâl edildiği belirlenmiştir" (a.g.e.).

Başvurucunun uzman bir avukat tarafından temsil edilebilmek üzere avukat yardımı için başvuruda bulunmadığı doğru olmasına karşın, Hükümet'in iddiasının aksine başvuru nızalı dava hakkından feragât etmiş değildir. Bir dizi kararda da tutarlı biçimde görülebileceği üzere, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan bir hakkı kullanmaktan feragât sarîh bir şekilde tesis edilmelidir (Colozza–İtalya davası, 12 Şubat 1985 tarihli karar, Seri A No. 89, s. 14-15, paragraf 28).

Yargıtay önündeki yargılamanın spesifik özelliği dolayısıyla bu tür bir davada sadece uzman hukukçulara söz hakkı tanındığı açıktır. Ancak, iç hukuk uyarınca kişiye kendini temsil etme hakkının tanındığı hukuk hakkında bir başvuruda bulunan kişiye, bu kişinin mahkeme önünde âdil yargılanmasını güvence altına alacak usûl yollarının açık tutulmamasının gerekçesi olarak bu özellik gösterilemez. Mahkeme, hukuk sisteminde Yargıtay bulundurmaya seçmiş bir Devlet'in, hukuka tâbi kişilerin Yargıtay önünde de 6. Madde'de yer alan güvencelerden faydalanmasını sağlaması gerektiğini hatırlatır (Ekbatani–İsveç davası, 26 Mayıs 1988 tarihli karar, Seri A No. 134, s. 12, paragraf 24).

Dolayısıyla, başvurunun Yargıtay önündeki davasının nızalı usûle göre âdil şekilde incelenmesine olanak sağlanmadığı için, bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlâl edilmiştir.

(Aynı şekilde, Adoud ve Bosoni–Fransa davası, 27 Şubat 2001 tarihli karar; bkz. ayrıca Coeme ve Diğerleri–Belçika davası, 22 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru No. 32492/96; paragraf 128-130.)

G.B.–Fransa davasının kararı (2 Ekim 2001, Başvuru No. 44069/98) ahlâk ile ilgili olarak Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan bir davanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgelerin sunulmasıyla ilgilidir. Bu davada, başvuru âdil yargılanmadığını iddia etmektedir. Yakınma üç kısımdan oluşmaktadır: önce, başvuru, savcılık tarafından Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki duruşmanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgeler sunulduğu ve sunulan bu belgelerden sonra başvuru adına gerekli savunmayı hazırlayabilmek için avukatına çok kısa bir süre tanındığından dolayı silâhların eşitliği ve savunma hakları ilkelerinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür; başvuru, ikinci olarak, bilirkişinin bu yeni belgeleri incelemek için sadece 15 dakika vakti olması sebebiyle sonuçta mütalâasını tamamen aksi yönde değiştirdiğinden yakınmıştır; ve son olarak, bilirkişinin görüşünü değiştirmesinin jüriyi büyük ölçüde başvurunun aleyhine etkilemesine karşın, başvuru delillerin karşılıklı çürütülmesi sırasında bilirkişi ifadesi ekleme talebinin reddedilmesinin âdil olmadığını düşünmektedir. AİHM önce avukata yeni belgeler ışığında savunmasını hazırlamak için verilen süreyi incelemiş ve şunları bildirmiştir (paragraf 60-63):

Mahkeme, duruşmanın başlangıcında savcılığın başvurusunun kişiliğine ilişkin yeni belgeler sunmasının tamamen yasal olduğuna dikkat çeker; bu belgeler savunmaya iletilmiş ve daha sonra nizalı olarak incelenmiştir. Ayrıca, başvurusunun kendisinin de tek başına bu belgelerin mahkemeye sunulmasına itiraz etmediği görülmektedir. Dolayısıyla, bu durumun tek başına taraflar arasında silâhların eşitliği ilkesine hiçbir aykırılık oluşturmadığı kararlaştırılmıştır.

Mahkeme ayrıca, Ağır Ceza Mahkemesi duruşma zabtından olayların akış sırasını dikkatle incelemiş, ve duruşmanın başlangıcında, 13 Mart 1997 günü sabah saat 10:00'da Savcı Yardımcısı tarafından yeni delillerin sunulduğunu, başvurusunun avukatının bunların dosyaya eklenmemesi doğrultusundaki itirazının mahkeme tarafından reddedildiğini belirlemiştir. 13,14 ve 15 Mart günleri savunmanın sorgulamasına geçilmiş, tanıklar ve bilirkişinin ifadeleri dinlenmiş, sivil tarafların lâyihaları dinlenmiş, Savcı Yardımcısı sunuşunu yapmış, tali sanığın avukatlarının lâyihaları dinlenmiş ve son olarak esas sanığın, yani başvurusunun, avukatı 15 Mart 1997 günü akşam 19:05-20:45 arasında lâyihasını sunmuş ve duruşma sona ermiştir (daha sonra mahkeme heyeti ve jüri çekilerek kararı tartışmışlar ve üç saat sonra 23:45'te karar açıklanmıştır).

Bu doğrultuda Mahkeme, başvurusunun ileri sürdüğü gibi, avukata (devam eden yargılamayı izlerken) yeni delilleri incelemek için sadece yarım gün süre tanıdığına doğru olmadığını belirtir. Söz konusu yarım gün, önem dereceleri ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken, savcılık delillerinin sunulması ile bilirkişinin ifadesi arasında geçen süredir (bkz. aşağıdaki paragraf 68 ve sonraki paragraflar).

Yukarıdakilerin ışığında Mahkeme, başvurusunun yeni delillere karşılık savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve imkâna sahip olduğunu düşünmektedir ve Sözleşme'nin bu bağlamda 6. Maddesi 3.b fıkrasıyla birlikte ele alınan 1. fıkrasının bu davada ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

Bilirkişiye yeni belgeleri incelemesi için tanınan süre ve delillerin karşılıklı çürütülmesi sırasında bilirkişi ifadesine izin verilmemesine ilişkin olarak AİHM şunları belirtmiştir (paragraf 65-70):

Mahkeme ayrıca, Dr.G. Ağır Ceza Mahkemesi'nde ifadesini verirken, ifadenin ortasında onbeş dakika ara verildiğini ve Dr.G.'ye savcılık tarafından sunulan, özellikle başvurusunun onaltı, onyediyedi yaşlarındaki cinsel davranışlarına ilişkin olarak sunduğu yeni belgeleri incelemesi için süre tanıdığına belirtir. Bu sayede, bilirkişi, başvurusunun yaklaşık oniki kez her iki cinsiyette küçük çocukla cinsel ilişkide bulunduğunu kendiliğinden kabul ettiği 1979 tarihli bir ifadeyi inceleyebilmiştir.

Başvurucu duruşma tekrar başladığında, bilirkişinin üç buçuk yıl önce hazırladığı yazılı raporunun tam tersine, kendisi hakkında tamamen lanetleyici nitelikte bir görüş bildirdiğini ileri sürmektedir. Bilirkişinin şöyle dediği iddia edilmektedir:

“G.B. psikoterapi görmesi gereken, ancak bu tedavinin sonuç vermeyeceği bir pedofildir, çünkü G.B.’de hiçbir suçluluk duygusu yoktur. Bu tür bir bireyde mahkumiyet süresinin uzunluğunun hiçbir etkisi olmaz ve tekrar suç işleme riski yüksektir.”

Ağır Ceza Mahkemeleri’nde görülen duruşmalar zapta geçirilmediğinden, Mahkeme’nin bilirkişinin tam olarak ne söylediğini bilmesi olanaksızdır. Ancak, Hükümet’in ne bilirkişiye ifadesinin ortasında belgeleri incelemek için tanınan sürenin kısa olduğu iddiasına, ne de başvuru tarafından bilirkişi tarafından söylendiği ileri sürülen görüşlere bir itiraz getirmediği; sadece yazılı raporda zaten sanığın psikopatik özelliklerine ve cinsel sapkınlık göstergelerine dikkat çekildiğini belirttiği görülmektedir.

Mahkeme, bir bilirkişinin Ağır Ceza Mahkemesi önünde ifade verirken yazılı ifadesinde bulunan görüşten farklı bir görüş bildirmesinin tek başına âdil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Bernard–Fransa davasının kararı, paragraf 40). Benzer şekilde, âdil yargılanma hakkı, savunma tarafından atanan bilirkişinin görüşü savcılığın iddiasını destekler nitelikte olsa bile, savunmanın talebi üzerine, ulusal mahkemenin bir başka bilirkişi atanmasına izin vermesini gerektirmez (bkz. Brandsetter–Avusturya davasının 28 Ağustos 1991 tarihli kararı, Seri A No. 211, paragraf 46). Bu doğrultuda, ikinci bir bilirkişinin görüşüne başvurma talebinin reddedilmesi tek başına hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmez.

Mahkeme, ancak, bu davada bilirkişinin mahkemeye ifade verirken yazılı raporunda bulunandan farklı bir görüş bildirmekle kalmadığını - aynı duruşma esnasında düşüncesini tamamen değiştirdiğini belirtir (yukarıda belirtilen Bernard–Fransa davasının kararının aksine). Ayrıca, bilirkişinin yeni delilleri süratli bir şekilde gözden geçirdikten sonra görüşünü tamamen aksi yönde değiştirerek başvurucuya karşı büyük ölçüde aleyhte bir tutum takınmasından sonra başvuru tarafından ikinci bir görüşe başvurma talebinde bulunduğu görülmüştür. Bir bilirkişi görüşünün jürinin değerlendirmelerini hangi ölçüde etkilemiş olduğunu belirlemek zor olsa da, Mahkeme aksi yöne doğru bu denli ani bir dönüşün bilirkişi görüşüne belirli bir ağırlık kazandırmasının yüksek ihtimalle kaçınılmaz olduğunu düşünmektedir.

Bu özel koşullara bakıldığında, yani bilirkişinin görüşünü aksi yönde değiştirmesi ile birlikte ikinci bir görüşe başvurma talebinin reddedilmesi göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiği ve savunmanın haklarının gözetilmediği görüşündedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ile 3.b fıkrası ihlâl edilmiştir.

Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı

6. Madde kapsamında açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, susma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı da âdil yargılanmanın gereklerince güvence altına alınmıştır.

Bu, öncelikle, bir kişinin sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkum edilemeyeceği anlamını taşır. Heaney ve McGuinness–İrlanda davasında (21 Aralık 2000 tarihli karar), Devletin Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlara ilişkin iç hukuk (Devlet'e Karşı İşlenen Suçlara İlişkin 1939 Tarihli Yasa'nın 52. Bölümü) şüphelilerin hareketlerini açıklamasını öngörmektedir. Bunu yapmayan her şüpheli mahkum edilmektedir. AİHM bu davada şunları belirtmiştir (Başvuru No.34720/97, paragraf 55-59):

[Mahkeme] 1939 Tarihli Yasa'nın 52. Bölümü hükümlerinin uygulanması nedeniyle, bu yasa kapsamında kendilerine yöneltilen suçlamalara ilişkin bilgi vermeye zorlamak amacıyla başvuruculara empoze edilen "zorunluluk derecesinin", neticede, başvurucuların kendi aleyhlerine tanıklık etmeme ayrıcalıklarının ve sessiz kalma haklarının özünü tahrir ettiğini belirlemiştir.

Hükümet, 1939 Tarihli Yasa'nın 52. Bölümünün esasen tırmanan terör ve güvenlik tehdidine karşı yargının uygun şekilde idaresini ve asayişin ve kamu güvenliğinin korunmasını sağlamak amacıyla orantılı bir yanıt niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir.

Mahkeme, Hükümet tarafından ayrıntılı şekilde sunulan kamu güvenliği ve asayiş endişelerini adli açıdan değerlendirmiştir.

Ancak, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı da dahil olmak üzere 6. Madde'de yer alan hakkaniyete ilişkin genel şartların "en basidinden en karmaşığına kadar tüm suçlara ilişkin bütün ceza davalarında ayırım gözetmesizin geçerli" olduğunun Mahkeme [...] tarafından belirlendiği [...] hatırlatılır. Adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılanma aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Ayrıca Mahkeme, Brogan davasının (Brogan ve Diğerleri–İrlanda davası, 29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145-B) Kuzey İrlanda'da terör eylemlerine karışıklarından şüphelenilen kişilerin, özel mevzuat sayesinde yakalanması ve

alıkonulması ile ilgili olduğunu hatırlatır. Birleşik Krallık Hükümeti bu davada gözaltı sürelerinin 5. Madde'nin 3. fıkrasında öngörülen süreleri aşmasına gerekçe olarak Kuzey İrlanda'daki güvenlik ortamını göstermişti. Mahkeme, bu davadaki en kısa alıkonulma süresinin bile 5. Madde'nin 3. fıkrası kapsamında güvence altına alınan hakkın özüne aykırılık oluşturacak sonuçlar doğurabileceğini belirlemişti. Başvuranların yakalanması ve alıkonulmasının toplumun bütününe terörden korumak gibi meşru bir amaç gözetilerek gerçekleştirilmiş olmasının, tek başına, Sözleşme'nin 5. Maddesi'nin 3. fıkrasında yer alan şartlara uygunluk sağlanması için yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu doğrultuda, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası kapsamında güvence altına alınan başvuruçuların sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının özüne hanel getirecek nitelikte bir hükmün varlığının gerekçesi olarak Hükümet tarafından asayiş ve kamu güvenliği endişelerinin gösterilmesinin haklı sayılamayacağını belirlemiştir.

Dolayısıyla, başvuruçuların Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasında güvence altına alınmış olan sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.

Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı aynı zamanda baskı altında verilen ifadenin kullanılmasını da yasaklar. Saunders–Birleşik Krallık davasının kararında (17 Aralık 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, s. 2064-2065, paragraf 68-69), bir şirket sahtekârlığına ilişkin yasal soruşturmada başvuruçuyu yasa gereği ifade vermek zorunda bırakılmıştır. Soruşturma, Şirketler Kanunu uyarınca bağımsız müfettişler tarafından yürütülmektedir. Başvuruçunun ifadeleri daha sonra ceza davasında kendisi aleyhinde kullanılmıştır. AİHM bu davada aşağıdaki görüşü bildirmiştir:

Mahkeme, her ne kadar Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde özellikle belirtilmemiş olsa da, sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. Madde kapsamındaki âdil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunan bir hak olduğunu anımsatır. Bu hakkın gerekçeleri arasında, sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek ve 6. Madde'nin hedeflerini yerine getirmek bulunmaktadır (bkz. yukarıda belirtilen John Murray davasının kararı, s. 49, paragraf 45, ve yukarıda belirtilen Funke davasının kararı, s. 22, paragraf 44). Kişinin kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, özellikle bir ceza davasında savcılık makamının sanığın iradesi dışında tehdit veya tazyik yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan sanığa karşı iddiasını kanıtlamaya

çalışmasını öngörür. Bu bağlamda söz konusu hak, Sözleşmenin 6. Maddesi'nin 2. fıkrası kapsamında bulunan masumiyet karinesiyle yakından bağlantılıdır.

Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletlerin hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür.

Ayrıca, aynı kararda, AİHM'nin sessiz kalma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının sadece hatalı davranışın ikrarını kapsamadığını da belirttiğine dikkat etmek gerekir. Bu kararda, AİHM şunları belirtmiştir (paragraf 71 ve 74):

Her ne olursa olsun, 6. Madde'deki hakkaniyet kavramı düşünüldüğünde, kişinin kendisi aleyhine tanıklık etmeme hakkının sadece hatalı davranışı ikrar eden bildirimlerde ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadelerde bulunmak ile sınırlı tutulabilmesi mantıken mümkün değildir. Görünüşte suçlayıcı nitelikte olmasa bile, baskı altında elde edilen ifadeler - masumiyetini beyan edici ifadeler ya da olayla ilgili sorulara karşılık verilen bilgiler - daha sonra savcılığın iddialarını desteklemek için, örneğin sanığın diğer ifadelerine veya duruşma sırasında verdiği ifadeye karşı çıkmak ya da şüphe düşürmek veya inandırıcılığını gölgelemek amacıyla ceza yargılanmasında kullanılabilir.

[...]

Adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılanma aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, Ağır Saha-tekârlık Bürosu'nun zorlayıcı yetkileri uyarınca ilgili mevzuat kapsamında elde edilen ifadelerin, genel bir kural olarak, ilgili kişilerin daha sonraki yargılanmalarında kullanılan delillere eklendiğini vurgulamak gerekir. Dahası, başvuruçunun kendisine bir suçlama yöneltmeden önce verdiği ifadelerin, daha sonraki ceza yargılamasında kullanılmış olması da hakkın ihlâl edilmesini engellememiştir.

(Aynı konuda, bkz. I.J.L., G.M.R. ve A.K.P.–Birleşik Krallık davası, 19 Eylül 2000 tarihli karar, Başvuru No. 29522/95.)

Diğer durumlar için aşağıdaki kararlara bakınız:

- Zorla ikrar iddiasıyla ilgili olarak Ferrantelli ve Santangelo–İtalya davası, 7 Ağustos 1996 tarihli karar, Reports 1996-III, paragraf 45-50; tanık olarak

yemin etmeyi reddettiği için ceza niteliğinde para cezası verilmesi nedeniyle başvuru, 6. Madde ihlâli bulunmayan, Serves–Fransa davası, 20 Ekim 1997 tarihli karar, Reports 1997-VI, paragraf 43-47;

- Bazı bilgileri vermeyi reddettiği için başvurucuya para cezası uygulanmasına ilişkin başvuru; AİHM vergilendirilmemiş kaynaklardan temin edilen ve başvurucu tarafından ibraz edilen belgelerde bulunan ek gelirin vergi kaçakçılığı suçu teşkil eder nitelikte olabileceğinin başvurucu tarafından bilinemeyeceğini belirlemiştir. AİHM bu belgelerin ilgili kişinin rızası hilâfına zorla elde edilemeyeceği sonucuna varmıştır: 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâlinin tespit edildiği, J.B.–İsviçre davası, 3 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 31827/96; ve
- Gümrük idaresi tarafından talep edilen bir bilgiyi vermeyi reddettiği için mahkum olan başvurucunun davasında 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlâl edildiği saptanmıştır; Funke–Fransa davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 256-A, paragraf 43-44; başvurucunun avukat yardımından yoksun şekilde bulunduğu baskıcı ortam nedeniyle kendi aleyhine tanıklık etmek zorunda bırakılmasından şikâyetçi olarak açtığı Magee–Birleşik Krallık davası, 6 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru No. 28135/95, paragraf 41.

Aynı zamanda, bir sanığın sükûtundan bazı sonuçlar çıkartılabileceği olasılığının da AİHM tarafından göz önünde bulundurulduğuna dikkat edilmelidir. John Murray–Birleşik Krallık davasının kararında (8 Şubat 1996, Reports 1996-I, paragraf 51 ve 54), AİHM aşağıdakileri beyan etmiştir:

Ulusal mahkeme sadece sanık sessiz kalmayı seçtiği için sanığın suçlu olduğu sonucuna varamaz. Sadece sanığa karşı olan deliller bir açıklama “gerektiriyorsa” ve bu açıklama sanığın getirebileceği nitelikte ise, buna rağmen sanık hiçbir açıklamada bulunmuyorsa “sağduyunun sınırları dahilinde bir açıklama getirilmemesi dolayısıyla sanığın suçlu olduğu” çıkarsaması yapılabilir. Tam tersine, savcılık tarafından sunulan iddianın delil olarak değeri çok düşük ise açıklama getirmemek suçluluk sonucuna varılmasına gerekçe teşkil edemez (a.g.e.).

[...]

Komisyon Delegates tarafından belirtildiği gibi, delillerin mahkemeler tarafından serbestçe değerlendirildiği önemli sayıdaki ülkede, bir sanığın davranış biçimi ya da savunmasını nasıl yürüttüğü de dahil olmak üzere, tüm ilgili şartlar göz önünde bulundurulabilir.

Aynı bağlamda, ayrıca bkz. Averill–Birleşik Krallık davası, 6 Haziran 2000 tarihli karar, Başvuru No. 36408/97; ve Condron–Birleşik Krallık davası, 2 Mayıs 2000 tarihli karar, Başvuru No. 35718/97.

Avukata Erişim

Âdil yargılanma hakkının bir başka boyutu da sanığın ceza davasının ilk aşamasından itibaren avukata erişebilmesidir. John Murray–Birleşik Krallık davasının kararında (8 Şubat 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, s. 54-55, paragraf 62-63), polis tarafından alıkonulduğu sürenin ilk kırksekiz saati boyunca başvuru avukat yardımından yoksun bırakılmıştır.

Mahkeme'nin gözlemine göre polis tarafından bir cürümlü ilgili olarak yapılan hazırlık soruşturmasında bile 6. Madde'nin geçerli olduğuna Hükümet tarafından itiraz edilmemektedir. Bu bağlamda, Imbrioscia–İsviçre davasının 24 Kasım 1993 tarihli kararındaki bulgulara göre, 6. Madde'nin – özellikle 3. fıkrasının – bir dava yargı aşamasına gelmeden önce önem taşıdığı ve bunun özellikle bu hükümlere başta uyulmamasından dolayı yargılamanın hakkaniyetine ciddi ölçüde gölge düştüğü durumlar için geçerli olduğu anımsatılır (Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36). Bu kararda da belirtildiği gibi, 6. Madde'nin 3. fıkrasının c bendinin hazırlık soruşturması aşamasında nasıl uygulanacağı söz konusu yargılamaya özgü özelliklere ve davanın koşullarına bağlıdır (a.g.e., s. 14, paragraf 38).

Ulusal yasalar uyarınca polisteki sorgulama sırasında sanığın gösterdiği tavır belli sonuçlarla bağdaştırılabilir ki bu da daha sonraki yargılama aşamasında savunmanın kaderi için belirleyici olabilir. Böyle durumlarda 6. Madde hükümlerine göre normalde daha polis sorgulamasının ilk aşamalarında bile sanığa bir avukatın yardımından yararlanma imkânı sağlanması gerekecektir. Ancak, Sözleşme'de açıkça belirtilmemiş olan bu hak, haklı nedenlerden dolayı kısıtlamalara tâbi tutulabilir. Asıl mesele, her davada, yargılamanın bütünü ele alındığında, bu kısıtlamanın sanığı âdil yargılanma hakkından mahrum bırakıp bırakmadığıdır.

Benzer bir yaklaşım izleyen AİHM, Goedhart–Belçika davasının kararında (20 Mart 2001, Başvuru No. 34989/97, paragraf 31-33, sadece Fransızca-resmî olmayan çevirisi), şunları belirtmiştir:

Omar ve Guérin kararlarında, Mahkeme “bu davada olduğu gibi, hukuk hakkında bir itiraz başvurusunun, sadece daha sonra temyizde itiraz edilen bir yargı kararını takiben itiraz başvurusunda bulunan kişi tutuklama emri gereğince teslim olmadığı için reddedilmesi, başvuru avukatı itiraz edilmiş bir karar nedeniyle önceden hürriyetinden yoksun kalmaya zorlamak demektir, oysa temyiz karara bağlanmadan veya temyize başvuru süresi dolmadan önce kararın nihai halini aldığı düşünülemez” demiştir. Mahkeme “bunun, temyize giden kişiye ek bir yük getirerek, temyiz hakkının özünü zedelediğini, dolayısıyla bir yanda adli kararların uygulanmasının sağlanmasına ilişkin

meşru endişe ile diğer yanda Yargıtay'a başvurma hakkı ve savunma hakkının kullanılması arasında kurulması gereken âdil dengeyi bozduğunu" düşünmektedir (yukarıda belirtilen Omar ve Guérin davalarının kararları, sırasıyla s. 1841, paragraf 40-41, ve s. 1868, paragraf 43; ayrıca Khalfoui-Fransa [III. Seksiyon] davasının kararı, Başvuru No. 34791/97, AİHM 1999-IX, 14 Aralık 1999, paragraf 40).

Mevcut davada Mahkeme, sadece başvuru temyizde itiraz ettiği bir yargı kararı uyarınca tutuklanmak üzere teslim olmadığı için Yargıtay'ın 10 Aralık 1996 tarihli bir kararla hukuk hakkındaki bir itirazı reddettiğini gözlemlemiştir (yukarıdaki paragraf 18).

Bu koşullarda Mahkeme, yukarıda belirtilen Omar ve Guérin kararlarında vardığı sonuçtan farklı bir sonuca varmak için bir neden görmemektedir.

Davanın koşulları çerçevesinde ve kendi içtihadı uyarınca Mahkeme, başvuru-cunun mahkemeye erişim hakkına ve dolayısıyla âdil yargılanma hakkına orantısız olmayan bir müdahaleye maruz kaldığı düşüncesindedir. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ihlâl edilmiştir.

Davaların “makul bir süre içinde” görülmesi şartı

Hakkaniyetin belirlenmesinde, davaların “makul bir süre içinde” görülmemesi de aynı derecede önemlidir. Bu konuda çok sayıda karar verilmiştir.

Dava süresinin makul olması

AİHM, Zimmermann ve Steiner-İsviçre davası kararında (13 Temmuz 1983, Seri A No. 66, s. 11, paragraf 24) dava süresinin makul olup olmadığının saptanmasında kullanılan kriterleri belirlemiştir:

6. Madde 1. fıkra hükümlerinde belirtilen, davaların makul süre içinde görülmesi şartı, her davanın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir (bkz. 6 Mayıs 1981 tarihli Buchholz kararı, Seri A No. 42, s. 15, paragraf 49). Mahkeme'nin göz önünde bulundurduğu konular arasında, davadaki esasa veya hukuka ilişkin meselelerin karmaşıklığı, başvuru-cuların ve yetkili mercilerin davranışları ve başvuru-cular açısından başvurunun konusu vardır; ayrıca, sadece Devlet'in neden olduğu gecikmeler de davanın “makul bir süre içinde” görülmesi şartına uyulmaması sonucunu doğurabilir (bkz. gerekli değişikliklerle, 28 Haziran 1978 tarihli König kararı, Seri A No. 27, s. 34-40, paragraf 99, 102-105 ve 107-111 ve yukarıda bahsedilen Buchholz kararı, Seri A No. 42, s. 16, paragraf 49).

AİHM, elindeki davanın karmaşık olup olmadığını, başvuru-cuların davranışlarını (duruşmada bulunmaları veya bulunmamaları, erteleme talepleri...) ve adli veya

idari makamların davranışlarını inceler. AİHM, bu kriterleri Vallée-Fransa davasında (26 Nisan 1994, Seri A No. 289-A, s. 17, paragraf 34) hatırlatmıştır. A.A.U.-Fransa davası kararında (19 Haziran 2001, Başvuru No. 44451/98, paragraf 29, sadece Fransızca, resmi olmayan çevirisi) atıfta bulunduğu şu mantıklı sonuca ulaşmıştır:

AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda, yargı sistemlerinin mahkemelerin makul bir süre içinde kesin bir karara ulaşmasını herkes için garanti edecek biçimde düzenlenmesinin, Sözleşmeciler Devletleri'nin sorumluluğu altında olduğunu hatırlatır (yukarıda bahsedilen Frydender kararı, paragraf 47).

Sürenin hesaplanması

Genel olarak makul süre, anayasa mahkemesi önünde yapılan incelemeler de dahil olmak üzere, bütün incelemeleri içerir. AİHM, Diaz Aparicio-İspanya davası kararında (11 Ekim 2001, Başvuru No. 49468/99, paragraf 21, sadece Fransızca, resmi olmayan çevirisi) şu gözlemlerde bulunmuştur:

[...] Mahkeme, Anayasa Mahkemesi tarafından görülen dava dahil, tüm yargılama süresini göz önünde bulundurur (bkz. örneğin, 23 Haziran 1993 tarihli Ruiz-Mateos-İspanya kararı, Seri A No. 262, s. 19, paragraf 35 ve 16 Eylül 1996 tarihli Süßmann-Almanya davası kararı, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, paragraf 39).

Ceza davalarında sürenin hesaplanması

Eckle-Almanya davası kararında (15 Temmuz 1982, Seri A No. 51, s. 33, paragraf 73) AİHM şu gözlemlerde bulunmuştur:

Ceza davalarında, 6. Madde 1. fıkrada bahsedilen "makul süre", bir kişiye suç isnat edilir edilmez başlar; bu, davanın mahkeme önüne çıkmasından önceki bir tarihte de olabilir (bkz. örneğin, 27 Şubat 1980 tarihli Deweer kararı, Seri A No. 35, s. 22, paragraf 42); örneğin yakalanma tarihi, bir kişiye aleyhinde dava açıldığına resmi olarak bildirildiği tarih, ön soruşturmanın başlatıldığı tarih [...].

(Aynı şekilde, 31 Mayıs 2001 tarihli Metzger-Almanya kararı, Başvuru No. 37591/97, paragraf 31.)

AİHM, şöyle devam etmiştir (s. 34, paragraf 76):

Ceza davalarında 6. Madde 1. fıkra açısından "süre"nin sona ermesi, temyiz davası dahil, bütün yargılamanın sona ermesi anlamına gelir (bkz. 28 Haziran 1978 tarihli König kararı, Seri A No. 27, s. 33, paragraf 98).

İhlâl olmadığı durumlara örnek olarak, Korsika'daki bir soruşturma ile ilgili 21 Kasım 1995 tarihli Acquaviva–Fransa davası kararına (Başvuru No. 19248/91, Seri A. No. 333-A, paragraf 46) bakılabilir; bu davada AİHM, davanın özel şartlarını ve o dönemde Korsika'daki durumu göz önünde bulundurmıştır; şikâyet ile birlikte tazminat talebi sonrasında ceza mahkemelerinin ele aldığı ve tıbbi sorumlulukla ilgili bir dava için, 17 Ocak 2002 tarihli Callvelli ve Ciglio–İtalya davası kararına (Başvuru No. 32967/96, paragraf 63-67) bakılabilir.

Hukuk davalarında sürenin hesaplanması

Hukuk davalarıyla ilgili olarak AİHM, Erkner ve Hofauer–Avusturya kararında (23 Nisan 1987, Seri A No. 117, s. 61-62, paragraf 64-65) şu gözlemlerde bulunmuştur:

Hukuk davalarında, 6. Madde 1. fıkrada bahsedilen “makul süre” normalde davanın “mahkeme”ye getirildiği anda başlar [...] ancak bazı durumlarda bu süre daha önce de başlayabilir.

König–Almanya davası (28 Haziran 1978, Seri A No. 27, s. 33, paragraf 98), makul sürenin “mahkemede davanın açılması yönündeki ihtarname yazılmadan bile önce” başladığı davalara örnektir.

Söz konusu sürenin sona ermesi konusunda AİHM, (yukarıda belirtilen) Erkner ve Hofauer davasında şunları belirtmiştir:

[...] makul olup olmadığı incelenecek olan süre, temyiz dahil bütün dava sürecini içermektedir [...]. Bu süre, uyuşmazlığı (“niza”) ortadan kaldıran karara kadar uzanır.

Ayrıca AİHM şu konuyu da belirtmiştir: Uyuşmazlığın sadece ikinci aşamada kesin olarak çözüme kavuştuğu durumlarda, sürenin makul olup olmadığı hesaplanırken, bir adli karar sonrası yapılan icra takibinin süresi de göz önünde bulundurulmalıdır. Silva Pontes–Portekiz davasında (23 Mart 1994, Seri A No. 286-A, s. 14, paragraf 33-36) AİHM, bir borç konusunda şu gözlemlerde bulunmuştur:

Mahkeme, “icra” davasının tek amacının belirli bir meblağı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmek [...] olmadığı görüşündedir; icra davası aynı zamanda borcun önemli unsurlarının belirlenmesini de sağlamıştır [...]. Başvurucunun tazminat isteme hakkı konusundaki uyuşmazlık (niza), ancak icra davasıyla ilgili nihai karar sonrasında çözülmüş olur.

[...]

6. Madde'nin [...] ikinci aşamaya uygulanabileceği konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

Davanın aleni olarak görülmesi ve hükmün açık oturumda verilmesi

Son usul şartı, davanın açık olarak görülmesi ve hükmün açık oturumda verilmesiyle ilgilidir.

Aleni duruşmanın önemi

AİHM, yargılamaların aleniyeti konusunda Pretto ve Diğerleri–İtalya kararında (8 Aralık 1983, Seri A No. 71, s. 11-12, paragraf 21-22) şunları belirtmiştir:

Yargı makamlarına getirilen davaların 6. Madde 1. fıkrada belirtildiği gibi kamuya açık olması, adaletin kamuoyunun denetimine açık olmadan gizlice uygulanmasına karşı davacıları korur; ayrıca bu şekilde alt ve üst mahkemelere güven duyulması sağlanabilir. Kamuya açık olma, adaletin idaresini görünür kılarak 6. Madde 1. fıkranın amacına ulaşmasına, yani AİHS’deki anlamıyla demokratik toplumların temel ilkelerinden birinin teminatı olan âdil yargılanmaya da katkıda bulunur (bkz. 21 Şubat 1975 tarihli Golder kararı, Seri A No. 18, s. 18, paragraf 36 ve ayrıca 14 Kasım 1960 tarihli Lawless kararı, Seri A No. 1, s. 13).

Avrupa Konseyi’ne üye Devletler’in tamamı aleniyet ilkesine uymakla beraber, uygulamanın kapsamı ve biçimi konusunda yargı sistemlerinde ve adli uygulamalarında hem davanın aleni olarak görülmesi, hem de hükmün açık oturumda “verilmesi” konusunda bazı farklar vardır. Şekli boyut, 6. Madde’nin 1. fıkrasında şart koşulan kamuya açıklık koşulunun amacına göre ikinci planda kalır. Demokratik toplumlarda âdil yargılanma hakkının oynadığı ağırlıklı rol, Mahkeme’yi bu alanda yapacağı değerlendirmelerde söz konusu usulün esasını incelemeye itmektedir (özellikle bkz., gerekli değişikliklerle, 26 Mart 1982 tarihli Adolf kararı, Seri A No. 49, s. 15, paragraf 30).

AİHM, Diennet–Fransa davası kararında (26 Eylül 1995, Seri A No. 325-A, paragraf 33) ayrıca şunları belirtmiştir:

AİHS, gerçekten de bu ilkeyi mutlak kılmaz, çünkü 6. Madde’nin 1. fıkrasında kullanılan ifade şu şekildedir: “[...] genel ahlâk [...], davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

Bu davada AİHM, Ulusal Tabip Odası’nın disiplin mahkemesinde yapılan duruşmaların aleni olmamasının, 6. Madde’nin 1. fıkrasını ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Ayrıca bakınız:

- Fischer–Avusturya davasının kararı (26 Nisan 1995, Başvuru No. 16922/90, Seri A No. 312, paragraf 43-44); Malhous–Çek Cumhuriyeti davasının kararı (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 33071/96, paragraf 55-63); ve geçici tutukluluk sonrasında beraat kararına ilişkin tazminat davası sırasında duruşma yapılması ve kararın aleni olarak verilmemesi konusundaki Asan Rushiti–Avusturya davasının 21 Mart 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 28389/95; ve
- Sosyal hizmetlerin korumasına verilmiş çocuklara erişim hakkı davasında duruşma yapılmaması konusunda (ihlâl) L.–Finlandiya davasının 27 Nisan 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 25651/94; kamu muhasebesi kurallarında para cezasına tâbi bir aykırılık tespiti konusunda karar veren Disiplin Suçları (Bütçe ve Finans) Mahkemesi’nde yapılan kapalı duruşma konusunda Guisset–Fransa davasının 26 Eylül 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 33933/96; ve cezaevinde görülen dava hakkında (6. Madde ihlâli) Riepan–Avusturya davasının 15 Haziran 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 35115/97.

Hükmin açık oturumda “verilmesi”

AİHM aynı kararda, 6. Madde 1. fıkrada belirtilen “hüküm açık oturumda verilir” şartını yorumlamıştır. AİHM’e göre (s. 12, paragraf 26):

Bu nedenle Mahkeme, kendisini lafzî bir yorumla sınırlandırmak zorunda hissetmemektedir. Davalı Devlet’in ulusal kanunlarına göre “hükümün” aleniyetinin, söz konusu davanın özel şartlarına ve 6. Madde 1. fıkranın amacına ve hedefine göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Bu davada Temyiz Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın kararları, mahkeme siciline kaydedilmek suretiyle açıklanmıştır; isteyen herkes Yargıtay’ın kararlarına başvurabilmekte veya bu kararların bir nüshasını edinebilmektedir. Yargıtay kararının kamuoyuna sözlü olarak duyurulmaması, 6. Madde’nin 1. fıkrasına aykırı değildir.

Sutter–İsviçre davasında (22 Şubat 1984, Seri A No. 74, s. 14-15, paragraf 31-34), Askeri Yargıtay’ın kararı taraflara tebliğ edilmiştir ve konuyla ilgisi olduğunu gösterebilen herkes, bu mahkemenin kararlarına başvurabilmekte veya tüm mahkeme kararlarının bir nüshasını edinebilmektedir. Bu nedenle, bu davada kararın kamuoyuna sözlü olarak duyurulmaması 6. Madde’nin 1. fıkrasını ihlâl etmemektedir.

(Ayrıca bkz. 10 Temmuz 2001 tarihli Lamanna–Avusturya kararı, Başvuru No. 28923/95, paragraf 27-34; B.–Birleşik Krallık davasının 24 Nisan 2001 tarihli kararı, Başvuru No. 36337/97; çocuk velâyeti konusunda B. ve P.- Birleşik Krallık davası, 24 Nisan 2001 tarihli karar, Başvuru No. 36337/97; ve Tierce ve Diğerleri – Saint-Marin davasının 25 Temmuz 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 24954/94.)

Açık duruşmadan feragât

Håkansson ve Sturesson–İsveç davası kararında (21 Şubat 1990, Seri A No. 171-A, s. 20, paragraf 66) AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkemedeki duruşmaların aleni olma özelliği, 6. Madde'nin 1. fıkrasında yer alan temel bir ilkedir. Ne bu hükümdeki ifadeler, ne de hükmün özü, bir kişinin kendi özgür iradesiyle duruşmasının açık yapılması hakkından açıkça veya zımnen feragât etmesini engellemez (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, 23 Haziran 1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere kararı, Seri A No. 43, s. 25, paragraf 59 ve 30 Kasım 1987 tarihli H.–Belçika kararı, Seri A No. 127, s. 36, paragraf 54). Ancak feragât, sarih olmalı ve hiçbir önemli kamu menfaatine aykırı olmamalıdır.

- 6. Madde,** 6. Madde 2. fıkrada şöyle denilmektedir:
2. Fıkra – Masu- 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak
miyet karinesi sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

1. 6. Madde, 2. fıkranın uygulama alanı ve kapsamı

“Bir suç ile itham edilen” ifadesinin tanımı

6. madde, 2. fıkra “bir suç ile itham edilen” herkese uygulanır.

Lutz–Almanya davası kararında (25 Ağustos 1987, Seri A No. 123, s. 22, paragraf 52) AİHM, diğer hususların yanı sıra, “bir suç ile itham edilen kişi” kavramını da yorumlamıştır. AİHM, 6. Maddenin diğer bölümlerinde de kullanılmış olan ve kendisinin daha önce yorumlamış olduğu “suç” (“criminal charge”) ve “bir suç ile itham edilen” terimlerine istinaden şöyle demektedir:

Mahkeme böylece, 6. Maddenin üç fıkrasının “suç” (İngilizce’de “criminal charge”, Fransızca’da “accusation en matière pénale”) ve “bir suç ile itham edilen” (İngilizce’de “charged with criminal offence”, Fransızca’da “accusé d’une infraction”) terimlerini kullanırken bütünüyle aynı durumları kasdettiği anlayışıyla hareket etmiştir. Daha önce 6. Madde 2. fıkraya ilişkin olarak da iç hukuk bakımından yadsınmaz biçimde bir ceza davası ile ilgili bir bağlamda olmakla beraber benzer bir yaklaşım benimsemiştir (bkz. 26 Mart 1982 tarihli Adolf davası kararı, Seri A No. 49, s. 15, paragraf 30 ve 25 Mart 1983 tarihli Minelli davası kararı, Seri A No. 62, s. 15, paragraf 27).

Yani AİHM suçun cezai niteliğini saptarken olağan ilkelerini uygulamaktadır. Örneğin, Minelli–İsviçre davası kararında (25 Mart 1983, Seri A, No. 62, s. 15,

paragraf 28), AİHM gazetede bir yazıda özel hukuk temelinde hakarettten açılmış olan bu davada yargılamanın cezai bir nitelik taşıdığına hükmetmiştir.

Bir bireyin “medeni” hakkının ihlâli de bazen cezai bir suç niteliğini taşır. Bir “suç isnadı” (“criminal charge/accusation en matière pénale”) bulunup bulunmadığının saptanabilmesi için, diğer hususların yanı sıra, sanığın yürürlükteki iç hukuk kuralları karşısındaki durumunu AİHS’in 6. maddesinin amacı ışığında incelemek gerekir (bkz. yukarıda belirtilen Adolf davası kararı, aynı yer).

İsviçre Federal Ceza Yasası tarafından tanımlanmış cezalandırılabilir suçlar arasında hakaret de vardır (bkz. yukarıda paragraf 17). Hakaret suçu ancak mağdurun şikâyeti (Strafantrag) üzerine takip edilebilir; ama suçun takibatı kantonların, bu durumda da Zürih kantonunun ceza usul yasaları temelinde yürütülür. Yargılama, sabıka kaydına işlenecek olan bir para veya hapis cezası ile bile sonuçlanabilir (bkz. yukarıda paragraf 18).

Kapsam

6. Madde, 2. fıkra bir suç isnadı durumunda yargılamanın bütünü için geçerlidir. Yine Minelli davasında AİHM şunu belirtmiştir (s. 15-16, paragraf 30):

AİHS’in 6. Maddesinin 2. fıkrası, yargılamanın sonucu ne olursa olsun, sadece suçlamanın esastan incelenmesini değil, ceza davasının bütününe düzenlemektedir (bkz. gerekli değişikliklerle yukarıda anılmış olan Adolf davası kararı, Seri A No. 49, s. 16, paragraf 33’ün tamamı).

6. Madde, 2. fıkra, AİHM’in *Allenet de Ribemont–Fransa* davasındaki kararının (10 Şubat 1995, Seri A, No. 308, s. 16-17, paragraf 36-37 ve 41) da gösterdiği gibi, tüm kamu makamları için geçerlidir:

AİHM’e göre, masumiyet karinesi sadece bir yargıç veya mahkeme tarafından değil, başka kamu makamları tarafından da çiğnenebilir.

29 Aralık 1976 tarihli basın toplantısı yapıldığında, Bay *Allenet de Ribemont* polis tarafından henüz gözaltına alınmıştı (bkz. yukarıda paragraf 9). Her ne kadar o anda uluslararası bir cinayete yardım ve yataklıkla itham edilmemiş olsa bile (bkz. yukarıda paragraf 12), polis tarafından gözaltına alınması ve gözaltında tutulması, Paris sorgu hâkiminin birkaç gün önce başlatmış olduğu soruşturma kapsamındaydı ve bu durum kendisini 6. Madde 2. fıkra çerçevesinde “bir suç ile itham edilen” bir kişi haline getiriyordu.

[...]

AİHM (basın toplantısı sırasında) Fransız polisinin en üst rütbeli bazı görevlilerinin Bay *Allenet de Ribemont*’dan, hiçbir kayıt ya da kısıtlama getirmeksizin,

bir cinayetin azmettiricilerinden biri, dolayısıyla da o cinayetin suç ortağı olarak söz ettiklerini hatırlatır. Bu bariz biçimde başvuruçunun suçlu olduğuna dair bir beyandır. Bu beyan, öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunmuştur; ayrıca, yetkili yargı merciinin gerçekleri değerlendirmesi konusunda bir önyargı yaratmıştır. Dolayısıyla, 6. Madde 2. fıkra hükümleri ihlâl edilmiştir.

Öte yandan, sanık suçlu bulunduğu 6. Madde 2. fıkra yargılama boyunca ileri sürülmüş bütün iddialar açısından artık işlemeze hale gelir (Philips–Birleşik Krallık davası kararı, 5 Temmuz 2001, Başvuru No. 41087/98, paragraf 35):

Ne var ki, 6. Madde 2. fıkranın sadece suçlamanın esastan incelenmesinde değil, ceza yargılamasının bütünü açısından geçerli olduğu açık olmakla birlikte (örneğin bkz. Minelli–İsviçre davası kararı, 25 Mart 1983, Seri A No. 62, paragraf 30; Sekenina–Avusturya davası kararı, 25 Ağustos 1993, Seri A No. 266-A; ve Allenet de Ribemont–Fransa davası kararı, 10 Şubat 1995, Seri A No. 308), 6. Madde, 2. fıkra çerçevesinde masumiyet karinesi hakkı yalnızca “isnat edilen” belirli bir suç ile ilgili olarak geçerlidir. Sanık o suçla ilgili olarak usulüne uygun biçimde suçlu bulunduktan sonra, 6. Madde 2. fıkra yargılama süreci boyunca sanığın karakteri veya davranışı konusunda ileri sürülmüş olan iddialar için geçerli değildir. Velez ki bu tür suçlamalar, AIHS’in yukarıda paragraf 28’de sözü edilen özerk anlamında yeni bir “suç isnatı” oluşturacak bir nitelik ve yoğunluk taşımasını (bkz. Engel ve Diğerleri–Hollanda davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, paragraf 90).

(Ayrıca bkz. yukarıda belirtilen Heaney ve McGuinness–İrlanda davası, 21 Aralık 2000 tarihli karar.)

2. 6. Madde 2. fıkranın etkisi

6. Madde 2. fıkra, mahkûmiyet ve yeterli delil yokluğu, sanığın lehinde kuşku

20 Mart 2001 tarihli Telfner–Avusturya davası kararında (Başvuru No. 33501/96, paragraf 15-20), AIHM mahkemelerin, bir gece bir kazaya karışmış olan bir aracın sahibinin bir açıklama getirmesini talep ederek ispat yükünü savunmaya yüklediğine hükmetmiştir. Aracın sahibi açıklama yapmayı reddetmiş ve aracın esas kullanıcısının kendisi olduğunu ve o gece evinde yatmamış olduğunu belirten bir polis raporunun temelinde suçlu bulunmuştur. AIHM şunu belirtmiştir:

Mahkeme, genel kural olarak, önlerindeki delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu, Mahkeme’nin görevinin ise yargılamanın bir bütün olarak âdil olup olmadığını saptamak olduğunu hatırlatır. Bu görev, ceza davalarında masumiyet karinesine uyulmasını da içerir. 6. Madde 2.

fıkra, diğer hususların yanı sıra, bir mahkeme heyetinin görevini yaparken işe sanığın isnat edilen suçu işlemiş olduğu konusunda bir önyargıyla başlamasını gerektirir; ispat yükü iddia makamındadır; varolan her tür kuşku sanık lehinde yorumlanmalıdır (bkz. Barberà, Messegué ve Jabardo–İspanya davası kararı, 6 Aralık 1988, Seri A No. 146, s. 31 ve 33, paragraf 67-68 ve 77). Yani, ispat yükünün iddia makamından savunmaya aktarıldığı durumda masumiyet karinesi çiğnenmiş demektir (bkz. John Murray–Birleşik Krallık davası kararı, 8 Şubat 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, s. 52, paragraf 54).

Hükümet'in belirttiği gibi, hukuki karinelerin 6. Maddeye aykırı olmadığı doğrudur (örneğin bkz. Salabiaku–Fransa davası kararı, 7 Ekim 1988, Seri A No. 141-A, s. 15-16, paragraf 28); sanığın suskunluğundan bazı sonuçların çıkarılması için de aynı şey geçerlidir (bkz. yukarıda anılan John Murray davası kararı, s. 49-52, paragraf 45-54).

Ancak, mevcut dava fiili veya hukuki bir karinenin uygulanması ile ilgili değildir. Ayrıca, Mahkeme Hükümet'in ulusal mahkemelerin başvurusunun suskunluğundan sonuçlar çıkarsamasının meşru olduğu yolundaki argümanı konusunda da ikna olmamıştır. Mahkeme yukarıda anılan John Murray davası kararının, yasanın sanığın suskunluğundan sağduyu yoluyla çıkarsama yapılmasına olanak tanıdığı bir vakayla ilgili olduğunu hatırlatır: bu davada iddia makamı sanık hakkında açıklanması gereken bir dizi delil getirmişti. Dava sırasında sunulan delillerin sanığı son derece zor bir durumda bırakmış olduğu göz önüne alındığında, Mahkeme bu tür çıkarsamalarda bulunmasının, üstelik bunlar usul bakımından önemli ölçüde güvencelere tâbi olduğu için, o davanın koşulları çerçevesinde 6. maddeyi ihlâl etmediği sonucuna ulaşmıştı (aynı yerde). Mahkeme'ye göre, sanığın suskunluğundan sonuçlar çıkarsamasına, Avusturya sistemi gibi mahkemelerin önlerine gelen delilleri özgürce değerlendirdiği bir sistemde de izin verilebilir. Bunun koşulu, sunulan delillerin, sanığın suskunluğundan, kendisine yöneltilmiş suçlamalara verebileceği bir cevabının olmadığı sonucuna ulaşmanın sağduyuya uygun tek çıkarsama olmasını sağlayacak bir nitelik taşımasıdır.

Mevcut davada, hem İlçe Mahkemesi, hem de Bölge Mahkemesi esas olarak, yerel polis karakolunun, başvurusunun aracın esas kullanıcısı olduğuna ve kaza gecesinin evinde bulunmadığına ilişkin raporuna dayanmışlardır. Ancak Mahkeme bu delil öğelerinin (üstelik bunlar mahkemede iki tarafın da hazır bulunduğu bir duruşmada verilen ifadeler tarafından doğrulanmışken) sanığın açıklama yapmasını gerektirecek derecede güçlü bir suçlama oluşturduğu kanaatine ulaşamamaktadır. Mahkeme bu bağlamda kazanın mağdurunun sürücüyü teşhis edememiş olduğunu, kadın mı erkek mi

olduğunu bile belirleyemediğini ve Bölge Mahkemesi'nin yargılamayı derinleştirdikten sonra söz konusu otomobilin başvuruçunun kız kardeşi tarafından da kullanıldığını saptadığını hatırlatır. Kendisine karşı ilk bakışta ikna edici deliller sunamamış olmalarına rağmen başvuruçunun bir açıklama getirmesini gerekli kılmakla mahkemeler ispat yükünü iddia makamından savunmaya aktarmış olmaktadır.

Ayrıca, Mahkeme hem İlçe Mahkemesi'nin, hem de Bölge Mahkemesi'nin başvuruçunun alkol etkisi altında olması ihtimali üzerinde de, kendilerinin de kabul ettiği gibi bu konuda hiçbir delil yokken, spekülasyona başvurmuş olduklarını da belirlemiştir. Bu spekülasyon, başvuruçuya isnat edilmiş olan suçun unsurlarının tespiti bakımından işin içine doğrudan girmemekle birlikte, mahkemelerin başvuruçunun suçlu olduğuna ilişkin önyargılı bir görüşleri olduğu izlenimine katkıda bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme AİHS'in 6. Madde 2. fıkrasının ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

6. madde 2. fıkra, suçluluk ve objektif cezai sorumluluğa dair karine

Salabaiku–Fransa davasında (7 Ekim 1988, Seri A No. 141-A, s. 15-16, paragraf 27-28) AİHM'in Fransız Gümrük Yasası'nın masumiyet karinesi konusunda içerdiği bazı varsayımlar konusunda hüküm vermesi gerekiyordu.

Hükümet'in ve Komisyon'un işaret etmiş oldukları gibi, ilke olarak Sözleşmeciler Devletler, normal olarak AİHS'in koruduğu haklardan birinin kullanılmasının söz konusu olmadığı bir durumda, bir fiile ceza yasasının hükümlerini uygulamakta (Engels ve Diğerleri davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 34, paragraf 81) ve dolayısıyla ortaya çıkan suçu oluşturan unsurları tanımlamakta serbesttirler. Özelde, yine ilke olarak, Sözleşmeciler Devletler belirli koşullar altında, basit veya objektif bir olayı, bunun suç işleme kastından mı ihmalden mi kaynaklandığından bağımsız olarak, kendi içinde cezalandırabilirler. Bu tür suçların örneklerine Sözleşmeciler Devletlerin yasalarında rastlamak mümkündür.

Bu davada, başvuruçunun Roissy havalimanında “kaçak mallar” (uyuşturucu) bulundurmaktan sorumlu olduğu için suçlu bulunması üzerine cezalandırılmıştı. Bu suç yasanın “Cezai Sorumluluk” başlığını taşıyan bölümünde yer almaktadır. Bu maddeye göre, tek başına mutlaka bir kabahat ya da cürüm oluşturmayacak basit bir olgudan, kendileri yasaklanmış olsa da olmasa da malların yasadışı ithalatı ya da deklare edilmesinden kaçınılması konusunda “cezai sorumluluğun”, bu malları üzerinde bulunduran kişiye ait olduğu sonucu çıkarılmaktadır. AİHM şöyle devam etmiştir:

Ceza hukukunda hesap verme zorunluluğundan suçluluk kavramına bu geçiş bu tür bir ayırımın ne kadar göreceli olduğunu gösterir. Burada AİHS'in 6. Madde 2. fıkrası ile ilgili olarak ortaya bir soru çıkar.

Fiili veya hukuki karineler her hukuk sisteminde vardır. Açıktır ki AİHS bu tür karineleri ilke olarak yasaklamamaktadır. Ne var ki, AİHS Sözleşmeciler Devletleri ceza hukuku söz konusu olduğunda bu bakımdan belirli sınırlar içinde kalmaya mecbur tutmaktadır. Şayet, anlaşıldığı kadarıyla Komisyon'un düşündüğü gibi (raporda paragraf 64), 6. Madde 2. fıkra yalnızca mahkemelerin hukuki yargılama esnasında uyması gereken bir güvence getiriyor olsaydı, bu fıkranın gerekleri pratikte 1. fıkroda öngörülen tarafsızlık görevi ile örtüşmüş olurdu. Her şeyden önemlisi, şayet "yasal olarak" sözcükleri yalnızca iç hukukla bağlantılı olarak yorumlansaydı, ülkenin yasama organı davayı gören mahkemeyi gerçek bir değerlendirme yetkisinden yoksun bırakır, masumiyet karinesinin de içeriğini boşaltırdı. Bu tür bir durum 6. Maddenin amaç ve hedefleriyle bağdaşmaz. Âdil yargılanma hakkını ve özel olarak da masumiyetin varsayılması hakkını koruma altına alma yoluyla bu maddenin hukukun üstünlüğünün temel ilkesini içermesi amaçlanmıştır (diğer hususların yanı sıra bkz. Sunday Times davası kararı, 26 Nisan 1979, Seri A No. 30, s. 34, paragraf 55).

Dolayısıyla, 6. Madde 2. fıkra ceza yasasında öngörülmüş olan fiili veya hukuki karinelere kayıtsız kalmaz. Devletlerin bunları, tartışma konusu olan konunun önemini hesaba katan, savunmanın haklarını gözeten birtakım sınırlar içinde tutmasını gerektirir.

Bu davada AİHM Fransız mahkemelerinin Gümrük Yasası'nı masumiyet karinesi ile çelişen bir biçimde kullanmamış olduğu sonucuna ulaşmıştır.

6. madde 2. fıkra, kararların içeriği

Yukarıda söz edilen Minelli davasında AİHM şunu belirtmiştir: (s. 18, paragraf 37):

Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, sanığın, yasal olarak suçluluğu sabit olmadan ve özel olarak da savunma hakkını kullanma fırsatını bulamadan, verilen bir yargı kararında suçlu olduğuna ilişkin bir kanaat yansıtılırsa, masumiyet karinesi ihlâl edilmiş demektir. Bu durum resmî anlamda bir bulgu olmasa bile geçerlidir; mahkemenin sanığı suçlu olarak gördüğünü ima eden bir akıl yürütme yeterlidir.

Minelli davasında ulusal mahkeme, davanın açılmasında zaman aşımı dolayısıyla davanın düşmesine karar verirken başvurunun, yargılama giderlerinin bir bölümünü ve mağdurların masraflarına karşılık bir miktar tazminatı ödemesini emretmişti. İsviçre Mahkemesi kararında, zaman aşımı olmasaydı, şikâyetin konusu

olan gazete yazısının “çok muhtemelen mahkûmiyete yol açacağı” sonucuna ulaşmıştı. AIHM bu davada 6. Madde 2. fıkra hükümlerinin ihlâl edilmiş olduğuna hükmetmiştir.

3. Bazı örnekler

Masumiyet karinesi ve hukuka uygun bir şekilde tutuklamada tazminat

Englert–Almanya davası kararında (25 Ağustos 1987, Seri A No. 123, s. 34-35, paragraf 36-37), AIHM bir beraat kararından veya ceza yargılamasının durdurulmasından sonra mahkeme giderlerinin sanığa ödenmesi ve yasal tutuklama için tazminat talepleri konusunda bazı genel açıklamalar yapmıştır:

Mahkeme, [...] Komisyon ve Hükümet'e benzer biçimde, ne 6. Madde 2. fıkranın, ne de AIHS'in herhangi bir başka maddesinin “bir suç ile itham edilen” bir kişiye, kendisi aleyhindeki yargılama durdurulduğu zaman mahkeme giderlerinin iade edilmesini veya yasal tutukluluk dolayısıyla tazminat ödenmesini talep etme hakkı verdiğiine işaret eder.

Aynı davada, AIHM bu tür taleplerin reddedilmesi kararının ardındaki saikleri de mercek altına almıştır.

Ancak, davanın durdurulmasından sonra sanığın yasal tutukluluk için tazminat ve zorunlu gider ve harcamalarının iadesi taleplerini reddetmeye yönelik kararı destekleyen gerekçe, söz konusu hakkın işletilmesine dair hükümlerden ayırıştırılmıyorsa (bkz. aynı karar, s. 18, paragraf 38), bu durum özel olarak, sanığın daha önce suçluluğunun yasal olarak sabit olmasından önce ve özellikle de savunma hakkını kullanma fırsatını elde edemeden suçlu olduğunun belirlenmesi anlamına geleceği için (bkz. paragraf 37), bu tür bir karar 6. Madde, 2. fıkra çerçevesinde sorun teşkil eder.

Bu davada AIHM, 6. Madde 2.fıkra hükümlerinin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir. AIHM'e göre Alman mahkemelerinin kararları sanığı suçlu bulma anlamına gelmemekte, “bir kuşku durumu”na işaret etmektedir.

Öte yandan, Sekanina–Avusturya davası kararında (25 Ağustos 1993, Seri A No. 266-A, s. 15-16, paragraf 29-30) başvuru kesinleşen bir karar temelinde beraat etmişti. Başvurucunun tazminat talebini ret kararlarında Avusturya mahkemeleri, kesin bir beraat söz konusu olduğu halde, sanığın suçluluk durumunun bir değerlendirilmesine girişmişlerdi. Bu davada, 6. Madde 2. fıkra ihlâl edilmişti.

(Geçici tutuklama için tazminat talebini ret ile ilgili olarak ayrıca bkz. Lamanna–Avusturya davası kararı, 10 Temmuz 2001, Başvuru No. 28923/95, paragraf 35-40 ve Asan Rushiti–Avusturya davası kararı, 21 Mart 2000, Başvuru No. 28389/95).

Masumiyet karinesi ve alıkoymayla ilgili düzenlenmeler

Geçici olarak tutuklanmış mahpuslar için ayrı bir düzenleme getirilmemiş olmasının 6. Madde 2. fıkranın ihlâli anlamına gelmediği bir durum için bkz. Peers–Yunanistan davası kararı, 19 Nisan 2001, Başvuru No. 28524/95.

6. Madde, 3. fıkra – Sanığın tam olarak hakları

6. maddenin 3. fıkrası şu şekildedir:

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a Kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

AİHS'in 6. maddesinin 3-a, b, c, d ve e bentlerinin gerekleri, 1. fıkrada güvence altına alınan âdil yargılanma hakkının özel veçheleri olarak tahlil edilmelidir (bkz. Vacher–Fransa davası kararı, 17 Aralık 1996, Reports 1996-VI, paragraf 22).

1. 6. Madde, 3 (a) bendi – Suçlamadan haberdar edilme hakkı

Kamasinski–Avusturya davası kararında (19 Aralık 1989, Seri A No. 168, s. 36-37, paragraf 79), AİHM bir yabancıya kendisi hakkındaki suçlamaların tercümesi konusunda fikirlerini ifade etmiştir. Bu konuda AİHM şunu belirtmiştir:

6. Maddenin 3 (a) bendi bu bağlamda gerekli olan tercümenin kapsamını her sanığa “kendisine yöneltilen suçlamaların niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilme” hakkını sağlayarak açıklığa kavuşturmaktadır. Her ne kadar bu hüküm ilgili bilginin

yabancı bir sanığa yazılı olarak verilmesinin veya yazılı olarak tercümesinin gerekli olup olmadığını belirtmese de, “suçlamaların” sanığa bildirilmesi konusuna özel olarak dikkat edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. İddianame ceza yargılamasında hayati bir rol oynar; sanık kendisi hakkındaki suçlamaların olgusal ve hukuki temeli konusunda ancak iddianamenin kendisine verildiği andan itibaren resmî olarak ve yazılı biçimde haberdar edilmiş olur. Mahkemenin dilini konuşamayan bir sanık, şayet kendisine iddianamenin anlayabileceği bir dilde yazılı tercümesi sağlanmazsa dezavantajlı bir durumda kalacaktır.

İsnat edilen suçun yeniden tavsifi konusu da önemlidir. Sadak ve Diğerleri–Türkiye davası kararı bu tür bir davaya örnektir. Başvurucular kendilerine isnat edilen suçun niteliğinin davanın son duruşmasında değiştirilmesinden özel olarak şikâyet ediyorlardı. Başlangıçta bölücülük ve devletin bütünlüğüne karşı çıkmakla suçlanmışlardı. Ne var ki, karar günü Devlet Güvenlik Mahkemesi kendilerinden yeni bir suç olan yasadışı bir silahlı örgüte üyelik konusunda hemen oracıkta savunmalarını yapmalarını istemişti. Devlet Güvenlik Mahkemesi, bunun ardından, başvurucuların yeni suçlama konusunda savunmalarını hazırlamak için talep ettikleri ek süreyi de reddetmişti. Başvurucular kendilerini yeterli biçimde savunamadıklarını, yeni suçlamaya karşı delil gösteremediklerini öne sürüyorlardı. AİHM şunu belirtmiştir (10 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29900/96 ve 29903/96, paragraf 48-52 ve 56-59):

[...] 6. Maddenin 3 (a) bendi, sanığa aynı zamanda yalnızca suçlamanın nedeni konusunda, yani işlemiş olduğu iddia edilen ve suçlamanın temeli olan fiiller konusunda değil, bu fiillerin hukuki olarak nasıl nitelendiği konusunda da ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkını verir (bkz. Pélissier ve Sassi–Fransa [Büyük Daire-BD], No. 25444/94, paragraf 51, ECHR (AİHM) 1999-III).

6. Maddenin 3 (a) bendinin kapsamı özellikle AİHS’in 6. maddesi, 1. fıkrasının güvence altına aldığı daha genel bir hak olan âdil yargılanma hakkının ışığında değerlendirilmelidir (bkz, gerekli değişikliklerle aşağıdaki kararlar: Deweer–Belçika, 27 Şubat 1980, Seri A No. 35, s. 30-31, paragraf 56; Artico–İtalya, 13 Mayıs 1980, Seri A No. 37, s. 15, paragraf 32; Goddi–İtalya, 9 Nisan 1984, Seri A No. 76, s. 11, paragraf 28; ve Colozza–İtalya, 12 Şubat 1985, Seri A No. 89, s. 14, paragraf 26). Mahkeme’ye göre, ceza konularında sanığa kendisine isnat edilen suçlar (ve bununla ilgili olarak mahkemenin bu konuda benimseyebileceği hukuki nitelendirme) konusunda tam ve ayrıntılı bilgi verilmesi yargılamanın âdil olmasını güvence altına almak bakımından temel bir önkoşuldur (bkz. yukarıda anılan Pélissier ve Sassi davası kararı, paragraf 52).

Son olarak, AİHS'in 6. Madde 3-b fıkrası çerçevesindeki şikâyetle ilgili olarak AİHM, 6. Madde 3. fıkranın a ve b bentlerinin bağlantılı olduğu ve suçlamanın niteliği ve nedenleri konusunda bilgilendirilme hakkının sanığın savunmasını hazırlama hakkı ışığında ele alınması gerektiği kanısındadır (bkz. yukarıda anılan Pélissier ve Sassi davası kararı, paragraf 54).

Mevcut davada, Mahkeme her şeyden önce iddia makamının 21 Haziran 1994 tarihinde tevdi ettiği iddianamede başvuruçuların yalnızca Ceza Yasası'nın 125. maddesinde öngörülen Devletin bütünlüğüne hıyanet suçuyla itham edildiğini hatırlatır. İddia makamı başvuruçuların PKK üyeleriyle ilişki içinde olduklarından söz etmişse de, Mahkeme söz konusu ilişkilerin bütün soruşturma boyunca yalnızca iddia makamının başvuruçulara en başta isnat ettiği suçun kurucu unsurlarının sübut etmesi için incelenmiş olduğunu belirler. Son güne kadar Devlet Güvenlik Mahkemesi önündeki davanın yalnızca Devletin bütünlüğüne hıyanet suçuyla ilgili olduğunu kimse yadsımamaktadır.

Hal böyle olunca, Mahkeme'nin, suçun niteliğinin başvuruçulara başta isnat edilen Devletin bütünlüğüne hıyanet olmaktan çıkıp Devletin bütünlüğünü ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş bir silahlı örgütün üyesi olmaya dönüşebileceğinin başvuruçular açısından yeterince öngörülebilir olup olmadığını belirlemesi gerekir.

[...]

Yukarıda söylenenlerin ışığında, Mahkeme yasadışı bir silahlı örgüte üye olmanın başvuruçulara yargılanmanın başından itibaren isnat edilen suça özgü bir unsur olmadığı kanısındadır.

Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi, yargılamaya yetkili olduğu olayların suç niteliğini yeniden tanımlama konusunda hiç tartışmasız sahip olduğu yetkiyi kullanırken başvuruçuların bu husustaki savunma haklarını pratik ve etkili bir biçimde kullanabilmelerini, özellikle bunu gerçekleştirebilmek için gerekli olan süreyi tanıyarak olanaklı kılmalıydı. Dava dosyası, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin örneğin suçun niteliği değiştiğinde duruşmayı erteleyebilecekken başvuruçulara, davanın son gününe, kararın hemen arifesine kadar kendilerine bildirilmemiş olan (ki bu da açıkça çok geçtir) yeni suçlama konusunda savunmalarını hazırlamaları için fırsat tanımamış olduğunu göstermektedir. Ek olarak, başvuruçuların avukatları son duruşmada mevcut değildir. Avukatların duruşmada bulunmalarının nedeni ne olursa olsun, gerçek şudur ki başvuruçular, iddia makamının ve Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin suçun niteliğini değiştirmiş olması konusunda avukatlarına danışmamışlardır.

Mahkeme yukarıdaki bütün mülâhazaları göz önüne alarak, başvuruçuların, kendilerine isnat edilen suçlamaların niteliği ve nedeni konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkının ve savunmalarını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklardan yararlanma haklarının çiğnenmiş olduğu sonucuna ulaşmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle yukarıda anılan Pélissier ve Sassi davası kararı, paragraf 60-63 ve Mattoccia–İtalya davası kararı, Başvuru No. 23969/94, paragraf 62-72, ECHR (AİHM) 2000-IX).

Dolayısıyla, AİHS'in 6. Maddesinin 3 (a) ve (b) bentlerinin, aynı maddenin âdil yargılamayı gerekli kılan 1. fıkrası ile birlikte ele alındığında ihlâli söz konusudur.

(Ayrıca bkz. 1 Mart 2001 tarihli Dallos-Macaristan kararı, Başvuru No. 29082/95, paragraf 47-53; ve Pélissier ve Sassi–Fransa kararı, 25 Mart 1999, Başvuru No. 25444/94.)

2. 6. Madde 3 (b) bendi – Savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı

AİHM ayrıca 6. maddenin 3 (b) bendinin sanığa, eğer bir avukat tarafından temsil ediliyorsa, dava dosyasına erişme hakkı vermediğini belirtmiştir (yukarıda anılan Kaminski–Avusturya davası kararı, s. 39, paragraf 87-88):

Avusturya Ceza Usul Yasası'nın 45. maddesinin 2. fıkrası gereğince dava dosyasını görme ve fotokopi çıkarma hakkı sanığın avukatı ile sınırlıdır; sanığın kendisi ancak hukuki olarak temsil edilmiyorsa dosyaya erişme hakkına sahiptir (bkz. yukarıda paragraf 48).

[...]

Avusturya Ceza Usul Yasası'nın 45. maddesinin 2. fıkrasının yerleştiği sistem kendi içinde 6. Maddenin 3 (b) bendinde korunmuş olan savunma hakkı ile bağdaşmaz bir nitelik taşımaz.

“Yeterli zaman” kavramı bakımından AİHM Campbell ve Fell davası kararında (28 Haziran 1984, Seri A No. 20, s. 45, paragraf 98) şunları belirtmektedir:

Bay Campbell, kendisi hakkındaki suçlamalardan 1 Ekim 1976 tarihinde, Kurul'un toplanmasından beş gün önce haberdar edilmiştir (bkz. yukarıda paragraf 13). Ayrıca, eline “rapor bildirimleri” geçmiştir; Kurul'un yapacağı yargılamayla ilgili olanlar kendisine Kurul'un toplanmasından bir gün önce verilmiştir; bu bildirimler suçlamalara yazılı olarak cevap verebileceğine dikkat çekmektedir (aynı yerde).

Mahkeme'ye göre, bütün koşullar çerçevesinde başvuru savunmasını hazırlamak için "yeterli zaman"a sahip olmuştur; Mahkeme, aynı zamanda, başvuru yargılamanın ertelenmesini talep etmediğini belirler.

(Ayrıca bkz. yukarıda belirtilen Sadak ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 10 Temmuz 2001, Başvuru No. 29900/96 ve 29903/96, paragraf 48-52 ve 56-59.)

3. 6. Madde, 3 (c) bendi – Kendisini şahsen savunma hakkı veya avukat yardımı alma hakkı

Sanık açısından avukat yardımı

Sanığın avukat yardımına erişmesi hangi noktada gereklidir?

John Murray–Birleşik Krallık davası kararında (8 Şubat 1996, *Reports* 1996-I, paragraf 62-64 ve 66), AİHM bu hakkın polis soruşturmasının başında devreye girebileceğini belirtmiştir. AİHM şuna işaret etmiştir:

Mahkeme Hükümet'in 6. Maddenin polisin suç hakkında hazırlık soruşturması aşamasında dahi geçerli olduğuna itiraz etmediğini gözlemler. Bu konuda 24 Kasım 1993 tarihli Imbrioscia–İsviçre davası kararındaki hükmü hatırlatır: şayet 6. Maddenin, özellikle 3. fıkrasının hükümlerine uyma bakımından başlangıçta ortaya çıkacak bir eksiklik davanın âdil olmasını ciddi şekilde olumsuz etkileyecekse ve böyle bir durum geçerli olduğu ölçüde, bu hükümler bir olay hakkında dava açılmadan önem kazanabilir (Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36).

Mahkeme'nin o kararda işaret etmiş olduğu gibi, 6. Madde 3-c bendinin hazırlık soruşturması sırasında nasıl uygulanacağı söz konusu yargılamanın özel niteliklerine ve davaya esas teşkil eden olaylara bağlı olacaktır (a.g.y., s. 14, paragraf 38). Ulusal yasalar sanığın polis soruşturmasının başlangıç aşamalarındaki davranışlarına, savunmanın daha sonraki ceza yargılaması sırasındaki şansı açısından belirleyici olabilecek sonuçlar atfedebilirler. Bu koşullarda, 6. Madde normal olarak sanığın daha polis soruşturmasının başlangıç aşamalarından itibaren bir avukatın yardımından yararlanmasına izin verilmesini gerektirecektir. Ancak, AİHS'te açıkça ifade edilmeyen bu hak doğru nedenlerle sınırlamalara tâbi tutulabilir. Her bir durumda, sorulacak soru, sınırlamanın yargılamanın bütünü açısından sanığı âdil bir yargılamadan yoksun bırakıp bırakmadığıdır.

Mevcut davada başvuru poliste gözaltının ilk kırk sekiz saatinde bir avukata erişme hakkı 1987 tarihli Kuzey İrlanda Yasası'nın (Olağanüstü Maddeler) 15. maddesi çerçevesinde sınırlanmıştır. Gerekçe, aukata erişme hakkının kul-

lanılmasının, diğer hususların yanı sıra, terörist fiillerin işlenmesi hakkında bilgi toplama faaliyetini zorlaştıracığı veya bu tür fiilleri önlemeyi güçleştireceği yolunda polisin makul nedenleri olduğudur

[...]

Mahkeme, Talimat'ta çizilen çerçeve dolayısıyla, sanığın polis soruşturmasının erken aşamalarından itibaren avukata erişme hakkına sahip olmasının savunma hakları açısından çok büyük bir önem taşıdığı kanaatine sahiptir. Bu bağlamda Mahkeme, Talimat çerçevesinde polis soruşturmasının başlangıcında sanığın savunmasına ilişkin olarak temel bir ikilimle karşı karşıya kaldığını gözlemlemektedir. Sanık susma yolunu seçerse, Talimat hükümleri uyarınca hakkında aleyhine kullanılacak olumsuz çıkarsamalar yapılabilir. Öte yandan, sanık soruşturma sırasında susmaktan vazgeçecek olursa, kendisi hakkında çıkarsamalar yapılması olasılığını belki de ortadan kaldırmamakla birlikte, savunması konusunda yanlış bir şey yapma riskine girer.

Bu koşullar altında 6. Maddede öngörülen hakkaniyet kavramı sanığın polis soruşturmasının başlangıç aşamalarından itibaren bir avukatın yardımından yararlanmasını gerekli kılar.

Tersine, davaya esas teşkil eden olayların ışığında, Brennan–Birleşik Krallık davasında (16 Ekim 2001, Başvuru No. 39846/98, paragraf 45-48) ilk yirmidört saat içinde avukata erişim imkânı tanınmamasına izin verilmiştir; ancak, Averill–Birleşik Krallık davası kararında (6 Haziran 2000, Başvuru No. 36408/97) AİHM aynı şekilde başvurucuya sorguya alınmadan önce avukat yardımı olanağı tanınmış olması gerektiğine hükmetmiştir (Magee–Birleşik Krallık davası kararı, 6 Haziran 2000, Başvuru No. 28135/95, paragraf 41).

Avukatla haberleşmenin gizliliği

S.–İsviçre davasında (28 Kasım 1991 tarihli karar, Seri A No. 220, s. 16, paragraf 48), başvurucu gözetim altında iken avukatıyla özgürce ve denetimsiz olarak haberleşme olanağını bulamamıştı.

Mahkeme sanığın avukatıyla üçüncü bir kişinin kendilerini dinlemediği bir ortamda iletişim kurma hakkının demokratik bir toplumda âdil bir yargılamanın temel gereklerinden biri ve AİHS'in 6. Maddesinin 3-c bendinin bir gereği olduğu kanısındadır. Avukatın müvekkili ile bu tür gözetim olmaksızın görüşme yapamaması ve ondan ikisinin arasında kalacak şekilde talimat alamaması durumunda sağladığı yardımın yararlılığı büyük ölçüde azalacaktır. Oysa AİHS hakları pratik ve etkili tarzda güvence altına almak için

hazırlanmıştır (diğer hususların yanı sıra bkz. 13 Mayıs 1980 tarihli Artico davası kararı, Seri A No. 37, s. 16, paragraf 33).

(Aynı şekilde, 16 Ekim 2001 tarihli Brennan–Birleşik Krallık davası kararı, Başvuru No. 39846/98, paragraf 58-63; ve 31 Ocak 2002 tarihli Lanz–Avusturya davası kararı, Başvuru No. 24430/94, paragraf 46-53).

Duruşma sırasında yardım ve temsil

Lala–Hollanda (22 Eylül 1994, Seri A No. 298-A, s. 13, paragraf 33) davasında AİHM, hakkında soruşturma açılmış kişilerin ceza davaları sırasında bir avukat tarafından temsil edilme olanağı konusunda çok önemli bir noktaya işaret etmiştir. Lala davasında başvuru temyiz duruşmasında kendi isteğiyle hazır bulunmamıştı. Temyiz Mahkemesi de “davayı, [başvurucunun] savunmayı yürütmesi için görevlendirmiş olduğu ve duruşmada açıkça bu amaçla hazır bulunan avukatının savunma yapmasına izin vermeksizin karara bağlamıştı”. Hükümet, gerekli değişikliklerle bunun ceza yasasına göre bir suçla itham edilen kişilerin duruşmaya şahsen katılmaya teşvik edilmesi anlamına geldiğini ileri sürüyordu. AİHM şu gözlemde bulunmuştur:

Mahkeme'nin Poitrimol davası kararında (a.g.e., s. 15, paragraf 35) işaret etmiş olduğu gibi, âdil ve hakkaniyete uygun bir ceza yargılamasının sağlanabilmesi için sanığın duruşmalarda hazır bulunması asli bir önem taşır. Genel kural olarak bu, duruşmalı bir temyiz davası için de geçerlidir. Ancak ceza yargısı sisteminin âdil olması için sanığın hem ilk derece mahkemesinde, hem de temyiz aşamasında yeterli biçimde savunulması vazgeçilmez bir önem taşır [...]

Mahkeme'ye göre, bu son nokta daha ağırlıklıdır. Dolayısıyla, sanığın, usulüne uygun biçimde celp edildiği halde duruşmada hazır bulunmaması, mazereti olmasa bile, kendisini AİHS'in 6. Maddesinin 3. fıkrasında yer alan temsil edilme hakkından yoksun kılmayı mazur gösteremez.

Görülmektedir ki AİHM “yardım” kavramını geniş anlamında kullanmaktadır: amaç, yalnızca duruşmada hazır bulunan bir sanığın yardım görmesini sağlamak değil, aynı zamanda sanığın yokluğunda bir avukat tarafından temsil edilmesini de sağlamaktır (Ağır Ceza Mahkemesi'nde giyaben (in absentia) yargılama ile ilgili olarak bkz. 13 Şubat 2001 tarihli Krombach–Fransa davası kararı, Başvuru No. 29731/96, paragraf 82-91):

Mahkeme, Hükümet'in AİHS'in 6. Madde 3-c bendi çerçevesinde “yardım” sözcüğüne atfettiği dar anlamı benimseyememektedir. Hükümet'in ceza mahkemelerinde yargılama açısından “yardım” ile “temsil” arasında bir ayırım yapılması gerektiğini zaten öne sürmüştüğü Poitrimol davasında (bkz.

yukarıda anılan karar, paragraf 34) bu konuda belirtmiş olduğu kanaati değiştirmek için hiçbir neden görmemektedir.

(Aynı şekilde, ulusal ceza muhakemeleri usul hukuku mahkemede şahsen hazır bulunmayı gerektirdiği için bir itirazın geçersiz sayıldığı 20 Mart 2001 tarihli Goedhart–Belçika davası kararı, Başvuru No. 34989/97, paragraf 24-28; mahkeme sanığın bir avukat tarafından temsil edilmesini kabul etmemiştir; 6 Haziran 2000 tarihli Magee–Birleşik Krallık davası kararı, Başvuru No. 28135/95, paragraf 41; ve 20 Mart 2001 tarihli Stroek–Belçika davası kararı, Başvuru No. 36449/97 ve 36467/97, paragraf 21-25.)

Duruşmanın yürütülmesi ve avukatın sözünün kesilmesi ile ilgili olarak bkz. G.–Birleşik Krallık davası kararı (19 Aralık 2001, Başvuru No. 43373/98, paragraf 35-43).

Devlet açısından avukat yardımı

Kamasinski–Avusturya davası da AIHM'e 6. Madde 3-c bendinin Devlete yüklediği yükümlülüklerin kapsamını tanımlamak bakımından bir fırsat yaratmıştır. AIHM bu davada şunları belirtmiştir (s. 33, paragraf 65):

Kuşkusuz adli yardım yoluyla bir savunma avukatının tayini tek başına 6. Maddenin 3-c bendinin gereklerine uyma sorununu mutlaka çözmüş demek değildir. Mahkeme'nin 13 Mayıs 1980 tarihli Artico davası kararında belirtmiş olduğu gibi: "AIHS teorik veya hayali birtakım hakları değil, pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçlamıştır [...]. [T]ayin kendi başına etkili bir yardım sağlamaz, zira adli yardım amaçlarıyla tayin edilen avukat vefat edebilir, ciddi biçimde hastalanabilir, uzunca bir dönem boyunca görevini yapmasına engeller çıkabilir veya bu görevleri yapmaktan kaçınabilir. Durumdan haberdar oldukları takdirde, yetkili merciler ya bu şahsın yerine başkasını tayin etmeli, ya da onu görevlerini yerine getirmeye zorlamalıdır" (Seri A No. 37, s. 16, paragraf 33). Ne var ki, "Devlet, adli yardım amacıyla tayin edilmiş olan avukatın her tür hatasından sorumlu tutulamaz." (a.g.y., s. 18, paragraf 36). Avukatlık mesleğinin Devletten bağımsızlığı dolayısıyla, avukat ister bir adli yardım programı çerçevesinde atanmış olsun, ister kişisel olarak tutulmuş olsun, savunmanın yürütülmesi esas olarak sanık ile avukatı arasında bir meseledir. [...] 6. Maddenin 3-c bendi çerçevesinde, yetkili ulusal merciler ancak adli yardım yoluyla tayin edilmiş avukatın bu işi yapamadığı açıkça belli ise veya başka bir yoldan dikkatleri yeterince çekildiyse müdahale etmek yükümlülüğü altındadır.

6. Maddenin 3-c bendinin “adaletin selâmeti gerektiriyorsa” parasız olarak avukat yardımı alma hakkını öngördüğü hususuna işaret edilecektir. Hangi durumlarda “adaletin selâmeti[nin bunu] gerektiriyor” olduğunu belirlemek gerekir.

Quaranta-İsviçre davasında (24 Mayıs 1991, Seri A No. 205, s. 17, paragraf 32-34), AİHM şöyle demiştir:

Mahkeme, “adaletin selâmeti”nin başvuruçunun parasız avukat yardımından yararlanmasını gerektirip gerektirmediğini saptamak için birkaç kritere bakacaktır.

[...]

Her şeyin başında, Bay Quaranta'ya isnat edilen suçun ciddiyetine ve çarpıtılabileceği cezanın ağırlığına bakmak gerekir.[...] Ek bir faktör de davanın karmaşıklık derecesidir.

Örnek olarak, maddî imkânı olmayan bir yabancıнын hukuki bir konuda başvuruda bulunması için parasız avukat yardımı talebinin reddedildiği 26 Eylül 2000 tarihli Biba-Yunanistan davası kararına (Başvuru No. 33170/96) atıf yapılabilir. AİHM bu davada 6. Maddenin 3-c bendinin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Kendi kendini savunma hakkı

Kendi kendini savunma hakkı için bkz. Medenica-İsviçre davası kararı, 14 Haziran 2001, Başvuru No. 20491/92, paragraf 53-60; Pobornikoff-Avusturya davası kararı, 3 Ekim 2000, Başvuru No. 28501/95; Cooke-Avusturya davası kararı, 8 Şubat 2000, Başvuru No. 25878/94; Prinz-Avusturya davası kararı, 8 Şubat 2000, Başvuru No. 23867/94.

4. 6. Madde, 3 (d) bendi – Tanıkları sorguya çekme hakkı

AİHM “tanık” kavramı üzerine bir hüküm yürütme olanağını bulmuştur. Luca-İtalya davası kararında şöyle demiştir (27 Şubat 2001, Başvuru No. 33354/96, paragraf 41):

[...] burada olduğu gibi ifadenin bir tanık tarafından değil de kendisi de sanık olan biri tarafından verilmiş olmasının hiçbir önemi yoktur. Bu bağlamda, Mahkeme “tanık” teriminin AİHS sisteminde “özerk” bir anlamı olduğuna tekrar işaret eder (bkz. Vidal-Belçika davası kararı, 22 Nisan 1992, Seri A No. 235-B, paragraf 33). Yani bir ifade elle tutulur bir derecede mahkûmiyetin temeli olabilecek nitelikte ise, sözcüğün dar anlamında bir tanık tarafından mı, kendisi de sanık olan biri tarafından mı verildiğinden bağımsız olarak, iddia makamı için bir delil oluşturur; AİHS’in 6. Maddesinin 1. ve 3-d fıkralarının sağladığı güvenceler de devreye girer (bkz. gerekli değişikliklerle, Fer-

rantelli ve Santangelo–İtalya davası kararı, 7 Ağustos 1996, Reports 1996-III, paragraf 51 ve 52).

Tanıklarla ilgili olarak, 6. Maddenin 1. fıkrasında öngörülen âdil yargılamaya atıfta bulunmak uygun olacaktır. Ancak örnek olarak iddia tanıklarından biri öldüğü için yüzleşme olamadığı bir durum açısından bkz. Ferrantelli ve Santangelo–İtalya davası kararı (7 Ağustos 1996, Reports 1996-III, paragraf 51-52).

Bir başka örnek Sadak ve Diğerleri–Türkiye davası kararıdır (10 Temmuz 2001, Başvuru No. 29900/96 ve 29903/96, paragraf 67). Burada AİHM şöyle demiştir:

[...] Her halükârda, 6. Maddenin 1. fıkrası 3. fıkra ile birlikte ele alındığında, Sözleşmecî Devletleri özellikle sanığın kendisi aleyhinde ifade veren tanıkları sorguya çekmesi veya çektirmesi konusunda pozitif tedbirler almaya mecbur kılar (bkz. Barberà, Messegué ve Jabardo–İspanya davası kararı, 6 Aralık 1988, Seri A No. 146, s. 33-34, paragraf 78). Bu tür tedbirler Sözleşmecî Devletlerin 6. Maddede güvence altına alınan hakların etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamak için göstermesi gereken titizliğin bir parçasıdır (bkz. Colozza–İtalya davası kararı, 12 Şubat 1985, Seri A No. 89, s. 15, paragraf 28).

Son olarak, bu alıntıyı Perna–İtalya davası kararından (25 Temmuz 2001, Başvuru No. 48898/99, paragraf 26) aşağıdaki daha ayrıntılı alıntı ile tamamlamak gerekir:

Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliğinin esas olarak ulusal hukukta düzenlenecek bir mesele olduğuna ve genel kural olarak önlerine gelen delilleri incelemenin ulusal mahkemelerin işi olduğuna tekrar işaret eder. AİHS çerçevesinde Mahkeme'nin görevi tanıkların ifadelerinin usulüne uygun biçimde delil olarak kabul edilip edilmediğini belirlemek değil, yargılamanın, ifadelerin nasıl alındığı da dahil olmak üzere, bir bütün olarak âdil biçimde yürütülüp yürütülmediğini belirlemektir (diğer kaynaklar arasında bkz. Van Mechelen ve Diğerleri–Hollanda davası kararı, 23 Nisan 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, paragraf 50). Özellikle, “genel kural olarak, önlerine gelen delilleri incelemek ve sanıkların sunmak istediği delillerin davayla ilgili olup olmadığına karar vermek ulusal mahkemelerin işidir [...] Daha somut olarak, 6. Maddenin 3-d bendi, yine genel kural olarak, tanık çağırmanın gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirmede bulunmayı da yine ulusal mahkemelere bırakmıştır” (bkz. 22 Nisan 1992 tarihli Vidal–Belçika davası kararı, Seri A No. 235-B, paragraf 33). Dolayısıyla, bir sanığın belirli tanıkların dinlenmesine olanak tanınmadığı şikâyetinde bulunması yeterli değildir; sanık aynı zamanda talebini söz konusu tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğunu açıklayarak desteklemeli ve mahkemenin gerçek olayları belirleyebilmek için bu tanıkların ifadelerine müracaat etmesi zorunlu

olmalıdır (bkz. Engel ve Diğerleri–Hollanda davası, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, paragraf 91 ve Bricmont–Belçika davası, 7 Temmuz 1989, Seri A No. 158, paragraf 89 ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, No. 29420/95, 13 Ocak 1997 tarihli karar, Decisions and Reports 88-B, s. 148 ve 158-59). Bu ilke aynı zamanda mevcut dava türünden bir hakaret davasında, hakaret olduğu ileri sürülen iddialarda dile getirilen olaylarla ilgili olarak tanıklık yapmak isteyen şikâyetçi için de geçerlidir.

Ayrıca ülke dışında tutuklu olan kişilerin tanıklığıyla ilgili olarak bkz. 20 Aralık 2001 tarihli P.S.–Almanya davası kararı, Başvuru No. 33900/96 ve 31 Ekim 2001 tarihli Solakov–“Eski Yugoslav Cumhuriyeti Makedonya” davası kararı, başvuru No. 47023/99; davanın başlamasına kadar isimleri saklı tutulan savunma tanıklarının dinlenmesinin reddedilmesiyle ilgili olarak (ihlâl yok) 27 Temmuz 2000 tarihli Pisano–İtalya davası kararı, Başvuru No. 36732/97. Nihayet, 14 Aralık 1999 tarihli A.M.–İtalya davası kararı.

5. 6. Madde, 3 (e) bendi – Tercüman hakkı

Yine Kamasinski–Avusturya davasında, AİHM bir tercümanın hizmetinden parasız olarak yararlanma hakkının içeriği konusunda daha önce belirtmiş olduğu noktaları hatırlatmaktadır (a.g.y., paragraf 74):

6. Maddenin 3-e bendinde belirtilen, bir tercümanın hizmetinden parasız olarak yararlanma hakkı sadece duruşma sırasında sözle ifade edilen açıklamalar için değil, aynı zamanda belge niteliğindeki malzeme ve dava açılmadan önceki işlemler için de geçerlidir. 3-e bendinin anlamı, “bir suç ile itham edilen” bir kişinin, şayet mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyorsa, âdil bir yargılamadan yararlanabilmesi için anlaması gereken veya mahkemenin diline tercümesi gereken bütün belge ve ifadelerin yazılı veya sözlü olarak tercüme edilmesi amacıyla bir tercümanın hizmetinden parasız olarak yararlanma hakkına sahip olmasıdır (bkz. 28 Kasım 1978 tarihli Luedicke, Belkacem ve Koç davası kararı, Seri A No. 29, s. 20, paragraf 48).

Ancak, 3-e bendi, bütün yazılı deliller veya yargılamaya dahil olan bütün resmi belgelerin yazılı tercümesini gerektirecek derecede ileri gitmemektedir. Sunulan tercüme yardımı öyle olmalıdır ki sanığın kendisine karşı ileri sürülen iddialar konusunda bilgi sahibi olmasını ve özel olarak mahkemeye olayları kendi açısından anlatma yoluyla kendini savunmasını olanaklı kılmalıdır.

3-e bendinde güvence altına alınan hakkın pratik ve etkili biçimde uygulanabilmesi ihtiyacı göz önüne alınırsa, yetkili mercilerin yükümlülüğü bir tercüman tayininden ibaret değildir. Yetkili merciler, her olayın kendi koşulları çerçevesinde, ikaz edildikleri takdirde, sunulan tercümenin yeterliliğini de bir

derecede takip etmekle yükümlüdürler (bkz. gerekli değişikliklerle daha önce anılan Artico davası kararı, Seri A No. 37, s. 16 ve 18, paragraf 33 ve (yukarıda paragraf 65'te alıntılanmış olan) paragraf 36).

AIHS 7. Madde – Kanunsuz ceza olmaz

7. Madde 1. fıkra
– Ceza hukuku-
nun geriye dönük
olarak uygulan-
masının yasaklan-
ması

7. Madde'nin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir:

1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

1. 7. Madde'nin 1. fıkrasının uygulama alanı

7. Madde “önleyici” mevzuat açısından geçerli değildir

Lawless–İrlanda davasında (1 Temmuz 1961 tarihli karar, Seri A No.3, s. 54, paragraf 19) AIHM, 7. Madde'nin uygulama alanını açıklamıştır. AIHM, bu maddenin önleyici tedbirleri belirleyen mevzuat için geçerli olmadığını belirtmiştir:

Dava kayıtları, İrlanda Hükümetinin G.R. Lawless'ı 1940 tarihli (Değiştirilmiş) Devlete Karşı İşlenmiş Suçlar Kanununa göre, sadece kamu huzurunun ve düzeninin ya da Devletin güvenliğinin korunmasını tehlikeye atacak faaliyetlerde bulunmasını önlemek için gözaltına aldığını gösterdiğinden; Lawless'in önleyici bir tedbir olarak gözaltına alınmasının, Sözleşmenin 7. Maddesi kapsamında suçlu bulunmuş olmasından dolayı olduğu söylenemeyeceğinden; bu nedenle 7. Madde'nin G.R. Lawless davasıyla ilgisi olmadığından; İrlanda Hükümeti G.R. Lawless'ı 1940 tarihli kanun uyarınca gözaltına alarak AIHS'nin 7. Maddesi uyarınca yükümlülüklerini ihlâl etmemiştir.

(Aynı sonuç için bkz., serserilik ile ilgili olarak, De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararı, 18 Haziran 1971, Seri A No. 12, paragraf 87.)

7. Madde “ceza” mevzuatı için geçerlidir

7. Madde'ye göre ceza kavramı

AIHM, ülkelerin kendilerine göre bir tedbir tanımlayarak 7. Madde'nin uygulanmasından kaçınmalarına müsaade etmez. “Ceza” kavramı çerçevesinde AIHM,

Welch–Birleşik Krallık davasında (9 Şubat 1995, Seri A No. 307-A, paragraf 27-28) şöyle karar vermiştir:

Bu hükümdeki “ceza” kavramı, 6. Madde 1. fıkradaki “medeni haklar ve yükümlülükler” ve “cezai alanda yöneltilen suç” kavramları gibi özerk bir Sözleşme kavramıdır. (bkz., diğer konuların yanı sıra, “medeni haklar” konusunda X–Fransa davası kararı, 31 Mart 1992, Seri A No. 234-C, s.98, paragraf 28 ve “cezai alandaki suçlar” konusunda Demicoli-Malta davası kararı, 27 Ağustos 1991 Seri A No. 210, s.15-16, paragraf 31). 7. Madde’de sağlanan korumanın etkin olabilmesi için, Mahkeme’nin daha ayrıntılı inceleme ve alınan bir tedbirin bu maddenin anlamı çerçevesinde esas itibarıyla bir “ceza” teşkil edip etmeyeceğini kendi başına değerlendirebilme imkânına sahip olması gerekmektedir (bkz., gerekli değişikliklerle, Van Droogenbroeck–Belçika davası kararı, 24 Haziran 1982, Seri A No. 50, s. 20, paragraf 38 ve Duinhof ve Duijf–Hollanda davası kararı, 22 Mayıs 1984, Seri A No. 79, s. 15, paragraf 34).

7. Madde 1. fıkranın ikinci cümlesindeki ifadeden, bir cezanın varlığının değerlendirilmesinde başlangıç noktasının, söz konusu tedbirin “suç” ile ilgili ceza verildikten sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilgili diğer etkenler arasında tedbirin doğası ve amacı; ulusal hukukta nitelendiriliş şekli; tedbirin konması ve uygulanması aşamasında var olan usuller; ve tedbirin ağırlığı yer alır.

Coeme ve Diğerleri–Belçika davasında (22 Haziran 2000, Başvuru no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, paragraf 145) AİHM ayrıca şu noktaların altını çizmiştir:

Pratik ve etkin bir şekilde hakların korunması amacını güden AİHS’nin amacı göz önüne alındığında, [Mahkeme] kamu yararı ve bireylerin temel hakları ile demokratik devletlerde halen geçerli olan kavramları dengeleme ihtiyacını göz önünde tutar. (diğer kararların yanı sıra bkz., Airey–İrlanda davası kararı, 9 Ekim 1979, Seri A, No. 32, s. 14-15, paragraf 26 ve Guzzardi–İtalya davası kararı, 6 Kasım 1980, Seri A, No. 39, s. 34-35, paragraf 95.)

Örnekler

Olaylar gerçekleştikten sonra yürürlüğe sokulan bir hüküm uyarınca uyuşturucu ticaretinden kazanılan malların müsadere edilmesi ile ilgili olan Welch–Birleşik Krallık davasına geri dönecek olursak, AİHM bu müsaderenin bir ceza olarak görülmesi gerektiğini beyan etmiş ve geriye dönük uygulanması nedeniyle 7. Madde’nin ihlâlinin söz konusu olduğuna karar vermiştir. (a.g.e. paragraf 35):

Yukarıda dile getirilen cezai nitelikteki unsurlar göz önüne alındığında [yani müsadere emrinin uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirler üzerine uygulanması ve gerçek zenginleşme veya kâr ile sınırlanmamış olması; dava hakiminin, emrin miktarını belirlemek konusunda davalının suçluluk derecesini göz önüne almakta kullandığı takdir yetkisi; ve suçlu işleyen borcunu ödemesi durumunda mahkumiyet olasılığı bir arada ele alındığında, bütün bunlar, diğer hususların yanı sıra, bir cezalandırma rejiminin unsurlarını teşkil eder [...]], söz konusu davanın şartları içerisinde müsadere kararı bir ceza niteliğindedir. Dolayısıyla, 7. Madde 1. fıkranın ihlâli söz konusudur.

Jamil–Fransa davasında (8 Haziran 1995, Seri A No. 317-B, paragraf 32) başvuru sahibi, Paris Temyiz Mahkemesi'nin suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren bir yasaya istinaden, borç yüzünden alınan hapis cezasının süresini uzatma kararı hakkında şikâyetle bulunmuştur. Borç yüzünden verilen hapis cezasının 7. Madde 1. fıkranın ikinci cümlesi anlamında bir ceza olup olmadığı sorusunu ele alan AİHM, aşağıdaki görüşü belirtmiştir:

Mahkeme, Bay Jamil'e uygulanan müeyyidenin, uyuşturucu ticaretinin önlenmesi konusunda ve ceza hukuku kapsamında uygulandığını gözlemlemiştir. Ancak aynı zamanda Fransa'da borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezası uygulamasının sadece bu hukuki alana uygulanmadığını da gözlemlemektedir. Hukuki tazminat özelliği taşıyan borçlar hariç, Hazine'ye ödenmesi gereken diğer tüm borçların ödemesini sağlamak için başvuru bir yol olması sebebiyle, bu müeyyidenin, diğerlerinin yanı sıra, gümrük ve vergiye ilişkin suçlar konusundaki cezalarla birlikte verilmesi de söz konusu olabilmektedir.

Borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezasının Madde 7 kapsamında nasıl sınıflandırılması gerektiğini belirlemek için, bu cezanın amacını ve uygulanmasında söz konusu olan kuralları irdelemek gerekmektedir. Söz konusu tedbir, iflas durumunu ispatlayamayan kişiye yönelik olarak, diğerler cezaların yanı sıra, icra da dahil olmak üzere para cezalarının ödenmesini sağlamayı ve bu ödemeyi, hapis tehdidiyle gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu uygulama, sıradan ceza hukuku uygulamaları sonucu verilen hapis cezalarından daha ağırdır, çünkü olağan ceza hukuku uygulamalarında olduğu gibi şartlı tahliye veya af gibi sebeplerle hafifletilemez. Borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezası, borç sonucu mahkumiyete dayanan eski sistemin bugünkü halidir; günümüzde sadece Devlete olan borçlar kapsamında uygulanır ve borçluyu, hapse girmesine neden olan borcu ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Her ne kadar hapsedilmesinden sonra, kişinin zorla borcunu ödemesi bekle-

nemeze de, mallarına el konabilir. Bu tedbir, Hükümet'in atıfta bulunduğu menkul veya gayrimenkullere el konmasına benzetilemez.

Bay Jamil'e uygulanan müeyyide, ceza mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır, caydırıcı olmayı amaçlamaktadır ve özgürlüğün ceza ile sınırlandırılmasına sebep olma olasılığı vardır (bkz., gerekli değişikliklerle, Engel ve Diğerleri–Hollanda davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 35, paragraf 82 ve Öztürk–Almanya davası kararı, 21 Şubat 1984, Seri A No. 7, s. 20, paragraf 53). Dolayısıyla, AİHS'nin 7. Madde 1. fıkrası anlamında bir cezadır.

2. 7. Madde 1. fıkranın kapsam ve içeriği

Genel İlkeler

Coeme ve Diğerleri–Belçika davasında (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, paragraf 146 ve 149-151) AİHM şöyle demektedir:

Mahkeme, bir kişinin hakkında dava açılmasına ve hüküm giymesine neden olan fiilin gerçekleştirildiği zamanda, bu fiilin suç olduğunu gösteren bir kanuni hükmün olduğunu ve uygulanan cezanın bu hükümlle belirlenen sınırları aşmadığını [...] doğrulamalıdır (bkz. Murphy–Birleşik Krallık davası, Başvuru No. 4681/70, 3-4 Ekim 1972 tarihli Komisyon kararı, *Collection of Decisions* 43, s. 1).

AİHM bunu yaparken, S.W.–Birleşik Krallık ve R.–Birleşik Krallık davalarının 22 Kasım 1995 tarihli kararlarında (sırasıyla Seri A No. 335-B ve 335-C, s. 41-42, paragraf 34-36 ve s. 68-69, paragraf 32-34) özetlenen bir dizi temel prensibi uygulamaktadır:

7. Madde'de söz konusu edilen teminat, hukukun üstünlüğü açısından temel bir unsurdur ve Sözleşme'nin koruma sistemi içinde önemli bir yere sahiptir, öyle ki savaş veya herhangi bir olağanüstü durum anında dahi 15. Madde'ye uygun olarak askıya alınmasına izin verilmemektedir. Bu madde, keyfi yargılama, hüküm verme ve cezalandırmaya karşı etkin bir güvence sağlayacak şekilde özüne ve amacına uygun olarak yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Aynı şekilde, Mahkeme'nin Kokkinakis–Yunanistan davasında 25 Mayıs 1993 tarihli kararı uyarınca (Seri A No. 260-A, s. 22, paragraf 52), 7. Madde sadece ceza hukukunun, davalının aleyhine olacak biçimde geriye dönük olarak uygulanmasını önlemekle kalmaz; aynı zamanda daha genel olarak bir suçun sadece kanunla tanımlanıp cezasının belirlenebileceği prensibini (nullum cri-

men, nulla poena sine lege) ve ceza hukukunun, örneğin benzetme yapmak gibi yollarla, suçlanan tarafın aleyhine yorumlanmaması prensibini de içerir. Bu prensiplere göre, bir suçun kanunda açık bir biçimde tanımlanması gerekmektedir. Daha önce bahsedilen kararında Mahkeme, bu şartın, kişinin ilgili hükmün ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemenin bu hükmü yorumlamadaki yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi sayesinde yerine getirileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, 7. Madde’de “kanun” denildiğinde, AİHS’de bu terimin kullanıldığı başka yerlerdekiyle aynı anlamın ifade edilmek istendiğini, bu terimin yazılı ve yazılı olmayan kanunlar ile erişilebilirlik ve öngörülebilirlik de dahil olmak üzere niteliksel şartları zımnen ifade ettiğini belirtmektedir (bkz., yakın zamanda alınmış bir karar olan Tolstoy Miloslavsky–Birleşik Krallık davası kararı, 13 Temmuz 1995, Seri A No. 316-B, s. 71-72, paragraf 37).

Ancak ceza hukuku da dahil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun, bir hüküm ne kadar açık yazılmış olsa da, ister istemez yargının yorumuna açık bir tarafı olacaktır. Şüphe götüren noktaların açıklığa kavuşturulması için ve değişen şartlara uyum sağlayabilmek için her zaman bir açıklık getirme ihtiyacı olacaktır. Gerçekten de, [...] Sözleşmeciler Devletlerde, ceza hukukunun yargıda kanunların yorumlanması yoluyla gelişmesi çok yerleşmiş ve hukuk geleneğinin ayrılmaz bir parçası olmuştur. Sözleşme’nin 7. Maddesi’nin, suçun esasına uygun olduğu ve makul olarak öngörülebildiği sürece, cezai yükümlülüğün kurallarını davadan davaya açıklığa kavuşturmayı yasakladığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

Genellikle, AİHM, kendi baktığı davalarda sırasıyla başvuranın davranışını yasaklayan cezai tedbirin mevcudiyeti, bunun ne derece açık veya belirgin olduğu ve zaman aşımı sorularını ele almıştır.

Uygulama

Hukuki metnin varlığı – benzetme yoluyla gerekçelendirmenin yasaklanması

Ceza için hukuki zemin olması şartı zaman zaman, bu şartın doğal sonucu olarak ceza davalarında benzetme yoluyla gerekçelendirmenin yasaklanması bakımından incelenir. 7. Madde 1. fıkraya bu tip gerekçelendirmeyi yasaklamıştır. Başkaya ve Okçuoğlu–Türkiye davası kararında, başvuran Nisan 1991 tarihli Türk Terörle Mücadele Yasasının 8. Maddesi kapsamında yargılanmıştı. Kanunun ilgili maddesinde şöyle denmekteydi: “(1) Türkiye Cumhuriyeti’nin toprak bütünlüğünü veya ulusun bölünmez bütünlüğünü tehdit etmeye yönelik yazılı ve sözlü propaganda, toplantı ve gösteri, niyeti ve kullanılan yöntem ne olursa olsun yasaktır. Bu tip faaliyetlerde bulunan herhangi bir kişi, en az iki ve en çok beş yıl hapis cezası ve 50

milyon ile 100 milyon TL arasında para cezası ile cezalandırılacaktır. (2) Yukarıdaki paragrafta belirtilen propaganda suçunun, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3. Bölümü'nde belirtilen süreli yayınlar vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca yayın sahiplerine de, süreli yayın bir aydan kısa süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksan kadar ağır para cezası verilir veya söz konusu suç süreli yayın dışında yazılı malzemede yer almışsa veya süreli yayın daha yeni çıkmışsa, bu durumda tirajı en yüksek günlük gazetenin bir önceki aya ait ortalama satışı kadar para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu süreli yayınların sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.” Söz konusu süreli yayının sorumlu müdürü, yayın sahibine verilen cezanın yarısı kadar ceza ödemiş ve aynı zamanda altı ay hapis cezasına mahkum olmuştu. Başvuru sahibi, bu durumda 7. Madde'nin ihlâlinin söz konusu olduğundan şikâyetçiydi çünkü kendisi yayın sahibi olmasına rağmen, sorumlu müdürlere verilen cezaya çarptırıldığını ileri sürüyordu. AİHM bu konuda şöyle demiştir (8 Temmuz 1999, Başvuru No. 23536/94 ve 24408/94, *Reports* 1999-IV, paragraf 36 ve 41-42.):

Mahkeme, kendi içtihadına göre 7. Madde'nin, diğerlerinin yanı sıra, bir suçun tanımı ve cezasının ancak kanunla öngörülebileceği (nullum crimen, nulla poena sine lege) prensibine göre yorumlanması ve ceza hukukunun, örneğin emsal gösterme yoluyla, en geniş anlamıyla suçlananın aleyhine yorumlanmaması gerektirdiğini hatırlar. [...]

Aldığı ceza ile ilgili olarak, [...] başvuran, kendisinin 8. Madde 2. fıkraya göre hapis cezası aldığını, ancak bu bölümün açıkça sadece sorumlu müdürlere hapis cezası öngördüğünü, yayın sahiplerinin ise sadece para cezası ile cezalandırılabileceğini belirttiğini söyleyerek şikâyetinde bulunmaktadır. Bu bağlamda Hükümet, 8. Madde 2. fıkraya yayın sahiplerine uygulanmasının, 8. madde 1. fıkraya kıyasla yayın sahipleri açısından daha leyhte hükümler doğuracağını vurgulamıştır. Hal böyle olmakla birlikte, görünen odur ki 8. madde 2. fıkra sorumlu müdür ve yayın sahiplerine verilecek cezalar için özel çıkarılmış bir kanundur ve bu davada başvuruda bulunan yayın sahibine uygulanan ceza, sorumlu müdürlerin cezalarıyla ilgili aynı alt bölümdeki kuralın emsal gösterme yoluyla daha kapsamlı bir şekilde yorumlanmasıyla verilmiştir.

Bu şartlar altında, Mahkeme ikinci başvuru sahibine hapis cezası verilmesinin 7. Madde'de geçerli olan “nulla poena sine lege” (kanunsuz ceza olmaz) prensibine uymadığını öngörmektedir.

Öngörülebilirlik şartı

AİHM sadece cezai bir tedbirin mevcut olması ile yetinmemektedir. Aynı zamanda bu tedbirin yeterince açık olmasını da şart koşmaktadır. Buna öngörülebilirlik şartı denir. AİHM bu öngörülebilirlik şartını süpermarketlerde tıbbi ürünlerin satışının yasaklanmasına ilişkin *Cantoni–Fransa* davası kararında yorumlamıştır (15 Kasım 1996, Başvuru No. 17862/91, Reports 1996-V, paragraf 29, 31 ve 34-36). AİHM, *S.W.–Birleşik Krallık* davasında zaten dile getirilmiş olan bir noktayı not ettikten sonra şöyle demektedir:

Bir suç, kanunda açık olarak tanımlanmalıdır. Bu şart, kişinin ilgili hükmün ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemenin bu hükmü yorumlamadaki yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi sayesinde yerine getirilir.

[...]

Mahkeme'nin daha önce başka vesilelerle de belirtmiş olduğu gibi, kanunların genel uygulamaya yönelik olması gerektiği prensibinden hareketle, kanunlarda kullanılan ifadeler her zaman açık değildir. Kurallar yoluyla düzenleme yapmanın standart tekniklerinden bir tanesi, uzun listeler yerine genel kategoriler kullanmaktır. Aşırı oranda katılıktan kaçınmak ve değişen şartlara uyum sağlayabilmek için genelde pek çok kanun, kimi zaman çoğunlukla kimi zaman da daha az oranda, muğlak ifadeler içerir. Bu kanunların yorumu ve uygulanması, genel uygulamaya bağlıdır. (bkz., başka kararların yanı sıra, *Kokkinakis–Yunanistan* davası kararı, 25 Mayıs 1993, Seri A No. 260-A, s. 19, paragraf 40.)

Kanunlarda yer alan pek çok tanım gibi, *Kamu Sağlığı Kanunu*'nun L 511 sayılı maddesinde yer alan “tıbbi ürün” tanımı da oldukça geneldir (bkz. yukarıdaki paragraf 18). Yasama tekniği olarak kategori belirleme kullanıldığında, tanımın içerisinde net olmayan belirsiz alanlar olacaktır. Bir kanun gerçekleşen olayların büyük bir çoğunluğunda yeterince açık olduğu sürece, zaman zaman sınırda bazı örneklerde yaşanan belirsizlik veya tereddütler nedeniyle 7. Madde ile uyumsuz addedilmez. Zaten mahkemelere verilen yargı yetkisi, günlük uygulamadaki değişiklikleri de göz önüne alarak, bu tip yoruma dayalı tereddütlerin olduğu örneklerdeki şüpheleri ortadan kaldırmak için vardır.

Mevcut davada Mahkeme'nin görevi, kanunda yazılı kuralın, beraberindeki yoruma dayalı içtihat da göz önüne alındığında, gerektiğinde bu testi geçip geçmediğini tayin etmektir.

[...] Dolayısıyla, mevcut davadaki olaylardan çok önce Yargıtay konuyla ilgili açık bir görüş benimsemiş ve geçen zamanla bu görüş daha da yerleşmiştir.

Mahkeme, öngörülebilirlik kavramının kapsamının büyük ölçüde söz konusu metnin içeriğine, kapsamı öngörülen alana ve muhatabı olanların sayısına ve durumuna bağlı olduğunu hatırlatır (bkz. Groppera Radio AG ve Diğerleri–İsviçre davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 173, s. 26, paragraf 68). İlgili kişinin, attığı adımın içinde bulunduğu şartlar altında doğurabileceği makul sonuçları değerlendirebilmesi için gerekli hukuki tavsiyeyi alması gerekse dahi, bir kanun öngörülebilirlik şartını yerine getirebilir (diğer kararların yanı sıra bkz., Tolstoy Miloslavsky–Birleşik Krallık davası kararı, 13 Temmuz 1995, Seri A No. 316-B, s. 71, paragraf 37).

Bu durum mesleklerini icra ederken çok temkinli davranmak zorunda kalan ve profesyonel faaliyette bulunan kişiler için özellikle geçerlidir. Bu nedenle, bu kişilerin işlerini yaparken bu faaliyetlerin içerdiği riskleri değerlendirmek konusuna özel önem vermeleri beklenebilir.

Doğru hukuki tavsiyeden faydalanmak suretiyle Bay Cantoni'nin, özellikle de süpermarketin yöneticisi olarak, Yargıtay'ın ve alt dereceli bazı mahkemelerin kararlarından doğan içtihatlar göz önüne alındığında, tıbbi ürünlerin yasal olmayan şekilde satışının ciddi bir yargılanma riski doğurduğunu bilmesi gerekirdi.

Dolayısıyla, 7. Madde'nin ihlali söz konusu değildir.

S.W.–Birleşik Krallık davası kararında (22 Kasım 1995, Seri A No. 335-B, paragraf 43-45), başvuran karısının ırzına geçmekten hüküm giymişti. Başvuran, bu fiilin gerçekleştiği zamanda suç teşkil etmemesine karşın cezalandırıldığından şikâyetçiydi. Başvuran, kendisinin ırza geçme ile suçlanmasına sebep olan fiilleri gerçekleştirdiği tarihte, bir kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı suçlu bulunamayacağına ilişkin genel içtihat hukuku prensibinin geçerli olduğunu iddia ediyordu. Kendisi özellikle 1976 tarihli (değiştirilmiş) Cinsel Suçlar Kanunu'nun 1. Bölümündeki 1. fıkrayı temel almaktaydı. Söz konusu fıkra şöyle denmekteydi: “1956 tarihli (ırza geçme ile ilgili) Cinsel Suçlar Kanunu'nun 1. Bölümü uyarınca bir erkek ancak (1) cinsel ilişki sırasında rıza göstermeyen bir kadınla yasal olmayan bir cinsel ilişkiye girdiği takdirde [...] ırza geçmiş sayılır.” Birleşik Krallık mahkemeleri, ırza geçmenin tanımında yer alan “yasal olmayan” ifadesini fazladan bir ifade olarak kabul etmiş ve bunun “artık geçersiz ve aşağılayıcı hale gelen bir içtihat hukuku uygulamasını ortadan kaldırmayı” engellemediğini belirtmişlerdi. Başvuranın yanıtı şöyleydi: Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası yeni bir suç belirlemedi veya ırza geçme suçunun içeriğini değiştirmemişken, mevcut bir suç, daha önce emsal hukukuna göre bu suçun kapsamına girmeyen davranışları da suç kapsamına dahil edecek biçimde uyarlamışlardı. Bu nedenle başvurana göre öngörülebilirlik kistası yerine getirilmemişti.

AIHM, AIHS'nin 7. Maddesi'nin ihlâlinin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Bu sonuca varırken, şu gerçekleri göz önüne almıştır:

Temyiz Mahkemesi'nin ve daha sonra Lordlar Kamarası'nın kararları sadece, içtihatlarda bir kocanın karısının ırzına geçmekten dolayı yargılanmamasını sağlayan dokunulmazlığı ortadan kaldıran belirgin gelişmeyi devam ettirmiştir (bu gelişmenin anlatımı için bkz. yukarıdaki 11. ve 23-27. paragraflar). 18 Eylül 1990'daki haliyle kanuna bakıldığında karısıyla zor kullanarak cinsel ilişkiye giren bir kocanın, bazı şartlar altında, ırza geçmekten suçlu bulunacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Dahası yargının yorumu yoluyla, suçun esasına da uygun bir şekilde, ceza hukukunda bu tip davranışları genellikle ırza geçme suçunun kapsamında değerlendirmek yönünde belirgin bir gelişme vardı. Bu gelişme öyle bir noktaya gelmişti ki dokunulmazlık olmadığına yargı tarafından kabul edilmesi, kanunun gelişimi göz önüne alındığında makul biçimde öngörülebilir hale gelmişti (bkz., yukarıdaki 36. paragraf).

Irza geçmenin esasen alçaltıcı niteliği o kadar belirgindir ki, Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası'nın, başvuranın mağdurla olan ilişkisinin düzeyine bakılmaksızın ırza geçmeye teşebbüsten hüküm giymesi gerektiğini belirten kararlarının, kimsenin keyfi yargılama, hüküm giyme veya cezalandırmaya maruz bırakılmayacağını teminat altına alan Sözleşme'nin 7. Maddesi'nin amaç ve kapsamı dışında olduğu söylenemez (bkz. yukarıdaki paragraf 34). Dahası, bir kocanın karısının ırzına geçtiği takdirde yargılanamaması gibi kabul edilemez bir fikrin bir tarafa bırakılması, sadece uygar bir evlilik kavramı ile örtüşmekle kalmaz, aynı zamanda ve her şeyden evvel, özü insan onuruna ve özgürlüğüne saygıya dayalı olan Sözleşme'nin temel amaçlarına da uygunluk gösterir.

Sonuç olarak Yargıç Rose, başvuranın davasıyla ilgili olarak Temyiz Mahkemesinin R.-R. davasındaki kararını uygulamakla, Sözleşme'nin 7. Maddesi'ne uyumlu olmayan bir suçun belirlenmesine yönelik bir karar vermemiştir.

Ayrıca AIHM, AIHS'nin başka bir maddesine ilişkin olarak öngörülebilirlik şartının yerine getirilmiş olduğuna işaret ettiği yerlerde öngörülebilirlik şartına fiilen uyulmuştur. (örneğin bkz., Erdoğan ve İnce–Türkiye davası kararı, 8 Temmuz 1999, Başvuru No. 25067/94 ve 25068/94, *Reports* 1999-IV, paragraf 59):

Mahkeme, “kanun”dan bahserken 7. Madde'nin bu terimin Sözleşmede kullanıldığı diğer yerlerdeki ile tamamen aynı kavrama atıfta bulunduğunu hatırlatır (bkz., S.W.–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Kasım 1995, Seri A No. 335-B, s. 42, paragraf 35). Mahkeme'nin yukarıdaki 39 numaralı paragrafta, 10. Madde 2. fıkrada bahsedilen “yasayla öngörülen” ifadesi çerçevesinde

vardığı sonuç göz önüne alındığında, Sözleşme'nin 7. Maddesi'nin ihlali söz konusu değildir.

Zaman Aşımı

Coeme ve Diğerleri–Belçika davasında (22 Haziran 2000, Başvuru No. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 ve 33210/96, paragraf 146 ve 149-151) AİHM, kanunen zaman aşımı süresinin uzatılmasının, cezai işlem karşısında dokunulmazlık anlamına gelmemesi kaydıyla, 7. Madde'nin ihlâlini oluşturmadığını belirtmiştir:

Zaman aşımı, suçun işlenmesinden sonra geçen belli bir süre sonunda suç işleyen hakkında dava açılmamasına ilişkin kanuni bir haktır. Sözleşmeci Devletlerin iç hukuk sistemlerinin ortak özelliği olan zaman aşımı süreleri, hukuki belirginlik ve kesinlik ile mahkemelerin üzerinden zaman geçtiği için eksik kalan delillere dayanarak karar vermesi sonucu davalıların haklarının ihlâlinin söz konusu olmasının önlenmesi gibi sebeplerden dolayı konmuştur (bkz. Stubbings ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1996, Reports 1996-IV, s. 1502-1503, paragraf 51).

[...]

24 Aralık 1993 tarihli kanunun getirdiği zaman aşımı süresi uzatımı ve Yargıtay'ın bu kanunu hemen uygulamaya koymuş olması, gerçekten de, ceza davalarının açılması için gerekli süreyi uzatmış ve dolayısıyla başvuranların durumunu özellikle de beklentileri açısından olumsuz yönde etkilemiştir. Ancak, bu durum 7. Madde kapsamında teminat altına alınan hakların ihlâlini oluşturmaz çünkü bu maddenin, daha önce zaman aşımına konu olmamış söz konusu suçlar hakkında usul hukukunun hemen uygulanması yoluyla, zaman aşımı sürelerinin uzatılmasını yasakladığı şeklinde yorum yapılamaz.

Zaman aşımına uğradığı için artık cezalandırılmayacak olan suçları işleyenlerin cezalandırılabilmeleri imkânını sağlayan bir hukuki hüküm söz konusu olduğu takdirde 7. Madde'nin ihlâl edilmesi, bu dava için söz konusu değildir ve Mahkeme, bu nedenle bunu incelemek zorunda değildir [...]

Mahkeme, suçlandıkları eylemlerin dava konusu olabileceğinin farkında olmamalarının mümkün olmayan başvuruçuların, yargıda zaman aşımına tabi olmamış suçlardan hüküm giymiş olduklarına dikkat çeker. Suçlar işlendikleri zaman suç teşkil etmektedirler ve uygulanan cezalar söz konusu zamanda geçerli olanlardan daha ağır değildir. Ayrıca başvuranlar, 24 Aralık 1993 tarihli Kanun nedeniyle de suçu işledikleri zamanda karşılaştıklarından daha ağır şartlarla karşılaşmamışlardır (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Welch davası kararı, s. 14, paragraf 34).

Sonuç olarak, başvuruların Sözleşme'nin 7. Maddesi kapsamında hakları ihlâl edilmemiştir.

Geriyeye dönük olmama ve sürekli ceza kavramı

7. Madde, usûl kanunlarının hemen uygulanmasını yasaklamaz (bkz. yukarıda belirtilen Coeme ve Diğerleri davası kararı). Aynı şekilde, sanığın lehine olan maddi hukukun geriye dönük olarak uygulanmasını da engellemez. Dolayısıyla, G.–Fransa davası kararında (27 Eylül 1995, Başvuru no. 15312/89, Seri A. No 325-B, paragraf 24 ve 26-27) Mahkeme şöyle demektedir:

Mahkeme'nin içtihadına göre, Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrası, genel olarak bir suçu sadece kanunların tanımlayabileceği ve ceza öngörebileceği ilkesinden hareket eder ve özellikle, sanığın aleyhine olan durumlarda ceza hukukunun geriye dönük olarak uygulanmasını yasaklar (bkz. Kokkinakis–Yunanistan davası kararı, 25 Mayıs 1993, Seri A No. 260-A, s. 22, paragraf 52).

[...]

Mahkeme, sanığın suçlandığı fiillerin yeni mevzuatın kapsamına da girdiğine dikkat çeker. Hem suçun tanımlanması hem de uygulanacak cezanın belirlenmesi açısından şartları daha hafif olan kanunun uygulanması prensibine dayanarak, ulusal mahkemeler Bay G.'nin işlediği suçun cezasını belirlerken, bu suçu ağır suç yerine daha hafif bir suç (délit) olarak tanımlayan Ceza Kanunu'nun yeni 333. maddesini uygulamışlardır (bkz. yukarıdaki 13 ve 14. paragraflar). Dolayısıyla açıkça, geriye dönük olan bu uygulama başvuruların lehine olmuştur.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrasının ihlâli söz konusu değildir.

Geriyeye dönük olma konusu, sürekli olarak işlenen suçlar için de dile getirilebilir. Ecer ve Zeyrek–Türkiye davasında AİHM, sürekli işlenen suçlarla ilgili olarak suçun isnat edilmesi sırasında ve karar verilirken ulusal makamların alması gereken tedbirleri sıralamıştır. Başvuru sahipleri, 1988 ve 1989 yıllarında işlenen suçlarla ilgili olarak kendilerine 1991 tarihli bir kanuna göre ceza verildiğini öne sürmüşlerdir ve AİHS'nin 7. Maddesi'nin ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir. Hükümet, söz konusu suçların 1991 yılına kadar devam ettiğini öne sürmüştür. AİHM bu konuda şöyle karar vermiştir (27 Şubat 2001, Başvuru No. 29295/95 ve 29363/95, paragraf 32-37):

[...] Çözümlemesi gereken tek sorun, 1991 tarihli kanunun, yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlara, Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrasına aykırı surette geriye dönük (ex post facto) ceza oluşturacak şekilde uygulanıp uygulanmadığıdır.

Mahkeme, Hükümet'in başvuranların işledikleri suçun Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesine göre devam eden bir nitelik taşıdığını savunduğuna dikkat çekmiştir. (bkz., paragraf 19). Bu anlayışla Mahkeme, işlenen suçun "süreklilik" niteliği taşımasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamına geldiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin görüşüne göre, bir kimse süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman, yasal kesinlik kuralı söz konusu suçu oluşturan fiillerin iddianamede açıkça belirtilmesini gerektirmektedir (bkz., gerekli değişikliklerle, Pélissier ve Sassi-Fransa [BD] davası, paragraf 51, No. 25444/94, AİHM,1999-II). Ayrıca ulusal mahkeme tarafından verilen karar, davalı hakkında verilen hükmün ve cezanın, süreklilik niteliği taşıyan bir suç unsuru içerdiğinin yargılama ile ortaya çıktığını açıkça ortaya koymalıdır.

Bu bağlamda Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı'nın iddianamede başvuranları "1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla" suçladığını gözlemlemiştir. Ayrıca, Devlet Güvenlik Mahkemesi 12 Mayıs 1994 tarihli kararında, başvuranların "1988 ve 1989 yılları arasındaki fiillerinden dolayı" hüküm giydiğini belirtmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi gerekçeli kararının hiçbir yerinde, başvuranları 1989'dan sonra işlenen fiillerden dolayı suçlamamıştır. AİHM, bu verilerden yola çıkarak başvuranların 1988 ve 1989 yıllarında veya iki tarih arasında işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yargılandıklarını gözlemlemiştir. Hükümet'in iddialarının aksine Mahkeme, 1988 ve 1989 yıllarının söz konusu fiillerin gerçekleşmeye başladığı tarih olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir.

Mahkeme, başvuranların Ağustos 1993 tarihine kadar PKK ile ilişkilerinin devam ettiğini kanıtlamak için Hükümet'in iddialarını, başvuranların Şırnak Merkez Jandarma Komutanlığı'nda gözaltında iken verilen ifadelere ve itiraflara dayandığını belirtmiştir. Hükümet, ayrıca eski bir PKK militanının ifadesine dayanarak, başvuranların 1989 yılından sonra da eylemlerine devam ettiklerini vurgulamıştır.

[...] Mahkeme'nin görüşüne göre, sadece 1988 ve 1989 yılları ile ilgili olan iddianame göz önüne alındığında, devam eden suça ilişkin bu tür kanıtların sunulması iddianame ile uyumlu değildir. [...] Ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararından, 1989 yılından sonra işlenen suçlar sebebiyle mahkum edildikleri şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır. İlk Derece Mahkemesi kararının odak noktasının, 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemler olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme ayrıca 1991 Kanunu gereğince yargılanan diğer kişiler bağlamında, söz konusu davalarla ilgili iddianamelerde suç niteliğindeki eylemlerin tarihinin kesin olarak belirtildiğini dikkate almalıdır [...].

Bu şartlar altında Mahkeme, başvuranların 1991 tarihli yasa gereğince, hüküm giydikleri suçu işledikleri tarihteki kanunlara göre verilmesi gereken-den daha ağır bir ceza ile cezalandırıldıkları sonucuna varmıştır.

Bu yüzden Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrası ihlâl edilmiştir.

Bir Devlet yerine başka bir Devletin geçmesi

K.-H.W.–Almanya davasında (22 Mart 2001, Başvuru No. 37201/97, paragraf 84-86) AIHM, bir Devletin yerine başka bir Devletin geçmesi ile doğan sorunu 7. Madde açısından ele almıştır. Bu davada, duvarın olduğu zamanda sınırı geçmeye çalışan Alman vatandaşlarının öldürülmesi konusunda eski (Doğu) Alman Demokratik Cumhuriyeti yasalarına göre Federal Alman Cumhuriyeti tarafından başlatılmış olan davalar söz konusuydu. Mahkeme bu konuda şöyle demektedir:

Mahkeme, hukukun üstünlüğü esasına göre yönetilen bir Devletin, eski rejim sırasında işlenen suçlar ile ilgili olarak, bu suçları işleyenlere karşı dava açmasını gayet meşru bulmaktadır. Aynı şekilde, daha önce var olan devletlerin yerine geçen bu Devletin mahkemeleri, hukukun üstünlüğü prensibine göre yönetilen bir Devletin mahkemeleri olarak, söz konusu olayların geliştiği zamanda geçerli olan hukuki hükümlerini uyguladıkları veya yorumladıkları için eleştirilemez.

Mahkeme, 7. Madde 1. fıkranın amaçları açısından bakıldığında, ceza kanunu hükümleri hangi hukuk sisteminde ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, ister istemez yargının yorumuna gerek duyulduğunu tekrar eder. Şüpheli konuların açıklığa kavuşturulması veya değişen şartlara uyum sağlanması ihtiyacı her zaman geçerli olacaktır (bkz. S.W.–Birleşik Krallık ve R.–Birleşik Krallık davaları kararları, 22 Kasım 1995, sırasıyla Seri No. 335-B ve 335-C, s.41-42, paragraf 34-36 ve s. 68-69, paragraf 32-34, ayrıca yukarıdaki paragraf 45). Tabii ki bu kavram prensip olarak, Sözleşme'nin temel taşı oluşturduğu ve girişinde belirtilen (bkz. aşağıda paragraf 86) hukukun üstünlüğü ve demokratik bir rejim ile yönetilen herhangi bir Devlette içtihadın gelişimi için geçerlidir; ancak burada olduğu gibi bir Devletin yerine başka bir Devletin geldiği durumlarda da tamamen geçerliliğini korur.

Aksine bir mantık, Sözleşme'nin sağladığı koruma sisteminin temelini oluşturduğu prensiplere aykırı olacaktır. Sözleşme'nin çerçevesini belirleyenler, bu prensiplere Sözleşme'nin girişinde, “dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturduğu ve sağlanıp korunabilmesi, her şeyden önce, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin inançlarını bir kez daha tekrarlayarak” atıfta bulunmuşlar ve “aynı inancı

taşıyan” ve “siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir miras paylaşan” ülkeler olduklarını ilan etmişlerdir.

3. 7. Madde 1. fıkranın ihlâli halinde verilecek cezalar

İlk sonuç, bu maddenin ihlâlidir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen Jamil davasında AİHM, Bay Jamil olayların gerçekleştiği sırada var olmayan bir cezaya çarptırıldığı için ve uyuşturucu ticareti ile mücadele yasası geriye dönük olarak uygulandığı için, 6. Madde 1. fıkranın ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda bahsedilen Welch davası kararında AİHM, aynı zamanda 7. Madde'nin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır ve aşağıda belirtilen şu önemli noktayı dile getirmiştir:

[...] bu sonuç sadece ilgili mevzuatın geriye dönük olarak uygulanması ile ilgilidir ve (geriye dönük olmayan uygulamalar için) mahkemelerin sahip olduğu müsadere yetkilerini hiçbir şekilde sorgulamamaktadır.

7. Madde, 2. fıkra *7. Madde'nin 2. fıkrası şöyledir:*

– İstisna hükmü **2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.**

Bu hükümde yer alan istisna, savaş suçları ve insanlığa karşı işlenmiş suçlarla ilgili olarak Nürnberg prensiplerine atıfta bulunmaktadır.

AİHS 8. Madde – Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı

8. Madde, 1. fıkra *8. Madde 1. fıkra şöyledir:*

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

1. 8. Madde 1. fıkranın kapsamı

8. Madde'nin kapsamı incelendiğinde, iki konuya dikkat çekilmektedir.

Birinci konu, bir şey yapmama yükümlülüğünün (özel hayata, vb. müdahale etme yasağı), bazen (özel hayata, vb. saygı gösterilmesini sağlamak için) bir şey yapma yükümlülüğü ile bir arada düşünülmesi gerekip gerekmediğidir.

İkinci konu, 8. Madde’de tanınan haklardan feragat edilmesi olasılığıyla ilgilidir.

Müdahale ve harekete geçmeme

8. Madde 1. fıkranın birinci sonucu, Devletin herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. Bu, “bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır” ifadesiyle 2. fıkradan çıkartılmaktadır.

Ancak 8. Madde’nin ihlâli, sadece bir “müdahale” durumunda söz konusu olmayabilir. Devletin harekete geçmemesi de, aynı etkiyi yaratabilir. Üye devletler, AİHS’de belirtilen haklara etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamalıdır. Bu konuda AİHM, Airey–İrlanda davasında (9 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 32, s. 17, paragraf 32-33), daha önce Marckx davasında belirlenen prensipleri belirtmiştir. Hatırlanacağı gibi, söz konusu davada Bayan Airey, İrlanda’da adli yardım olmadığı için, resmi ayrılma davası açamamıştır. AİHM’nin görüşüne göre:

Mahkeme, İrlanda’nın Bayan Airey’in özel veya aile hayatına “müdahale” ettiğinin söylenebileceğini düşünmemektedir; şikâyetinin içeriği, Devletin yaptığı belirli bir hareket değil, harekete geçmemiş olmasıdır. Ancak 8. Madde’nin amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, sadece Devleti bu tür müdahalelerden alıkoymakla kalmaz; bu birincil negatif taahhüde ek olarak, özel hayata veya aile hayatına etkin bir biçimde saygı göstermenin esasında yatan bazı pozitif yükümlülükler de olabilir (bkz. yukarıda bahsedilen Marckx davası kararı, s. 15, paragraf 31).

İrlanda’da özel hayatın veya aile hayatının birçok unsuru kanunlarla düzenlenmiştir. Evlilik konusunda, karı ve koca prensipte bir arada yaşamakla yükümlüdür ancak bazı durumlarda, resmi ayrılma kararı alınması için başvuruda bulunma hakları vardır; bu, özel veya aile hayatlarının korunması için, bazen bir arada yaşama sorumluluğunun kaldırılması gerekebileceğinin kabul edilmesi anlamına gelir.

Özel hayata veya aile hayatına etkin bir biçimde saygı gösterilmesi, İrlanda’nın uygun durumlarda bu yola başvurmak isteyen herkesin, bu koruma yoluna kolaylıkla erişebilmesini sağlaması yükümlülüğünü getirir. Ancak başvurucu uygulamada bu yola erişememiştir; Yüksek Mahkeme’ye başvurabilecek bir konumda olmadığı için (bkz. yukarıdaki paragraf 20-28), kocasından fiilen ayrılmış olmasının kanunen tanınmasını sağlayamamıştır. Bu nedenle, bir 8. Madde ihlâlinin kurbanı olmuştur.

Rees–Birleşik Krallık davasında (17 Ekim 1986 tarihli karar, Seri A No.106, s. 15, paragraf 37), AİHM bir pozitif yükümlülük olup olmadığını nasıl belirlenebileceğini açıklamıştır.

Pozitif bir yükümlülük olup olmadığını belirlerken, AİHS'nin tamamında olduğu gibi, toplumun genel yararı ile bireyin çıkarı arasında, âdil bir denge kurulmaya çalışılmasına dikkat edilmelidir (bkz. gerekli değişikliklerle, diğer kararların yanı sıra, 21 Şubat 1986 tarihli James ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 98, s. 34, paragraf 50 ve 23 Eylül 1982 tarihli Sporong ve Lönnroth davası kararı, Seri A No. 52, s. 26, paragraf 69 gibi kararlar). Bu denge kurulurken, 8. Madde 2. fıkrada belirtilen amaçlar geçerli olabilir, ancak bu hüküm birinci fıkrada korunan hakka sadece “müdahaleler” açısından, yani bu haktan doğan negatif yükümlülükler açısından yaklaşmaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle, Marckx davası kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 15, paragraf 31).

Yani AİHM, pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki farkı belirten faydalı bir işaret vermiştir. Ancak AİHM, daha yakın tarihte verdiği bir kararda, bu ayrımın ve Devletin bundan kaynaklanan pozitif yükümlülüğünün yeterince kesin olmadığına dikkat çekmiştir (Keegan–İrlanda davası kararı, 26 Mayıs 1994, Seri A No. 290, s. 19, paragraf 49):

Mahkeme, 8. Madde'nin esas amacının, kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı bireyi korumak olduğunu hatırlatır. Ek olarak, aile hayatına etkin olarak “saygı” gösterilmesi yönünde pozitif yükümlülükler de olabilir. Ancak bu hüküm kapsamında Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir tanım yapmaya uygun değildir. Yine de uygulanacak prensipler benzerdir. Her iki bağlamda da, bireyin ve bir bütün olarak toplumun bir-biriyle rekabet içinde olan çıkarları arasında âdil denge oluşturulması gerektiğine dikkat edilmelidir; ve her iki bağlamda da Devlet, belirli bir takdir hakkına sahiptir (bkz. örneğin Powell ve Rayner–Birleşik Krallık davası kararı, 21 Şubat 1990, Seri A No. 172, s. 18, paragraf 41 ve yukarıda bahsedilen Johnston ve Diğerleri davası kararı, s. 25, paragraf 55).

8. Madde'den doğan haktan feragat etmek

AİHM, M.S.–İsveç davası kararında (27 Ağustos 1997, Başvuru No. 20837/92, Reports 1997-IV, paragraf 31-32) başvurucunun 8. Madde kapsamındaki hakkından feragat ettiği konusunda davalı Devletin iddialarını incelemeyi kabul etmiştir. AİHM'ye göre:

Devlet, 8. Madde 1. fıkranın uygulanabilirliğine itiraz ederken başvurucunun tazminat işlemlerini başlatarak, kliniğin Büro'ya bildirdiği tıbbi veriler

hakkında gizlilik hakkından feragat ettiğini iddia etmiştir (bkz. yukarıdaki 11. paragraf). Alınan önlem, Büro'nun söz konusu bilgileri isteme yükümlülüğü altında olduğu ve kliniğin de bu bilgileri verme zorunluluğu olduğu açıkça belirtilen İsveç kanununun öngörülebilir bir biçimde uygulanmasıdır (bkz. yukarıdaki 18-19. paragraflar). Bu bağlamda, verilerin kamuya açıklanmadığının, Büro'da gizli olarak saklandığının altı çizilmiştir (bkz. yukarıdaki 16. paragraf).

Mahkeme, ilgili İsveç kanunlarına göre, başvurunun klinikteki tıbbi kayıtlarının gizlilik ilkesine tabi olduğunu gözlemlemiştir (bkz. yukarıdaki 16. paragraf). Söz konusu bilgilerin klinik tarafından Büro'ya bildirilmesi, Sigorta Kanunu'na göre ancak Büro'nun talepte bulunması ve istenen bilginin Sigorta Kanunu'nun uygulanması açısından önemli olması durumunda kabul edilebilir (bkz. yukarıdaki 18. paragraf). Bu değerlendirme münhasır olarak yetkili otoritelerin eline bırakılmış, başvurucuya önceden danışılma veya bilgilendirilme hakkı verilmemiştir (bkz. yukarıdaki 21. paragraf).

Söz konusu ifşa, sadece başvurunun Büro'ya tazminat talebini vermesine değil, aynı zamanda başvurunun kontrolü altında olmayan başka faktörlere de dayalı gibi görünmektedir. Bu nedenle, talebine dayanarak klinikteki tıbbi kayıtları konusunda AİHS 8. Madde 1. fıkraya giren özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından açık bir biçimde feragat ettiği sonucuna varılamaz. Böylece Mahkeme, bu hükmün ele alınan konulara uygulanabilir olduğu görüşündedir.

2. 8. Madde 1. fıkraya ve özel hayatın korunması

Öncelikle “özel hayat” kavramını tanımlamakta fayda vardır. Aşağıdakiler, 8. Madde kapsamında sunulan korumanın bazı örnekleridir.

Özel hayat kavramı

Özel hayat kavramını tanımlamak kolay değildir. Bunu AİHM'nin kendisi de söylemiştir. Kamu alanı ile özel alan arasındaki sınır, bir durumdan diğerine değişir. Belirtilen farklı kararlara dayanarak, AİHM'nin bu konudaki yaklaşımı hakkında bir fikir edinmek mümkündür.

Niemietz–Almanya davasında (16 Aralık 1992 tarihli karar, Seri A No. 251-B, s. 33-34, paragraf 29) başvurunun hukuk bürosu, birine hakaret etmiş olan bir kişinin kimliğini belirleyebilecek belgeler bulmak amacıyla savcı ve polis tarafından aranmıştır. AİHM, bu konudaki kararında “özel hayat” kavramı konusunda detaylı bir açıklamada bulunmuştur.

Mahkeme, “özel hayat” kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün, ne de gerekli olduğunu düşünmektedir. Ancak, bu kavramı bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan” ile kısıtlamak ve bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmak aşırı kısıtlayıcı olur. Özel hayat hakkı, belirli bir düzeye kadar başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri devam ettirmeyi de içermelidir.

Ayrıca insanların bir çoğunun dış dünyayla ilişki kurma fırsatı önemli ölçüde, hatta belki de çoğunlukla iş hayatı sırasında ortaya çıktığına göre, “özel hayat” kavramından, mesleki veya iş dünyasıyla ilgili faaliyetleri hariç tutmanın prensiplere dayalı bir nedeni yok gibi görünmektedir. Bu bakış açısı, Komisyon tarafından da haklı olarak dikkat çekildiği gibi, bir bireyin faaliyetlerinden hangilerinin meslek veya iş hayatına girdiği, hangilerinin girmediğini açık olarak belirlemenin her zaman mümkün olmaması nedeniyle de desteklenmektedir. Özellikle de serbest çalışan bir kişi söz konusu olduğunda işleri, herhangi bir anda hangi konumda hareket ettiğini belirlemeyi imkânsız kılacak derecede kişinin hayatının bir parçası haline gelmiş olabilir.

Bu durumda Devletin yapılmasını önerdiği gibi, şikâyette bulunulan önlemin sadece mesleki faaliyetlerle ilgili olduğuna dayanarak 8. Madde kapsamında koruma sağlamamak, mesleğiyle ilgili olan ve olmayan faaliyetleri birbirinden ayırlamayacak kadar iç içe geçmiş olan bir kişiye koruma sağlanması durumunda, eşit olmayan bir muamele doğmasına da neden olabilir. Aslında Mahkeme bu nedenle böyle ayrımlar belirlememiştir; hem iş, hem de özel konuşmaların dinlendiği telefon dinleme faaliyetinin bile özel hayata bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır (bkz. Huvig–Fransa davası kararı, 24 Nisan 1990, Seri A No. 176-B, s. 41, paragraf 8 ve s. 52, paragraf 25); ve sadece iş faaliyetlerine yönelik bir arama yapıldığında, bu durumu “özel hayat” başlığı altında 8. Madde’nin uygulama alanına girmeme dayanağı olarak kullanmamıştır (bkz. Chappell–Birleşik Krallık davası kararı, 30 Mart 1989, Seri A No. 152-A, s. 12-13, paragraf 26 ve s. 21-22, paragraf 51).

N.F.–İtalya davasında, Mason locasına üye olan bazı hakimler hakkında disiplin davası başlatılmış ve ilgili tarafların en azından bir kısmının adları basında yayınlanmıştır. AİHM, özel alanın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsadığı gözleminde bulunmuştur. Ancak, ifşa edilen bilgilerin kolayca erişilebilirlik özelliğine dikkat çekerek (2 Ağustos 2001 tarihli karar, Başvuru No. 37119/97), bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, içtihadına göre özel hayatın bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığı görüşünde olduğuna dikkat çeker; AİHS 8. Madde’de verilen teminatın esas amacı, dışarıdan müdahale olmadan, her bireyin diğer

insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamaktır (bkz. Botta-İtalya davası kararı, 24 Şubat 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, s. 422, paragraf 32). Bu davada başvuru, Mason locası üyesi olduğu hakkında basında yapılan açıklamanın, herhangi bir zarara neden olduğunu kanıtlayamamıştır. Ancak, “herkesin üye kayıtlarına bakarak kimin üye olduğunu belirleyebileceğini” kabul etmiştir.

Bu nedenle, bir müdahale yoktur.

Kişiler hakkında bilgi toplama ve bu bilgileri arşivleme sistemi ile ilgili olan ve kısa bir süre önce ele alınan Rotaru-Romanya davasında (4 Mayıs 2000 tarihli karar, Başvuru No. 28341/95, paragraf 42-44), AİHM bazı nüansları belirlemiştir:

Hükümet, RIS'nin 19 Aralık 1990 tarihli mektubunun başvuruçunun özel hayatıyla değil, kamu hayatıyla ilgili olduğunu iddia ederek 8. Madde'nin uygulanamaz olduğunu ileri sürmüştür. Başvuruçuyu, siyasi faaliyetlerde bulunmaya ve broşür bastırmaya karar vererek, özel hayatın doğasında olan “anonimlik” hakkından zımni olarak feragat etmiştir. Polis tarafından sorguya çekilmiş olması ve sabıka kaydı ise kamuya açık bilgilerdir.

Mahkeme, bir bireyin özel hayatına ait bilgilerin gizli bir sicilde saklanması ve bu tür bilgilerin açıklanmasının 8. Madde 1. fıkranın kapsamına girdiğini tekrar beyan eder (bkz. Leander-İsveç davası kararı, 26 Mart 1987, Seri A No. 116, s. 22, paragraf 48).

Özel hayata saygı duymak, başka insanlarla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de belirli bir derecede içermelidir; ayrıca meslekle veya işle ilgili faaliyetleri “özel hayat” kavramının dışında tutmanın prensiplere dayalı belirli bir nedeni yoktur (bkz. Niemietz-Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, s. 33-34, paragraf 29 ve Halford-Birleşik Krallık davası kararı, 25 Haziran 1997, Reports 1997-III, s. 1015-1016, paragraf 42-46.)

Mahkeme, bu genel yorumun, Avrupa Konseyi'nin 28 Ocak 1981 tarihli, 1 Ekim 1985'de yürürlüğe girmiş olan Şahsi Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Konusunda Bireylerin Korunması konulu konvansiyonla ilişkisini daha önce de belirtmiştir; bu belgenin amacı, “bütün bireylerin [...] haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle kendisine ait şahsi verilerin otomatik olarak işlenmesi konusunda mahremiyetine saygı gösterilmesini [...] sağlamaktır” (Madde 1); bu tür veriler 2. Madde'de “kimliği belirli veya belirlenebilecek bir bireye ait her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır (bkz. Amann-İsviçre [BD], No. 27798/95, paragraf 65, AİHM 2000-II).

Ayrıca kamuya açık bilgiler, sistematik olarak toplandığında ve yetkili makamlar tarafında dosyalarda saklandığında da özel hayat kapsamına girebilir. Bu durum, özellikle söz konusu bilgiler kişinin geçmişine aitse daha da geçerlidir.

Bu davada Mahkeme, RIS'nin 19 Aralık 1990 tarihli mektubunda, bir kısmı elli yıldan uzun bir süre önce toplanmış olan, başvurunun hayatıyla ve özellikle eğitimi, siyasi faaliyetleri ve sabıka kaydıyla ilgili bazı bilgiler olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu tür bilgiler sistematik olarak toplandığında ve devletin yetkilileri tarafından dosyada saklandığında, AİHS'nin 8. Madde 1. fıkrası açısından "özel hayat" kapsamına girmektedir. Özellikle bu davada, bilgilerin bir kısmı yanlış olduğu ve başvurunun itibarını zedeleyebileceği için, bu durum daha da geçerlidir.

Bu nedenle 8. Madde uygulanabilir.

AİHM, P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık davası kararında (25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 56-60) kendi içtihadının bir özetini vermiştir. Bu dava, yakalanan kişilerin hem nezarethanede, hem de polis tarafından haklarındaki suçlamalar okunurken seslerinin kaydedilmesi ile ilgilidir. Söz konusu kişilere haber verilmeden yapılan bu kayıtlar, apartman dairelerinde yapılmış olan başka kayıtlarla karşılaştırılmak amacıyla hazırlanmıştır. Polis, böylece dairede yapılan kayıttaki sözlerin bu kişilerden birine veya diğerine ait olduğunu belirleyebilmeyi ümit etmekteydi. AİHM, bu konuda şöyle demiştir:

Özel hayat, kapsamlı bir tanım yapılamayacak kadar genel bir terimdir. Mahkeme, cinsiyet belirleme, isim ve cinsel tercih ve cinsel hayatın, 8. Madde'nin korumasına giren özel alanın önemli unsurları olduğunu daha önce belirtmiştir (bkz. örneğin B.–Fransa davası kararı, 25 Mart 1992, Seri A No. 232-C, paragraf 63; Burghartz–İsviçre davası kararı, 22 Şubat 1994, Seri A No. 280-B, paragraf 24; Dudgeon–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1981, Seri A No. 45, paragraf 41; ve Laskey, Jaggard ve Brown–Birleşik Krallık davası kararı, 19 Şubat 1997, Reports 1997-I, paragraf 36). 8. Madde ayrıca kimlik ve kişisel gelişim hakkını ve başka insanlarla ve dış dünyayla ilişkiler kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da korumaktadır (bkz. örneğin Burghartz–İsviçre, 21 Ekim 1992 tarihli Komisyon raporu, a.g.e. paragraf 47; ve Friedl–Avusturya, No. 15225/89, 19 Mayıs 1994 tarihli Komisyon raporu, Seri A No. 305-B, paragraf 45). Mesleki veya işle ilgili faaliyetleri de içerebilir (bkz. Niemietz–Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, paragraf 29; ve Halford–Birleşik Krallık kararı, 25 Haziran 1997, Reports, 1997-III, paragraf 44). Bu nedenle, bir bireyin başkalarıyla girdiği etkileşimlerin bir kısmı, kamusal bir bağlamda yapılsa bile, "özel hayat" kapsamına girebilir.

Bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dahil olup olmadığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedi-

lebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen faktör olmasa da, önemli bir faktör olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekânın izlenmesi de (örneğin kapalı devre televizyon ile güvenlik görevlilerinin izlemesi) benzer özelliktedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin sistematik veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca, özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle güvenlik görevlileri tarafından belirli bir birey hakkında toplanan dosyalar, söz konusu bilgi müdahaleci veya gizli bir yöntemle toplanmamış olsa bile, 8. Madde kapsamına girer (bkz. Rotaru–Romanya [BD], No. 28341/95, AİHM 2000-V, paragraf 43-44). Mahkeme, bu bağlamda Avrupa Konseyi'nin 28 Ocak 1981 tarihli, 1 Ekim 1985'de yürürlüğe girmiş olan Şahsi Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Konusunda Bireylerin Korunması konulu konvansiyona daha önce atıfta bulunmuştur; bu belgenin amacı, “bütün bireylerin [...] haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle kendisine ait şahsi verilerin otomatik olarak işlenmesi konusunda mahremiyetine saygı gösterilmesini [...] sağlamaktır”; bu tür veriler 2. Madde'de “kimliği belirli veya belirlenebilecek bir bireye ait her türlü bilgi” olarak tanımlanmıştır (bkz. Amman–İsviçre [BD], No. 27798/95, AİHM 2000-II, paragraf 65-67, burada bir dosyadaki kartta başvuru hakkında bilgi saklanması, bu kartın hassas bilgiler içermemesine rağmen ve bu karta büyük olasılıkla hiç başvurulmamış olmasına rağmen, özel hayatın ihlali olarak görülmüştür).

Fotoğraflar söz konusu olduğunda, 8. Madde'nin sunduğu korumanın içeriğini yetkili makamların keyfi müdahalesine karşı korumak amacıyla Komisyon, ister özel, ister kamusal olaylarla ilgili olsun ve ister sınırlı kullanım amaçlı, ister kamuya açık olsun, fotoğraf çekmenin bir bireyin mahrumiyetine müdahale olup olmadığını değerlendirmiştir (bkz. Friedl–Avusturya, No. 15225/89, 19 Mayıs 1994 tarihli Komisyon raporu, Seri A No. 305-B, s. 21, paragraf 49-52). Komisyon, başvuruçunun fotoğraflarının kamuya açık bir yerde yapılan genel bir gösteride çekildiği ve polis dosyalarında saklandığı bir davada, söz konusu fotoğrafın yapılan gösterinin bir kaydı olarak çekildiğine ve saklandığına ve fotoğrafta görülen kişilerin kimliklerini belirlemek için veri işleme yöntemleri kullanılarak herhangi bir şey yapılmadığına ağırlık vererek müdahale olmadığına karar vermiştir (bkz. yukarıda belirtilen Friedl–Avusturya davası, paragraf 51-52).

Mahkeme, telefon konuşmalarının gizli olarak kaydedilmesinin, teminat altına alınmış olan hakkın her iki unsurunun, yani özel yaşama ve haberleşmeye saygı unsurlarının 8. Madde'nin kapsamına girdiğine birden fazla davada

karar vermiştir. Genellikle söz konusu kayıtlar, konuşmalarının içeriğinin bir şekilde kullanılması amacıyla yapılırken, Mahkeme ses örneği olarak kullanılmak amacıyla yapılan kayıtların 8. Madde kapsamındaki sunulan korumanın dışında kaldığı konusunda ikna olmamıştır. Çünkü söz konusu kişinin sesinin kalıcı bir kaydı alınmıştır ve bu ses, şahsi veriler açısından ilgili kişinin kimliğinin belirlenmesi amacıyla analiz edilebilir. Başvurucular, kendilerine suç isnat edildiği sırada, polis memurlarının onları dinlediği bir yerde kendilerine sorulan resmi sorulara yanıt veriyor olmasına rağmen, seslerinin kaydı ve analizi, yine de başvurucular hakkında şahsi verilerin analizi olarak görülmelidir.

Mahkeme, başvurucuların seslerinin suç isnat edilirken ve polis hücresindeyken kaydedilmesinin, AİHS 8. Madde 1. fıkra kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna varmıştır.

Ayrıca 22 Ekim 1996 tarihli *Stubbings ve Diğerleri–Birleşik Krallık* kararında (Reports 1996-IV, paragraf 61), AİHM şu konuya dikkat çekmiştir:

Mahkeme, bireylerin fiziksel ve ahlâki bütünlüğünü içeren bir kavram olan “özel hayat” ile ilgili bu şikâyetlerin, açık bir biçimde 8. Madde kapsamına girdiğini gözlemlemektedir (bkz. X. ve Y.–Hollanda davası kararı, 26 Mart 1985, Seri A No. 91, s. 11, paragraf 22).

Bu örnekler, aslen müdahalelerle ilgilidir.

Devletin harekete geçmemesiyle ilgili konularda, plajlara ulaşamadığı için şikâyette bulunan özürlü bir kişiyle ilgili *Botta–İtalya* davası kararına bakılabilir. AİHM, özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için Devlete pozitif yükümlülük getiren prensipleri hatırlatmış ve özetlemiştir (24 Şubat 1998 tarihli karar, Başvuru No. 21439/93, *Reports* 1998-I, paragraf 32-35):

Mahkeme'nin görüşüne göre, özel hayat bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de içerir; AİHS'nin 8. Madde'sinde sağlanan teminatın asıl amacı, bir bireyin başkalarıyla ilişkiler kurarak gelişimini sağlamaktır (bkz. gerekli değişikliklerle, *Niemietz–Almanya* davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, s. 33, paragraf 29).

Bu davada, başvuru Devlet'in yaptığı değil, yapmadığı birşeyden dolayı şikâyetçi olmuştur. 8. Madde'nin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, Devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif taahhüde ek olarak, özel hayata veya aile hayatına etkin biçimde saygı gösterme kapsamında pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını içerebilir (bkz. X. ve Y.–Hollanda davası kararı, 26 Mart 1985, Seri

A No. 91, s. 11, paragraf 23 ve Stjerna–Finlandiya davası kararı, 25 Kasım 1994, Seri A No. 299-B, s. 61, paragraf 38). Ancak saygı kavramı tam olarak tanımlanmamıştır. Bu tür yükümlülüklerin olup olmadığını belirlemek için, Devletin her halükârda bir takdir hakkı olmasına rağmen, bireyin çıkarları ile kamu yararı arasında âdil bir denge kurulmaya çalışılmalıdır.

Mahkeme, bir başvurucuya uygulanan önlemler ile başvurucunun özel ve/veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bağlar olduğunda, Devletin bu tür yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir.

Airey–İrlanda davasında (9 Ekim 1979 tarihli karar, Seri A No. 32), iç hukuk sisteminde ayrılma davasında başvurucunun adli yardım almasını sağlayan bir sistem olmadığı için ve mahkemeye başvuramaması doğrudan başvurucunun özel hayatını ve aile hayatını etkilediği için, Mahkeme başvurucunun 8. Madde ihlâlinin kurbanı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Aklı dengesi yerinde olmayan bir kişiye tecavüz edilmesiyle ve bu kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüyle ilgili olan ve yukarıda bahsedilen X. ve Y.–Hollanda davasında Mahkeme, Hollanda ceza hukukunun eksikliklerinden dolayı söz konusu kişiye pratik ve etkin koruma sağlanmadığına karar vermiştir (s. 14, paragraf 30).

Daha yakın tarihli López Ostra–İspanya davası kararında (gerekli değişikliklerle, 9 Aralık 1994, Seri A No. 303-C) Mahkeme, başvurucunun evinin yakınında bulunan bir atık su arıtma tesisindeki faaliyetlerin neden olduğu kirliliğin olumsuz etkilerini ele almış ve Lorca kasabasının ekonomik refahı (yani bir atık arıtma tesisi olması) ile başvurucunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının etkin olarak kullanılması arasında âdil bir denge kurulmasında devletin başarılı olamadığı kararına varmıştır (s. 56, paragraf 58).

Son olarak, 19 Şubat 1998 tarihli Guerra ve Diğerleri–İtalya davası kararında (gerekli değişikliklerle, Reports of Judgments and Decisions, 1998-I) Mahkeme, Enichem fabrikasından çıkan zehirli emisyonların, başvurucuların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki doğrudan etkisinin, 8. Madde'nin uygulanabilir olduğu anlamına geldiğini belirtmiştir (s. 227, paragraf 57). Başvurucuların ve ailelerinin, söz konusu fabrikada bir kaza olması durumunda özellikle tehlike altında olan Manfredonia kasabasında yaşamaya devam etmeleri durumunda, ne tür risklere maruz olduklarını değerlendirmeleri için gerekli bilgilerin başvuruculara verilmemiş olmasından dolayı, Mahkeme İtalya'nın bu hükmü ihlâl ettiğine karar vermiştir (s. 228, paragraf 60).

Ancak bu davada Bay Botta'nın ileri sürdüğü hak, yani normalde oturduğu yerden uzak olan bir yerde, tatili sırasında plaja ve denize erişme hakkı, özel

plajların eksikliklerini gidermek için Devletin alması gereken önlemler ile başvuruçunun özel hayatı arasında doğrudan bir bağ kurulamayacak kadar geniş ve kapsamı belirsiz kişiler arası ilişkilerle ilgilidir.

Bu nedenle, 8. Madde uygulanamaz.

8. Madde'nin özel hayat konusunda uygulanmasına örnekler

8. Madde'nin uygulanmasının potansiyel etkileri çok önemlidir. Aşağıdaki örnekler her şeyi içermemektedir ancak bu hükmün kullanıldığı durumların ne kadar çeşitli olduğunu göstermeyi amaçlamaktadır.

8. *Madde ve isim hakkı*

AİHM, 8. Madde'yi soyadı konusunda uygulamıştır. Burghartz–İsviçre davasında, başvuruçular “İsviçre kanunlarına göre evli kadınlar soyadı olarak kocalarının soyadlarını kullandığında, kendi soyadlarını diğer soyadından önce kullanma hakkına sahip olmalarına rağmen, bu hak Bay Burghartz'a yetkililer tarafında verilmediği için şikâyette bulunmuştur.” 22 Şubat 1994, Seri A No. 280-B, s. 28, paragraf 24'te AİHM şöyle demiştir:

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (24. Madde 2. fıkra), 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi (7. ve 8. Madde) veya Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (18. Madde) gibi diğer uluslararası belgelerin aksine, AİHS'nin 8. Maddesi adlar hakkında sarıh hükümler içermemektedir. Bir kişinin adı, kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olarak kişinin özel ve aile hayatı ile ilgilidir. Bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlemesi konusuyla ilgilenmesi, meslek veya işle ilgili bağlamların yanı sıra diğer bağlamlarda da başkalarıyla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi belirli bir düzeye kadar içeren özel hayat kavramıyla uyumlu oluşu için, bu konuyu kapsam dışında bırakmaz (bkz. gerekli değişikliklerle, Niemietz–Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, s. 33, paragraf 29).

Bu davada başvuruçunun, kendisine göre akademik dünyada bilinen soyadını kullanması kariyerini önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle 8. Madde uygulanabilir.

AİHM, 14. Madde bağlamında 8. Madde konusunda şu gözlemlerde bulunmuştur (s. 28-29, paragraf 25, 27 ve 29):

Bay ve Bayan Burghartz, İsviçre kanunlarına göre evli kadınlar soyadı olarak kocalarının soyadlarını kullandığında, kendi soyadlarını diğer soyadından önce kullanma hakkına sahip olmasına rağmen, Bay Burghartz'a bu hak yetki-

liler tarafından verilmediği için şikâyetinde bulunmuştur. Bunun, 14. ve 8. Madde'lere aykırı olarak, cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu söylemişlerdir.

[...]

Mahkeme, cinsiyetler arasında eşitliğin geliştirilmesinin, Avrupa Konseyi'ne üye Devletler için en önemli amaçlardan biri olduğunu tekrar belirtir; bu, sadece cinsiyete dayalı olarak yapılan farklı bir uygulamanın, AİHS'ye uyumlu olduğunu göstermek için çok ağırlıklı nedenlerin ileri sürülmesi gerektiği anlamına gelmektedir (bkz. en yakın karar olarak Schuler-Zraggen–İsviçre davası kararı, 24 Haziran 1993, Seri A No. 263, s. 21-22, paragraf 67).

[...]

Şikâyetinde bulunulan farklı muamelenin belirli bir amacı veya makul açıklaması yoktur ve bu yüzden 8. Madde'yle birlikte 14. Madde'ye aykırıdır.

Ancak 8. Madde'nin soyadlarına uygulanması sınırsız değildir. AİHM, Stjerna–Finlandiya davasında (25 Kasım 1994 tarihli karar, Seri A No. 299-B, s. 60-61, paragraf 38-39), soyadlarının istikrarı konusundaki kamu yararının, başvuruçunun soyadını değiştirme arzusundan daha önemli olabileceğini belirtmiştir:

Mahkeme'ye göre, kişinin örneğin soyadının değiştirmesi konusunda bir zorunluluk özel hayata müdahale anlamına gelebilecekken, Fin makamlarının, başvuruçunun yeni bir soyadı almasına izin vermemesi, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına kesinlikle müdahale ediliyor anlamına gelmeyebilir. [...]

Finlandiya'da ve diğer Sözleşmeciler Devletlerde şahsi kimlik numaralarının giderek daha çok kullanılmasına rağmen, adlar bireylerin kimliğinin belirlenmesinde önemli bir role sahip olmaya devam etmektedir. Mahkeme, bir kişinin soyadını değiştirmek istemesine neden olabilecek gerçek nedenler olabileceğini kabul etmekle birlikte, kamu yararı gözetilerek bu imkânın yasal olarak sınırlanabileceğini kabul etmektedir; örneğin nüfus bilgilerinin doğru olarak kaydedilebilmesi veya kimlik bilgilerinin ve belirli bir soyadını taşıyanlar arasındaki bağların belirlenebilmesi gerekebilir.

Bu davada AİHM, başvuruçunun şikâyetçi olduğu rahatsızlıkların (İsveççe adının Finlandiya'da yazılmasında ve okunmasında zorluk yaşanması ve adının aşağılayıcı bir lâkaba dönüştürülebilmesi), Fin makamlarının soyadını değiştirmesine izin vermemesi nedeniyle özel hayatına saygı gösterilmediği sonucunu çıkartmaya yeterli olmadığına karar vermiştir. Böylece 8. Madde ihlâl edilmemiştir.

AİHM, Guillot–Fransa davası kararında (24 Ekim 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-V, s. 1602-1603, paragraf 21-22), 8. Madde'nin ön adlara uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir.

Mahkeme, 8. Madde'nin ön adlar konusunda sarih hükümler içermediğine dikkat çeker. Ancak, bireylerin kimliğinin ailelerinde ve yaşadıkları toplumda belirlenmesini sağladığı için, ön adlar, tıpkı soyadları gibi (bkz. gerekli değişikliklerle, Burghartz–İsviçre davası kararı, 22 Şubat 1994, Seri A No. 280-B, s. 28, paragraf 24 ve Stjerna–Finlandiya davası kararı, 25 Kasım 1994, Seri A No. 299-B, s. 60, paragraf 37) özel hayatla ve aile hayatıyla ilgilidir.

Ayrıca bir çocuğun ön adının ebeveyni tarafından belirlenmesi kişisel ve duygusal bir meseledir ve bu yüzden özel alanın içine girer. Bu nedenle şikâyetin konusu, 8. Madde kapsamına girer ve zaten bu sorgulanmamıştır.

Başvurucular, kızlarına “Fleur de Marie” adını vermek istemiştir. Doğum, ölüm ve evliliklerin sicilini tutan kişi, bu ad aziz adlarının olduğu takvimde olmadığı için bu adı kayda geçirmeyi reddetmiştir. Mahkeme, 8. Madde'nin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Çocuk söz konusu ismi günlük hayatında herhangi bir engel olmadan kullanabiliyor ve Fransız makamları başvuruçuların “Fleur-Marie” adını kaydetmelerine izin veriyordu.

8. Madde ve cinsel hayat

Genel gözlemler

X. ve Y.–Hollanda davasında (26 Mart 1985 tarihli karar, Seri A No. 91, s. 11, paragraf 22) AİHM, “özel hayat” kavramının “bir kişinin, cinsel hayatı dahil, fiziksel ve ahlâki bütünlüğünü içeren bir kavram” olduğunu belirtmiştir.

Eşcinsellik

AİHM, rızası olan yetişkin (yani 21 yaşın üstünde) erkekler arasındaki eşcinsel davranışları özel hukuk kapsamında suç sayan kanunların yürürlükte olmaya devam etmesinin, başvuruçuların özel hayata saygı gösterilmesi hakkına sürekli ve bu durumda dayanaksız bir müdahale olduğuna karar vermiştir. (Dudgeon–Birleşik Krallık, 22 Ekim 1981 tarihli karar, Seri A No. 45, s. 24, paragraf 60-61.)

A.D.T.–Birleşik Krallık kararı (31 Temmuz 2000, Başvuru No. 35765/97, paragraf 32-34 ve 38-39), ikiden fazla rızası olan yetişkin arasındaki eşcinsel ilişkilerin suç sayılmasıyla ilgilidir. AİHM'ye göre:

Mahkeme'nin bazı kanunların varlığını değerlendirdiği Dudgeon davasında, 21 yaşın üstünde, rızası olan yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel davranışların suç sayılması için “acil bir toplumsal neden” olmadığına karar verilmiştir; ayrıca söz konusu kanunun yürürlükte kalması için ileri sürülen nedenlerden daha önemli olan şu konular vardır:

“söz konusu yasal hükümlerin varlığının, başvuruçucu gibi eşcinsel yönelimleri olan bir kişinin hayatının üzerinde sahip olabileceği olumsuz etkiler. Özel

hayatta eşcinsel davranışlarda bulunulması, kamuoyunda bazılarını şoke etse, kızdırsa veya rahatsız etse bile, sadece rızası olan yetişkinler bu tür davranışlarda bulunduğu takdirde, bu durum cezai yaptırımların uygulanmasına neden olamaz.”

Daha sonraki Norris–İrlanda (26 Ekim 1988 tarihli karar, Seri A No. 142, s. 20, paragraf 46), Modinos–Kıbrıs (22 Nisan 1994, Seri A No. 259, s. 12, paragraf 25) ve Marangos–Kıbrıs (No. 31106/96, 3 Aralık 1997 tarihli Komisyon raporu) davalarında da bu prensipler benimsenmiş ve tekrarlanmıştır.

Sonuçlandırılmış bu davalar ile mevcut başvuru arasında farklar vardır. Temel fark, bu davada ikiden fazla erkeğin dahil olduğu cinsel faaliyetlerin söz konusu olmasıdır ve ikiden fazla erkek olduğu için başvurucu ağır ahlâksızlıktan dolayı mahkum olmuştur.

[...]

Bu davada ulusal makamlara tanınan dar takdir hakkı düşünüldüğünde, kamu sağlığını ilgilendiren herhangi bir konu olmadığı ve söz konusu davranışlar tamamen özel olduğu için, Mahkeme’ye göre erkeklerin özel olarak eşcinsel davranışlarda bulunmasını suç kılan kanunların yürürlükte olmaya devam etmesi için verilen nedenler ve bu davada a fortiori (öncelikle) yargılanmaları ve hüküm giymeleri, söz konusu kanunu ve yargılanmayı açıklamak için yeterli değildir.

Bu yüzden AİHS 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Smith ve Grady–Birleşik Krallık davasında (27 Eylül 1999, Başvuru no. 33986/96 ve 33986/96, paragraf 71, 87-89 ve 111-112), askeri yetkililer silahlı kuvvet mensuplarının eşcinselliği konusunda araştırma yapmış, bu da söz konusu kişilerin ordu-
dan atılmasına neden olmuştur. AİHM’nin görüşüne göre:

Mahkeme, Sözleşmecî Devletin başvurucuların orduya katıldıklarında AİHS 8. Madde kapsamındaki haklarından feragat ettiklerini iddia etmediğine dikkat çeker. Ayrıca başvurucuların, ordudan atılma nedenlerinin, orduya alınırken eşcinsel olduklarını belirtmemiş olmalarıyla ilgili olmadığına da dikkat çeker. Ayrıca mevcut delillerden, Bayan Smith’in orduya alındıktan sonra homoseksüel olduğunu fark ettiği ortaya çıkmıştır.

Bu şartlarda Mahkeme’nin görüşüne göre, başvurucuların her biriyle ve üçüncü taraflarla, başvurucuların cinsel yönelimleri ve davranışları konusunda askeri polis tarafından yapılan detaylı görüşmeleri de içeren, başvurucuların eşcinselliği ile ilgili soruşturma ve soruşturma sonucu silahlı kuvvetler yetkilileri için hazırlanan rapor, başvurucuların özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkına doğrudan bir müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu kişilerin, sadece

cinsel tercihleri sonucu idari kararlar ordudan atılması da söz konusu hakka müdahale oluşturmaktadır (bkz. Dudgeon–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1981, Seri A No. 45, s. 18-19, paragraf 41 ve gerekli değişikliklerle, Vogt–Almanya davası kararı, 26 Eylül 1995, Seri A No. 323, s. 23, paragraf 44).

[...]

Bir müdahale, acil bir sosyal ihtiyacı karşılıyorsa ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantılıysa “demokratik bir toplum için zorunlu” sayılır (bkz. yukarıda belirtilen Norris kararı, s. 18, paragraf 41).

Mahkeme, bu davadaki konuları göz önünde bulundurarak, “zorunluluk” kavramı ile çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük gibi temelleri içeren “demokratik toplum” arasındaki bağa dikkat çeker (bkz. yukarıda bahsedilen Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi davası kararı, s. 17, paragraf 36 ve yukarıda bahsedilen Dudgeon kararı, s. 21, paragraf 53).

Mahkeme, gereklilik konusundaki ilk değerlendirmeyi ulusal makamların yapacağını kabul eder, ancak yapılan müdahale için verilen nedenlerin konu ile ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda nihai değerlendirmeyi bu Mahkeme yapar. Bu değerlendirme bağlamında, Sözleşmeciler Devletlere belirli bir takdir hakkı tanınmıştır; bu takdir hakkı, sınırlanan faaliyetlerin doğasına ve söz konusu sınırlamanın hedeflediği amaçlara göre değişir (bkz. yukarıda bahsedilen Dudgeon kararı, s. 21 ve 23, paragraf 52 ve 59).

Bu nedenle söz konusu sınırlandırma, “bir bireyin özel hayatının en mahrem konusunu” ilgilendirdiğinde, yapılan müdahalelerin 8. Madde 2. fıkranın şartlarını karşılaması için “özellikle ciddi nedenler” olmalıdır (bkz. yukarıda bahsedilen Dudgeon kararı, s. 21, paragraf 52).

Ulusal güvenlik konulu amacın özünde silahlı kuvvetlerin etkin işlemesi olduğunda, her bir Devletin kendi askeri disiplin sistemini düzenlemeye yetkili olduğu ve bu konuda belirli bir takdir hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir (bkz. yukarıda bahsedilen Engel ve Diğerleri kararı, s. 25, paragraf 59). Mahkeme, silahlı kuvvetlerin etkin işlemesine karşı gerçek bir tehdit olduğu durumlarda, mensuplarının sisteme zarar vermesini önleyecek yasal kurallar olmadan bir ordunun işleyebileceği düşünülmemeyeceğine göre, bireylerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının Devlet tarafından sınırlandırılabilirliğini düşünmektedir. Ancak bu kurallar ulusal yetkililer tarafından, bir Devletin yetki alanına giren diğer bireyler gibi, silahlı kuvvetler mensupları için de geçerli olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkının, silahlı kuvvetler mensupları tarafından kullanılmasını sınırlamak amacıyla kullanılamaz. Ayrıca silahlı kuvvetlerin etkin işleyişine karşı riskler gibi iddialar “konuyla ilgili örneklerle

desteklenmelidir” (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi davası kararı, s. 17, paragraf 36 ve 38 ve yukarıda bahsedilen Grigoriades kararı, s. 2589-2590, paragraf 45).

[...]

[...] Mahkeme, başvurucuların cinsel tercihleri ile ilgili soruşturmayı ve Savunma Bakanlığı'nın politikasına göre eşcinsel olmalarından dolayı ordudan atılmalarını AİHS'nin 8. Madde 2. fıkrasına uygun bulmamıştır.

Bu nedenle, AİHS 8. Madde ihlâl edilmiştir.

(Aynı şekilde, 27 Eylül 1999 tarihli Lustig-Prean ve Beckett–Birleşik Krallık davası kararı.)

Transseksüellik

AİHM, transseksüellik konusunu da ele almıştır. AİHM, B.–Fransa davasında (25 Mart 1992, Seri A No. 232-C, s. 52, paragraf 58), resmi belgelerde erkek olarak görünen ve cinsiyetini değiştiremeyen bir transseksüel hakkında 8. Madde'nin ihlâl edildiği görüşünü benimsemiştir. Bu davada AİHM, öncelikle şunu belirtmiştir:

Devlet tarafından Mahkeme'ye sunulan kararlar, cinsiyet değişiminin tanınmamasının, söz konusu kişinin fiziksel görünüşünü daha iyi yansıtacak yeni bir ön ad seçmesini önlemediğini gerçekten de göstermektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 23).

Ancak bu içtihat, Libourne ve Bordeaux mahkemeleri kararlarını verdiğinde henüz belirlenmemişti. Henüz Yargıtay bu konuyu onaylama fırsatına sahip olmadığı için, son durum hâlâ belirlenmiş değildir.

AİHM, resmi belgelerde, idari belgelerde (INSEE numarası¹) vb. hâlâ başvurucunun ilk cinsiyetinin belirtiliyor olmasının, özel hayatında her gün sorun yaşamasına neden olduğunu kabul etmiştir. AİHM, bu sonuca ulaşırken şu gözlemlerde bulunmuştur (s. 53-54, paragraf 62-63):

[...] bu alanda başvurucunun şikâyetçi olduğu rahatsızlıklar, 8. Madde kapsamında göz önünde bulundurulacak kadar ciddiyet düzeyine ulaşmaktadır.

[...]

Mahkeme, [...] bu davayı Rees ve Cossey davalarından ayrı kılan ve yukarıda bahsedilen faktörlerden dolayı ve başvurucunun ileri sürdüğü diğer noktaları ele alma gereği olmaksızın, başvurucunun genel olarak bakıldığında kendini

1. Orijinali Fransızca olan metni İngilizce'ye tercüme eden çevirmenin notu: *Institut national de la statistique et des études économiques* (Ulusal İstatistik ve Ekonomi Enstitüsü) tarafından herkese verilen numara; birinci rakam kişinin cinsiyetini belirtmektedir ve bu numara, sosyal güvenlik numarasını da oluşturduğu için yaygın olarak kullanılmaktadır.

her gün özel hayatına saygı gösterilmesiyle bağdaşmayan bir durumda bulunduğu sonucunu ulaştırmıştır. Sonuç olarak, Devletin takdir hakkı düşünüle bile, kamu yararı ve bireyin çıkarları arasında kurulması gereken âdil denge (bkz. yukarıdaki paragraf 44) kurulmamıştır ve böylece 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Davalı Devlet, bu durumu düzeltmek için çeşitli yollardan yararlanabilir. Bunlardan hangisinin uygun olduğunu belirtme, Mahkeme'nin görevi değildir [...].

Böylece AİHM, Sözleşmecî Devleti resmi belgelerde cinsiyet değiştirilmesini kabul etmeye zorlamamaktadır. Ancak söz konusu Devlet, başvurunun içinde bulunduğu durum sonucu 8. Madde'nin ihlâlini düzeltmek için kendi seçtiği önlemleri almalıdır.

X. Y. ve Z.–Birleşik Krallık davasında (22 Nisan 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II, s. 632 ve 635, paragraf 42 ve 52), cinsiyetini kadından erkeğe değiştirmiş ve başvurucu olan X'in, kimliği belli olmayan bir kişiden alınan spermle yapılan suni döllenme sonucu Y adlı partnerinin sahip olduğu çocuğun babası olarak kaydedilmesine izin verilmemiştir. AİHM, bu davada 8. Madde kapsamındaki anlamda “aile hayatı” olduğunu belirledikten sonra, şöyle görüş bildirmiştir:

Bu dava, daha önce Mahkeme'ye getirilen transseksüellerle ilgili davalardan farklıdır (bkz. yukarıda bahsedilen Rees davası kararı, yukarıda bahsedilen Cossey davası kararı ve 25 Mart 1992 tarihli B.–Fransa davası kararı, Seri A No. 232-C), çünkü burada başvurucuların şikâyeti, ulusal kanunların transseksüelin kimlik değiştirmesini kabul etmesi konusunda hüküm içermemesi değil, bu kişinin çocuğun babası olarak kaydedilmesinin imkânsız olması ile ilgilidir; hatta bu nedenle Mahkeme, bu davayı özel hayat değil, aile hayatı kapsamında incelemektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 37).

Mahkeme geçmiş davalarda, çocuk ile bir aile bağı olduğu durumlarda, Devletin bu bağı geliştirilmesine imkân veren bir biçimde davranması gerektiğini ve ya doğumdan itibaren ya da mümkün olan en kısa süre içinde, çocuğun ailesiyle entegrasyonunu mümkün kılması gerektiğini belirlemiştir (bkz. yukarıda bahsedilen Marckx davası kararı, s. 15, paragraf 31; 18 Aralık 1986 tarihli Johnston ve Diğerleri–İrlanda davası kararı, Seri A No. 112, s. 29, paragraf 72; yukarıda bahsedilen Keegan davası kararı, s. 19, paragraf 50; ve yukarıda bahsedilen Kroon ve Diğerleri davası kararı, s. 56, paragraf 32). Ancak Mahkeme, şimdiye kadar sadece biyolojik ebeveynler ve çocukları arasındaki aile bağlarını değerlendirmiştir. Ancak Z suni döllenme sonucu doğduğu ve biyolojik anlamda transseksüel olan X ile akraba olmadığı için, bu dava farklı sorular içermektedir.

Bu davada AİHM, transseksüellere ebeveynlik haklarının verilmesi konusunda üye devletler arasında ortak bir standart olmadığını ve devletlere daha geniş bir takdir payı tanınması gerektiğini belirtmiştir (paragraf 44).

Sonuç olarak transseksüellik, Sözleşmeci Devletler arasında genel olarak benimsenmiş bir yaklaşım olmadığı ve karmaşık bilimsel, yasal, ahlâki ve toplumsal konular içerdiği için, Mahkeme bu bağlamda 8. Madde'nin davalı Devletin, çocuğun biyolojik babası olmayan bir kişiyi çocuğun babası olarak resmi biçimde tanımak zorunda olduğu sonucu çıkarılacak biçimde yorumlanamayacağı görüşündedir. Ayrıca Birleşik Krallık kanunlarının, X. ve Z. arasındaki ilişkiyi özel bir hukuki yapı içinde tanımaması, bu hüküm kapsamında aile hayatına saygı gösterilmediği anlamına gelmemektedir.

Sheffield ve Horsham–Birleşik Krallık davası kararında (30 Temmuz 1998, Başvuru no. 22885/93 ve 23390/94, Reports 1998-V, paragraf 60), AİHM şöyle demiştir:

[...] ancak transseksüellik toplum tarafından giderek daha çok kabul görmektedir ve transseksüellerin ameliyat sonrasında karşılaştığı sorunlar giderek daha çok anlaşılmalıdır. Mahkeme, bu davada 8. Madde'nin ihlâl edildiği sonucuna varmamış olmakla birlikte, Sözleşmeci Devletlerin bu konuyu izlemeleri gerektiğini tekrar ifade eder.

Sado-mazoşist fiiller

AİHM, bir bireyin cinsel hayatının AİHS 8. Madde'nin korunması altında olduğunu ifade etmiş olmakla beraber, Laskey, Jaggard ve Brown–Birleşik Krallık davası kararında (19 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, s. 131-133, paragraf 36, 43, 44, 45, 46 ve 49), şu gözlemlerde bulunmuştur:

[...] kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet mutlaka 8. Madde kapsamına girmez. Bu davada, başvuruçular cinsel tatmin amacıyla rızaya dayalı sado-mazoşist faaliyetlerde bulunmuşlardır. Cinsel tercihlerin ve faaliyetlerin, özel hayatın mahrem bir unsuru olduğu kuşku götürmez (bkz. gerekli değişikliklerle, Dudgeon–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1981, Seri A. No. 45, s. 21, paragraf 52). Ancak yeni “üyelerin” bulunması, özel ekipmanlı birkaç “odanın” sağlanması ve daha sonra “üyelere” dağıtılan çok sayıda filmin çekilmesi gibi faaliyetlere çok sayıda kişi katılmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 8 ve 9). Bu nedenle, bu davada başvuruçuların cinsel faaliyetlerinin tamamen “özel hayat” kavramı kapsamına girip girmediği tartışılabilir.

Ancak, bu konu Mahkeme önüne çıkan kişiler tarafından sorgulanmadığı için, Mahkeme bu konuyu kendi başına inceleme gereği görmemektedir. Bu nedenle başvuruçuların yargılanması ve hüküm giymesinin özel hayatlarına

bir müdahale olduğu varsayılırsa, böyle bir müdahalenin 8. Madde 2. fıkradaki anlamıyla “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

[...]

Başvurucular, bu müdahalenin “demokratik toplumda zorunlu” olarak görülemeyeceğini ileri sürmüştür. Hükümet ve Komisyon’un çoğunluğu, bu iddiaya karşı çıkmıştır.

Başvurucular, başvurularını desteklemek için, sado-mazoşist faaliyetlerde bulunan herkesin bu işi isteyerek yapan yetişkin katılımcılar olduğunu; şikâyet konusu olan faaliyetlere katılımın dikkatli bir biçimde sınırlandırıldığını ve kontrol edildiğini ve benzer sado-mazoşist eğilimi olan kişilerle sınırlandırıldığını; söz konusu faaliyetlere kamuoyunun şahit olmadığını ve böyle bir durumun ortaya çıkması tehlikesi veya olasılığı olmadığını; ciddi veya kalıcı bir zararın ortaya çıkmadığını, yaralarda herhangi bir enfeksiyon olmadığını ve tıbbi tedaviye ihtiyaç duyulmadığını belirtmiştir. Ayrıca, başvuru sahiplerinin faaliyetlerini tesadüfen öğrenen polise bu konuda hiçbir şikâyet gelmemiştir (bkz. yukarıdaki 8. paragraf).

Başvurucular, ciddi zarar veya ahlâki yozlaşma olma olasılığının, tamamen tahmine dayalı olduğu görüşündedir. [...]

Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, zorunluluk kavramı, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle meşru amaçla orantılı olması gerektiğini ima eder; Mahkeme, bir müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığını belirlerken, ulusal yetkililerin elinde belirli bir takdir payı olduğunu göz önünde bulundurur (bkz. diğer hususların yanı sıra, Olsson–İsveç (No. 1) davası kararı, 24 Mart 1988, Seri A No. 130, s. 31-32, paragraf 67); ulusal yetkililerin kararı, AİHS'nin şartlarına uyup uymadığının belirlenmesi için Mahkeme'nin değerlendirmesine tabidir.

Bu takdir payı her davada aynı değildir, bağlama göre değişir. Hangi AİHS hakkının söz konusu olduğu, birey için önemi ve söz konusu faaliyetlerin doğası gibi unsurlar göz önünde bulundurulur (bkz. Buckley–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Eylül 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, s. 1291-1292, paragraf 74).

Mahkeme, Devletin ceza hukuku uygulamalarıyla fiziksel zarar veren faaliyetleri düzenlemeye hiç kuşkusuz yetkisi olduğunu düşünmektedir. Bu durum, söz konusu faaliyet cinsel davranışların bir parçası olsun veya olmasın geçerlidir.

Söz konusu mesele, bir yandan kamu sağlığıyla ve ceza hukukunun caydırıcı etkisiyle, diğer yandan da bireyin kişisel özerkliğiyle ilgili olduğu için, kur-

banın rızası olan durumlarda kanunen hoşgörü gösterilmesi gereken zarar düzeyini öncelikle Devlet belirler.

Bu davada başvurucular, söz konusu davranışın, Devletin düzenlememesi gereken özel ahlâkın bir parçası olduğunu ileri sürmüşlerdir. İddialarına göre, yargılandıkları ve hüküm giydikleri konular sadece özel cinsel davranışlarla ilgiliydi.

Mahkeme, bu iddia konusunda ikna olmamıştır. Ulusal mahkemelerin belirlediği gerçeklere göre başvurucuların sado-mazoşist fiilleri, önemsiz veya geçici olarak adlandırılmayacak düzeyde önemli zararlar veya yaralanmalar içermektedir. Sadece bu gerçek bile, yetişkinler arasında özel bir biçimde gerçekleştirilen ancak böyle yaralanmalar içermeyen, rızaya dayalı eşcinsel davranışlarla ilgili daha önce Mahkeme'nin ele aldığı davalar ile bu davayı farklı kılmaktadır (bkz. yukarıda bahsedilen Dudgeon davası kararı, Norris–İrlanda davası kararı, 26 Ekim 1988, Seri A No. 142, ve Modinos–Kıbrıs davası kararı, 22 Nisan 1993, Seri A No. 259).

Mahkeme, ortaya çıkan yaralanmalar ciddi olmadığı ve tıbbi müdahaleye gerek olmadığı için yargı önüne çıkarılmamaları gerektiği yönünde başvurucular tarafından ileri sürülen iddiaları da kabul etmemektedir.

Devlet yetkilileri, yargılama veya yargılamama kararı verirken, sadece (yukarıda belirtildiği gibi ciddi boyutta olan) ortaya çıkan zararın ciddiyet düzeyine bakma hakkına sahip değil, aynı zamanda Lord Jauncey of Tullichettle (bkz. yukarıdaki paragraf 21) tarafından belirtildiği gibi, söz konusu davranışların yaratabileceği potansiyel zarara da bakma hakkına sahiptir. Bu bağlamda, Lord Templeman'ın bu faaliyetleri "tahmin edilemeyecek biçimde tehlikeli" bulduğu hatırlatılmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 20).

AİHM, bu davada **AİHS 8. Madde'nin ihlâl edilmediğine** karar vermiştir. **AİHM'ye göre:**

[...] çok sayıda saldırı suçlaması vardır ve on yıldan uzun süre boyunca devam eden yasadışı faaliyetlerden bahsedilmektedir. Ancak savcılık dosyasına sadece birkaç tane suçlama seçilip dahil edilmiştir. Mahkeme, başvurucuların yaptıklarının suç olduğunu bilmediği göz önünde bulundurularak, temyizce cezaların hafifletildiğine dikkat çekmektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 15-17). Bu şartlarda, suçların organizasyon düzeyi göz önünde bulundurularak, başvuruculara karşı alınan önlemlerin orantısız olduğu söylenemez.

Kişilerin İzlenmesi

Fiziksel takip

AİHM, Kıbrıs–Türkiye davası kararında şu gözlemlerde bulunmuştur (10 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25781/94, paragraf 300-301):

Bu bağlamda Mahkeme, Komisyon raporunun 489. paragrafında belirtilen sonuç olan, Türk tarafında kuşatılmış durumda yaşayan Kıbrıslı Rumların günlük hayatındaki kısıtlamaların “normal bir özel hayat ve aile hayatı yaşamının neredeyse mümkün olmadığı, düşmanca bir ortamda yaşamaya zorlanıldığı” hissini yarattığı görüşüne katılmaktadır. Komisyon, ulaştığı sonucu desteklemek amacıyla, söz konusu nüfusun maruz olduğu olumsuz şartları da belirtmiştir: normal haberleşme imkânlarının olmaması (bkz. yukarıdaki paragraf 45); Kıbrıslı Rum basına pratik olarak ulaşılamaması (bkz. yukarıdaki paragraf 45); rahip sayısının yetersiz olması (bkz. yukarıdaki paragraf 47); orta öğretim konusunda okul yaşındaki çocukların ve ebeveynlerinin karşı karşıya olduğu zor seçim (bkz. yukarıdaki paragraf 43-44); hareket serbestliğinde uygulanan kısıtlamalar ve formaliteler (ve Mahkeme buna tıbbi tedavi amaçlı veya iki toplumlu veya toplumlararası faaliyetlere katılım amaçlı faaliyetleri de eklemektedir); ve oradan ayrılma veya ölüm durumlarında mülkiyet haklarını korumanın imkânsız olması (bkz. yukarıdaki paragraf 40).

Komisyon gibi Mahkeme de, bu sınırlamaları kuşatılmış Kıbrıslı Rumların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı konusunda bulduğu ihlalleri daha da ağırlaştırıcı faktörler olarak görmektedir (bkz. paragraf 296) [...].

Dinleyerek izleme

AİHM P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık davası kararında (25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 9-14 ve 35-38), başvurucunun dairesinde kalan çeşitli kişilerin konuşmalarını kaydetme amacıyla yapılan bir soruşturmada kanepeye gizli dinleme cihazı yerleştirilmesinin, özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu durumda, müdahalenin 8. Madde 2. fıkradaki şartlara uymadığını belirtmiştir.

Dinleme ile ilgili sorunlara, en sık telefon dinleme vakalarında rastlanmaktadır.

Telefon dinlemeye imkân veren bir kanunun varlığı bile, bu imkânı kullanan kişilerin kontrolü için bir hüküm içermediğinde 8. Madde'nin ihlali anlamına gelebilir. AİHM, Halford–Birleşik Krallık davası kararında (25 Haziran 1997, Başvuru No. 20605/92, Reports 1997-III, paragraf 56) Klass davası kararında getirilen çözümü hatırlatmıştır:

Mahkeme, yukarıda bahsedilen Klass ve Diğerleri davasında, başvurucuların haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak

izlenmesini mümkün kılan kanunun ve başvurucuların kendilerine karşı bu tür uygulamaların yapılıp yapılmadığını belirleyememesinin, 8. Madde kapsamındaki haklarına müdahale anlamına gelip gelmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, “söz konusu kanunun varlığı, bu kanunun uygulandığı kişiler için izlemenin rahatsızlığını da içermektedir; bu rahatsızlık, posta ve telekomünikasyon hizmetleri kullanıcıları arasında haberleşme özgürlüğüne kaçınılmaz olarak zarar vermektedir ve başvurucuların aile ve özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına ‘bir kamu otoritesinin müdahalesi’ anlamına gelmektedir.” (s. 21, paragraf 41).

Yerleşmiş içtihadı göre, iş telefonlarının dinlenmesi 8. Madde kapsamına girmektedir. AİHM, Kopp–İsviçre davasında (25 Mart 1998, Başvuru No. 23224/94, Reports 1998-II, paragraf 50 ve 53) şu gözlemlerde bulunmuştur:

Mahkeme’nin görüşüne göre, örneğin bir avukatlık bürosu gibi işyerlerinden veya işyerlerine yapılan telefon görüşmelerinin, 8. Madde 1. fıkradaki anlamda “özel hayat” ve “haberleşme” kavramlarının kapsamına girebileceği, içtihadta açık bir biçimde görülmektedir (bkz. başka kararlara ek olarak, Halford–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Haziran 1997, Reports 1997-III, s. 1016, paragraf 44 ve gerekli değişikliklerle, Niemietz–Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, s. 33-35, paragraf 28-33). Bu konuda itiraz yapılmamıştır.

[...]

Kayıtların daha sonra kullanılmasının, bu bulgu üzerinde hiçbir etkisi yoktur.

Halford–Birleşik Krallık davası kararında da (25 Haziran 1997, Başvuru No. 20605/92, Reports 1997-III, paragraf 42) aynı çözüme ulaşılmıştır. Ayrıca AİHM bu kararda, başvurucunun iş telefonunun dinleniyor olduğu yönünde makul bir olasılık olmasının, müdahale sayılması için yeterli olduğunu belirtmiştir (paragraf 48).

Mahkeme, bu görüşe katılmaktadır. Bayan Halford’un bürosunda yaptığı telefon görüşmelerinin, polis aleyhine açılan cinsiyete dayalı ayrımcılık davasında savunmada yardımcı olması için Merseyside polisi tarafından dinlendiği yönünde makul bir olasılık olduğu yönünde deliller vardır (bkz. yukarıdaki paragraf 17). Bu dinleme, 8. Madde 2. fıkradaki anlamda Bayan Halford’un özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına “bir kamu otoritesinin müdahalesi” anlamına gelmektedir.

Malone–Birleşik Krallık davası (2 Ağustos 1984, Seri A No. 82, s. 30-33, paragraf 64-68), telefon dinlemeyle ilgili yasal hükümlerin özel hayata müdahaleye izin veren 8. Madde 2. fıkraya uygun olması için hangi şartlara uyması gerektiğini belirlemek

için AİHM'ye yeni bir fırsat vermiştir. Öncelikle başvuruçunun 8. Madde'de teminat altına alınan haklarına müdahale edildiğini belirtmiştir. Daha sonra davalı Devletin başvurduğu kanunun özelliklerini açıklamıştır:

Başvuruçunun taraflardan biri olduğu bir telefon görüşmesinin, polisin talebi üzerine İç İşleri Bakanlığı'nın verdiği izin sonucu dinlendiği konusunda görüş birliği vardır (bkz. yukarıdaki paragraf 14). Telefon görüşmeleri 8. Madde kapsamında "özel hayat" ve "haberleşme" kavramlarına girdiği için (bkz. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve Diğerleri kararı, Seri A No. 28, s. 21, paragraf 41), itiraf edilen müdahale önlemi 8. Madde 1. fıkra kapsamında başvuruçuya sağlanan bir hakkın kullanılmasına "bir kamu otoritesinin müdahalesi" anlamına geliyor demektir.

[...]

Temel ihtilâf konusu, müdahalelerin 8. Madde 2. fıkradaki şartlara göre haklı olup olmadığı, özellikle de söz konusu fıkraya göre "yasayla öngörölmüş" ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı konusundadır.

İlk prensip, "yasa/loi" kelimesinin sadece yazılı yasaları değil, yazılı olmayan yasaları da içermesidir (bkz. yukarıda bahsedilen Sunday Times kararı, s. 30, paragraf 47). Komisyon, Hükümet ve başvuruçunun bu davaya uygulanabilir olduğunu kabul ettiği ikinci prensip, "söz konusu müdahalenin ulusal hukukta bir dayanağı olmasıdır" (bkz. yukarıda bahsedilen Silver ve Diğerleri kararı, s. 33, paragraf 86). Ancak buradaki ifadeler, ulusal hukuka uyumu aşan şartları içerecek biçimde yorumlanmalıdır. [...]

Mahkeme, "yasayla öngörölmüş" ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik değil, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğu ve bu durumun sarih bir biçimde AİHS'nin girişinde de ifade edildiği görüşünü tekrar ifade eder (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Silver ve Diğerleri kararı, s. 34, paragraf 90 ve 21 Şubat 1975 tarihli Golder kararı, Seri A No. 18, s. 17, paragraf 34). Böylece bu ifade, 8. Madde'nin amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkrada koruma altına alınan haklara kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı ulusal hukukta yasal koruma önlemleri olması gerektiğini ima eder (bkz. Komisyon raporu, paragraf 121). Özellikle yürütmenin sahip olduğu bir güç gizli olarak kullanıldığında, keyfiyet riski barizdir (bkz. yukarıda bahsedilen Klass ve Diğerleri kararı, Seri A No. 28, s. 21 ve 23, paragraf 42 ve 49). [...] Ancak söz konusu yasa, aile hayatına ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermeleridir.

Bu durumda söz konusu yasa yetkili makamların karar verebileceği alanların içeriğini ve bu müdahaleyi düzenleyen kuralları yeterince açık bir biçimde belirtmediği için, AİHM söz konusu yasayı yeterince kesin bulmamıştır. AİHM, 8. Madde 1. fıkranın ihlâl edildiğini belirlemek için 2. fıkradaki diğer şartları değerlendirmeye gerek görmemiştir (aynı çözüme Khan–Birleşik Krallık davası kararı, 12 Mayıs 2000, Başvuru No. 35394/97, paragraf 22-28’de de ulaşılmıştır; ayrıca bkz. P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 35-38).

AİHM Lambert–Fransa davası kararında, Fransa’da telefon dinlemeyi mümkün kılan yasayı da incelemiştir. Bu yasa telefonu dinlenen kişi için yeterli teminatlar içermekle birlikte, söz konusu hatta konuşma yapan üçüncü taraflar için yeterli koruma sağlamamaktadır. Bu davada, bir bireyin telefonu dinlenmektedir. Söz konusu telefon dinlendikten ve birkaç konuşma kaydedildikten sonra, telefon hattının sahibi olmayan ve hat sahibini aramış olan başvuru, çalıntı malların kötüye kullanımıyla itham edilmiştir. Bu kişi, daha sonra telefonun dinlenmesinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Bu kişinin temyiz başvuruları, üçüncü bir tarafa ait telefon hattının hangi şartlarda dinlendiğini eleştirecek bir konumda olmadığı dayanağından yola çıkarak reddedilmiştir. Yargıtay da bu kararı onamıştır. AİHM’nin görüşüne göre (24 Ağustos 1998 tarihli karar, Başvuru No. 23618/94, paragraf 21, 28 ve 38-41):

Mahkeme’ye göre, telefon görüşmeleri 8. Madde kapsamında “özel hayat” ve “haberleşme” kavramlarının kapsamına girdiği için, itiraf edilen dinleme önlemi bu maddenin 1. fıkrasının tarafından başvurucuya sağladığı bir hakkın kullanımına “bir kamu otoritesinin müdahalesi” anlamına gelmektedir (bkz. başka kararlara ek olarak, aşağıdaki kararlar: Malone–Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984, Seri A No. 82, s. 30, paragraf 64; Kruslin–Fransa ve Huvig–Fransa, 24 Nisan 1990, Seri A No. 176-A ve B, s. 20, paragraf 26 ve s. 52, paragraf 25; Halford–Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, s. 1016-1017, paragraf 48; ve Kopp–İsviçre, 25 Mart 1998, Reports 1998-II, s. 540, paragraf 53). Bu bağlamda, bu telefon dinleme işinin bir üçüncü tarafa ait hatta yapılmış olmasının önemi çok azdır.

[...]

Mahkeme, Komisyon gibi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 100. Maddesi ve devamının ve telekomünikasyon mesajlarının gizliliği ile ilgili 10 Temmuz 1991 tarihli ek kanunun, açık ve detaylı kuralları ve yetkili makamlara verilen karar hakkının kapsamını ve kullanım biçimini yeterince açık bir biçimde belirlediğini düşünmektedir (bkz. yukarıda bahsedilen Kruslin ve Huvig kararları, sırasıyla s. 24-25, paragraf 35-36, ve s. 56, paragraf 34-35 ve bu konudaki en son karar olarak ve gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Kopp davası kararı, s. 541-543, paragraf 62-75).

[...] Ancak Yargıtay'ın yürüttüğü mantık çok sayıda kişinin, yani kendisine ait bir hattan başka bir hatta telefon görüşmesi yapan herkesin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu, uygulamada koruma mekânizmasının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir.

Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayırım yapmayan ulusal kanunun korumasından etkin bir biçimde faydalanamayan başvurucu da bu durumdadır (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 100. Madde ve sonraki maddeler - bkz. yukarıdaki paragraf 15).

Bu nedenle Komisyon gibi Mahkeme de, başvurusunun hukukun üstünlüğü olan yerlerde vatandaşların hakkı olan ve söz konusu müdahalenin "demokratik toplumda zorunlu" olan konularla sınırlanmasını mümkün kılan "etkin kontrolden" faydalanmadığını düşünmektedir.

Bunun sonucu olarak, AİHS 8. Madde ihlâl edilmiştir.

P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık davası kararından (25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 62) yapılan aşağıdaki alıntı, bu tür soruşturmalarda ve 8. Madde 2. fıkra kapsamında bu soruşturmaların nedenlerinin açıklanmasıyla ilgilidir:

Hükümetin, bu önlemin yasal dayanağı olarak polisin delil toplama ve saklama konusundaki genel gücüne güvendiğini hatırlatır. Polis memurlarının, bir soruşturma sırasında atılan adımlarla ilgili delilleri not etmesi, delil toplaması ve saklaması konusunda zımnî güçlerine başvurmak kabul edilebilir olmakla beraber, özel mülkiyeti aramak veya vücuttan numune almak gibi daha müdahaleci (invazif) yöntemler için kanunlara dayalı özel veya başka yasal izinler alınması gerektiği bilinir. Mahkeme, halka açık ve özel telefon sistemlerinde yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve özel mekânlarda gizli gözetim cihazlarının kullanılması konusunda sarıh bir yasal dayanak olmamasının, yasallık şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır (bkz. yukarıda bahsedilen Malone, Halford ve Khan davaları kararları). Kayıt cihazının, söz konusu bireyin bilgisi veya rızası olmadan polise ait mekânlarda kullanılması, ciddi bir fark yaratmamaktadır. Ulusal kanunların, gizli gözetim tekniklerinin kullanılmasında keyfiyet ve istismara karşı koruma sağlaması gerektiği prensibi, bu durumda da aynen geçerlidir.

Telefon kayıtlarını izleyerek gözetim

AİHM, yukarıda bahsedilen Malone davasında (2 Ağustos 1984 tarihli karar), telefon kayıtlarını izleyerek gözetimin de 8. Madde'de belirtilen hakkı ihlâl ettiğine karar vermiştir (a.g.e., s. 37-38, paragraf 83-84):

Telefon kayıtlarını izleyerek gözetim, bir telefondan aranan numaraları ve yapılan görüşmelerin süresini kaydeden bir cihazın (kontör döküm cihazı) kullanılması demektir (bkz. yukarıdaki paragraf 56).

[...]

Kontör döküm cihazı, aboneden doğru ücret alınmasını sağlamak ve şikâyetleri veya istismarları araştırmak için, telefon hizmeti sunan bir şirketin prensipte meşru olarak edinebileceği bilgileri kaydeder. Bu nedenle telefon kayıtlarının izlenmesi doğası gereği, bir gerekçesi olmazsa demokratik bir toplumda gayrimeşru ve arzu edilmeyen bir uygulama olan haberleşmenin dinlenmesinden ayrı tutulmalıdır. Ancak Mahkeme, hangi şartlarda veya amaçla olursa olsun, telefon kayıtlarını izleyerek elde edilen bilgilerin kullanılmasının 8. Madde kapsamında sorun yaratamayacağını kabul edemez. Telefon kayıtları, özellikle aranan numaralar gibi, telefonla haberleşmenin önemli bir unsuru olan bilgiler içerir. Bunun sonucu olarak, abonenin rızası olmadan söz konusu bilgilerin polise verilmesi de Mahkeme'nin görüşüne göre 8. Madde kapsamında teminat altına alınan hakka yapılan bir müdahaledir.

AİHM, bu uygulamanın 8. Madde 2. fıkraya göre “yasayla öngörülmüş” olmadığına karar vermiştir. P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık davası kararında (25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 42-51), AİHM benzer bir durumu ele almış ancak yapılan müdahalenin 8. Madde 2. fıkranın şartlarına uyan bir kanuna göre yapıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Bilgi toplama faaliyetleri

AİHM, bilgi toplama faaliyetleri konusunda da kararlar vermiştir. AİHM, Leander–İsveç davası kararında (26 Mart 1987, Seri A No. 116, s. 22 ve 25-27, paragraf 48, 60, 65 ve 67), aleyhte bilgi toplama faaliyetlerinin 8. Madde 1. fıkranın ihlâli anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu davada, Devlet yetkilileri tarafından Bay Leander hakkında toplanan bilgilere dayanarak, Bay Leander bir deniz üsündeki göreve getirilmemiştir. Söz konusu bilgi toplama faaliyetinin, ulusal güvenliğin devam ettirilebilmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olduğu iddia ediliyordu. AİHM, şu gözlemlerde bulunmuştur:

Gizli polis kayıtlarında Bay Leander'in özel hayatıyla ilgili bilgiler olduğuna karşı çıkılmamaktadır.

Bu bilgilerin saklanması ve açıklanması ve bir de Bay Leander'a bu duruma karşı çıkma hakkı verilmemesi, 8. Madde 1. fıkrada teminat altına alınmış olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir.

Ancak AİHM gerekçesini belirtirken, bu müdahalenin 2. fıkra kapsamında haklı olduğuna karar vermiştir. İsveç Devleti, söz konusu sicilın adayların deniz üssündeki göreve atanmasında yardımcı olmak amacıyla hazırlandığını ve bunun güvenlik nedeniyle yapıldığını iddia etmiştir. AİHM, Bay Leander hakkındaki bilgilerin saklanması, demokratik bir toplumda ulusal güvenliği sağlamak için gerekli olduğuna karar vererek bu görüşü kabul etmiştir. Ancak, söz konusu sicilın varlığının ve kullanımının bazı koruyucu önlemlere tâbi olması gerektiğini belirtmiştir:

Mahkeme, ulusal güvenliği korumaya yönelik bir gizli izleme sisteminin, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar vermesi, hatta demokrasiyi ortadan kaldırması riski yarattığını göz önünde bulundurarak, istismara karşı yeterli ve etkin teminatların olduğundan tatmin olmalıdır (bkz. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 28, s. 23-24, paragraf 49-50).

[...]

Mahkeme, Ulusal Polis Kurulu'nda milletvekillerinin olmasına ve Adalet Bakanı'nın ve Meclis Ombudsmanı'nın yanı sıra Meclis Adalet Komitesi'nin bu konudaki denetimine özellikle önem vermektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 62, No v, x, xi ve xii). Komisyon gibi Mahkeme de, İsveç personel kontrol sistemindeki koruyucu önlemlerin, 8. Madde 2. fıkranın şartlarına uyduğu sonucuna ulaşmıştır. Davalı Devlete sağlanan geniş takdir payını göz önünde bulundurularak davalı Devletin, bu davada ulusal güvenlik konusundaki çıkarlarının, başvuru bireyin çıkarlarından daha üstün olduğunu düşünme hakkı vardır (bkz. yukarıdaki paragraf 59). Bu nedenle, Bay Leander'in maruz kaldığı müdahalenin, meşru amaca göre orantısız olduğu söylenemez.

Şahsi bilgiler

Tıbbi gizlilik

AİHS 8. Madde şahsi bilgilerin korunması açısından da özellikle önemlidir. Z.–Finlandiya davası kararında (25 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-I, s. 347-348, paragraf 95-99) AİHM, şahsi bilgilerin açıklanmasının söz konusu olduğu davalarla ilgili değerlendirmesinde kullandığı bazı genel kuralları belirtmiştir. Z.–Finlandiya davasında, başvuru kocasıyla ilgili bir ceza davası için, başvurucudan önceden onay alınmadan hakkındaki gizli tıbbi bilgiler açıklanmıştır.

Mahkeme bu bağlamda, şahsi bilgilerin ve özellikle tıbbi verilerin saklanması, AİHS 8. Madde kapsamındaki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından çok önemli olduğunu göz önünde bulunduracaktır.

Tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek, AIHS'nin bütün Sözleşmeciler Devletlerindeki yasal sistemlerin temel bir prensibidir. Sadece hastanın gizlilik duygusuna saygı göstermek değil, hastanın tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyduğu güveni de korumak şarttır.

Böyle bir koruma olmazsa, tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar doğru tedavi görmek için ve hatta tıbbi yardım almak için gerekli olan kişisel veya mahrem bilgileri açıklamaktan cayabilir; bu durum da hem kendi sağlıklarını, hem de bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını tehlikeye atarlar (bkz. 24 Ekim 1989'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen, sağlık hizmetleri ve toplumsal ortamlarda HIV enfeksiyonuyla ilgili etik meseleler konulu Tavsiye No. R (89) 14, özellikle açıklama bölümünde 165. paragraftaki tıbbi verilerin gizliliği ile ilgili genel gözlemler).

Bu nedenle ulusal kanunlar, AIHS 8. Madde'deki teminatlarla tutarsız olabilecek biçimde şahsi tıbbi verilerin bildirilmesini veya açıklanmasını önleyecek uygun önlemler içermelidir (bkz., gerekli değişikliklerle, Şahsi Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi konusunda Bireylerin Korunması Amaçlı Konvansiyon, Avrupa Anlaşmaları Seri No. 108, Strasbourg, 1981, 3. Madde, paragraf 2.c, 5, 6, ve 9).

Yukarıdaki konular, bir kişinin HIV enfeksiyon durumuyla ilgili verilerin gizliliğinin korunması açısından özellikle önemlidir. Bu tür bilgilerin açıklanması, kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra sosyal durumunu ve iş durumunu kökten etkileyebilir, adının lekelenmesi veya toplumdan dışlanması riskini ortaya çıkartabilir. Bu nedenle söz konusu kişiye tanı konmasını veya bu kişinin tedavi edilmesini önleyebilir ve böylece toplumun bu salgını önleme çabalarına zarar verebilir (bkz. Tavsiye No. R (89) 14'un açıklama bölümü, paragraf 166-68). Bu nedenle, yapılan müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken, bu tür bilgilerin gizliliğinin korunması terazide ağırlıklı olacaktır. Bu tür müdahaleler, ağırlıklı bir kamu yararı olmadığı durumlarda, AIHS 8. Madde ile uyumlu olamaz.

Bir bireyin HIV durumunun çok mahrem ve hassas bir konu olduğu göz önünde bulundurularak, hastanın rızası olmadan söz konusu bilginin bildirilmesini veya açıklanmasını zorunlu kılan ve Devlet tarafından alınan herhangi bir önlem, etkin bir koruma sağlamayı amaçlayan bütün önlemlerde olduğu gibi, Mahkeme tarafından çok detaylı olarak incelenecektir (bkz., gerekli değişikliklerle, Dudgeon–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1981, Seri A No. 45, s. 21, paragraf 52; ve Johansen–Norveç davası kararı, 7 Ağustos 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, s. 1003-1004, paragraf 64).

Mahkeme aynı zamanda, tıbbi verilerin gizliliği konusunda kamu yararı ve hastanın çıkarından daha ağırlıklı olarak suçun soruşturulması ve yargılama yapılması ve davaların kamuya açık olması gibi daha önemli konuların olabileceğini kabul eder (bkz. gerekli değişikliklerle, 1981 tarihli veri koruma konvansiyonunda 9. Madde).

Söz konusu soruşturmaya yönelik önlemler bağlamında unutulmaması gereken, Mahkeme'nin adli takibatlarda kullanılan delillerin davayla ilgisi konusunda yetkili makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerinin konmasının söz konusu olmadığıdır (bkz. örneğin yukarıda bahsedilen Johansen davası kararı, s. 1006-1007, paragraf 73).

Kamunun şahsi bilgilere erişimi konusunda Mahkeme, bir yandan davaların kamuya açık olması, diğer yandan bu tür verilerin gizliliğinin korunması konusunda bir tarafın veya üçüncü şahsın çıkarları arasında adil bir denge kurulması konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir payı bırakılması gerektiğinin farkındadır. Bu takdir payının içeriği, söz konusu çıkarların doğası ve ciddilik düzeyi ve müdahalenin şiddeti gibi faktörlere dayanır (bkz. örneğin Leander-İsveç davası kararı, 26 Mart 1987, Seri A No. 116, s. 25, paragraf 58; ve gerekli değişikliklerle, Manoussakis ve Diğerleri-Yunanistan davası kararı, 26 Eylül 1996, Reports 1996-IV, s. 1364, paragraf 44).

Bu davada, başvuruçunun tıbbi danışmanları, mahkeme emri gönderilerek delil vermeye zorlanmıştır. AİHM'nin görüşüne göre:

Başvuruçunun doktorlarının ve psikiyatrlarının delil vermeye zorlanması emrine gelince, Mahkeme bu önlemlerin Z'nin Finlandiya kanunlarına göre kocası aleyhine delil vermeme hakkını kullanması bağlamında alındığına dikkat çeker (bkz. yukarıdaki paragraf 14, 17 ve 21). Buradaki tek amaç, Z'nin tıbbi danışmanlarına danışarak X'in HIV enfeksiyonu olduğunu öğrendiğini veya bu durumdan şüphelendiğini belirlemektir. Bu delil, X'in sadece cinsel suçlar mı işlediği, yoksa HIV testinin pozitif sonucunun açıklandığı 19 Mart 1992 tarihinden önce işlenmiş iki suçla ilgili olarak, daha ciddi bir suç olan adam öldürmeye teşebbüs suçundan da mı suçlu olduğunu belirlemek için o dönemde önemliydi. Yetkili ulusal makamların, sadece üç suç değil, beş suçun hepsiyle birlikte adam öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı soruşturma yapmak ve X'i yargılamak konusundaki kamu yararının çok ağırlıklı olduğunu düşünmek konusunda haklı oldukları şüphe götürmez.

Mahkeme, Finlandiya kanunlarına göre, sadece çok sınırlı sayıda şartta, yani bir soruşturma ile ilgili olarak ve en az 6 yıl hapis cezası öngörülen ciddi suçların isnat edilmesi bağlamında, başvuruçunun tıbbi danışmanlarının başvuruçunun onayı olmadan hakkında delil vermeye zorlanabileceğine dikkat çeker

(bkz. yukarıdaki paragraf 46). Tıbbi danışmanlar polise delil vermeyi reddettiği için polis, onları tanık yapabilmek için bir yargı makamı olan Şehir Mahkemesi'nden yetki almak zorundaydı (bkz. yukarıdaki paragraf 28). Soruşturma, tanık ifadelerinin dökümü dahil dava dosyasının gizli tutulmasını önceden emretmiş olan Şehir Mahkemesi'nin salonunda gizli olarak yapılmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 19 ve 23). Davaya dahil olan herkes, bilgileri gizli tutma yükümlülüğü altındaydı. Bu yükümlülüğü ihlâl edenler, Finlandiya kanunlarına göre medeni hukuk ve/veya ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulabilirdi (bkz. yukarıdaki paragraf 53 ve 56).

AİHM, söz konusu müdahalenin 8. Madde 2. fıkraya göre haklı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Tıbbi bilgilerin gizliliği konusunda bir başka dava için, bir tıbbi dosyanın sosyal sigorta bürosuna verilmesi konulu M.S.–İsveç davası kararına (27 Ağustos 1997, Başvuru No. 20837/92, Reports 1997-IV, paragraf 31-44) bakınız (bu davada 8. Madde ihlâli yoktur).

Fiziksel bütünlük

AİHM, Bensaid–Birleşik Krallık davası kararında (6 Şubat 2001, Başvuru No. 44599/98, paragraf 47-49), başvurucunun Cezayir'e sınır dışı edilmesinin, bu ülkede göreceği farklı tıbbi tedavinin akıl sağlığı üzerinde yaratabileceği sonuçlardan dolayı, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlâl ettiği iddiasını değerlendirmiştir. AİHM, başvurucunun, uygun tıbbi tedavi görmesinin imkânsız olduğunu ve durumunun daha kötüleşebileceğini kanıtlamadığı sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, Matter-Slovakya davası kararında (5 Temmuz 1999, Başvuru No. 31534/96, paragraf 62-71), bir bireyin akıl sağlığının kontrol edilmesi için zorla bir psikiyatri hastanesine götürülmesinin orantısız olmadığına ve 8. Madde 2. fıkraya uygun olduğuna karar vermiştir. Başvurucu, paranoyak psikoz hastasıdır.

Raninen–Finlandiya davasında AİHM, kelepçe kullanımı konusundaki kriterleri belirlemiştir:

Mahkeme'nin içtihadına göre, “özel hayat” geniş bir kavramdır ve kesin bir tanım yapmaya uygun değildir; mevcut şartlara göre kişinin ahlâki ve fiziksel bütünlüğünü de kapsayabilir (bkz. X. ve Y.–Hollanda davası kararı, 26 Mart 1985, Seri A No. 91, s. 11, paragraf 22; Niemietz–Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 215-B, s. 11, paragraf 29; ve Costello-Roberts–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Mart 1993, Seri A No. 247-C, s. 60-61, paragraf 34 ve 36). Mahkeme, kavramın bu unsurlarının özgürlükten mahrum kalma durumlarını da içerdiğini kabul etmektedir. Ayrıca, 3. Madde'de öngörülen ciddiyet düzeyine ulaşmayan gözaltı durumlarındaki şartlarla ilgili olarak da 8.

Madde'nin koruma sağladığı durumlar olabileceği olasılığını da göz ardı etmemektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi bu davada başvuru, şikâyetini 3. Madde kapsamındaki gerçeklere dayanarak 8. Madde konusunda yapmıştır; Mahkeme, bu başvuruyu değerlendirmiş ve gerekli unsurların var olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle kelepçe takılmasının, başvuru fiziksel veya ruhsal olarak etkilediği veya başvuru aşılamaya yönelik olduğu gösterilememiştir (bkz. yukarıda paragraf 58). Bu şartlarda Mahkeme, şikâyetçi olunan muamelelerin, başvuru fiziksel veya ruhsal bütünlüğü üzerinde, AİHS 8. Madde'de teminat altına alınan özel hayata saygı gösterilmesi hakkına müdahale oluşturacak kadar olumsuz etkileri olduğu sonucuna varacak düzeyde yeterli unsur olmadığını düşünmektedir.

Bu nedenle, Mahkeme bu hükmün de ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

(Ayrıca bkz. Stubbings ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1996, Reports 1996-IV, paragraf 59-67).

Çeşitli hipotezler

Hatton davası kararında AİHM, gece boyunca hava trafiğinde görülen artışın, konuta ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlâl edebileceğinden 8. Madde'ye göre incelenmesi gerektiğine karar vermiştir (Hatton ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 2 Ekim 2001, Başvuru No. 36022/97, paragraf 94-99). AİHM'ye göre:

Mahkeme, Hükümet'in atıfta bulunduğu daha önceki başvurular ile mevcut başvuruların durumu arasında makul bir karşılaştırma yapmanın mümkün olmadığını düşünmektedir çünkü öncelikle, bu başvurular gece çıkan ses konusunda şikâyet etmektedir, oysa daha önceki başvurular genel olarak uçakların çıkardığı sesteki şikâyet etmiştir ve ikincisi, bu başvurular, Hükümet'in gece çıkan ses düzeyleriyle ilgili sınırlamaları değiştirdiği 1993 tarihinden sonra geceleri ortaya çıkan gürültünün artışından şikâyet etmektedir, oysa daha önceki başvurular 1993 öncesindeki gürültü düzeyleriyle ilgilidir. Bu nedenle Mahkeme, daha önceki başvuruların sonuçlarının bu davayla ilişkili olmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Heathrow havaalanının ve bu havaalanını kullanan uçakların Hükümet'in veya Hükümet'in bir temsilcisinin mülkiyetinde olmadığına, Hükümet veya Hükümet'in bir temsilcisi tarafından kontrol edilmediğine veya işletilmediğine dikkat çeker. Mahkeme, bu nedenle Birleşik Krallık'ın başvuruların özel veya aile hayatına "müdahale" ettiğinin söylenemeyeceğini düşünmektedir. Başvuruların şikâyeti, AİHS 8. Madde 1. fıkra kap-

samındaki haklarını teminat altına almak için Devlet'in makul ve uygun önlemler alma konusundaki pozitif görevi bağlamında incelenmelidir (bkz. Powell ve Rayner–Birleşik Krallık davası kararı, 21 Şubat 1990, Seri A No. 172, paragraf 41 ve Guerra–İtalya davası kararı, 19 Şubat 1998, Reports 1998-I, paragraf 58.)

Bu davada AİHM, beklenen ekonomik avantaj ile semtin yararından oluşan iki farklı çıkar göz önünde bulundurulduğunda, artan hava trafiğinin avantajları ve dezavantajları hakkında detaylı çalışmalar yapılmamış olmasının 8. Madde'yi ihlâl ettiğine karar vermiştir. Son olarak, başvuruolarının maruz kaldığı radyasyon düzeyiyle ilgili bilgilerin bildirilmesi sorunu hakkında olan McGinley ve Egan–Birleşik Krallık davası kararı (9 Haziran 1998, Başvuru No. 21825/93 ve 23414/94, Reports 1998-II, paragraf 96-104) unutulmamalıdır (8. Madde uygulanabilir, bilgi edinmeyi mümkün kılan bir prosedür olması nedeniyle ihlâl yoktur).

3. 8. Madde 1. fıkra ve aile hayatının korunması

Aile hayatı kavramı

Giriş olarak belirtilmelidir ki, “aile” kavramı gerçeklere dayalı bir meseledir. AİHM, K. ve T.–Finlandiya davası kararında (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 25702/94, paragraf 150) şu gözlemlerde bulunmuştur:

Daha önceki içtihada (bkz. örneğin Marckx–Belçika davası kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, paragraf 31) göre Mahkeme, “aile hayatının” varlığının veya yokluğunun yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığına bağlı gerçeklerle ilgili bir mesele olduğuna dikkat çeker.

8. Madde durumları ne olursa olsun tüm aileler için geçerlidir

AİHM, Marckx–Belçika davası kararında (13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 14, paragraf 31), 8. Madde'nin uygulanması açısından ailenin “meşru” veya “gayrimeşru” olmasına bakılarak ayırım yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir:

Mahkeme, 8. Madde'nin “meşru” ve “gayrimeşru” aile arasında bir ayırım yapmadığı konusunda Komisyon'un belirlediği içtihada tamamen katılmaktadır. Böyle bir ayırım “herkes” kelimesine uygun olmaz ve bu durum, AİHS'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında “doğum” bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. Madde ile tekrar onaylanmıştır. Ayrıca Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin bekâr bir kadın ve çocuğunu, tıpkı diğerleri gibi bir aile biçimi olarak gördüğüne dikkat çeker (evli olmayan annelerin ve çocuklarının sosyal korunması konulu 15 Mayıs 1970 tarihli Karar (70) 15, paragraf I-10, paragraf II-5, vb.).

Bu karar onaylanmayı hak etmektedir. Mahkeme'nin de altını çizdiği gibi, halihazırda mevcut bir aile hayatı olmalıdır.

8. Madde halihazırda var olan ailelere uygulanabilir

8. Madde, aile hayatını sadece var olan bir durum olarak korumaktadır. Aile kurma özgürlüğünü içermez, bu 12. Madde kapsamına girer. Yukarıda bahsedilen Marckx–Belçika davası kararında (13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 14, paragraf 31) AİHM bunu açıkça belirtir:

8. Madde aile hayatına saygı duyulması hakkını teminat altına alarak, ailenin var olduğunu varsayar.

AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali–Birleşik Krallık davası kararında (28 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 32, paragraf 62) 8. Madde'nin uygulanmasının ön şartı olarak “ailenin var olmasının” anlamını açıklamıştır. Bu davada başvuruçuların kocalarının, Birleşik Krallık'ta yasalara uygun ve daimi olarak yerleşik olan eşleriyle birlikte ülkede kalmasına veya yurtdışından eşlerinin yanına gelmesine izin verilmekteydi. AİHM, 8. Madde'nin uygulanabilmesi için, halihazırda evli olan kişilerin aile hayatını esas almıştır:

[Bu.] bütün kurulması amaçlanan aile hayatlarının kapsam dışında olduğu anlamına gelmez. “Aile” kelimesi ne anlama gelirse gelsin, Hükümet'in bahsettiği türden bir aile hayatı henüz tam olarak kurulmamış olsa bile, Bay ve Bayan Abdulaziz ve Bay ve Bayan Balkandali'nin durumunda olduğu gibi, yasal ve gerçek evliliklerden doğan ilişkileri mutlaka içermelidir. Bu tür evlilikler, 8. Madde kapsamında öngörülen saygıyı hak edecek kadar yeterli sayılmalıdır.

Ayrıca evli bir çift söz konusu olduğunda, “aile hayatı” ifadesi normalde bir arada oturmayı içerir. Aile kurma hakkının bir arada yaşam hakkını içermediğini düşünmek neredeyse imkânsız olduğu için, bu görüş 12. Madde'nin varlığıyla desteklenmektedir.

AİHM, Berrehab–Hollanda davası kararında (21 Haziran 1998, Seri A No. 138, s. 14, paragraf 21), içtihadı geliştirmiş ve 8. Madde'deki anlamıyla “aile hayatı” için bir arada oturma hakkının her zaman şart olmadığını belirtmiştir. Bu davada, anne ve babanın artık bir arada oturmadığı çocuklu bir aile vardır. AİHM'ye göre:

Mahkeme, ebeveynler ve reşit olmayan çocuklar arasındaki aile hayatı için, birlikte oturmayı olmazsa olmaz bir şart olarak görmemektedir. Bay ve Bayan Berrehab arasında olan gibi yasal ve gerçek bir evlilikle eşler arasında oluşan ilişkinin, “aile hayatı” olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir (bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davası kararı, 28 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 32, paragraf 62). 8. Madde'nin dayanağı olan aile kavramında, böyle bir birlikte-

likten doğan çocuk ipso jure (kanunen) bu ilişkinin bir parçasıdır; böylece bir çocuk doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı çocuk ve ebeveynleri arasında, ebeveynler bir arada oturmasa bile, “aile hayatını” oluşturan bir bağ vardır.

Daha sonra ortaya çıkan olaylar tabii ki bu bağı bozabilir ama bu davada, böyle bir durum söz konusu değildir.

Bu bağlamda AİHM’ye göre, bir evlilik birlikteliğinden doğan bir çocuk ve ebeveynleri arasındaki aile bağının, sadece istisnai şartlarda bozulabileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle, her iki ebeveynin de çocuktan ayrı yaşadığı, çocuğun bir başka ülkede yaşadığı Sen–Hollanda davası kararında (21 Aralık 2001, Başvuru No. 31465/96, paragraf 28, sadece Fransızca metin vardır, gayri resmi tercüme) AİHM, şunlara dikkat çekmiştir:

[...] Mahkeme, bir evlilik birlikteliğinden doğan çocuğun kanunen bu ilişkinin bir parçası olduğunu hatırlatır; böylece bir çocuk doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı, çocuk ve ebeveynleri arasında, ancak daha sonra ortaya çıkan olaylardan dolayı istisnai durumlarda bozulabilecek (Berrehab–Hollanda davası kararı, 21 Haziran 1988, Seri A No. 138, s. 14, paragraf 21 ve Ahmut–Hollanda davası kararı, 28 Kasım 1996, Reports 1996-VI, s. 2030, paragraf 60) ve “aile hayatını” oluşturan bir bağ vardır (Gül–İsviçre davası kararı, 19 Şubat 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, s. 173-174, paragraf 32 ve Boughanemi–Fransa davası kararı, 24 Nisan 1996, Reports 1996-I, s. 608, paragraf 35).

McMichael–Birleşik Krallık davası (24 Şubat 1995, Seri A No. 307-B), biyolojik bir çocukla ilgilidir. Bir koruma kurumuna yerleştirilmiş olan bir çocuğun biyolojik annesi ve babası başvuru olarak AİHM’de dava açmışlardır. Bu davada, annenin ruh sağlığından ve (daha önce) zorunlu olarak psikiyatri hastanelerine yatırıldığından dolayı, velâyet hakkı annenin elinden alınmıştır. Biyolojik baba, çocukların velâyeti konularında yetkisi olan Birleşik Krallık mahkemelerindeki imkânlarla başvurarak önce çocukla görüşme hakkı için, daha sonra da velâyet izni almak için başvuruda bulunmuştur. Çocuk evlilik dışı doğmuş olduğu için, İskoçya yasal sistemi biyolojik babaya otomatik olarak velâyet hakkını vermemektedir; baba da, böyle bir imkân olmasına rağmen, mahkemeye başvurarak çocuğun velâyet hakkını alma başvurusunda bulunmamıştır.

Bu durumla karşı karşıya gelen AİHM’nin elinde, 6. Madde’nin babanın durumunda uygulanamayacağı sonucuna başvurmaktan başka bir seçenek kalmamıştır:

Baba, babalık durumunun yasal olarak kabulü için gerekli ön şart olan adımı atmadığı için, velâyet davasında bu haklarının belirlenmesi söz konusu değildir.

Ancak AİHM, yine de 8. Madde'nin (a.g.e., paragraf 91) uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. AİHM, 8. Madde kapsamında korunması gereken bir "aile hayatının" varlığı ile 6. Madde kapsamında korunması gereken bir hak olmaması arasında bir çelişki olmadığı görüşündedir:

[...] Mahkeme, 6. Madde, 1 fıkra ve 8. Madde tarafından korunan çıkarların doğası arasındaki farka dikkat çeker. 6. Madde, 1. fıkra "medeni hak ve yükümlülüklerin" belirlenmesi konusunda "davanın mahkeme tarafından görülmesi" usulüyle ilgili teminat sağlar (Golder-Birleşik Krallık davası kararı, 21 Şubat 1975, Seri A No. 18, s. 18, paragraf 36); halbuki 8. Madde'nin doğasında olan usulle ilgili şart, sadece idari usulleri değil, yargı davalarını da içermekle kalmaz, aynı zamanda başka unsurlara ek olarak aile hayatına uygun düzeyde saygı gösterilmesini sağlama yönündeki daha genel amacı da tamamlayıcı özelliكتedir (bkz. örneğin B.-Birleşik Krallık davası kararı, 8 Temmuz 1987, Seri A No. 121-B, s 72-75, paragraf 63-65 ve 68). 6. Madde 1. fıkranın ve 8. Madde'nin sağladığı koruyucu önlemlerin amaçları arasındaki fark, özel şartlarda aynı gerçeklerin her iki Madde kapsamında ele alınmasını gerekli kılabılır (karşılaştırma için bkz. yukarıda bahsedilen Golder davası kararı, s. 20-22, paragraf 41-45 ve O.-Birleşik Krallık davası kararı, 8 Temmuz 1987, Seri A No. 120-A, s 28-29, paragraf 65-67).

AİHM, durumun yasallığından çok gerçekliğini göz önünde bulundurmuştur. Ancak dava devam ederken babanın anneye evlendiği ve aile hayatının varlığını belirlerken de AİHM'nin bu faktörü kaçınılmaz olarak göz önünde bulundurduğu belirtilmelidir:

[...] Başlangıçta, 1987 sonunda ve 1988 başında, ikinci başvuru birinci başvuruçunun A.'nin babası olduğunu reddetmiştir ve A.'nin doğum sertifikasına birinci başvuruçunun adının eklenmesinden iki hafta önce, çocuğun bulunduğu ilk davada belgeler açıklanmıştır (sırasıyla 4 ve 18 Şubat 1988) (bkz. paragraf yukarıdaki 7, 11, 14, 15 ve 18). Ancak birinci başvuruçunu, 27 Ocak 1988'de baba olduğunu iddia etmiştir; ve çocuğun bulunduğu ilk dava sırasında bile ikinci başvuruçuyla yaşıyor ve özellikle A.'nin vekili olarak, A.'yla görüşme hakkını elde etme konusuyla yakından ilgileniyordu (bkz. yukarıdaki paragraf 7, 13, 14 ve 15). Bundan sonra her iki başvuruçunu da A.'nin velâyetini alma ve A.'yla görüşme hakkını alma konusundaki çabalarında, sadece çocuğun da bulunduğu davada ve Sheriff Mahkemesi'ndeki adli takibatta değil, yerel kurumun sosyal hizmetler bölümüyle olan ilişkilerinde de birbirleriyle uyum içinde hareket etmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 18 ve 20-25). Söz konusu döneme bir bütün olarak bakıldığında bir arada yaşıyorlardı ve ikinci başvuruçunun belirli aralıklarla hastaneye yatırıldığı göz

önünde bulundurulduğunda, mümkün olduğunca ortak bir “aile hayatı” yaşıyorlardı (bkz. yukarıdaki paragraf 16 ve 30).

Daha yakın geçmişte, AİHM şu konuları hatırlatmıştır (Elsholz–Almanya davası kararı, 13 Temmuz 2000, Başvuru No. 25735/94, paragraf 43):

[...] bu hüküm kapsamında aile kavramı, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı değildir ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili “aile” bağlarını da kapsayabilir. Böyle bir ilişkiden doğan çocuk, doğduğu andan itibaren ve doğumundan dolayı o “aile” biriminin kanunen bir parçasıdır. Böylece çocuk ve ebeveynleri arasında aile hayatını oluşturan bir bağ vardır (bkz. yukarıda bahsedilen Keegan davası kararı, s. 17-18, paragraf 44).

Yeni oluşan aileler

AİHM, K. ve T.–Finlandiya davası kararında (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 25702/94, paragraf 149-150), yeni oluşan ailelerle ilgili karar verme fırsatını elde etmiştir. Bu davada başvuru T., M. adlı çocuğun babası değildir ancak M.’nin annesi olan K. ile birlikte yaşamaktadır. K. ve T.’nin ilişkisinde J. adlı çocuk doğmuştur. AİHM’ye göre:

[...] Bu davada, M. isteyerek bir çocuk koruma merkezine verilene ve daha sonra bakımını devlet üstlenene kadar her iki başvuru da M. ile bir arada oturuyordu (bkz. yukarıdaki paragraf 12). J.’nin doğumundan önce, başvurular ve M., birlikte oluşturdukları hayatı devam ettirmeyi açıkça amaçlayan biçimde bir aile kurmuşlardı. Aynı niyet, yeni doğan bebek J. için de geçerliydi; T., J.’nin doğumundan sonra bir süre J.’ye bakmış, daha sonra da yasal velisi olmuştur (bkz. yukarıdaki paragraf 35 ve 38). Bu şartlarda Mahkeme, yetkili makamlar müdahale ettiğinde AİHS 8. Madde 1. fıkra kapsamında başvurular arasında bir aile hayatı olduğu ve bu aile hayatının her iki çocuk olan M.’yi ve J.’yi kapsadığı sonucundan başka bir sonuca ulaşamaz. Mahkeme bu yüzden, iki çocukla aralarındaki “aile hayatının” kapsamı açısından, başvuru K. ve T. arasında herhangi bir ayırım yapmayacaktır.

Aile, ek bağlar, büyükanne ve büyükbabalarla bağlar

Erkek kardeşlerle veya kız kardeşlerle ya da büyükannelerle veya büyükbabalarla olan ilişkilerin de “aile hayatı” oluşturduğu ve bu nedenle 8. Madde’nin korunması altına girdiği belirtilmelidir. AİHM, Marckx davası kararında (a.g.e., paragraf 45) şu gözlemlerde bulunmuştur:

8. Madde’deki anlamıyla “aile hayatı”, örneğin büyükanneler ve büyükbabalar ile torunları arasındaki bağlar gibi, en azından yakın akrabalar arasındaki bağları da içerir çünkü böyle bağlar aile hayatında önemli bir rol oynayabilir.

8. Madde'nin ailevi meselelere uygulanmasına örnekler

Eğitim yardımı

Eğitim yardımı konusunda içtihat oldukça zengindir.

Johansen–Norveç davası kararında (*Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, s. 1008-1009, paragraf 52), AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme, ebeveynin ve çocuğun birbirlerinin varlığından karşılıklı olarak keyif almasının, aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu ve bu durumu önleyen ulusal önlemlerin, 8. Madde'nin koruduğu bir hakka müdahale anlamına geldiğini hatırlatır (bkz. başka davalara ek olarak, McMichael–Birleşik Krallık davası kararı, 24 Şubat 1995, Seri A No. 307-B, s. 55, paragraf 86).

Bu nedenle, küçüklerin bakımıyla ilgili önlemler, hiç kuşkusuz aile hayatına gösterilen saygıya müdahale oluşturmaktadır. AİHM, Scozzari ve Giunta–İtalya davası kararında (13 Temmuz 2000, Başvuru No. 39221/98 ve 41963/98, paragraf 148) şunları belirtmiştir:

Mahkeme, 'bir aileyi bölmek, çok ciddi bir müdahaledir. Bu yönde atılan bir adım, çocuğun çıkarlarının yeterince sağlıklı ve ağırlıklı biçimde değerlendirilmesiyle desteklenmelidir [...]' (bkz. Olsson–İsveç (No. 1) davası kararı, 24 Mart 1988, Seri A No. 130, s. 33-34, paragraf 72) görüşünü tekrar hatırlatır. Bu nedenle '[...] bireyin ve toplumun birbiriyle yarışan çıkarları arasında âdil bir denge oluşturulmaya çalışılmalıdır ve her iki bağlamda da Devlet [...] belirli bir takdir hakkına sahiptir [...]' (bkz. Hokkanen–Finlandiya davası kararı, 23 Eylül 1994, Seri A 299-A, s. 20, paragraf 55). Bu alanda, '[...] Mahkeme'nin [...] değerlendirmesi, sadece davalı Devlet'in takdir hakkını makul, dikkatli ve iyi niyetli bir biçimde kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlı değildir [...]. Mahkeme ikinci aşamada, denetim yetkisini kullanarak sadece aleyhte verilen kararları değerlendirerek kendini kısıtlamaz, kararlara davanın bütününe göre bakar; söz konusu çıkarımlara ulaşmak için kullanılan nedenlerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını da belirlemelidir [...]' (bkz. yukarıda bahsedilen Olsson (No. 1) kararı, s. 32, paragraf 68, ve gerekli değişikliklerle, Vogt–Almanya davası kararı, 26 Eylül 1995, Seri A No. 323, s. 25-26, paragraf 52).

Yukarıda bahsedilen K. ve T.–Finlandiya davası kararında (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 25702/94, paragraf 165) Büyük Daire olarak toplanan AİHM, özel koruma altına alınan küçüklerle ilgili yaklaşımını belirtmiştir. Her bir çocuk için, önce acil koruma kararları, daha sonra normal koruma kararları ayrı ayrı incelenmelidir:

Büyük Daire [...] bir karardan hemen sonra diğeri alınsa bile, acil koruma ve normal koruma kararlarını, farklı tür kararlar oldukları ve farklı sonuçları olduğu için (acil koruma kararları kısa ve sınırlı süre içindir, oysa normal koruma kararları daha kalıcıdır) ve farklı karar verme süreçlerinin sonuçları olduğu için, ayrı ayrı değerlendirmeyi uygun görmektedir. Büyük Daire'nin görüşüne göre, iki karar grubunu ayrı ayrı ele almayı gerektirecek, içerik ve usulle ilgili farklılar vardır.

AİHM, daha sonra şöyle demiştir (paragraf 178):

Daire gibi Büyük Daire de, bir koruma kararının şartlar mümkün kılar kılmaz durdurulması gereken, geçici bir önlem olarak görülmesi gerektiği ve geçici koruma uygulamasıyla ilgili her türlü önlemin biyolojik ebeveynler ile çocuğu bir araya getirme yönündeki nihai hedefle uyumlu olması gerektiği prensibini hatırlatır (bkz. özellikle yukarıda bahsedilen Olsson (No. 1) davası kararı, paragraf 81). Makul olan en kısa süre içinde ailenin bir araya getirilmesini kolaylaştıracak makamların önlemler alma konusundaki pozitif yükümlülük, bakımın başladığı süreden itibaren giderek sorumlu otoritelerin omuzlarına daha ağır bir yük bindirecektir; bu yükümlülük, her zaman çocuğun çıkarını gözetme göreviyle dengelenmelidir.

AİHM de, acil koruma kararlarını, normal koruma kararlarını, Devlet'in aileyi tekrar birleştirmek için harcadığı çabayı ve koruma kararı geçerliyken ebeveynlerin ziyaretleri konusundaki sınırlamaları inceler (bkz. L.-Finlandiya davası kararı, 27 Nisan 2000, Başvuru No. 25651/94).

Yukarıda bahsedilen K. ve T.-Finlandiya davası kararında, AİHM bakım kararları konusunda şunlar belirtmiştir (paragraf 173):

Bir çocuğun, yetiştirilişi açısından daha faydalı bir ortama yerleştirilebilecek olması tek başına, çocuğun bakımının biyolojik ebeveynlerinin elinden alınması konusundaki zorunlu bir önlemi açıklamaya yetmez; ebeveynlerin AİHS 8. Madde kapsamında çocuklarıyla aile hayatı yaşama hakkına böyle bir müdahalede bulunulması için "zorunluluk" olduğunu gösteren başka şartlar olmalıdır.

AİHM çeşitli davalarda, bir çocuğun bakımının başkasına verilmesi yönündeki bir müdahalenin, demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını belirlerken kullanılabilir prensipleri belirlemiştir. T.P. ve K.M.-Birleşik Krallık davası kararında (10 Mayıs 2001, Başvuru No. 28945/95, paragraf 70-73), AİHM şunları belirtmiştir:

Aleyhteki önlemlerin "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığını belirlemede Mahkeme, dava bir bütün olarak düşünüldüğünde, söz

konusu önlemlerin dayanağı olan nedenlerin, AİHS 8. Madde 2. fıkrası açısından ilgili ve yeterli olup olmadığını değerlendirir. Hiç kuşkusuz, bu tür davalarda asıl önemli olan, çocuk için en iyi olanın ne olduğudur. Ayrıca ulusal makamların, ilgili bütün taraflarla doğrudan temasa geçme avantajına sahip olduğu unutulmamalıdır. Mahkeme'nin görevi, velâyet ve çocuklara erişim konusunda ulusal makamların yerine geçerek onların sorumluluklarını üstlenmek değil, ancak söz konusu makamların takdir hakkını kullanırken aldıkları kararları AİHS'ye göre gözden geçirmektir (bkz. Hokkanen–Finlandiya davası kararı, 23 Eylül 1994, Seri A No. 299-A, s. 20, paragraf 55 ve gerekli değişikliklerle, Branda–İtalya davası kararı, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, s. 1491, paragraf 59).

Yetkin ulusal makamlara verilecek takdir hakkı, elâ alınan konuların doğasına ve söz konusu çıkarların önemine göre değişir. Mahkeme, özellikle bir çocuğun devletin koruması altına alınmasının gerekliliği belirlenirken, otoritelerin geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul eder. Ancak örneğin bu otoritelerin ebeveynlerin çocuklara erişimi konusunda koyduğu kısıtlamalar ve ebeveynlerin ve çocukların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını etkin olarak korumak için alınan yasal önlemler konusunda daha detaylı bir incelemeye ihtiyaç vardır. Bu tür sınırlamalar, ebeveynler ve küçük bir çocuk arasındaki aile ilişkilerinin kısıtlanması tehlikesini doğurabilir (bkz. diğer kararlara ek olarak, Johansen–Norveç davası kararı, 7 Ağustos 1996, Reports 1996-III, s. 1003, paragraf 64).

Madde, 8. Madde'de usulle ilgili sarîh şartlar olmasa da, müdahale önlemleri konusundaki karar verme sürecinin âdil olması ve 8. Madde tarafından korunan haklara yeterli saygı gösterilmesi gerektiğini hatırlatır.

“Söz konusu davadaki özel şartlar ve özellikle alınacak kararların ciddiyeti göz önünde bulundurularak, ebeveynlerin karar verme sürecine genel olarak çıkarlarının korunması şartını karşılayacak düzeyde katılıp katılmadıklarını belirlemek gerekir. Katılmazlarsa, aile hayatına saygı gösterilmemiş olur ve bu karar sonucu ortaya çıkan müdahale, 8. Madde'deki anlamına göre “zorunlu” olarak görülemez.” (Bkz. W.–Birleşik Krallık davası kararı, 8 Temmuz 1987, Seri A No. 121-A, s. 28-29, paragraf 62 ve 64.)

Bir çocuğun devletin bakımı altına alınması amacıyla yetkili makamların başlattığı prosedürlerde ilgili belgelerin ebeveynlere gösterilmemesinin, çocuğun velâyeti ve çocuğa erişim konularını belirleyen karar verme sürecinin, ebeveynlerin 8. Madde tarafından teminat altına alınan haklarının korunması ön şartına uymadığı anlamına geldiği daha önce belirlenmiştir (bkz.

McMichael–Birleşik Krallık davası kararı, 24 Şubat 1995, Seri A No. 307-B, s. 57, paragraf 92).

(Ayrıca bkz. K. ve T.–Finlandiya davası kararı, 12 Temmuz 2001, Başvuru No. 25702/94, paragraf 154-155.)

Maddî şartların yanı sıra, usûlle ilgili yükümlülükler de vardır. Bu şart, kesinlikle yeni değildir. W.–Birleşik Krallık davası kararında (8 Temmuz 1987, Seri A No. 121, s. 29, paragraf 64), AİHM şu gözlemlerde bulunmuştur:

Belirlenmesi [...] gereken, [...] ebeveynlerin karar verme sürecinin tümüne çıkarlarının korunması ön şartına uyacak derecede dahil edilip edilmedikleridir. Edilmemişlerse, aile hayatlarına saygı gösterilmemiş demektir ve bu karardan doğan müdahale, 8. Madde'deki anlamıyla “zorunlu” olarak görülemez.

Ancak bu bağlamda AİHM'nin, şartların gerektirdiği durumlarda, ebeveynlere bilgi verilmeden alınan acil önlemleri kabul ettiğine dikkat çekilmelidir; ancak bebeklerin doğumdan hemen sonra annelerinden alındığı durumlarda AİHM haklı olarak çok talepkâr davranmıştır.

(İsteyerek anneannesinin korumasına verilen bir çocukla ilgili bkz. yukarıda bahsedilen Scozzari ve Giunta–İtalya davası kararı, paragraf 221-227; çocuğun yanlarında kalmayı tercih ettiği bakıcı aile leyhine yapılan tercih için bkz. Bronda–İtalya davası kararı, 9 Haziran 1998, Reports 1998-V, paragraf 61-62; korumayla ilgili kararlara ebeveynlerin dahil edilmesi konusunda bkz. Buscemi–İtalya davası kararı, 16 Eylül 1999, Başvuru No. 29569/95, paragraf 57-63, veya Buchberger–Avusturya davası kararı, 20 Aralık 2001, Başvuru No. 32899/96, paragraf 41-43, Sommerfeld–Almanya davası kararı, 11 Ekim 2001, Başvuru No. 31871/96, paragraf 41-45; ve Elsholz–Almanya davası kararı, 13 Temmuz 2000, Başvuru No. 25735/94, paragraf 51-53; bkz. Sahin–Almanya davası kararı, 11 Ekim 2001, Başvuru No. 30943/96, paragraf 46-49, çocuğun görüşlerini dinlemeyle ilgili; cinsel istismarda bulunduğu şüphelenilen bir büyükbabanın çocuğu ziyaret etme hakkının kısıtlanması konusunda bkz. L.–Finlandiya davası kararı, 27 Nisan 2000, Başvuru No. 25651/94, paragraf 127-128).

Aile bakları

3 Ekim 2000 tarihli Camp ve Bourimi–Hollanda davası kararında (Başvuru No. 28369/95, paragraf 26-28) AİHM, bir çocuğun meşru hale gelmesi konulu bir kanunun geriye yönelik olmamasının, başvuru tarafından iddia edildiği biçimde, yani babanın ailesiyle aile bağları kurmasını imkânsız kıldığı anlamında 8. Madde'yi ihlâl etmediğine karar vermiştir. AİHM, çocuk ve babasının ailesi arasında aile bağları oluşmamış olmasının Devlet'in müdahalesi veya harekete geçmemesi sonucu

olmadığına, zımni olarak gerçeklere dayanan bir durum olduğuna karar vermiştir. Ancak AİHM, bu davada 14. Madde'nin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

AİHM, bu kararında şu görüşü tekrar ifade etmiştir (paragraf 35):

8. Madde tek başına miras edinme hakkını teminat altına almasa da, yakın akrabalar arasındaki kanuni miras meselelerinin, aile hayatının bir yönü olduğu için bu hükmün kapsamına girdiğini Mahkeme daha önce kabul etmiştir (bkz. yukarıda belirtilen Marckx davası kararı, s. 23-24, paragraf 52-53). Bay Abbie Bourimi'nin Sofian doğmadan önce ölmüş olması, Mahkeme'nin bu davada farklı bir yaklaşım benimsemesine neden olamaz.

Evlat edinme konusunda, başvuruçunun biyolojik baba olduğu ve çocuğun annesinin beraber yaşadığı kişi tarafından evlat edinildiği dava için, Söderbäck–İsveç davası kararı (28 Ekim 1998, Başvuru No. 24484/97, Reports 1998-VII, paragraf 30-35) hatırlanmalıdır.

Bir ebeveynin yasal bir biçimde veya mahkeme emrine uygun olarak çocukla görüşme veya çocukla kalma hakkını kullanması ve diğer ebeveynin buna karşı çıkması meselesi, çeşitli kararların verilmesine neden olmuştur. AİHM, Ignaccolo-Zenide–Romanya davası kararında (25 Ocak 2000, Başvuru No. 31679/96, paragraf 94 ve 96), şunları belirtmiştir:

[...] ulusal otoritelerin, aileyi birleştirmeyi kolaylaştıran önlemler alma yükümlülüğü mutlak değildir çünkü bir ebeveynin, bir süre bir başka ebeveynle yaşamış olan çocuklarla tekrar bir araya gelmesi, hemen gerçekleşemeyebilir ve önce hazırlık amacıyla bazı önlemlerin alınması gerekebilir. Yapılacak hazırlığın doğası ve kapsamı, söz konusu durumda geçerli olan şartlara bağlıdır ancak bütün ilgili tarafların anlayışı ve işbirliği önemli bir unsurdur. Ulusal makamlar, böyle bir işbirliğini kolaylaştırmak için ellerinden geleni yapmalıdır; ancak bu konuda zorlama yükümlülüğü sınırlı olmalıdır çünkü bütün ilgili tarafların hak ve özgürlüklerinin yanı sıra çıkarları ve özellikle çocuğun AİHS 8. Madde'ye göre hakları ve yararı da göz önünde bulundurulmalıdır. Ebeveynle temasın bu çıkarları tehdit ettiği veya bu haklara müdahaleye neden olabileceği durumlarda, ulusal makamlar adil bir denge kurmalıdır (bkz. yukarıda bahsedilen Hokkanen davası kararı, s. 22, paragraf 58).

[...]

Bu davada asıl belirleyici unsur, ulusal makamların makul olarak talep edilebilecek biçimde, 14 Aralık 1994 tarihli emrin uygulamaya geçirilmesini kolaylaştırmak için bütün adımları atıp atmadığıdır (Hokkanen davası kararı, a.g.e.).

(Ayrıca bkz. 19 Eylül 2000 tarihli Glaser kararı ve 27 Haziran 2000 tarihli Nuutinen davası kararı.)

8. Madde, vefat etmiş yakın bir akrabasının naaşını alma gibi daha somut bazı konuları da kapsar. 30 Ekim 2001 tarihli Pannullo ve Forte–Fransa davası kararında (Başvuru No. 37794/97, paragraf 38-40, sadece Fransızca metin vardır, gayri resmi tercüme), başvuruçular çocuklarının ölüm nedenini belirlemek amacıyla yapılan otopsi sonrasında naaşının kendilerine verilmediği konusunda şikâyette bulunmuştur. Soruşturmayı yürüten hakimin emrettiği otopsi 9 Temmuz 1996’da yapılmış, naaşı gömme izni 14 Şubat 1997’de verilmiştir. AİHM’ye göre:

Mahkeme soruşturma şartlarının, Erika’nın naaşını otopsi için gerekli olan süre boyunca, yani 9 Temmuz 1996’ya kadar Fransız makamlarının elinde kalmasını gerektirdiğini düşünmektedir. Diğer yandan geri kalan süre için, Profesör L.’nin devlet savcısına gönderdiği mektup, gerekli numuneler alındığı ve raporun hazırlanabilmesi için naaşın adli tıp kurumunda kalmasına gerek olmadığı için, çocuğun naaşının hemen ailesine verilmesi gerektiği açıkça belirtilmektedir. Ayrıca bu mektupta, soruşturmayı yürüten hakime bu görüşün hemen bildirildiği ve adli tıp kurumunun bu konuda hakimle birkaç defa temasa geçtiği de açıkça anlaşılmaktadır.

Bu şartlarda, gecikmenin nedeni ister Hükümet’in belirttiği gibi uzmanların gösterdiği direnç olsun, ister hakimin “tıbbi meseleleri yanlış anlaması” olsun, davanın şartları ve ebeveynler açısından çocuklarının kaybının ne kadar trajik olduğu düşünüldüğünde, Mahkeme Fransız makamlarının başvuruçuların aile ve özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile izlenen meşru amaç arasında adil bir denge kurmadıklarını düşünmektedir.

Bu nedenle Mahkeme, AİHS 8. Madde’nin ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Sınırdışı etme, ülkeden zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama, oturma izninin yenilenmemesi

Mevcut şartlara göre, bir müdahale (sınır dışı etme, zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama) veya harekete geçmeme (oturma izni vermeme, vb.) durumu, pozitif yükümlülük olup olmadığı sorusunu doğurabilir.

Başvuruçunun AİHM’de aleyhine dava açtığı Devlet’i terk etmek zorunda olduğu durumlarda AİHM, başvuruçunun yaşını, dil bilme düzeyini, milliyetini, gideceği ülkede akrabalarının olup olmadığını, geri dönmesi veya temas halinde olduğu kişiler konusundaki engelleri, vb. göz önünde bulundurur ve bu kişinin içinde bulunacağı durum ile Devlet’in hedefini değerlendirir. Davalı Devlet ise genellikle ekonomik nedenleri veya asayişin korunması nedenini gösterir.

Ekonomik nedenler veya kamu yararı gerekçesi

AİHM bir davada (Berrehab–Hollanda davası kararı, 21 Haziran 1998, Seri A No. 138, s. 16, paragraf 29) bir yabancının, beraber çocuk sahibi olduğu Hollanda vatandaşı olan kişiden boşandıktan sonra sınır dışı edilmesinin, 8. Madde 2. fıkraya göre orantısallık kriterine uymadığına karar vermiştir. Hollanda sınır dışı etme hareketini, istihdam piyasasını korumak ve ülkenin ekonomik refahı için [...] gerekli olduğunu söyleyerek savunmuştur. AİHM'ye göre, aile hayatına yapılan bu müdahalenin amacı, kızıyla yakın bağları olan bu yabancının sınır dışı edilmesini açıklamaya yetmemektedir. AİHM'ye göre:

Amaca gelince, bu davada söz konusu kişi ilk defa Hollanda'ya giriş izni isteyen bir kişi değil, birkaç yıldır orada yasal olarak yaşayan, bir evi ve işi olan ve Devlet'in aleyhinde herhangi bir şikâyeti olmadığı bir kişi olduğunun altı çizilmelidir. Ayrıca Bay Berrehab'in orada mevcut aile bağları vardır; bir Hollandalı kadınla evlenmiş ve bu evlilikten bir çocukları olmuştur.

Müdahalenin derecesine gelince, Bay Berrehab ile kızı arasında birkaç yıldır çok yakın bağlar olduğu (bkz. yukarıdaki paragraf 9 ve 21) ve bağımsız bir oturma izninin verilmemesinin ve daha sonra sınır dışı etme olayının bu yakın bağları bozma tehlikesi yarattığına dikkat çekilmelidir. Müdahalelerin bu etkisi, Rebecca özellikle çok küçük olduğu ve babasıyla temas içinde kalmaya ihtiyacı olduğu için çok daha ciddidir.

Mahkeme, bu özel şartları göz önünde bulundurarak, söz konusu çıkarlar arasında uygun bir denge kurulmadığını ve bu yüzden kullanılan yöntemler ile izlenen amaç arasında orantı olmadığını düşünmektedir. Mahkeme bu durumda, ihtilâf konusu olan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olduğu görüşünde değildir. Bu nedenle 8. Madde'nin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

Göç ve göçmenlerin ailelerini yanlarında bulundurma hakları konusunda, Ahmut–Hollanda davası kararı (28 Kasım 1996, Başvuru No. 21702/93, Reports 1996-VI, paragraf 67) örnek gösterilebilir; AİHM'ye göre:

Mahkeme, Gül davası kararında (yukarıda belirtilen paragraf 38) uygulanabilecek prensipleri şöyle belirtmiştir:

(a) Bir Devlet'in orada yerleşmiş göçmenlerin akrabalarını kendi topraklarına sokma yükümlülüğü, söz konusu kişilerin içinde bulunduğu duruma ve kamu yararına bağlıdır.

(b) Yerleşmiş devletler hukukuna ve bir Devlet'in devletler hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine göre, bir Devlet vatandaşı olmayan kişilerin topraklarına girişini kontrol etme hakkına sahiptir.

(c) Göçmenler söz konusu olduğunda 8. Madde , bir Devlet'i göçmenlerin ikamet etmek istediği ülkeyi seçme hakkına saygı göstermeye ve kendi topraklarında ailenin bir araya gelmesine izin vermeye zorlayamaz.

AİHM bu davada, başvurunun hiçbir engel olmadan dönebileceği Fas yerine Hollanda'da yerleşmeyi tercih ettiğini belirtmiştir. Fas'ta kalan oğlundan farklı bir ikametgahı olması, bilinçli bir kararın sonucudur. Oğlu, bir yatılı okula yerleştirilmiştir ve Fas'ta akrabaları vardır. AİHM söz konusu çocuğa oturma izni verilmemesinin, bir yandan başvurunun çıkarları ile diğer yandan göçü kontrol etmenin yararı arasında âdil bir denge kurulmaması olarak görülemeyeceğine karar vermiştir. Benzer bir dava olarak, ebeveynlerin çocuklarından ayrı olmasının ebeveynlerin tercihi sonucu olduğu ve AİHM'nin yaklaşımını çok açıkça belirlediği (paragraf 39 ve 42-43) ve yukarıda da bahsedilen Gül-İsviçre davası incelenebilir (19 Şubat 1996 tarihli karar, Reports 1996-I, paragraf 39-43):

Bu nedenle bu davada Mahkeme'nin görevi, Ersin'in İsviçre'ye taşınmasının, Bay Gül'ün oğluyla aile hayatı kurmasının tek yolu olduğu iddiasının ne kadar doğru olduğunu belirlemektir.

[...]

Bay ve Bayan Gül'ün İsviçre'de oturma süresi göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'ye dönmeleri gerçekten de kolay olmayacaktır ancak Türkiye'de aile hayatı kurmalarının önünde gerçek anlamda bir engel yoktur.

[...]

Mahkeme, bütün bu konuları göz önünde bulundurarak ve insani bakış açısından Gül ailesinin durumunun çok zor olduğunu kabul ederken, İsviçre'nin yükümlülüklerini yerine getirmediği görüşünde değildir.

Ülkeden zorla çıkartmaya örnek olarak, Zaire vatandaşı olan bir küçüğün sahte kimlikle ülkeye girdiği ve AİHM'nin Devlet'in bu nedenle aile hayatına saygı göstermediği için suçlanamayacağına karar verdiği, 28 Kasım 1996 tarihli Nsona-Hollanda davası kararına (Başvuru No. 23366/94, Reports 1996-V, paragraf 112-114) bakmakta fayda vardır.

Kamu düzeniyle ilgili gerekçeler

AİHM, Boujlifa-Fransa davası kararında (21 Ekim 1997, Başvuru No. 25404/94, Reports 1997-VI, paragraf 36 ve 44-45) şunları belirtmiştir:

Başvurunun 8. Madde'deki anlamda bir özel hayat ve aile hayatı yaşayıp yaşamadığı sorusu, Mahkeme tarafından aleyhte önlem alındığı tarihteki duruma göre yanıtlanmalıdır (bkz., gerekli değişikliklerle, Bouchelkia-Fransa davası kararı, 29 Ocak 1997, Reports 1997-I, s. 63, paragraf 41). Bu tarih 8 Nisan 1991'dir ancak başvurucuya aleyhinde sınır dışı etme işlemlerinin

başlatıldığı 21 Kasım 1990'da bildirilmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 10). Bu nedenle Bay Boujlifa, o dönemde Bayan V. ile bir ilişki yaşadığını ileri sürme hakkına sahip değildir.

Ancak Mahkeme, kendisinin Fransa'ya 1967'de 5 yaşındayken geldiğine ve İsviçre'de cezaevinde olduğu dönem dışında, o tarihten beri Fransa'da yaşadığına dikkat çeker. Orada (kısmen cezaevinde) okumuştur ve temas halinde olduğu ebeveynleri ve sekiz kardeşi de orada oturmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 8). Bu nedenle, şikâyet edilen önlemin, başvurucunun özel ve aile hayatına müdahale olduğu konusunda Mahkeme'nin hiçbir kuşkusu yoktur.

[...]

Mahkeme, özellikle devletler hukuku kavramı olarak ve uluslararası yükümlülüklerle tabi olmak kaydıyla, yabancıların ülkelerine girişini ve ülkede kalışlarını kontrol etme hakkını kullanarak kamu düzenini koruma görevinin, Sözleşmecî Devletlere ait olduğunu tekrar ifade eder. Devletler bu amaçla, hüküm giymiş yabancıları sınır dışı etme gücüne sahiptirler.

Ancak bu konuda verdikleri kararlar, 8. Madde 1. fıkrada koruma altına alınan bir hakka müdahale olduğu için, demokratik bir toplumda zorunlu olmalıdır, yani acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamalıdır ve özellikle güdülen meşru amaçla orantılı olmalıdır (bkz. en son karar olarak, yukarıda bahsedilen Bouchelkia davası kararı, s. 65, paragraf 48).

Böylece Mahkeme'nin görevi, alınan önlem sayesinde, bir yandan başvurucunun özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkı, diğer yandan da kamu düzeninin bozulmasını veya suç işlenmesini önlemek olan çıkarlar arasında âdil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemektir.

Diğer yandan, başvurucu hakkı olduğu dönemde Fransız vatandaşlığına geçmek yönünde bir istek belirtmemiştir.

Mahkeme işlenen suçların (silahlı soygun ve soygun), şiddetinden ve verilen cezaların ağırlığından dolayı, bireylerin ve malların güvenliğinin ve kamu düzeninin özellikle ciddi bir ihlâli anlamına geldiğine dikkat çekmektedir.

Bu davada kamu düzeni şartlarının, başvuruya neden olan kişisel konulardan daha ağırlıklı olduğunu düşünmektedir.

Mahkeme, bunları göz önünde bulundurarak, başvurucunun sınır dışı edilmesiyle ilgili kararı, hedeflenen meşru amaçla orantısız bulmamaktadır. Bu nedenle 8. Madde ihlâl edilmemiştir.

(Aynı şekilde, reşit değilken birisine tecavüz eden genç bir adamın, yakın akrabalarının yaşadığı ve vatandaşı olduğu asıl ülkesine sınır dışı edilmesiyle ilgili Bouchel-

kiya-Fransa davası kararı, 29 Ocak 1997, Başvuru No. 23078/93, Reports 1997-I, paragraf 52-53; aynıys V.-Belçika davası kararı, 7 Ağustos 1996, Başvuru No. 21794/93, Reports 1996-III, paragraf 36.)

Nasri-Fransa davası toplu tecavüzdten hüküm giymiş sağır ve dilsiz bir kişinin sınır dışı edilmesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre (13 Temmuz 1995 tarihli karar, Başvuru No. 19465/92, Seri A No. 320-B, paragraf 48):

Bu özel şartların bir araya geldiği, özellikle de sağır ve dilsiz bir kişi olduğu, sadece kendi ailesiyleken asgari psikolojik ve sosyal dengeye ulaşabildiği ve ailesindeki çoğu kişinin Cezayir'le yakın bağları olmayan Fransız vatandaşları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, başvurunun sınır dışı edilmesi kararı uygulamaya geçirilirse izlenen meşru amaçla orantılı olmayacaktır. Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına zarar verilecektir ve bu nedenle 8. Madde ihlâl edilecektir.

Boultif-İsviçre davası kararında (2 Ağustos 2001, Başvuru No. 54273/2000, paragraf 53-56) AİHM, suç işlemiş ve bir İsviçre vatandaşıyla evli olan bir adamın oturma izninin yenilenmemesi konusunu incelemiştir. Buradaki şartlar, Nasri-Fransa davasındaki şartlardan daha az sıradışıdır. Ancak AİHM'ye göre:

Mahkeme önce başvurunun ve eşinin bir arada Cezayir'de yaşayıp yaşayamayacağını değerlendirmiştir. Başvurunun eşi İsviçre vatandaşıdır. Başvurunun eşinin Fransızca bildiği doğrudur ve Cezayir'deki kayınladesiyle telefonla teması olmuştur. Ancak başvurunun eşi hiç Cezayir'de oturmamıştır, bu ülkeyle başka hiçbir bağı yoktur ve hatta Arapça bilmemektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu şartlarda başvuru olan kocasının peşinden Cezayir'e gitmesi beklenemez.

Tek mesele, bir başka yerde ve özellikle İtalya'da aile hayatı kurup kuramayacaklarıdır. Bu konuda Mahkeme, başvurunun 1989'dan İsviçre'ye gittiği yıl olan 1992'ye kadar yasal olarak İtalya'da yaşadığına ve halihazırda yasal bir statüsü olmasa da İtalya'da yaşadığına dikkat çeker. Mahkeme'nin görüşüne göre, hem başvurunun hem de karısının İtalya'da yasal olarak oturma izni alacağı ve bunun sonucu olarak aile hayatı sürebilecekleri kesin olarak belirlenmemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümet'in başvurunun işlediği suçlar göz önünde bulundurulduğunda şu anda nerede olduğunun önemsiz olduğunu iddia ettiğine dikkat çekmektedir.

Mahkeme, başvurunun İsviçre dışında aile hayatı yaşaması neredeyse imkânsız olduğundan, aile hayatı kurmasının önüne ciddi bir engel konduğu görüşündedir. Diğer yandan, İsviçre makamları başvurunun İsviçre'de kalmaya devam etmesine izin vermediğinde başvuru, kamu düzenine göreceli

olarak sadece sınırlı bir tehdit oluşturuyordu. Mahkeme bu yüzden, müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olmadığı görüşündedir.

Bu nedenle, AİHS 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Baghli–Fransa davasında AİHM, bazı suçlardan hüküm giymiş bir kişinin bir ülkenin topraklarına girmesinin yasaklanması cezasını incelemiştir. Bu yasak, daimi olarak veya belirli bir süre için uygulanabilir. Bu davada, yasak 10 yıl süreyle konulmuştur. AİHM, bu önlemin başvurucunun özel ve aile hayatına müdahale olduğunu kabul etmiş, ancak bu önlemin 8. Madde 2. fıkrayla uyumlu olduğuna karar vermiştir. AİHM görüşlerini şöyle belirtmiştir (30 Kasım 1999 tarihli karar, Başvuru No. 34374/97, paragraf 36-37 ve 48-49):

Mahkeme, ülke topraklarına sokmama kararının nihai hale geldiği zamandaki duruma göre, başvurucunun AİHS 8. Madde'deki anlamda bir aile hayatı olup olmadığını incelemelidir (Bouchelkia–Fransa davası kararı, 29 Ocak 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, s. 63, paragraf 41, ve El Boujaïdi–Fransa davası kararı, 26 Eylül 1997, Reports 1997-VI, s. 1990-1991, paragraf 33). Bu davada, Temyiz Mahkemesi'nin 23 Ocak 1992'de verdiği kararla ilgili temyiz başvurusu, Yargıtay tarafından Eylül 1993'te reddedildiğinde, ülke topraklarına almama kararı nihai hale gelmiştir. Bu nedenle başvuru, Bayan I. ile daha önceki bir tarihte başlamış olan ilişkisini dayanak olarak gösterebilir.

Mahkeme, başvurucunun Fransa'ya 1967'de 2 yaşındayken geldiğine ve Cezayir'de askerliğini yaptığı dönem hariç, Mayıs 1994'te sınır dışı etme kararı yürürlüğe girene kadar Fransa'da yaşadığına dikkat çeker. Bütün eğitimi Fransa'da tamamlamış ve orada birkaç yıl çalışmıştır. Ayrıca anne ve babası, kız ve erkek kardeşleri de Fransa'da yaşamaktadır. Sonuç olarak, geçici sınır dışı etme kararının başvurucunun hem özel, hem de aile hayatına bir müdahale olduğu konusunda Mahkeme'nin hiç şüphesi yoktur.

[...]

Ancak bekâr ve çocuksuz olan başvuru, Fransa'da yaşayan ebeveynleri veya kardeşleriyle yakın ilişkileri olduğunu gösterememiştir. Ayrıca başvurucunun Bayan I. ile olan ilişkisinin, sınır dışı etme kararının verilmiş olduğu Aralık 1992'de başladığı unutulmamalıdır; bu nedenle durumunun muğlak olduğunu biliyordu.

Ayrıca, başvuru Cezayir vatandaşlığını devam ettirmiş ve Arapça bilmediğini hiç iddia etmemiştir. Askerliğini asıl ülkesinde yapmış ve bu ülkeye tatil için birkaç defa gitmiştir. Ayrıca, hakkı varken Fransız vatandaşı olmayı istediğine dair hiçbir işaret vermemiştir. Başvurucunun asıl ailesi ve sosyal bağları

Fransa'da olmasına rağmen, Hükümet'in de iddia ettiği gibi, doğduğu ülkeyle tabiyeti aşan bağları olduğuna dair deliller vardır.

Suçun ciddiyetine gelince, bir kısmı kendi ve partnerinin kullanımı için ve geri kalanı daha çok eroin satın almak için kaynak oluşturmak üzere, kullanıcılar için özellikle daha da tehlikeli hale gelecek biçimde işleme tâbi tutulmuş eroin ticaretinden dolayı Lyons Temyiz Mahkemesi başvurucuya üç yıl hapis cezası vermiştir. Bu cezanın iki yılı ertelenmiştir. Bu suç, hiç kuşkusuz kamu düzeninin ciddi bir ihlâlidir ve başkalarının sağlığına zarar vermektedir. Uyuşturucunun insanların hayatını mahveden etkileri düşünüldüğünde Mahkeme, bu belanın yayılmasına aktif olarak katkıda bulunan kişilere karşı yetkili makamların çok sıkı davranmasını anlayışla karşılamaktadır (bkz. Dalia–Fransa davası kararı, 19 Şubat 1998, Reports 1998-I, s. 92, paragraf 54).

Mahkeme, yukarıdaki konulara dayanarak, 10 yıl boyunca ülkeye sokmama kararının izlenen meşru amaçlarla orantısız olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle 8. Madde ihlâl edilmemiştir.

(Aynı şekilde, Dalia–Fransa davası kararı, 19 Şubat 1998, Başvuru No. 26102/95, Reports 1998-I, paragraf 39, 45 ve 52-54; ve El Boujaïdi–Fransa davası kararı, 26 Eylül 1997, Reports 1997-VI, Başvuru No. 25613/94.)

Çeşitli hipotezler

Cezaevi ziyaretleri

Messina–İtalya (No. 2) davası kararı (28 Eylül 2000, Başvuru N. 25498/94, paragraf 61-63, 66-70 ve 72-74) bir hakimin öldürülmesiyle ilgili olarak hemen soruşturmayı yürüten hakimin önüne çıkartılması gerektiği konusunda talimat verilmiş olan ve gözaltında olan bir kişinin ailesinin ziyaretlerine uygulanan sınırlamalar hakkındadır; bu kişi, 17 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır ve mafyayla bağlantılarından dolayı suçlamalarla ilgili olarak hakkında açılan başka davalar hali-hazırda devam etmektedir. AİHM'ye göre:

Mahkeme, AİHS 5. Madde'ye göre yasal olan her türlü göz altında olma durumunun, doğası gereği özel hayatın ve aile hayatının kısıtlanmasını içerdiğine dikkat çeker. Ancak göz altındaki kişinin aile hayatına saygı gösterilmesinin önemli bir kısmı da, kişinin yakın akrabalarıyla temasını devam ettirmesi konusunda cezaevi yetkililerinin yardımcı olmasıdır (bkz. Ouinas–Fransa davası kararı, Başvuru No. 13756/88, 12 Mart 1990 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports 65, s. 265).

Bu davada başvuru, aile ziyaretlerinin sayısının kısıtlandığı (ayda en fazla iki ziyaret) ve bu tür ziyaretlerin denetimi konusunda özel önlemler içeren (göz

altında olanlar ile ziyaretçiler arasında cam bir bölme vardır) bir cezaevi uygulamasına tâbidir.

Mahkeme bu sınırlamaların, başvurunun AİHS 8. Madde 1. fıkrada teminat altına alınan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu görüşündedir (bkz. X.–Birleşik Krallık davası kararı, Başvuru No. 8065/77, 3 Mayıs 1978 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports 14, s. 246).

Bu müdahale, “yasayla öngörülümüşse”, 8. Madde 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçına yönelikse ve “demokratik bir toplumda zorunlu” ise, AİHS’yi ihlâl etmez.

[...]

[...] Mahkeme organize suç olgusunu, özellikle de aile ilişkilerinin temel bir rol oynadığı mafya ile ilgili suçların özelliklerini göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca bazı Sözleşmeciler Devletlerde, tehlikeli tutuklularla ilgili özel güvenlik uygulamaları vardır. Bu uygulamalar, hapisanedeki diğer kişilerden ayrı tutulmaya ve daha sıkı izlemeye dayalıdır.

Bu durumda Mahkeme, İtalyan makamların mafya konusunda yaptığı soruşturmanın kritik şartları altında, İtalyan yargısının şikâyetçi olunan önlemlerin meşru bir amaca yönelik olduğunu makul olarak ileri sürebileceğini düşünmektedir.

Mahkeme, yine de, başvurucuya bu özel uygulamanın yapılmasının, başvurunun AİHS 8. Madde’deki haklarına zarar verip vermediğini değerlendirmelidir.

Öncelikle Mahkeme, başvurunun hüküm giydiği suçlar çok ciddi olduğu için ve özellikle mafyayla ilgili bazı suçlarda hâlâ sanık konumunda olduğu için, başvurunun bu özel uygulamaya 26 Kasım 1993’ten (bkz. yukarıdaki paragraf 13) 21 Mayıs 1998’e kadar (bkz. yukarıdaki 38. paragraf) yaklaşık dört buçuk yıl maruz kaldığına dikkat çeker.

Hükümet, özel uygulamayı uzatmaya gerek olup olmadığını, her defasında ilgili makamlar tarafından büyük dikkatle değerlendirildiğini belirtmiştir.

[...]

Ayrıca Mahkeme, başvurunun bu özel uygulamanın yapıldığı dönemin hepsi boyunca Bölüm 41 bis’te belirlenen, aile ziyaretleriyle ilgili sınırlamalara tâbi olmadığına dikkat çeker. Trapani Assize Mahkemesi Başkanı’nın 9 ve 20 Aralık 1993’te verdiği iki kararla, ilk defa karısının ve kızının fazladan ziyaretlerde bulunmasına izin verilmiştir [...].

Mahkeme bu kararların, İtalyan makamlarının başvurunun yakın akrabalarıyla temasını devam ettirmesine yardımcı olmaya ve böylece, başvuru-

nun hakları ile özel uygulamalar sayesinde ulaşmayı hedefledikleri amaçlar arasında âdil bir denge kurmaya çalıştıklarının kanıtı olduğu görüşündedir.

Yukarıdaki düşünceler ışığında Mahkeme, başvurucunun aile hayatına saygı gösterilmesi üzerindeki sınırlamaların, AIHS 8. Madde 2. fıkradaki anlamıyla, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli olandan öteye gitmediğine karar vermiştir.

Bu bakımdan AIHS 8. Madde ihlâl edilmemiştir.

Yerleşik olmayan kişilerin durumu

AIHM Chapman–Birleşik Krallık davası kararında (18 Ocak 2001), başvurucunun karavanda yaşamasının Çingene kimliğinin önemli bir parçası olduğunu çünkü bu hayatın söz konusu azınlığın seyahat etme konusunda tarihi geleneğinin bir parçası olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun karavanının yeri konusunda alınan kararlar, sadece konutuna saygı gösterilmesi hakkını etkilemekle kalmamış, aynı zamanda Çingene kimliğini korumasını ve bu geleneğe uygun olarak özel hayat ve aile hayatı yaşamasını da etkilemiştir.

Bunun doğal sonucu olarak konutun korunması incelenmelidir.

4. 8. Madde 1. fıkra ve konutun korunması

“Konut” kavramı

8. Madde ve gelecekte konut

Loizidou–Türkiye davasında AIHM, başvurucunun bir konut inşa etmeyi düşündüğü ancak üzerinde bina olmayan bir arsanın, 8. Madde’nin korumasına girip girmediğini incelemiştir. Bu davada, başvurucu kuzey Kıbrıs’taki bir arsanın sahibi olduğunu iddia etmektedir. Bu bölge Türkiye tarafından işgal edilmeden önce, bu arsada biri başvurucunun ailesinin konutu olacak olan dairelerin inşaatına başlanmıştır. Başvurucuya göre, Türk güçleri başvurucunun buraya geri dönmesini ve mallarıyla ilgili haklarını kullanmasını geçmişte önlemiştir ve önlemeye devam etmektedir. AIHM’ye göre (18 Aralık 1996 tarihli karar, Başvuru No. 15318/89, Reports 1996-VI, paragraf 66):

Mahkeme, başvurucunun evinin söz konusu arsada olmadığına dikkat çeker. Mahkeme’nin görüşüne göre, 8. Madde’deki “konut” kavramını, ileride oturma amacıyla üzerinde bir ev inşa edilmesi planlanan gayrimenkulu içerecek biçimde genişletmek bu kavramın anlamını zorlar. Bu terim, bir bireyin büyüdüğü ve ailesinin köklerinin olduğu ama artık oturmadığı, Devlet topraklarının bir parçasını içerecek biçimde de yorumlanamaz.

Bu nedenle, başvuruçunun 8. Madde kapsamındaki haklarına müdahale edilmemiştir.

Konut ve işyerleri

AİHM, yukarıda bahsedilen Niemietz–Almanya davası kararında, “konut” kavramını ve bu kavramın işyerlerine uygulanmasını açıklığa kavuşturmuştur (s. 34, paragraf 30-31):

Mahkeme, 8. Madde'nin İngilizce metninde geçen “home” (konut) kelimesinin, Almanya gibi bazı Sözleşmeciler Devletlerde (bkz. yukarıdaki paragraf 18) işyerlerini de kapsayacak biçimde kabul edildiğine dikkat çeker. Bu yorum, Fransızca metinle tamamen uyumludur çünkü “domicile” kelimesinin çağrıştırdıkları “home” kelimesinden daha fazladır ve örneğin bir kişinin ofisini de içerebilir.

Ayrıca bu bağlamda, bir bireyin mesleğiyle veya işiyle ilgili faaliyetler kişinin özel konutunda yürütülebileceği ve o kadar da ilgili olmayan faaliyetler de bir ofiste veya ticari kurumda yürütülebileceği için, bu konuda kesin ayrımları belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle “home” ve “domicile” kelimelerinin dar anlamda yorumlanması, “özel hayat” kavramının dar anlamda yorumlanmasında da söz konusu olan eşit olmayan muamelelerin ortaya çıkmasına neden olabilir (bkz. yukarıdaki paragraf 29).

Daha genel olarak, “özel hayat” ve “konut” kelimelerini bazı mesleki veya işle ilgili faaliyetleri ve mekânları içerecek biçimde yorumlamak, 8. Madde'nin ana hedefi ve amacı olan, kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumakla uyumludur (bkz. örneğin Marckx–Belçika davası kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 15, paragraf 31). Böyle bir yorum, Sözleşmeciler Devletleri gereksiz biçimde kısıtlamaz, çünkü 8. Madde 2. fıkranın izin verdiği derecede “müdahale etme” haklarını korumuş olurlar; bu hak, mesleki veya işle ilgili faaliyetlerin ve mekânların da dahil olması durumunda, olmamasına kıyasla daha kapsamlı olabilir.

Konutta yaşayanlar ve konut arasındaki yasal bağ

AİHM Mentesh ve Diğerleri–Türkiye davası kararında, başvuruçunun konutta düzenli olarak kaldığı sürece, söz konusu yerin konutu olarak görülmesi için, başvuruçunun konutun sahibi olması gerektiğini veya konuttaki varlığının daimi olması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur (28 Kasım 1997 tarihli karar, Başvuru No. 23186/94, Reports 1997-VIII, paragraf 73).

Mahkeme, ilk başvuruçunun olan Bayan Azize Mentesh ile ikinci ve üçüncü başvuruçular arasında ayırım yapmaya bir neden görmemektedir. Söz konusu

konutun sahibi, büyük olasılıkla kendisi değil de kayınpederi olmasına rağmen, birinci başvurucu her yıl köyü ziyaret ettiğinde orada uzun süreler kalmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 34). Güçlü aile bağları ve orada kalışının doğası düşünüldüğünde, o konutta 25 Haziran 1993'te bulunmasıyla AİHS 8. Madde'nin teminat altına aldığı korumanın kapsamına girer.

Buckley–Birleşik Krallık davasında AİHM, 8. Madde'nin yasal olmayan konutlara uygulanmasını inceleme fırsatını elde etmiştir. Bu davada bir Çingene olan başvurucuya, ailesiyle beraber sahip olduğu arazinin üzerindeki karavanda yaşamasını mümkün kılacak olan imar izni verilmemiştir. AİHM, Gillow davası kararından yola çıkarak, AİHS 8. Madde'nin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda şu gözlemlerde bulunmuştur (25 Eylül 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, No. 16, s. 1287-1288, paragraf 52-54).

Hükümet, başvurucunun 8. Madde kapsamındaki haklarının söz konusu olduğuna karşı çıkmıştır. İddialarına göre, sadece kanunlara uygun olarak oluşturulmuş bir “konut” bu hükmün koruması kapsamına girmektedir.

Başvurucunun ve Komisyon'un beyanlarına göre, 8. Madde'de kullanılan dilde veya Mahkeme'nin veya Komisyon'un içtihadında, “konut” kavramının kanunlara uygun olarak oluşturulmuş konutlarla sınırlı olduğunu gösteren hiçbir şey yoktur.

Mahkeme, 24 Kasım 1986 tarihli Gillow–Birleşik Krallık davası kararında (Seri A No. 109), başvurucuların söz konusu gayrimenkulu konutları olarak oluşturduklarına, oraya dönme niyetinde olduklarından gayrimenkulun sahibi olmaya devam ettiklerine, orada daimi ikametgah oluşturmak amacıyla oturduklarına, diğer evlerini kapattıklarına ve Birleşik Krallık'ta başka bir ev açmadıklarına dikkat çeker. Bu nedenle söz konusu gayrimenkul, 8. Madde açısından “konutları” sayılmaktadır (yukarıda belirtilen s. 19, paragraf 46).

Gillow davasında başvurucunun konutu baştan kanunlara uygun olarak kurulmuş olmasına rağmen, bu davada da benzer konular düşünülmelidir. Mahkeme, başvurucunun arsayı üzerinde konut kurmak amacıyla aldığı ikna olmuştur. Başvurucu, ailevi nedenlerle 1993'te iki haftalık bir ayrılık dışında (bkz. yukarıdaki paragraf 11 ve 13), 1988'den beri orada neredeyse hiç aralıksız oturmaktadır ve başka bir yerde konutu olduğu veya olmasına niyetlendiği de iddia edilmemiştir. Bu nedenle dava, başvurucunun “konut” hakkına saygı gösterilmesiyle ilgilidir.

8. Madde'nin konutla ilgili uygulamalarına örnekler

Selçuk ve Asker–Türkiye davasında, başvurucular kolluk kuvvetlerinin evlerini ve Bayan Selçuk'un değirmenini yıkmasının ve köylerinden atılmalarının 8. Madde

ihlalleri olarak incelenmesi gerektiğini iddia etmiştir. AİHM'ye göre (20 Nisan 1998 tarihli karar, Başvuru No. 23184/94, 23185/94, Reports 1998-II, paragraf 86-87):

Mahkeme, güvenlik güçlerinin başvurucuların konutlarını ve ev eşyalarını ve kısmen Bayan Selçuk'a ait olan değerlerini kasden yok ederek onları İslamköy'den ayrılmaya zorladığının gerçek olarak belirlendiğini hatırlatır (bkz. yukarıdaki paragraf 77). Bu davranışların, 3. Madde ihlallerine yol açmaya ek olarak, başvurucuların aile ve özel hayatına ve konutlarına ve mallarını huzur içinde kullanma haklarına ciddi ve haksız müdahaleler oluşturduğu hiç kuşku götürmemektedir.

Sonuç olarak Mahkeme, AİHS 8. Madde ve Protokol No. 1, 1. Madde'nin ihlalleri olduğuna karar vermiştir.

(Bkz. aynı yönde Dulaş–Türkiye davası kararı, 30 Ocak 2001, Başvuru No. 25801/94, paragraf 57-61; Bilgin–Türkiye davası kararı, 16 Kasım 2001, Başvuru No. 23819/94, paragraf 105-109; veya Akdivar ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 16 Eylül 1996, Reports 1996-IV, Başvuru No. 21893/93, paragraf 88, ev yakmayla ilgili.)

McLeod–Birleşik Krallık davası kararında (23 Eylül 1998, Başvuru No. 24755/94, Reports 1998-VII, paragraf 36 ve 57), bir konuta polis memurlarının girişinin doğal olarak konuta saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğuna dikkat çekmiştir. Bu tür bir giriş, amacıyla orantılı ise ve 8. Madde 2. fıkrada belirtilen şartlarda yapıldıysa, yasalara göre haklı olabilir. Bu davada polis, davacının çeşitli eşyalarını geri almak isteyen eski eşine eşlik etmiştir. AİHM'ye göre:

Düzenin bozulması veya suç işlenmesi riski hiç olmadığı veya çok düşük olduğu bariz olduğu için, polis memurları başvurucunun orada olmadığını öğrendikten sonra konutuna girmemeliydi. Bu bağlamda Mahkeme, polis memurlarının sürenin bir kısmı boyunca gayrimenkulün dışında kalmasının, başvurucunun olmadığı bir ortamda huzurun bozulması olasılığının olmadığı yönündeki inançlarının bir göstergesi olduğuna dikkat çekmektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 14). Başvurucu eve döndüğünde bir münakaşa yaşanmış olması (bkz. yukarıdaki paragraf 15), Mahkeme'nin görüşüne göre polis memurlarının gayrimenkula girme konusunda haklı olup olmadığının belirlenmesi açısından önemsizdir.

Yukarıdaki nedenlerden dolayı Mahkeme, polis memurlarının kullandığı yöntemlerin izlenen meşru hedefle orantısız olduğuna karar vermiştir. Böylece AİHS 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Camenzind–İsviçre davası kararı, aramaların konuta saygı gösterilmesi hakkına açıkça müdahale olduğunu göstermektedir. Aramalar da 8. Madde 2. fıkraya göre

haklı olabilir. AİHM'ye göre (16 Aralık 1997 tarihli karar, Başvuru No. 21353/93, Reports 1997-VIII, paragraf 45-47):

Sözleşmeci Devletler, belirli suçlar hakkında fiziksel delil toplamak amacıyla konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemler almayı gerekli bulabilir. Mahkeme, söz konusu önlemleri almak için kullanılan nedenlerin konu ile ilgili ve yeterli olup olmadığını ve daha önce bahsedilen orantısallık prensibine uyulup uyulmadığını değerlendirir (bkz. Funke–Fransa, Crémieux–Fransa ve Mialhe–Fransa davası kararları, 25 Şubat 1993, sırasıyla Seri A No. 256-A, s. 24-25, paragraf 55-57, Seri A No. 256-B, s. 62-63, paragraf 38-40 ve Seri A No. 256-C, s. 89-90, paragraf 36-38; ve gerekli değişikliklerle, Z.–Finlandiya davası kararı, 25 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, s. 347, paragraf 94). İkinci konuda Mahkeme, öncelikle ilgili kanunların ve uygulamanın bireylere “istismara karşı yeterli ve etkin koruyucu önlemler” (aynı yer) sağlayıp sağlamadığına bakar; Mahkeme bu konuda Sözleşmeci Devletlerin takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmekle beraber, bu dava gibi otoritelerin ulusal kanunlara göre yargı talimatı olmadan arama emri verebilmekte ve arama yapabilmekte olduğu durumlarda daha da titiz davranmaktadır. Bireyler, yetkili makamların 8. Madde'nin teminat altına aldığı haklarına keyfi müdahale etmesine karşı korunacaksa, yasal bir çerçeve olması ve bu gücün sınırlarının çok kesin biçimde belirlenmesi gerekir. Ayrıca Mahkeme, ele alınan davada yapılan müdahalenin hedefle orantılı olup olmadığını belirlemek için her bir davada geçerli olan özel şartları incelemelidir.

Bu davada, Bay Camenzind'in “telgraf ve telefonla haberleşmeyi” düzenleyen 1922 tarihli Federal Kanun'un 42. bölümünü (bkz. yukarıdaki paragraf 7-9) ihlâl ederek kullandığından şüphelenilen yasa dışı bir telsiz telefona el koymak amacıyla arama yapılmıştır. PTT Merkezi'ndeki radyo haberleşmesini izleme birimi, başvuruçunun konuşmalarını kaydettiği için yetkili makamların elinde zaten suçla ilgili bazı deliller vardı ve Bay Camenzind telefonu kullandığını itiraf etmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 7 ve 10). Ancak Mahkeme, bu suçla ilgili delilleri elde etmek için suçun maddi unsurunun (corpus delicti) ele geçirilmesinin ve bunun sonucu olarak arama yapılmasının yetkili makamlar tarafından gerekli görülmesini kabul etmektedir.

İsviçre kanunlarında sağlanan koruyucu önlemlere gelince Mahkeme, 22 Mart 1974 tarihli ve tâdil edilmiş Federal İdari Ceza Kanunu'na (bkz. yukarıdaki paragraf 17-25) göre, istisnalar dışında, bir aramanın sınırlı sayıda üst düzey memur tarafından verilebilen yazılı bir arama emriyle (Bölüm 48) ve bu amaç için eğitilmiş özel görevliler tarafından yapılabileceğine (Bölüm 20) dikkat

çekmektedir; bu görevliler, mevcut şartlar tarafsızlıklarını etkileyebilecekse görevi bırakma yükümlülüğü altındadır (Bölüm 29). Aramalar, sadece “bir zanlının saklanma olasılığı ve el konabilecek eşyalar veya değerli mallar veya bir suçun işlendiğine dair delil bulma olasılığı varsa [...] evlerde ve başka mekânlarda” yapılabilir (Bölüm 48); aramalar “önemli davalar ve acil bir tehlike olduğu durumlar dışında” Pazar günleri, resmi tatillerde veya geceleri yapılamaz (Bölüm 49). Aramanın başında, araştırmadan sorumlu bir görevli kimliğini göstermeli ve söz konusu mekânda yaşayan kişiye aramanın amacını belirtmelidir. Söz konusu kişi veya o yoksa bir akrabası veya o evde yaşayanlardan birinden, arama sırasında orada bulunması istenmelidir. Prensipte, “[aramanın] amacından sapmamasını sağlamak için” bir devlet memuru da orada bulunmalıdır. Aramayla ilgili rapor aramaya katılan kişilerin önünde hemen hazırlanır; isterlerse bulunan kişilere de arama emrinin ve söz konusu kaydın bir kopyası verilmelidir (Bölüm 49). Ayrıca belge için yapılan aramalarda özel sınırlamalar vardır (Bölüm 50). Ayrıca şartlar ne olursa olsun zanlıların avukat tutma hakkı vardır (Bölüm 32); bir “soruşturma önleminde” etkilenen ve “bu önlemi ortadan kaldıracak veya değiştirecek kadar korumaya değer bir çıkarı olan” herkes, Federal Mahkeme’nin İddianame Bölümü’ne şikâyette bulunabilir (Bölüm 26 ve 28). Son olarak, açıklayacak hiçbir şeyi olmadığı ortaya çıkan bir “zanlı” ortaya çıkan zarar için tazminat talep edebilir (Bölüm 99-100).

Aramanın biçimine gelince Mahkeme, Bay Camenzind’in aramanın tek bir görevli tarafından yapılmasını istediğine dikkat çeker (bkz. yukarıdaki paragraf 11). Arama, başvurunun yanında ve başvurucuya dava dosyasını incelemesi ve avukatını araması için izin verildikten sonra yapılmıştır. (bkz. yukarıdaki paragraf 10). Arama yaklaşık iki saat sürmüş ve bütün ev aranmıştır ancak arama memuru sadece telefonları ve televizyonları kontrol etmiştir; mobilyaları aramamış, belgeleri incelememiş veya herhangi birşeye el koymamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 11).

Mahkeme, İsviçre kanunlarındaki önlemleri ve özellikle de yapılan aramanın sınırlı olduğunu göz önünde bulundurarak, başvurunun konutuna saygı gösterilme hakkına yapılan müdahalenin güdülen amaçla orantılı olarak değerlendirilebileceğine ve bu nedenle 8. Madde’deki anlamıyla “demokratik bir toplumda zorunlu” olduğuna karar vermiştir. Böylece bu hüküm ihlâl edilmemiştir.

5. 8. Madde 1. fıkrada ve haberleşmenin korunması

AİHM, çeşitli defalar haberleşmenin kontrol edilmesinin 8. Madde’de korunan haklara müdahale olduğunu belirtmiştir. Tutukluların avukatlarıyla veya AİHS kurumlarıyla haberleşmeleriyle ilgili davalarda bu görüş belirtilmiştir.

Campbell–Birleşik Krallık davasında başvuru, 8. Madde’ye aykırı olarak, avukatıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’yla yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığından ve okunduğundan şikâyet etmiştir. AİHM, 25 Mart 1992 tarihli kararında (Seri A No. 233, s. 16, paragraf 33) şu gözlemlerde bulunmuştur:

[...] başvuru, 14 Ocak 1986’da Komisyon’a yaptığı başvurunun başından beri “avukatlarıyla ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’yla yaptığı yazışmalara cezaevi yetkilileri tarafından düzenli olarak müdahale edildiğinden ve yazışmaların açıldığından, okunduğundan, incelendiğinden ve sansürlendiğinden” şikâyet etmiştir. Başvuru, avukatı ve Komisyon’la yaptığı temaslarda “bu yazışmaların, cezaevi yetkilileri tarafından okunacağını [...] ve not edileceğini” bildiği için kısıtlandığını eklemiştir. Mahkeme, Hükümet’in cezaevi kurallarına göre başvuru, Komisyon’a gönderdiği bir dilekçe hariç, avukatına gönderdiği ve avukatından gelen yazışmaların incelenebileceğini kabul ettiğine dikkat çeker. Gerçekten de SHHD başvurucu ve avukatına, yapılan yazışmanın, bu tür mektupların açılmasına ve okunmasını izin veren mevcut kurallara tâbi olduğunu bildirmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 13-14). Bu şartlarda başvuru, 8. Madde kapsamında haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiğini iddia edebilir.

Bu davada AİHM, başvuru, avukatıyla yaptığı yazışmaların açılmasının ve okunmasının ve Komisyon’dan gelen mektupların açılmasının acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığına ve bu nedenle 8. Madde 2. fıkradaki anlamda “demokratik bir toplumda zorunlu” olmadığına karar vermiştir.

Ancak böyle bir müdahale, 8. Madde 2. fıkrada belirtilen üç şartı karşıladığında haklı olabilir. AİHM, Rinzivillo–İtalya davası kararında (21 Aralık 2000, Başvuru No. 31543/96, paragraf 28, sadece Fransızca metin vardır, gayri resmi tercüme) şunları belirtmiştir:

Bu tür bir müdahale, “yasayla öngörülmüş” olmadığı ve 2. fıkrada meşru olduğu belirtilen bir veya birkaç hedefe yönelik olmadığı ve ayrıca bu hedeflere ulaşmak “demokratik bir toplumda zorunlu” olmadığı sürece, 8. Madde ihlâl edilmiş olur (bkz. Silver ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Mart 1983, Seri A No. 61, s. 32, paragraf 84, Campbell–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Mart 1992, Seri A No. 233, s. 16, paragraf 34, yukarıda bahsedilen

Calogero Diana kararı, s. 1775, paragraf 28, yukarıda bahsedilen Domenichini kararı, s. 1799, paragraf 28, ve Petra–Romanya davası kararı, 23 Eylül 1998, Reports 1998-VII, s. 2853, paragraf 36).

İlk şart, haberleşmenin kontrolünün yasal bir önlemlle öngörölmüş olmasıdır. AİHM, yasal önlemin yeterince kesin olması gerektiğini belirtmiştir. Cezaların uygulanmasından sorumlu hakim tarafından tutuklunun mektuplarının kontrol edilmesiyle ilgili Calogero Diana–İtalya davası kararında (15 Kasım 1996, Başvuru No. 15211/89, Reports 1996-V, paragraf 32), AİHM şunları belirtmiştir:

Takdir yetkisi yeren bir kanunun, söz konusu takdirin içeriğini belirtmesi gerekmesine rağmen, kanun çerçevesinin belirlenmesinde mutlak kesinliğe ulaşmak imkânsızdır ve kesinliğe ulaşma çabasının olası sonucu aşırı katılık olur (bkz. diğer kararlara ek olarak, yukarıda bahsedilen Silver ve Diğerleri davası kararı, s. 33, paragraf 88). Ancak bu durumda, 354 sayılı Kanun yetkili makamlara aşırı esneklik sağlamaktadır. Özellikle, alınan önlemin süresi veya hangi nedenlerle alınabileceği belirtilmeden, sadece haberleşmesi sansür edilebilecek kişilerin kategorisi ve yetkili mahkeme belirtilmektedir. Bu kanunda Bölüm 18'deki boşluklar, Hükümet'in iddialarını reddetmeye ağırlık vermektedir.

Kısaca İtalya'daki kanun, yetkili makamlara verilen takdir payının içeriğini ve uygulanma biçimini makul bir açıklıkla belirtmemektedir; böylece Bay Diana, hukukun üstün olduğu demokratik toplumlarda vatandaşların hakkı olan asgari koruma düzeyinden faydalanamamıştır (bkz. yukarıda bahsedilen Kruslin davası kararı, s. 24-25, paragraf 36). Bu nedenle 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Aynı konudaki Petra–Romanya davası kararında (23 Eylül 1998, Başvuru No. 27273/95, Reports 1998-VII, paragraf 37) belirtildiği gibi, kanunun sadece çok genel ifadelerle, hüküm giymiş tutukluların mektup alma ve gönderme hakkı olduğunu ve hüküm giymiş tutukluların rehabilitasyonu için uygun olmayan her türlü mektup ya da gazete, kitap veya dergiye cezaevi yetkililerinin el koyabileceğini belirtmesi, böylece haberleşmenin kontrolünün, bir yargı makamının kararından bağımsız olarak ve herhangi bir çözüme açık olmayacak biçimde otomatik hale gelmesi, AİHM'ye göre ulusal makamlara aşırı esneklik sağlamaktadır (aynısı Di Giovanni–İtalya davası kararı, 26 Temmuz 2001, Başvuru No. 39920/98, paragraf 25-27; ve Nidbala-Polonya davası kararı, 4 Temmuz 2000, Başvuru No. 27915/95, paragraf 78-81).

Genel olarak, ikinci şart sorun yaratmamaktadır. AİHM, haberleşmenin kontrol edilmesiyle güdülen amacın, örneğin “ulusal güvenliği” koruma isteği ve/veya “düzenin bozulmasını önleme” veya “suçu önleme” gibi amaçların 8. Madde 2. fıkra açısından meşru amaçlar olduğunu kolaylıkla kabul etmektedir.

Üçüncü şart ise, “Haberleşmenin kontrol edilmesi zorunlu mu?” sorusudur. AİHM, 25 Mart 1992 tarihli Campbell–Birleşik Krallık davası kararında (Seri A No. 233, s. 18-19, paragraf 44-48), avukatla yapılan haberleşmeyi denetleme ihtiyacını incelemiştir:

[...] zorunluluk kavramı, müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ve özellikle izlenen meşru amaçla orantısız olduğunu ima eder. Bir müdahalenin “demokratik bir toplumda zorunlu” olup olmadığını belirlenirken, Devlet’in takdir hakkı göz önünde bulundurulabilir (bkz. diğer kararlara ek olarak Sunday Times–Birleşik Krallık (No. 2) davası kararı, 26 Kasım 1991, Seri A No. 217, s. 28-29, paragraf 50).

Cezaevinde olmanın doğal ve makul şartları düşünüldüğünde, tutukluların haberleşmesinin belirli bir düzeyde kontrol edilmesi gerektiği ve bunun başlı başına AİHS’yle uyumsuz olmadığı da kabul edilmiştir (bkz. Silver ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Mart 1983, Seri A No. 61, s. 38, paragraf 98). Genel olarak bu kontrolün kabul edilebilir düzeyi belirlenirken, mektup yazma ve alma fırsatının, bazen bir tutuklunun dış dünyayla tek bağı olabileceği gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Avukata başvurmak isteyen herhangi bir kişinin, detaylı ve sınırlanmamış bir görüşme yapılmasını mümkün kılan şartlarda, serbest bir biçimde görüşmesinin kamu yararına olduğu açıktır. Bu nedenle, prensipte avukat-müvekkil ilişkisi gizlidir. 28 Kasım 1991 tarihli S.–İsviçre davası kararında Mahkeme, tutuklunun cezaevi yetkililerinin duymayacağı biçimde avukatıyla görüşmesinin öneminin altını çizmiştir. 6. Madde bağlamında, bir avukat müvekkiliyle böyle bir denetim olmaksızın görüşemezse ve ondan gizli talimatlar alamazsa, avukat yardımının faydası önemli ölçüde ortadan kalkacaktır; oysa AİHS’nin amacı pratik ve etkin hakları teminat altına almaktır (Seri A No. 220, s. 15-16, paragraf 48; ayrıca bu bağlamda bkz. Campbell ve Fell–Birleşik Krallık davası kararı, 28 Haziran 1984, Seri A No. 80, s. 49, paragraf 111-113).

Mahkeme’nin görüşüne göre, özellikle de bu davada olduğu gibi haberleşmenin konusu cezaevi yetkilileriyle ilgili iddialar ve şikâyetler ise ve gizlilik ihtiyacı aynı düzeyde acil ise, bir tutuklunun planlanan veya halihazırda devam eden bir dava hakkında avukatıyla yaptığı haberleşmede benzer endişeler geçerlidir. Özellikle haberleşmeye konu olan meseleyle doğrudan ilgili olan kişilerin veya yetkililerin, bu haberleşmeyi rutin olarak denetlemesi, avukat ve müvekkili arasındaki ilişkilerde geçerli olan gizlilik ve mesleki ayrıcalık prensipleriyle uyumlu değildir.

Hükümet’in de belirttiği gibi, başlatılması düşünülen bir davayla ve genel konularla ilgili mektupla haberleşmenin sınırlarını çizmek özellikle zordur ve

bir avukatla yapılan haberleşme, davayla çok az ilgili olan veya hiç ilgili olmayan konuları da içerebilir. Ancak Mahkeme, avukatlarla yapılan ve amacı ne olursa olsun gizli ve özel konuları içeren haberleşme kategorileri arasında bir ayırım yapmaya neden görmemektedir. Prensip, bu tür mektuplar 8. Madde kapsamında ayrıcalıklıdır. Bir avukatın tutukluya gönderdiği bir mektubu, zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkartamayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe varsa, cezaevi otoriteleri açabilir. Ancak mektup, sadece açılmalı ve okunmamalıdır. Mektubun okunmasını önleyen, örneğin mektubun tutuklu önünde açılması gibi uygun teminatlar olmalıdır. Diğer yandan, sadece mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlike altına soktuğu veya başka bir şekilde cezai bir özelliği olduğu konusunda otoritelerin makul sebeplerinin olduğu istisnai durumlarda, bir tutuklunun avukatına gönderdiği ve avukatından gelen mektupların okunmasına izin verilmelidir. Neyin “makul sebep” olduğu mevcut şartlara bağlıdır ancak tarafsız bir gözlemcinin, bu özel iletişim kanalının istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak gerçeklerin veya bilgilerin var olduğu varsayımından yola çıkılır (bkz. gerekli değişikliklerle Fox, Campbell ve Hartley–Birleşik Krallık davası kararı, 30 Ağustos 1990, Seri A No. 182, s. 16, paragraf 32).

Bu konu, özellikle terörizm suçundan zanlı olarak gözaltında tutulan kişiler konusunda ortaya çıkmıştır. PKK üyelerinin yargılanması konulu Erdem–Almanya davası kararında (5 Temmuz 2001, Başvuru No. 38321/97, paragraf 64-66, sadece Fransızca metin vardır, gayri resmi tercüme), AİHM şunları belirtmiştir:

Haberleşmenin, mektupların ve telekomünikasyonun gizliliğine sınır getirilmesini mümkün kılan bir kanunla ilgili, 18 Kasım 1978 tarihli Klass ve Diğerleri–Almanya kararında (Seri A No. 78, s. 23, paragraf 48), Mahkeme terörizmle mücadele konusunda şu prensipleri belirlemiştir:

“[...] Günümüzde demokratik toplumlar, çok karmaşık casusluk biçimlerinin ve terörizmin tehdidi altındadır; bunun sonucu olarak Devlet, bu tür tehditlere etkin olarak yanıt verebilmek için, kendi yetki alanı içinde çalışan yıkıcı unsurların gizli gözetimini yapabilmelidir. Mahkeme, istisnai şartlarda mektup, posta ve telekomünikasyonun gizli gözetimine izin veren bazı kanunlarının varlığını, ulusal güvenlik ve/veya suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul etmek durumundadır.”

Ancak gözaltında olan bir kişi ile yasal temsilcisi arasındaki haberleşmenin gizliliği, yine de bireylerin temel haklarından biridir ve savunmanın haklarını doğrudan etkiler. Bu nedenle, Mahkeme'nin yukarıda da belirttiği gibi, bu prensibin askıya alınmasına istisnai durumlarda izin verilebilir ve bu durum,

istismara karşı uygun ve yeterli teminatlarla bir arada düşünölmelidir (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Klass davası kararı, a.g.e.)

PKK'nın yönetici kadrosuyla ilgili davalar, her türde terörle mücadelenin istisnai kapsamına girer. Ayrıca, Almanya'da yaşayan ve bir çoğu Kürt kökenli olan geniş Türk topluluğu göz önünde bulundurularak, Alman makamlarının davanın en uygun güvenlik koşullarında gerçekleşmesini sağlaması da kanunlara uygun görünmektedir.

Haberleşmesinin denetlenmesi gereken kişilerin kategorisi belirlendiği, yani Ceza Hukuku'nun 129.a Maddesi'ne göre bir terör örgütüne dahil olduğundan şüphelenilen ve gözaltında bulunan kişiler belirtildiği için, söz konusu hükmün çok kesin bir biçimde hazırlandığı Mahkeme tarafından gözlemlenmiştir. Ayrıca, tutuklu kişi ile avukatı arasındaki haberleşmenin gizli olduğu genel kuralından uzaklaştığı için istisnai özellikler taşıyan bu önlemlerle beraber, çeşitli teminatlar vardır: Mahkeme'nin önüne daha önce gelen ve cezaevi yetkililerinin mektupları açtığı davalardan farklı olarak (bkz. özellikle yukarıda bahsedilen Campbell ve Fell ile Campbell davası kararları), bu davada kontrol gücü, soruşturma ile hiçbir bağı olmayan ve böylece edindiği bilgileri gizli tutması gereken bağımsız bir hakimin elindedir. Son olarak, göz altındaki kişi avukatıyla sözlü olarak haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu için söz konusu kontrol sınırlıdır; avukat göz altındaki kişiye yazılı belgeler veya başka şeyler veremez ama onu yazılı belgelerin içeriği hakkında bilgilendirebilir.

Ayrıca Mahkeme, demokratik bir toplumu korumanın şartları ile bireyin haklarını korumanın şartları arasında bir ara yol bulunmasının, AIHS sisteminin yapısında olduğunu hatırlatır (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Klass davası kararı, s. 28, paragraf 59).

Mahkeme, her türlü terörün yarattığı tehdidi (bkz. Bader, Meins, Meinhof ve Grundmann–Almanya davasında Komisyon'un verdiği karar, 30 Mayıs 1975, Başvuru No. 6166/75), bu davada haberleşmenin kontrol edilmesi konusundaki teminatları ve Devlet'in takdir hakkını göz önünde bulundurarak, ele alınan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantısız olmadığına karar vermiştir.

Bu nedenle, AIHS 8. Madde ihlâl edilmemiştir.

AIHM'nin 8. Madde 2. fıkradaki istisnayı kabul ettiği Silver ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı (25 Mart 1983, Seri A No. 61, s. 40, paragraf 103) da hatırlatılmalıdır. AIHM, cezaevi yetkililerinin düzenin korunmasını devam ettirmek için, göz altında tutulan kişilerden birinin mektuplarına el koyabileceğine karar vermiştir. AIHM'nin bu davalarda ifade ettiklerinden bazıları şunlardır:

Bay Cooper'ın 28-31 No.lu mektuplarına, sadece çok uygunsuz dil içerdiğinden değil, aynı zamanda şiddet tehditleri içerdiğinden de el konmuştur (bkz. yukarıdaki paragraf 45.a.iv ve 65). Avukatı, ikinci dayanaktan yola çıkarak Komisyon'un müdahalenin "zorunlu" olduğu yönündeki görüşüne itiraz etmiştir.

Mahkeme, Komisyon'a katılmaktadır. 28-30 No.lu mektuplar, açık tehditler içermektedir ve 31 No.lu mektup bunların bir devamı olarak görülebilir. Mahkeme'nin kararına göre, yetkililerin bu mektuplara el konulmasının, 8. Madde 2. fıkradaki anlamda "düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için" zorunlu olduğu sonucuna varmaları için yeterli neden bulunmaktadır.

Diğer yandan AİHM, Valasinas–Litvanya davası kararında (24 Temmuz 2001, Başvuru No. 44558/98, paragraf 129-130), kontrolün 8. Madde 2. fıkradaki anlama göre zorunluluk şartını karşılamadığına karar vermiştir (aynısı, Peers–Yunanistan davası, 19 Nisan 2001, Başvuru No. 28524/95, paragraf 82-83; Rehbock-Slovenya davası kararı, 28 Kasım 2000, Başvuru No. 29462/95, paragraf 97-101; veya Messina–İtalya (No. 2) davası kararı, 28 Eylül 2000; Foxley–Birleşik Krallık davası kararı, 20 Haziran 2000, Başvuru No. 33274/96, paragraf 38-47).

8. Madde, 2. fıkra *8. Madde 2. fıkra şöyledir:*

– İstisna hükmü

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Burada, 8. Madde'de ve 9., 10. ve 11. Madde gibi diğer Madde'lerde bulunan sınırlayıcı hükümleri ele alacağız. Genellikle bu hükümlerde çok benzer ifadeler kullanılır. İleride, bu hükümler buradaki kadar detaylı olarak ele alınmayacaktır.

Telefon dinleme ve haberleşme konusundaki mevcut içtihat incelenerek, bu hükme karşı ilk yaklaşım belirlenebilir.

1. “Yasayla öngörülmüş” müdahale

Bir müdahalenin haklı olması için, öncelikle “yasayla öngörülmüş” olması gerekir. Sunday Times–Birleşik Krallık (No. 1) davası kararında AİHM, bu ifadenin anlamını açıklamıştır (26 Nisan 1979, Seri A No. 30, s. 30-31, paragraf 47 ve 49):

“yasayla öngörölmüş” ifadesinde, “yasa” kelimesi sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan kanunları da içerir. Buna göre Mahkeme, mahkemeye saygısızlığın içtihat hukukunun bir parçası olup kanunların parçası olmamasına önem vermemektedir. İçtihat hukukunda belirlenen bir sınırlamanın, sadece kanunlarda yazılı olmadığı için “yasayla öngörölmüş” olmadığını iddia etmek, AİHS’yi hazırlayanların amaçlarının aksine olurdu; bu, AİHS’ye taraf olan ve içtihat hukuku geçerli olan bir Devlet’i 10. Madde 2. fıkranın korumasından mahrum bırakır ve söz konusu Devlet’in yasal sisteminin temelini zarar verirdi.

[...]

Mahkeme’nin görüşüne göre, “yasayla öngörölmüş” ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır: belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir norm vatandaşın davranışlarını düzenlemesini sağlayacak kadar kesin bir biçimde ifade edilmemişse “yasa” sayılamaz; vatandaş, gerekirse uygun görüş alarak, belirli bir eylemin sonuçlarının neler olabileceğini mevcut şartlarda makul olacak bir derecede öngörebilmelidir. Bu sonuçların, mutlak bir kesinlikle öngörölmesi şart değildir; deneyimler, bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Kesin olmak çok arzu edilse de, bunun sonucu aşırı katılık olabilir ve yasalar, değişen şartların hızına ayak uydurabil-melidir.

Bu nedenle, birçok yasa kaçınılmaz olarak az ya da çok muğlak ifadelerle hazırlanır ve bu yasaların yorumlanması ve uygulanması pratiğe dayalıdır.

AİHM, Silver ve Diğerleri davası kararında (25 Mart 1983, Seri A No. 61, s. 33, paragraf 88), kesinlik şartının sınırları olabileceğini kabul etmiştir. Şöyle demiştir:

Takdir hakkı tanıyan bir yasa, söz konusu takdir payının kapsamını belirtmelidir. Ancak Mahkeme, yasaların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını ve kesinliğe ulaşma çabasının aşırı katılık getirebileceği riskini kabul etmiştir.

“Yasa” kavramıyla ilgili, “telefon dinleyerek gözetim” başlığı altında yukarıda bahsedilen Malone davası kararına bakınız.

2. “Meşru amaca” yönelik müdahale

Bir sonraki şart, müdahalenin 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olmasıdır (düzenin korunması, ahlâkın korunması, vb.). Genel kural olarak, bir Devlet’in açıkça kötü niyetli davrandığı durumlar hariç, bu şart ciddi sorunlar yaratmamaktadır.

3. “Demokratik bir toplumda zorunlu” müdahale

Yapılan müdahale, son bir şartı da karşılamalıdır. Bu da “zorunluluk” şartıdır; zorunluluğun özellikle de “demokratik bir toplum” bağlamında değerlendirilmesi gerektiği için, bu şartı karşılamak daha zordur. Bu konuda yukarıda bahsedilen Silver ve Diğerleri davası kararı (a.g.e., s. 37-38, paragraf 97) AİHM’nin içtihadıyla ilgili faydalı bir özet vermektedir:

Mahkeme, “demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesini nasıl anladığını, bu ifadeye dayalı konuların incelenmesinde işlevinin doğasını ve bu işlevleri nasıl gerçekleştireceğini birkaç defa ifade etmiştir. Burada, çeşitli prensipleri özetlemek yeterlidir:

(a) “Zorunlu” sıfatı “vazgeçilmez” kelimesiyle eşanlamlı değildir; “kabul edilebilir”, “sıradan”, “faydalı”, “makul” veya “arzu edilen” gibi ifadelerdeki esnekliğe de sahip değildir (bkz. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside davası kararı, Seri A No. 24, s. 22, paragraf 48).

(b) Sözleşmeciler Devletler, sınırlamaların uygulanmasında belirli ancak sınırsız olmayan bir takdir hakkına sahiptir ancak bu sınırlamaların AİHS’yle uyumlu olup olmadığı konusunda nihai kararı Mahkeme verir (aynı yer, s. 23, paragraf 49).

(c) “Demokratik bir toplumda zorunlu” ifadesi, bir müdahalenin AİHS ile uyumlu olabilmesi için, diğer hususların yanı sıra “acil bir toplumsal ihtiyacı” karşılaması ve “meşru hedefle orantılı” olması gerektiği anlamına gelmektedir (aynı yer, s. 22-23, paragraf 48-49).

(d) AİHS’nin maddelerinde, teminat altına alınan hakkın istisnalarının belirlendiği fıkralar, dar anlamıyla yorumlanmalıdır (bkz. yukarıda bahsedilen Klass ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 28, s. 21, paragraf 42).

Klass–Almanya davası kararından özellikle bahsetmekte fayda vardır. Bu kararda, AİHM’nin bir müdahalenin gerekli olup olmadığını incelerken kullandığı “demokratik toplum” kavramından elde edilen prensipler konusunda birkaç önemli konu belirlenmiştir (6 Eylül 1978, Seri A No. 28, s. 25-26, paragraf 55):

Demokratik toplumdaki temel prensiplerden biri, AİHS’nin giriş bölümünde de sarıh bir biçimde belirtilen hukukun üstünlüğüdür (bkz. 21 Şubat 1975 tarihli Golder davası kararı, Seri A No. 18, s. 16-17, paragraf 34). Hukuk üstünlüğünün anlamlarından biri, yargının kontrolü bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı olduğu için, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin, en azından son çare olarak yargının temin ettiği etkin bir kontrol mekânizmasına tabi olmasıdır.

Handyside–Birleşik Krallık davası kararında (7 Aralık 1976, Seri A, No. 24, s. 23, paragraf 49) Mahkeme, “demokratik bir toplumun” özelliklerinin “çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik” olduğunu belirtmiştir.

Aslında herşey, şartlara bağlıdır. AİHM, herşeyden önce, yapılan müdahalenin Devletin meşru amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemeye çalışacaktır. AİHM, bunu yaparken “demokratik bir topluma” uygun prensiplere özellikle dikkat edecektir (Silver davası kararı, paragraf 97 ve devamı).

AİHS 9. Madde – Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

9. Madde, 1. fıkra *9. Madde 1. fıkra hükümleri şu şekildedir:*

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

Bu konuda uzun bir süre boyunca Komisyon Mahkeme’den daha fazla karar vermiştir.

9. Madde 1. fıkra genel olarak düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü korur. 9. Madde 1. fıkranın ikinci bölümü daha özgül olarak din veya inanış değiştirmeyi koruma altına alır. Bu ikinci bölüm, aynı zamanda, kişinin “dini”ni ya da “inancı”nı açıklama özgürlüğünü de güvence altına alır. Bunların her birinin kapsamı farklıdır. Kişinin “dini”ni “ayin”ler aracılığıyla açıklamasının çeşitli yolları konusunda da bilgi verilir [...]

Ayrıca, başvuruçular 1. No.lu Protokolün 2. Maddesiyle ilgili olarak da mantıksal bir bağlantı temelinde 9. Maddeye atıfta bulunurlar. Bu madde şöyle der: “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneneği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefî inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir” (örneğin Efstratiou–Yunanistan davası, 18 Aralık 1996 tarihli karar, *Reports* 1996-VI).

1. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün önemi ve içeriği

Bu konuda esas olarak Kokkinakis–Yunanistan davası kararından alıntı yapmak (25 Mayıs 1993, Seri A No. 260-A, s. 17, paragraf 31) uygun olacaktır. Buna göre:

9. Maddede güvence altına alındığı biçimiyle, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AİHS'in anlamı çerçevesinde “demokratik toplum”un temellerinden biridir. Dinî boyutu açısından bu özgürlük inananların kimliğini ve hayata bakışlarını oluşturan en hayati öğelerden biridir, ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve konuyla ilgilenmeyenler bakımından da değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir özelliği olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk bu özgürlüğe bağlıdır.

Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Sözcük ve hareketleriyle tanık olmak dini inançlarla iç içe geçmiştir.

9. Maddeye göre kişinin dinini açıklaması yalnızca başkalarıyla birlikte, “açıkça” veya inancın paylaşıldığı insanlarla bir grup halinde değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel tarzda” da olabilir. Ayrıca, ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin “öğretim” yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik, bu olmadığı takdirde, 9. Maddenin güvence altına almış olduğu din veya inanç değiştirme özgürlüğü muhtemelen kâğıt üstünde kalacaktır.

2. Düşünce ve vicdan özgürlüğü

X-Federal Almanya Cumhuriyeti davasında (Başvuru No. 7705/76, *Decisions and Reports* 9, s. 199 ve devamı, paragraf 1), Komisyon 9. Maddeyi 4. Maddenin ışığında yorumlamış ve devletin askeri hizmet yerine sivil hizmet görmeyi reddeden vicdani retçilere uyguladığı yaptırımların bu kişilerin vicdan özgürlüğünü ihlâl etmediğini kararlaştırmıştır:

Başvurucunun talebini dayandırdığı AİHS'in 9. Maddesi, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alır.

Benzer durumlarda bu hükmü yorumlarken Komisyon, 4. Madde 3. fıkranın b bendini gözönüne almıştır. Bu bent, o maddedeki anlamı çerçevesinde “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” teriminin “askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereği askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gör- dürülecek başka bir hizmet”i kapsamadığını belirtir.

Bu bölüm vicdani retçilerin zorunlu askerlik hizmeti yerine sivil hayatta bir hizmet görmelerinin zorunlu tutulabileceğini açık biçimde öngörmüş olduğundan, AİHS'e göre vicdani retçi olmanın sivil hayatta verilecek bu tür hizmetten muaf tutulma hakkını içermeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır (bkz. Komisyon'un Başvuru No. 2299/66, Grandrath-Federal Almanya Cumhuriyeti,

12 Aralık 1968 tarihli raporu, paragraf 32'deki kanaati). Yani bir Devletin bu tür hizmeti sunmayı reddedenlere yaptırım uygulamasını engellemez (bkz. gerekli değişikliklerle, Başvuru No. 5591/72–Avusturya davası kararı, *Collection* 43, s. 161).

Thlimmenos–Yunanistan davasında (6 Nisan 2000, Başvuru No. 34639/97, paragraf 39, 41-42 ve 44-49), AİHM daha önce dini inançları dolayısıyla askerlik görevini yapmayı reddetmiş olan bir kişiye yeminli mali müşavirlik mesleğini icra etme konusunda getirilen yasak üzerine bir karar vermiştir. AİHM sorunu 14. Madde ile bağlantısı içinde 9. Madde açısından ele almış ve şunu belirtmiştir:

Mahkeme aşağıdaki nedenlerden dolayı başvuruçunun şikâyetinin 9. Madde ile bağlantısı içinde 14. Madde çerçevesinde incelenmesi gerektiği kanaatini taşımaktadır.

[...]

Mahkeme başvuruçunun geçmişte askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinden kaynaklanan itaatsizlik suçundan mahkûmiyeti dolayısıyla yeminli müşavir olarak atanmadığını saptamıştır. Böylelikle, başvuruçuya, sabıkalı olduğu gerekçesiyle, aynı işe başvuran öteki kişilerden farklı muamele edilmiş olmaktadır. Mahkeme'ye göre AİHS meslek özgürlüğünü güvence altına almadığından, bu tür bir muamele farkı belirli bir mesleğe girme söz konusu olduğu ölçüde genel olarak 14. Madde kapsamına girmez.

Ancak, başvuruçunun şikâyeti mesleğe girişi düzenleyen kuralların sabıkalı kişilerle diğerleri arasında yaptığı ayrımına ilişkin değildir. Şikâyet, bundan ziyade, konuyla ilgili yasanın uygulanmasında, sadece dini inançları dolayısıyla işledikleri suçlardan mahkûm olmuş kişilerle başka suçlar dolayısıyla hüküm giymiş kişiler arasında bir ayırım yapılmaması ile ilgilidir. Bu bağlamda Mahkeme başvuruçunun, pasifist bir dinî grup olan Yehova Şahitlerinin mensubu olduğunu ve dosyada başvuruçunun askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinin tek nedeninin dininin kendisini bunu yapmaktan men etmesi olduğu yolundaki iddiasını çürütecek herhangi bir şeye rastlanılmadığını belirlemiştir. Başvuruçunun argümanı, özünde, kendisi din özgürlüğünü kullandığı için hüküm giymiş olduğu halde cürüm işlemiş herhangi bir insanla aynı muameleyi gördüğü için, AİHS'in 9. Maddesiyle güvence altına alınan din özgürlüğünün kullanımı dolayısıyla kendisine ayrımcılık yapılmış olduğu anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında Mahkeme, başvuruçunun şikâyetine konu olan "olaylar kümesi"nin (hüküm giymesine yol açmış olan suçun dini inançları dolayısıyla ortaya çıkmış olmasına rağmen, yeminli müşavir görevine atanması bakımından bir cürüm işlediği için hüküm giymiş bir insan muamelesi görmesi) "AİHS'in bir hük-

münün çerçevesi içinde ele alınabileceği” iddiasının doğru olduğunu, konunun 9. Madde ile ilgili olduğunu kabul etmektedir.

[...]

Bugüne kadar Mahkeme AİHS tarafından güvence altına alınan hakların kullanılmasında kişilere ayrımcılık uygulanmaması hakkının, benzer durumdaki insanlara Devletler nesnel ve makul bir gerekçe göstermeksizin farklı davrandıklarında ihlâl edildiğini düşünmüştür (bkz. yukarıda belirtilen Inze davası kararı, s. 18, paragraf 41). Ne var ki Mahkeme, 14. Madde çerçevesinde ayrımcılığa getirilen yasaklamanın tek veçhesinin bu olmadığı kanaatindedir. AİHS tarafından güvence altına alınan hakların kullanılmasında kişilere ayrımcılık uygulanmaması hakkı aynı zamanda Devletler, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, durumları ciddi biçimde farklı olan kişilere farklı davranmadıkları zaman da ihlâl edilmiş olur.

Bundan çıkan sonuç, AİHS’in 14. Maddesinin başvurusunun şikâyetinin konusuyla ilgili olduğu ve aynı sözleşmenin 9. Maddesiyle bağlantılı biçimde bu davaya esas teşkil eden olaylarda uygulanabilir olduğudur.

Ele alınması gereken bir sonraki soru, AİHS’in 14. Maddesine uyulmuş olup olmadığıdır. Mahkeme, içtihat hukukuna bağlı olarak, başvurucuya bir cürümden dolayı hüküm giymiş başka kişilerden farklı davranılmamış olmasının meşru bir amaca hizmet edip etmediğini incelemek zorundadır. Eğer meşru bir amaca hizmet edilmiş ise Mahkeme, kullanılan araç ile gerçekleştirilmesi hedeflenen amaç arasında bir orantılılık olup olmadığını incelemek zorundadır (bkz. yukarıda belirtilen Inze davası kararı, aynı yerde).

Mahkeme [...] başvurusunun askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddettiği için hapis cezasını çekmiş olduğuna işaret eder. Bu durumda Mahkeme’ye göre başvurucuya yeni bir yaptırım uygulanmış olması orantısızdır. Bundan dolayı başvurusunun yeminli mali müşavirlik mesleğinden dışlanmış olması meşru bir amaca hizmet etmemiştir. Sonuçta Mahkeme başvurucuya ağır bir suçtan hüküm giymiş başka kişilerden farklı muamele edilmemiş olmasının nesnel ve makul bir gerekçesi olmadığına karar vermiştir.

[...] Mahkeme mevzuatın AİHS ile dolaysız biçimde çelişki içinde olması ihtimalini asla dışlamamıştır (diğer örneklerin yanı sıra, bkz. Chassagnou ve Diğerleri–Fransa [BD], No. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, ECHR 1999-III). Mevcut davada Mahkeme’ye göre başvurusunun AİHS’in 9. Maddesinden kaynaklanan hakkının kullanılmasında ayrımcılığa uğramaması hakkının ihlâl edilmesine yol açan, mevzuatı kabul etmiş olan Devlettir. Devlet, cürüm işlemiş kişilerin yeminli mali müşavir olarak çalışmasını yasaklayan hükme uygun istisnalar getirmemiş olmakla bu duruma yol açmıştır.

Dolayısıyla, Mahkeme'nin ulaştığı sonuç, AİHS'in 9. Maddesi ile bağlantısı içinde 14. Maddesinin bir ihlâlinin mevcut olduğudur.

Arrowsmith–Birleşik Krallık davasında başvuru hakkında Britanya ordusunun Kuzey İrlanda'daki faaliyetleriyle ilgili olarak silâhlı kuvvetler mensuplarına “pasifist” broşürler dağıtma fiilinden dava açılmıştı. Komisyon, söz konusu faaliyetlerin gerçek anlamda inançların bir “açıklaması” olmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Komisyon şöyle demekteydi (Başvuru No. 7805/77, Decisions and Reports 19, s. 19 ve devamı, paragraf 71-72):

[...] 9. Madde, 1. fıkrada kullanıldığı biçimiyle “uygulama” terimi, bir din veya inancın temel olduğu veya etkilediği bütün eylemleri kapsamaz.

Pasifizm fikrini genel olarak ortaya koyan ve şiddetin dışlanmasının kabul edilmesini savunan kamuya yönelik beyanların, pasifist inancın normal ve kabul görmüş açıklamaları olarak görülebileceği doğrudur. Ancak, kişilerin hareketlerinin aslında söz konusu inancı ifade etmediği durumlarda, bu hareketler, bu inançtan kaynaklansa veya etkilense dahi 9. Madde 1. fıkranın koruması altında olarak görülemezler.

Burada söz konusu olan broşür daha önce askerlik yapmış iki kişinin beyanlarıyla başlamaktadır. Bunlardan biri şöyle demektedir: “Ben askerlik yapılmasına karşı değilim. Bu ülkeyi istilâcı bir güce karşı savunmak için savaşmayı kabul ederdim. İnanabileceğim bir dava uğrunda savaşmayı kabul ederdim. Ama İrlanda'da yapılmakta olan toptan yanlış.” Her ne kadar bu, broşürü yayınlamış olan kuruluşla bağı olması gerekmeyen bir kişinin bireysel kanaati olsa da broşürün bu fikri alıntılanması broşürü hazırlayanların fikri olumlu bulduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, broşürün hiçbir koşul altında, hatta güç tehdidi ya da kullanımına cevaben dahi, siyasi veya başka türden amaçlara ulaşmak için şiddet kullanılmaması gerektiği fikrini savunduğu sonucuna ulaşmak olanaksızdır. Broşürün içeriği, bunu hazırlayanların Britanya'nın Kuzey İrlanda'da izlediği politikaya karşı olduğunu kesin biçimde göstermektedir.

Komisyon “bir inancın açıklanması”ndan söz edilemeyeceği ve buna bağlı olarak, 9. Maddenin ihlâl edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Yalnızca, ifade özgürlüğü ile ilgili 10. Madde gözönüne alınabilirdi.

3. Din özgürlüğü

Genel gözlemler

Burada da Kokkinakis–Yunanistan davası kararına (25 Mayıs 1993, Seri A No. 260-A, s. 17, paragraf 31) atıfta bulunmak uygun olacaktır. AİHM bu paragrafta din özgürlüğünün içeriğini irdelemektedir:

Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer unsurların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Sözcük ve hareketleriyle tanık olmak dini inançlarla iç içe geçmiştir.

9. Maddeye göre kişinin dinini açıklaması yalnızca başkalarıyla birlikte, “açıkça” veya inancın paylaşıldığı insanlarla bir grup halinde değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel olarak” da mümkündür. Ayrıca ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin “öğretim” yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik, bu olmadığı takdirde, 9. Maddenin güvence altına almış olduğu din veya inanç değiştirme özgürlüğü muhtemelen kâğıt üstünde kalacaktır.

9. Maddede güvence altına alınan hakkın bir dine mensup olmama veya kurallarına uymama hakkını da kapsadığı açıktır. Buscarini ve Diğerleri-San Marino davasında, iki milletvekili İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmışlardı. Bunu yapmadıkları takdirde parlamentoda görev yapamayacaklardı (18 Şubat 1999 tarihli karar, Başvuru No. 24645/94, Reports 1999-I, paragraf 34). 9. Maddenin ihlâl edilmiş olduğu kararına ulaşmadan önce, AİHM Kokkinakis davası kararına atıfla şöyle demiştir:

Mahkeme şunu tekrar belirtir: “9. Maddede güvence altına alındığı biçimiyle, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AİHS’in anlamı çerçevesinde “demokratik toplum”un temellerinden biridir. Dinî boyutu açısından bu özgürlük inananların kimliğini ve hayata bakışlarını oluşturan en hayati öğelerden biridir, ancak aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve konuyla ilgilenmeyenler bakımından da değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir özelliği olan ve yüzyıllar boyu büyük bedeller ödenerek kazanılmış olan çoğulculuk bu özgürlüğe bağlıdır” (bkz. 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis–Yunanistan davası kararı, Seri A No. 260-A, s. 17, paragraf 31). Bu özgürlük, diğer hususların yanı sıra dini inançlara sahip olma veya olmama ve bir dini uygulama veya uygulamama özgürlüğünü de içerir.

Mevcut davada, Bay Buscarini ile Bay Della Balda’nın İncil üzerine yemin etmesinin zorunlu kılınması gerçekten de 9. Madde 2. fıkrada anlamında bir sınırlama anlamına gelmiştir. Zira onların, parlamentodaki sandalyelerini yitirme tehdidi altında belirli bir dine sadakat andı içmesini zorunlu kılmıştır. Bu tür bir müdahale, “yasayla öngörülmediği”, 2. fıkrada sayılan meşru amaç-

lardan birine ya da birkaçına hizmet etmediği ve “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı takdirde, 9. Maddeye aykırı olacaktır.

Ne var ki her tür davranış dinin “açıklanması” olarak sınıflandırılmaz.

Kalaç–Türkiye davası kararında (1 Temmuz 1997, Reports 1997-IV, paragraf 27-31), bir Türk askeri yargıci ordudan ihraç edilmişti. Bu ihraç kararı, somut olarak, başvuruçunun davranış ve hareketlerinin “yasadışı köktendinci fikirleri benimsemiş olduğunu gösterdiği” gerekçesine dayanıyordu. Davalı devlet, başvuruçunun köktendinci bir örgüte hukuki yardım sağladığını, örgütün eğitim toplantılarına katıldığını ve birkaç kez söz konusu tarikatın askeri üyelerinin atanmasında görev aldığı ileri sürüyordu. Bu belgeler temelinde silâhlı kuvvetlerin üst düzey komutanlarından oluşan beş kişilik bir komisyon, Albay Kalaç’ın örgütten emir almak ve uygulamakla askeri disiplini çiğnemiş olduğuna ve dolayısıyla emekliye ayrılması gerektiğine karar vermişti. AİHM şöyle demiştir:

Mahkeme, din özgürlüğünün esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra, dinini yalnızca başkalarıyla birlikte, “açıkça” veya inancın paylaşıldığı insanlarla bir grup halinde değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel olarak” da açıklama özgürlüğünü de içerdiğini yeniden belirtir (bkz. 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis–Yunanistan davası kararı, Seri A No. 260-A, s. 17, paragraf 31). 9. Madde dinin veya inancın açıklanmasının alabileceği bir dizi biçimi, somut olarak ibadet, öğretim, uygulama ve ayin kavramları temelinde sıralar. Ancak, 9. Madde bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her eylemi korumaz. Ayrıca, dinini açıklama özgürlüğünü kullanırken her bireyin kendi özgül durumunu da hesaba katması gerekebilir.

Bay Kalaç, askerlik mesleğini seçmekle, silâhlı kuvvetler mensupları üzerinde, siviller üzerinde uygulanamayacak bazı hak ve özgürlük sınırlamalarına doğası gereği yol açan bir askeri disiplin sistemine uymayı kendi rızasıyla kabul etmiş olmaktadır (bkz. Engel ve Diğerleri–Hollanda davası kararı, 8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 24, paragraf 57). Devletler silâhlı kuvvetleri bünyesinde, şu ya da bu davranışı, özellikle de askeri görevin gereklerini yansıtan bir yerleşik düzeni tehdit eden tutumları yasaklayan disiplin kuralları koyabilirler.

Başvuruçunun, bir askerin hayatının belirlediği sınırlar içinde, bir Müslümanın normal olarak dinine ilişkin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri yerine getirebildiği konusunda hiçbir tartışma yoktur. Somut olarak bakılacak olursa, örneğin günde beş vakit namazını kılabilmekte, Ramazan ayında oruç tutmak veya Cuma namazı için camiye gitmek gibi diğer dini görevlerini ifa edebilmekteydi.

Üstelik, Yüksek Askeri Şûra’nın kararı Albay Kalaç’ın dini kanaatleri veya inançları ya da dini görevlerini yerine getirmesi temelinde değil, davranışı ve

tutumu temelinde alınmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 8 ve 25). Türk yetkili makamlarına göre, bu davranış tarzı askeri disiplini çiğnemekte ve laiklik ilkesini ihlâl etmekteydi.

Bundan dolayı Mahkeme başvuruçunun resen emekliye ayrılmasının 9. Maddede güvence altına alınan hakka bir müdahale olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira kararın temelinde başvuruçunun dinini açıklama tarzı yatmamaktadır.

Dolayısıyla, 9. Maddenin ihlâli yoktur.

(Aynı şekilde, Hassan ve Tchaouch–Bulgaristan davası kararı, 26 Ekim 2000, Başvuru No. 30985/96, paragraf 60).

Bu karardan bir süre önce Komisyon, Scientology Kilisesi'nin ruhun durumunu ölçmeye yarar bir aletin faydalarını, dinsel nitelikli argümanlar temelinde yücelttiği bir reklâmla ilgili bir davayı incelemiştir. Komisyon'a göre bir mahkemenin bu reklâmda bazı dinî terimlerin kullanılmasını engellemesi 9. Maddeye aykırı değildi (Başvuru No. 7805/77, *Decisions and Reports* 16, s. 72, paragraf 4). Komisyon reklâmın bir dinî inancın "açıklanması" olarak nitelenmesini doğru bulmuyor ve şunu belirtiyordu:

Komisyon, 9. Maddenin 1. fıkrasında yer alan, bir inancın uygulamada açıklanmasına ilişkin konseptin, bir dini grubun bütünüyle ticari nitelik taşıyan reklâmlarda kullanılan satış "argümanları" biçimini alan dini inanç beyanı anlamına gelecek açıklamalara koruma sağladığı kanaatinde değildir. Ne var ki bu açıdan Komisyon, niteliği bakımından yalnızca "bilgi" ya da "betimleme" içeren reklâmlar ile bir nesnenin satışını destekleyen ticari reklâmlar arasında bir ayırım yapmayı doğru bulmaktadır. Eğer bir reklâm ikinci alana giriyorsa, belirli bir ihtiyaca çok temel bir düzeyde hitap eden dini bir nesne ile ilgili olsa da, Komisyon'un kanaatine göre, dini içerik beyanları, kelimenin gerçek anlamıyla bir inancın uygulamada ifadesinden ziyade bir malın kâr amacıyla pazarlanması arzusunun bir ifadesine tekabül eder. Bu yüzden, Komisyon incelenmekte olan reklâmlarda kullanılan sözcüklerin 9. Madde, 1. fıkranın gerçek kapsamının dışında kaldığı ve dolayısıyla başvuruçuların dinlerini veya inançlarını uygulama yoluyla açıklama konusunda söz konusu maddede güvence altına alınmış olan haklarına herhangi bir müdahalede bulunulmamış olduğu kanaatindeydi.

(Ayrıca bkz. Efstratiou–Yunanistan davası, 18 Aralık 1996, *Reports* 1996-VI. Burada AİHM bir ulusal bayram gününde öğrencilerin silâhlı kuvvetlerin de katıldığı bir geçit törenine katılmasının, kendileri Yehova Şahitleri olan başvuruçuların dinî inançlarını rencide edecek türden bir yükümlülük olmadığına karar vermiştir.)

Uygulama örnekleri

Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri–Moldova davası kararı (13 Aralık 2001, Başvuru No. 45701/99) bir dini kuruluşun tanınmasının reddi ile ilgili idi. AİHM bu davada şu gözlemlerde bulunmuştur (paragraf 105):

[...] başvuru Kilise, tanınmamış olduğu için faaliyet gösterememektedir. Örneğin, papazları ayin düzenleyememekte, mensupları dinî vecibelerini yerine getirmek amacıyla bir araya gelememektedir. Kilisenin tüzel kişiliği olmadığı için, varlıklarını hukuki olarak koruma ehliyeti de yoktur.

Dolayısıyla, Mahkeme Moldova Devleti'nin başvuru Kiliseyi tanımayı reddetmesini ve Yüksek Mahkeme'nin bu tasarrufu 9 Aralık 1997 tarihli kararıyla onamasını, başvuru Kilisenin ve diğer başvurucuların AİHS'in 9. Maddesinin 1. fıkrası ile güvence altına alınmış olan din özgürlüğüne bir müdahale olarak görmektedir.

Bu durumda, AİHM'e göre (paragraf 129-130):

[...] Mahkeme, tanınmaması sebebiyle başvuru Kilisenin ne örgütlenemediğini, ne de faaliyet gösterebildiğini saptamaktadır. Kilise'nin tüzel kişiliği olmadığından varlıklarını korumak için hukuk yoluna başvuramamaktadır. Oysa bu varlıklar ibadet açısından vazgeçilmez nitelik taşır. Öte yandan, mensupları, dini mezheplere ilişkin mevzuatı çiğnemeksizin dini faaliyetlerini sürdürmek amacıyla bir araya gelememektedir.

Devletin başvuru Kiliseye ve mensuplarına gösterdiğini iddia ettiği hoşgörüyü gelince, Mahkeme bu tür bir hoşgörünün tanınmanın yerini tutamayacağı görüşündedir. Zira sadece tanınma yoluyla ilgililerin belirli hakları kazanması mümkündür.

Mahkeme ayrıca, başvurucuların zaman zaman kendilerini sindirmeye yönelik eylemler karşısında kendilerini savunma olanaklarından yoksun olduğunu saptamaktadır. Yetkili merciler bu durumu, sadece yasal faaliyetlerin yasal korunmadan yararlanabileceği gerekçesiyle açıklamaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 56-57 ve 84).

Nihayet, Mahkeme yetkili mercilerin başka dini kuruluşları tanıırken, başvuru Kiliseyi tanımayı reddettiklerinde uyguladıkları kriterleri uygulamamış olduğunu ve Moldova Hükümeti'nin bu muamele farkı konusunda hiçbir gerekçe sunmamış olduğunu kaydetmektedir.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuru Kilisenin tanınmamasının başvurucuların din özgürlüğü bakımından, izlenmekte olan meşru amaçla orantılı olarak görülemeyecek ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğu

düşünülemez derecede önemli sonuçlara yol açtığı ve 9. Maddenin bir ihlâlinin mevcut olduğu kanaatindedir.

Hassan ve Tchaouch–Bulgaristan davası kararı (26 Ekim 2000, Başvuru No. 30985/96, paragraf 61-65) dini kuruluşların örgütlenmesi ve Devletin bu örgütlenmeye müdahalesini ele alıyordu. AİHM bu davada şu noktaları belirtmiştir:

Mevcut davada taraflar, tamamen Bulgaristan'daki Müslüman topluluğun örgütlenmesi ve liderleri ile ilgili olan söz konusu maddi olayların kişisel başvuruçuların dinlerini açıklama özgürlüğü hakkıyla ilgili olup olmadığı ve bunun sonucu olarak, AİHS'in 9. Maddesinin bu davayla ilgili olarak geçerli olup olmadığı konularında farklı düşünmektedir. Başvuruçular tartışılan konunun kendilerinin din özgürlüğü olduğunu savunurken, Devlet şikâyetleri esas olarak AİHS'in 11. Maddesi açısından incelemiştir.

Mahkeme, dini toplulukların bütün dünyada geleneksel olarak örgütlü yapılar olarak var olageldiğini hatırlatır. Bu topluluklar, genellikle mensuplarınca ilâhi kaynaklı olarak görülen kurallara uyarlar. Dini törenler ancak bu kurallara uygun biçimde yetki verilmiş din adamlarınca yönetildikleri takdirde inanlar açısından anlam taşır ve kutsal bir değer kazanır. Din adamlarının kişiliği, hiç kuşkusuz, topluluğun her bir üyesi açısından önem taşır. Öyleyse, topluluğun hayatına katılım, kişinin AİHS'in 9. Maddesinde korunmuş olan dinini açıklamasının bir biçimidir.

Dini topluluğun örgütlenmesi söz konusu olduğunda, AİHS'in 9. Maddesi, örgütlenme çalışmalarını haklı görülemez Devlet müdahalesine karşı koruyan 11. Maddenin ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, din özgürlüğü hakkı topluluğun istikrar içinde, keyfi Devlet müdahalesinden arınmış biçimde yaşamını sürdürmesine izin verileceği beklentisini kapsar. Gerçekten de dini toplulukların özerk varoluşu, demokratik bir toplumda çoğulculuk için vazgeçilmez bir nitelik taşır ve bu yüzden 9. Maddenin sağladığı korumanın merkezinde yer alır. Yalnızca topluluğun kendisinin örgütlenmesini değil, aynı zamanda bütün faal mensuplarının din özgürlüğü hakkından etkili biçimde yararlanmasını da ilgilendirir. Topluluğun örgütlenme süreci AİHS'in 9. Maddesince korunmuyor olsaydı, bireyin din özgürlüğünün tüm diğer veçheleri tehlikeye düşerdi.

Mevcut davada başvuruçuların dini topluluğun faal mensupları olduğu kuşku götürmez. İlk başvuruçuyu, Bulgar Müslümanları tarafından seçilerek Baş Müftü görevine getirilmiş bir kişidir. Mahkeme, bir zamanlar İslam konusunda ders veren bir öğretmen olarak görev yapmış olan ikinci başvuruçunun Baş Müftülükte sekreter olarak görev yapmış olup olmadığını saptamaya ihtiyaç

duymamaktadır. Zira Bay Chaush söz konusu zaman dilimi boyunca dini hayata faal olarak katılmış bir mümindir.

Bundan çıkan sonuç şudur: şikâyete konu olan olaylar, her iki başvuruçunun AİHS'in 9. Maddesi ile korunan din özgürlüğü hakkı ile ilgilidir. Dolayısıyla, bu madde bu davaya uygulanabilir.

Öte yandan, Mahkeme davanın, Hükümet tarafından belirtildiği gibi yalnızca AİHS'in 11. maddesi temelinde ele alınmasının doğru olmadığı kanaatindedir. Bu tür bir yaklaşım başvuruçuların şikâyetini bağlamının dışında ele almak ve şikâyetin özünü görmezlikten gelmek anlamına gelir.

Dolayısıyla, Mahkeme başvuruçuların şikâyetinin AİHS'in 9. Maddesi çerçevesinde incelenmesinin doğru olduğuna hükmeder. Bu şikâyetler dini topluluğun örgütlenmesiyle ilgili olduğu ölçüde, Mahkeme 9. Maddenin AİHS'in 11. Maddesinde sağlanan korumanın ışığında yorumlanması gerektiğini tekrar hatırlatır.

Bu davada AİHM tartışılan müdahalenin yasa tarafından öngörülmemiş olduğunu belirtmiştir (paragraf 86):

Dolayısıyla Mahkeme, Müslüman topluluğun iç örgütlenmesine ve başvuruçuların din özgürlüğüne müdahalenin "yasayla öngörülmemiş" olmadığına hükmeder. Bu hükmün temelinde, müdahalenin keyfi olması ve yürütmeye sınırsız takdir hakkı tanıyan ve gerekli netlik ve öngörülebilirlik standartlarına uymayan yasal hükümlere dayanması yatmaktadır.

Yine örgütlenme meselesiyle ilgili olarak, Şerif-Yunanistan davası kararında (14 Aralık 1999, Başvuru No. 38178/97, *Reports* 1999-IX, paragraf 52) AİHM şöyle demiştir:

[...] Mahkeme, demokratik toplumlarda, Devletin dini toplulukların birleşik bir liderliğin yönetiminde kalması ya da bu duruma getirilmesi için tedbirler alması gerektiği kanaatinde değildir.

Manoussakis ve Diğerleri-Yunanistan davasında (26 Eylül 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, s. 1362 ve 1365, paragraf 40 ve 47), başvuruçular, Yehova Şahitleri mezhebinin izleyicilerinin dini törenleri ve toplantıları için Eğitim ve Diyanet İşleri Bakanlığı'ndan ve piskopostan izin almaksızın bir ibadet mekânı tesis etmek ve işletmekten mahkûm olmuşlardı. İzin zorunluluğu konusunda AİHM şunu belirtmiştir:

Başvuruçular gibi Mahkeme de Devletlerin, görünüşte dini hedefler güden bir hareket ya da derneğin halka zarar verecek türden faaliyetler sürdürüp sürdürmediğini denetleme hakkının olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki Yunan mevzuatına göre Yehova Şahitleri'nin "tanınmış din" tanımına girdiğini hatırla-

mak gerekir (bkz. Kokkinakis–Yunanistan davası, 25 Mayıs 1993, Seri No. 260-A, s. 15, paragraf 23). Üstelik bu durum, Hükümet tarafından da teslim edilmiştir.

Ne var ki Devletin bu yetkisi sınırsız değildir. AİHM ayrıca şunları da belirtmiştir:

AİHS’te güvence altına alındığı biçimiyle din özgürlüğü, Devletin dini inançların veya bu inançların ifadesi için başvurulan araçların meşru olup olmadığını belirleme konusunda her tür takdir hakkını dışlar.

Bu kararda Mahkeme, başvurucuların mahkûmiyetinin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, iddia makamının ve temyiz mahkemesi olarak görev yapan Heraklion Ceza Mahkemesi’nin 15 Şubat 1990 tarihli kararında açıkça, Eğitim ve Diyanet İşleri Bakanlığı’ndan izin alınmamış olmasının yanı sıra, piskopostan da izin alınmamış olmasına dayandığını dikkate almıştır.

(Ayrıca, Musevîlikte farz olan dinî usûllere göre et kesiminin gerçekleştirilebilmesi için gerekli kuruluşlara izin konusunda bkz. Cha’are Shalom Ve Tsedek–Fransa davası kararı, 27 Haziran 2000, Başvuru No. 27417/95, paragraf 64, 73-74 ve 80-85.)

9. Madde, 2. fıkra
– **İstisna hükmü**

9. Madde 2. fıkra hükümleri şu şekildedir:

1. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

1. İstisna hükmünün sınırları

Yukarıda sözü edilmiş olan Kokkinakis–Yunanistan davasında AİHM şöyle demiştir (paragraf 33):

9. Madde 1. fıkrada güvence altına alınan hakların temel özellikleri, bu haklara sınırlama getiren bu fıkranın lafzına da yansımıştır. 8., 10. ve 11. Maddelerin ikinci fıkraları o maddelerin ilk fıkralarında sözü edilen bütün hakları kapsar. Buna karşılık, 9. Maddenin 1.fıkrası sadece “din veya inancını açıklama özgürlüğü”nden söz eder. Bu fıkra, bu şekilde, aynı halk içinde birkaç dinin yan yana varlığını sürdürdüğü demokratik toplumlarda farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarının saygı görmesini sağlamak için bu özgürlüğe sınırlama getirilebileceğini kabul etmiş olur.

Ancak bu davada AİHM Bay Kokkinakis'in dini propaganda ("proselytism") dolayısıyla (Yunan yasanının 4. Maddesi) mahkûm edilmesinin, Devletin mahkûmiyet kararının altında yatan esas nedeni açıklamaktan kaçınması gözönüne alındığında, 9. Maddenin ihlâlini oluşturduğu kararına ulaşmıştır (paragraf 49):

Mahkeme, [...] Yunan mahkemelerinin gerekçelerinde başvurunun sorumluluğunu, yalnızca ilgili yasanın 4. Kısımının lafzını tekrarlama yoluyla sabit bulduğunu ve sanığın komşusunu ikna etmek amacıyla uygun olmayan yöntemler kullandığını somut olarak göstermemiş olduğunu saptamaktadır. Ortaya koydukları maddi olayların hiçbirini varılan hüküm haklı göstermemektedir.

Böylelikle, başvurunun mahkûmiyetinin davaya esas teşkil eden olaylar muvacehesinde acil bir toplumsal ihtiyaç açısından haklı olduğu gösterilmemiş olmaktadır. Dolayısıyla, tartışma konusu tasarruf, izlenmekte olan meşru amaçla orantılı görünmemekte, bunun sonucu olarak da "demokratik bir toplumda [...] başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli" olduğu söylenememektedir.

Larissis ve Diğerleri–Yunanistan davası (24 Şubat 1998, Başvuru No. 23372/94, 26377/94 ve 26378/94, Reports 1998-I, paragraf 55 ve 61) hem silâhli kuvvetler mensuplarına, hem de sivillere yönelik dini propaganda yapmaktan mahkûm olmuş üç subay ile ilgiliydi. AİHM silâhli kuvvetler mensuplarına dinî propaganda dolayısıyla verilen mahkûmiyet kararlarının 9. Madde, 2. fıkra çerçevesinde haklı görülmesi gerektiğini belirlemiş, ama sivillerle ilgili olarak Kokkinakis davası kararında benimsenmiş olan tutumda ısrar etmiştir.

2. Sınırlamaların "yasayla öngörülmüş" olması koşuluna ilişkin mülâhazalar

9. Maddede güvence altına alınmış olan sınırlamaların kanuniliği ilkesi konusunda AİHM, 8. ve 11. Maddelerle ilgili içtihadına atıfta bulunmuştur (bkz. Hassan ve Tchaouch–Bulgaristan davası kararı, 26 Ekim 2000, Başvuru No. 30985/96, paragraf 84).

Mahkeme, yerleşik içtihat hukukunu tekrar hatırlatır. Buna göre, AİHS'in 8. madde ile 11. Madde arasındaki maddelerindeki "yasayla öngörülmüş" ve "yasa uyarınca" ifadeleri, yalnızca aleyhinde şikâyette bulunulan tasarrufun iç hukukta bir tür temeli bulunması gerekliliğine değil, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de atıfta bulunur. Yasa hem yeterli ölçüde erişilebilir olmalıdır, hem de öngörülebilir, yani kişinin davranışını (gerektiğinde uygun hukuki danışma temelinde) düzenlemesi için yeterli netlikte formüle edilmiş

olmalıdır (bkz. Sunday Times–Birleşik Krallık (no. 1) davası kararı, 26 Nisan 1979, Seri A No. 30, s. 31, paragraf 49; Larissis ve Diğerleri–Yunanistan davası kararı, 24 Şubat 1998, Reports 1998-I, s. 378, paragraf 40; Hashman ve Harrup–Birleşik Krallık [BD], No. 25594/94, paragraf 31, ECHR 1999-VIII; ve Rotaru–Romanya [BD], No. 28341/95, paragraf 52, ECHR 200-V).

İç hukukun bu koşullara uygun olabilmesi için, kamu otoritelerinin AİHS tarafından korunan haklara keyfi olarak müdahalesine karşı bir ölçüde hukuki koruma sağlaması gerekir. Temel hakları etkileyen hususlarda, yürütmeye tanınan hukuki takdir yetkisinin sınırsız bir yetki biçiminde ifade edilmesi, demokratik bir toplumun AİHS tarafından koruma altına alınan en temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğüne aykırı olur. Dolayısıyla, yasa yetkili makamlara tanınan herhangi bir takdir yetkisinin kapsamını ve bunun nasıl kullanılacağını yeterince net bir biçimde belirtmelidir (bkz. yukarıda belirtilen Rotaru davası kararı, paragraf 55).

İç mevzuat elbette gelecekte ortaya çıkabilecek her bir duruma ilişkin bir hüküm içeremez. Burada var olması gereken kesinliğin düzeyi, önemli ölçüde, söz konusu hukuki enstrümanın içeriğine, kapsamı tasarlanan alana ve muhatap aldıklarının sayısına ve konumuna bağlıdır (bkz. yukarıda belirtilen Hashman ve Harrup davası kararı, paragraf 31 ve Groppera Radio AG ve Diğerleri–İsviçre davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 173, s. 26, paragraf 68).

3. Sınırlamaların “gerekli” olması koşuluna ilişkin mülâhazalar

Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri–Moldova davasında (3 Aralık 2001, Başvuru No. 45701/99, paragraf 115-119) AİHM, üye devletlerin, çeşitli dinlerin hayatına sınırlama getirdikleri durumlarda, alınan tedbirleri etkilemesi şart olan “gereklilik” koşulu ile ilgili ilkeleri ortaya koymuştur:

Mahkeme [...] aynı halk içinde birkaç dinin yan yana varlığını sürdürdüğü demokratik bir toplumda, farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarının saygı görmesini sağlamak için bu özgürlüğe sınırlama getirilebileceğini daha önce belirtmiştir (bkz. daha önce belirtilen Kokkinakis davası kararı, s. 18, paragraf 33).

Ancak, bu alanda düzenleyici yetkisini kullanırken ve farklı din, mezhep ve inançlarla ilişkisi içinde, Devlet tarafsız, yan tutmayan bir tavır takınma görevi ile yükümlüdür (bkz. daha önce belirtilen Hassan ve Chaush davası kararı, paragraf 78). Burada söz konusu olan, çoğulculuğun muhafazası ve demokrasinin doğru biçimde işlemesidir. Demokrasinin temel özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını, bu sorunlar rahatsız edici olduğu durumlarda bile, diyalog

yoluyla, şiddete başvurmadan çözme konusunda sunduğu olanaklardır (bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 30 Ocak 1998, Reports 1998-I, s. 27, paragraf 57). Dolayısıyla, yetkililerin böyle durumlarda yapacağı şey, gerilimin nedenini çoğulculuğu ortadan kaldırmak yoluyla gidermek değil, birbiriyle çatışma halinde olan grupların birbirine hoşgörü göstermesini sağlamaktır (bkz. Şerif–Yunanistan, No. 38178/97, paragraf 53, ECHR 1999).

Mahkeme ayrıca, AİHS'in amaçları açısından din özgürlüğü hakkının, ilke olarak, dini inançların veya bu inançların ifade biçimlerinin meşruiyetinin Devlet tarafından değerlendirilmesini dışladığını belirler. Bölünmüş durumdaki bir dini topluluğun içinde belirli bir liderin veya spesifik organların kayırılmasına yönelen veya topluluğu ya da topluluğun bir bölümünü, kendi iradesine karşıt olarak, tek bir liderin etrafında toplanmaya zorlayan Devlet tasarrufları da din özgürlüğünün bir ihlâli anlamına gelir. Demokratik toplumlarda, Devletin dini toplulukların birleşik bir liderliğin yönetiminde kalması ya da bu duruma getirilmesi için tedbirler alması gerekmez (bkz. yukarıda belirtilen Şerif–Yunanistan davası kararı, paragraf 52). Benzer biçimde, din özgürlüğü hakkının veya bu hakkın farklı boyutlarından birinin kullanılmasının iç hukuka göre bir ön izne tâbi olduğu durumlarda, tanınmış olan bir dinî otoritenin yetkilendirilmesine karışmak 9. Madde, 2. fıkranın gerekleriyle uyumsuz (bkz. gerekli değişikliklerle, Penditis ve Diğerleri–Yunanistan, No. 23238/94, Komisyon'un 27 Şubat 1996 tarihli raporu, paragraf 46).

Ayrıca, dini topluluklar geleneksel olarak örgütlü yapılar olarak var olduğu için 9. Madde, AİHS'in örgütlenme faaliyetlerini haksız Devlet müdahalesinden koruyan 11. Maddesi ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, başkalarıyla birlikte dinini açıklama özgürlüğünü de içeren din özgürlüğü hakkı, topluluğun özgürce, keyfi Devlet müdahalesinden arınmış biçimde örgütlenmesine izin verileceği beklentisini kapsar. Gerçekten de, dini toplulukların özerk varoluşu demokratik bir toplumda çoğulculuk için vazgeçilmez nitelik taşır ve bu yüzden 9. Maddenin sağladığı korumanın merkezinde yer alır (bkz. yukarıda belirtilen Hasan ve Chaush davası kararı, paragraf 62).

Buna ek olarak, özellikle bir dini topluluk açısından, kolektif boyutuyla, dinin açıklanması hakkını kullanmanın yollarından biri, topluluğun, mensuplarının ve varlıklarının hukuki korunmasının sağlanmasıdır. Bu yüzden, 9. Maddenin sadece 11. Maddenin değil, 6. Maddenin de ışığında görülmesi gerekir (bkz. gerekli değişikliklerle, Sidiropoulos ve Diğerleri–Yunanistan davası kararı, 10 Temmuz 1998, Reports 1998-IV, s. 1614, paragraf 40 ve Canea Katolik Kilisesi–Yunanistan davası kararı, 16 Aralık 1997, Reports 1997-VIII, s. 2857, paragraf 33 ve 40-41 ve Komisyon'un raporu, s. 2867, paragraf 48-49).

Mahkeme, yerleşik içtihat hukukuna göre, AİHS'e taraf Devletlere bir müdahalenin gerekli olup olmadığı ve ne ölçüde gerekli olduğu konusunda bir takdir payı bırakmaktadır. Ama bu hem konuyla ilgili mevzuatın hem de bu mevzuatı uygulayan kararların AİHM tarafından denetlenmesiyle el ele yürür. Mahkeme'nin görevi ulusal düzeyde yapılan tasarrufların ilkesel düzeyde haklı ve orantılı olup olmadığını saptamaktır.

Mevcut davada takdir payının kapsamını belirleyebilmek için Mahkeme asıl önemli olan konuyu, yani demokratik toplum kavramının özünde bulunan gerçek dini çoğulculuğun korunması ihtiyacını gözönüne almak zorundadır (bkz. daha önce belirtilen Kokkinakis–Yunanistan davası kararı, s. 17, paragraf 31). Benzer biçimde, 9. Madde, 2. fıkranın gerekli kıldığı biçimde müdahalenin “acil bir toplumsal ihtiyaca” cevap verip vermediğini ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını belirlerken de bu ihtiyaca epeyce ağırlık tanınmalıdır (birçok kaynak arasında bkz. gerekli değişikliklerle, Wingrove–Birleşik Krallık davası kararı, 25 Kasım 1996, *Reports* 1996-V, s. 1956, paragraf 53). Mahkeme, denetimini uygularken, şikâyet konusu olan müdahaleyi dosyayı bir bütün olarak değerlendirerek ele almalıdır (bkz. daha önce anılan Kokkinakis–Yunanistan davası kararı, s. 21, paragraf 47).

AİHS 10. Madde – İfade özgürlüğü

10. Madde hükümleri şu şekildedir:

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

1. İfade özgürlüğünün temel hak niteliği

Handyside–Birleşik Krallık davasında AİHM 10. Maddede güvence altına alınan özgürlüğün bir temel hak niteliği taşıdığını vurgulamıştır (7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 23, paragraf 49). Mahkeme şöyle demiştir:

İfade özgürlüğü [demokratik bir toplumun] asli temellerindedir, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu, 10. Madde 2. fıkraya tâbi olmak kaydıyla, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen ya da insanların kayıtsız kalabildiği “bilgi” ve “fikirler” için değil, devlet veya halkın herhangi bir kesimi için saldırgan görünen, sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız edici olan fikirler için de geçerlidir. “Demokratik toplum”un vazgeçilmez özellikleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır.

Autronic AG–İsviçre davasında (22 Mayıs 1990, Seri A No. 178, s. 23, paragraf 47) AİHM’in şu noktanın altını çizmesi hiç kuşkusuz bu nedenledir:

10. Madde [...] ister gerçek, ister tüzel kişi olsun “herkes” için geçerlidir. Üstelik Mahkeme daha önce en az üç kez bu maddenin kâr amacı güden şirketlere de uygulanabilirliğini belirlemiştir (bkz. Sunday Times davası kararı, 26 Nisan 1979, Seri A No. 30; Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann davası kararı, 20 Kasım 1989, Seri A No. 165; ve Groppera Radio AG ve Diğerleri davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 173). [...] Nitekim, bu maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde [10. Madde] ile esastan ilişkili bazı işletmelerden açıkça söz edilmektedir.

2. İfade özgürlüğünün içeriği

11. Madde 1. fıkranın ikinci cümlesi ifade özgürlüğünün içeriği konusunda bir fikir vermektedir. Bu özgürlük, hem dar anlamda “ifade özgürlüğü”nü, hem de “haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü” kapsar. Mahkeme’nin ve Komisyon’un kararları bu tanımın çeşitli unsurlarını saptama olanağını yaratmıştır.

İfade özgürlüğünün bir ögesi olarak kanaat özgürlüğü

Lingens–Avusturya davasında başvuru, iki gazete yazısında Almanya Başbakanına yönelik bazı ifadeleri (“en adi türden fırsatçılık”, “ahlaksızca” ve “utanç verici”) yüzünden hüküm giymişti. AİHM bu davada şunları belirtmiştir (8 Temmuz 1986 tarihli karar, Seri A No. 103, paragraf 46-47):

Mahkeme’nin görüşüne göre, olgular ile değer yargıları arasında özenli bir ayırım yapmak gerekir. Olguların varlığı kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtla başvurularak ortaya konulamaz. Bu bağlamda, Mahkeme

Bay Lingens'in değer yargılarını temellendirmek için başvurduğu olguların da, iyi niyetinin de tartışma konusu olmadığını saptamaktadır (bkz. yukarıda paragraf 21).

Ceza Yasası'nın 111. Maddesinin 2. fıkrası ile bağlantılı olarak ele alındığında aynı maddenin 3. fıkrasına göre, bu tür bir davada gazeteciler iddialarının doğruluğunu kanıtlayamadıkları takdirde 1. fıkrada sözü edilen hususlardan hüküm giymekten kurtulamazlar (bkz. yukarıda paragraf 20).

Değer yargıları açısından bunu talep etmek, gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir; bu durum, AİHS'in 10. Maddesi'nin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan kanaat özgürlüğünün bizzat ihlâlidir.

Yukarıda yer alan çeşitli mülâhazalardan, Bay Lingens'in ifade özgürlüğünü kullanmasına yönelik müdahalenin "demokratik bir toplumda [...] başkalarının şöhret[inin] korunması için" gerekli olmadığı ortaya çıkmaktadır; müdahale izlenen meşru amaçla orantısızdır. Dolayısıyla, AİHS'in 10. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Haber alma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü

Leander–İsveç davasında (26 Mart 1987 tarihli karar, Seri A No. 116, s. 29, paragraf 74-75) AİHM haber alma özgürlüğünün neyi kapsadığını saptamıştır. Bu hak, bilginin sahibi olan insanın iletmek istediği bilgiyi alma hakkı olarak belirlenmiştir. Sahibinin kendi kullanımı için muhafaza etmek arzusunda olduğu bilgiye ulaşma hakkı değildir. Karardaki ifadeyle:

Mahkeme bilgi alma özgürlüğü hakkının esas olarak Devletin, bir kişinin başkalarının kendisine vermeyi istediği veya isteyebileceği bilgiyi almasını sınırlamasını yasakladığını belirtir. 10. Madde, mevcut davaya esas teşkil eden olaylar gibi durumlarda, kişiye kendi kişisel durumu ile ilgili bilgi içeren resmi kayıtlara erişme hakkı vermez. Ne de Devlete bu tür bilgiyi kişiye verme yükümlülüğünü yükler.

Dolayısıyla, Bay Leander'in 10. Madde tarafından korunduğu biçimiyle bilgi alma özgürlüğüne karşı bir müdahale söz konusu değildir.

Ne var ki bu durum, her başvurucunun aynı biçimde çaresiz olduğu anlamına gelmez. Gaskin–Birleşik Krallık davasında (7 Temmuz 1989, Seri A No. 160, s. 20, paragraf 49) AİHM kişinin kendi hakkındaki bilgilere erişme talebinin reddinin 10. Maddenin bir ihlâli olmamakla birlikte, 8. maddenin ihlâli olması ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir. Bu davada başvurucu yerel yönetime karşı dava açmak amacıyla, reşit olmayan bir kişi olarak koruma altına alınmasıyla ilgili olarak belediye meclisinin elindeki dosyaya erişmeye çalışmıştı. AİHM, 8. madde hükümlerinden kişiye ait veri ve bilgilere ulaşma bakımından genel haklar bulunduğu doğrultusunda

bir sonuca varılıp varılmayacağı meselesine hiç girmeksizin, bu davada başvuru-
nun dosyasına erişiminin AİHS'in 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendiril-
mesi gerektiğini açık olarak saptamıştır (aynı yerde, s. 15, paragraf 37).

Ders kitaplarının sansür edilmesi ile ilgili bir örnek için bkz. Kıbrıs–Türkiye davası
kararı, 10 Mayıs 2001, Başvuru No. 25781/94, paragraf 248-254.

Bilgi ve fikir aktarma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü

İfade özgürlüğü aynı zamanda bilgi aktarma özgürlüğünü içerir. Müller ve
Diğerleri–İsviçre davası kararı (24 Mayıs 1988, Seri A No. 133, s. 19, paragraf 27)
sanatsal ifadeyle ilgili bir örnek içerir. AİHM'e göre 10. Madde:

[...] özellikle haber ve fikir aktarma ve edinme özgürlüğü bünyesinde sanatsal
ifade özgürlüğünü içerir. Bu özgürlük, kamusal düzeyde her tür kültürel, siyasi
ve toplumsal bilgi ve fikir alışverişinde bulunma fırsatı sağlar.

Bilgi aktarma özgürlüğü ile ilgili olarak reklâm konusu da gündeme gelebilir.
Bu konuda, AİHM önceleri bir tavır belirlemekten kaçınmıştır. Bu durum,
başvurucunun bir gazeteciye kendi mesleki faaliyetinin reklâmı anlamını
taşıyan bir demeç vermekle suçlandığı Barthold-Federal Almanya Cumhuriyeti
davası kararında (25 Mart 1985, Seri A No. 90, s. 20, paragraf 42) ortaya
çıkmıştır. Mahkemeye göre, söz konusu demeçte genel yararla ilgili bir konu-
daki (söz konusu faaliyet) “kanaatler” ile “bilgi” öylesine iç içe geçmiştir ki,
bilgi unsurlarını kanaatlerden ayırmayı haklı gösterecek hiçbir şey yoktur.
Böylece Mahkeme, bu açıklamaların reklâm mahiyetinde olup olmadığına
bakılmaksızın 10. Maddenin genel anlamda bu duruma uygulanabileceğini
hükme bağlamış olmaktadır.

Öte yandan Komisyon, İsviçre'de Scientology Kilisesinin verdiği bir reklâm vesilesiyle
fikirlerini açıkça belirtmiştir. Bu davada yerel mahkeme reklâmın dini nitelik taşıyan
bazı bölümlerinin çıkarılmasına hükmetmişti. Bu konuda Komisyon şöyle demiştir
(yukarıda 9. Madde çerçevesinde aktarılmış olan başvuru, Decisions and Reports
No. 16, s. 72, paragraf 5):

Başvurucuların reklâmlarına uygulanan sınırlamalar daha ziyade 10. Madde-
nin kapsamında ele alınmalıdır. 10. Madde 1. fıkrası ifade özgürlüğü hakkını
herkes için güvence altına almaktadır. Bu hak, kamu otoritesince müdahale
olmaksızın kanaat sahibi olma ve bilgi ve fikir edinme ve aktarma
özgürlüğünü içerir.

Yakın tarihte (Casado Coca–İspanya davası kararı, 24 Şubat 1994, Seri A No. 285,
s. 16, paragraf 35) AİHM, 10. Maddenin ticari reklâmlara uygulanması bakımından
daha kesin bir tavır geliştirmiştir. Aşağıdaki bölümde AİHM, fikir aktarma konu-
sunda daha genel örnekler de vermektedir:

Barthold–Almanya davası kararında [...] Mahkeme bizatihi ticari reklâmın 10. Madde güvencesi kapsamında olup olmadığı sorusunu açık bırakmıştır. Ancak Mahkeme'nin daha sonraki içtihadı bu konuda yol göstericidir. 10. Madde sadece (en başta siyasi nitelik taşıyanlar olmak üzere) bazı bilgi veya fikir türleri ya da ifade biçimleri için geçerli değildir (bkz. Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beerman–Almanya davası kararı, 20 Kasım 1989, Seri A No. 165, s. 17, paragraf 26); aynı zamanda sanatsal ifadeyi (bkz. Müller ve Diğerleri–İsviçre davası kararı, 24 Mayıs 1988, Seri A No. 133, s. 19, paragraf 27), Komisyon'un haklı olarak belirttiği gibi ticari nitelik taşıyan bilgiyi (bkz. daha önce belirtilen Markt Intern Verlag GmbH [...] davası kararı, aynı yerde), hatta kablolu televizyondan hafif müzik ve reklâm yayınlarını bile kapsar (bkz. Groppera Radio AG ve Diğerleri–İsviçre davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 173, s. 22, paragraf 54-55).

İfade özgürlüğünün iletişim araçlarının özgürlüğü biçimini alması

Haber alma ve verme bakımından özgür olmak yetmez. Gerekli teknik olanaklara erişim de önemlidir. Yukarıda sözü edilen Autronic AG davasında (aynı yerde, s. 23, paragraf 47) AIHM açık biçimde belirtmiştir ki 10. Madde:

[...] yalnızca bilginin içeriği için değil, bilgi aktarma veya edinme araçları için de geçerlidir. Zira bu araçlar üzerinde uygulanan herhangi bir sınırlama zorunlu olarak bilgi edinme ve aktarma hakkına da müdahale olacaktır.

Genel olarak bakıldığında basın, radyo, televizyon vb. araçlarla iletişim 10. Madde'nin kapsamına girer. Broşür dağıtımı için de aynı şey geçerlidir (bkz. 9. Madde çerçevesinde yukarıda sözü edilen Arrowsmith raporu). Bu da bizi doğrudan doğruya 10. Maddenin uygulandığı bazı davaları incelemeye götürür.

3. 10. Maddenin uygulanmasına ilişkin bazı örnekler

10. Maddenin uygulanmasına ilişkin çok sayıda örnek vardır. Açıkça görülmektedir ki bu örnekler sistematik olarak 10. Madde 2. fıkrayla ilgilidir. Bu fıkra, 10. Madde 1. fıkradaki özgürlüklerin kullanımı beraberinde birtakım görev ve sorumluluklar getirdiği için, bu maddede belirtilen hakların ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzenininin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasa tarafından öngörülmüş olan ve demokratik bir toplumda gerekli olan bazı biçim koşullarına, şartlara, sınırlamalara veya cezalara bağlı kılınabileceğini hükme bağlamaktadır.

Demek ki sınırlamalar “yasayla öngörülmüş” olmalı, “gerekli” olmalı ve yukarıda sözü edilen “meşru amaçlar”dan birine (suç işlenmesinin önlenmesi vb.) hizmet ediyor olmalıdır.

Yasal zemin koşuluna ilişkin olarak Vgt VereinGegen Tierfabriken–İsviçre davası kararına (28 Haziran 2001, Başvuru No. 24699/94, paragraf 52) atıfta bulunulabilir. Bu davada AİHM şöyle demiştir:

Mahkeme, “yasa uyarınca” ifadesinin yalnızca şikâyet konusu tasarrufun iç hukukta bir tür temeli olmasını gerektirmediği, aynı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de atıfta bulunduğu, yani ilgili kişi için erişilebilir ve etkileri açısından öngörülebilir olması gerektiği yolundaki içtihadını yeniden hatırlatır (bkz. Amann–İsviçre [BD], No. 27798/95, ECHR 1999-II). Ancak, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal mercilerin, en başta da mahkemelerin işidir (bkz. Kopp–İsviçre davası kararı, 25 Mart 1998, Reports 1998-II, s. 541, paragraf 59; ve Kruslin–Fransa davası kararı, 24 Nisan 1990, Seri A No. 176-A, s. 21 vd., paragraf 29).

Yasanın “öngörülebilirliği” konusunda Hashman ve Harrup–Birleşik Krallık davası kararına (25 Kasım 1999, Reports 1999-VIII, paragraf 31 ve 34) bakılabilir. AİHM bu davada şunları belirtmiştir:

Mahkeme “yasayla öngörülmüş” deyiminden anlaşılacak bir koşulun da öngörülebilirlik olduğunu hatırlatır. Bir norm, vatandaşın davranışını düzenlemesini olanaklı kılacak yeterli kesinlikte formüle edilmedikçe “yasa” olarak görülemez. Öte yandan, yasada kesinlik elbette arzu edilir bir şey olmakla birlikte, bu şart beraberinde aşırı bir katılık getirebilir; halbuki yasanın değişen koşullara uyum gösterebilmesi de gereklidir. İç mevzuat elbette gelecekte ortaya çıkabilecek olan her duruma ilişkin bir hüküm içeremez. Burada var olması gereken kesinliğin düzeyi, önemli ölçüde, söz konusu hukuki enstrümanın içeriğine, kapsamı tasarlanan alana ve muhatap aldıklarının sayısına ve konumuna bağlıdır (bu konu ile ilgili olarak genel bir yaklaşım için bkz. Rekvényi–Macaristan [BD], No. 25390/94, paragraf 34, ECHR 1999-III).

[...]

Mahkeme aynı zamanda, 10. Madde 2. fıkrada belirtildiği şekilde, ifade özgürlüğüne müdahalenin “yasayla öngörülmüş” olması koşulunun, 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde yer alan ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmanın “yasada belirlenen yollar” temelinde olması koşuluyla benzerlik taşıdığına da işaret etmiştir (aynı yerde, s. 2742, paragraf 94).

(Ayrıca bkz. Öztürk–Türkiye davası kararı, 28 Eylül 1999, Reports 1999-VI, paragraf 51-57.)

Hakkında bir yargı hükmü verilmesi talep edilen sınırlama veya müdahalelerin “gerekliliği”ni incelerken AİHM, aşağıdaki yaklaşımı benimser (bkz. örneğin Janowski-Polonya davası kararı, 21 Ocak 1999, Reports 1999-I, paragraf 30):

10. Maddede belirtildiği gibi, bu özgürlük istisnalara tâbidir. Ancak bunlar dar anlamda yorumlanmalı, herhangi bir sınırlama ihtiyacı ikna edici tarzda ortaya konulmalıdır (bkz. aşağıdaki kararlar: Handyside–Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 23, paragraf 49; Lingens–Avusturya, 8 Temmuz 1986, Seri A No. 103, s. 26, paragraf 41; ve Jersild–Danimarka, 23 Eylül 1994, Seri A No. 298, s. 23, paragraf 31).

(ii) 10. Madde 2. fıkra bağlamında “gerekli” sıfatı “acil bir toplumsal ihtiyacın” mevcudiyetine işaret eder. Sözleşmeciler Devletler bu tür bir ihtiyacın var olup olmadığı konusunu değerlendirmede belirli bir takdir hakkına sahiptir; ancak bu takdir hakkı hem mevzuatın, hem de bağımsız mahkemelerce verilmiş dahi olsalar mevzuatın uygulanmasına dair kararların da AİHM denetimine tâbi olmasıyla birlikte düşünülür. Dolayısıyla Mahkeme, bir “sınırlama”nın 10. Madde tarafından korunduğu biçimiyle ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin nihai kararı vermekle yetkilidir (bkz. yukarıda belirtilen Lingens davası kararı, s. 25, paragraf 39).

(iii) Denetim yetkisini kullanırken Mahkeme şikâyete konu olan müdahaleyi davanın bir bütün olarak ele alınması temelinde incelemelidir. Buna başvurunun suçlanmasına yol açan sözlerin içeriği ve bunların hangi bağlamda sarf edildiği de dahildir. Mahkeme özellikle, söz konusu müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal mercilerin müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürdükleri gerekçelerin “konuyla ilgili ve yeterli” olup olmadıklarını belirlemelidir (bkz. yukarıda belirtilen Lingens davası kararı, s. 25-26, paragraf 40 ve Barfod–Danimarka davası kararı, 22 Şubat 1989, Seri A No. 149, s. 12, paragraf 28). Bunu yaparken Mahkeme, ulusal mercilerin 10. Maddenin içerdiği ilkelere uygun standartlar kullanmış ve ayrıca yaklaşımlarını davaya esas teşkil eden olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesi üzerine temellendirmiş olduğu konusunda tatmin olmalıdır (bkz. yukarıda belirtilen Jersild davası kararı, s. 24, paragraf 31).

Bu söylenenlerden sonra, bazı davalara göz atabiliriz.

Siyasi ifade özgürlüğü, siyasi konularda eleştiri veya resmi görevlilerin eleştirisi

İbrahim Aksoy–Türkiye davası kararında (10 Ekim 2000, Başvuru No. 28635/95, paragraf 51-80) AİHM başvurunun bölücü propaganda dolayısıyla hüküm giymesinin 10. Maddeyi ihlâl ettiğini belirlemiştir. Daha genel olarak, reklâm spotları aracılığıyla genel veya siyasi bilgi yayılması konusunda bkz. Vgt VereinGegen Tier-

fabriken–İsviçre davası kararı, 28 Haziran 2001, Başvuru No. 24699/94, paragraf 70-71 (ayrıca bkz. Andreas Wabl–Avusturya davası kararı, 21 Mart 2000 ve Jerusalem–Avusturya davası kararı, 27 Şubat 2001, Başvuru No.26958/95).

Castells–İspanya davası kararının (23 Nisan 1992, Seri A No. 236, s. 23-24, paragraf 46-50) konusunu siyasi konularda eleştiri oluşturuyordu. Bu davada bir parlamento üyesi, kendisine göre sorumlu mevkilerde bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olan bir dizi saldırının kovuşturulması için somut bir adım atması dolayısıyla hükümeti eleştirmişti. Bu yüzden hüküm giymiş ve mahkemeler sözlerinin doğruluğunu kanıtlamasına imkân tanımamışlardı. AİHM genel olarak, eleştiri sınırlarının eleştiri hükümete yöneldiği zaman, bir bireye yöneldiği durumdan daha geniş olduğunu ifade etmiştir – kararın en önemli yönü de budur.

Daha sonra AİHM, başvuruçunun delillerini sunmasına olanak tanınmamış olduğundan 10. Maddenin ihlâl edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır:

Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirin sınırları bir vatandaş, hatta bir politikacı için olduğundan çok daha geniştir. Demokratik bir sistemde, Hükümetin yaptıkları ve yapmadıkları, sadece yasama ve yargının değil, aynı zamanda basın ve kamuoyunun da yakın denetimine tâbi olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin üstün konumu, özellikle karşıtlarının ve medyanın haksız saldırı ve eleştirilerine cevap vermek açısından başka yolların açık olduğu durumlarda, cezai kovuşturmaya başvurmadan kaçınmasını zorunlu kılmaktadır. Yine de kamu düzenini güvence altına alma görevleri dolayısıyla yetkili Devlet mercileri, mesnetsiz iftira kabilinden ya da kötü niyetle ifade edilmiş suçlamalara uygun tarzda ve aşırıya kaçmadan yanıt verme amacıyla, ceza hukuku yoluna başvurmak da dahil olmak üzere çeşitli tedbirler alabilirler.

Punto y Hora de Euskalherria’da yayınlanmış olan makale (bkz. yukarıda paragraf 7) bir bütün olarak ele alınmalıdır. Başvuruçunun yazdığı Bask Ülkesi’nde işlenmiş bir dizi cinayet ve düzenlenmiş bir dizi saldırının uzun bir listesini vermekle başlamış, çeşitli aşırı örgütlerin adlarını da vererek bu örgütlerin bu işlerin içinde olduğunu iddia etmiş ve nihayet durumun sorumluluğunu Hükümete atfetmiştir. Aslında, aynen Bay Castells’in makul sınırlar içinde iyi niyetini kanıtlamaya çalışmasının beklenebileceği gibi, bu iddiaların pek çoğunun doğru olup olmadığının araştırılması da mümkündür.

Yüksek Mahkeme başvuruçunun sunmak istediği delilleri kabul etmiş olsaydı yargılamanın sonucunun ne olacağını kestirmek olanaklı değildir; ama Mahkeme, Yüksek Mahkeme’nin söz konusu suçla ilgili olarak bu tür delillerin kabul edilemez olduğuna hükmetmesine belirleyici bir önem atfetmektedir (bkz. yukarıda paragraf 12). Mahkeme, başvuruçunun ifade özgürlüğünün

kullanılmasına bu tür bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanısındadır.

Aynı konuyla ilgili başka örnekler açısından, yukarıda sözü edilen Lingens–Avusturya davası kararına (8 Aralık 1986, Seri A, No. 103) atıfta bulunmak gerekir. Ayrıca, Lopes Gomes da Silva–Portekiz davasına da (28 Eylül 2000, Başvuru No. 37698/97, paragraf 34-36) değinilebilir. Bu davada başvuru bir gazetede “gülünç”, “soytarıca” ve “kaba” gibi ifade özgürlüğünün sınırlarını aşan, düpedüz hakaret niteliği taşıdığı düşünülen sözcükler kullanmaktan dolayı hüküm giymişti. AİHM şöyle demiştir:

[...] başvuru makalesinin ve özellikle de kullandığı deyimlerin polemik niteliğinde olduğu düşünülebilir. Ne var ki yazar bu ifadeleri nesnel bir açıklamayla desteklediğine göre, bunlar asılsız bir kişisel saldırı olarak görülemez. Bu bağlamda Mahkeme bu alanda siyasi tahkirin sık sık kişisel alana taşıdığına işaret eder; bunlar demokratik bir toplumun güvenceleri olan siyasetin ve fikirlerin özgürce tartışılmasının taşıdığı risklerdir. Bu bakımdan başvuru, basında haber yorumculuğu yapan Bay Silva Resende'nin siyasi görüşleri tarafından biçimlendirilmiş bir kanaati dile getirmiştir. Eğer ortada hiçbir olgusal temel olmamış olsaydı, kabul etmek gerekir ki bu tür bir kanaat ifadesi aşırı görünürdü. Ama saptanan olguların ışığında burada durum böyle değildir. Son olarak, basın özgürlüğünün bir derecede abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı içerdiğini yeniden hatırlatmak gerekir (bkz. Prager ve Oberschlick–Avusturya davası kararı, 26 Nisan 1995, Seri A No. 313, s. 19, paragraf 38).

[...]

Ayrıca, o dönemde günlük *Público* gazetesinin yöneticisi olan başvuru, söz konusu başyazının yanı sıra basında Bay Silva Resende'nin son dönemde kaleme almış olduğu makalelerden sayısız alıntı yayınlamakla gazetecilik mesleğinin kurallarına da uygun davranmış olmaktadır. Böylece, bir yandan bu makalelere tepki gösterirken, bir yandan da söz konusu başyazıyı, başyazıda sözü edilen kişinin beyanlarının yanına yerleştirerek okurlarının kendi fikirlerini oluşturmalarına olanak yaratmış olmaktadır. Mahkeme bu olguya büyük bir önem atfetmektedir.

Hükümetin iddialarının aksine, önemli olan, başvuru asgari ceza ile cezalandırılması değil, hüküm giymiş olmasıdır (bkz. yukarıda belirtilen Jersild davası kararı, s. 25, paragraf 35). Dolayısıyla, gazetecinin mahkûmiyeti, meşru amacın izlenmesi ile orantılı değildir; demokratik bir toplumun basın özgürlüğünü sağlama ve koruma konusundaki çıkarını gözönüne almaktadır.

(Ayrıca bkz. 6 Şubat 2001 tarihli Tammer-Estonya davası kararı, 12 Temmuz 2001 tarihli Feldek-Slovakya davası kararı, Başvuru No. 29032/95, paragraf 77-90 ve bkz. aşağıda belirtilen “gazetecilere açılan davalar”.)

Janowski-Polonya davası kararı (21 Ocak 1999, Reports 1999-I, paragraf 33-35) belediye zabıta memurlarına hakaretle ilgiliydi. Başvurucu bu nedenle önce bir hapis cezası ve para cezasına çarptırılmış, temyiz sonrasında ise para cezası ile cezalandırılmıştı. AİHM bu davada şu hususlara işaret ederek karar vermiştir:

Mahkeme [...] resmi görevini ifa eden kamu görevlilerinin, tıpkı siyasetçiler gibi, kendilerine getirilecek eleştirinin daha geniş sınırları olması şeklindeki yaklaşıma tâbi oldukları yolunda Komisyon’un ileri sürmüştü olduğu argümana işaret eder (bkz. yukarıda paragraf 28). Kabul edilmelidir ki yetkilerini kullanmakta olan kamu görevlilerine getirilecek eleştirinin sınırları, bazı durumlarda, özel kişilere yöneltilen eleştiriye göre daha geniş olabilir. Ancak, kamu görevlilerinin her bir söz ve hareketleri konusunda kendilerini siyasetçilerle aynı ölçüde ve bilinçli olarak yakın denetime açtıkları ve dolayısıyla hareketlerinin eleştirisi konusunda onlarla aynı ölçütler temelinde değerlendirilmeleri gerektiği söylenemez (bkz. Oberschlick–Avusturya (No. 2) davası kararı, 1 Temmuz 1997, Reports 1999-IV, 1275, paragraf 29).

Üstelik, kamu görevlileri, şayet görevlerini başarıyla yerine getireceklerse, toplumun kendilerine gereksiz engelleme olmaksızın göstereceği güvene ihtiyaç duyacaklardır. Dolayısıyla kamu görevlilerini görev başında iken rencide edici ve küfür mahiyetinde sözlerle saldırıya uğramaktan korumak gerekebilir. Mevcut davada bu tür bir koruma şartının, basın özgürlüğü veya kamunun ilgi alanına giren meselelerin açık biçimde tartışılması şartıyla kıyaslanması gerekmemektedir, zira başvurunun sözleri böyle bir bağlamda sarf edilmemiştir (bkz. yukarıda paragraf 32; ve yukarıda belirtilen Lingens davası kararı, s. 26, paragraf 42’nin tamamı).

Mahkeme’nin görüşüne göre, başvurunun hüküm giymesine yol açan nedenler, izlenen meşru amaç açısından önemli nedenlerdir. Başvurucunun, ateşli bir tartışma esnasında bazı hemşehrilerinin selâmeti bakımından samimî olarak kaygı duyması sebebiyle, küfür mahiyetindeki ifadelerle müracaat ettiği doğrudur. Bu ifadeler, bu tür ifadelerle verilecek tepki konusunda eğitilmiş kolluk kuvvetlerine yöneltilmişti. Ancak başvuru zabıta memurlarına, onlar görevlerini yapmakta iken, kamuya açık bir yerde, olayı seyretmekte olan bir dizi insanın önünde hakaret etmiştir. Zabıta memurlarının aldığı tedbirler belediye meclisinin açık talimatına dayanmamakla birlikte, sağlık ve trafikle ilgili birtakım düzenlemelere dayanmaktaydı ve rencide edici ve küfür mahiyetinde sözlere başvurmayı haklı gösterebilecek türden tedbirler değildi (bkz.

yukarıda paragraf 8). Dolayısıyla, aksi yönde bazı koşullar mevcut olmuş olsa dahi, ulusal mahkemelerin sonuç olarak verdiği kararda yeterli bir gerekçe mevcuttur.

Yukarıda söylenenleri gözönüne alan Mahkeme, ulusal mercilerin öne sürdüğü gerekçelerin 10. Madde 2. fıkrası açısından “konuyla ilgili ve yeterli” olduğu kanısına varmıştır. Mahkeme ayrıca, mevcut davanın somut koşullarında, ortaya çıkan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğuna hükmetmiştir. Bu bağlamda, başvurunun cezasının temyizde ciddi ölçüde hafifletilmiş olması ve en önemlisi hapis cezasının Sieradz Bölge Mahkemesi tarafından kaldırılmış olması dikkate şayandır (bkz. yukarıda paragraf 12). Özet olarak, ulusal mercilerin şikâyeteye konu olan tasarrufu değerlendirirken kendilerine tanınmış olan takdir payını aşmış olduğu söylenemez.

Dolayısıyla, AİHS’in 10. Maddesi ihlâl edilmemiştir.

(Ayrıca bkz. 29 Mart 2001 tarihli Thoma–Lüksemburg davası kararı.)

İfade özgürlüğü ve gizli bilginin yayınlanması

1995 tarihli bir kararda AİHM, daha önce belirlediği ilkeleri uygulamıştır. Bu karar Vereniging Weekblad Bluf!–Hollanda davası kararıdır (9 Şubat 1995, Seri A No. 306-A, s. 15-16, paragraf 43-46). Bluf! gazetesinin yazı işleri kadrosu iç güvenlik servisinin (BVD) eski bir raporunu ele geçirmiş ve bu raporu yayınlamıştı. Yetkililer gazeteyi toplatmışlardı. Ancak, polis baskı kalıplarına el koymayı unuttuğu için gazete yeniden basılmış ve dağıtımına çıkmıştı. O gün Kraliçe’nin yaşgünü olduğu için, herhangi bir olay çıkmaması için yetkili makamlar bu yeni gazetelerin dağıtımını engellememişlerdi. Daha sonra savcı gazeteyi toplattırması.

AİHM gazetenin toplattırılmasının ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu belirtmiş ve her ne kadar bu müdahale yasaya uygun olsa ve ulusal güvenliği korumak bakımından meşru bir amaca hizmet etse bile, demokratik bir toplumda bu amaca ulaşmak için bu tür bir müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Davayı ele alırken AİHM, esas olarak bilginin “aleniyeti” kriteri üzerinde durmuştur. AİHM bu davada şunu belirtmiştir:

Toplatma kararı [...] olayın bütünü ışığında ele alınmalıdır. Gazeteye el konulmasından sonra, yayıncılar çok sayıda nüshayı yeniden basarak bu gazeteleri son derece kalabalık Amsterdam sokaklarında satmışlardır.

Dolayısıyla, derginin toplatılmasına karar verildiğinde söz konusu bilgiler zaten geniş biçimde yayılmış bulunmaktaydı. Başvuru kuruluşun verdiği 2,500 rakamına Hükümetin itiraz ettiği doğrudur. Ama Mahkeme, her halükârda, çok sayıda derginin satılmış ve BVD’nin raporunun yaygın biçimde okunmuş olduğundan kuşku duymak için bir neden görmemektedir.

Bu son nokta açısından bakıldığında, Mahkeme, daha önce, belirli bilgilerin zaten açıklanmış (bkz. daha önce anılmış olan Weber davası kararı, s. 22-23, paragraf 49) ya da gizli olmaktan çıkmış (bkz. Observer ve Guardian–Birleşik Krallık davası kararı, 26 Kasım 1991, Seri A No. 216, s. 33-35, paragraf 66-70 ve daha önce belirtilen Sunday Times (No. 2) davası kararı, s. 30-31, paragraf 52-56) olduğu görüldüğünde, bu bilgilerin açıklanmasını engellemenin gereksiz olduğuna hükmetmiş olduğunu hatırlatır

Bu davada aleniyet derecesinin farklı olduğu doğrudur. Yine de, çok sayıda insan söz konusu bilgilere ulaşma ve bunları başkalarına da aktarma olanağını elde etmiş durumdaydı. Üstelik, medya da olay üzerinde yorum yapmıştı. Durum böyle olunca, bu bilgilerin Devlet sırrı olarak muhafazası artık haklı gösterilemez; Bluf!'un 267 numaralı sayısının toplatılması, izlenmekte olan “meşru amaca” ulaşma bakımından artık hiç de zorunlu görünmemektedir. Ancak, suçu işleyenler hakkında soruşturma açılabilir.

Kısacası, bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre, 10. Maddenin ihlâli söz konusudur.

Kamu hizmeti bağlamında ifade özgürlüğü

10. Madde 2. fıkrada, ifade özgürlüğünün birtakım görev ve sorumlulukları da beraberinde getirdiği belirtilmektedir. Bunun anlamı, yargıçlar, kamu görevlileri vb. belirli mevkilerde bulunanlar için ifade özgürlüğünün sınırları olduğudur. AİHM bu konuları ele almış ve son döneme ait bir kararda mesleki reklâm yasağını çiğneyen bir avukata uygulanan disiplin tedbirinin 10. Madde 2. fıkraya uygun olduğuna hükmetmiştir.

Bu çalışmada her şeyi ele almak olanaklı olmadığından konunun sadece bir yönü incelenecektir: ifade özgürlüklerini kullanan kişilerin kamu hizmetinde bir göreve kabul edilmemeleri veya mevcut görevlerinden uzaklaştırılmaları. Bu bakımdan Glasenapp–Almanya davası kararına (28 Ağustos 1986, Seri A No. 104, s. 26, paragraf 49-50) değinmek uygun olacaktır. Almanya’da bir kamu görevine gelebilmek için Anayasa’ya ve temsil ettiği değerlere sadakat yemini etmek gereklidir. Yetkili merciler aşırı sol veya aşırı sağ akımlarla ilişkisi olan stajyer memurları göreve kabul etmemektedirler. AİHM öncelikle şu hususa işaret etmiştir:

Her ne kadar [...] Sözleşmeciler Devletler Sözleşme’de veya Protokollerinde kamu görevine kabul edilme hakkı türünden bir hakkı tanımayı arzu etmemiş olsa da bu durumdan, kamu görevlilerinin başka yönlerden de AİHS’in kapsamı dışında kaldıkları sonucu çıkarılamaz (bkz. gerekli değişikliklerle Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davası kararı, 28 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 31-32, paragraf 60).

AİHM daha sonra bu gerekçeye bir miktar sınırlama getirmiştir:

Bayan Glasenapp'ın orta dereceli bir okula tayini yoluyla elde etmiş olduğu stajyer memur statüsü bundan dolayı kendisini 10. Maddenin sağladığı korumadan yoksun bırakmaz. Mevcut davada bu hüküm hiç tartışmasız maddi bir hükümdür, ancak bu hükmün ihlâl edilip edilmediğini belirleyebilmek için şikâyete konu olan tasarrufun ifade özgürlüğünün kullanılmasına (örneğin “biçim koşulları, şartlar, sınırlar ve yaptırımlar” biçiminde) bir müdahale mi oluşturduğuna, yoksa bu tasarrufun AİHS tarafından güvence altına alınmayan bir hak olan, kamu görevine kabul edilme hakkı kapsamına mı girdiğine bakmak gerekir.

Davaya esas teşkil eden olayları inceledikten sonra, **AİHM** şunu belirtmiştir (paragraf 53):

Mahkeme'ye başvurunun konusunu teşkil eden meselenin merkezinde kamu görevine kabul edilme yatmaktadır. Bayan Glasenapp'ın kamu görevine atanma talebinin Eyalet makamları tarafından geri çevrilmesinde, bu makamların ilgili şahsın tutum ve kanaatlerini yalnızca söz konusu görev açısından yeterli kişisel vasıflara sahip olup olmadığını değerlendirmek amacıyla dikkate aldığı görülmektedir.

Bu durumda, 10. Madde 1. fıkra hükümlerince güvence altına alınan bu hakkın kullanılmasına müdahale edilmemiştir.

Bir başka davada (Vogt–Almanya, 26 Eylül 1995 tarihli karar, Seri A No. 323, paragraf 44) **AİHM** aksi yönde görüş bildirmiştir. Bu davada başvuru stajyer memur değildi; daha önce kamu hizmetine kabul edilmişti. Burada 10. Maddenin demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir ihlâlinin mevcut olduğuna hükmetmeden önce **AİHM**, 11. Madde 2. fıkra hükümlerinin bu durumda gerçekten uygulanabileceğine işaret etmiştir:

Komisyon'a benzer biçimde Mahkeme de mevcut davanın Glasenapp ve Kosiek davalarından ayrı tutulması gerektiği görüşündedir. O davalarda Mahkeme yetkili mercilerin tasarrufunu, başvuru sahiplerinin gerekli vasıflara sahip olmadıkları gerekçesiyle kamu görevine atanmalarının reddi olarak tahlil etmişti. Dolayısıyla, Mahkeme'ye intikal eden meselenin merkezinde kamu görevine kabul edilme yatıyordu. Mahkeme de buna bağlı olarak, 10. Maddenin 1. fıkrasında korunmuş olan hakka bir müdahalenin mevcut olmadığına hükmetmişti (bkz. daha önce belirtilen Glasenapp davası kararı, s. 27, paragraf 53).

Bayan Vogt ise, Şubat 1979 tarihinden itibaren kadrolu bir devlet memuru olarak çalışmaktadır. Ağustos 1986'da görevinden alınmış, 1987 yılında ise

ihraç edilmiştir (bkz. yukarıda paragraf 16 ve 20). Bu kararın temelinde, Bayan Vogt'un Anayasa'da belirtildiği şekilde, her kamu görevlisinin özgür demokratik sisteme sadakat şeklindeki görevini yerine getirmemesi sebebiyle disiplin cezası almış olması bulunmaktadır. Yetkili mercilere göre Bayan Vogt'un DKP adına yürüttüğü faaliyetler ve bu partiyle ilişkisini kesmemiş olması, yukarıda belirtilen bu aslî görevin yerine getirilmemesi anlamına gelmekteydi. Dolayısıyla, bu davada gerçekten de AİHS'in 10. Maddesinde güvence altına alınan hakkın kullanımıyla ilgili bir müdahale söz konusuydu.

[...] Her ne kadar bir devletin, devlet memurlarına beyanatta bulunmama şeklinde bir yükümlülük getirmesi bu memurların statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da devlet memurları da birer bireydir ve bu nitelikler ile AİHS'in 10. Maddesi'nden yararlanmaya hak kazanırlar. Dolayısıyla Mahkeme'ye düşen, her bir davanın koşullarını göz önünde bulundurarak, kişinin ifade özgürlüğü konusundaki temel hakkı ile demokratik bir Devletin kamu hizmetinin 10. Madde 2. fıkrada dile getirilen amaçlara hizmet etmesini sağlama konusundaki meşru çıkarı arasında âdil bir denge yaratılmış olup olmadığını belirlemektir. Bu denetimi gerçekleştirirken Mahkeme'nin, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü hakkının söz konusu olduğu her durumda 10. Madde 2. fıkrada sözü edilen "görev ve sorumluluklar"ın özel bir anlama büründüğünü, bunun da ulusal makamlara, şikâyete konu olan müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığı hakkında belirli bir takdir payı tanımayı anlamlı kıldığını hatırd tutması gerekecektir (bkz. ayrıca Ahmed ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararı, 2 Eylül 1998-VI, s. 2378, paragraf 56).

(Ayrıca bkz. Wille–Lichtenstein davası kararı, 28 Ekim 1999, *Reports* 1999-VII, paragraf 36-51.)

Radyo-televizyon yayınları, sinema ve videoda ifade özgürlüğü

Radyo-televizyon yayınları

Groppera–İsviçre davasında AİHM, Devletlerin bu alanda yerleştirebileceği izin sistemiyle ilgili olarak 10. Madde 1. fıkrada yer alan üçüncü cümle hükümlerinin uygulanmasına ilişkin şartları belirlemiştir. AİHM 2. fıkranın ifade özgürlüğünü kapsayan hükümlerinin bu tür kurallar için de geçerli olduğunu belirtmiştir (Groppera Radio AG ve Diğerleri davası kararı, 28 Mart 1990, Seri A No. 173, s. 24, paragraf 61):

[...] AİHS 10. Madde 1. fıkrasında yer alan üçüncü cümlelerin amacı, Devletlerin kendi toprakları üzerinde yayıncılığın, özellikle teknik yönleri bakımından nasıl düzenleneceğini bir izin sistemi aracılığıyla denetlemesine izin verilmiş olduğunu açıkça belirtmektir. Ne var ki bu cümle, izne ilişkin tedbirlerin diğer bakımlardan ikinci fıkranın koşullarına tâbi olmayacağı anlamına gelmez. Zira

bu tür bir yaklaşım, bir bütün olarak ele alındığında, 10. Maddenin içerik ve amacına aykırı bir sonuca yol açabilir.

AİHM bu ilkeleri bir başka davada, Informationsverein Lentia ve Diğerleri–Avusturya davasında uygulamıştır. Bu davada başvuruculara bir kablolu televizyon ağı kurma izni verilmemişti. Avusturya'nın konuyla ilgili yasası federal mercilere yayın faaliyetlerini düzenleme yetkisi veriyordu. Başvuruculara hiçbir özel izin verilmemişti, zira bu tür bir izin için yasal zemin mevcut değildi. Avusturya Devleti var olan kamu tekelinin muhafazasında amacın, haberlerin nesnellik ve tarafsızlığının, çoğulculuğun vb. korunması olduğunu ileri sürüyordu. AİHM söz konusu davada gerekli iznin verilmemesinin “yasalar uyarınca” bir müdahale olmakla birlikte, demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirlemiştir (Informationsverein Lentia ve Diğerleri–Avusturya, 24 Kasım 1993, Seri A No. 276, s. 16-17, paragraf 38-39 ve 42). AİHM bu davada öncelikle şu saptada bulunmuştur:

Mahkeme ifade özgürlüğünün, özellikle basın aracılığıyla genel yararı ilgilendiren ve kamunun edinme hakkı bulunan bilgi ve fikirleri aktarmaya hizmet ettiği durumlarda, demokratik bir toplumda oynadığı asli rolü sık sık vurgulamış bulunmaktadır (örneğin bkz. gerekli değişikliklerle Observer ve Guardian–Birleşik Krallık davası kararı, 26 Kasım 1991, Seri A No. 216, s. 29-30, paragraf 59). Bu tür bir yükümlülük çoğulculuk ilkesine dayandırılmadıkça layıkıyla yerine getirilemez. Çoğulculuğun güvencesi ise son tahlilde Devlettir. Bu gözlem özellikle, programları geniş kitlelere yönelik olarak yayınlanan görsel-işitsel medya için geçerlidir.

Bu değerlerin gözetilmesini sağlayan çeşitli araçlar arasında kamu tekeli, ifade özgürlüğüne en büyük sınırlamanın getirilmesine, bir başka deyişle ulusal bir kanal dışında yayın yapmanın tümüyle imkânsız olmasına (bazı durumlarda çok sınırlı olarak yerel bir kablo istasyonu kullanılabilir) yol açar. Bu tür sınırlamaların geniş kapsamlı olmaları, ancak acil bir ihtiyaca karşılık verdikleri sürece bu sınırlamaların haklı görülebileceği anlamına gelir.

Devletin yukarıda değinilen argümanını inceledikten sonra AİHM şunu belirtmiştir:

Hükümetin argümanları Mahkeme'yi ikna etmemektedir. Bu iddialar, Avusturya ile benzer büyüklükteki çeşitli Avrupa ülkelerindeki uygulamalara aykırı düşmektedir. Bu ülkelerde özel kanallar ile devlet kanalının, ülkeden ülkeye farklılık gösteren çeşitli kurallar uyarınca ve özel tekellerin oluşmasını önleyecek tedbirler eşliğinde bir arada faaliyet gösteriyor olması, dile getirilen kaygıların yersiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Görsel-işitsel iletişim konusunda diğer karar örnekleri açısından, yukarıda sözü edilen Autronic davası kararına (bu karar 10. Maddenin incelenmesine girilir-

ken ele alınmıştır) veya Tele 1 Privatfernseh GmbH–Avusturya davası kararına (21 Eylül 2000, Başvuru No. 32240/96) atıfta bulunulabilir.

Sinema

Sinema ile ilgili olarak Otto-Preminger-Institut–Avusturya davasına değinilmelidir (22 Eylül 1994, Seri A No. 295-A, s. 19, paragraf 49). Bu davada, Katolikler açısından kışkırtıcı olması sebebiyle bir filme yetkili merciler tarafından el konulmuştu. AİHM bu davada 10. Maddenin ihlâli olmadığına karar vermiştir. Yine de AİHM, bir sanat eserinin dini inançları rencide etmesi durumunda uygulanabilecek ilkeleri ortaya koymaktadır:

10. Madde 2. fıkranın lafzından da anlaşılacağı üzere, her kim aynı maddenin 1. fıkrasında korunan hak ve özgürlükleri kullanmaktaysa birtakım “görev ve sorumluluk”lar da üstlenmektedir. Bu görev ve sorumluluklara – dinî kanaat ve inançlar bağlamında – diğer kişileri sebepsiz yere rencide ederek haklarının ihlâline yol açan ve bu şekilde insan ilişkilerinin geliştirilmesine yönelik herhangi bir toplumsal tartışmaya katkıda bulunmayan ifadelerden mümkün olduğunca kaçınılmasının da dahil edilmesi doğru olacaktır.

Bu temelde, bazı demokratik toplumlarda dinen kutsal addedilen unsurlara yönelik uygunsuz saldırıların yaptırımla karşılaşması, hatta engellenmesi ilke olarak gerekli görülebilir. Ancak her zaman, getirilecek “biçim koşulları, şartlar, sınırlamalar veya yaptırımlar”ın izlenen meşru amaçla orantılı olması koşulu geçerlidir (bkz. Handyside–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 23, paragraf 49).

AİHM bu davada şu sonuca ulaşmıştır:

Mahkeme, Tirol halkının büyük bir çoğunluğunun Katolik mezhebine mensup olduğu gerçeğini görmezlikten gelemez. Filme el koyan Avusturya makamlarının amacı, bu bölgede dinî barışı sağlamak ve bu filmin bazı insanlar tarafından dini inançlarına yönelik haksız ve incitici bir saldırı olarak algılanmasını önlemektir. Belirli bir dönemde geçerli olan yerel koşullar ışığında bu tür bir tasarrufa ihtiyaç olup olmadığını değerlendirmek, her şeyden önce, duruma uluslararası bir mahkemede görevli bir yargıçtan çok daha fazla vâkif olan ulusal mercilere düşer. Mevcut davanın bütün koşulları çerçevesinde Mahkeme, Avusturya makamlarının bu konudaki takdir paylarını aşmış olduklarının düşünülmemeyeceği kanaatindedir (aynı yerde, s. 21, paragraf 56).

Video

Wingrove–Birleşik Krallık davasında (25 Kasım 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, s. 1957-1960, paragraf 58 ve 63), başvuru *Visions of Ecstasy*

başlıklı bir video eserini yönetmiş ve çekmişti. British Board of Film Classification (Britanya Film Sınıflandırma Kurulu) bu video eserini, dine küfür olarak görmüş ve dağıtım ruhsatı vermeyi reddetmişti. Kararda AİHM, “ahlâk”la ilgili olarak siyasi ifade ve “sanatsal ifade”lerin incelendiği davalarda Sözleşmeciler Devletlerin takdir payına ilişkin uygulanacak ilkeleri bir kez daha belirtmiştir:

[...] şurası bir gerçektir ki bir Devletin dine küfür içerdiği gerekçesiyle belirli bir malzemenin dağıtımına sınırlama getirmesinin, kendi içinde demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve bu yüzden de AİHS ile bağdaşmayacağına karar vermek için Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin hukuki ve toplumsal düzenlerinde yeterli bir ortak zemin henüz mevcut değildir (bkz. gerekli değişikliklerle yukarıda paragraf 46’da belirtilen Otto-Preminger-Institut davası kararı, s. 19, paragraf 49).

AİHS 10. Madde 1. fıkrada siyasi ifade veya kamu yararını ilgilendiren konularda tartışmalara getirilecek sınırlandırmalara fazla değinilmiş olmamakla birlikte (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, gerekli değişikliklerle Lingens–Avusturya davası kararı, 8 Temmuz 1986, Seri A No. 103, s. 26, paragraf 42; Castells–İspanya davası kararı, 23 Nisan 1992, Seri A No. 236, s. 23, paragraf 43; ve Thorgeir Thorgeirson–İzlanda davası kararı, 25 Haziran 1992, Seri A No. 239, s. 27, paragraf 63), ahlâki meselelerde veya özellikle din konusunda kişilerin şahsî kanaatlerini rencide edebilecek hususlarda ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde Sözleşmeciler devletlere daha geniş bir takdir payı tanınmaktadır. Üstelik, insanların dini inançlarına saldırı söz konusu olduğunda, tıpkı ahlaki konularda olduğu gibi, hatta belki de daha büyük ölçüde, “başkalarının haklarının korunması”nın gerekleriyle ilgili olarak Avrupa çapında ortak bir anlayış da bulunmamaktadır. Özellikle inanç ve mezhep çeşitliliğinin hızla artmakta olduğu bir dönemde, belirli bir dine mensup kişileri neyin ciddi biçimde rencide edeceği dönemden döneme ve mekândan mekâna değişiklik gösterecektir. Devlet mercileri, ülkenin yaşayan güçleriyle doğrudan ve sürekli temas içinde olduklarından, hem başkalarının haklarıyla ilgili şartların tam içeriği, hem de en köklü duygu ve inançları bu tür bir unsurdan ciddi biçimde rencide olabilecek kişileri korumak amacıyla getirilecek bir “sınırlama”nın “gerekliliği”nin değerlendirilmesinde, ilke olarak, uluslararası bir mahkemede görevli bir yargıca kıyasla çok daha iyi bir konumdadırlar (bkz. gerekli değişikliklerle Müller ve Diğerleri–İsviçre davası kararı, 24 Mayıs 1988, Seri A No. 133, s. 22, paragraf 35).

Elbette bütün bunlar nihai olarak AİHM’in denetimi olmayacağı anlamına gelmez. Dine küfür kavramının geniş ve açık uçlu niteliği ve dine küfür içerdiği iddia edilen malzemeye karşı birtakım tedbirler alma adı altında ifade

özgürlüğüne aşırı müdahalelerin ortaya çıkması riski gözönüne alındığında, bu tür bir denetim daha da gerekli hale gelmektedir. Bu bakımdan, dine küfür suçunun kapsamı ve mevzuatta var olan yaptırımlar özel bir önem taşır. Ayrıca, mevcut davada önceden sınırlama getirilmiş olması, Mahkeme'nin özel olarak incelemesi gereken bir konudur (bkz. gerekli değişikliklerle Observer ve Guardian–Birleşik Krallık davası kararı, 26 Kasım 1991, Seri A No. 216, s. 30, paragraf 60).

Mahkemenin bu davadaki görevi, ulusal mercilerin başvuruçunun ifade özgürlüğüne müdahalesinde dayandığı gerekçelerin, AİHS 10. Madde 2. fıkranın amaçları açısından önemli ve yeterli olup olmadığını belirlemektir.

[...]

Hem başvuruçunun hem de Komisyon Delegatesi, kısa bir deneysel video eserinin, örneğin Otto-Preminger-Institut davasında olduğu türden ticari yapım ürünü bir filminden daha dar bir seyirci kitlesine erişeceğini beyan etmişlerdir. [...]

Ayrıca, bu risk, filmin dağıtımının sadece ruhsatlı erotik malzemeler satan mağazalarla sınırlanması yoluyla daha da azaltılabildi.

Bu davada Britanya Film Sınıflandırma Kurulu söz konusu filme belirli bir klasman tanımamıştı. Bunun sonucunda başvuruçunun video eserini dağıtımına sokmasına izin verilmemişti. Tarafların beyanlarıyla ilgili olarak AİHM şunu belirtmiştir (paragraf 63):

Ne var ki Mahkeme, video eserlerinin özelliği gereği piyasaya çıktıktan sonra rahatlıkla çoğaltılabileceğini, ödünç verilebileceğini, kiralanabileceğini, satılabileceğini ve birçok konuda izlenebileceğini, böylelikle yetkili mercilerin denetiminden kolayca kaçabileceğini saptamaktadır.

Bu koşullar altında ulusal mercilerin, Birleşik Krallık'ta video sektörünün gelişmesini de gözönünde bulundurarak (bkz. yukarıda paragraf 22) bu filmin geniş bir kesime ulaşarak kişileri rencide edebileceğini düşünmesi akla aykırı değildir. Video eserlerinin yukarıda sözü edilen çok çeşitli dağıtım biçimleri hatırlanacak olursa, filmin içeriği konusunda uyarılar içeren bir kutunun kullanılması da (bkz. yukarıda paragraf 62) pek etkili olmazdı. Her halükârda, bu konuda da ulusal merciler, toplumu korumanın güçlüklerini de hesaba katarak bu tür bir videonun etkisini değerlendirmek bakımından AİHM'den çok daha uygun bir konumdadırlar.

Sonuç: 10. Madde ihlâl edilmemiştir.

İfade özgürlüğü ile basın ve yayın özgürlüğü

Yayımların yasaklanması

Müstehcen yayınlar

Bir kitabın yayımlanması üzerine (burada “ders kitabı” veya “küçük kitap” olarak anılacak), Birleşik Krallık yetkili mercileri kitabın müstehcen olduğu gerekçesiyle dava açmışlardı. Yerel mahkeme ilgili kişiyi mahkûm etmiş ve kitabın toplatılmasına ve imha edilmesine karar vermişti (Handyside–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24). Yazarın ifade özgürlüğüyle ilgili bu müdahalenin gerekliliği konusunda AİHM tarafların ileri sürdüğü argümanları sırayla incelemiştir.

AİHM önce başvurunun Birleşik Krallık'ta müstehcen dergilere izin verildiğine ilişkin argümanını reddetmiş ve şunları belirtmiştir (paragraf 56):

Komisyon'un azınlık görüşüne ve başvurucuya göre, Ders Kitabı ve yayıncısının 1971 yılında maruz kaldığı muamele, Birleşik Krallık'ta en müstehcen pornografi türüne giren, düşünsel ve sanatsal değerden yoksun çeşitli yayınların aşırı hoşgörülle karşılandığı iddiaları gözönüne alındığında daha da az “gerekli” hale gelmektedir. Ayrıca, bu yayınların sokaktan gelip geçenlerin ve özellikle gençlerin gözü önünde sergilendiği ve bunlara karşı nadiren açılan ceza davalarının da jüri üyelerinin gevşek davranışları dolayısıyla bir işe yaramadığı, böylece bu yayınların tam bir ceza muafiyetinden yararlandıkları iddia edilmektedir. Aynı şeyin erotik malzemeler satan mağazalar ve halka açık birçok eğlence yeri için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir.

İlke olarak Mahkeme'nin, ulusal mahkemeler ve kovuşturma mercilerinin, görünüşte birbirine benzer koşullarda bile olsa, verdikleri farklı kararları karşılaştırmak gibi bir işlevi yoktur. Tıpkı davalı Devlet gibi, AİHM de mahkemelerin bağımsızlığına saygı göstermek zorundadır. Ayrıca ve her şeyden önemlisi, Mahkeme gerçekten de benzer durumlarla karşı karşıya değildir: Hükümetin de işaret ettiği gibi, dosyadaki belgeler, söz konusu yayınların ve eğlence yerlerinin, Ders Kitabı ile aynı ölçüde (yukarıda paragraf 52) bunlara kolaylıkla erişebilecek durumdaki çocuk ve ergenlere yönelik olduğunu göstermemektedir.

Daha sonra, bu kitabın Avrupa Konseyi'ne üye başka ülkelerde de yayımlanmış olmasına ilişkin olarak AİHM şu tespitte bulunmuştur (paragraf 57):

Komisyon'un azınlık görüşünde ve başvuru tarafından vurgulanan bir diğer husus da bu “küçük kitabın” orijinal baskının gerçekleştirildiği Danimarka'nın yanı sıra, tercüme edilerek Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin büyük bir çoğunluğunda serbestçe yayımlanmış ve dağıtılmış olmasıdır.

Bu konuda da ulusal takdir payı ile 10. Madde 2. fıkrada belirtilen “sınırlama” ve “yaptırımlar”ın ihtiyari olma niteliği, Mahkeme’nin bu argümanı kabul etmesini engellemektedir. (Sözleşmecî devletlerin) çoğunluğunun bu eser için dağıtım izni kararı vermiş olmaları, Inner London Quarter Sessions mahkemesinin aksi yöndeki kararının 10. Maddeyi ihlâl ettiği anlamına gelmez.

Son olarak, ifade özgürlüğüne müdahalenin vehameti konusunda AİHM şu argümanı ileri sürmüştür (paragraf 58-59):

[...] 5 Haziran 1976’da yapılan duruşmada Komisyon’un azınlık kanaatini açıklayan temsilci, her durumda davalı Devletin, Bay Handyside’in mahkûmiyetiyle ve Ders Kitabı üzerinde hak kaybıyla ve daha sonra da kitabın imhasıyla sonuçlanacak ceza soruşturmasını açmak gibi aşırı sert tedbirlere başvurmamasının gerekli olmadığını ileri sürmüştür. Temsilciye göre, Birleşik Krallık, ya başvurucudan kitabı oto sansürden geçirmesini talep etmek ya da satış ve reklâmlara belirli sınırlamalar koymak gibi tedbirlerle yetinmediği için, “gerekli” sıfatının özünde bulunan orantılılık ilkesini ihlâl etmiştir.

Kitabın oto sansüre tâbi tutulmasına yönelik talebe ilişkin olarak [...] AİHM aslen, 10. Maddenin “hiçbir biçimde Sözleşmecî devletlere bu tür bir ön sansür uygulama yükümlülüğü getirmediği”ni belirtmiştir.

Kitabın satışının sınırlanması talebi konusunda AİHM, ders kitabının bu tedbir sonucunda başvurucunun kitabın varoluş nedeni olarak nitelediği özünü yitirebileceğine işaret etmiştir.

Elindeki güçlü verilerden hareketle Mahkeme, mevcut davanın koşulları bakımından 10. Madde hükümlerinde yer alan şartların ihlâlinin tespit edilemediği sonucuna ulaşmıştır.

Ahlâkî değerlerin korunması çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında üye devletlere geniş bir takdir hakkı tanınması konusuna değinilecektir.

Siyasi yayınlar

Yasaklamanın bir başka örneği, Fransa’da kamu düzenine tehdit oluşturduğu iddia edilen bir yayının dağıtım ve satışını yasaklayan (ancak daha sonra Danıştay tarafından iptal edilen) bir kararname konusundaki Association Ekin-Fransa kararıdır (10 Temmuz 2001, Başvuru No. 39288/98, paragraf 63). AİHM, özellikle güvenlik ve asayiş gözönüne alındığında, söz konusu yayının içeriğinin, başvurucunun ifade özgürlüğüne İçişleri Bakanı’nın çıkarttığı yasaklama kararı şeklinde ciddi bir müdahalede bulunulmasını haklı kılacak nitelikte olmadığı konusunda Danıştay ile mutabıktır. Kısacası, AİHM İçişleri Bakanı’nın yayınladığı kararnamenin acil bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı ve izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı

görüşündedir (bkz. ayrıca Öztürk–Türkiye davası kararı, 28 Eylül 1999, Reports 1999-VI, paragraf 64-74).

Gazetelerin toplatılması ve el koyma

Observer ve Guardian–Birleşik Krallık davasında (26 Kasım 1991, Seri A No. 216, s. 29-30, paragraf 59-60), AİHM ifade özgürlüğünün basın açısından ortaya çıkardığı temel ilkeleri özetlemiştir:

(a) İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel unsurlarından biridir; 10. Madde 2. fıkraya çerçevesinde ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan “bilgi” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan veya rahatsız eden türde bilgi ve fikirler için de geçerlidir. 10. Maddede yer aldığı biçimiyle ifade özgürlüğü bir dizi sınırlamaya tâbidir, ancak bu istisnalar dar biçimde yorumlanmalı ve herhangi bir sınırlama ihtiyacı ikna edici biçimde gerekçelendirilmelidir.

(b) Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, diğer unsurların yanı sıra, “ulusal güvenlik” ya da “yargı yetkisinin muhafazası” bakımından belirlenmiş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması basının görevidir. Basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklamakla görevli olmasının yanı sıra, toplumun da bu bilgileri alma hakkı vardır. Aksi takdirde, basın “kamunun gözü kulağı” olma şeklindeki hayati rolünü oynayamaz.

(c) 10. Madde 2. fıkraya çerçevesinde “gerekli” sıfatı ile “acil bir toplumsal ihtiyacın” mevcudiyeti kastedilmektedir. Sözleşmeciler devletler bu tür bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmede belirli bir takdir payına sahiptir; ancak takdir hakkı AİHM’in hem hukukî hem de bağımsız mahkemelerce verilmiş olsalar dahi, bu hakkın kullanıldığı kararlara ilişkin denetimiyle birlikte değerlendirilir. Dolayısıyla Mahkeme, bir “sınırlama”nın 10. Madde tarafından korunduğu biçimiyle ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin nihai kararı vermekle yetkilidir.

(d) Denetim yetkilerini kullanırken Mahkeme’nin görevi, yetkili ulusal mercilerin yerini almak değil, onların değerlendirme yetkileri muvacehesinde vermiş oldukları kararları 10. Maddenin ışığında gözden geçirmektir. Bu durum, denetimin davalı Devletin takdir hakkını makul biçimde, özenle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını belirleme ile sınırlı olduğu anlamına gelmez; Mahkeme’nin yapması gereken, şikâyete konu müdahaleyi davanın bütünü ışığında incelemek ve bu müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal merciler tarafından müdahaleyi haklı göstermek amacıyla

ileri sürülen gerekçelerin “konuyla ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir.

[...] AİHS’in 10. Maddesi, yayınların önceden sınırlanmasını doğrudan doğruya ve lafzi olarak yasaklamamaktadır. Bu sadece bu maddede yer alan “şartlar”, “sınırlamalar”, ve “önlenmesi” sözcüklerinin varlığından değil, aynı zamanda AİHM’in 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times davası kararından ve 20 Kasım 1989 tarihli Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beerman davası kararından (Seri A No. 165) da bellidir. Öte yandan, yayınların önceden sınırlanmasının arzettiği tehlikeler, bu tür sınırlamaların AİHM tarafından çok büyük bir dikkatle incelenmesini gerektirir. Bu durum özellikle basın için geçerlidir, zira haber bozulabilir bir maldır; dolayısıyla haberin yayını, kısa bir süre için bile olsa geciktirmek, haberi bütün değerinden ve ilginçliğinden yoksun hale getirebilir.

(Aynı şekilde, Association Ekin–Fransa davası kararı, 10 Temmuz 2001, Başvuru No. 39288/98, paragraf 56-57 veya Fressoz ve Roire–Fransa davası kararı, 21 Ocak 1999, *Reports* 1999-I, paragraf 45.)

Sunday Times–Birleşik Krallık (No. 1) kararı (26 Nisan 1979, Seri A No. 30) AİHM’in Observer ve Guardian kararında temel aldığı önde gelen davalardan biridir. Bu davada başvurucular bir şirketin bir ilacı (Thalidomide) piyasaya çıkarmadan önce nasıl test ettiği konusunda bir makale yayınlamak istiyorlardı. İlacın zararlı etkileri olmuş, mağdurlar hukuk yoluna başvurmuşlardı. İlaç şirketi söz konusu makalenin yayımlanmasına karşı, makalenin mahkemeye saygısızlık olacağı gerekçesiyle bir ihtiyati tedbir kararı çıkartmayı başarmıştı. Tedbir kararı konusunda AİHM şunu belirtmiştir (paragraf 65):

Mahkemelerin boşlukta çalışamayacakları konusunda genel bir kabul mevcuttur. Mahkemeler uyumsuzlukların çözümünde birer platform konumunda olmakla birlikte, bu durum, uyumsuzluk konusu olan bir hususun daha önce başka mecralarda, meslekî yayınlarda, genel olarak basında veya halk kitleleri arasında tartışılmayacağı anlamına gelmez.

Ayrıca, her ne kadar kitle yayın organları adaletin selâmeti bakımından gerekli sınırları aşmamak zorunda olsalar da kamu yararını ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemeye intikal eden konularda da bilgi ve fikir aktarmak kitle yayın organlarının görevidir. Basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklamakla görevli olmasının yanı sıra, toplumun da bu bilgileri alma hakkı vardır.

AİHM bunun ardından mağdur ailelerinin bilgi edinme hakkı olduğuna işaret etmiştir. Mağdur aileleri için (paragraf 66):

[...] olayın temelinde yatan bütün gerçekleri ve çeşitli çözüm olanaklarını bilmek hayatî önem taşımaktaydı. Kendileri için son derecede önemli olan bu bilgiden, ancak bu bilginin yayılmasının “yargı otoritesi” açısından bir tehdit oluşturmasının mutlak kesinlik arzemesi hâlinde yoksun bırakılabilirlerdi.

Ceza davası derdest iken zanlının fotoğrafının yayınlanmasına getirilen mutlak bir yasak için bkz. 11 Ocak 2000 tarihli News Verlag GmbH & CoKG–Avusturya davası kararı.

Devletin bir dizi tasarrufunun bir gazetenin yayınının durdurulmasına yol açması konusunda bkz. Özgür Gündem–Türkiye davası kararı, 16 Mart 2000, Başvuru No. 23144/93. Bu davada AİHM davalı Devletin, Özgür Gündem’in ifade özgürlüğü hakkını muhafaza etmek için uygun koruma ve soruşturma tedbirlerini almamış olduğu ve gazeteye yönelik bazı tasarrufların, somut olarak arama, tutuklama ve bunun yanı sıra gazetenin bazı nüshaları için sayısız soruşturma ve mahkûmiyet kararının, akla gelebilecek herhangi bir meşru amaçla orantılı ve haklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu etkenlerin birleşik etkisi gazeteyi yayınına durdurmaya itmek olduğundan, AİHS’in 10. Maddesinin ihlâl edilmiş olduğu belirlenmiştir.

Gazetecilere açılan davalar: hakaret, belge almak vb.

Genel olarak AİHM, basınla ilgili olarak ve gazetecilerin aleyhine açılan davalarda, 10. Maddeye ilişkin denetiminde son derece titiz davranır. Bu tür davalar, her zaman olmasa da genellikle, hakaret iddiasıyla açılır.

AİHM bir vesileyle aşağıdaki fikirleri açıklamıştır (Bergens Tidende ve Diğerleri–Norveç davası kararı, 2 Mayıs 2000, paragraf 49-50):

Mahkeme ayrıca, basının demokratik bir toplumda asli bir işlev üstlendiğini hatırlatır. Her ne kadar basın, özellikle başkalarının şöhreti ve hakları ve gizli bilginin açıklanmasının önlenmesi ihtiyacı konularında belirli sınırların ötesine geçmemek zorunda ise de basının görevi (yükümlülükleri ve sorumlulukları ile tutarlı bir tarzda), kamu yararını ilgilendiren bütün konularda bilgi ve fikirleri aktarmaktır (bkz. Jersild–Danimarka davası kararı, 23 Eylül 1994, Seri A No. 298, s. 23-24 paragraf 31; de Haes ve Gijssels–Belçika davası kararı, 24 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, s. 233-34, paragraf 37; ve yukarıda anılan Bladet Tromsø ve Stensaas davası kararı, paragraf 59). Ayrıca, AİHM basın özgürlüğünün bir ölçüde abartmaya, hatta kışkırtmaya başvurmayı da kapsayabileceğini akıldta tutar (bkz. Prager ve Oberschlick–Avusturya davası kararı, 26 Nisan 1995, Seri A No. 313, s. 19, paragraf 38 ve yukarıda belirtilen Bladet Tromsø ve Stenhaas davası kararı, paragraf 59). Mevcut davaya benzer davalarda ulusal takdir payının sınırları, demokratik bir toplumda basının halkı yakından ilgilendiren haberleri aktararak “kamunun gözü

kulağı” olma konusundaki hayati görevini yerine getirmesiyle belirlenir (aynı yerde, paragraf 59).

Denetim işlevini yerine getirirken Mahkeme'nin görevi, yetkili ulusal mercilerin yerini almak değil, onların değerlendirme yetkileri muvacehesinde vermiş oldukları kararları 10. Maddenin ışığında gözden geçirmektir (aynı yerde, paragraf 60).

[...]

[...] Mahkeme bunun da ötesinde AİHS'in 10. Maddesinin, halkı yakından ilgilendiren konuların basın tarafından ele alınması hususunda bile bütünüyle sınırsız bir ifade özgürlüğünü güvence altına almadığına işaret eder. Söz konusu maddenin ikinci fıkrası gereğince, bu özgürlüğün kullanılması beraberinde, basın için de geçerli olan çeşitli “görev ve sorumluluklar” getirir. AİHM'in yukarıda belirtilen *Bladet Tromsø ve Stenhaas* davası kararında, paragraf 65'te dile getirdiği gibi bu “görev ve sorumluluklar”, mevcut davada olduğu gibi, özel kişilerin şöhretine saldırı ve “başkalarının hakları”na zarar verme söz konusu olduğunda önem kazanır. İfade özgürlüğünün kullanılmasının gerektirdiği “görev ve sorumluluklar” dolayısıyla, 10. Maddenin kamu yararını ilgilendiren konularda haber vermeye ilişkin olarak gazetecilere sağladığı güvence, gazetecilerin basın etiğine uygun tarzda doğru ve güvenilir haber vermek amacıyla iyi niyetli davranmaları koşuluna tâbidir (bkz. *Goodwin–Birleşik Krallık* davası kararı, 27 Mart 1996, *Reports* 1996-II, s. 500, paragraf 39 ve *Fressoz ve Roire–Fransa* [BD], No. 29183/95, paragraf 54, ECHR 1999-I).

Bu davada AİHM, başvurucuların bir estetik cerrahi uzmanının hastalarının talihsiz deneyimlerini yayınlamış olmaktan hüküm giymesinin (uzman cerrah bu yazıların yayınlanmasından sonra ekonomik sorunlarla karşılaşmış ve muayenhanesini kapatmak zorunda kalmıştır) 10. Maddenin ihlâli anlamına geldiğine hükmetmiştir (paragraf 56-57 ve 60):

Mevcut davada kadınların Dr. R'nin kendilerine nasıl muamele ettiği konusunda anlattıklarının sadece özünde doğru olmakla kalmayıp aynı zamanda gazete tarafından aslına uygun tarzda haberleştirilmiş olması, Mahkeme için hatırı sayılır bir ağırlık taşımaktadır. Ulusal mahkemelerin işaret etmiş olduğu gibi, kadınların öykülerini anlatırken çarpıcı ve sert ifadeler kullandıkları ve gazetede yazılarda bu ifadelerin öne çıkarıldığı doğrudur. Ne var ki bu ifadeler kadınların, gazetede yayınlanan fotoğraflardan da görülebildiği gibi, başarısız olan estetik ameliyatlardan sonra göğüslerinin yeni görünüşüyle ilgili olarak geliştirdikleri anlaşılabilir tepkiyi yansıtmaktadır. Dahası, yazıların hiçbirinde bu tatmin edici olmayan sonuçların Dr. R'nin cerrahi ihmeline atfedilebi-

leceği ileri sürülmemektedir. Yüksek Mahkeme bu sonuca yazılardaki açık ifadelerden değil, bunların genel havasından çıkartmıştır. Oysa yazıların genel eleştirisi, Dr. R'nin başarısız ameliyatların sonuçlarını telafi edecek uygun veya yeterli ameliyat sonrası tedaviyi uygulamaması dolayısıyla bir estetik cerrah olarak görevlerini yerine getirmediğidir. Yazılar bir bütün halinde okunduğunda, Mahkeme ileri sürülen iddiaların aşırı ya da yanıltıcı olduğunun söylenemeyeceğine hükmetmektedir.

Mahkeme ayrıca kadınların anlattıklarının gazetede haberleştirilmesinde dengeli bir yaklaşımın benimsenmediği düşüncesini de kabul etmekte zorlanmaktadır. Başvurucu gazetenin, yazıların içinde kadınların anlattıklarının Dr. R'nin bir cerrah olarak vasıflarında bir eksiklik olduğu anlamına gelmediğini açık biçimde belirtmemiş olduğu doğrudur. Ancak Mahkeme röportajlara dayanan haberciliğin basının "kamunun gözü kulağı" rolünü oynaması bakımından en önemli araçlardan biri olduğunu hatırlatır.

[...]

Yukarıda söylenenlerin ışığında, Mahkeme Dr. R'nin kendi mesleki şöhretini koruma konusundaki kuşku duyulamayacak çıkarının, basının halkın meşru ilgisinin konusu olan hususlarda haber aktarma konusundaki özgürlüğüyle ilgili önemli kamu yararına göre daha ağır basabileceğine hükmetmekte güçlük çekmektedir. Kısacası, davalı Devletin dayandığı gerekçeler (konuyla ilgili olduğu halde), şikâyete konu olan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu göstermeye yeterli değildir. Mahkeme'ye göre, Yüksek Mahkeme'nin uyguladığı tedbirler ile başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamalarla izlenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık yoktur.

Dolayısıyla, AİHS'in 10. Maddesi ihlâl edilmiştir.

AİHM'in bir yazarın hakaret dolayısıyla hüküm giymesinin ve cezaya çarptırılmasının 10. Maddenin ihlâli olduğuna hükmettiği Thorgeir Thorgeirson-İzlanda davası kararından da (25 Haziran 1992, Seri A No. 239) söz etmek gerekir. Bu davada yazar bir gazetede polislin gaddarlığı hakkında iki makale yayımlamıştı.

Öte yandan, Prager ve Oberschlick-Avusturya davasında (26 Nisan 1995, Seri A No. 313), bir yazar ve bir yayıncının yargıca hakaret sebebiyle mahkûmiyeti 10. Maddenin ihlâli olarak görülmemiştir. AİHM şu noktaları vurgulamıştır:

yargıca yönelik iddialar "son derece ciddi idi" (paragraf 36);

yeterli bir olgusal temelin yokluğunda, "suçlamaların aşırı derecede kapsamlı oluşu [...] bu suçlamaların gereksiz ölçüde önyargılı olduğunu düşündürüyordu" (paragraf 37);

ve başvuru “iyi niyetli olduğunu veya basın etiğine uygun davrandığını öne süre[mez]di. Yaptığı araştırma, bu tür ciddi iddiaları gerekçelendirmek için yeterli görünmemektedir” (paragraf 37).

Bu etkenleri ve “yargının toplumdaki özel konumu”nu gözönüne alarak, AİHM para cezasına hükmedilmesinin ve hakarete bulunan derginin geri kalan nüshalarına el konulmasının 10. Maddenin ihlâli olmadığına karar vermiştir (paragraf 38). Bir başka örnek olan Barfod–Danimarka davası kararında (22 Şubat 1989, Seri A No. 149), (halk arasından seçilmiş) yargıçların şöhretine hanel getirme söz konusuydu. Ayrıca bkz. Perna–İtalya davası kararı (25 Temmuz 2001, Başvuru No. 48898/99, paragraf 38-48): burada AİHM özellikle şunu belirtmiştir (paragraf 38):

[...] kanaat, tanım gereği, kanıtlanamaz. Ama özellikle olgusal bir temelden yoksun ise, aşırıya kaçabilir (bkz. De Haes ve Gijssels–Belçika davası kararı, 24 Şubat 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, paragraf 47).

(v) Basının, kendi görev ve sorumluluklarıyla tutarlı biçimde, haber ve fikir aktarma hakkına sahip olduğu kamu yararına ilişkin konular arasında yargının işleyiş tarzına ilişkin meseleler de vardır. Ancak, adaletin güvencesi olan ve hukukun üstünlüğü anlayışıyla yönetilen bir Devlette temel bir rolü olan mahkemelerin yaptığı çalışmaların halkın güvenine mazhar olması gerekir. Dolayısıyla, yargı temelsiz saldırılara karşı korunmalıdır. Bu unsur özellikle, yargıçların beyanat vermeme görevleri dolayısıyla saldırılara cevap vermesinin olanaksız olması sebebiyle daha da büyük önem taşır (bkz. Prager ve Oberschlick–Avusturya davası kararı, 26 Nisan 1995, Seri A No. 313, paragraf 34).

Ayrıca bkz. özel hukuk mahkemesinde açılan tazminat davalarının eşlik ettiği ceza şikâyetleri hakkında bilgi yayınlama konusunda yasayla öngörölmüş yasakla ilgili Du Roy ve Malaurie–Fransa davası kararı (3 Ekim 2000, Başvuru No. 34000/96, paragraf 28-37) (10. Maddenin ihlâli) (yasağın çiğnenmesi ceza hukukuna göre suçtu).

AİHM bir televizyon programcısının, “Yeşil Ceketliler” diye anılan bir grubun ırkçı görüşlerini yaymaya katkıda bulunmaktan hüküm giymesinin 10. Maddeye aykırı olduğuna hükmetmiştir (Jersild–Danimarka davası, 23 Eylül 1994, Seri A No. 298, s. 23 ve 25-26, paragraf 31 ve 35). AİHM şunu belirtmiştir:

Mevcut davanın önemli bir yönü, başvuruçunun itiraz konusu açıklamaları kendisinin yapmamış olup Danmarks Radio’da bir haber programından sorumlu televizyon programcısı olarak bunların yayılmasına aracı olmuş olmasıdır (bkz. yukarıda paragraf 9 ilâ 11). Dolayısıyla AİHM, başvuruçunun mahkûmiyetinin ve cezaya çarptırılmasının “gerekli” olup olmadığını değerlendirirken, kendi içtihat hukukunda basının rolü konusunda yerleşmiş olan ilkeleri temel alacaktır (bunlar, örneğin Observer ve Guardian–Birleşik

Krallık davası kararında, 26 Kasım 1991, Seri A No. 216, s. 29-30, paragraf 59'da özetlenmiştir).

[...]

Röportajlara dayanan habercilik, montaj yoluyla düzenlense de düzenlenmese de, basının “kamunun gözü kulağı” olma konusundaki hayati işlevini yerine getirmesindeki en önemli araçlardan biridir (örneğin bkz. yukarıda belirtilen Observer ve Guardian davası kararı, s. 29-30, paragraf 59). Bir gazetecinin, bir röportaj esnasında başka bir kişi tarafından dile getirilen düşüncelerin yayılmasına yardım etme nedeniyle cezalandırılması, basının kamu yararını ilgilendiren konulara katkısını ciddi biçimde engelleyecektir ve özel olarak sağlam nedenler var olmadıkça bu tür bir tedbire başvurulmamalıdır. Bu bakımdan AİHM, Hükümetin söz konusu para cezasının miktarının düşük olmasının önem taşıdığı şeklindeki argümanını kabul etmemiştir; önemli olan gazetecinin mahkûm edilmiş olmasıdır.

“Yeşil Ceketliler”in mahkûmiyetine yol açan sözlerin (bkz. yukarıda paragraf 14) hedef aldıkları gruplar açısından hakaretin de ötesinde bir anlamı olduğu ve bu kişilerin 10. Maddenin korumasından yararlanamayacakları konusunda hiçbir kuşku olamaz (bkz. örneğin Komisyon’un aşağıdaki kabul edilebilirlik kararları: Başvuru No. 8948/78 ve 8406/78, Glimmerveen ve Hagenbeek–Hollanda, Decisions and Reports 18, s. 187 ve No. 9235/81, Künen-Federal Almanya, Decisions and Reports 29, s. 194). Ancak, başvurucunun Yeşil Ceketliler haberini hazırlama tarzı gözönüne alınsa bile (bkz. yukarıda paragraf 32), bir bütün olarak değerlendirildiğinde dahi, bu programın Ceza Yasası uyarınca mahkûm edilmesi ve cezaya çarptırılmasını haklı gösterecek nitelikte olduğu kanıtlanmamıştır.

Gazetecinin haber kaynaklarının korunması

10. Madde ilke olarak, gazetecileri haber kaynaklarını açıklamaya yönelik zorlama veya emirlere karşı korur. Goodwin–Birleşik Krallık davası kararında (27 Mart 1996, *Reports of Judgments and Decisions*, 1996-II, s. 500 ve 502, paragraf 39 ve 45), başvurucuya telefon eden bir şahıs kendisine Tetra Ltd şirketinin mali sorunları konusunda bilgi vermişti. Bu bilgi, çalındığı anlaşılan gizli bir şirket planından alınmıştı. Başvurucu, bu bilginin çalınmış olduğundan veya gizli bir belgeden kaynaklandığından haberi olmadığını ileri sürüyordu. Tetra, şirket planından alınmış olan bilgilerin yayımlanmasını bütünüyle önleyecek bir ihtiyati tedbir kararı çıkartmak için başvurmuş, Yüksek Mahkeme de bu başvuruyu kabul etmişti. Yüksek Mahkeme tedbir kararını aldıktan sonra, başvurucuya kaynağının kimliğini açıklamasını emretmişti. Açıklama emrine ilişkin olarak AİHM şu görüşü belirtmiştir:

Çeşitli Sözleşmecî Devletlerin yasalarında ve mesleki kurallarında görüldüğü ve basın özgürlüğüne ilişkin bazı uluslararası hukuki belgelerde de belirtildiği gibi, gazetecilerin haber kaynaklarının korunması, basın özgürlüğü açısından temel koşullardan biridir (diğer örneklerin yanı sıra bkz. Kitle İletişim Araçları Üzerine 4. Avrupa Bakanlar Konferansı'nda (Prag, 7-8 Aralık 1994) benimsenen Basın Özgürlüğü ve İnsan Hakları kararı ve Avrupa Parlamentosu'nun 18 Ocak 1994 tarihli Gazetecilerin Kaynaklarının Gizliliği Üzerine Kararı, Official Journal of the European Communities, No. C 44/34.) Bu tür bir korumanın yokluğunda haber kaynakları, kamuyu ilgilendiren konularda halkı bilgilendirme çabasında basına yardım etmekten caydırılmış olabilir. Bunun sonucu olarak basının kamunun gözü kulağı olma konusundaki hayati işlevi darbe alır, doğru ve güvenilir haber verme kabiliyeti de olumsuz etkilenebilir. Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü açısından gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının önemi ve haber kaynaklarının açıklanması yönünde bir mahkeme kararının bu özgürlüğün kullanılması üzerindeki olası caydırıcı etki göz önüne alınırsa, kamu yararı bakımından acil bir ihtiyaç ile gerekçelendirilmediği sürece, bu tür bir tedbir AİHS'in 10. Maddesi ile bağdaşamaz.

Bu davada, AİHM şu sonuca varmıştır:

Mevcut davaya esas teşkil eden olaylar gözönüne alındığında, Mahkeme, Tetra'nın haber kaynağına karşı hukuk yoluna başvurarak gizli bilginin basın dışı yollardan yayılması aracılığıyla doğabilecek ek zararı ortadan kaldırma, tazminat elde etme ve sadakatsiz bir çalışanını ya da partnerini teşhir etme konularındaki çıkarlarının, toplu halde ele alındığında dahi, kamunun başvuru gazetecinin haber kaynağının korunması konusundaki hayati çıkarına göre daha ağır bastığına hükmedememektedir. Dolayısıyla, Mahkeme'ye göre, açıklama emrinin hizmet ettiği diğer amaçlar, AİHS'in ortaya koyduğu standartlarla karşılaştırıldığında kamu yararı bakımından acil bir ihtiyaç olarak görülemez.

[...]

Dolayısıyla Mahkeme, hem davacının haber kaynağını açıklaması konusundaki kararın hem de bu kararı yerine getirmediği için çarptırıldığı para cezasının, 10. Maddede yer alan ifade özgürlüğünün ihlaline yol açtığı sonucuna ulaşmıştır.

Gazetecilerin kimliği açıklanmayan bir vergi idaresi görevlisinden mesleki sırların çığnemesi yoluyla elde edilmiş olan vergi tahakkuk belgelerini almaktan hüküm giymesine ilişkin olarak Fressoz ve Roire-Fransa [BD] davası kararından (21 Ocak

1999, No. 29183/95, paragraf 54, ECHR 1999-I, paragraf 54-56) söz edilebilir. Bu davada AİHM şunları belirtmiştir:

Şayet, Hükümetin teslim ettiği gibi, Bay Calvet'nin yıllık geliri konusundaki bilgi hukuki temele sahip ise ve açıklanması da caiz ise, başvuruçuların sadece içinde bu bilginin bulunduğu belgeleri, yani vergi tahakkuk fişlerini yayınlamaktan dolayı hüküm giymesi 10. Madde çerçevesinde haklı gösterilemez. Esasen bu madde hükümlerine göre, bu tür belgelerin haberin güvenilirliğini sağlamak amacıyla yayınlanıp yayınlanmayacağı kararı gazetecilere bırakılmıştır. Gazetecilerin, iyi niyetli ve olgulardan hareket ederek davranmaları ve basın etiğiyle tutarlı biçimde "güvenilir ve doğru" haber vermeleri kaydıyla, kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi yaymaları bu madde hükümlerince güvence altına alınmıştır (bkz., özellikle, yukarıda belirtilen Goodwin davası kararı, s. 500, paragraf 39; Schwabe–Avusturya davası kararı, 28 Ağustos 1992, Seri A No. 242-B, s. 34; ve olgular üzerine aksine bir hüküm için yukarıda belirtilen Prager ve Oberschlick davası kararı, s. 18, paragraf 37).

Mevcut davada, Mahkeme, ne Bay Fressoz ile Bay Roire'in olaylar hakkında anlattıklarının, ne de bu kişilerin iyi niyetlerinin sorgulanmadığına işaret eder. Vergi tahakkuk fişlerinin gerçek olup olmadıklarını denetlemiş olan Bay Roire, bir gazeteci olarak, mesleğine yön veren standartlara uygun davranmıştır. Her bir belgeden yapılan alıntılar, söz konusu haberi doğrulamak amacıyla kullanılmıştır. Yani vergi tahakkuk fişlerinin yayınlanması, verilen haberin sadece konusuyla değil, aynı zamanda güvenilirliğiyle de ilgilidir.

Özet olarak, Mahkeme'nin görüşüne göre, demokratik bir toplumun basın özgürlüğünü sağlamak ve korumadaki çıkarı gözönüne alındığında gazetecilerin mahkûmiyetiyle hedeflenmiş olan meşru amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılmış olan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoktur. Dolayısıyla 10. Madde ihlâl edilmiştir.

AİHS 11. Madde – Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

11. Madde, 1. *11. Maddenin 1. fıkrası şu şekildedir:*

fıkra 1. Herkes asayişini bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

Belirtildiği gibi, bu maddede hem toplantı özgürlüğü, hem de dernek kurma özgürlüğü ele alınmıştır.

1. Toplantı özgürlüğü

Toplantı özgürlüğü konusunda, bu özgürlüğün temel hak niteliği, içeriği ve geçerli olan bazı sınırlamalar bakımından bir dizi karardan söz etmek gerekir.

Toplantı özgürlüğünün temel hak niteliği

Rassemblement jurassien–İsviçre davasında (Başvuru No. 8191/78, 10 Ekim 1979 tarihli karar, *Decisions and Reports* 17, s. 119, paragraf 3), Komisyon şöyle demiştir:

Komisyon öncelikle, bu maddede yer alan barışçı toplanma hakkının demokratik toplumda temel bir hak olduğunu ve ifade özgürlüğüne benzer biçimde, bu hakkın da demokratik toplumun temellerinden biri olduğunu belirtmek ister (Handyside davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A, paragraf 49). Bu hak bu niteliğiyle hem özel toplantıları, hem de cadde, yol ve geçitlerdeki toplantıları kapsar.

Toplantı özgürlüğünün içeriği

Christians against Racism and Fascism–Birleşik Krallık davası kararında (16 Temmuz 1980, Başvuru No. 8840/78, *Decisions and Reports* 21, s. 148, paragraf 4), Komisyon şöyle demiştir:

[...] barışçı toplanma hakkı sadece belirli bir noktada bir araya gelerek yapılan toplantıları değil, aynı zamanda yürüyüşleri de kapsar. Ayrıca, yalnızca bu tür gösterilere katılan bireyler değil, aynı zamanda, başvuru sahibi dernek gibi kolektif bir kuruluş da dahil olmak üzere, bu tür bir toplantıyı düzenleyenler de bu haktan yararlanır.

Öte yandan, mahpusların aynı koğuşı paylaşma arzusu toplantı özgürlüğü kapsamına girmez (McFeeley–Birleşik Krallık davası, Başvuru No. 8317/78, 15 Mayıs 1980 tarihli karar, *Decisions and Reports* 20, s. 98, paragraf 114-115). Komisyon şöyle demiştir:

11. Maddede kullanılan ifadeden de görülebileceği gibi, dernek kurma hakkı ve bu hakkın özel bir yönünü oluşturan sendika kurma ve sendikaya katılma hakları, belirli amaçlarla bir grup veya örgüt kurma veya bunlara katılma hakkı ile ilgilidir. Mahpusların başka mahpuslarla bir arada bulunma veya bu anlamda başka mahpuslarla “bir araya gelme” hakkı ile ilgili değildir.

Dolayısıyla, Komisyon bu başvurunun 27. maddenin 2. fıkrası uyarınca, AİHS hükümleriyle konusu itibarıyla (ratione materiae) bağdaşmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiği görüşündedir.

Toplantı özgürlüğünün Devlet tarafından kısıtlanması ve sınırlandırılması

Yukarıda sözü edilen Rassemblement jurassien–İsviçre davasında (aynı yerde, s. 119, paragraf 3, tamamı) Komisyon, gösterileri ön izne tâbi tutan bir sistemin hukuki olduğuna karar vermiştir:

[Cadde ve sokaklarda yapılan toplantılar] söz konusu olduğunda, bunların bir izin prosedürüne tâbi tutulması bu hakkın özüne tecavüz anlamına gelmez. Bu tür bir prosedür, en azından yetkili mercilerin toplantının barışçı niteliğini güvence altına almasını olanaklı kılmak bakımından 11. Madde 1. fıkranın gereklerine uygundur ve dolayısıyla bu hakkın kullanılmasına bir müdahale oluşturmaz.

Christians against Racism and Fascism–Birleşik Krallık davası (yukarıda belirtilen dava, s. 150, paragraf 5), belirli bir dönem boyunca gösterilerin genel olarak yasaklanmasının 11. Madde çerçevesinde hukukiliğinin koşullarını ortaya koymaktadır. Komisyon bu davada şunları belirtmiştir:

Gösterilere uygulanan genel bir yasaklama, ancak bu gösterilerin daha az zecri tedbirlerle engellenemeyecek türden asayişsizliğe yol açması konusunda gerçek bir tehlike mevcutsa haklı görülebilir. Bu bağlamda yetkili merciler, yasağın kendi başlarına kamu düzeni açısından bir tehlike oluşturmayan gösteri yürüyüşleri üzerindeki etkilerini de hesaba katmalıdır. Ancak yasağın konusunu oluşturan güvenlik mülâhazaları bu tür yürüyüşlerin yasaklanmasından doğacak sakıncalardan daha büyük ağırlık taşıyorsa ve yasağın sakıncalı yan etkilerinden kaçınmak amacıyla kapsamının bölgesel uygulama ile ve süre bakımından sınırlandırılması olanaklı değilse, yasak AİHS'in 11. Madde 2. fıkra hükümleri çerçevesinde gerekli olarak görülebilir.

Toplantı özgürlüğünü askıya alma veya kısıtlama olanağına karşılık, Devletin bu hakkın etkili biçimde kullanılabilmesini sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük özellikle göstericilerin hasımlarıyla çatışmaya girdiği durumlarda geçerlidir. Platform “Ärzte für das Leben”–Avusturya davasında (21 Haziran 1988, Seri A No. 139, s. 12, paragraf 32 ve 34) AİHM şuna işaret etmiştir:

Bir gösteri yürüyüşü, yaymaya çalıştığı düşünce veya iddialara karşı olan kişileri rahatsız veya rencide edebilir. Ancak göstericiler hasımlarının fiziksel şiddetine maruz kalma korkusuna kapılmaksızın gösterilerini gerçekleştirebilmelidir; bu tür bir korku, dernekleri veya ortak düşünce veya çıkarları savunan diğer grupları, toplumu etkileyen son derece tartışmalı konularda kendi

kanaatlerini ifade etmekten caydırabilir. Bir demokraside karşı gösteri düzenleme hakkı gösteri yapma hakkının kullanılmasını baskı altına alacak kadar geniş tutulamaz.

Dolayısıyla, gerçek ve etkili bir barışçı toplanma hakkı, Devlet açısından yalnızca müdahale etmeme görevine indirgenemez; sorunu yalnızca negatif yükümlülük açısından kavrayan bir anlayış 11. Maddenin konu ve amacıyla bağdaşmaz. 8. maddeye benzer biçimde 11. Madde de gerekli olduğu takdirde, bireyler arasındaki ilişkilerde bile pozitif tedbirlerin alınması şartını getirir (bkz. gerekli değişikliklerle X. ve Y.–Hollanda davası kararı, 26 Mart 1985, Seri A No. 91, s. 11, paragraf 23).

AİHM ayrıca şunu belirtmiştir:

Her ne kadar yasal gösteri yürüyüşlerinin barışçı biçimde gerçekleşmesini olanaklı kılmak için makul ve uygun tedbirler almak Sözleşmeciler Devletlerin görevi olsa da, devletler bunu mutlak biçimde garanti edemezler; kullanılacak araçlar konusunda devletlerin geniş bir takdir payları vardır (bkz. gerekli değişikliklerle, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali davası kararı, 28 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 33-34, paragraf 67 ve Rees davası kararı, 17 Ekim 1986, Seri A No. 106, s. 14-15, paragraf 35-37). Bu alanda, Sözleşmeciler devletlerin AİHS'in 11. Maddesi ile üstlendikleri yükümlülük, elde edilecek sonuçlara değil, alınacak tedbirlere ilişkin bir yükümlülüktür.

Bu davada, AİHM Avusturya Devletinin “makul ve uygun tedbirler” almış olduğuna hükmetmiştir (bkz. ayrıca Stankov and the United Macedonian Organisation Inland–Bulgaristan davası kararı, 2 Ekim 2001, Başvuru No. 29221/95, paragraf 76-112).

2. Örgütlenme özgürlüğü

Genel gözlemler

11. Madde, toplantı özgürlüğünün yanı sıra, örgütlenme özgürlüğünü de ele alır.

Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında (27 Ekim 1975, Seri A No. 19, s. 17, paragraf 38), AİHM sendika özgürlüğünün örgütlenme özgürlüğünün hususi bir özelliği olduğunu belirtmiştir:

11. Madde 1. fıkra sendikal özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün biçimlerinden veya özel veçhelerinden biri olarak sunar.

Bu nedenledir ki Sigurður A. Sigurjónsson davasında (30 Haziran 1993, Seri A No. 264, paragraf 32) AİHM, yalnızca, niteliğine karar vereceği söz konusu örgütün bir

dernek olduğuna ve 11. Maddenin amaçları açısından bu örgütün aynı zamanda bir sendika olup olmadığının belirlenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir.

Frami'nin aynı zamanda 11. Madde anlamında bir sendika olarak görülüp görülemeyeceğini belirlemek gerekli değildir, zira bu maddede sendika kurma ve sendikaya katılma hakkı, ayrı bir hak olmaktan ziyade, daha geniş bir hak olan örgütlenme özgürlüğünün bir vechesidir (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, Schmidt ve Dahlström-İsveç davası kararı, 6 Şubat 1976, Seri No. 21, s. 15, paragraf 34).

AİHM aynı zamanda, örgütlenme özgürlüğünün siyasi partileri de kapsadığını belirtmiştir. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri-Türkiye davası kararında (30 Ocak 1998, Reports 1998-I, paragraf 24-25 ve 27) şöyle demiştir:

Mahkeme'nin görüşüne göre, 11. Maddenin lafzı, siyasi partilerin bu maddede başvurup vuramayacağı konusunda bir ilk göstergedir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar 11. Maddede "çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak da dahil olmak üzere dernek kurmak özgürlüğü"nden söz ediliyorsa da "dahil" kelimesi açıkça göstermektedir ki sendikalar, dernek kurma hakkının kullanılabilceği birçok biçim arasından verilebilecek örneklerden sadece biridir. Dolayısıyla, Hükümetin söylediği gibi, AİHS'i kaleme alanların, sendikalara atıfta bulunarak (o dönemde güncel olan bazı hususlarla ilgili olarak) siyasi partileri 11. Maddenin kapsamı dışında bırakmayı amaçladıkları sonucuna ulaşmak olanaklı değildir.

Ancak, Mahkeme'nin görüşüne göre, 11. Maddenin lafzından daha da ikna edici olan, siyasi partilerin demokrasinin düzgün biçimde işleyişi açısından asli bir birleşme biçimi olmasıdır. Demokrasinin AİHS sisteminde taşıdığı önem gözönünde tutulursa (bkz. aşağıda paragraf 45), siyasi partilerin 11. Maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulamaz.

[...]

Mahkeme [...] bir derneğin, bu arada bir siyasi partinin, yalnızca faaliyetlerinin ulusal mercilerce Devletin anayasal düzenini sarsacak ve bu yüzden sınırlamaları gerektirecek nitelikte görüldüğü için AİHS'in sağladığı güvencenin dışında tutulmasının söz konusu olmadığına işaret eder. Mahkeme'nin geçmişte de belirtmiş olduğu gibi, ulusal mercilerin, hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesini veya anayasal hakların kullanılmasını sağlamak için gerekli gördükleri tasarrufları gerçekleştirmek ilke olarak hakları ise de bu haklarını AİHS çerçevesindeki yükümlülükleriyle bağdaşır bir tarzda ve AİHS kurumlarının denetimine açık bir biçimde kullanmaları gereklidir (bkz. Open

Door ve Dublin Well Woman–İrlanda davası kararı, 29 Ekim 1992, Seri A No. 246-A, s. 29, paragraf 69).

Dolayısıyla bu bölümde, örgütlenme özgürlüğü konusunda genel bilgiler sağlayan, dar anlamda dernek kurma özgürlüğü ile sendika özgürlüğüne dair kararlar ele alınacaktır. Yalnızca sendika özgürlüğüyle ilgili hususlar için, bir sonraki bölüme bakınız.

Dernek kavramı

Chassagnou ve Diğerleri–Fransa davasında (29 Nisan 1999 tarihli karar, Reports 1999-III) AIHM, dernek kavramının özerk bir kapsamı olduğunu ve ulusal mevzuattan kaynaklanan “kamu kuruluşu” ya da “yarı-idari” kuruluş tanımına tâbi olmadığını belirtmiştir. Bu dava Fransız mevzuatındaki avcı dernekleri (ACCA) ile ilgiliydi. AIHM şunu beyan etmiştir (paragraf 100):

Ancak, sorun Fransız hukukunda ACCA'ların özel dernek mi, kamu kuruluşu ya da yarı-kamu kuruluşu mu, yoksa karma kuruluş mu olduklarından ziyade, AIHS'in 11. Maddesinin amaçları açısından dernek olup olmadıklarıdır.

Şayet Sözleşmeciler Devletler kendi takdirleri çerçevesinde bir derneği “kamu” ya da “yarı-idari” olarak nitelemekle 11. Maddenin kapsamı dışına çıkarabilecek olsalar, bu onlara AIHS'in, hakları teorik veya hayali değil, pratik ve etkili tarzda korumak olan amaç ve hedefiyle bağdaşmayacak sonuçlar yaratabilecek ölçüde bir hareket alanı tanımak olurdu (bkz. Artico–İtalya davası kararı, 13 Mayıs 1980, Seri A No. 37, s. 15-16, paragraf 33 ve, daha yakın bir tarihte, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Türkiye davası kararı, 30 Ocak 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 18-19, paragraf 33).

AIHS'in sırasıyla 9. ve 10. Maddesinde güvence altına alınmış olan düşünce ve kanaat özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün kapsamı, insanın inançlarını ve fikirlerini toplu halde, özellikle de aynı inanç, fikir veya çıkarlara sahip kişilerin örgütlenmesi yoluyla başkalarıyla paylaşabilme güvencesi ile destekleniyor olmasaydı, çok kısıtlı olurdu.

Dolayısıyla, “dernek” teriminin özerk bir anlamı vardır; ulusal hukuktaki sınıflandırma ancak göreceli bir değere sahiptir ve ancak bir başlangıç noktası oluşturabilir.

Bir grubun “dernek” olmasını sağlayan kriterler Le Compte, Van Leuven ve De Meyere–Belçika davası kararında ele alınmıştır (23 Haziran 1981, Seri A No. 43, s. 26-27, paragraf 64-65). Bu davada söz konusu kuruluşun bir dernek niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi talep edilen AIHM, üç adet kriter kullanmıştır: söz konusu kuruluşun kökeni, amacı ve örgütlenmek için kullandığı araçlar. Bu davada incelenen Ordre des Médecins (Tabip Odası benzeri bir meslek kuruluşu) isimli kuruluş idi:

Mahkeme öncelikle, Ordre des Médecins'in kamu hukukuna tâbi bir kurum olduğunu saptamıştır. Bireyler tarafından değil, yasama organı tarafından kurulmuştur; Devlet mekanizması ile bütünleşmiş durumdadır; bu kurumun çoğu birimine yargıçlar Saray tarafından atanmaktadır. Bu kurum, sağlığın korunması amacıyla yönelik olarak genel kamu yararı doğrultusunda ve ilgili mevzuat çerçevesinde hekimlik mesleği üzerinde bir kamu denetimi yürütür. Bu işlev bağlamında Ordre des Médecins'in, spesifik olarak hekimlik mesleğini icra edenlerin sicilini tutması gerekmektedir. Belçika Devleti tarafından kendisine tevdi edilmiş görevleri yerine getirmek için yasal olarak, genel hukukun yürümesi dışında hem idari bakımdan, hem de kural koyma ve disiplin uygulama açısından ayrıcalıklarla donatılmıştır (prérogatives exorbitantes du droit commun-Fransızca "genel hukuk dışında kalan ayrıcalıklar") ve bu niteliğiyle bir kamu merciinin uyguladığı süreçleri uygular (bkz. yukarıda paragraf 20-34).

Bu faktörler birlikte gözönüne alındığında, Ordre des Médecins'i 11. madde anlamında bir dernek olarak görmek olanaklı değildir.

Ancak önemli olan derecedir. Yakın tarihte incelenen bir davada (yukarıda söz edilen Sigurdur A. Sigurjónsson-İzlanda davasında, 30 Haziran 1993, s. 13-14, paragraf 30-31), İzlanda Hükümeti (taksi şoförlerinin kurduğu bir dernek olan) Frami'nin 11. Madde anlamında bir "sendika", hatta dernek bile olmadığını, kamu hukuku özellikleri taşıyan bir meslek örgütü olduğunu iddia ediyordu. İddiasını desteklemek için Frami'nin, işverenle anlaşmazlık durumunda üyelerini temsil eden ya da toplu sözleşme yapan bir çalışanlar örgütü olmadığını ileri sürüyordu. Ayrıca, Frami'nin yasada belirlenmiş veya uygulama içinde gelişmiş birtakım işlevleri vardı ve bu kuruluş üyelerine olduğu kadar kamu yararına da hizmet ediyordu. AIHM, yukarıda sayılan öğelerin Frami'nin 11. Maddenin çerçevesi dışında kalan bir kamu hukuku kuruluşu olarak görülmesi için yeterli olmadığına karar vermiştir. Frami'nin bir bölümü bu alanda geçerli mevzuatta öngörülen bazı işlevleri yerine getirdiği ve bu işlevlerin sadece üyelerine değil genel olarak kamuya hizmet ettiği doğrudur (bkz. yukarıda paragraf 22-23). Ancak söz konusu kuralların uygulanmasına ilişkin denetim esas olarak başka bir kuruma, bir Komite'ye bırakılmıştır. Bu Komite, aynı zamanda ruhsatların verilmesi, askıya alınması veya iptali konularında da yetkilidir (bkz. yukarıda paragraf 20 ve 25). Frami özel hukuk çerçevesinde kurulmuştur ve kendi amaçlarını, örgütlenmesini ve usullerini belirleme bakımından tam özerkliğe sahiptir. Halihazırda gözden geçirilmekte olan eski Tüzüğüne göre Frami, üyelerinin mesleki çıkarlarını korumayı ve profesyonel taksi şoförleri arasında dayanışmayı sağlamayı; üyelerinin çalışma saatleri, ücretleri ve tarifeler konusunda talepler belirlemeyi ve sunmayı ve bunlar konusunda pazarlık yapmayı; taksi sayısı üzerindeki sınırlamaları muhafaza etmek için çaba göstermeyi ve üyelerini kamu mercileri

karşısında temsil etmeyi amaçlamaktadır (bkz. yukarıda paragraf 21). Dolayısıyla, Frami esas olarak bir özel hukuk kuruluşudur ve 11. Maddenin amaçları açısından bir “dernek” olarak değerlendirilmelidir.

(Bkz. ayrıca yukarıda belirtilen Chassagnou ve Diğerleri–Fransa davası kararı, 29 Nisan 1999, *Reports* 1999-III, paragraf 101: 11. Madde uygulanabilir.)

Örgütlenme özgürlüğünün içeriği

Örgütlenme özgürlüğünün iki boyutu vardır: birincisi negatif boyuttur, yani derneğe katılmama hakkı; bu hak, bir derneğe zorunlu üyelikle ilgilidir. İkincisi pozitif boyuttur, yani örgütlenme ya da bir örgüte katılma hakkı. Bir de derneklerin kurulması ve kapatılması meselesi vardır.

Derneklerin kurulması ve kapatılması

Bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Türkiye davası kararında (30 Ocak 1998, *Reports* 1998-I, paragraf 32-34, 46 ve 61) AİHM şöyle demiştir:

Ancak buradan, bir derneğin, faaliyetleriyle bir Devletin kurumlarını tehlikeye soktuğu bir durumda, o Devletin yetkili mercilerinin o kurumları koruma hakkından yoksun olduğu sonucu çıkarılamaz. Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, demokratik toplumun savunulmasının gerekleri ile bireysel haklar arasında bir uzlaşmanın AİHS sisteminin özünde bulunduğu hükmünü vermiş olduğuna işaret eder (bkz. gerekli değişikliklerle, *Klass ve Diğerleri–Almanya* davası kararı, 6 Eylül 1978, Seri A No. 28, s. 28, paragraf 59). Bu tür bir uzlaşmaya ulaşılabilmesi için yetkili mercilerin herhangi bir müdahalesi, Mahkeme'nin aşağıda ele alacağı 11. Madde 2. fıkra hükümleriyle uyumlu olmalıdır (bkz. paragraf 37 ve devamı). Mahkeme, ancak bu inceleme tamamlandığında davaya esas teşkil eden bütün olayların ışığında, AİHS 17. maddenin uygulanmasının gerekip gerekmediği konusunda bir karar verme olanağına sahip olacaktır.

Komisyon karşısında Hükümet, ayrıca, 11. Maddenin dernek kurma özgürlüğünü güvence altına almakla birlikte, bir derneğin kapatılmasını engellemediğini ileri sürmüştür.

Komisyon bu konuda, örgütlenme özgürlüğünün sadece bir siyasi parti kurma hakkını düzenlemediği, aynı zamanda kurulduktan sonra bu partinin siyasi faaliyetlerini özgürce sürdürme hakkını da güvence altına aldığı görüşünü benimsemiştir.

Mahkeme, AİHS'in hakları teorik ve hayali olarak değil, pratik ve etkili olarak güvence altına almak amacıyla olduğunu bir kez daha belirtir (diğer örnekle-

rin yanı sıra, bkz. Artico-İtalya davası kararı, 13 Mayıs 1980, Seri A No. 37, s. 16, paragraf 33 ve yukarıda belirtilen Loizidou davası kararı, s. 27, paragraf 72). 11. Maddenin güvence altına aldığı hak, sadece bir derneğin kurulmasıyla sınırlı olsaydı büyük ölçüde teorik ve hayali bir nitelik taşırdı, zira yetkili merciler AİHS'e uymak zorunda kalmaksızın derneği derhal kapatabilirlerdi. Bundan çıkan sonuç şudur: 11. Maddenin sağladığı koruma bir derneğin hayatta olduğu süre boyunca devam eder; ayrıca, bir ülkenin yetkili mercilerinin bir derneği kapatma kararının, bu maddenin 2. fıkrasında sıralanan koşullara uygun olması gerekir (bkz. aşağıda paragraf 35-47).

Sonuç olarak, 11 madde mevcut davada geçerli olan olaylara uygulanabilir.

[...]

[...] 11. Maddede belirtilen istisnalar, siyasi partiler söz konusu olduğunda dar anlamda yorumlanmalıdır; siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğüne sınırlamaların haklı olabilmesi için mutlaka ikna edici ve zorlayıcı nedenler bulunması gerekir. Sözleşmeciler Devletlerin 11. Madde 2. fıkranın anlamı çerçevesinde bir "gerekliliğin" var olup olmadığının belirlenmesinde sadece sınırlı bir takdir payları vardır. Bu takdir hakkı hem mevzuatın, hem de bağımsız mahkemelerce verilmiş olsalar dahi mevzuatın uygulanmasına dair kararların AİHM denetimine tâbi olmasıyla birlikte değerlendirilir. Mahkeme, hakaretler yağdırmaktan hüküm giymiş bir parlamenterle ilgili bir davada (bkz. yukarıda belirtilen Castells davası kararı, s. 22-23, paragraf 42) bu tür bir incelemenin gerekli olduğuna zaten hükmetmiştir; bir siyasi partinin tümüyle kapatıldığı ve liderlerinin gelecekte bu tür bir faaliyeti sürdürmekten men edildiği bir durumda böyle bir inceleme daha da gerekli hale gelir.

[...]

[...] TBKP'nin henüz faaliyetleri başlamadan alınan, derhal ve kalıcı olarak kapatılması türünden aşırı sert bir tedbirin yanı sıra, parti liderlerinin başka herhangi bir siyasi sorumluluk üstlenmekten men edilmiş olmaları, güdülen amaçla orantılı değildir ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gereksizdir. Dolayısıyla, bu tedbir AİHS'in 11. Maddesini ihlâl etmiştir.

(Bkz. ayrıca Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)-Türkiye davası kararı, 8 Aralık 1999, Reports 1999-VIII, paragraf 37-48; Sosyalist Parti ve Diğerleri-Türkiye davası kararı, 25 Mayıs 1998, Reports 1998-III, paragraf 41-54; bir siyasi partinin kapatılmasınının 11. Maddeye aykırı bulunmadığı bir dava için ise Refah Partisi ve Diğerleri-Türkiye davası kararı, 31 Temmuz 2001, Başvuru No. 41340/98, paragraf 45-53 ve 64-84: Bu davada, partinin üst düzey yöneticileri, inançlar temelinde ayrımcılığa dayanan çoklu bir hukuk sistemi kurma ve İslam hukukunu yerleştirme niyetlerini açıklamışlardı.)

Derneğe katılmama özgürlüğü

En çok tartışılan husus, bir derneğe katılmama özgürlüğüdür. Bu konuda, üyeliğin zorunlu olduğu kuruluşun AİHS anlamında bir dernek olup olmadığı değerlendirilir. Kuruluşun AİHS anlamında bir dernek olmadığı durumlarda, yasa zorunlu üyelik öngörebilir. Bu zorunluluk, bu kuruluşla birlikte var olabilecek diğer derneklerin kurulması özgürlüğünün engellenmemesi koşuluna tâbidir. Örneğin, yukarıda belirtilen Le Compte, Van Leuven ve de Meyere–Belçika davası kararında (s. 27, paragraf 65) AİHM, Belçika’da bulunan Ordre des Médecins isimli kuruluşun bir dernek olmadığını ve bu kuruluşu zorunlu üyeliğin yalnızca dernekler konusunu ele alan 11. Madde 1. fıkra hükümlerini ihlâl etmediğini belirledikten sonra, şu hususa işaret etmiştir:

[...] eğer bir ihlâl olması istenmiyorsa, Belçika Devleti tarafından kurulan Ordre des Médecins isimli kuruluş, hekimlik mesleğini icra edenleri biraraya gelerek meslek örgütleri kurmaktan veya bu örgütlere katılmaktan alıkoymamalıdır. Totaliter rejimler, kapalı ve üyeliği sınırlandırılmış kuruluşların meslek örgütleri ve geleneksel sendikaların yerini alması yoluyla çeşitli mesleklerin zorunlu biçimde disiplin altına alınması yöntemine geçmişte başvurmuşlardır, bugün de başvurumaktadırlar. AİHS’i kaleme alanlar bu tür bir suiistimali önlemeyi hedeflemişlerdir (bkz. “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights başlıklı derleme kitap, c. II, s. 116-118).

Mahkeme, Belçika’da hekimlik mesleğini icra eden kişilerin mesleki çıkarlarını korumak amacıyla kurulmuş ve hekimlerin üye olmak ya da olmamak konusunda özgür olduğu birkaç dernek olduğuna dikkat çeker.

Bu koşullar altında, Ordre des Médecins’in mevcudiyeti ve bu mevcudiyetin sonucu, yani hekimlik mesleğini icra eden kişilerin Ordre des Médecins’e kaydolma ve bu kuruluşun yetkisine tâbi olma zorunluluğu, açıktır ki ne 11. Madde 1. fıkrada güvence altına alınan hakkın sınırlandırılması hatta baskı altına alınması amacını bile gütmekte ne de böyle bir sonuca yol açmaktadır.

Söz konusu kuruluşun bir dernek olduğu durumlarda, zorunlu üyelik sorunu daha hassas bir konu haline gelir. Bu konuda AİHM başlangıçta temkinli bir yaklaşım benimsemiştir. Young, James ve Webster–Birleşik Krallık davası kararında (13 Ağustos 1981, Seri A No. 44, s. 21-23, paragraf 52-55), AİHM kişinin bir sendikaya katılmasını zorunlu kılan bir sistemin her durumda 11. Maddeye aykırı olmadığını belirtmiştir; her ne kadar bu davada belirli bir sendikaya üyelik zorunluluğunun söz konusu maddeye aykırı olduğuna hükmetmiş olsa da, sendikaya katılmama kararının çok ciddi bir sonuç doğurmuş olduğunu da vurgulamıştır. Zira başvurucular işten çıkarılmışlardır. AİHM şu hususa işaret etmiştir:

Bir an için [...] İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 20. maddesi, 2. fıkrasında yer alana benzer bir genel kuralın maksatlı olarak AİHS'in dışında bırakıldığını ve bu yüzden Sözleşme tarafından güvence altına alındığının söylenemeyeceğini varsayalım. Bundan, örgütlenme özgürlüğünün negatif boyutunun bütünüyle 11. Maddenin kapsamı dışında kaldığı ve belirli bir sendikaya katılma konusundaki her bir zorlamanın söz konusu maddenin hedefleriyle bağdaştığı sonucu çıkmaz. 11. Maddeyi sendika üyeliği alanında her tür zorlamaya izin verir gibi yorumlamak, bu maddenin güvence altına alması tasarlanan özgürlüğün özüne darbe indirmek olur (bkz. gerekli değişikliklerle, "Belçika'a Eğitim Dili" davasının 23 Temmuz 1968 tarihli kararı, Seri A No. 6, s. 32, paragraf 5; 21 Şubat 1975 tarihli Golder davası kararı, Seri A No. 18, s. 19, paragraf 38; ve 23 Ekim 1979 tarihli Winterwerp davası kararı, Seri A No. 33, s. 24, paragraf 60).

Mahkeme bir kez daha vurgulamaktadır ki, bir bireysel başvuru sonucu başlayan yargılama süreçlerinde, genel bağlamı hiçbir zaman gözden yitirmekle birlikte, dikkatini mümkün olduğu ölçüde kendisine intikal eden somut davanın ortaya çıkarttığı sorunlara yoğunlaştırmaya çalışmıştır (diğer hususların yanı sıra, bkz. 6 Kasım 1980 tarihli Guzzardi davası kararı, Seri A No. 39, s. 31-32, paragraf 88). Dolayısıyla, mevcut davada da "kapalı işyeri" sisteminin bir bütün olarak AİHS çerçevesinde gözden geçirmek veya bu sistemin yaratabileceği her bir sonuç ya da zorlama biçimi konusunda fikir belirtmek zorunda değildir; Mahkeme, bu sistemin başvurucular üzerindeki etkisini incelemekle yetinecektir.

[...]

11. Maddenin, söz konusu özgürlüğün negatif boyutu açısından bu özgürlüğün pozitif boyutu ile eşit düzeyde bir güvence sağlamadığı varsayılırsa, belirli bir sendikaya katılma zorunluluğu her durumda AİHS'e aykırı olmayabilir.

Ancak, kişinin hayatını kazanmasını olanaksızlaştıracak bir tedbir olan işten çıkarılma tehdidi zorlamanın çok ciddi bir biçimidir; dahası, mevcut davada, British Rail (Britanya Demiryolları) işe aldığı kişilere bu tehdidi henüz belirli bir sendikaya katılma yükümlülüğünün ortaya çıkmadığı bir aşamada yöneltmiştir.

Mahkeme'nin görüşü, davanın koşulları çerçevesinde, bu tür bir zorlamanın 11. Maddenin güvence altına aldığı özgürlüğün doğrudan doğruya özüne darbe vurduğudur.

AİHM Sigurður A. Sigurjónsson–İzlanda davası kararında (yukarıda belirtilen dava, s. 16, paragraf 35) çok daha kararlı bir yaklaşım benimsemiştir. Bu davada 11. Maddenin ihlâline karar vermeden önce AİHM, şu hususa işaret etmiştir:

[...] Sözleşme'nin günümüzün değişen koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir hukuki enstrüman olduğu hatırlanmalıdır (diğer örneklerin yanı sıra, bkz. Soering–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Temmuz 1989, Seri A No. 161, s. 40, paragraf 102). Dolayısıyla, 11. Madde örgütlenme konusunda negatif bir hak içeren bir madde olarak görülmelidir. Bu vakada söz konusu hakkın pozitif hak ile eşit bir düzeyde görülüp görülmeyeceğini belirlemek Mahkeme için gerekli değildir.

Daha yakın dönemde, Chassagnou ve Diğerleri–Fransa davasında (29 Nisan 1999, Reports 1999-III, paragraf 101), yasalara göre, belirli bir büyüklüğe kadar araziler için (bu büyüklük ilden ile değişiyordu) arazi sahiplerinin yerel ACCA'nın (avcı derneği) üyesi olmalarını ve topraklarını belde ahalisine av alanı olarak açmaları şartı getirilmişti. AİHM bu davada 11. Maddenin ihlâl edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Derneğe katılma hakkı

Zorunlu üyelik sorununun yanı sıra, bir derneğe katılma hakkı da çeşitli açılardan ele alınmıştır. Cheall–Birleşik Krallık davasında (Başvuru No. 10550/83, 13 Mayıs 1985 tarihli karar, Decisions and Reports 42, s. 185) Komisyon, derneklerin üye kabulü ve ihracı konusundaki tüzük hükümlerine ve kararlarına ilişkin şu kararı vermiştir:

Komisyon'un görüşü, sendika kurma hakkının, örneğin sendikaların kendi kurallarını kendilerinin belirlemesi, kendi işlerini kendilerinin yürütmesi ve sendika konfederasyonları kurması ya da bu konfederasyonlara katılması haklarını içerdiği yolundadır. Sendikaların bu tür hakları, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmesi'nin, bu bağlamda dikkate alınması gereken 3. ve 5. maddelerinde sarih biçimde tanınmıştır. [...]

Öyleyse, sendikaların bu alanlarda verdiği kararlar, 11. Madde 2. fıkra çerçevesindeki sınırlamalar dışında, Devletin getireceği sınırlamalara ve Devlet denetimine tâbi olmamalıdır. Bunun bir uzantısı olarak, bu kararlar özel faaliyet olarak görülmeli ve ilke olarak Devlet AİHS çerçevesinde bu tür kararlardan sorumlu tutulmamalıdır.

“Çıkarlarını korumak amacıyla” bir sendikaya katılma hakkı kişiye, seçtiği sendikaya o sendikanın kurallarından bağımsız olarak katılma gibi genel bir hak bahşeder şeklinde yorumlanamaz. 11. Madde 1. fıkra çerçevesindeki haklarını kullanırken, sendikalar, sendikanın kuralları temelinde, sendikaya üye kabulü

ve ihracı ile ilgili hususlarda serbestçe karar verebilmelidir. Bu maddede esasen Devlet müdahalesine karşı bir güvence sağlanmıştır.

Katılma hakkı aynı zamanda kişinin bir kuruluşun üyesi olup olmadığını açıklamama hakkıyla da ilgilidir. Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani-İtalya davasında (2 Ağustos 2001, Başvuru No. 35972/97), başvuru dernek, Region of the Marches'in (bir bölge yönetimi) kamu görevine aday olanların Mason Locasına üye olmadığını beyan etmesini zorunlu kılan bir yasa kabul etmesinden şikâyetçi olmuştur. Bu tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını açıklamadan önce AİHM, şu hususu belirtmiştir (paragraf 15-16):

Mahkeme, 11. Maddenin siyasi partiler gibi dernekler için geçerli olduğunu vurgular (bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi-Türkiye davası kararı, 30 Ocak 1998, *Reports of Judgments and Decisions*, 1998-I ve Sosyalist Parti ve Diğerleri-Türkiye davası kararı, 25 Mayıs 1998, *Reports* 1998-III). Mahkeme, genel olarak, "bir derneğin, bu arada bir siyasi partinin, yalnızca faaliyetlerinin ulusal makamlar tarafından Devletin anayasal düzenini sarsacak ve bu yüzden sınırlamaları gerektirecek nitelikte görüldüğü için AİHS'in sağladığı korumadan dışlanmasının söz konusu olmadığına" işaret etmiştir (bkz. yukarıda belirtilen Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri davası kararı, s. 17, paragraf 27). Mahkeme'ye göre, bu tür bir mantık, başvuru dernek gibi, anayasal düzeni yıkacağı konusunda hakkında bir kuşku duyulmayan bir dernek için daha da fazla geçerlidir. Ek olarak ve her şeyden önemlisi, Mahkeme söz konusu tasarrufun başvuru derneği, kendisinin de belirttiği gibi, üye ve prestij kaybı yoluyla olumsuz etkileyebileceğini kabul etmektedir.

Dolayısıyla Mahkeme bir müdahalenin mevcut olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bundan çıkan sonuç, başvuru derneğin iddia edilen ihlâlden mağdur olduğunu ileri sürebileceği ve buna bağlı olarak, Hükümetin itirazının reddedilmesi gerektiğidir.

AİHM daha sonra şu şekilde devam etmiştir (paragraf 25-26):

Orantılılık ilkesi AİHS 11. Madde 2. fıkrada belirtilen amaçlar ile örgütlenme özgürlüğünün serbestçe kullanılmasının gerekleri arasında bir denge kurulmasını gerektirir. Âdil bir dengenin kurulmasının hedeflenmesi, kişilerin bir kamu görevine talip olduklarında bunun reddedileceğinden çekinerek bu tür durumlarda örgütlenme özgürlüklerini kullanmaktan caydırılması sonucunu doğurmamalıdır.

[...] Mahkeme'ye göre [...] örgütlenme özgürlüğü o kadar önemlidir ki hiçbir şekilde kısıtlanmamalıdır. Bu durum, kişi dernek üyeliği sebebiyle kınanacak bir harekette bulunmadığı sürece, kamu görevine aday olan bir kişi için dahi geçerlidir. Şu da açıktır ki dernek, üyelerinin verdiği kararların sonuçlarına kat-

lanacaktır. Kısacası, şikâyete konu olan yasaklama, başvuru için ne denli asgari olursa olsun, “demokratik bir toplumda gerekli” görünmemektedir.

3. Özellikle sendikalar için geçerli hususlar

AİHM sendika özgürlüğüne özgü çeşitli hususları incelemiştir.

Sendika özgürlüğü neyi kapsamaz?

Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında AİHM şu noktaya işaret etmiştir (s. 17, paragraf 38):

[...] 11. Madde 1. fıkrada sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli ya da özel bir yönü olarak sunulmakla birlikte, Devletin sendikalara veya sendika üyelerine özel bir muamele göstermesini güvence altına almamaktadır.

Daha sonra (aynı karar, s. 18, paragraf 38) AİHM 11. Maddede şu hususlara ilişkin hükümler bulunmadığını belirtmiştir:

[...] istişare hakkı [Devletin sendikaya danışma zorunluluğu]. 11. Madde 1. fıkrada bu tür bir haktan söz edilmemektedir. Ancak bunun da ötesinde, tüm Sözleşmeciler Devletlerin bu hakka ulusal hukuklarında veya uygulamalarında yer verdiği veya sendikal özgürlüğün etkili biçimde kullanılması için bu hakkın vazgeçilmez olduğu da söylenemez. Dolayısıyla bu unsur, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakka özgü bir unsur değildir.

Aynı konuyla ilgili olarak (Schmidt ve Dahlström–İsveç davası, 6 Şubat 1975, Seri A No. 21, s. 15-16, paragraf 34 ve 36) AİHM iki noktayı daha karara bağlamıştır:

11. Madde sendika üyeleri [açısından] [...] yeni bir toplu sözleşmeden elde edilen kazanımların, örneğin ücret zamlarının, geriye doğru yürümesi hakkını güvence altına almaz. Ne 11. Madde 1. fıkrada, hatta ne de 18 Ekim 1961 tarihli Sosyal Şart'ta sözü edilmiş olan bu tür bir hak, sendikal özgürlüğün etkili biçimde kullanılması için vazgeçilmez bir nitelik taşımamaktadır ve hiçbir biçimde AİHS'in güvence altına aldığı bir hakka özgü unsurlar değildir.

[...]

11. Maddede açıkça belirtilmeyen [grev hakkı], ulusal hukukta, belirli durumlarda bu hakkın kullanılmasını sınırlayacak türden bir düzenlemeye tâbi tutulabilir.

Sendika özgürlüğünden kasdedilen nedir?

AİHM, sendika özgürlüğünü içeriğinin tamamından yoksun bırakmamaktadır; Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında (yukarıda belirtilen karar, s. 18, paragraf 39), AİHM istişare hakkına ilişkin şunları belirtmiştir:

[...] AİHS sendika üyelerinin sendikal eylem yoluyla mesleki çıkarlarını koruma özgürlüğünü güvence altına alır. Sözleşmeci Devletler sendikal eylemin yürütülmesine ve gelişmesine izin vermek ve olanak tanımak zorundadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, bunun sonucu olarak, sendika üyelerinin, çıkarlarını korumak için sendikanın sesini duyurması hakları vardır. Kuşkusuz, 11. Madde 1. fıkraya göre, her Devlet bu amaca yönelik olarak kullanılacak araçlar konusunda serbest bırakılmıştır. Bunlardan biri istişare olabilir, ama başka araçlar da mevcuttur. AİHS'e göre, ulusal hukukta sendikaların, 11. Madde ile çelişmeyen koşullar altında üyelerinin çıkarlarını korumak için çaba göstermesinin olanaklı kılınması gerekir.

Bu şekilde, sesini duyurma hakkı ile bu hakkın istişare yoluyla kullanılabilmesi arasında bir ayrıma gidilmiştir. Devletin en uygun bulduğu yolu seçebileceği anlaşılmaktadır.

Öyleyse, sendika özgürlüğü sendikaların örgütlenmesi açısından ele alınmaktadır. Bireyler açısından sendika özgürlüğü söz konusu olduğunda, yukarıda belirtilen Cheall–Birleşik Krallık davasına atıfta bulunulmalıdır. Bu davada Komisyon şunu belirtmiştir (Decisions and Reports 42, s. 186):

[...] sendikaya katılma hakkının etkili olabilmesi için Devletin bireyi sendikaların sahip olabileceği hâkim konumdan doğabilecek bir suiistimalden koruması gerekir (bkz. Young, James ve Webster davası kararı, 13 Ağustos 1981, Seri A No. 44, s. 25, paragraf 63). Bu tür bir suiistimal, örneğin, dışlanma veya ihracın sendika kurallarına uygun olmadığı, kuralların bütünüyle makul olmaktan uzak veya keyfi olduğu ya da dışlanma veya ihracın sonuçlarının "kapalı işyeri" kuralı dolayısıyla işten çıkarılmaya yol açtığı durumlarda ortaya çıkabilir.

11. Madde 2. fıkra – İstisna hükmü

11. Madde 2. fıkra hükümleri şu şekildedir:

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu

madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

11. Madde 2. fıkrada iki tür sınırlama öngörülmektedir: herkes için geçerli sınırlamalar ya da olağan sınırlamalar ve özel olarak idare için geçerli sınırlamalar.

1. 11. Madde 2. fıkra, birinci cümle: olağan sınırlamalar

Sınırlayıcı hükümlerin ilk kategorisiyle ilgili olarak, örgütlenme özgürlüğüne getirecek sınırlamaların “yasayla öngörülmüş” olması, “meşru bir amaç” izlemesi ve “gerekli” olması gerektiği belirtilmelidir.

Yasallık (ve AİHM’in alışıldık içtihadı doğrultusunda, öngörülebilirlik) konusunda, N.F.–İtalya davası kararından (2 Ağustos 2001, Başvuru No. 37119/97, paragraf 24-34) söz edilmelidir. Bu karar Mason Locasına mensup olan yargıçlara karşı alınan disiplin tedbirlerine ilişkindir (öngörülebilirliğin olmaması dolayısıyla 11. Maddenin ihlâlüne hükmedilmiştir).

Gereklik kriteri ile ilgili olarak Ezelin–Fransa davası kararından (26 Nisan 1991, Seri A No. 202, paragraf 53) bahsetmek gerekir. Bu davada bir avukat “güvenlik ve özgürlük” yasasının kabulüne karşı düzenlenen bir gösteriye katılmaktan dolayı kınama cezası almıştı. AİHM bu davada şu hususa işaret etmiştir:

Bay Ezelin’e verilen cezanın, 9 Haziran 1972 tarihli Kararname’nin 107. maddesinde öngörülen disiplin cezaları arasında alt sıralarda yer aldığı doğrudur (bkz. yukarıda paragraf 25); geçici dahi olsa, mesleğin icra edilmesinden veya Baro Konseyi üyeliğinden herhangi bir şekilde men edilme içermediğine göre, bu ceza, esas olarak manevî bir yaptırımdır. Ancak, Mahkeme’ye göre, barışçı bir toplantıya katılmak (bu vakada yasaklanmamış bir gösteri söz konusudur) o kadar önemlidir ki söz konusu kişi kendisi bu vesileyle kınanacak bir harekette bulunmadığı sürece bu hak, bir “avukat” (avukat) için dahi sınırlanamaz. Kısacası, şikâyet konusu yaptırım ne kadar asgari olursa olsun, “demokratik bir toplumda gerekli” gözükmemektedir. Dolayısıyla, 11. Madde ihlâl edilmiştir.

2. 11. Madde 2. fıkra, ikinci cümle: idareye ilişkin meşru sınırlamalar

Bu konuda Komisyon’un Kamu Hizmeti Sendikaları Konseyi–Birleşik Krallık davasındaki (Başvuru No. 11603/85, 20 Ocak 1987 tarihli karar, Decisions and Reports 50, s. 239, paragraf 1 ve s. 241, paragraf 1’in tamamı) kararı zikredilmeli-

dir. Bu davada başvurucular, davalı devletin GCHQ'da (askeri ve resmi muhaberatı izlemekten sorumlu Government Communications Headquarters-Hükümet İletişim Merkezi) çalışan bazı elemanların sendikalaşma hakkını ellerinden almasından şikâyet etmekteydi. Komisyon kararında 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesinin nerede uygulanabileceği ve kapsamı hakkında çeşitli hususlara değinmiştir:

Komisyon GCHQ'da çalışmakta olan personelin “devletin idare mekanizmasında görevli olanlar” terimi kapsamına girip girmediğini incelemiştir. Bu terimlerin anlam ve kapsamı bir ölçüde belirsizdir. Komisyon bunları ayrıntılı olarak tanımlama çabasına girişmeyecektir. Ancak Komisyon bu terimlerin 11. Madde 2. fıkrada “silâhlı kuvvetler [ve] kolluk mensupları” ile aynı cümlede birlikte kullanılmış olduğuna işaret eder. Mevcut davada Komisyon özel bir kurum ile karşı karşıyadır: GCHQ personeli davalı Devletin askeri ve resmi iletişiminin güvenliğini sağlayarak ulusal güvenliğin, doğrudan ya da dolaylı biçimde, korunması bakımından hayati bir işlev gördüğüne göre, GCHQ'nun hedefi büyük ölçüde silâhlı kuvvetlerin ve kolluk birimlerinin hedeflerine benzerdir.

Dolayısıyla Komisyon açısından, 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesinin anlamı bakımından GCHQ personelinin “devletin idare mekanizmasında görevli olan” kişiler olarak değerlendirilmeleri uygundur. Bu nedenle Komisyon 11. Madde 2. fıkra, ikinci cümlede belirtilen diğer koşulların varlığını, özel olarak da söz konusu sınırlamaların bu maddenin anlamı çerçevesinde “hukuki” (hukuka uygun) olup olmadığını incelemek zorundadır.

[...]

Komisyon önce başvurucuların, 11. Madde 2. fıkra, ikinci cümledeki “sınırlamalar” teriminin 11. Maddede yer alan hakkın bütünüyle ortadan kaldırılması anlamına gelebileceği yolundaki itirazını incelemiştir. Ancak Komisyon, aynı terimin 11. Madde 2. fıkra birinci cümlede de kullanılmış olduğunu hatırlatır. Bu hüküm de Komisyon tarafından, 11. Maddede belirtilen hakların kullanılmasının bütünüyle yasaklanmasını kapsar biçimde yorumlanmıştır (örneğin bkz. Başvuru No. 8191/78, *Rassemblement jurassien ve Unité jurassienne-İsviçre davası* kararı, 10 Ekim 1979, *Decisions and Reports* 17, s. 93). Dolayısıyla, 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesindeki “sınırlamalar” terimi de, tartışma konusu olan tasarrufları kapsayacak kadar geniştir.

[...] Komisyon başvurucuların, 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesindeki “hukuki” (İngilizce'de: lawful) sözcüğünün orantılılık ilkesini içerdiği yolundaki itirazlarını göz önüne alır. Bu konuda, Komisyon, “hukuki” terimi (İngilizce'de “lawful”: “hukuka uygun”) (Fransızca'da “légitime”: “meşru”) ulusal hukukta bir temelin var olmasının ötesinde bir şeyler gerektirecek, özel olarak da key-

filğin yasaklanmasını içerecek olsa bile, mevcut davada bu koşulun gözönüne alınmış olduğu konusunda hiçbir kuşku duyulamayacağına hükmetmiştir.

Komisyon Devletlerin, ulusal güvenliklerinin korunmasını sağlama faaliyetleri konusunda geniş bir takdir payına sahip olmaları gerektiği yolundaki içtihadını hatırlatır (bkz. Leander–İsveç, Komisyon’un 17 Mayıs 1985 tarihli raporu, paragraf 68, Seri A No. 116, s. 43).

Yukarıda belirtilen Grande Oriente d’Italia di Palazzo Giustiniani–İtalya davası (2 Ağustos 2001, Başvuru No. 35972/97, paragraf 30-33) 11. Madde, 2. fıkranın ikinci cümlesinin uygulanmasına ilişkin bir örnektir:

Mahkeme, bu cümledeki “hukuki” sözcüğünün, Sözleşme içinde aynı ifadenin veya benzeri ifadelerin kullanıldığı, özellikle de 9. ila 11. Maddelerin ikinci fıkralarında belirtilen “yasayla öngörölmüş” ibaresi ile kastedilen aynı kavrama işaret ettiğini vurgular. AİHS’te kullanılan “hukukilik/hukuka uygunluk” kavramı, iç hukuka uygunluğu gerektirmenin ötesinde, iç hukukta öngörülebilirlik ve genel bir anlamda keyfilğin bulunmaması şeklinde bir nitelikle ilgili bazı koşulları ifade eder (bkz. Rekvényi-Macaristan [BD], No. 25390/94, paragraf 59, ECHR 1999-III).

[...]

1996 Yasası’nın 5. maddesinde ele alınan kamu görevlerinin “devletin idare mekanizması” kapsamına girip girmediği sorusuna gelince, Mahkeme, 1992 Yasası’na ekli A ve B cetvellerinde sıralanan kamu görevlerinin bölge teşkilât yapısı içinde yer almadığına işaret eder. Bu görevler iki diğer kategoriye ayrılmaktadır: bölgesel kuruluşlar ve Bölge Konseyi’nin sorumlu olduğu adaylık ve atamalar. Mahkeme’nin içtihadına göre, “devletin idare mekanizması kavramı, söz konusu görevlinin bulunduğu makamın ışığında, dar bir yoruma tâbi tutulmalıdır (bkz. Vogt–Almanya davası kararı, 26 Eylül 1995, Reports of Judgments and Decisions 1995-II, s. 31, paragraf 67). Mahkeme Vogt davasında bir öğretmenin (yani kadrolu bir memurun) devletin idare mekanizmasının bir ögesi olup olmadığı sorusunun cevabını belirlemeye gerek görmemiş olduğunu hatırlatır (aynı yerde, paragraf 68). Mevcut davada ibraz edilen delillere göre Mahkeme, 1995 Yasası’nın A ve B cetvellerinde sıralanan görevler ile Marches Bölgesi arasındaki ilişkinin, kadrolu bir öğretmen olan Bayan Vogt ile işvereni arasındaki ilişkiden daha gevşek olduğu konusunda hiçbir kuşku olmadığına işaret eder.

Dolayısıyla, söz konusu müdahaleyi 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesi çerçevesinde de gerçekleştirmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, AİHS’in 11. Maddesinin ihlâli söz konusudur.

AIHS 12. Madde – Evlenme özgürlüğü

12. Madde’de şu ifade yer almaktadır:

Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.

1. Evlenme hakkından yararlanabilecek kişiler

Rees–Birleşik Krallık davasında (17 Ekim 1986, Seri A No. 106, s. 19, paragraf 49-51), AIHM 12. Madde’nin yalnızca ayrı cinsiyetten olan kişiler için geçerli olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu davada bir transseksüelin evlenme talebinin reddedilmesi dolayısıyla 12. Madde ihlâl edilmemiştir. AIHM, bu kararında görünürdeki cinsiyeti değil biyolojik cinsiyet kavramını temel almıştır:

Mahkeme’nin görüşüne göre 12. Madde’nin teminat altına aldığı evlenme hakkı, iki ayrı biyolojik cinsiyete sahip kişi arasındaki geleneksel evlilik için geçerlidir. Bu, 12. Madde’nin ifade biçiminden de anlaşılabilir ve bu ifade tarzından, ilgili maddeyle amaçlananın, evliliği aile kurumunun temeli olarak korumak olduğu sonucu çıkmaktadır.

12. Madde ayrıca, bu hakkın kullanılmasının Sözleşmeciler Devletlerin kendi ulusal yasalarına tâbi olduğunu belirtmiştir. Söz konusu ulusal yasalarda yer alan kısıtlamalar, bu hakkın özüne zarar verecek biçimde ya da derecede olmalıdır. Ancak, Birleşik Krallık’ta aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesinin önündeki yasal engelin bu biçim ya da derecede bir engel olduğu söylenemez.

Dolayısıyla, bu davada AIHS’nin 12. Maddesi ihlâl edilmemiştir.

Başka örnekler için bkz. 27 Eylül 1990 tarihli Cossey–Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 184, s. 17-18, paragraf 43-46 ya da 30 Temmuz 1998 tarihli Sheffield ve Horsham–Birleşik Krallık davası kararı, Reports 1998-V, paragraf 62-70.

2. Evlenme hakkının derecesi

F.–İsviçre davasında (18 Aralık 1987, Seri A No. 128, s. 16, paragraf 32-33), AIHM üçüncü kez boşanan bir kişiye geçici olarak evlenme yasağı konmasının 12. Maddeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. AIHM, Rees davasındaki kararını hatırlayarak şu görüşe yer vermiştir:

12. Madde bir erkek ve bir kadının evlenmek ve aile kurmak yönündeki temel hakkını teminat altına almıştır. Bu hakkın kullanılması kişisel, toplumsal ve hukuki sonuçlar doğurur. Bu hakkın kullanılması “Sözleşmeciler Devletlerin kendi

ulusal yasalarına tâbidir”, ancak “söz konusu ulusal yasalarda yer alan kısıtlamalar, bu hakkın özüne zarar verecek biçimde ya da derecede olmamalıdır” (bkz. 17 Ekim 1986 tarihli Rees davası kararı, Seri A No. 106, s. 19, paragraf 50). Bu “kısıtlamalar”, Avrupa Konseyi’ne üye tüm Devletlerde koşul olarak yer alır ve usule ya da esasa ilişkin kuralların birer parçasıdır. Usule ilişkin kurallar temel olarak evliliğin duyurulmasını ve nikâh törenini, esasa ilişkin olanlar ise ehliyet, muvaffakat ve evliliğe engel teşkil eden durumlar hakkındadır.

12. Maddede evlenme ve yeniden evlenme arasında bir ayırım bulunmadığından, F.’ye uygulanan evlenme yasağı, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen kurallar uyarınca konmuştur.

AİHM, ilgili Devletin evliliğin istikrarının korunması, çocukların çıkarları, vb. hususlardaki mülâhazalarını da değerlendirdikten sonra şu sonuca (s. 19, paragraf 40) varmıştır:

İhtilâf konusu tedbir, evlenme hakkının özünü etkilemiştir ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantısızdır. Bu nedenle, 12. Madde ihlâl edilmiştir.

3. Evlenme hakkı ve boşanma hakkı

AİHM, Johnston ve Diğerleri–İrlanda davasında (18 Aralık 1986, Seri A No. 112, s. 24, paragraf 52 ve 54), 12. Madde’de boşanma hakkının yer almadığı görüşünü savunmuştur. AİHM şu hususu ifade etmiştir:

[...] “evlenme hakkı” ifadesinin olağan anlamı açıktır; bu hak evlilik bağının oluşturulmasını kapsar, fakat bu bağın koparılmasını içermez. Ayrıca bu ifade, “ulusal yasaları” içeren ve bunlara atıfta bulunan bir bağlamda yer almaktadır. Boşanma yasağı evlenme ehliyeti üzerinde bir kısıtlama olarak görülse bile ki bu, başvurucunun yaklaşımına paraleldir – Mahkeme tekeşlilik ilkesini benimsemiş bir toplumda böyle bir kısıtlamanın 12. Madde’de teminat altına alınan hakkın özüne zarar verdiğinin düşünülmemeyeceği görüşündedir.

[...]

[...] başvurucular 12. Madde’den, bu maddede boşanma hakkı olduğu sonucunu çıkaramazlar.

AIHS 13. Madde – Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı

13. Maddede şu ifade yer almaktadır:

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

1. 13. Madde’den kaynaklanan genel ilkeler

Zaman içinde AIHM, 13. Madde’den yola çıkarak bir dizi genel ilke tespit etmiştir. AIHM genel olarak 13. Madde’nin usule ilişkin bir teminat sağladığını tespit etmiştir. 1 No.’lu Protokol’ün 1. Maddesi’yle paralellik kurulan Iatridis–Yunanistan davası kararında (25 Mart 1999, Reports 1999-II, paragraf 65) da bu yaklaşım benimsenmiştir:

Mahkeme, 13. Madde’ye göre yapılan şikâyetin, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin itirazla ve 1 No.’lu Protokol’ün 1. Maddesi uyarınca gündeme getirilen şikâyetlerle aynı olgulardan kaynaklandığını belirtmektedir. Ne var ki Sözleşme’nin 13. Maddesi’nde ve 1 No.’lu Protokol’ün 1. Maddesi’nde koruma altına alınan hakların özellikleri birbirinden farklıdır: bunların ilkinde “etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı”, yani usule ilişkin bir teminat ortaya konmakta, ikincisinde yer alan usule ilişkin gereklilik ise, mal ve mülk sahibi olma hakkına saygı şeklindeki daha geniş kapsamlı amaca göre tâli bir nitelik taşımaktadır.

(Aynı şekilde, 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy–Türkiye davası kararı, Reports 1996-VI, s. 2286, paragraf 95; 25 Eylül 1997 tarihli Aydın–Türkiye davası kararı, Reports 1997-VI, s. 1895-1896, paragraf 103; ve 19 Şubat 1998 tarihli Kaya–Türkiye davası kararı, Reports 1998-I, s. 329-330, paragraf 106.)

Kötü muameleyle ilgili olarak bir soruşturmadaki boşluklara ilişkin 21 Aralık 2000 tarihli Büyükdağ–Türkiye davası kararında, (Başvuru No. 28340/95, paragraf 64) (yalnızca Fransızca metin-resmi olmayan tercüme), AIHM 13. Madde’nin kapsamını tanımlamıştır:

13. Madde’den kaynaklanan yükümlülüğün kapsamı, başvuruçunun AIHS’e dayanarak dile getirdiği şikâyetin niteliğine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Ancak, 13. Madde’nin yapılmasını öngördüğü başvuru hem uygulamada, hem de yasalarda “etkili” olmalı, özellikle de davalı Devlet makamlarının fiilleri ya da haklı gösterilemeyecek ihmalleri bu etkili başvurunun uygulanmasına engel teşkil etmemelidir (yukarıda sözü geçen Aksoy

davası kararı, s. 2286, paragraf 95, 25 Eylül 1997 tarihli Aydın–Türkiye davası kararı, s. 1895-1896, paragraf 103, ve 19 Şubat 1998 tarihli Kaya–Türkiye kararı, Reports 1998-I, s. 329-330, paragraf 106).

Leander–İsveç davasında AİHM (26 Mart 1987, Seri A No. 116, s. 29-30, paragraf 77) şu görüşe varmıştır:

13. Maddenin yorumlanmasında aşağıdaki genel ilkeler önem taşır:

(a) Bir bireyin Sözleşme’de öngörülen hakların ihlâli nedeniyle mağdur olduğuna dair tartışmaya açık bir iddiası bulunduğu, bu kişi hem iddiasının doğruluğunun tespit edilebilmesi, hem de mümkünse zararının telafisi için kendi ülkesindeki bir makama başvurabilmelidir (diğer kararların yanı sıra bkz. yukarıda belirtilen Silver ve Diğerleri kararı, Seri A No. 61, s. 42, paragraf 113).

(b) 13. Maddede belirtilen makam bir yargı makamı olmak zorunda değildir, ancak bu makamın yetkileri ve sunduğu teminatlar yargılamanın etkili olup olmadığının tespit edilmesi bakımından önemlidir (a.g.e.).

(c) Her ne kadar hiçbir yargı kararı tek başına 13. Madde’de öngörülen koşullar için yeterli olmayacaksa da ulusal mevzuatta yer alan başvuru yollarının toplamı bu doğrultuda yeterli olabilir (a.g.e.).

(d) 13. Madde, Sözleşme’ye ya da muadili ulusal normlara aykırı olduğu gerekçesiyle bir ulusal makam nezdinde bir Sözleşmeci Devletin kanunlarına itiraz edilmesine izin verecek bir yargı yolunun bulunmasını güvence altına almaz (bkz. 21 Şubat 1986 tarihli James ve Diğerleri kararı, Seri A No. 98, s. 47, paragraf 85).

Son husus, “AİHS’nin ulusal mevzuata dahil edilmesi yönünde bir zorunluluğun olmadığı” gerçeğinden yola çıkarak açıklanabilir (a.g.e., ayrıca bkz. James ve Diğerleri kararı). Bu noktada, uluslararası hukuku uygularken AİHM’nin farklı Devletlerin kendilerine özgü şartlarını göz önüne aldığını görüyoruz (özellikle de Birleşik Krallık için durum böyledir). Ayrıca, yasamayla ilgili konularda egemenliklerini muhafaza etmeye çalışan Devletlerin hassasiyetlerinin de dikkate alındığı gözlenmektedir. Başvurucunun şikâyetine ilişkin karar verilebilmesini sağlayacak bir yargı yolunun mevcut olması yeterlidir. Bir sözleşmeci Devletin kanunlarının AİHS’e aykırı olduğu gerekçesiyle bir ulusal makam nezdinde itiraz konusu yapılabilmesinin yolunun açık olması gibi bir gereklilik söz konusu değildir.

Bir başka temel ilke, Boyle ve Rice–Birleşik Krallık davası kararında (27 Nisan 1988, Seri A No. 131, s. 23-24, paragraf 52 ve 55) hatırlatılmıştır. AİHS’ndeki hakları ihlâl edilen herkesin ulusal bir mahkemeye başvuru yolunun açık olmasını sağlamayı amaçlayan 13. Madde, bu haklardan birinin ihlâlinin söz konusu olmadığı durum-

larda bile geçerlidir. Bir hakkın ihlâline ilişkin savunulabilir bir iddiada bulunulabilmesi yeterlidir:

13. Madde'nin ifadesinde belirtilenlere bakılmaksızın, Sözleşme'nin bir başka hükmünün ("esası" bir hükmün) ihlâlinin fiilen söz konusu olması bu Madde'nin uygulanması için bir ön koşul değildir (bkz. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 28, s. 29, paragraf 64). 13. Madde, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin esasının (bu hak ve özgürlüklerle ilgili durum ulusal mevzuatta nasıl olursa olsun) ulusal düzeyde uygulanmasını (ve dolayısıyla bunların ihlâl edildiği iddiasının mümkün olmasını) sağlayacak bir yargı yolunu teminat altına alır (bkz. 8 Temmuz 1986 tarihli Lithgow ve Diğerleri davası kararı, Seri A No. 102, s. 74, paragraf 205 ve burada adı geçen makamlar).

Ne var ki 13. Madde makul şekilde yorumlandığında, bir bireyin Sözleşme kapsamında uğradığını iddia ettiği her türlü mağduriyetin, ilgili şikâyet ne derece mesnetsiz olursa olsun, iç hukukta bir başvuru yolu bulunmasını zorunlu kıldığı sonucu çıkarılamaz: söz konusu mağduriyet Sözleşme kapsamında tartışılabilir bir mağduriyet olmalıdır (en yakın tarihli karar için bkz. 26 Mart 1987 tarihli Leander davası kararı, Seri A No. 116, s. 29, paragraf 77, a bendi).

[...]

Mahkeme, tartışılabilir olma kavramını soyut biçimde tanımlamak zorunda olduğunu düşünmemektedir. Mahkeme daha ziyade, 13. Madde kapsamında dile getirilen bir şikâyete temel oluşturan her ihlâl iddiasının tartışılabilir olup olmadığının, gündeme getirilen olgular ve ilgili hukuki konunun niteliği ışığında kararlaştırılması gerektiği ve eğer tartışılabilir ise de 13. Madde'deki gereklerle uyulup uyulmamış olduğunun belirlenmesi gerektiği görüşündedir.

AİHM, 12 Şubat 1990 tarihli Powell ve Rayner–Birleşik Krallık davası kararında (Seri A No. 172, s. 14-15, paragraf 33), "tartışılabilir" (13. Madde, ulusal hukukta başvuru yolu) ve "açık biçimde dayanaktan yoksun" (27. Madde, 2. fıkra, AİHS usulleri) kavramları arasındaki ilişki hakkında bir açıklama yapmıştır ve bu iki kavramın birbiriyle uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir:

Mahkeme'nin Boyle ve Rice davası kararında da belirttiği gibi, "sözcüklerin olağan anlamları göz önüne alındığında, "açık biçimde dayanaktan yoksun" bir iddianın nasıl olup da aynı zamanda 'tartışılabilir' olduğunu ya da aynı şekilde bunun tersinin nasıl geçerli olabileceğini kavramak mümkün değildir" (a.g.y., s. 24, paragraf 54). Ayrıca, 13. ve 27. Maddeler kendi kapsamları dahilinde aynı Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak hukuki başvuru yollarının açık tutulmasını sağlamayı amaçlarlar. 13. Madde eğer 27. Madde'nin 2. fıkrasına göre esas bakımından uluslararası düzeyde

incelemeye alınamayacak kadar zayıf bulunan bir mağduriyet için bile ulusal hukukta “etkili hukuk yolunun” mevcut olmasını gerektirir biçimde yorumlanacak olursa, bu iki ayaklı infaz sistemindeki tutarlılık bozulmuş olacaktır. Komisyon, 27. Madde’nin 2. fıkrasına göre bir iddianın “açık biçimde dayanaktan yoksun” olduğu sonucuna varmak için içtihadında hangi eşiği belirlediyse, ilke olarak aynı değerlendirme eşiğini 13. Madde’de yer alan ve buna paralel olan “tartışılabilirlik” kavramı için de uygulamalıdır.

2. 13. Maddenin uygulanmasının sınırları

AİHM, bir şikâyetle ilgili olarak yargı yoluna başvuru konusunu başka bir madde kapsamında ele almışsa, aynı şikâyet için bu hususun 13. Madde ışığında da değerlendirilmesinin uygun olmayacağı görüşündedir. AİHM, Foti ve Diğerleri–İtalya davasında (10 Aralık 1982, Seri A No. 56, s. 24, paragraf 78) aşağıdaki tespitte bulunmuştur:

Komisyon gibi (bkz. raporun 151. paragrafı) Mahkeme de, başvurucuların bu meseleyi takip etmemiş olmaları ve Sözleşme’nin 6. Madde 1. fıkrası bakımından ihlâl sonucuna ulaşılmış olması nedeniyle Sözleşme’nin 13. Maddesi açısından incelemeyi gerekli görmemiştir.

Bir başka örnek için bkz. Eylül 1994 tarihli Hentrich–Fransa kararı Seri A No. 296-A, s. 24, paragraf 65:

Mahkeme, 6. Madde 1. fıkrası ışığında almış olduğu karar dolayısıyla ilgili davayı Sözleşme’nin 13. Maddesi kapsamında ele almayı gereksiz görmektedir, zira 13. Madde’de yer alan hükmün öngördüğü gereklilikler 6. Madde 1. fıkradan daha az katıdır ve 6. Madde 1. fıkranın kapsamına dahildir (diğer kararların yanı sıra bkz. 27 Ekim 1987 tarihli Pudas–İsveç davası kararı, Seri A No. 125-A, s. 17, paragraf 43).

AİHM, X. ve Y.–Hollanda davası kararında (26 Mart 1985, Seri A No. 91, s. 15, paragraf 36) da benzer şekilde şu yorumu yapmıştır:

Mahkeme, daha önce 8. Madde bağlamında Bayan Y için yargı yolu sağlayan uygun bir vasitanın mevcut olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, bu tür vasıtaların bulunmamasının kendisini 8. Maddenin ihlâli sonucuna götüren faktörlerden biri olduğunu tespit etmiştir.

Hal böyleyken, Mahkeme aynı meseleyi bir de 13. Madde bakımından incelemeyi gerekli görmemektedir.

Ancak, Kudla-Polonya davası kararında (26 Ekim 2000, Başvuru No. 30210/96, paragraf 146-149, 152 ve 156) da görüleceği üzere, AİHM’nin yaklaşımında bir miktar değişiklik olmuştur:

Mahkeme, 6. Madde'nin 1. fıkrasına göre ihlâl tespit ettiği geçmişteki pek çok davada aynı şikâyetle bağlantılı olarak ayrıca 13. Madde kapsamında da değerlendirme yapmayı gereksiz görmüştür. Bu görüş çoğu kez, 6. Madde 1. fıkrası kapsamında 13. Madde'ye ilişkin bir özel kanunun (lex specialis) mevcut olduğu düşüncesinden kaynaklanmıştır.

Dolayısıyla, bireyin gündeme getirdiği Sözleşme'de sabit olan hak ulusal hukukta tanınan bir "medeni hak" (örneğin mülkiyet hakkı gibi) olmakla birlikte, 6. Madde 1. fıkranın getirdiği koruma da geçerli olacaktır (örneğin bkz. 23 Eylül 1982 tarihli Sporong ve Lönnroth–İsveç davası kararı, Seri A No. 52, s. 31-32, paragraf 88). Bu gibi durumlarda, 6. Madde 1. fıkrada yer alan ve tam teşekküllü bir hukuk sürecini öngören teminatlar 13. Madde'deki teminatlardan daha katıdır ve onları da içerir (örneğin bkz. yukarıda belirtilen Brulla Gómez de la Torre davası kararı, s. 2957, paragraf 41).

Mahkeme, başvurunun mağduriyetinin hem 6. Madde 1. fıkranın "cezai" başlığı hem de 13. Madde çerçevesinde, mevcut bir istinaf ya da temyiz usulüne tâbi tutulmuş olduğu durumlarda da benzer bir mantık uygulamıştır (bkz. 19 Aralık 1989 tarihli Kamasinski–Avusturya davası kararı, Seri A No. 168, s. 45-46, paragraf 110 – Yüksek Mahkeme nezdindeki butlan davası bağlamında).

Bu tür davalarda aynı şikâyet konusunu 13. Madde'nin daha az katı olan şartları ışığında yeniden değerlendirmek hukuki açıdan bir yarar sağlamaz.

Ancak, başvurunun Sözleşme'nin ihlâli iddiasıyla "bir ulusal makam" nezdinde dile getirmeye çalıştığı şikâyetin 6. Madde 1. fıkrasına göre makul sürede yargılanma hakkının ihlâliyle ilgili olduğu mevcut davada bir örtüşme, dolayısıyla ihtiva etme durumu söz konusu değildir. Belirli bir davada başvurunun medeni hak ve yükümlülükler ya da bir suç isnadına dair karar verilmesine ilişkin olarak makul süre zarfında yargılanma hakkını kullanıp kullanmamış olması, ulusal mevzuatta kendisine bu hususta şikâyette bulunabileceği etkili hukuki başvuru yolu sağlanıp sağlanmamış olmasından, hukuki anlamda ayrı bir konudur. Mevcut davada 6. Madde 1. fıkrası ışığında kararlaştırılması gereken husus, yani "mahkemeler" konusu, başvurucuya yöneltilen suç isnadı idi. Oysa başvurunun bir "ulusal makamın" 13. Madde kapsamında incelemesini istediği şikâyet, yargılama süresinin makul olmasıyla ilgiliydi, yani ayrı bir husustu.

Mahkeme geçmişteki benzer davalarda, 6. Madde 1. fıkrada yer alan "makul süre" koşulunun ihlâlini tespit ettiği durumlarda aynı zamanda 13. Maddede öngörülen etkili başvuru yolunun yokluğuna ilişkin bir şikâyet de diğer iddiaya eşlik ediyorsa, bu ikincisi için değerlendirme yapmayı reddetmiştir (diğer

örneklerin yanı sıra bkz. yukarıda belirtilen kararlar: Pizzetti, s. 37, paragraf 21; Bouilly, paragraf 27; ve Giuseppe Tripodi, paragraf 15).

Mahkeme, yalnızca ya da ağırlıklı olarak makul sürede mahkemeye çıkarılmaktan dolayı 6. Madde 1. fıkranın ihlâl edildiği iddiasıyla kendisine yapılan ve zaman içinde devam etmekte olan başvurularla ilgili içtihadını gözden geçirmesinin zamanının geldiği görüşündedir.

Bu alanda ihlâl tespitinin giderek daha sık gerçekleşmesi sonucunda Mahkeme kısa süre önce, “yargı hizmetlerinde aşırı gecikmelerin” olduğu ve “bu konuda davacıların ülkelerinde hukuki başvuru yollarının kapalı olduğu” durumlarda, ulusal hukuk sistemlerinde hukukun üstünlüğüne yönelik “önemli bir tehlikenin” varlığına dikkat çekmiştir (örneğin bkz. Bottazzi–İtalya [BD], No. 34884/97, paragraf 22, AİHS 1999-V; Di Mauro–İtalya [BD], No. 34256/96, paragraf 23, ECHR 1999-V; A.S.–İtalya [BD], No. 35265/97, paragraf 18, 28 Temmuz 1999, henüz rapor edilmemiştir; ve Ferrari–İtalya [BD], No. 33440/96, paragraf 21, 28 Temmuz 1999, henüz rapor edilmemiştir).

Mahkeme bu çerçevede, başvuruçunun makul süre zarfında yargılanmaması nedeniyle 6. Madde 1. fıkranın ihlâlini tespit etmiş olmasına bakmaksızın ve bundan bağımsız olarak, başvuruçunun şikâyetini 13. Madde ışığında değerlendirmenin gerekli olduğu görüşündedir.

[...]

13. Madde'nin amacı [bkz. Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi “Hazırlık Çalışmaları” Derleme Baskısı), cilt II, s. 485 ve 490, ve cilt III, s. 651'den de anlaşılacağı üzere], bireylerin, Sözleşme'de belirtilen haklarının ihlâl edildiği durumlarda konuyu Mahkeme'ye getirerek uluslararası mekanizmayı işletmeden önce, ulusal düzeyde çare arayabilecekleri vasıtaların mevcut olmasını sağlamaktır. Bu açıdan bakıldığında, eğer Sözleşme'den kaynaklanan iddiayı ulusal bir makama havale etmek mümkün değilse, bir bireyin makul sürede yargılanma hakkının etkinlik derecesi azalacaktır. Ayrıca, 13. Maddede öngörülen koşullar, bireylerin hukuki işlemlerde haddinden fazla gecikmelere maruz bırakılmamaları yönünde 6. Madde 1. fıkrada öngörülen genel yükümlülüğe dahil olmaktan ziyade, bu fıkra hükümlerini pekiştirir niteliktedir.

[...]

Mahkeme'ye göre, yukarıdaki görüşler ışığında 13. Madde'nin doğru yorumlanması, bu Madde hükmünün, makul sürede yargılanma yönünde 6. Madde 1. fıkrada öngörülen şartın ihlâli iddialarında bir ulusal makama etkin başvuru yolunu teminat altına aldığı yönünde olmalıdır.

AİHS 14. Madde – Ayrımcılık yasağı

14. Maddede şu ifade yer almaktadır:

Bu Sözleşme’de 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.

14. Madde, içerdiği ifade itibarıyla özerk bir nitelikte değildir. AİHM, bu Maddenin mutlak bir kapsamı olmadığını bildirmiştir.

Ancak, bu Maddenin çok sayıda uygulama örneği vardır.

1. 14. Madde’nin özellikleri

14. Madde’nin özerk olmama niteliği

Öncelikle, 14. Madde’nin özerk olmama niteliğine işaret etmek gerekir: Bu Madde, AİHS’nin bir başka maddesiyle bir arada ele alınmadıkça uygulanamaz. Rasmussen–Danimarka davasında (28 Kasım 1984, Seri A No. 87, s. 12, paragraf 29) şu husus açıkça belirtilmiştir:

14. Madde, Sözleşme’nin ve Protokoller’in bağımsız hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir. Yalnızca bu hükümlerde teminat altına alınan “hak ve özgürlüklerden yararlanma” bağlamında yürürlüğe girdiğinden, tek başına uygulama alanı yoktur. [...] söz konusu olgular diğer bu hükümlerden en az birinin kapsamına dahil olmadığı sürece uygulanamaz (diğer kararların yanı sıra, bkz. 23 Kasım 1983 tarihli Van der Mussele kararı, Seri A No. 70, s. 22, paragraf 43).

Ne var ki 14. Madde, AİHS’nin bir başka maddesiyle bir arada ele alındığında gündeme gelir. AİHM, Petrović–Avusturya davası kararında (27 Mart 1998, Başvuru No. 20458/92, Reports 1998-I, paragraf 28) bu noktaya işaret etmiştir:

Mahkeme’nin bugüne kadar pek çok vesileyle belirttiği gibi 14. Madde, “mağduriyetin konusu [...] teminat altına alınan bir haktan yararlanma yollarından biri ise” (bkz. 27 Ekim 1975 tarihli Belçika Ulusal Polis Sendikası–Belçika davası kararı, Seri A No. 19, s. 20, paragraf 45) ya da şikâyet konusu tasarruf “teminat altına alınmış bir hakkın kullanılmasıyla” bağlantılıysa (bkz. 6 Şubat 1976 tarihli Schmidt ve Dahlström–İsveç davası kararı, Seri A No. 21, s. 17, paragraf 39) gündeme getirilir.

Ancak, şu nokta gözden kaçmamalıdır: 14. Madde'nin dikkate alınması için, AİHM önündeki itiraz konusu tasarrufun AİHS'te teminat altına alınan haklardan birini ihlâl etmesi gerekmez. Söz konusu tasarruf AİHS'nin bir ya da daha fazla maddesiyle uyum içinde olsa bile, ayrımcılık konusu tartışılabilir olduğu müddetçe, 14. Madde ilgili diğer maddeyle birlikte şikâyet gerekçesine konu olabilir. 14. Maddenin diğer hükümlerden biriyle bağlantılı olarak ihlâl edilmiş olması ihtimalinin varlığı yeterlidir. AİHM bu noktayı daha önce Belçika'daki eğitim dili davasında dile getirmiştir. Belçika Ulusal Polis Sendikası davası kararında ise bu husus daha açık biçimde ifade edilmiştir (27 Ekim 1975 tarihli karar, Seri A No. 19, s. 19, paragraf 44):

Her ne kadar Mahkeme, 11. Madde 1. fıkranın ihlâl edilmediğine kanaat getirdiyse de, başvuru sendikanın şikâyetçi olduğu farklı muamelenin, birlikte ele alınmaları halinde 11. ve 14. Maddelere aykırı olup olmadığı hakkında karar vermek durumundadır. Sözleşme'nin 14. Maddesi tek başına ele alınamamakla birlikte, bu madde Sözleşme'de ve Protokoller'de bulunan normatif hükümleri tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşme'nin 14. Maddesi, benzer koşullardaki birey ve grupları, Sözleşme'de ve Protokoller'de belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımcılığa karşı korumaktadır. Tek başına ele alındığında, bir hak ve özgürlük hakkında hükümler bulunan bir maddenin koşullarına uygun bulunan bir tasarruf, 14. Madde'yle birlikte ele alındığında ayrımcı bir niteliğe sahip olması nedeniyle normatif hükümlere aykırı olabilir. 14. Madde bir bakıma, nitelikleri ne olursa olsun hak ve özgürlükleri ortaya koyan her bir maddenin bütünüleyici parçasını teşkil eder (Belçika'da dillerin eğitimde kullanılmasına ilişkin kanunların bazı yönlerini ele alan dava, 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri A No. 6, s. 33-34, paragraf 9).

Bu tespitler, bir hakkın Sözleşme'de yer aldığı ancak Devletin yükümlülüğünün açıkça tanımlanmadığı hallerde özellikle uygulanır; bu durumun sonucunda Devlet, bu hakkın kullanılmasını mümkün ve etkili kılacak vasıtaları seçme yolunda daha fazla olanağa sahip olur.

14. Madde'nin mutlak olmama özelliği

AİHM, yukarıda belirtilen Belçika'da eğitim dili davasında 14. Madde'nin bütün farklı muameleleri yasaklamadığına işaret etmiştir (23 Temmuz 1968, Seri A No. 6, s. 33-34, "Mahkeme'nin yorumu" başlıklı bölüm, 10. paragraf):

Sözleşme'nin Fransızca metninde kullanılan son derece genel ifade şekline rağmen ("sans distinction aucune"), 14. Madde tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına ilişkin farklı muamelelerin tamamını yasaklamaz. Bu versiyon, daha kısıtlayıcı mahiyetteki İngilizce metin ("without discrimination" -

“hiçbir ayrımcılık yapılmadan”) ışığında okunmalıdır. Ayrıca, özellikle 14. Madde, Fransızca versiyondan anlaşıldığı şekilde geniş bir yorumlamaya tâbi tutulacak olursa, saçma sonuçlar ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, herkese hak ve özgürlüklerden yararlanmada tam bir eşit muamele hakkı tanımayan hukuki ya da idari hükümler Sözleşme’ye aykırı biçimde yorumlanabilecektir. Yetkili ulusal makamlar, farklı özellikleri sebebiyle farklı hukuki çözümler gerektiren durum ve sorunlarla sık sık karşılaşmaktadır. Ayrıca, kimi hukuki eşitsizlikler, yalnızca fiili bazı eşitsizlikleri düzeltmeyi amaçlar. Sonuç olarak, yukarıda söz edilen geniş kapsamlı yorum kabul edilemez.

AİHM, Lithgow ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararında (8 Temmuz 1986, Seri A No. 102, s. 66-67, paragraf 177) bir tasarrufun ayrımcı olup olmadığını tespitinde kullandığı ölçütleri ve attığı adımları hatırlatmıştır:

[14. Madde] “benzer durumdaki” kişileri (tüzel kişiler de dahil olmak üzere) farklı muameleye karşı korur. 14. Madde bağlamında farklı muamele, “bir amacı ve haklı gösterilebilir makul bir nedeni” yoksa, yani “meşru bir amaca” hizmet etmiyorsa ya da “başvurulan vasıtalarla ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi” yoksa ayrımcı nitelik taşıy (muhtelif kararlar arasında bkz. 28 Kasım 1984 tarihli karar, Seri A No. 87, s. 13, paragraf 35 ve s. 14, paragraf 38). Ayrıca, benzer durumlarda görülen farklılıkların kanunen farklı muameleyi haklı gösterip göstermeyeceğinin ve bunun derecesinin ne olacağına değerlendirilmesi konusunda Sözleşmeciler Devletlere Rasmussen kararından yola çıkılarak belirli bir takdir hakkı tanınmıştır. Bu hakkın kapsamı ortama, konuya ve ortaya çıktığı koşullara bağlı olarak değişkenlik gösterir (a.g.e., s. 15, paragraf 40).

(Ayrıca bkz. 27 Haziran 2000 tarihli Cha’are Shalom ve Tsedek–Fransa davası kararı, Başvuru No. 27417/95, paragraf 85-88; ve 18 Şubat 1999 tarihli Larkos–Kıbrıs davası kararı, Reports 1999-I, paragraf 22-32.)

Başvurucunun İngiltere ve Galler’de terörle mücadele kanunları uyarınca yakalanan ve gözaltına alınan zanlıların hemen bir avukata başvurabildiklerini ve sorgulanma esnasında avukatlarının hazır bulunabildiğini iddia ettiği Magee–Birleşik Krallık (6 Haziran 2000, Başvuru No. 28135/95, paragraf 50) davası da sözü edilmesi gereken bir başka örnektir. Ayrıca olayın geçtiği tarihte, yakalanmış bir kişinin sorgulanması sırasında sessiz kaldığı durumlarda bundan onun aleyhine sonuç çıkarılamazken, 1988 tarihli Karar uyarınca Kuzey İrlanda’da durum bunun tersi yöneydi. AİHM şunları belirtmiştir:

Mahkeme 14. Madde’nin, Sözleşme’de ve Protokolleri’nde tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında benzer durumdaki kişileri ayrımcı muameleye karşı koruduğunu hatırlatır. Bu bağlamda Mahkeme, Birleşik Krallık’ı oluşturan

farklı bölgelerde mevzuatın ele alınışının değişkenlikler gösterebildiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla, bir bireyin kanunlarda yer alan bir haktan yararlanma talebinde bulunup bulunamayacağı, söz konusu mevzuatın coğrafi kapsamına ve o tarihte söz konusu bireyin nerede bulunduğuna bağlı olabilir. 1988 tarihli Karara ve İngiltere ve Galler mevzuatına göre, gözaltına alınan zanlılara başvurunun söz konusu ettiği konularda farklı muamele mevcut olduğu sürece Mahkeme açısından, bu farklı muamele, ulusal köken ya da bir azınlığa mensup olmak vb. bir kişisel özelliğe dayanarak değil, bireyin yakalanıp gözaltına alındığı bölgeye dayanarak açıklanır. Bu ilke, mevzuatın bölgesel farkları ve nesnel ve makul nitelikteki özellikleri dikkate alabilmesine olanak tanır. Bu davada böyle bir fark, Sözleşme'nin 14. Maddesi anlamında ayrımcı bir muamele teşkil etmez.

14. Madde ve “pozitif ayrımcılık”

Thlimmenos–Yunanistan davasında (6 Nisan 2000, Başvuru No. 34639/97, paragraf 39, 41-42 ve 44-49) AIHM, geçmişte dini inançları dolayısıyla askerlik hizmetini ifa etmeyi reddettiği için hüküm giymiş bir kişinin yeminli mali müşavirlik mesleğini icra etmesine izin verilmemesi konusunda hüküm vermiştir. AIHM, konuyu 9. Madde'yi 14. Madde'yle birlikte ele alarak incelemiş ve şu sonuca varmıştır:

Başvurucu, askeri üniformayı giymeyi reddetmesi üzerine itaatsizlik suçundan hüküm giymiş olduğu için yeminli mali müşavirlik yapmasına izin verilmemiştir. Dolayısıyla, sabıkalı olması nedeniyle, bu iş için başvurmuş olan diğer insanlara kıyasla farklı muamele görmüştür. Mahkeme, meslek özgürlüğü hakkının Sözleşme'de teminat altına alınmaması nedeniyle, bir mesleğe mensup olabileme şeklindeki bu durumda söz konusu olan farklı muamelenin genel olarak 14. Madde kapsamına girmeyeceği görüşündedir.

Ancak başvuru, meslek mensubu olmaya ilişkin kurallarda sabıkası olan ve olmayan kişiler şeklinde bir ayrıma gidilmesinden şikâyet etmemektedir. Başvurucunun şikâyeti bundan ziyade, ilgili kanunun uygulanmasında münhasıran dini inançları nedeniyle işledikleri suçlardan hüküm giymiş kişilerle diğer suçlardan hüküm giymiş kişiler arasında fark gözetilmemesi nedeniyle- dir. Bu bağlamda Mahkeme, başvurunun Yehova Şahitleri adında pasifist bir dini grubun mensubu olduğunu ve dosyasında kendisinin askerlik yapmayı reddetmesinin tek nedeninin dininin bunu yasaklaması olduğu yönündeki iddiasını çürütecek hiçbir veri olmadığını tespit etmiştir. Başvurucu argümanında esasen şu fikri savunmaktadır: Sözleşme'nin 9. Maddesi'nin teminat altına aldığı din özgürlüğünden yararlanmak konusunda kendisine ayrımcılık yapılmıştır; zira, her ne kadar kendisinin mahkumiyeti din özgürlüğünden yararlanmasından kaynaklanmışsa da kendisine ağır bir cürümden hüküm

giymiş kişilerle aynı muamele yapılmıştır. Meseleye bu açıdan bakan Mahkeme, başvurunun şikâyetine konu olan “olguların” (her ne kadar kendisinin geçmişteki mahkumiyeti dini inançlarından kaynaklandıysa da, yeminli mali müşavirlikle görevlendirilmesi konusunda, ağır bir suçtan hüküm giymiş kişilerle aynı mumaleye tâbi tutulması) “Sözleşme hükümleri kapsamına girdiğine” kanaat getirmiştir. Bu hüküm 9. Madde’de yer almaktadır.

Mahkeme bugüne kadar, 14. Madde’de yer alan ve Sözleşme’nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkının, Devletlerin benzer durumdaki farklı kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele ettiği durumlarda ihlâl edildiğini düşünmüştür (bkz. yukarıda belirtilen Inze davası kararı, s. 18, paragraf 41). Ancak Mahkeme, 14. Madde’deki ayrımcılık yasağının bundan ibaret olmadığı görüşündedir. Sözleşme’nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkı ayrıca, Devletlerin önemli ölçüde farklı durumdaki kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele etmediği durumlarda da ihlâl edilir.

Bu durumda, başvurunun şikâyeti Sözleşme’nin 14. Maddesini ilgilendirmektedir ve bu dava bağlamında Sözleşme’nin 9. Maddesi’yle birlikte ele alınmalıdır.

Yanıtlanması gereken bir sonraki soru, Sözleşme’nin 14. Maddesine uyulup uyulmadığıdır. Mahkeme’nin, kendi içtihadına dayanarak, başvurucuya ağır suçtan hüküm giymiş diğer kişilerden farklı muamele edilmesinin meşru bir amaca hizmet edip etmediğini incelemesi gerekecektir. Eğer böyle bir amaca hizmet ettiyse de bu durumda Mahkeme, başvuru yöntemleriyle ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık olup olmadığına bakacaktır (bkz. yukarıda belirtilen Inze kararı, a.g.e.).

Başvurunun asker üniforması giymeyi reddetmek suçundan hapis yattığı [...] Mahkeme tarafından bilinmektedir. Mahkeme, bu koşullarda başvurucuya bir müeyyide daha uygulanmasının orantısız olduğu görüşündedir. Dolayısıyla, başvurunun yeminli mali müşavirlik yapmasına izin verilmesi, meşru bir amaca hizmet etmemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurunun ağır suçtan hüküm giymiş kişilerle farklı muameleye tâbi tutulmamasının hiçbir nesnel ve makul gerekçesi olmadığına karar vermiştir.

[...] Mahkeme, bazen ulusal mevzuatın doğrudan Sözleşme’yi ihlâl eder nitelikte olabileceği ihtimalini hiçbir zaman gözardı etmemiştir (diğer kararların yanı sıra, bkz. Chassagnou ve Diğerleri–Fransa [BD], No. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, ECHR 1999-III). Bu davada Mahkeme, başvurunun Sözleşme’nin 9. Maddesindeki hakkını kullanırken ayrımcılığa maruz kalmama

yönündeki hakkını ihlâl eden mevzuatın Devlet tarafından yürürlüğe konmuş olduğunu göz önüne almıştır.

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 9. Maddesi'yle birlikte ele alındığında 14. Madde'nin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

2. 14. Madde'nin uygulanmasına ilişkin örnekler

Bazı davalarda AİHM, Sözleşme'nin bir maddesinin ihlâl edildiğine kanaat getirdikten sonra konunun 14. Madde açısından ele alınmasını uygun bulmaz. Bu tür davaların haricinde başlıca iki karar kategorisinden söz edilebilir: farklı muamelenin ayrımcılık olduğunun tespit edildiği ve farklı muamelenin kabul edilebilir olduğu durumlar.

Ayrımcılığa yönelik fark gözeten muamele

Aile meselelerinde

Mahkeme, Hoffmann–Avusturya davası kararında (23 Haziran 1993, Seri A No. 255-C, s. 59-60, paragraf 33 ve 36), Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin Yehova Şahidi olduğu için bir anneye velâyet hakkı vermeme kararının 14. Madde'yi ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin tespitine göre:

[...] farklı muamele söz konusu olmuştur ve [...] bu fark din sebebiyledir; bu durum, başvurunun dini inancının pratikte ortaya çıkarabileceği sonuçlarla ilgili olarak Yüksek Mahkeme'nin dile getirdiği mülâhazalarının tarz ve ifade biçiminden de anlaşılmaktadır.

[...]

Bu bağlamda, Avusturya'da 1 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe giren 7 No.'lu Protokol'ün 5. Maddesi'ne atıfta bulunulabilir: Her ne kadar mevcut davada sözü edilmemişse de bu maddede, diğer hususların yanı sıra, velâyet hakları alanında eşlerin temelde eşit oldukları ve bu tür durumlarda çocukların çıkarlarının önceliği olduğu açıkça belirtilmiştir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi kararını Çocukların Din Eğitimine İlişkin Federal Kanun'a dayandırmamış ve davaya konu olan unsurları, gerekçelerini psikolojik uzman görüşleriyle destekleyen aşağıdaki mahkemelerden farklı şekilde değerlendirmiştir. Aksi yöndeki muhtemel argümanlara bakılmaksızın, temelde din farkına dayanan bir ayırım kabul edilemez.

Bu nedenle Mahkeme, başvuru yöntemlerle gözetilen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığı görüşündedir; dolayısıyla 14. Madde'yle birlikte göz önüne alındığında 8. Madde ihlâl edilmiştir.

Salgueiro Da Silva Mouta–Portekiz davasında (21 Aralık 1999, Başvuru No. 33290/96, paragraf 34-36) başvuru, çocuğun velâyeti konusunda ulusal mahkemenin verdiği kararda cinsel tercihi nedeniyle ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. AİHM aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir:

[...] Temyiz Mahkemesi [...] başvuruçunun eşcinsel (bir erkek) olduğu ve bir erkekle yaşadığı gerçeğini göz önüne alarak “Çocuk [...] geleneksel bir Portekiz aile ortamında yaşmalıdır” tespitinde bulunmuş ve “Buradaki görevimiz eşcinselliğin bir hastalık olup olmadığını ya da aynı cinsiyetten insanlara ilgi duymak anlamına gelip gelmediğini belirlemek değildir. Her iki durumda da homoseksüellik normalin dışında bir durumdur ve çocuklar anormal durumların gölgesinde büyümemelidir” (a.g.e.) şeklinde görüş bildirmiştir.

Mahkeme, söz konusu karardan alınan yukarıdaki ifadelerin Portekiz hükümetinin ileri sürdüğü gibi patavatsızca sarfedilmiş ya da talihsiz ifadeler veya sadece davada bağlayıcılığı olmayacak şekilde hâkim tarafından belirtilen ayrıntılardan (obiter dicta) ibaret olmayıp, aynı zamanda başvuruçunun eşcinselliğinin nihai kararda belirleyici bir unsur da olduğu görüşündedir. Temyiz Mahkemesi’nin başvuruçunun çocuğunu görme hakkıyla ilgili kararı verirken, çocuğun, babasının bir başka erkekle “karı-koca hayatına benzer koşullarda” yaşadığını fark etmesine yol açabilecek davranışlardan kaçınması için başvuruçuyu uyarış olması da bu sonucu desteklemektedir” (a.g.e.).

Dolayısıyla Mahkeme, yukarıdakilerin ışığında, Temyiz Mahkemesi’nin başvuruçunun cinsel tercihinin dayanarak Sözleşme’ye göre kabul edilemez bir biçimde ayrımcılık yaptığı sonucuna varmıştır (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Hoffmann davası kararı, s. 60, paragraf 36).

Bu durumda AİHM, başvuru yöntemleri ulaşılmaya çalışılan amaçlar arasında bir orantılılık tespit edememiş, dolayısıyla 14. Madde’yle birlikte ele alındığında 8. Madde’nin ihlâl edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Çocukları görme hakkıyla ilgili olarak biyolojik babalarla boşanmış babalara yönelik farklı muamele için bkz. 11 Ekim 2001 tarihli Sommerfeld–Almanya davası kararı, Başvuru No. 31871/96.

İlgili unsurların yukarıda 8. Madde ışığında ele alındığı Burghartz–İsviçre davasında (22 Şubat 1994, Seri A No. 280-B, s. 29-30, paragraf, s. 27-29) AİHM, istediği soyadı alma konusunda karı ve koca arasında ayrım güdülmesini yanlış bulmuştur:

[...] cinsiyetler arası eşitliğin yaygınlaştırılması günümüzde üye Devletlerde önemli bir hedeftir. Bu da salt cinsiyet zeminine oturtularak gerçekleştirilen bir farklı muamelenin Sözleşme’ye uygun addedilebilmesi için çok önemli nedenlerin söz konusu olması gerektiği anlamına gelir (en yakın tarihli karar için bkz.

24 Haziran 1993 tarihli Schuler-Zraggen–İsviçre davası kararı, Seri A No. 263, s. 21-22, paragraf 67).

Hükümet şikâyete konu olan sistemi desteklemek üzere öncelikle, İsviçre'de kanun koyucunun aile birliğinin tek bir soyadıyla temsil edilmesi gerektiği yönündeki görüşünü ortaya koymuştur. Kocanın karısının soyadıyla kendi soyadını birleştirmesi ve bunun ortak aile soyadı olarak kullanılması durumunda Medeni Kanun'da yer verilen ve bunun tersi olan duruma kıyasla aile birliği daha az temsil edilmeyeceğinden, Mahkeme bu savı ikna edici bulmamıştır.

İkinci olarak, burada gerçek bir geleneğin söz konusu olduğu söylenemez. Başvurucunun yararlanmaya çalıştığı haktan evli kadınlar yalnızca 1984 yılından bu yana yararlanmaktadır. Her durumda, Sözleşme ayrımcılığın önlenmesi ilkesinin önemi ve bugünün koşulları ışığında yorumlanmalıdır.

Dahası, eşlerin aile soyadı olarak hangi eşin soyadını tercih ettikleri fark etmez. Hükümetin iddia ettiğinin aksine, soyadı tercihi kadına kıyasla koca açısından daha önemlidir denilemez. Dolayısıyla, kadın ya da erkekten hangisinin soyadının aile soyadı olarak tercih edildiğinin farklı sonuçlar doğuracağı savunulamaz.

Çift soyadı kullanımı ya da diğer resmî olmayan kullanım vb. türlerine gelince; Federal Mahkeme bu tür kullanımları, kişinin resmi evrakında yer alabilecek tek soyadı olan resmî soyadından ayrı tutmaktadır. Bu nedenle bu tür kullanımlar resmî soyadı kullanımı addedilemez.

Sonuç olarak, şikâyete konu olan farklı muamele nesnel ve makul bir dayanakta yoksun olduğundan 8. Maddeyle birlikte ele alındığında 14. Maddeyi ihlâl etmektedir.

Verasetle ilgili olarak şu kararlardan yararlanılabilir: 13 Haziran 1979 tarihli Marckx–Belçika kararı, Seri A No. 31, s 24, paragraf 54; 29 Kasım 1991 tarihli Vermeire–Belçika kararı, Seri A No. 214-C, s. 83, paragraf 28; 3 Ekim 2000 tarihli Camp ve Bourimi–Hollanda kararı, Başvuru No. 28369/95, paragraf 30-39. Biri evlilik dışı, diğeri gayri meşru ilişkiden doğan iki çocuğun farklı muameleye tâbi olmasıyla ilgili olarak bkz. Mazurek–Fransa kararı (1 Şubat 2000, Başvuru No. 34406/97, paragraf 54-55):

Mahkeme'ye sunulan tek konu biri evlilik dışı ilişkiden, diğeri de gayri meşru ilişkiden doğan iki çocuğun annelerinin mirasından nasıl yararlanacaklarıyla ilgilidir. Mahkeme bu davada, evlilik dışı ilişkiden doğmuş olmaya dayandırılarak ayrımcılık yapılamayacağı görüşündedir. Her durumda, gayri meşru ilişki sonucu doğmuş bir çocuk kendisinin sorumlu olmadığı koşullar nedeniyle suçlanamaz. Söz konusu mülkün paylaşılmasında başvurucunun,

gayri meşru ilişkiden doğmuş çocuk olma statüsü dolayısıyla cezalandırılmış olması, inkâr edilemez bir gerçektir.

Yukarıdaki tüm bu unsurlar ışığında Mahkeme, başvuru yöntemlerle ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu nedenle de Sözleşme'nin 14. Maddesi'yle bir arada ele alındığında 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Doğum izni müessesesiyle ilgili olarak bkz. Petrovic–Avusturya davası kararı (27 Mart 1998, Başvuru No. 20458/92, Reports 1998-I, paragraf 30-43).

Diğer konular

Karlheinz-Schmidt – Almanya davasında (18 Temmuz 1994, Seri A No. 291-B, s. 33, paragraf 28), yalnızca erkeklerin itfaiye teşkilâtında çalışmak ya da bunun yerine maddî bir bedel ödemek zorunda olmalarıyla ilgili olarak Mahkeme şu yönde görüş bildirmiştir:

İtfaiye teşkilâtında zorunlu hizmet konusunda kadınlarla erkeklere farklı davranılması konusunda günümüzde bir fark olup olamayacağından bağımsız olarak, mevcut davada nihai olarak belirleyici olan, böyle bir hizmette bulunma yükümlülüğünün münhasıran hukuki ve teorik bir mesele olmasıdır. Gönüllü sayısının yeterli olması dolayısıyla uygulamada hiçbir erkek, itfaiyede hizmet etmek zorunda kalmamaktadır. Maddî bedel (kanunen değil, fiilen) telâfi edici niteliğini yitirmiştir ve fiilen ifa edilen yegâne görev haline gelmiştir. Bu tür bir maddî yükün zorunlu kılınmasında cinsiyete dayalı farklı bir muamele savunulamaz.

Gaygusuz–Avusturya davasında (16 Eylül 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, s. 1142-1143, paragraf 42 ve 46-50), başvurucunun tâbiyetine dayanılarak İşsizlik Sigortası Kanununa göre kendisine acil yardım tazminatı verilmişti. Mahkeme öncelikle “salt tâbiyet zeminine oturtularak gerçekleştirilen farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun addedilebilmesi için ağırlıklı nedenlerin söz konusu olması gerektiğini” hatırlatarak aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir:

Mahkeme öncelikle Bay Gaygusuz'un Avusturya'da yasal olarak mukim olduğunu, belirli zamanlarda orada çalıştığını (bkz. yukarıdaki 10. paragraf), işsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşlarıyla aynı hak ve yetkilerle ve aynı temele dayanarak katkı payı ödediğini tespit etmiştir.

Yetkililerin kendisine acil yardım tazminatı vermeyi reddetmelerinin münhasıran başvurucunun 1977 tarihli İşsizlik Sigortası Kanunu 33. Bölüm 2.a bendinde öngörülen şekilde Avusturya vatandaşı olmamasına dayandırıldığı anlaşılmıştır (bkz. yukarıdaki 20. paragraf).

Bunun yanı sıra, başvurucunun söz konusu sosyal yardımı alabilmek için gerekli diğer yasal ön koşullara uymadığına dair bir tespitle bulunulmamıştır. Dolayısıyla başvurucu, söz konusu yardıma hak kazanma bakımından Avusturya vatandaşlarıyla aynı durumdaydı.

1977 tarihli İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 33. ve 34. Bölümlerinde (bkz. yukarıdaki 20. paragraf) vatandaşlık koşuluna bazı istisnalar getirilmiştir; ancak, başvurucu bu istisna kategorilerinin hiçbirinde yer almamaktadır.

Bu nedenlerle Mahkeme, Avusturya Hükümetinin ortaya koyduğu savları ikna edici bulmamıştır. Komisyon gibi Mahkeme de, acil yardım tazminatına hak kazanma konusunda Bay Gaygusuz'un maruz kaldığı şekilde Avusturyalılar'la Avusturyalı olmayanlara farklı şekilde muamele edilmesinin hiçbir "nesnel ve makul gerekçesi" olmadığı görüşündedir.

Avusturya Hükümeti, "farklı muamelenin, Devletin kendi vatandaşlarına yönelik özel sorumlulukları olduğu ve onlara bakması ve ihtiyaçlarını karşılaması gerektiği gerçeğine dayandırıldığı" belirtmişti. Hükümet ayrıca, "İşsizlik Sigortası Kanunu'nun tâbiyet koşuluna belirli istisnalar getirdiğini ve Avusturya Hükümetinin Türk vatandaşlarına acil yardım tazminatı vermek yönünde bir akitten doğan herhangi bir yükümlülüğü olmadığını" da ileri sürmüştü.

Son olarak, Darby–İsveç davasında AİHM, başvurucunun salt resmi ikamet kaydı bulunmadığı gerekçesiyle, Kilise'ye mensup olmayan kişilere İsveç Kilisesi için alınan özel vergi üzerinden sağlanan indirimden yararlanamamasını kınamıştır (Darby davası, 23 Ekim 1990, Seri A No. 187, s. 13, paragraf 32-34):

İlk bakışta bu durum, Dr. Darby'nin, Kilise Mensubu Olmayanlara Yönelik Vergi Kanunu uyarınca vergi indiriminden yararlanabilme hakkı bakımından resmi ikamet kaydı olan ve İsveç Kilisesi'ne mensup olmayan diğer kişilerle benzer bir durumda olduğunu iddia edebileceğini düşündürmektedir.

İkamet kaydı olan ve olmayan kişilere yönelik bu farklı muamelenin amacı bakımından şu unsurlar söz konusudur. Kilise Mensubu Olmayanlara Yönelik Vergi Kanunu'nun çıkarılmasını sağlayan Kanun Tasarısı'na (1951: 175) göre, vergi indirimi hakkının ikamet kaydı olan kişilerle sınırlandırılmasının nedeni; indirime gerekçe teşkil eden unsurların ikamet kaydı olmayan kişiler için de aynı ağırlıkta söz konusu olmaması ve indirimin ikamet kaydı olmayanlara da uygulanması durumunda prosedürün daha karmaşık bir hal alacak olmasıydı (bkz. yukarıdaki 22. paragraf). Şikâyete konu olan vergi kanunu değişikliklerini içeren Kanun Tasarısında (1978/79: 58), bu kanun değişikliklerinin Kilise Mensubu Olmayanlara Yönelik Vergi Kanunu (bkz. yukarıdaki 22. paragraf) uyarınca ikamet kaydı bulunmayan kişiler açısından yaratacağı özel durumundan söz edilmiyordu. Esasen Hükümet, Mahkeme önünde gerçekleşen

celsede, farklı muamelenin meşru bir amacı olduğu iddiasında olmadıklarını ifade etmiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, şikâyeteye konu olan tasarrufun Sözleşme'ye göre herhangi bir meşru amacı olduğu düşünülemez. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 14. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Muamelede ayrımcı olmayan farklar

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali–Birleşik Krallık davasında (28 Mayıs 1985, Seri A No. 94, s. 39-40, paragraf 84-85) AİHM, Birleşik Krallık'taki göç politikasıyla ilgili bir karar vermiştir. Aşağıdaki bölüm Komisyon'un bu konuda vardığı sonuçlardan alınmıştır:

Komisyon oyçokluğuyla, bu başlık altında 14. Maddenin ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Göçmen politikalarının çoğu serbest girişi kısıtlarken, insanları tâbiyetleri ve dolaylı olarak da ırkları, etnik kökenleri ve muhtemelen renklerine göre sınıflandırmaktadır. Bir Sözleşmeci Devlet “tamamen ırkçı bir politika” uygulayamazken, kendi vatandaşlarına ya da çok yakın bağlantılara sahip olduğu ülkelerin vatandaşlarına tercihli muamelede bulunması “ırk ayrımcılığı” oluşturmaz. Irk esasına dayalı fiilen farklı muameleye ilişkin hiçbir delil bulunmadığından, Birleşik Krallık'ta geçerli olan kuralların uygulamada, tasvip edilemez boyutta ırk ayrımcılığına yol açtığı sonucu çıkarılamaz.

Diğer yandan Komisyon'un azınlık görüşüne göre ise, bu kuralların başlıca amacı, İngiliz Milletler Topluluğu ve Pakistan'dan göçü önlemektir. Bu da tesadüfi değildir: Yasama geçmişine bakıldığında niyetin “koyu renkli göçmenlerin sayısını azaltmak” olduğu görülmektedir. Kurallar sonuç ve amaçları itibariyle dolaylı olarak ırkçıdır ve bu nedenle Bayan Abdulaziz ve Bayan Cabales'in davalarında Sözleşme'nin 14. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Mahkeme bu konuda Komisyon'un çoğunluk görüşüne katılmaktadır.

Rasmussen davasında başvuru, babalığın reddi davası açabilmesi için Danimarka kanunlarının kendisine belli bir süre kısıtlaması getirdiği halde, eski eşinin aynı davayı açabilmesi için böyle bir kısıtlamanın olmamasından şikâyetçi olmuştur. AİHM bu davada şu sonuca varmıştır (Rasmussen–İsveç davası, 28 Kasım 1984, Seri A No. 87, s. 15-16, paragraf 41-42):

Mahkeme, davanın şartlarını ve genel arka planını titizlikle incelemiş ve bu konuda yetkili makamlara tanınması gereken takdir payını dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre yetkililer, babalık davası açılmasına süre kısıtlaması getirilmesinin hukuki kesinlik ve çocuğun menfaatlerini koruma amaçlarına hizmet ettiğini düşünmekte haklıdır. Bu bakımdan, şikâyeteye konu olan yasal düzenleme, diğer Sözleşmeci Devletlerin çoğundan ya da halen Danimarka'da

yürürlükte bulunan mevzuattan önemli ölçüde farklı değildir. Bu noktada karı ve kocaya yönelik olarak getirilen farklı muamele, ayrılık ya da boşanma davalarında çocuğun velâyetinin daha ziyade anneye verilmesi sebebiyle annenin menfaatlerinin genellikle çocuğunkilerle örtüşmesinden dolayı, bu tür süre sınırlamalarının erkeğe göre kadın açısından daha az gerekli olduğu düşüncesine dayandırılmıştır.

[...]

Bu durumda Mahkeme, şikâyet konusu farklı muamelenin Sözleşme'nin 14. Maddesi anlamında ayrımcı olmadığı sonucuna varmaktadır.

Belçika Ulusal Polis Sendikası davası kararında (27 Ekim 1975, Seri A No. 19, s. 21-22, paragraf 49) AİHM, müracaat edilecek kurum sayısını azaltmayı amaçlayan bir kararname uyarınca belirli sendikalara müracaat şartı getirilmemiş olmasının 14. Madde'yi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır (yukarıda belirtilen dava, paragraf 49):

Mahkeme, [Kararnamede kullanılan ölçütlerin] bir örnek olması nedeniyle Hükümetin sendikalarla olan ilişkisiyle ilgili olarak uygun bulunduğu tedbirleri alma keyfiyetini aştığı sonucuna varılamayacağı görüşündedir. Mahkeme, başvurunun mağdur olduğu dezavantajlı durumun, Hükümet tarafından izlenen meşru amacın ötesinde olmadığı sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla, orantılılık ilkesi zarar görmemiştir.

Belçika'da eğitim dili davasında, tek dilli bölgelerde genel lisan şartlarına uymayan okulların Devlet tarafından açılarak sübvansede edilmesine hükümetin itiraz edip edemeyeceği sorusu gündeme gelmiştir. AİHM şu şekilde görüş bildirmiştir (Belçika'da eğitim dili davası, 23 Temmuz 1968, Seri A No. 6, s. 44, paragraf 7, birinci sorunun tamamı):

Bu konuda Mahkeme, şikâyete konu olan hükümlerin yalnızca resmi ya da devlet destekli okulları ilgilendirdiğini tespit etmiştir. Bu hükümler, yalnızca Felemenkçe konuşulan bölgede bağımsız Fransızca eğitiminin örgütlenmesine hiçbir biçimde engel oluşturmamaktadır; halihazırda böyle bir örgütlenme, zaten söz konusu bölgede bir ölçüde mevcuttur. Dolayısıyla Mahkeme, Belçika yasama organının bu konuda aldığı tedbirlerin, gözetilen kamu yararına [oranla] (Sözleşme'nin diğer maddeleriyle birlikte okunduğunda) 14. Madde'ye aykırı olacak biçimde ayrımcılık teşkil edecek düzeyde orantısız olmadığı görüşündedir.

AİHS 15. Madde – Genel istisna hükmü

15. Madde’de şu ifade yer almaktadır:

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlâl mezun kılmaz.

3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.

1. 15. Madde’nin uygulanmasına ilişkin koşullar

Temel koşullar

Üç temel koşul vardır.

“Savaş” ya da “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike”

AİHM, bir “genel tehlikenin” ne olduğunun belirlenmesi konusunda Devletlerin rolünün ne olması gerektiğini tespit etmiştir (18 Aralık 1996 tarihli Aksoy–Türkiye kararı, Reports 1996-VI, paragraf 68-70):

Mahkeme, “ulusun varlığının” bir “genel tehlike” tehdidi altında olup olmadığının ve bir tehlikeyi ortadan kaldırmak için müdahale ederken ne kadar ileri gidilebileceğinin belirlenmesinin, bu varlıktan sorumlu olan her bir Sözleşmeci Devletin görevi olduğunu göz önüne almaktadır. İlke olarak ulusal merciler, günün acil gerekleriyle doğrudan ve devamlı surette temas halinde olmaları nedeniyle hem böyle bir tehlikenin varlığı, hem de bunu devre dışı bırakmak için gerek duyulan istisnaların özellik ve kapsamı hakkında karar verme konusunda bir uluslararası hâkimden daha iyi bir konumdadırlar.

Dolayısıyla, bu meselede ulusal makamlara geniş bir takdir hakkı bırakılmalıdır.

Yine de Sözleşmeciler Tarafının takdir hakkı sonsuz değildir. Diğer hususların yanı sıra, Devletlerin krizin “gerektirdiği ölçünün” dışına çıkıp çıkmadıklarına karar vermek Mahkeme’nin görevidir. Dolayısıyla, ulusal takdir hakkına Avrupa Konseyi kapsamında bir denetim de eşlik etmektedir. Mahkeme bu denetimi uygulamaya koyarken uygulanan istisnadan etkilenen hakların niteliği, bu istisnaya neden olan koşullar ve olağanüstü hal uygulamasının süresi vb. gibi konuyla ilgili unsurlara gerekli ağırlığı vermelidir (bkz. 26 Mayıs 1993 tarihli Brannigan ve McBride–Birleşik Krallık davası kararı, Seri A No. 258-B, s. 49-50, paragraf 43).

AİHM, “ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike” kavramını tanımlamaya çalışmıştır. Kuzey İrlanda’yla bağlantılı özel bir yasal düzenlemeyi ilgilendiren *Lawless–İrlanda* davası kararında (1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 56, paragraf 28) Mahkeme şu gözlemlerde bulunmuştur:

Sözleşme’nin 15. Maddesi bağlamında, “ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü haller” ifadesinin doğal ve alışılmış anlamı yeterince açıktır. Bu ifade, halkın tamamını etkileyen ve Devletin de bir parçası olduğu toplumun örgütlü yaşamına karşı bir tehdit oluşturan olağanüstü bir kriz ya da tehlike durumuna işaret etmektedir. Bu kavramın doğal ve alışılmış anlamını tespit eden Mahkeme, İrlanda Hükümetinin 5 Temmuz 1957’de [idari gözetimle ilgili özel bir Kanuna ilişkin] bir Tebliğ yayımlamasına yol açan olay ve koşulların bu kavrama dahil edilip edilemeyeceğini belirlemelidir. Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda bu olay ve koşulların söz konusu kavrama dahil olduğunu ve İrlanda Hükümeti’nin “ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü bir durum”un varlığı şeklindeki bir sonuca çeşitli faktörlerin birarada bulunması neticesinde makul olarak ulaştığını tespit etmiştir: Bu faktörlerin ilki, İrlanda Cumhuriyeti toprakları üzerinde anayasaya aykırı faaliyetlerde bulunan ve şiddet kullanarak amaçlarına ulaşmak isteyen gizli bir ordunun bulunması; ikincisi bu ordunun Devletin toprakları dışında da faaliyet göstermesi nedeniyle İrlanda Cumhuriyeti’nin komşusuyla olan ilişkilerini ciddi biçimde tehlikeye sokması; üçüncüsü de 1956 sonbaharından itibaren 1957 yılının ortalarına kadar terör eylemlerinde sürekli ve korku verici bir artış gözlenmiş olmasıdır.

Daha somut olarak ele alındığında, 15. Madde anlamında “genel bir tehlike”nin söz konusu olması için aşağıdaki ön koşulların mevcut olması gerekir (Yunanistan davası, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1969, s. 72):

1. [Tehlike] fiili ya da yakın olmalıdır.

2. Ulusun tamamına yönelik olmalıdır.
3. Toplumun örgütlü yaşamının sürdürülmesi tehdit altında olmalıdır.
4. Kriz ya da tehlike; kamu güvenliği, halk sağlığı ve asayişin idamesi için Sözleşme’de izin verilen normal tedbir ya da kısıtlamaların yetersiz kalacağı derecede istisnai olmalıdır.

Tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması şartı

“Genel tehlike”nin niteliği düşünülecek olursa, AİHS’e istisna teşkil eden her türlü tasarruf “durumun gerektirdiği ölçüde” gerçekleştirilmiş olmalıdır. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararında (18 Ocak 1978, Seri A No. 25, s. 78-79, paragraf 207) AİHM bu açıdan inceleme yetkisinin niteliğini ortaya koymuştur:

“Ulusun[un] varlığı”nın “olağanüstü bir tehlike” altında olup olmadığını, bu tür bir tehdit varsa bunu gidermek için hangi tedbirleri almak gerektiğini tespit etmek, öncelikle her bir Sözleşmecî Devletin sorumluluk alanına girer. Ulusal makamlar, mevcut âcil ihtiyaçları birinci elden ve anında tespit edebilmeleri nedeniyle, hem bu tür bir âcil durumun mevcudiyetini hem de bu tehlikeyi bertaraf etmek için gereken istisnai tedbirlerin özellik ve kapsamını belirleme bakımından, uluslararası bir mahkemede görevli bir hâkime kıyasla daha iyi bir konumdadırlar. Sözleşme’nin 15. Madde 1. fıkrası bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.

Yine de Devletlerin bu konudaki yetkisi sınırsız değildir. Devletlerin taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamakla sorumlu olan Komisyon ve Mahkeme (19. Madde), Devletlerin bu tür istisnai tedbirleri alırken “durumun gerekliliklerinin kesin olarak gerektirdiği” ölçünün ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir (1 Temmuz 1961 tarihli Lawless davası kararı, Seri A No. 3, s. 55, paragraf 22 ve s. 57-59, paragraf 36-38). Dolayısıyla, üye devletlere sağlanan takdir hakkı AİHM denetimine tâbidir.

Yukarıda belirtilen Lawless davasında, AİHM bu denetim işlevini yerine getirmiştir. İdari gözetilmeyle ilgili olarak Sözleşme’nin 15. Maddesi’ne istisna teşkil edecek bir özel kanuna ilişkin olarak, AİHM şu gözlemlerde bulunmuştur (s. 57-58, paragraf 36):

Ancak, Mahkeme’nin verdiği karara göre, 1957 yılında yürürlükte olan yasalar, İrlanda Cumhuriyeti’ni tehdit eden ve giderek büyüyen tehlikeyi kontrol altına almakta yeterli olmamıştır. Ceza mahkemeleri, hatta özel ceza mahkemeleri ve askeri mahkemeler dahi, barış ve asayiş teminde yeterli olmamıştır. Özellikle IRA ve fraksiyonlarının askeri, gizli ve terörist karakterde olması ve bunların halk arasında korku yaratması nedeniyle bu grupların faaliyetlerine katılan kişilerin mahkum edilmeleri için gerekli delillerin toplanmasında büyük güçlüklerle karşılaşılmaktaydı. Esas olarak Kuzey İrlanda’da faaliyet

gösteren bu grupların İrlanda Cumhuriyeti'ndeki faaliyetlerinin, sınırın karşı tarafına silâhlı baskın hazırlığıyla sınırlı olması, yeterli delilin toplanmasında bir diğer engeldi. Sınırın kapatılması, olağanüstü halin gerektirdiği ölçünün ötesinde, genel olarak halk üzerinde son derece olumsuz bir etkiye yol açacaktı.

Tüm bu unsurlardan anlaşılabilceği gibi, yukarıda belirtilen imkânlardan hiç-biri 1957'de İrlanda'da var olan durumla mücadeleyi mümkün kılmayacaktı. Bu nedenle, terörist faaliyetlerde bulunma niyetinden kuşkuilanılan kişileri, 1940 tarihli (Değişiklik) Kanunu uyarınca idari gözetiminde tutma, ağır bir önlem olmakla birlikte, koşulların gerektirdiği bir önlem olarak değerlendirilmiştir.

Brannigan ve McBride–Birleşik Krallık davasında (26 Mayıs 1993, Seri A No. 258-B, s. 51-52 ve 56, paragraf 49, 51-54 ve 66) başvuruçular, terör tehdidine karşı hükümetin yetkilerinin genişlemesiyle sonuçlanan istisnaî tedbirin, herhangi bir yeni gelişme ya da durum değişikliğinin gerektirdiği bir tepki olmayıp, hükümetin Brogan ve Diğerleri (29 Kasım 1988 tarihli karar, Seri A No. 145) davasında verilen karara tepkisi olduğunu ve salt bu kararın sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla alındığını iddia etmişlerdir.

Mahkeme öncelikle, terör tehdidiyle başa çıkabilmek için, 1974 yılından bu yana yakalama yetkisi ve gözetim süresinin uzatılmasının Hükümet tarafından gerekli görülmüş olduğunu tespit etmiştir. Brogan ve Diğerleri kararının ardından Hükümet, 1984 tarihli Kanunun 12. Bölümü uyarınca alıkoyma tedbirlerini hukukilik denetimine tâbi tutmak ile Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerine bu doğrultuda istisna teşkil edecek bir tedbir almak gibi iki seçenekle karşı karşıya kalmıştı. Hükümet'in 5. Madde 3. fıkraya uygun bir hukukilik denetim mekanizmasının terör suçlarının soruşturulması ve yargılanması bakımından elverişli olmayacağını düşünmesi, Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin askıya alınmasını kaçınılmaz kılmıştır. Bu şekilde, hukukilik denetimine tâbi olmaksızın alıkonma süresinin uzatılma yetkisi ile Sözleşme yükümlülüklerine istisna teşkil eden 23 Aralık 1988 tarihli tedbirin olağanüstü hâlin devam etmesiyle açık şekilde bağlantılı olması sebebiyle, söz konusu istisnaî tedbirin, şartların gerçekten gerektirdiği bir tepki olmadığı yönünde bir bulgu mevcut değildir.

Başvuruçular, Devletin gelecekte AİHS hükümlerine uymakta daha titiz davranılacağı şeklindeki niyet beyanına atıfta bulunarak, bu istisnanın 15. Madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve bu sebeple, bu tür bir tedbire henüz gerekli şartların olgunlaşmadığı bir anda başvurulduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme, başvurucunun, bu tür bir tedbire henüz gerekli şartların olgunlaşmadığı bir anda başvurulduğu şeklindeki mülâhazasını kabul etmemiştir.

15. Madde'nin, istisnâî tedbir ihtiyacı değerlendirildiği esnada Sözleşme'de getirilen güvencelerin geçici olarak askıya alınmasına cevaz vermediği doğru olmakla birlikte, bu istisnâî tedbirin beyanından da açıkça anlaşıldığı üzere, "terör eylemlerinin yoğunluğu ve teröristlerin adalete teslim edilme ihtiyacının âciliyeti sebebiyle, Hükümet azamî gözaltı süresinin kısaltılmaması gerektiği kanaatindedir". Ancak, Hükümet, "gözaltı süresinin uzatılması hâlinde bu tedbirin denetlenebileceği bir hukukî mekanizma temini ve mümkün olabiliyorsa bir hâkim ya da diğer bir adli yetkili tarafından uzatma yetkisi verilmesini sağlama" arzusundadır. (bkz. yukarıdaki paragraf 31).

Bu tür bir istisna tedbirinin alınıp alınamayacağı, yalnızca, Hükümetin gelecekte Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerle daha titizlikle riayet edilmesini sağlamaya yönelik yolları araştırmaya karar vermiş olması sebebine istinaden sorgulanamaz. Esasen bu tür bir sürekli değerlendirme süreci yalnızca olağanüstü tedbirlere duyulan ihtiyacın gözden geçirilmesini öngören 15. Madde 3. fıkraya uygun olmakla kalmaz, aynı zamanda orantılılık kavramı içinde de zımnen yer alır.

AİHM şu şekilde devam etmiştir:

Kuzey İrlanda'daki terör tehdidinin niteliği, istisnânın sınırlı kapsamı ve bu istisnayı desteklemek için ortaya konan nedenler ile uygulamanın istismar edilmesini önleme amaçlı temel tedbirlerin varlığı göz önüne alındığında Mahkeme, Hükümetin, koşulların söz konusu istisnayı gerektirdiğini mülâhaza etmekle takdir hakkını aşmadığı kanaatindedir.

Diğer yandan 18 Aralık 1996 tarihli Aksoy-Türkiye davası kararında, Reports 1996-VI, paragraf 77-84, AİHM farklı bir sonuca varmıştır:

(Yukarıda paragraf 68'de sözü geçen) Brannigan ve McBride davası kararında Mahkeme, terör suçu işlediklerinden şüphelenen kişilerin hukukîlik incelemesi olmaksızın yedi güne kadar gözaltında tutulması şeklinde Sözleşme'nin 5. Maddesi'nde belirtilen yükümlülüklerine istisna getirmiş olan Birleşik Krallık Hükümeti'nin, bu uygulamayla takdir yetkisini aşmamış olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Türkiye'nin güneydoğusunda şüphe götürmez biçimde ciddi boyutlara ulaşan terör sorununu ve teröre karşı etkili tedbirler alınmasında Devletin karşı karşıya olduğu güçlükleri dikkate almaktadır. Ancak Mahkeme, başvurucunun terör suçuna karıştığına dair şüphe bulunduğu gerekçesiyle hiç kimseye görüştürülmeden (in communicado) ve bir hâkim ya da adli görevli

huzuruna çıkarılmadan ondört gün ya da daha uzun bir süre gözaltında tutulmasının, bu durumun gerektirdiği bir uygulama olduğuna ikna olmamıştır.

Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ters düşmemek

Sonuncu temel koşul ise AİHS'e istisna teşkil eden tedbirlerin “[Devletin] uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine ters düşmemesi” koşuludur. Bu konuda bir sorun yaşanmamış olduğu anlaşılmaktadır. AİHM mutlak şekilde şu gözlemde bulunmuştur (yukarıda belirtilen Lawless davası kararı, s. 60, paragraf 41):

Sözleşme'deki yükümlülüklerine istisna getiren İrlanda Devleti tarafından alınan önlemlerin, bu Devletin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düştüğüne dair karar verilmesine yol açacak bir unsur Mahkeme'nin bilgisine sunulmamıştır.

Yine de “uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülükler” konusunda bazı başvuruçular iddialarını 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne dayandırmışlardır. Yukarıda belirtilen Brannigan ve McBride–Birleşik Krallık davasında başvuruçular, sözü geçen BM Sözleşmesi'nin 4. Maddesi'nde öngörülmediği şekilde genel bir tehlikenin mevcudiyetinin “resmi olarak ilân edilmediği” iddiasında bulunmuşlardır (s. 56-57, paragraf 68 and 72-73). AİHM şunları ifade etmiştir:

Mahkeme, BM Sözleşmesi'nin 4. Maddesi'nde geçen “resmi olarak ilân etme” ifadesinin anlamını tanımlamaya çalışmanın kendi görev ve yetkisi kapsamında olmadığı görüşündedir. Yine de başvuruçunun bu konudaki mülâhazasının kabul edilebilir bir dayanağı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

İçişlerinden sorumlu Devlet Bakanı, 22 Aralık 1988'de Avam Kamarası'na hitaben, Hükümet'in istisnaî tedbir kararına ilişkin gerekçeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesi ve BM Sözleşmesi'nin 4. Maddesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerine getirilecek istisnaların açıklanması doğrultusunda adım atıldığını beyan etmiştir. Bakan, “Kuzey İrlanda'nın Birleşik Krallık'ta gerçekleştirdiği faaliyetlerin terörle bağlantısı itibarıyla, ilgili sözleşme hükümleri çerçevesinde bir genel tehlikenin mevcut olduğunu [...]” da sözlerine eklemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 30).

Mahkeme'nin görüşüne göre, resmî bir nitelik taşıyan yukarıdaki açıklama, Hükümet'in uygulanacak istisnaya ilişkin niyetini kamuoyuna duyurulmasını sağlamış ve bu şekilde resmi duyuru ihtiyacını da karşılamıştır. Bu durumda Mahkeme, başvuruçunun bu konudaki iddiasının mesnetsiz olduğu görüşündedir.

Bu noktadan hareketle, 15. Madde'de öngörülen şekil şartlarını inceleyebiliriz.

15. Madde'nin askıya alınmasına ilişkin şekil şartları

15. Madde 3. fıkrada, Sözleşme'nin askıya alınmasını gerektiren tedbirlerin uygulanmasına ilişkin şekil şartları ele alınmıştır. Lawless davasında AİHM, bu şartların yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir. AİHM ayrıca, bu şartların içeriğiyle ilgili bazı bilgiler de temin etmiştir (1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 61-62, paragraf 47):

Mahkeme öncelikle, Sözleşme'nin 15. Madde 3. fıkrası gereğince, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin hem alınan tedbirlerden, hem de bu tedbirlerin nedenlerinden gerekli şekilde haberdar edilip edilmediğini incelemek durumundadır. Mahkeme, İrlanda Hükümeti'nin 1940 tarihli Devlete Karşı Suçlar (Değişiklik) Yasası ile bu yasanın II. Bölümü'nü yürürlüğe koyan ve 8 Temmuz 1957 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5 Temmuz 1957 tarihli Tebliğ'in bir nüshasını 20 Temmuz tarihli yazıya eklemiş olduğunu; 20 Temmuz tarihli yazıda söz konusu tedbirlerin "asayiş ve kamu düzenine karşı suçların işlenmesini ve Anayasa ile yetkilendirilmiş olan askeri ve silâhlı güçlerden başka bir askeri ve silâhlı gücün varlığını önlemek için" alındığının açıklanmış olduğunu; İrlanda Hükümeti'nin Genel Sekreter'e alınan tedbirlerle ve bunların nedenleriyle ilgili yeterli bilgi vermiş olduğunu; ikinci olarak da İrlanda Hükümeti'nin bu bilgileri Genel Sekreter'e Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine istisna getiren tedbirlerin yürürlüğe girmesinden oniki gün sonra iletmış olduğunu; ve bu bilginin gecikmeksizin iletilmiş olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, ilgili Sözleşmecî Devletin, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne ilettiği istisna uygulamasına ilişkin olarak kendi topraklarında da bu tür bir duyuruda bulunması gerektiğine dair Sözleşme'de bir hüküm bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Mahkeme, bu davada İrlanda Hükümeti'nin, Sözleşme'ye taraf olarak, Sözleşme'nin 15. Madde 3. fıkrasında öngörülen yükümlülüklerini yerine getirdiğini tespit etmiştir.

15. Madde'nin gerektirdiği formaliteler kesindir. 26 Kasım 1997 tarihli Sakık ve Diğerleri-Türkiye davası kararında (*Reports* 1997-VII), AİHM şu tespitite bulunmuştur:

Mahkeme, 6 Ağustos 1990 tarihli istisnanın ve 3 Ocak 1991 tarihli yazının dayandırıldığı 424, 425 ve 430 no.'lu Kanun Hükümünde Kararnamelerin, içeriklerini ortaya koyan özetlerden anlaşıldığı üzere, yalnızca olağanüstü hal ilan edilmiş olan bölge için geçerli olduklarını, uygulanan yükümlülük istisnası bağlamında Ankara şehrinin bu bölge içinde yer almadığını (bkz. yukarıdaki paragraf 25 ve 28) tespit etmiştir. Ancak başvuruçunun yakalanması ve gözaltına alınması, öncelikle Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet

Savcısı'nın, daha sonra da bu mahkemenin hâkimlerinin talimatlarıyla Ankara'da olmuştur (bkz. yukarıdaki paragraf 7-14).

Hükümet, bunun ilgili istisnanın uygulanabilirliği açısından bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir. Davanın maddi unsurları yalnızca, olağanüstü hal uygulamasının başlatıldığı bölge olan Türkiye'nin güneydoğusundan yönlendirilmekte olan terörist faaliyetlerin devam ettirilmesini içermektedir.

[...]

Ancak, 15. Madde'nin Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle ancak "durumun gerektirdiği ölçüde" istisnalar getirilmesine izin verdiği unutulmamalıdır.

Mevcut davada söz konusu yükümlülük istisnasının coğrafi kapsamını değerlendirirken, bu istisnanın etki alanının, Türkiye'nin bu istisnaya ilgili duyuru metninde yer alan bölgenin dışını da kapsadığı sonucunu çıkarması halinde Mahkeme, yukarıda sözü geçen hükmün amaç ve hedefine aykırı davranmış olur. Bu sebeple, söz konusu istisna, yer itibarıyla (ratione loci) davanın maddi unsurlarıyla bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle, 15. Madde'deki şartların yerine getirip getirilmediğinin tespitine gerek yoktur.

2. 15. Madde'nin Kapsamı

15. Madde 1. fıkrada belirtildiği üzere, AİHS'e istisna teşkil eden hükümler "[bir Devlet'in] bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri" ile ilgili olabilir. Ancak, bu genel ifade 2. fıkra hükümlerinde sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, 3. Madde, 4. Madde 1. fıkra ya da 7. Madde hükümlerinde bir istisna söz konusu olamaz. Aynı şey, 2. Madde hükümleri için de geçerlidir. Bunun tek istisnası "meşru" savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm halidir. Ancak bu noktada her şeyin "meşru" (hukukî) kavramının tanımına bağlı olacağı da unutulmamalıdır.

AİHS 16. Madde – Yabancıların siyasî faaliyetlerinin kısıtlanması

16. Madde'de şu ifade yer almaktadır:

10, 11 ve 14. Maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yabancıların siyasal etkinliklerini sınırlamalarına engel sayılmaz.

AİHM'nin bu hükmün uygulanışıyla ilgili karar vermesine vesile olacak dava sayısı fazla değildir.

Yine de, 27 Nisan 1995 tarihli Piermont–Fransa davası kararında (Seri A No. 314, paragraf 62-64), nükleer deneyleri ve Pasifik'teki Fransız mevcudiyetini kınamak amacıyla Fransız Polinezyası'nda yapılan bir gösteri yürüyüşüne katılan Avrupa Parlamentosu üyesi bir Alman vatandaşı için, Polinezya'dan sınır dışı etme emri ve Yeni Kaledonya'ya girme yasağı getirilmişti. Başvurucu 10. Madde'nin ihlâl edilmiş olduğunu iddia etmiş, Hükümet ise uygulamalarını 16. Madde'ye dayandırmıştı. Aşağıdaki alıntıda, AİHM'nin başvurusunun bu konudaki karşı görüşü hakkındaki incelemesi yer almaktadır:

Başvurucu cevaben, kendisinin hem Avrupa vatandaşlığı hem de Avrupa Parlamentosu üyeliği şeklinde çifte statü sahibi olması sebebiyle, 16. Madde'de yer alan kısıtlamaların kendisine uygulanamayacağını iddia etmiştir. Başvurucuya göre, görevinin, özellikleri itibarıyla, Avrupa Topluluğu topraklarının tamamıyla ilgilenmeyi gerektirmesine rağmen kendisine yabancı olduğu gerekçesiyle itiraz edilmesinin hiçbir mantığı yoktur.

[...]

Komisyon, başvurusunun beyanlarını esası itibarıyla kabul etmiştir.

Mahkeme, o tarihlerde henüz Avrupa Topluluğu antlaşmalarında Avrupa vatandaşlığı tanınmadığından Avrupa vatandaşı olma konusundaki argümanı kabul edemez. Yine de Bayan Piermont'un Avrupa Birliği'ne üye bir ülkenin vatandaşı ve Avrupa Parlamentosu üyesi olması, özellikle de söz konusu coğrafyada yaşayan halkın Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılması sebebiyle, Sözleşme'nin 16. Maddesi'ne istinaden kendisi aleyhinde bu tür bir tedbir alınamaz.

Sonuç olarak, bu hüküm Devlete, başvurusunun 10. Madde'de teminat altına alınan haktan yararlanmasını kısıtlama yetkisi vermemiştir.

AİHS 17. Madde – Hakların kötüye kullanımının yasaklanması

17. Madde'de şu ifade yer almaktadır:

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.

17. Madde, AİHS'teki herhangi bir hükmün, AİHS ile tesis edilmiş hakları kısıtlamak amacıyla kullanılmasını yasaklar. Aynı şekilde, Sözleşme'deki hükümler, bu

hükümlerin Sözleşme'nin izin verdiğiinden daha fazla sınırlandırılması amacıyla kullanılamaz.

1. Sözleşme'de tanınan hakların tahrip edilmesini amaçlayan faaliyetler bakımından 17. Madde'nin kapsamı

17. Madde, AİHS'nin kendi aleyhinde kullanılmasına yönelik olarak Sözleşme'den bir hak çıkarımında bulunulmasını yasaklar. Örneğin Glimmerveen ve Hagenbeek–Hollanda davasında başvuruçular, ırk ayrımcılığını kışkırtabilecek bazı broşürleri dağıtılmak üzere bulundurmaktan hüküm giymişlerdir. Başvuruçuların ayrıca, belediye seçimlerine katılmaları da yasaklanmıştır. Seçimlerde aday olmaları, yasaklı bir ırkçı partinin üstü kapalı biçimde seçimlere katılması olarak görülebilirdi. Başvuruçular bu konuda AİHS'nin 10. Maddesi'ni gündeme getirmişlerdir. Komisyon, aldığı kararda (11 Ekim 1979, Decisions and Reports 18, s. 196) şu mülâhazalarda bulunmuştur:

[...] Hükümet, özellikle Sözleşme'nin 60. Maddesi çerçevesinde, Komisyon'un dikkatini, Hollanda'nın 1971 yılında kabul ettiği 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine çekmiştir.

Hollandalı yetkililerin, başvuruçuların fikirlerini özgürce ve bir cezaya tâbi olmaksızın açıklamalarına izin vermesi, yukarıda sözü geçen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve yine yukarıda belirtilen 1965 tarihli New York Sözleşmesi'nde yasaklanan ırk ayrımcılığını kesinlikle teşvik etmiş olacaktır.

Komisyon, başvuruçuların siyasi fikirlerini ifade etmelerinin, açıkça Sözleşme'nin 17. Maddesi kapsamına giren bir faaliyet olduğu görüşündedir.

Başvuruçular, bu faaliyetlerde bulunma hakkını Sözleşme'nin 10. Maddesi'ne dayandırmaya çalışmaktadırlar. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu faaliyetler Sözleşme'nin metnine ve ruhuna aykırıdır ve böyle bir hakkın tanınması yukarıda sözü geçen hak ve özgürlüklerin tahrip edilmesine yol açacaktır.

Dolayısıyla Komisyon, başvuruçuların iddialarını Sözleşme'nin 17. Maddesi hükümlerinden yola çıkarak Sözleşme'nin 10. Maddesi'ne dayandıramayacakları görüşündedir.

Komisyon ayrıca, 1 No.lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin ihlâli konusunda bir tespite gerek olmadığı sonucuna varmıştır:

[...] başvuruçuların, seçimlere katılmak ve Sözleşme'nin 10. Maddesi çerçevesinde dile getirilen şikâyetlerle ilgili olarak, 17. Madde uyarınca Komisyon'un kabul edilemez bulduğu bir amaç doğrultusunda yukarıda belirtilen haktan yararlanmak niyetinde oldukları düşünülmektedir.

17. Madde aynı zamanda 5. ve 6. Maddelerde teminat altına alınan haklardan mahrum bırakılmayı da yasaklar.

Lawless-İrlanda davasında (1 Temmuz 1961, Seri A No. 3, s. 44-45, paragraf 5-7) İrlanda Hükümeti, AİHM'nin kabul etmediği bir şekilde, 17. Madde'yi son derece geniş yorumlamıştır. AİHM, 17. Madde'nin yalnızca, AİHS'ten, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri tahrip etmeye yönelik faaliyetlerde bulunma hakkı şeklinde bir sonuç çıkarılmasını yasakladığını açıklamıştır. AİHM ayrıca, 17. Madde'nin bir gerçek kişiyi AİHS'nin 5. ve 6. Maddelerinde teminat altına alınan temel bireysel haklardan yoksun bırakacak biçimde aksi yönde (a contrario) yorumlanamayacağını belirterek şu yorumu yapmıştır:

İrlanda Hükümeti, (i) G.R. Lawless'in yakalandığı Temmuz 1957'de IRA'nın faaliyetlerine katıldığını; (ii) Komisyon'un, raporunun 138. paragrafında belirttiği gibi Lawless'in, "halen IRA üyesi olup olmadığı bir yana, Temmuz 1957'de yakalandığı sırada IRA'nın faaliyetleriyle ilişkili bulunduğu yönünde çok ciddi ölçüde şüphe çeken bir" tutum sergilediğini; (iii) IRA'nın Sözleşme'de ortaya konan hak ve özgürlüklerin tahribini amaçlayan eylemleri nedeniyle yasaklanmış olduğunu; G. R. Lawless'in Temmuz 1957 tarihinde Sözleşme'nin 17. Maddesi kapsamına giren bazı eylemlerle bağlantılı olduğunu; bu yüzden de Sözleşme'nin 5., 6., 7. ya da herhangi başka bir maddesine dayanma hakkı olmadığını; Sözleşme'nin 17. Maddesi kapsamına giren bir Devlet, grup ya da kişinin Sözleşme'nin hiçbir hükmünü temel alamayacağını; bu sonucun Komisyon'un, 1957'de Alman Komünist Partisi'nin yaptığı başvurunun kabul edilebilirlik kararına dayandığını Komisyon'a beyan etmiş ve Mahkeme önünde ikrar etmiştir;

[...]

Mahkeme'nin görüşüne göre, 17. Madde'nin amacı, gruplar ya da bireylerin, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlüklerden herhangi birini tahrip etmeye yönelik bir faaliyete katılmak ya da faaliyette bulunmak hakkını Sözleşme'den çıkarsamalarını imkânsız kılmaktır. Dolayısıyla hiç kimse, sözü edilen hak ve özgürlükleri tahrip etmek üzere Sözleşme hükümlerinden yararlanamaz. Kapsamı bakımından negatif yükümlülük getiren bu hüküm, bir gerçek kişiyi Sözleşme'nin 5. ve 6. Maddelerinde teminat altına alınan temel bireysel haklardan yoksun bırakacak şekilde, aksi yönde (a contrario) yorumlanamaz. Bu davada G. R. Lawless, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklere karşı faaliyetleri haklı çıkarmak ya da bu tür bir faaliyette bulunmak için Sözleşme'yi temel almamış, ancak Sözleşme'nin 5. ve 6. Maddelerindeki güvencelerden yoksun bırakıldığından yakınmıştır. Bu nedenle Mahkeme, İrlanda Hükümeti'nin beyanlarını kabul edemez.

Lehideux ve Isorni–Fransa (23 Eylül 1998 tarihli karar, Reports 1998-VII), davasında Pétain ile ilgili bir yayın tartışma konusu olmuştur. Davalı devlet, başvuruçuların yayınlarında sorumlu tutuldukları methiyenin iki ayrı tekniğin sonucu olduğunu bildirmişti: Yazarlar Philippe Pétain’ın aldığı kararları yer yer bunlara farklı anlamlar yükleyerek haklı çıkarmaya çalışmış, yer yer de bu kişinin politikalarının nesnel olarak değerlendirilebilmesi için göz önüne alınması kaçınılmaz ve elzem olan ve herkesçe bilinen tarihi gerçeklerden söz etmemişlerdir. Birinci teknik Philippe Pétain’ın Montoire’daki politikasını ortaya koyarken kullanılmıştır. Başvuruçular, 1984 yılına gelindiğinde hem Fransız hem de yabancı tarihçilerin artık “ikili oyun” teorisini çürütmüş olduklarını bildikleri halde, bu politikayı metin içinde “üstün derecede ustalıklı” bir politika olarak nitelendirmekle, söz konusu teoriye inanılabilirlik kazandırmaya çalışmışlardır. AIHM şu şekilde görüş bildirmiştir (paragraf 47):

Mahkeme, sözü edilen olaylara ve bunların yorumlanmasına ilişkin olarak tarihçiler arasında devam etmekte olan bir tartışmada geçen bu hususu açıklığa kavuşturmanın kendi görevleri arasında yer almadığı görüşündedir. Ayrıca bu husus, yalanlanması ya da yeniden değerlendirilmesi 17. Madde tarafından 10. Madde’nin korumasından çıkarılan Yahudi Soykırımı gibi kesin biçimde tespit edilmiş tarihi gerçeklikler kategorisinde yer almamaktadır. Mevcut davada başvuruçuların, yayınlarında “Nazi mezalimi ve zulmü” ve “Alman kudreti ve barbarlığı” olarak niteledikleri ifadeleri yalanlamak ya da değiştirmek girişiminde bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Metnin yazarları, Philippe Pétain’ın politikasını “üstün derecede ustalıklı” bir politika olarak nitelerken daha ziyade, Vichy Hükümet başkanının rolüyle ilgili tartışmadaki muhalif teorilerden biri olan “ikili oyun” teorisini destekliyorlardı.

2. Hak ve özgürlüklerin AIHS’te öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlamaya uğratılması yasası

Bu hükmün uygulandığının AIHM tarafından ele alındığı bir kaç örnek mevcuttur.

Engel ve Diğerleri–Hollanda davasında (8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 42-43, paragraf 104) AIHM, bu sınırlamaların çeşitli maddelere özgü istisna hükümleri ışığında haklı görülmesi durumunda, 17. Madde’nin ihlâl edilip edilmediğine bakılmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla AIHM şu tespitle bulunmuştur:

Bay Dona ve Bay Schul ayrıca, Sözleşme’nin 17. ve 18. Maddelerine aykırı olarak, ifade özgürlüklerinin 10. Madde’de öngörülen “sınırlamalardan daha

fazla” ve bu maddede sözü edilmeyen bir “amaç” doğrultusunda kısıtlandığını iddia etmişlerdir.

Mahkeme, sözü geçen sınırlamanın 10. Madde 2. fıkra ışığında haklı bir sınırlama olduğu sonucunu çıkardığından bu şikâyetin incelenmesine gerek yoktur (bkz. yukarıdaki paragraf 96-101).

Sporrong ve Lönnroth–İsveç davasında (23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 28, paragraf 76) AİHM, başka bir maddenin ihlâl edildiğini tespit ettiğinden, 17. Madde'nin de ihlâl edilip edilmediğine bakılmasına gerek olmadığını bildirmiştir:

Başvurucular ayrıca Sözleşme'nin 17. ve 18. Maddelerini de temel almışlardır. Başvurucular mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma haklarının 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin “ortaya koyduğunun çok ötesine geçen kısıtlamalara” tâbi olduğunu ve bu maddede sözü geçmeyen bir “amaca” hizmet ettiğini iddia etmişlerdir.

Komisyon burada oybirliğiyle ihlâl bulunmadığı sonucuna varmıştır.

1 No.'lu Protokol'un 1. Maddesi'nin ihlâl edildiği sonucuna varmış olan Mahkeme, davayı Sözleşme'nin 17. ve 18. Maddeleri bakımından da incelemenin gerekli olmadığı görüşündedir.

AİHS 18. Madde – Hakların kısıtlanmasının sınırları

18. Madde'de şu ifade yer almaktadır:

Bu Sözleşme'nin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.

Bu Madde'yle ilgili olarak 17. Madde bahsinde yer alan son iki örnek dikkate alınmalıdır.

2. Bölüm: Ek Protokoller

Ek protokoller belli hükümler içermektedir, ancak bunların sadece bazıları davacılar tarafından düzenli olarak başvuru konusu edilmektedir. Bu nedenle, sadece yaygın olarak kullanılan hükümler üzerinde duracağız.

1 No.'lu Protokol

1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi

1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi şöyledir:

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getiremez.

Sporrong ve Lönnroth davası kararı (23 Eylül 1982, Seri A No. 52) bu maddenin bir analizi niteliğindedir. James ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasında (21 Şubat 1986, Seri A No. 98 s. 29-30, paragraf 37) AİHM önceki incelemesinin ana hatlarının bir özetini sunmuştur:

1. Madde özde mülkiyet hakkını teminat altına almaktadır (bkz. Marckx davası kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 27-28, paragraf 63). Sporrong ve Lönnroth davasındaki 23 Eylül 1982 tarihli kararında Mahkeme, 1. Madde'nin “üç belirgin kuraldan” oluştuğunu vurgulamaktadır. Birinci paragrafın ilk cümlesinde belirtilen ilk kural, genel nitelik taşımaktadır ve mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koymaktadır; ilk paragrafın ikinci cümlesinde vurgulanan ikinci kural, mal ve mülkten yoksun bırakma konusunu ele alır ve bunu belli koşullara bağlar; ikinci paragrafta Sözleşmeciler Devletlerin diğer hususlar arasında, mal ve mülkün kullanımını da genel yarara uygun olarak kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul eder

(Seri A No. 52, s. 24, paragraf 61). Mahkeme ayrıca, ilk genel kurala uyulup uyulmadığının incelenmesinden önce, son iki kuralın geçerli olup olmadığını belirlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir (a.g.e.). Ancak bu üç kural birbiri ile bağlantısız denecek kadar ayrı özellikler taşımamaktadır. İkinci ve üçüncü kurallar mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına yapılabilecek belli müdahalelerle ilgilidir ve bu nedenle ilk kuralda ortaya konulan genel ilke ışığında değerlendirilmelidir.

Görülebildiği üzere, 1. Madde üç cümlede sunulan üç belirgin teminat içermektedir. Bunlardan son ikisine, sonra da yalnızca talî bir role sahip birincisine bakacağız. Ancak bundan önce, 1. Madde'nin uygulama alanını, “mal ve mülk” teriminin anlamını ve sağlanan hukuki korumanın kapsamını incelemeliyiz.

1. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin Kapsamı

Birinci cümlede ifade edildiği gibi, 1. Madde “mal ve mülkü” koruma altına alır. “Mal ve mülk” kavramı bu maddenin uygulanmasına ışık tutacak şekilde tanımlanmıştır.

Gasus Dosier und Födertechnik GmbH–Hollanda davasında, başvuru bir beton karıştırıcıyı satarken anlaşmaya sattığı malın mülkiyetini elinde tutma hükmü koymuştur. AİHM sattığı malın mülkiyetini elinde tutma hükmünün Madde kapsamında mülk anlamına geldiğine karar vermiştir (23 Şubat 1995, Seri A No. 306-B, s. 46, paragraf 53). AİHM aynı zamanda 1. Madde'de değinilen mal ve mülk kavramına ilişkin bir takım genel ilkeleri de ortaya koymuştur:

Mahkeme 1 No.'lu Protokolün 1. Maddesi'nde geçen “mal ve mülk” kavramının (İngilizce'de ‘possessions’, Fransızca'da ‘biens’) fiziksel malların mülkiyeti ile sınırlı olmayan özerk bir anlamı olduğuna dikkat çekmektedir: varlıkları oluşturan bazı diğer hak ve çıkarlar da “mülkiyet hakkı” kapsamına girebilir ve dolayısıyla da bu hüküm çerçevesinde “mal ve mülk” anlamına gelebilir. Bu nedenle, söz konusu bağlamda Gasus'un beton karıştırıcısı üzerindeki hakkının mülkiyet hakkı mı yoksa bir mala ilişkin bir aynî (in rem) güvence hakkı mı olduğu önemsizdir. Her halükârda, beton karıştırıcıya el konulması ve bunun satışı, 1 No.'lu Protokolün 1. Maddesi kapsamında başvuru şirketin “mal ve mülk”ünün “dokunulmazlığını isteme” hakkına yapılmış bir müdahale sayılmaktadır.

Ayrıca, Van Marle ve Diğerleri–Hollanda davasında, AİHM, müşterileri de “mülk” kapsamında değerlendirmiştir (26 Haziran 1986, Seri A No. 101, s. 13, paragraf 41-42):

Mahkeme, başvurucuların iddialarını dayandırdığı hakkın 1.Madde'nin konusunu oluşturan mülkiyet hakkına benzetilebileceği konusunda Komisyon'a katılmaktadır: Başvurucular kendi çabaları sonucu bir müşteri kitlesi oluşturmuşlardır; bu birçok bakımdan özel hak niteliğindedir ve başvurucuya ait bir öz varlıktır, yani 1. Madde'nin kapsamında mülk tanımına girmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm, mevcut davada geçerlidir.

Diğer taraftan, Van der Mussele–Belçika kararında AİHM bedelsiz hizmet sunmak üzere resmi olarak görevlendirilmiş bir avukata empoze edilen yükümlülüğün, kendisini 1. Madde kapsamında “mülk”ünden yoksun bırakmadığına karar vermiştir. AİHM bunun yanı sıra, avukatın yükümlülüğünü yerine getirirken yaptığı masrafların da 1. Madde kapsamı dışında kalacağına karar vermiştir (23 Kasım 1983, Seri A No. 70, s. 23-24, paragraf 47-49):

Bay Van der Mussele iddiasını son olarak 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'ne dayandırmıştır.

[...]

Kendisinin öne sürdüğü argümanlar hizmetleri karşılığında ödeme yapılmasına ilişkin bir inceleme gerektirmemektedir. Yukarıda geçen metin herkese "kendi" mal ve mülk hakkının dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını vermekle sınırlıdır; bu nedenle sadece "mevcut" mal ve mülk kapsamında uygulanabilir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda anlatılan Marckx davası kararı, Seri A, No. 31, s. 23, paragraf 50). Ancak söz konusu davada, Antwerp Barosunun Hukuki Danışmanlık ve Savunma Bürosu 18 Aralık 1979'da, Bay Ebrima'nın yeterli maddi imkâna sahip olmaması nedeniyle (bkz. yukarıdaki paragraf 12) ödemelerle ilgili herhangi bir değerlendirme yapılamayacağına karar vermiştir. Bundan hareketle, Komisyon oybirliğiyle başvurucunun lehine herhangi bir borcun hiç bir noktada ortaya çıkmadığı kararına varmıştır.

Sonuç itibariyle, bu çerçevede, kendi başına ya da 1 No.'lu Protokol'ün 14. Maddesi ile birlikte ele alındığında, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin herhangi bir uygulama alanı yoktur; kaldı ki, Bay Van der Mussele sonraki maddede sadece 4. Madde ile bağlantılı olarak gündeme getirmiştir.

Bay Van der Mussele bu bağlamda kendi cebinden belli bir miktarı ödemek zorunda kaldığından (bkz. yukarıdaki paragraf 14), yaptığı masrafların kendisine geri ödenmemesi bu konuyla aynı kefeye konulamaz.

Ancak bu, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin uygulanabileceği sonucuna varılması için yeterli değildir.

Birçok durumda, yasayla belirlenen bir görev, bu görevin verildiği kişiye belli giderler de yükler. Bu görevin kişiye yüklenmesinin kendi başına 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'ne bir müdahale sayılması, maddeye kapsamının ve amacının çok ötesinde bir yorum getirilmesi anlamını taşıyacaktır.

Mahkeme bu davada, başka türlü düşünmek için geçerli bir sebep göremektedir.

Söz konusu masraflar Bay Van der Mussele tarafından, pro Deo müşterileri adına hareket ederken yapılmıştır. Çok akıllıca harcanmamış olmalarına rağmen (kendilerine Devlet tarafından verilen sıfat), bu masraflar göreceli olarak küçüktür ve Sözleşme'nin 4. Maddesi'ne uygun olarak, belli işlerin yapılması yükümlülüğü sonucunda ortaya çıkmıştır.

Bu nedenle, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi kendi başına ya da 1 No.'lu Protokol'ün 14. Maddesi ile birlikte ele alındığında, bu bağlamda geçerli değildir.

Bu dava, söz konusu mal ve mülkün özelliği ile de bağlantılandırılabilir.

Konu, yukarıda bahsedilen Van der Mussele kararında da ele alınmıştır: 1. Madde kapsamında bir "mal ve mülk" söz konusu olabilmesi için, mevcut veya varolan bir mülk bulunmalıdır.

Marckx-Belçika kararında da aynı hususa değinilmektedir (13 Haziran 1979, Seri A No.31, s. 23, paragraf 50). Burada, başvuru Belçika kanunlarının veraset yoluyla mülk edinmesine engel olduğu konusunda şikayette bulunmuş ve 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

İkinci başvurucuya ilişkin olarak, Mahkeme görüşünü sadece, kendi başına ya da 14. Madde ile bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 8. Maddesi'ne dayanarak belirlemiştir. Mahkeme aslında 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'ni hiç bir şekilde uygulamamıştır: Komisyon ve Devlet gibi, Mahkeme de bu Madde'nin herkese "kendi" mal ve mülk hakkının dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkını vermekle sınırlı olduğunu, sonuç itibarıyla kişinin sadece mevcut mal ve mülküne uygulanabileceğini ve vasiyetname ya da gönüllü devir yoluyla mülk edinebilme hakkını garanti altına almadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, öyle görünmektedir ki, başvuru Alexandra'nın iddialarını desteklemek üzere bu hükümden faydalanmamışlardır. Protokol'ün 1. Maddesi geçerli olmadığına göre, ele alınan konu çerçevesinde Sözleşme'nin 14. Maddesi de bununla bağlantılı olarak dikkate alınamaz.

Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis-Yunanistan davası kararında (9 Aralık 1994, Seri A No. 301-B, s. 84-85, paragraf 58-62), AİHM, çeşitli adli kovuşturma ve tahkim yargılamalarının konusunu oluşturduğu için, bir "iddia"nın varlığına yeteri

kadar dayanak bulunduğunu kabul etmiştir. Böylece AİHM, Yunan Hükümetinin, "ne kararın, [...] ne de tahkim kararının, bir iddianın, dolayısıyla bir mülkün de varlığını belirlemeye yeterli olmadığı" şeklindeki argümanını reddetmiştir. Bu şekilde, iddianın 1. Madde kapsamında bir "mülk" olarak sınıflandırılabilirliğine karar vermiştir. AİHM kararı şöyledir:

Devletin argümanı, 1701/1987 Sayılı Yasa'nın işletilmesi yoluyla başvuru-
lara ait herhangi bir mülke 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi çerçevesinde
müdahale oluşmadığı temel noktasına dayanmaktadır.

Onların görüşüne göre, ne 13910/79 sayılı karar, ne de tahkim kararı Devlet'e
karşı bir argüman oluşturmak için yeterli değildir. Henüz nihai özellik kazan-
mayan bir adli karar ya da bir tahkim kararı böyle bir karar veya tahkim kararı
tarafından tanınacak bir hakka eşdeğer tutulamaz.

Başvurucuların 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi kapsamında bir "mülke"
sahip olup olmadıklarını belirlemek için, Mahkeme'nin, Atina Birinci Derece
Mahkemesi'nin 13910/79 sayılı kararının ve tahkim kararının kendi lehlerine
icra edilecek kadar kesinlik kazanmış bir borç oluşturup oluşturmadığını
incelemesi gereklidir.

Usule göre, bir ön karar, bir ihtilâfin esası konusundaki ilk muhakemeyi
gerçekleştirerek inceleme yapılmasını emreder. Atina Birinci Derece Mahke-
mesi, Komisyon'un da yaptığı gibi Devlet'in başvuru-
lara borçlu olduğu ilke-
sini kabul ediyor görünse de, iddia edilen hasarın varlığı ve miktarı konusunda
karar vermeden önce tanıkların dinlenmesini emretmiştir (bkz. yukarıda
paragraf 11). Böyle bir kararın tek etkisi, ortaya koydukları iddianın kesin ola-
rak kabul edileceğine dair başvuru-
larda bir ümit oluşturmak şeklinde
olmuştur. Sonuç itibarıyla ortaya çıkan borcun icra edilebilir olup olmadığı iki
üst mahkemenin yapacağı inceleme ile belirlenecektir.

Üç farklı para birimi üzerinden belirlenen azami miktarlara göre Devlet'in
yükümlülüğünü açıkça tanıyan tahkim kararında durum bundan farklıdır (bkz.
yukarıda paragraf 13).

Mahkeme bu tahkim kararının özünü onaylama veya onaylamamanın kendi
görevi olmadığı konusunda Devlet ile aynı görüştedir. Ancak bu karar
tarafından taraflara ilişkin olarak ortaya konulan hukuki görüşü dikkate almak
Mahkeme'nin görevidir.

Kullanılan ifadelere göre, tahkim kararı nihai ve bağlayıcıdır; herhangi bir icra
tedbirine gereksinimi yoktur ve karşısında herhangi bir olağan ya da özel itiraz
bulunmamaktadır (bkz. yukarıda paragraf 10). Yunanistan yasalarına göre
tahkim kararları nihai karar niteliğindedir ve uygulanabilir olarak kabul edil-
mektedir. Bunlara itiraz etme gerekçeleri Medeni Usul Kanununun 897 No.'lu

Maddesi'nde tam olarak sıralanmaktadır (bkz. yukarıda paragraf 25); esasa ilişkin bir itirazda bulunma imkânı yoktur.

Bu nedenle 1701/1987 Sayılı Yasa'nın kabul edildiği anda, 27 Şubat 1984 tarihli tahkim kararı, başvuruculara kararda belirtilen miktarlar üzerinden bir alacak tahakkuk ettirmiştir. Kararın iptal edilmesi mümkündü, bu nedenle geriye alınabilirdi, ancak genel mahkemeler (hem birinci derecede hem de temyizde) iki kez böyle bir iptale gerek olmadığını yönünde karar vermişlerdi. Bu çerçevede, Mahkeme'nin görüşüne göre, hak 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi uyarınca "mal ve mülk" olarak kabul edilmektedir.

Matos e Silva, Lda ve Diğerleri–Portekiz davasında (16 Eylül 1996, *Collection of Judgments and Decisions* 1996-IV, s. 1111, paragraf 75) AİHM, başvurucuların 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi altında bir "mülk"e sahip olup olmadıklarını değerlendirmek zorunda kalmıştır. Matos e Silva arazi ekimi, balık çiftçiliği ve tuz çıkarımı yapan özel limitet bir şirkettir. İşlettiği arazinin bir bölümü şirketin mülkiyetindedir, geri kalan kısmı ise imtiyaz olarak elde tutulmaktadır. AİHM kararında şunların altını çizmiştir:

Komasyon gibi, Mahkeme de arazinin bir bölümünün mülkiyetinin tartışması olduğunu altını çizmektedir.

Diğer bölüme gelince [...] Mahkeme, iç hukuka göre mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığı kararının Mahkeme'ye ait olmadığı konusunda Devlet'e katılmaktadır. Ancak aynı zamanda, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi çerçevesinde "mal ve mülk" (İngilizce'de "possessions", Fransızca'da "biens") kavramının özerk bir anlamı bulunduğu da dikkat çeker (bkz. Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH–Hollanda davası kararı, 23 Şubat 1995, Seri A No. 306-B, s. 46, paragraf 53). Mevcut davada tartışmalı arazi üzerinde başvurucuların neredeyse yüz yıldır itiraza konu olmayan hakları ve bunu işletmekten elde ettikleri gelir, 1. Madde kapsamında "mal ve mülk" olarak tanımlanmasına yol açabilir.

2. 1. Madde tanımına uyan mal ve mülke sağlanan hukuki güvencelerin kapsamı

AİHM Marckx–Belçika davası kararında (13 Haziran 1979, Seri A No.31, s. 27, paragraf 63) 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin mülkiyet hakkını koruma altına aldığını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Aşağıdaki bölüm bu karardan alınmıştır:

Mahkeme Komasyon ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Herkesin kendi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğunu kabul ederek, 1. Madde özde mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. "Mal ve mülk" ve "mülkün kullanımı" (İngilizce "possessions", "use of pro-

perty”, Fransızca “biens”, “propriété”, “usage des biens”) terimleri ile açık bir biçimde ifade edilen budur; travaux préparatoires’da, bunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde teyit etmektedir: Sözleşme’yi kaleme alanlar sürekli olarak kullandıkları “mülkiyet hakkı” (“right of property” ya da “right to property”) terimlerini, mevcut 1. Madde’nin temelini oluşturan ve art arda hazırlanan taslakların konusunu tanımlamak için kullanmışlardır.

Marckx davası kararı aynı zamanda bir kişinin mülkünü elinden çıkarma hakkının da 1. Madde tarafından koruma altına alındığını vurgular (a.g.e., s. 27, paragraf 63). Bu husus şu şekilde açıklanmaktadır:

Gerçekten de, kişinin mülkünü elinden çıkarma hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür (Handyside davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No.24, s. 29, paragraf 62).

Bu karardan da anlaşılacağı gibi, 1. Madde yalnızca bir bütün olarak mülkiyet hakkına müdahalelere karşı koruma sağlamakla kalmaz (örneğin kamulaştırma durumunda), aynı zamanda bu hakkı oluşturan çeşitli unsurlara münferit olarak yapılabilecek müdahalelere karşı da teminat içerir.

Bir başka davada (Sporrong ve Lönnroth–İsveç davası, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 23-24, paragraf 60), AİHM bu ilkeyi tekrar vurgulamıştır. Bu davada, Stockholm şehrine birkaç yıl boyunca belli mülkleri kamulaştırma imkânı sağlayan izinler verilmiştir. Bu izinlerle birlikte mülk sahiplerine de inşaat yasağı getirilmiştir. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

Kamulaştırmada mülk sahiplerinin mülklerini kullanma ve elden çıkarma hakları saklı kalmakla birlikte, uygulamada bunların yapılabilmesi imkânı önemli ölçüde azaltmıştır. Aynı zamanda, olaydan önce, kamulaştırmanın hukuka uygun olacağını kabul etmek ve Stockholm şehrine, uygun gördüğü bir anda bunları kamulaştırma yetkisini vermek suretiyle mülkiyetin özü de etkilenmiştir. Böylece, başvurucuların mülkiyet hakkı zarar görmüştür ve bu hakkın savunulması gerekir.

Ayrıca inşaat yasağı getirilmiş olması da kuşkusuz, başvurucuların mülklerini kullanma hakkını kısıtlamıştır.

Dolayısıyla, başvurucuların mülkiyet hakkına bir müdahale gerçekleşmiştir ve Komisyon’un haklı olarak vurguladığı gibi, bu müdahalenin sonuçları, kamulaştırma izinlerinin ve inşaat yasaklarının uzun süreli olarak bir arada kullanılmasıyla hiç şüphesiz daha ciddi bir özellik kazanmıştır.

Bu kararda, AİHM 1. Madde’nin üçüncü cümlesinin altını çizmiştir. Bu da bizi, mal ve mülke yapılacak herhangi bir müdahalede, 1. Madde’de belirtilen koşulların incelemesine yöneltmektedir.

3. 1 No.'lu Protokolün 1. Maddesi'nin ikinci cümlesi: mülkten yoksun bırakmak

1. Madde'nin ikinci cümlesi şöyledir:

Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelere uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

1. Madde'nin ikinci cümlesinde belirtilen, “mülkten yoksun bırakmaya” ilişkin koşulları incelemeye başlamadan önce, bu terimlerle neyin kastedildiğini tanımlamak uygun olacaktır. 1. Maddenin ikinci cümlesi, üçüncü cümlede ele alınan mülke getirilebilecek diğer sınırlamaları bir tarafa bırakmakta ve yalnızca “mülkten yoksun bırakma” konusunu ele almaktadır.

“Mülkten yoksun bırakma” kavramı

Kamulaştırma, doğal olarak bir “mülkten yoksun bırakma” şeklindedir, ancak kişiyi mülkünden yoksun bırakma yollarından sadece bir tanesidir.

Kamulaştırma

Hiçbir kamulaştırmada mülkiyet hakkından kaynaklanan ayrıcalıklar korunmaz. Bu nedenle, yukarıda detayları verilen Sporrong ve Lönnroth davasında AİHM şu noktaları vurgulamıştır (s. 24, paragraf 62):

Öncelikle hatırlanmalıdır ki, İsveç yetkilileri başvuruçuların mülklerinin kamulaştırmasını hayata geçirmemişlerdir. Bu nedenle başvuruçular herhangi bir anda mülklerinden resmen “yoksun bırakılmamışlardır”: Mülklerini kullanma, satma, miras bırakma, hibe etme veya ipotek etme hakları saklıdır.

Ancak, bu ayrıcalıkların gerçekte korunması son derece önemlidir. Aynı davada, AİHM şunları ortaya koymuştur (s. 24-25, paragraf 63):

Resmi bir kamulaştırmanın bulunmadığı, yani mülkiyet hakkının devredilmediği bir durumda, Mahkeme konunun görünen boyutunun ötesine geçerek şikayet edilen durumun gerçeklerini incelemesi gerektiğini vurgular (bkz. gerekli değişikliklerle, Van Droogenbroeck davası kararı, 24 Haziran 1982, Seri A No. 50, s. 20, paragraf 38). Sözleşme “pratik ve etkili” hakları garanti etmek amacını taşıdığından (Airey davası kararı, 9 Ekim 1979, Seri A No.32, s. 12, paragraf 24), bu durumun başvuruçuların iddia ettiği gibi fiili bir kamulaştırma anlamına gelip gelmediği araştırılmalıdır.

Mahkemeye göre, şikâyete konu olan bütün etkiler (bkz. yukarıda paragraf 58) söz konusu mülklerin elden çıkarılması imkânının azalmasından kaynak-

lanmıştır. Bu etkiler, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan, bu yolla hakkın güvenilemez hale gelişinden ve bu sınırlamaların mülklerin değeri üzerindeki sonuçlarından kaynaklanmaktadır. Ancak, söz konusu hak özünden bir miktar yitirse de, tamamen yok olmamıştır. Uygulanan önlemlerin etkileri, mülkten yoksun bırakma olarak tanımlanacak düzeyde değildir. Mahkeme bu bağlamda başvurucuların mülklerini kullanmaya devam edebildiklerini ve Stockholm'deki mülklerin satılmasının kamulaştırma izinleri ve inşaat yasakları nedeniyle güçleşmiş olmasına karşın, satabilme imkânının devam ettiğini, Devletin verdiği bilgiye göre, birkaç düzine satışın gerçekleştiğini dikkate almaktadır (bkz. yukarıda paragraf 30).

Birinci fıkranın ikinci cümlesi bu nedenle bu davada geçerli değildir.

Ancak, AİHM Papamichalopoulos ve Diğerleri–Yunanistan davası kararında (24 Haziran 1993, Seri A No. 260-B, s. 69-70, paragraf 41-46) böyle bir fiili kamulaştırma olduğunu kabul etmiştir. Bu davada ordu, araziyi 109/1967 sayılı Yasa uyarınca işgal etmiştir. AİHM'nin görüşü şöyledir:

Söz konusu arazinin Donanma Fonu tarafından işgal edilmesi, başvurucuların mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme haklarına açık bir müdahale oluşturmaktadır. Müdahale 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ikinci fıkrasına göre mülkün kullanımının düzenlenmesi amacıyla yapılmamıştır. Ayrıca, başvurucular hiçbir zaman resmi bir kamulaştırmayla da karşı karşıya kalmamışlardır: 109/67 sayılı Yasa söz konusu arazinin mülkiyetini Donanma Fonuna devretmemiştir.

Sözleşme'nin amacı "pratik ve etkili" hakların korunması olduğundan, şikayet edilen durumun başvurucuların iddia ettiği gibi fiili kamulaştırma sayılıp sayılmayacağıının belirlenmesi gereklidir (bkz. diğer kararların yanı sıra, Sporrong ve Lönnroth–İsveç kararı, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, paragraf 63).

Hatırlanmalıdır ki 1967'de, zamanın askeri hükümeti tarafından yürürlüğe konan bir yasaya göre, Donanma Fonu, aralarında başvurucuların arazisinin de bulunduğu büyük bir araziye el koymuş; orada bir donanma üssü ile subaylar ve aileleri için bir askeri kamp kurmuştur.

Bu tarihten itibaren, başvurucular mülklerini ne kullanabilmişler, ne de satabilmiş, hibe edebilmiş, ipotek ettirebilmiş veya hediye olarak verebilmişlerdir; Donanmanın mülkünü kendisine iade etmesi için nihai bir mahkeme kararı çıkartabilen tek kişi olan Bay Petros Papamichalopoulos'un arazisine girmesine dahi izin verilmemiştir (bkz. yukarıda paragraflar 11-12).

[...]

Mahkeme, söz konusu arazinin elden çıkarılabilmesi imkânının tamamen ortadan kalkmasının, şimdikiye kadar şikâyete konu olan durumu telâfi etme girişimlerinin başarısız olduğu da dikkate alındığında, başvuruçuların mal ve mülklerinin dokunulmazlığına saygı duyulmasını isteme haklarını ihlâl edecek şekilde; fiili bir kamulaştırmaya konu olmalarına varan ciddi sonuçlara yol açtığına karar vermiştir.

Bu nedenle 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi ihlâl edilmiştir ve ihlâl edilmeye devam etmektedir.

Bu alıntılarda sözü edilen kamulaştırma örneklerine ek olarak, 1. Madde'nin ikinci cümlesi kapsamına giren başka mülkten yoksun bırakma türleri de bulunmaktadır.

Mülkten yoksun bırakmaya ilişkin diğer durumlar

Satın alma hakkının başkalarından önce uygulandığı bir durumda mülkten yoksun bırakma söz konusu olabilir. Hentrich–Fransa davası (22 Eylül 1994, Seri A No. 296-A, s. 18, paragraf 35) buna örnek teşkil etmektedir. Bu davada vergi yetkilileri, kişiler arasında gerçekleşen gayri menkul satışında ödenen fiyatın yetersiz olduğu durumlarda yasalar tarafından öngörülen başkalarından önce satın alma hakkına başvurmuştur. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

Başkalarından önce satın alma hakkı uygulamaya konulduğundan, Bayan Hentrich 1. Madde'nin birinci bendinin ikinci cümlesine göre mülkünden yoksun bırakılmıştır; Devlet buna itiraz etmemektedir.

Mülke el konulan durumlarda da yoksun bırakma söz konusu olabilir. Handyside davası (Handyside–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 30, paragraf 63) buna örnektir.

Diğer taraftan, Okul Kayıt Defterinin kaybedilmesi ve hasara uğraması başvuruçuyu bu malların mülkiyetinden kalıcı olarak yoksun bırakmıştır. Ancak bu önlemlere, hukuka uygun biçimde yasadışı ve genel çıkarlar açısından tehlikeli olduğuna hükmedilen unsurlara imha edilmek üzere el konmasını içeren Sözleşmecî Devletlerdeki ortak hukuk ilkesine göre yorumlanan 1 No.'lu Protokol'ün ikinci fıkrası tarafından izin verilmiştir.

Kaçak Krugerrand'ların ele geçirilmesi ve bunlara el konulması ile ilgili 24 Ekim 1986 tarihli AGOSI–Birleşik Krallık davası kararı, bunun ilk örneklerinden biridir.

Ancak AİHM Raimondo–İtalya davasında (22 Şubat 1994, Seri A No. 281-A, s. 16, paragraf 29) el koymanın her durumda ikinci cümle kapsamına girmediğine karar vermiştir. AİHM aşağıdaki sonuca varmıştır:

Mal ve mülkten yoksun bırakma ile ilgili olmasına karşın, mülke el konulması 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin kap-

samına girmeyebilir. (bkz. Handyside–Birleşik Krallık davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 30, paragraf 63 ve AGOSI–Birleşik Krallık davası kararı, 24 Ekim 1986, Seri A No. 108, s. 17, paragraf 51).

Bu bizi doğrudan, mülkten yoksun bırakmanın kesin olma özelliğine getirir.

Yoksun bırakmanın kesin olması zorunluluğu

1. Madde'nin ikinci cümlesinin devreye girebilmesi için, yoksun bırakma bulunması yetmez, yoksun bırakmanın aynı zamanda kesin olması gereklidir. Eğer değilse, el koyma ile ilgili olan Raimondo–İtalya davasında olduğu gibi, üçüncü cümle geçerli olacaktır (a.g.e., s. 16-17, paragraf 29):

İtalya'daki içtihada göre, bu davada söz konusu olduğu gibi bir el koyma, geriye alınamaz bir karar verilene kadar, mülkiyetin Devlet'e devredilmesi gibi bir etkiye sahip olamazdı (bkz. yukarıda paragraf 20). Bu durumda böyle bir karar yoktu çünkü Bay Raimondo 16 Ekim 1985 tarihli Catanzaro Bölge Mahkemesi'nin kararına itiraz etmişti (bkz. yukarıda paragraf 13). Bu nedenle, burada da, 1. Madde'nin 2. fıkrası geçerlidir.

AİHM bu ilkeyi kamulaştırma durumunda da uygulamıştır. Poiss–Avusturya davasında (23 Nisan 1987, Seri A No. 117) şunlar okunabilir (s. 108, paragraf 64):

Mahkeme öncelikle, Avusturya yetkililerinin ne resmi ne de fiili bir kamulaştırmayı uygulamaya koymadıklarının altını çizerek (bkz. Sporong ve Lönnroth davası kararı, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 24, paragraf 62-63). Nisan 1963'te gerçekleşen transfer geçici bir transferdir; ancak konsolidasyon planının yürürlüğe girmesi bunu geriye dönülmez kılacaktır (bkz. yukarıdaki paragraf 32). Yani başvurucular, nihai plan, işlemlerin daha önceki aşamasında yapılan dağıtım teyit etmediği takdirde arazilerini geri alabilirler. Buna göre, başvurucuların 1. Madde'nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde vurgulandığı şekilde kesin olarak mal ve mülklerinden yoksun bırakıldıkları söylenemez.

1. Madde'nin ikinci cümlesinin uygulanma koşulları

Mülkten yoksun bırakma işleminin yerine getirmesi gereken üç koşul bulunmaktadır: Yoksun bırakma “kamu yararına” olmalıdır, yasanın belirlediği koşullara saygı gösterilmelidir ve “uluslararası hukukun genel ilkelerine” uyulmalıdır.

Yoksun bırakmanın “kamu yararına” olması şartı

James ve Diğerleri–Birleşik Krallık davasında (22 Şubat 1986, Seri A No. 98, s. 32, paragraf 46) AİHM “kamu yararı” koşulunun incelenmesindeki yaklaşımını ortaya koymuştur:

Toplumlar ve onların ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olmalarından dolayı, ulusal yetkililer neyin “kamu yararına” olduğunu uluslararası hakimlerden daha iyi belirleme imkânına sahiptirler. AİHS'nin oluşturduğu koruma sistemi altında, hem mülkten yoksun bırakmayı gerekli kılacak kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını hem de alınacak telâfi önlemini belirlemek ulusal yetkililerin görevidir (bkz. gerekli değişikliklerle, Handyside kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 22, paragraf 48). Bu çerçevede, Sözleşme'nin koruması altına giren diğer alanlarda olduğu gibi, ulusal yetkililer belli bir takdir hakkına sahiptirler.

Ayrıca, “kamu yararı” kavramı oldukça kapsamlıdır. Özellikle, Komisyon'un vurguladığı üzere, mülkün kamulaştırılması ile ilgili yasaları yürürlüğe koyma kararı, genellikle siyasi, ekonomik ve sosyal konuların dikkate alınmasını gerektirir. Bunlarla ilgili görüşler ise, demokratik bir toplumda büyük farklılık gösterebilir. Mahkeme, sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organlarına sunulan takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini doğal karşılayarak, yasama organlarının neyin “kamu yararına” olduğu konusundaki kararına da, bu karar açık bir biçimde makul temelden yoksun olmadığı takdirde, saygı duyacaktır. Başka bir deyişle, Mahkeme ulusal yetkililerin değerlendirmesi yerine kendi değerlendirmesini koyamaz, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi kapsamında tartışılan önlemleri incelemek, bunu yaparken de ulusal yetkililerin değerlendirmesine temel oluşturan verileri sorgulamak zorundadır:

Dolayısıyla AİHM sadece öne sürülen “kamu yararı” amacının hukuka uygun veya “açıkça makul olmaktan uzak” olup olmadığını değerlendirir. Bu davada, AİHM şunları vurgulamıştır (a.g.e., s. 34, paragraf 49):

Mahkeme, bu nedenle Komisyon'un kararına katılmaktadır. Birleşik Krallık Parlamentosu'nun [kamu yararına bir sebebin] bulunduğuna inanması açık bir biçimde makul olmaktan uzak olarak değerlendirilemez.

Ancak, “kamu yararı” koşulu hukuki veya makul olmaktan uzak olmayan bir amaçtan fazlasını gerektirmektedir. AİHM'nin kararın devamında ifade ettiği gibi (a.g.e., s.34, paragraf 50) kamu yararı, kamu yararına olduğu iddia edilen amaç ile kullanılan yöntem (mal ve mülkten yoksun bırakma) arasında âdil bir denge kurulmasını da gerektirir:

Ancak bu, sorunu çözmemektedir. Bir kişiyi mülkünden yoksun bırakan bir önlemin, ilkede olduğu kadar uygulamada da “kamu yararına” meşru bir amaca hizmet etmesi yeterli değildir. Bunun yanı sıra, seçilen yol ve gerçekleştirilmeye çalışılan amaç (bkz., diğerlerinin yanı sıra ve gerekli değişikliklerle, yukarıda sözü edilen Ashingdane kararı, Seri A No. 93, s. 24-

25, paragraf 57) arasında da makul bir orantılılık ilişkisi bulunmalıdır. Bu ikinci koşul, Sporrong ve Lönnroth kararında başka bir ifadeyle, toplumun genel çıkarının gerektirdikleri ve kişinin temel haklarının korunması ihtiyacı arasında kurulması gereken “âdil denge” kavramı yoluyla ortaya konulmuştur (Seri A No.52, s. 26, paragraf 69). Söz konusu kişi eğer “bireysel ve aşırı bir yük” altına girmiş ise (a.g.e., s. 28, paragraf 73) zorunlu denge kurulamaz. Mahkeme bu kararda, birinci fıkranın birinci cümlesinde ortaya konulan mal ve mülk dokunulmazlığı hakkı ile ilgili genel kural bağlamında hareket ediyor olsa da, “bu dengenin aranmasının [...] bir bütün olarak 1. Madde'nin yapısında” bulunduğunu vurgulamıştır (a.g.e., s. 26, paragraf 69).

Aynı yaklaşımla, AİHM zımni bir tazminat hakkını ortaya koymak durumunda da kalmıştır (The Holy Monasteries–Yunanistan davası, 9 Aralık 1994, Seri A No. 301-A, s. 35, paragraf 71):

İtiraz konusu olan önlemin zorunlu âdil denge gözetilerek uygulamaya koyulup koyulmadığı ve başvurucular üzerinde orantsız bir yük oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken ilgili mevzuat altında yer alan tazminat şartları büyük önem taşımaktadır. Bu bağlantıda, mal veya mülkün değeri ile makul ölçüde bağlantılı bir miktar ödenmeksizin alınması, normal şartlar altında orantsız bir müdahale olacaktır; hiçbir tazminat ödenmemesi 1. Madde kapsamında ancak istisnai şartlarda haklı gösterilebilir. Ancak 1. Madde her koşulda tam tazminat hakkını da koruma altına almamaktadır; nitekim meşru “kamu yararı” amacı bulunduğu tam piyasa değerinin altında da bir ödeme yapılabilir (bkz. Lithgow ve Diğerleri–Birleşik Krallık kararı, 8 Temmuz 1986, Seri A No.102, s. 50-51, paragraf 121).

Son olarak AİHM, James ve Diğerleri davası kararında şu noktayı vurgulama şansına sahip olmuştur: Mal ve mülk mülkiyetine yapılan müdahalenin sadece belli kişilerin yararına olması, yoksun bırakmanın “kamu yararına” olmadığı anlamına gelmez (Yukarıda sözü edilen James ve Diğerleri davası kararı, s. 31-32, paragraf 41 ve 45).

“Kamu yararına” (“in the public interest”) şeklindeki İngilizce ifade, devredilen mülkün kamunun veya genel olarak toplumun kullanımına sunulması gerektiği, hatta toplumun büyük bir oranının bu alımdan doğrudan faydalanması gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Mülkün, toplum içinde sosyal adaleti arttırmak amacıyla uygulanan bir politika dahilinde alınması da “kamu yararına” olarak tanımlanabilir. Özel tarafların sözleşmelerden kaynaklanan veya mülkiyet haklarını düzenleyen bir yasal sistemin âdil oluşu da kamuyu ilgilendiren bir konudur, bu nedenle, mal ve mülkün bir bireyden diğerine

zorunlu transferini öngörse de, böyle bir adaleti sağlamaya yönelik yasal önlemler de “kamu yararına” olarak değerlendirilebilir.

Bu sebeplerle, Mahkeme Komisyon’la aynı sonuca varmaktadır: toplumun geneli alınan mülkü doğrudan kullanmasa veya faydalanmasa da meşru sosyal, ekonomik veya diğer politikalar çerçevesinde mülkün alınması “kamu yararına” olabilir. Bu nedenle kiralardan dondurulması reformu yasası 1. Madde’nin fiilen) ihlâli anlamına gelmez. Yine buna uygun olarak, yasanın diğer yönlerden “kamu yararı” testini geçip geçmediği ve 1. Madde’de belirtilen diğer şartları yerine getirip getirmediği incelenmelidir.

Müdahalenin hukuka uygun olması şartı

Kamu yararına bir sebep bulunması yeterli değildir. 1. Madde yoksun bırakmanın aynı zamanda yasal bir dayanağı olması şartını getirmektedir. Bu çerçevede, AİHM iki koşul ileri sürmektedir: Yasanın âdil olmayan bir şekilde uygulanmaması ve bireylerin mülklerine yapılabilecek muhtemel müdahaleler hakkında bilgi sahibi olabilmelerini sağlayacak şekilde açık olması. Hentrich–Fransa kararında (22 Eylül 1994, Seri A No: 296-A, s. 19, paragraf 42), AİHM bir mal ya da mülkü başkalarından önce satın alma hakkı önlemi ile bağlantılı olarak şunları belirtmiştir:

Mevcut davada, başkalarından önce satın alma hakkı rast gele ve seçici olarak uygulanmıştır ve büyük ölçüde öngörülemezdir. Usule ilişkin temel teminatlardan yoksundur. Özellikle, Genel Vergi Kanununun 668 No.’lu Maddesi, o tarihe kadar Yüksek Mahkeme tarafından yorumlandığı ve başvurucuya uygulandığı şekliyle, AİHM kapsamındaki yasa kavramına uygun olarak kesinlik ve öngörülebilirlik şartlarını tam olarak yerine getirmemiştir.

Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma zorunluluğu

Bu üçüncü ve son koşula göre, AİHM şunları vurgulamıştır (yukarıda anlatılan James ve Diğerleri davası kararı, s. 40, paragraf 66):

Bütün bu nedenlerle, Mahkeme, uluslararası hukukun genel ilkelerinin, devletin kendi vatandaşlarının mülkünü alması durumunda uygulanamayacağına karar vermiştir.

4. 1 No.’lu Protokol’ün 1. Maddesi’nin üçüncü cümlesi (ikinci fıkra)

1. Madde’nin üçüncü cümlesi, ikinci fıkrayı oluşturur. Bu fıkra şöyledir:

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya

vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.

1. Madde'nin üçüncü cümlesinin (ikinci fıkranın) uygulanma koşulları

Handyside kararında (7 Aralık 1976, Seri A No. 24, s. 29, paragraf 62'nin tamamı) AİHM şunu vurgulamıştır:

10. Maddenin 2. fıkrasından farklı olarak, [ikinci] fıkra Sözleşmeciler Devletleri bir müdahalenin gerekliliği konusunda tek hakem kılar. Sonuç itibariyle Mahkeme, kendisini söz konusu kısıtlamanın yasalara uygunluğunu ve amacını denetlemekle sınırlamalıdır.

Yine de bu durum, her müdahaleye izin verileceği anlamına gelmez. Daha genel olarak, AİHM Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH–Hollanda davasında (22 Şubat 1995, Seri A No. 306-B, s. 49, paragraf 62) şu noktalara dikkat çekmiştir:

Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ikinci fıkrası, Madde'nin birinci cümlesinde belirtilen ilke ışığında ele alınmalıdır (bkz, birçok diğer kararın yanı sıra AGOSI kararı, a.g.e.). Sonuç itibariyle, bir müdahale toplumun genel çıkarlarının gerekleri ve bireyin temel haklarının korunması gerekliliği arasında "adil bir denge" oluşturmalıdır. Bu dengeyi oluşturmanın önemi ikinci fıkra da dahil olmak üzere, 1. Madde'nin yapısının genelinde yansıtılmaktadır: Kullanılan yöntem ve ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır.

Yukarıdaki alıntının son bölümü aynı zamanda AİHM'nin müdahalenin amacını ve orantılılığını doğrulayacağı anlamına da gelmektedir.

1. Madde'nin üçüncü cümlesinin (ikinci fıkrasının) uygulanmasına ilişkin örnekler

Toplumun çıkarları doğrultusunda alınan önlemler

Üçüncü cümle, örneğin kira kontrolü söz konusu olduğu durumlarda uygulanır. Bu çerçevede AİHM, Mellacher ve Diğerleri davası kararında (19 Aralık 1989, Seri A No. 169, s. 25, paragraf 44) şunları vurgulamıştır:

Mahkeme alınan önlemlerin ne resmi ne de fiili kamulaştırma anlamına gelmediğine karar vermiştir. Başvurucuların mülkünün devri söz konusu değildir ve mülklerini kullanma, kiralama veya satma haklarından yoksun bırakılmamışlardır. İtiraz konusu önlemler başvurucuları mülklerinden elde ettikleri gelirin bir bölümünden yoksun bıraksa da, mevcut şartlar altında

ancak mülklerinin kullanımının düzenlenmesi anlamına gelmektedir. Buna göre, 1. Madde'nin ikinci fıkrası uygulanır.

AİHM şu karara varmıştır (a.g.e., s. 30, paragraf 57):

Bu nedenlerle Mahkeme, Avusturya yasama organının 1981 tarihli Kira Yasasını yürürlüğe koyarken toplumun genel çıkarları ve genelde mülk sahiplerinin, özelde ise başvurucuların hakları arasında âdil bir denge oluşturma ihtiyacını dikkate aldığı, bu nedenle seçilen yolun ulaşılmak istenen meşru amaca uygun olduğu şeklindeki yaklaşımının makul olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme, 1981 Kira Yasası uyarınca başvurucuların maruz kaldıkları kira düşüşüne ilişkin olarak 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ikinci fıkrasında belirtilen şartların yerine getirildiği görüşündedir.

Arazi kullanımını düzenleyen önlemlerle ilgili olarak, bkz. Coster–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Ocak 2001, Başvuru No. 24876/94, paragraf 130-133.

Cezai ve önleyici önlemler

Üçüncü cümle (ikinci fıkra) aynı zamanda haciz (“sequestration”) ile ilgilidir. Bu konuyla ilgili olarak **AİHM** şu görüşünü ortaya koymuştur (Venditelli–İtalya davası, 18 Temmuz 1994, Seri A No. 293-A, s.12, paragraf 38):

Komisyon gibi, Mahkeme de itiraz konusu önlemin yasadan kaynaklandığına ve başvurucuyu mülkünden yoksun bırakmak amacıyla tasarlanmadığına, sadece mülkünü kullanımını önlemek amacını taşıdığına karar vermiştir. Sonuç itibarıyla, bu durumda 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi geçerlidir

AİHM üçüncü cümleyi (ikinci fıkrayı) el koyma (“seizure”) halinde de uygulamaktadır. Raimondo–İtalya davasında (22 Şubat 1994, Seri A No.281-A, p.16, paragraf 27) şunları vurgulamıştır:

Komisyon'a katılan Mahkeme'ye göre de el koyma 1965 Yasasının [Bölüm 2 ter]'i uyarınca gerçekleşmiştir ve başvurucuyu mal ve mülkünden yoksun bırakmak değil sadece bunları kullanmasını önlemek amacını taşımaktadır. Bu sebeple, mevcut durumda geçerli olan, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'dir.

Müsadere (“confiscation”) durumunda ise, 1. Madde'nin ikinci cümlesine atıfta bulunulmalıdır.

Diğer Durumlar

Üçüncü cümle inşaat yasalarında da uygulanır (Sporrong ve Lönnroth–İsveç, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 25, paragraf 64).

Ashında üçüncü cümle, yasal dayanağı olan her türlü yönetmelik için geçerlidir.

5. 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin birinci cümlesi

1. Madde'nin birinci cümlesi şöyledir:

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.

Birinci cümlenin ikincil olma özelliği

Birinci cümle ikincil bir rol üstlenir ve mal ve mülkten yoksun bırakmanın (ikinci cümle) veya mülkün kullanımının düzenlenmesinin (üçüncü cümle) kesin olarak bulunmadığı durumlarda Devletin herhangi bir müdahalesinin bulunup bulunmadığını belirler. Bu çerçevede, Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası kararında (23 Eylül 1982, Seri A No. 152, s. 25, paragraf 65), AİHM kamulaştırma izni ile ilgili olarak şunları vurgulamıştır:

[...] kamulaştırma izinlerinin amacı [mal ve mülkün kullanımını] kısıtlamak veya düzenlemek değildi. Bunlar mal ve mülkten yoksun bırakmaya yönelik bir usulün ilk adımı olduğu için, ikinci fıkranın kapsamına girememektedirler. Bunlar, birinci fıkranın birinci cümlesi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Böylece, Poiss-Avusturya davasında (23 Nisan 1987, Seri A No.117, s.107-108, paragraf 62 ve 64) AİHM geçici arazi devri ile bağlantılı olarak aşağıdakileri ortaya koymuştur:

Başvurucuların, Protokol'ün 1. Maddesi tarafından teminat altına alınan mülkiyet hakkına tartışmasız olarak bir müdahale gerçekleşmiştir (bkz. Marckx kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, s. 27, paragraf 63): 22 Nisan 1963'te arazileri konsolidasyon programının tarafları olan diğer mülk sahiplerine tahsis edilmiş veya topluma yönelik önlemler veya tesisler için kullanılmış; şu ana kadar, yerel yasaların öngördüğü aynı tazminat nihai bir kararla kendilerine ödenmemiştir.

[...]

Mahkeme öncelikle, Avusturya yetkililerinin ne resmi bir kamulaştırma, ne de fiili kamulaştırmayı hayata geçirmediklerinin altını çizerek (bkz. Sporrong-Lönnroth davası kararı, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, p. 24, paragraf 62-63). Nisan 1963'te gerçekleşen devir geçici bir devirdir; ancak konsolidasyon planının yürürlüğe girmesi bunu geriye dönülmez kılacaktır (bkz. yukardaki paragraf 32). Yani başvurucular, nihai plan işlemlerin daha önceki aşamasında yapılan dağıtımı teyit etmediği takdirde arazilerini geri alabilirler. Buna göre, başvurucuların 1. Madde'nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde vurgulandığı şekilde kesin olarak mal ve mülklerinden yoksun bırakıldıkları söylenemez.

Geçici devir, arazinin “kullanımını” (1. Madde’nin ikinci fıkrası) kısıtlamak veya düzenlemek amacı ile de tasarlanmamıştır; “geçici mülk sahipleri” tarafından, daha ileri ve ölçekli tarım yapılması amacıyla konsolidasyon alanının yeniden yapılandırılması amaçlanmıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 32) Bu nedenle devir 1. Madde’nin birinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında ele alınmalıdır (Poiss davası, Seri A No. 117, paragraf 64).

AIHM aynı ilkeyi Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis–Yunanistan davası kararında da vurgulamıştır (9 Aralık 1994, Seri A No. 301-B, s. 86, paragraf 67-68):

[...] başvuruçuların, nihai etkiye sahip bir tahkim kararının uygulanmasını sağlamaları ve buna göre Devletin onlara, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışırken yaptıkları harcamalara istinaden belirlenen miktarları ödemesi ve hatta söz konusu miktarları tahsil edebilmek için mahkemeye başvurmaları imkânsızdı.

Sonuç olarak, başvuruçuların mülkiyet hakkına müdahale gerçekleşmiştir.

Söz konusu müdahale ne kamulaştırma ne de mülkün kullanımını düzenlemeye yönelik bir önlemdir; bu, 1. Madde’nin birinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında ele alınmalıdır.

1. Madde’nin uygulanması

İkinci ve üçüncü cümlelerin uygulanması ve birinci cümlelerin uygulanması arasındaki ilişki

James ve Diğerleri–Birleşik Krallık davası kararında (21 Şubat 1986, Seri A No. 98, s. 43, paragraf 71) bu konuya değinilmektedir.

Ayrıca ve buna ek olarak, başvuruçular 1.Madde’nin birinci cümlesinde teminat altına alınan mülkiyet haklarına saygı duyulmasını isteme haklarının da ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Mal ve mülkten yoksun bırakmayı belli şartlara bağlayan (ikinci cümledeki) kural, mülkiyet hakkına saygı duyulması hakkına müdahale şeklindeki en radikal sayılabilecek kategori ile ilgilidir (bkz. yukarıda paragraf 37’nin tamamı); ikinci cümle, birinci cümlede altı çizilen genel ilkeyi tamamlar ve niteliklerini tanımlar özelliindedir. Hâl böyleyken, bu genel ilkenin mevcut durumda uygulanması ile Mahkeme’nin ikinci cümle çerçevesinde vardığından farklı bir sonuca ulaşılması düşünülemez.

Birinci cümlelerin uygulanması

Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasında (23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 26, paragraf 69) AIHM şu konuları vurgulamıştır:

İzinlerin ne birinci fıkranın ikinci cümlesinin, ne de ikinci fıkranın kapsamına girmemesi, söz konusu hakka yapılan müdahalenin birinci fıkranın birinci cümlesindeki kuralı ihlâl ettiği anlamına gelmez.

İkinci hüküm doğrultusunda, Mahkeme toplumun genel çıkarlarının gerektirdikleri ve bireyin temel haklarının korunmasının gerekliliği arasında âdil bir denge gözetilip gözetilmediğini değerlendirmelidir (bkz., gerekli değişikliklerle, “Belçika’da Eğitim Dili” davası kararı, 23 Temmuz 1968, Seri A No. 6, s. 32, paragraf 5). Bu denge arayışı, AIHS’nin bütününde ve 1. Madde’nin yapısında da yer almaktadır.

1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi – Eğitim hakkı

1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi şöyledir:

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen–Danimarka davası kararı (2 Aralık 1976, Seri A No:23, s. 25-26, paragraf 51-52) bu maddenin bir incelemesi niteliğindedir:

Yapısından da anlaşıldığı üzere, 2. madde birinci cümlesinin hakimiyetinde olan bir bütün oluşturmaktadır. Eğitim hakkını reddetmemeye bağlanan Sözleşmeci Devletler, yetki alanlarındaki herkese “belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını” ve “tamamladığı eğitim çalışmalarının resmi olarak tanınması yoluyla” “alınan eğitimden kâr” “elde etme imkânını” vermektedir (“Belçika’da Eğitim Dili” davasında esasa ilişkin 23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri A No. 6, s. 30-32, paragraf 3-5).

2. Madde’nin ikinci cümlesinde ifade edilen husus, temel eğitim hakkının uzantısı olan bir hakla ilgilidir (yukarıdaki paragraf 50). Çocuklara karşı doğal bir görevin (ana ve babanın çocuklarının “eğitim ve öğreniminden” esas olarak sorumlu olması) yerine getirilmesinde ana ve baba kendi dini ve felsefi inançlarına saygı duyulmasını isteyebilir. Dolayısıyla bu hak, eğitim hakkına saygı duyulması ve bu hakkın kullanılması ile yakından bağlantılı bir sorumluluğa karşılıktır.

Diğer taraftan, “Sözleşme’nin hükümleri ile Protokol bir bütün olarak okunmalıdır” (yukarıda sözü geçen 23 Temmuz 1968 tarihli karar, a.g.e., s. 30,

paragraf 1). Yine buna göre, 2. Madde'nin iki cümlesi birbirleri ile ve aynı zamanda özellikle AİHS'nin 8, 9 ve 10. Maddeleri ile bağlantılı olarak okunmalıdır [...].

Konuya bu şekilde bir girişten sonra, 2. Madde'yi oluşturan iki cümle sırasıyla incelenecektir.

1. 1 No.'lu Protokol'un 2. Maddesi'nin birinci cümlesi – Eğitim hakkı

2. Madde'nin birinci cümlesi şöyledir:

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.

“Belçika’da Eğitim Dili” davası bu cümlemin anlamını açıklamaya yönelik ilk örnektir (23 Temmuz 1968 tarihli karar, Seri A No. 6, s. 31-32, paragraf 3-5):

Protokol’ün 2. Maddesi’nin birinci cümlesi [...] öncelikle, belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını teminat altına alır, ancak bu erişim, eğitim hakkının ancak bir bölümünü oluşturmaktadır. “Eğitim hakkı”nın etkili olması için, diğer hususların yanı sıra, eğitimi alan bireyin aldığı eğitimden kâr elde etme, ya da bir başka deyişle, o ya da bu şekilde, her Devlette yürürlükte olan kurallar çerçevesinde, tamamladığı eğitimin resmi olarak tanınması imkânına da sahip olması gereklidir.

Aynı davada, AİHM şunların altını çizmiştir (s. 42-43, paragraf 7):

[Sorum] esas olarak, Devlet’in, sadece Felemenkçe konuşulan bölgede, eğitimin Fransızca olarak verileceği (Belçika’da zorunlu olan) ilkökul eğitimi oluşturmayı veya sübvans etmeyi reddetmesinden kaynaklanmaktadır.

Bu ret, Protokol’ün birinci cümlesinin ortaya koyduğu şartlar ile uyumlu değildir. Mahkeme bu hükmü yorumlarken eğitimin belli bir dilde verildiği okulların kurulması veya sübvans edilmesi hakkını içermediğini zaten vurgulamıştır. 2. Madde’nin birinci cümlesi kendi başına bir dil koşulu getirmektedir. Bu cümle belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını ve her Devlette yürürlükte olan kurallar çerçevesinde, o ya da bu şekilde, tamamlanan eğitimin resmi olarak tanınmasını teminat altına alır. Bu son hakkın burada ele alınan konu ile ilgisi yoktur. Tek dilli bölgelerde, hem Fransızca hem de Felemenkçe konuşan çocuklar devlet okullarına veya sübvans edilen, yani bölgenin dilinde eğitim veren eğitim kurumlarına erişebilmektedirler.

Campbell ve Cosans–Birleşik Krallık davasında, AİHM bir çocuğun okuldan uzaklaştırılmasının “eğitim hakkı”nı ihlâl ettiğine karar vermiştir (25 Şubat 1982 tarihli karar, Seri A No. 48, s. 19, paragraf 41). Çocuğun okuldan

uzaklaştırılmasının sebebi hem kendisinin, hem de ana ve babasının bedensel cezaya karşı olmalarıdır. AİHM bu cezanın Protokol'ün 2. maddesi'nin ikinci cümlesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanarak uzaklaştırmanın verilemeyeceğine ve buna göre de, “eğitim hakkının” hayata geçirilmediğine karar vermiştir.

2. Madde'nin birinci cümlesinde güvence altına alınan eğitim hakkı, doğası itibarıyla Devlet'in düzenlemesini gerektirmektedir, ancak bu düzenlemeler hiç bir zaman hakkın özünü zedelememeli ve AİHS ya da Protokollerinde korunan diğer haklarla çelişki oluşturamamalıdır (bkz. 23 Temmuz 1968 tarihli “Belçika'da Eğitim Dili” davasının esasına ilişkin karar, Seri A No.6, s. 32, paragraf 5).

Jeffrey Cosans'ın okuldan uzaklaştırılmasına (ki neredeyse tam bir öğretim yılı boyunca sürmüştür), kendisinin ve ana babasının, kendisinin bedensel olarak cezalandırılmasına veya bu cezaya maruz kalma ihtimaline itiraz etmeleri neden olmuştur (bkz. yukarıda paragraf 10-11). Okula dönmesi, ancak ana ve babası Birleşik Krallık'ın 2. Madde'nin ikinci cümlesi uyarınca saygı duymakla yükümlü olduğu inançlarına aykırı hareket etmesi halinde mümkün olabilecekti (bkz. yukarıda paragraf 35-36). Bir eğitim kurumuna erişim şartı, 1 No.'lu Protokol'de yer alan bir başka hakla bu şekilde çelişki oluşturduğunda, makul olarak tanımlanamaz ve her halükârda 2. Madde altında tanımlanan Devlet'in düzenleme yetkisi aşılmış olur.

Buna göre, Jeffrey Cosans ile ilgili olarak, bu maddenin birinci cümlesi ihlâl edilmiştir.

Bu davada en önemli görülen noktanın, okuldan uzaklaştırmanın gerekçesi olduğu vurgulanmalıdır.

2. 1 No.'lu Protokol'un 2. Maddesi'nin ikinci cümlesi – Ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı

2. Madde'nin ikinci cümlesi şöyledir:

Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dinî ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

“Dini ve felsefi inançlar”ın anlamı

Campbell ve Cosans–Birleşik Krallık davasında (25 Şubat 1982, Seri A No.48, s. 16, paragraf 36) AİHM 2. Madde’nin ikinci cümlesi kapsamında “felsefi inançlar” kelimelerinin bir açıklamasını sunmuştur:

“Yargılar” (convictions) kelimesi, sıradan anlamıyla, tek başına ele alındığında, ifade özgürlüğünü teminat altına alan AİHS’nin 10. Maddesi’nde kullanılan “fikirlere” ve “görüşler” kelimeleriyle eşanlamlı değildir; daha çok, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan 9. Madde’deki “inançlar” (İngilizce metinde: “beliefs”, Fransızca metinde: “convictions”) kelimesine benzemektedir ve belli bir ikna edicilik, ciddiyet, tutarlılık ve önem düzeyine ulaşan görüşleri ifade etmektedir.

“Felsefi” sıfatına gelince, travaux préparatoires’da (hazırlık çalışmaları) bunun kapsamlı tanımına ulaşmak ve tam olarak öneminin ne olduğuna dair bilgi almak mümkün değildir. Komisyon, “felsefi” kelimesinin birkaç anlam taşıdığını vurgulamıştır: Bu terim, kapsamlı bir düşünce sistemine, ya da daha genel olarak, önemsiz sayılabilecek konulardaki görüşlere işaret etmek için kullanılır. Mahkeme, 2. Madde’nin yorumlanmasında bu iki uca da gidilemeyeceği konusunda Komisyon’a katılmaktadır: birincisi bütün ana ve babalar için güvence altına alınan bir hakkın kapsamını çok daraltmış olacaktır, ikincisi ise tanımın kapsamına yetersiz ağırlığa ve öneme sahip konuların da dahil edilmesine yol açacaktır.

17. Madde de dahil olmak üzere Sözleşme bir bütün olarak ele alındığında, Mahkeme’nin görüşüne göre, “felsefi yargılar” ifadesi ile mevcut bağlamda, “demokratik bir toplumda” saygı duyulmaya değer (bkz. en yeni örnek olarak, Young, James ve Webster davası kararı, 13 Ağustos 1981, Seri A No. 44, s. 25, paragraf 63), insan onuru ile bağdaşan yargılar kastedilmektedir; ayrıca, 2. Madde’nin tamamının birinci cümle üzerine kurulu olduğu düşünülecek olursa, bu yargılar çocuğun temel eğitim hakkı ile de çelişki içinde olmamalıdır (bkz. Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen davası kararı, 7 Aralık 1976, Seri A No. 23, s. 25-26, paragraf 52).

“Belçika’da Eğitim Dili” davasındaki kararında AİHM, ana ve babanın dil tercihlerinin felsefi ya da dini bir özelliğe sahip olduğunun düşünülmemeyeceğini, ancak ikinci cümlelerin güvence altına almadığı, eğitimin içeriği alanına girdiğini vurgulamıştır (s. 32, paragraf 6):

Protokol’ün 2. Maddesi eğitim hakkını güvence altına almaz; bu kullanılan ifadede de açıkça anlaşılmaktadır: [...] Bu hüküm Devletlerin eğitim ve öğretim alanında ana ve babaların dil tercihlerine değil, sadece dini ve felsefi inançlarına saygı duyması gerektiğini belirtmektedir. “Dini” ve “felsefi” terimlerini

dil tercihlerini de içine alacak şekilde yorumlamak, bunların sıradan ve alışlagelmiş anlamlarının değişmesine ve AİHS'den, orada olmayan bir anlam çıkarılmasına yol açacaktır.

2. Madde'nin ikinci cümlesinin kapsamı ve sonuçları

Devlet'in bakış açısından ikinci cümleinin kapsamı

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen–Danimarka davası kararı (2 Aralık 1976, Seri A No. 23, s. 25-26, paragraf 51-52), Devlet'in ana ve babanın “inançlarına” saygı gösterebilmek için 2. Madde'nin okunmasında benimsemesi gereken yaklaşımı ortaya koymaktadır:

[...] “AİHS ve Protokol'ün hükümleri bir bütün olarak okunmalıdır” (yukarıda bahsedilen 23 Temmuz 1968 tarihli karar, a.g.e., s. 30, paragraf 1). Buna göre, 2. Madde'nin iki cümlesi, yalnızca birbirleri ile değil, aynı zamanda, özellikle ana ve babalar ve çocuklar da dahil olmak üzere herkesin “özel hayatının ve aile hayatının korunması”, “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” ve “haber veya fikir alma ve verme özgürlüğü” haklarını koruyan 8., 9. ve 10. Maddeleri ile de bağlantılı olarak okunmalıdır.

Daha belirgin olarak, 2. Madde'nin bütün eğitim konularına uygulandığını vurgulamaktadır (a.g.e.):

Devlet'in eğitim ve öğretimle ilgili görevlerinden her biri ile ilgili olarak geçerli olan 2. Madde, din eğitimi ve diğer dersler arasında bir ayırım yapılmasına izin vermemektedir. Bu Madde, bütün Devlet eğitim programı içinde, ister dini ister felsefi olsun, ana babaların inançlarına saygı duymayı Devlet'e emretmektedir.

Daha da detaya inilecek olursa, Kjeldsen davası aynı zamanda Devlet'in, okul müfredatının belirlenmesindeki rolüne ışık tutulmasına yardımcı olmuştur (a.g.e., s. 26-27, paragraf 53). AİHM kararı şöyledir:

[...]müfredatın belirlenmesi ve planlanması ilkel olarak Sözleşmeciler Devletler'in yetki alanına girmektedir. Bu çerçevede, belli konuların uygun olup olmadığı değerlendirilir, bunlar da Mahkeme'nin karar veremeyeceği, çözümleri ülkeden ülkeye ve zaman içinde değişebilecek konulardır. Özellikle Protokol'ün 2. Maddesi'nin ikinci cümlesi, Devletlerin eğitim ve öğretim yoluyla doğrudan ya da dolaylı olarak dini ve felsefi türden bilgiler vermesini engellemektedir. Hatta ana ve babaların okul müfredatına bu tür eğitim ve öğretimin eklenmesine itiraz etmelerine dahi izin vermemektedir, çünkü aksi takdirde, kurumsallaşmış eğitim bütünüyle uygulanabilir olma özelliğini kaybedecektir. Aslında, okulda öğretilen birçok konunun, az ya da çok, belli bir

noktaya kadar felsefi yapısı ya da özellikleri olması kaçınılmazdır. Felsefi, kozmolojik veya ahlâki alanda her konuya cevap veren veya verebilen çok geniş bir dogmatik ve ahlâki varlık oluşturan dinlerin mevcudiyeti düşünüldüğünde, aynı şeyi dini bağlılıklar için de söylemek mümkündür.

Ancak diğer taraftan, 2. Madde'nin ikinci cümlesi Devlet'in, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği rolü yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir yaklaşımla sunulmasını sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. Devlet'in ana ve babaların dini ve felsefi inançları ile bağdaşmayabilecek bir endoktrinasyon amacını gütmesi yasaklanmaktadır. Aşılması gereken sınır budur.

Böyle bir yorum, aynı zamanda Protokol'ün 2. Maddesi'nin birinci cümlesi, AİHS'nin 8 ila 10. Maddeleri ve demokratik bir toplumda ideal ve değerlerin korunması ve geliştirilmesi amacını taşıyan bir belge olan AİHS'nin genel ruhu ile uyumludur.

Bu davada başvuruçular cinsel eğitimin inançlarına aykırı olduğunu savunmuşlardır. AİHM şunları ifade etmiştir (s. 28, paragraf 54):

[...] tartışılan mevzuat, kendi başına, başvuruçuların dini ve felsefi inançlarını,

1. Madde'nin ve AİHS'nin bütünü'nün ışığında yorumlanan Protokol'ün 2. Maddesi'nin ikinci cümlesi tarafından yasaklanan şekilde zedelememektedir.

Son olarak, Kjeldsen davası (a.g.e., s. 24, paragraf 50) Devlet'in eğitimin örgütlenmesindeki rolünü tanımlar. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

2. Madde'nin ikinci cümlesi Sözleşmeciler Devlet üzerinde, eğitim ve öğretim alanında gerçekleştireceği işlevlerin (Sözleşme'nin İngilizce'sinde "any functions"/"bütün işlevler" denilmektedir) yerine getirilmesinde bağlayıcıdır, buna kamu eğitiminin düzenlenmesi ve finansmanı da dahildir.

AİHM, bu ilkenin uygulanması çerçevesinde disiplin konularının da 2. Madde'nin ikinci cümlesi kapsamına girdiğine ve Devlet'in de bunlardan sorumlu olduğuna karar vermiştir (daha önce bahsedilen Campbell ve Cosans davası, s. 15-16, paragraf 35):

Davalı Devlet'in [eğitim] alan[ında] üstlenmiş olduğu görevler, [...] eğitim sisteminin genel olarak denetimini de içerir, bunlar arasında disiplin konuları da bulunmalıdır (bkz. yukarıda paragraf 34).

Böylece, Campbell ve Cosans davasında Mahkeme Devlet'in, ana ve babanın bedensel cezaya başvurulması konusundaki inançlarına saygı göstermeyerek, 2. Madde'yi ihlâl ettiğine karar vermiştir (s. 18, paragraf 38).

Bayan Campbell ve Bayan Cosans buna göre, 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin ikinci cümlesinin ihlâlinden mağdur olmuşlardır.

Ana ve babanın bakış açısıyla 2. Madde'nin ikinci cümlesinin kapsamı

Devlet tarafından üstlenilen bütün yükümlülükler dikkate alındığında, AİHM, ana ve babanın, inançları konusunda sahip oldukları hakların yanı sıra bir de görevleri bulunduğunu vurgulamıştır (a.g.e., s. 25-26, paragraf 51-52):

Çocuklarına karşı doğal bir görevin (çocuklarının “eğitim ve öğretiminden” esas olarak ana ve babanın sorumlu olması) yerine getirilmesinde, ana ve babalar Devlet'ten dini ve felsefi inançlarına saygı duymasını talep edebilirler. Onların bu hakkı, eğitim hakkından faydalanılması ve eğitim hakkının uygulanması ile yakından bağlantılı bir sorumluluğu da beraberinde getirir.

Olsson-İsveç davasında, çocukları kamu idaresinin bakımı altında bulunduğu da ana ve babanın 2. Madde kapsamındaki haklarını kaybetmediklerine karar verilmiştir. Aşağıdaki bölüm bununla ilgilidir (Olsson davası, 24 Mart 1988, Seri A No. 130, s. 40, paragraf 95-96):

Mahkeme, çocukların Devlet'in bakımı altına girmesinin, başvuruçuların 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamındaki bütün haklarını kaybetmeleri anlamına gelmediği konusunda Komisyon'a katılmaktadır.

Ancak bu davada, AİHM 2. Madde'nin ihlâl edilmediğine karar vermiştir:

Ancak Mahkeme, Komisyon'un da belirttiği gibi, Bay ve Bayan Olsson'un, kendilerini ateist olarak tanımlamalarına karşın, İsveç Kilisesi'nden ayrılmadıklarının (bkz. yukarıda paragraf 8) ve oldukça geç bir aşamaya kadar, çocuklarını dinsiz büyütme konusunda özel bir kaygı taşıdıklarına dair somut bir gösterge bulunmadığının altını çizer.

Bay ve Bayan Olsson Devlet'in bakımı altında çocukların genel eğitiminin uygulamada arzu ettiklerinden farklı olduğunu da ortaya koymamışlardır.

Bu koşullar altında 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin ihlâli söz konusu olmamıştır.

Son olarak, AİHM 2. Madde'nin ikinci cümlesinin reşit olmayan çocuklara değil, yalnızca ana ve babaya bir hak verdiğinin altını çizmiştir. Eriksson-İsveç davasında (22 Haziran 1989, Seri A No. 156, s. 31, paragraf 93) Bayan Eriksson'un kızı Lisa kamu idaresinin bakımı altına alınmıştır. AİHM'nin görüşüne göre:

1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamında yapılan şikayet, “hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” şeklindeki birinci cümleye değil, sadece ana ve baba için bir hakkı koruma altına alan ikinci cümleye dayalıdır. Bu nedenle Lisa iddia edildiği gibi, yalnız başına ya da Sözleşme'nin 13. Maddesi ile birlikte ele alındığında bir 2. Madde ihlâli mağduru değildir.

1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi – Seçim Hakkı *1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi şöyledir:*
Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.

Mathieu-Mohin ve Clerfayt–Belçika davasında (2 Mart 1987, Seri A No. 113, s. 22-24, paragraf 48-54) AİHM bu hükmün yorumunu ortaya koymuştur:

AİHS'nin neredeyse esas teşkil eden bütün diğer maddelerinde ve 1, 4, 6 ve 7 No.'lu Protokollerde “Herkes ... hakkına sahiptir” ya da “Hiç kimsemez” kelimeleri kullanılırken 3. Madde “Yüksek Sözleşmeci Taraflar ... taahhüt ederler” ifadesini kullanmaktadır. Bundan zaman zaman maddenin bu Tarafların yargı alanı içinde “doğrudan herkese sunulan” bireysel hak ve özgürlüklere (bkz. İrlanda–Birleşik Krallık davası kararı, 18 Ocak 1978, Seri A No.25, s. 91, paragraf 239) değil, sadece Devletler arasında yükümlülükler yol açtığı sonucu çıkarılmıştır.

[...]

Dikkatli bir inceleme yapıldığında bu derece kısıtlı bir yorumla ulaşılamaz.

[...]

Buna göre (Mahkeme karşısına çıkanlar da buna katılmışlardır) 3. Madde’de kullanılan ifadeler, devletler arası özelliği nedeniyle AİHS veya Protokollerin diğer esas teşkil eden maddelerinden özde herhangi bir farklılık taşımamaktadır. Bu ifadelerin altında yatan neden, daha çok, üstlenilen taahhüde daha büyük bir ağırlık kazandırma isteğinden ve söz konusu alandaki temel yükümlülüğün, medeni ve politik hakların çoğunda olduğu gibi, çekimser kalmak ya da müdahalede bulunmamak değil, Devlet’in demokratik seçimleri “hayata geçirmek” üzere pozitif önlemler uygulaması olduğu gerçeğinden kaynaklanıyor olabilir.

Bu maddenin Devlet’e pozitif yükümlülük getiren nadir hükümlerden biri olduğunu vurgulamak gerekir; madde temel bir hakkı koruma altına almakla birlikte, önemli kararlara konu oluşturmamıştır. AİHM yalnızca, uygulanacak seçim sisteminin seçiminde her Devlet’e geniş bir takdir yetkisi bıraktığını vurgulamakla yetinmiştir (aynı karar):

Söz konusu haklar mutlak değildir. 3. Madde bunları tanımlamak bir yana, açık ifadelerle de ortaya koymadan tanıdığı için, buradan belli zımni sınırlamalar çıkarılması mümkündür (bkz. gerekli değişikliklerle, Golder davası kararı, 21 Şubat 1975, Seri A No. 18, s. 18-19, paragraf 38).

[...]

3. Madde yalnızca yasama organının, ya da iki veya daha fazla dairesi varsa bunların en azından birinin seçimi ile ilgili olarak geçerlidir (*Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, cilt VIII, s. 46, 50 ve 52). Ancak "yasama organı" terimi sadece ulusal meclis anlamına gelmeyebilir; bu söz konusu Devlet'in anayasal yapısı ışığında yorumlanmalıdır.

[...]

"Yasama organının" seçilmesi yöntemine gelince, 3. Madde yalnızca "halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde" "makul aralıklarla" ve "gizli oyla serbest" seçimler yapılmasını şart koşar. Buna göre, nispi temsil ya da bir veya iki seçimle çoğunluk oylaması gibi "belli bir sistem oluşturma yükümlülüğü" getirmez (*Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, cilt VII, s. 130, 202 ve 210 ve cilt VIII, s. 14).

Burada da Mahkeme, konu ile ilgili yasalarının zaman ve mekâna göre değiştiği dikkate alınrsa, Sözleşmeciler Devletlerin geniş bir takdir hakkı olduğunu kabul etmektedir.

Seçim sistemleri, bazen birbiri ile asgari uyum içindeki hedefleri gerçekleştirme çabırlar: bir taraftan, halkın kanaatlerinin doğru ve âdil bir biçimde yansıtılmasını sağlamak, diğer taraftan da yeterince açık ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkmasını sağlayacak şekilde, düşünce akımlarını yönlendirmek. Bu şartlar altında, "yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar" terimi ile esas olarak (AİHS'nin 10. Maddesi'nde zaten koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünden ayrı olarak) oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını kullanmada bütün vatandaşlara eşit muamele ilkesi ile yaklaşılması öngörülmektedir.

Öte yandan bu, seçimin sonucu ile ilgili olarak bütün oyların aynı ağırlığa sahip olduğu ya da bütün adayların zafere ulaşma şansının eşit olması gerektiği anlamına gelmez. Yani hiçbir seçim sistemi "boşa giden oyları" engellemez.

1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi uyarınca, her seçim sistemi söz konusu ülkenin siyasi evrimi ışığında değerlendirilmelidir; bir sistem bağlamında kabul edilemez olan özellikler, bir başka sistem bağlamında haklı gösterilebilir; burada önemli olan seçilen sistemin "yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını" sağlayacak şartlara sahip olmasıdır.

Gitonas ve Diğerleri–Yunanistan davası, (1 Temmuz 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV, s. 1233-1238, paragraf 39-40 ve 44) bazı kişilerin Parlamento seçimlerine girmesinin engellenmesiyle ilgilidir. Bu davada beş Parlamenterin seçimi

iptal edilmiştir. Başvurucular, Yunanistan Anayasası'nın 56. Maddesi uyarınca, seçimden önceki üç yıl içinde üç aydan daha uzun süreyle kamu görevinde bulunmuş olmaları nedeniyle adaylıkları geçersiz sayılmıştır:

Mahkeme, 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin oy vermek ve seçimlerde aday olmak şeklindeki şahsi hakları içerdiğini vurgular. Bu haklar, her ne kadar önemli olsalar da, mutlak haklar değildirler. 3. Madde bu hakları tanımlamadan ve açık ifadelerle de ortaya koymadan tanıdığı için, bir takım "zımni sınırlamalar" da getirilebilir (bkz. Mathieu-Mohin ve Clerfayt-Belçika davası kararı, 2 Mart 1987, Seri A No. 113, s. 23, paragraf 52). Kendi iç hukuk düzenlerinde Sözleşmeciler Devletler, oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını prensipte 3. Madde kapsamında engellenmeyen koşullara bağlarlar. Bu alanda geniş bir takdir hakkına sahiptirler, ancak 1 No.'lu Protokol'ün koşullarına uyulup uyulmadığını değerlendirecek en son merci Mahkeme'dir; şartların söz konusu hakları, özlerini zedeleyecek ve etkinliklerini ortadan kaldıracak şekilde etkilemediği, meşru bir amaca yönelik olarak uygulandıkları ve uygulanan yöntemin orantısız olmadığı konusunda ikna olmalıdır (a.g.e., s. 23, paragraf 52).

Devletler seçimlere giriş hakkını kaybetme kriterleri de dahil olmak üzere, özellikle Parlamenterlerinin statüsü ile ilgili kuralları anayasa düzenleri içinde belirlemek konusunda oldukça fazla yetkiye sahiptir. Parlamenterlerinin bağımsızlığının ama aynı zamanda seçmenlerin de seçme özgürlüğünün korunması gibi ortak bir kaygıdan kaynaklansalar da, kriterler her Devlet'in kendine has tarihi ve siyasi faktörlerine göre değişmektedir. Anayasalarda ele alınan durumların ve birçok Avrupa Konseyi üyesi Devlet'te yürürlükte bulunan seçim yasalarının sayısı, konu ile ilgili seçeneklerin çeşitliliğinin bir göstergesidir. Ancak özgür, adil ve düzenli seçimler yoluyla halkın iradesinin açıklanmasını sağladığı sürece, bu kriterlerden hiçbirisi, bir diğerinden daha geçerli sayılamaz.

Mahkeme, başvuruculara uygulanan Anayasa'nın 56. Maddesi'nin 3. fıkrasının, seçimlere giriş hakkını kaybetme konusundaki geçerli ve nihai gerekçelerini ortaya koyduğunu vurgulamaktadır; bu çerçevede belli tür kamu görevlerinde bulunanların (maaşlı kamu görevlileri ve kamu hukuku kuruluşları çalışanları da dahil olmak üzere) seçim bölgesinde seçimlerden önceki üç yıl içinde üç aydan fazla bu görevde çalışmış olmaları halinde, seçimlerde aday olmaları ve seçilmeleri engellenir; seçime girememe hali, bu Anayasa maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen bazı diğer kamu görevlisi kategorilerinin durumundan farklı olarak, adayın daha önceki tarihteki istifasına rağmen geçerli olacaktır.

Birkaç Avrupa Konseyi üyesi Devlette eşdeğer hükümlerle belirlenen seçimlere giriş hakkını kaybetme konusu demokratik rejimlerin doğru işlemesi ve ayakta kalabilmesi için gerekli ikili bir amaca hizmet etmektedir; bu amaç, (kamu görevinde bulunanlar diğer adaylar karşısında haksız bir avantaja sahip olabileceklerinden) farklı siyasi kanaatlere sahip adayların eşit ikna imkânlarından yararlanmasını sağlamak ve aday tercihleri etkilenebilecek seçmenleri, konumları nedeniyle birçok (ve bazen de önemli) kararlar veren ve sıradan vatandaşın gözünde büyük prestije sahip görevlilerin baskısından korumaktır.

[...]

Mahkeme, iç hukukun yorumlanması ve uygulanmasının esas olarak ulusal yetkililerin, özellikle de bu görev için yetkilendirilmiş birinci derece ve temyiz mahkemelerinin görevi olduğunu vurgular.

Mahkeme, başvuruçuların konumunun 56. Madde'nin 3. fıkrasında açık bir biçimde ifade edilenler arasında olmadığını altını çizer. Ancak, bu onların seçilme hakkını garanti altına almamaktadır. Özel Yüksek Mahkeme Anayasa'nın 58. Maddesi'ne göre burada seçimlere giriş hakkını kaybetme konusunda herhangi bir ihtilaf konusunda karar vermeye yetkisi olan tek organdır ve böyle bir sistemin bulunduğu her yargı düzeninde olduğu gibi, geçerli kuralları ihlâl ederek seçilen biri, Parlamenter olma hakkını kaybedecektir.

Mevcut davada Özel Yüksek Mahkeme, başvuruçuların buldukları görevleri ve geçerli mevzuatı inceledikten sonra, görevlerin 56. Madde'nin 3. fıkrasında anlatılanlara benzer olduğuna karar vermiştir; ayrıca Özel Yüksek Mahkeme, görevlerin sürdürülmekte olduğu zamanki şartlar ve görevlerin süresi ve kapsamı ile ilgili koşulların başvuruçuların her biri ile ilgili olarak yerine getirildiğine karar vermiştir. Makul gerekçelere dayanarak seçimlerini iptal etmeyi gerekli görmüştür (bkz. yukarıda 10, 14, 18, 22 ve 27. paragraflar).

Mahkeme başka hiçbir sonuca ulaşmamaktadır; Özel Yüksek Mahkeme'nin kararlarında, iptallerin Yunan mevzuatına aykırı, rast gele ya da orantısız olduğunu, ya da "yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını" engellediğini düşündürecek hiçbir şey bulunmamaktadır (bkz. gerekli değişikliklerle, daha önce sözü edilen Mathieu-Mohin ve Clerfayt–Belçika davası kararı, s. 25, paragraf 57).

Sonuç olarak, 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi ihlâl edilmemiştir.

Bir kişinin seçim kayıtlarından çıkarılması konusunda, bkz. Labita–İtalya davası kararı (6 Nisan 2000, Başvuru No. 26772/95, paragraf 201-203). Bu davada AİHM şöyle karar vermiştir:

Mahkeme, “halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde” “makul aralıklarla” ve “gizli oyla serbest” seçimler yapılmasını şart koşan 1 No.’lu Protokol’ün 3. Maddesi’nin, oy vermek ve seçimlerde aday olmak şeklindeki şahsi hakları içerdiğini vurgular. Bu haklar, her ne kadar önemli olsalar da, mutlak haklar değildirler. 3. Madde bu hakları tanımlamadan ve açık ifadelerle de ortaya koymadan tanıdığı için, bir takım “zımni sınırlamalar” da getirilebilir (bkz. Mathieu-Mohin ve Clerfayt–Belçika kararı, 2 Mart 1987, Seri A No. 113, s. 23, paragraf 52). Kendi iç hukuk düzenlerinde Sözleşmeciler Devletler oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını prensipte 3. Madde kapsamına aykırı olmayan koşullara bağlarlar. Bu alanda geniş bir takdir hakkına sahiptirler, ancak 1 No.’lu Protokol’ün koşullarına uyulup uyulmadığını değerlendirecek en son merci Mahkeme’dir; şartların söz konusu hakları, özlerini zedeleyecek ve etkinliklerini ortadan kaldıracak şekilde etkilemediği, meşru bir amaca yönelik olarak uygulandıkları ve uygulanan yöntemin orantısız olmadığı konusunda ikna olmalıdır (bkz. Gitonas ve Diğerleri–Yunanistan davası kararı, 1 Temmuz 1997, Raporlar 1997-IV, s. 1233-1234, paragraf 39 ve Matthews–Birleşik Krallık [BD], No. 24833/94, paragraf 63, ECHR 1999-I).

Mahkeme, özel polis gözetimine maruz kalan kişilerin, “toplum için bir tehlike” oluşturmaları sebebiyle medeni haklarını kaybettikleri için ya da, mevcut davada olduğu gibi, Mafya’ya üye olduklarından şüphelenildiği için otomatik olarak seçim kayıtlarından silindiği gözlemlenmiştir (bkz. yukarıda paragraf 107 ve 110). Devlet “Mafya’ya üye olduğundan şüphelenilen” kişilerin oy kullanma haklarını diğer Mafya üyeleri lehine kullanabilecekleri riskine işaret etmiştir.

Mahkeme, aleyhlerinde Mafya üyesi olduklarına dair delil bulunan kişilerin oy verme haklarının geçici olarak askıya alınmasının meşru bir amaca hizmet ettiği konusunda herhangi bir şüphe taşımamaktadır. Ancak, Mahkeme, mevcut davada, duruşma boyunca başvuru aleyhine özel polis gözetimi önlemi alınmış olsa da, başvuru “suçu işlemediği” gerekçesiyle beraat etmesini takiben, bu önlemin duruşma sona erene kadar uygulanmadığını dikkate almaktadır. Mahkeme Devlet’in, başvuru suçu olduğuna dair ciddi delillerin duruşma sırasında çürütülmediğine ilişkin görüşünü kabul etmemektedir. Bu iddia Trapani Bölge Mahkemesi’nin (bkz. paragraf 23) ve Palermo Temyiz Mahkemesi’nin (bkz. yukarıda paragraf 26) kararları ile çelişki içindedir. Bu nedenle, ismi seçim kayıtlarından çıkarıldığında başvuru Mafya üyesi olduğuna dair bir “şüphe”nin dayandırılabilirliği somut bir delil bulunmamaktadır (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda paragraf 196).

Mevcut şartlar altında, Mahkeme söz konusu önlemin orantılı olduğu sonucuna ulaşamamaktadır.

Bu nedenle 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi ihlâl edilmiştir.

4 No.'lu Protokol

4 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi

4 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi şöyledir:

Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

Bu Madde Sözleşme'nin 5. Maddesini tamamlar niteliktedir. 5. Madde kapsamında incelenen “özgürlükten yoksun bırakma” kavramına atıfta bulunmaktadır. Bu Madde aynı zamanda, bazı diğer Sözleşme kavramları gibi özerk bir anlama sahip olan, “akdî ilişkiden doğan bir yükümlülük” ifadesini de içermektedir.

4 No.'lu Protokol'ün 2., 3. ve 4. Maddeleri dolaşım özgürlüğü ile ilgilidir.

4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi

4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi şöyledir:

1. Bir Devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tâbi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tâbi tutulabilir.

1. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası

4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası genel ifadelerden oluşsa da herşeyden önce bir Devlet'in ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan bütün yabancılar için geçerlidir. A. V. San Marino davasında (9 Temmuz 1993, *Decisions and Reports* 75, s. 249, paragraf 1) Komisyon, bu hükümle ilgili olarak şu noktaların altını çizmektedir:

[...] bir yabancıya vatandaşı olmadığı bir ülkede oturma ya da oturmaya devam etme hakkının tanınması şeklinde yorumlanamaz. Bu maddenin tek amacı, o Devlet'in vatandaşı olsun veya olmasın, bir Devlet'in ülkesinde usulüne uygun olarak ikâmet eden kişilerin ülkeye giriş ve çıkış özgürlüğünün ve buradaki ikâmetgahlarını seçme özgürlüğünün müdahale olmaksızın güvence altına alınmasıdır.

Komisyon, Paramanathan-Federal Almanya Cumhuriyeti davasında (Başvuru No. 12068/86, 1 Aralık 1986 tarihli karar, *Decisions and Reports* 51, s. 240, paragraf 1) bir Devlet'in ülkesinde “usulüne uygun” olarak bulunma konusunda karar verme imkanına sahip olmuştur.

Komisyon, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrasının, “bir Devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak” bulunan herkesin serbest dolaşım hakkını teminat altına aldığına dikkat çekmektedir. Bu koşul söz konusu devletin iç hukuku ile ilgilidir. Bir kişinin ülkede bulunmasının “usulüne uygun” olması için yerine getirilmesi gereken koşulları iç hukuk ve organlar belirler. Komisyon, bu açıdan bir yabancıнын, Sözleşme kapsamında güvence altına alındığı gibi belli bir ülkeye girme, bu ülkede ikâmet etme ve orada kalma hakkının bulunmadığını sürekli olarak vurguladığı içtihadı dikkat çeker. (bkz. Başvurular No. 9214/80, 9473/81 ve 9474/81, 11 Mayıs 1982 kararı, *Decisions and Reports* 29, s. 176). Komisyon şu görüşü taşımaktadır: bir Devlet'in ülkesinin belli bir bölümüne geçici olarak kabul edilen ve iç mevzuatın ilgili hükümleri uyarınca oturma iznine hak kazanıp kazanmayacakları konusundaki işlemleri sürmekte olan yabancılar, ancak ülkeye kabul edildikleri ve orada kalışları ile ilgili koşulları yerine getirdikleri takdirde ülkede “usulüne uygun” olarak bulunuyor sayılabilirler.

İlginç bir karar olan Raimondo-İtalya davası kararı (22 Şubat 1994, Seri A No. 281-A, s. 19, paragraf 39-40), 2. Madde'nin 1. fıkrasının, bir denetim önlemiyle kendi ülkesinde dolaşımı kısıtlanan bir İtalyan vatandaşına (bu kişinin Mafya türü bir suç örgütüne üye olduğundan şüphelenilmekteydi) uygulanmasıyla ilgili bir örnek teşkil etmektedir. Bu davada, AİHM 2. Madde'nin ihlâl edildiğine karar vermiştir:

Mahkeme öncelikle, başvuruçunun aksini iddia etmesine rağmen, söz konusu önlemin Sözleşme'nin 5. Maddesi'nin 1. fıkrası kapsamında ele alınan özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelmediğinin altını çizerek. Özel denetimden kaynaklanan, dolaşım özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar 2 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamında ele alınmalıdır (bkz. yukarıda adı geçen Guzzardi davası kararı, s. 33, paragraf 92).

Buna ek olarak, Mafya'nın "demokratik toplum" için oluşturduğu tehdit dikate alınacak olursa, önlem "kamu düzeninin (ordre public) korunması" ve "suçun önlenmesi" için gerekli idi. Catanzaro Temyiz Mahkemesi 4 Temmuz 1986'da iptaline karar verene kadar da, belirlenen amaca göre orantılı idi (bkz. yukarıda paragraf 14).

Bu noktada, kararın başvuruçuya tebliğ edildiği 4 Temmuz ve 20 Aralık 1986 tarihleri arasındaki dönem incelenmelidir (bkz. aynı paragraf). Özel oturumda alınan bu kararın mahkeme kalemine ulaşmadan hukuken yürürlüğe girmesinin mümkün olmadığı kabul edilse dahi, Mahkeme hemen yürürlüğe girebilecek ve temel bir hakla ilgili (başvuruçunun istediği gibi gelip gidebilmesi) bir kararın gerekçelerinin yazılmasında neden neredeyse beş aylık bir gecikme olduğunu anlamakta güçlük çekmektedir; bunun yanı sıra, iptal onsekiz gün boyunca başvuruçuya tebliğ edilmemiştir.

Mahkemeye göre, en azından 2 ve 20 Aralık 1986 tarihleri arasında söz konusu müdahale ne hukuka uygun ne de gereklidir. Buna göre, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi ihlâl edilmiştir.

Aynı şekilde, başvuruçunun beraat etmiş olmasına karşın özel polis denetimi altında tutulduğu Labita-İtalya davasında (6 Nisan 2000 kararı, Başvuru No. 26772/95, paragraf 189-197) da geçerlidir.

Denizci ve Diğerleri-Kıbrıs davasında (23 Mayıs 2001, Başvuru No. 25316/94, paragraf 404-406), Kıbrıs yetkilileri başvuruçuların adanın kuzey ve güneyi arasındaki ve güney kısmındaki dolaşımını yakından izlemekteydiler. Başvuruçular güneyde serbest biçimde hareket edememekte ve ailelerini veya arkadaşlarını ziyaret etmek üzere kuzeye her geçtiklerinde ve güneye döndüklerinde polise haber vermek zorundaydılar. AİHM şunları ortaya koymuştur:

Mahkeme özel gözetimden kaynaklanan, dolaşım özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamında ele alınması gerektiğinin altını çizmektedir (bkz. Raimondo-İtalya davası kararı, 22 Şubat 1994, Seri A No. 281, s. 19, paragraf 39 ve Labita-İtalya [BD] davası kararı, No. 26772/95, ECHR 2000).

Mevcut davada Mahkeme, başvurucuların hareketlerine getirilen yukarıda anlatılan türden kısıtlamaların da 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamına girdiğine ve bu hüküm tarafından koruma altında bulunan dolaşım özgürlüğüne yapılan bir müdahale oluşturduklarına karar vermiştir.

Bu türden bir müdahale, “yasaya uygun” olmadığı, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen meşru amaçlardan birine hizmet etmediği ve buna ek olarak, demokratik bir toplumda söz konusu amaca veya amaçlara ulaşmak için gerekli olmadığı takdirde, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin ihlali anlamına gelecektir.

Mahkeme, davalı Devlet'in, başvurucuların dolaşım özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin hukuka uygun bir dayanak ortaya koyamadığının altını çizer. Ayrıca, davalı Devlet önlemin 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen meşru amaçlardan birine ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olduğu iddiasında bulunmamıştır.

Mahkeme başvurucuların dolaşım özgürlüğünün kısıtlanmasının yasalara uygun olmadığına ve gerekli olmadığına karar vermiştir. Buna göre, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi ihlal edilmiştir.

Piermont–Fransa davasında (27 Nisan 1995, Seri A No. 314) olay tarihinde Avrupa Parlamentosu üyesi bulunan bir Alman vatandaşı olan başvurucu, Fransız Polinezyası'na usulüne uygun olarak girmiş bulunduğu için burada dolaşım hakkı bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu burada kamuya açık bir toplantı ile bir gösteriye katılmış ve gösteri sırasında Pasifik'te devam eden nükleer deneyleri ve Fransa'nın buradaki mevcudiyetini kınamıştır; Fransız Polinezyası'ndaki Fransa Cumhuriyeti Yüksek Komiseri kendisini Fransa'nın içişleri ile ilgili sözlerinde daha dikkatli olması konusunda uyarılmış, ancak bu uyarıyı dikkate almayan başvurucu sınırdışı edilme riski ile karşı karşıya kalmıştır. Gösteriden sonraki gün (yani 2 Mart 1986) Yüksek Komiser başvurucuyu sınırdışı etme emri yayınlamış ve ülkeye tekrar girmesini yasaklamıştır. AİHM'nin kararında şöyle denilmektedir (paragraf 44):

Mahkeme 2 Mart 1986 tarihli sınır dışı etme kararının Bayan Piermont'a bir sonraki gün, uçakta yerini aldıktan sonra tebliğ edildiğinin altını çizmektedir (bkz. yukarıda paragraf 13). Polinezya'da Avrupa Parlamentosu adına üstlendiği bir görev nedeniyle bulunmayan başvurucu 24 Şubat'tan 3 Mart 1986'ya kadar burada serbestçe dolaşabilmiş ve bu süre içinde, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi çerçevesinde, dolaşım özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır.

[...]

Protokol'ün 5. Maddesi'nin 4. fıkrasına göre¹ (bkz. yukarıda paragraf 28), 2. Madde'de sözü edilen ülke kavramı çerçevesinde Polonezya ayrı bir ülke ola-

rak değerlendirilmelidir. Her halükârda, 1945 tarihli Yabancılar (Giriş ve İkâmet Koşulları) Yasası (Aliens Conditions of Entry and Residence Ordinance) burada yürürlüğe girmemiştir (bkz. yukarıda paragraf 29). Sonuç olarak, sınır dışı etme emri yayınlandığında, başvuru artık hukuken Polinezya topraklarında bulunmamaktadır ve bu şartlar altında başvuru konusunu hüküm tarafından koruma altına alınan dolaşım özgürlüğü hakkına bu noktada da herhangi bir müdahale olmamıştır.

Fransız Polinezyası'na yaptığı bu yolculuktan sonra başvuru Yeni Kaledonya'ya gitmiştir. Başvuru Yeni Kaledonya'ya usulüne uygun olarak giriş yaptığı için, burada serbest dolaşım hakkına sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvuruya göre, kendisi hakkında çıkarılan sınırdışı etme emri yanlış bir biçimde "ihraç" (exclusion) olarak tanımlanmıştır. Danıştay (Conseil d'État) bu emri, "Bayan Piedmont'un Yeni Kaledonya topraklarından çıkarılması" kararı olarak tanımlamıştır (paragraf 49).

Mevcut davada Mahkeme, başvuru konusunun ileri sürdüğü, pasaport kontrolünden geçmenin tek başına bir kişinin bir ülkedeki konumunu yasallaştırdığı şeklindeki savının fazla şekilci olduğu düşüncesindedir. Nouméa's gibi bir havalimanında, bir yolcu havalimanı sınırları içinde kaldığı sürece kontrole tabi tutulabilir. Bu olayda Bayan Piermont pasaportu damgalandıktan hemen sonra durdurulmuş ve itiraz konusu olan emir, o sırada halen polis koruması altında bir büroda tutulduğu için, kendisine havalimanından ayrılmadan önce tebliğ edilmiştir.

Cumhuriyet Yüksek Komiseri'nin çıkardığı emir "Bir yabancıya bölgeye girişinin yasaklanması emri" başlığını taşımaktadır ve bunun 1. Maddesi bu yasakla ilgilidir. Conseil d'État 12 Mayıs 1989 tarihli kararında bu emrin niteliğini dikkate almamıştır. Durum böyle kabul edilirse, başvuru konusunun hukuken ülkede hiçbir zaman bulunmadığı da söylenebilir; oysa 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin uygulanması için hukuken ülkede bulunması gerekmektedir. Bu nedenle bu hüküm ihlâl edilmemiştir.

1. 4 No.'lu Protokol'ün 5. Maddesi'nin 4. fıkrası şunları ifade etmektedir: "Onaylama veya kabul sonucunda bu Protokol'ün uygulandığı herhangi bir devletin toprakları ve bu madde uyarınca sözü geçen devlet tarafından yapılmış bildirim göre bu Protokol'ün uygulandığı bölgelerden her biri, 2. ve 3. maddelerde sözü edilen devlet toprakları deyimi bakımından ayrı ayrı bölgeler olarak kabul edilir." 4 No.'lu Protokol'ün 5. Maddesi'nin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir: "Her Yüksek Sözleşmeciler Taraf, bu Protokol'ün imzalanması ya da onaylanması sırasında ya da daha sonraki herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ve sözü geçen bildirimde belirttiği bölgelerde bu Protokol hükümlerinin ne ölçüde uygulanacağını taahhüt ettiği açıklayabilir".

2. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrası

Peltonen–Finlandiya davasında (20 Şubat 1995, Decisions and Reports 80-A, s. 43, paragraf 1) Komisyon 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrasının hükümlerini yorumlamıştır. Bu davada başvuru Aralık 1986'dan itibaren İsveç'te sürekli olarak ikâmet etmiştir. Stockholm'deki Finlandiya Büyükelçiliği'ne 10 yıllık pasaport için başvurduğunda, büyükelçilik başvurucuya, askerlik hizmetini yerine getirmesi için yapılan çağrıya cevap vermemesinden dolayı pasaport verilemeyeceğini ifade etmiştir.

Komisyon, başvuru Finlandiya pasaportunun verilmesinin reddedilmesinin ülkeden ayrılmasını ya da bir başka Nordik ülkeye gitmek üzere bir Nordik ülkeden ayrılmasını engellemediğinin altını çizmektedir. Ancak, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrası, herkesin “herhangi bir ülkeden” ayrılma özgürlüğüne sahip olması gerektiğini ortaya koyar. Bu da kişinin girişine izin vermiş olan, kendi seçtiği ülkeden ayrılma hakkına işaret etmektedir. Bu şekilde Komisyon pasaportun reddedilmesinin başvuru kişinin özgürlüğüne müdahale oluşturduğu görüşündedir. Bu noktada, müdahalenin 2. Madde'nin 3. fıkrasına göre haklı olup olmadığı incelenmelidir.

Komisyon, başvuru taleplettiği 10 yıllık pasaportun verilmesinin reddedilmesinin, kamu düzeninin (ordre public) korunması ve ulusal güvenliğin sağlanması şeklindeki meşru amaçlar doğrultusunda demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmasının makul olduğuna karar vermiştir.

3. 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 3 ve 4. fıkraları

2. Madde'nin 3. fıkrası bu maddenin 1. ve 2. fıkralarında ele alınan hakların istisnalarını ortaya koymaktadır.

Bu maddenin 1. fıkrası kapsamında ortaya konulan hakların 2. Madde'nin 4. fıkrası kapsamında da sınırlandırılabilmesi hatırlanmalıdır.

4 No.'lu Protokol'ün 3. ve 4.

Maddeleri

4 No.'lu Protokol'ün 3. ve 4. Maddeleri şöyledir:

Madde 3

1. Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez.

2. Hiç kimse, uyruğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.

Madde 4

Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır.

4 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi kişinin uyruğunda bulunduğu ülkede kalmasına izin verilmesini teminat altına alır. 4. Madde yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmelerini yasaklar. Toplu sınır dışı etme kavramı bağlamında A. ve Diğerleri–Hollanda davasına atıfta bulunulmalıdır (Başvuru No. 14209/88, 16 Aralık 1988 kararı, Decisions and Reports 59, s.277). Bu davada Komisyon şunları ifade etmiştir:

Komisyon toplu sınır dışı etmeyi aşağıdaki gibi tanımladığı Başvuru No. 7011/75'deki kararına dikkat çekmektedir (3 Aralık 1975 tarihli karar, Yearbook of the European Convention on Human Rights 19, s. 416 ve 454):

“[...] ilgili yetkililer tarafından, grubun her bir yabancı bireyinin özel durumunun makul ve objektif bir değerlendirmesini takiben yabancıları bir grup halinde ülkeden ayrılmaya zorlayan herhangi bir önlem dışında kalan durumlarda alınan tedbirler.”

Blkz. 7 No.'lu Protokol.

6 No.'lu Protokol – Ölüm cezasının kaldırılması

6 No.'lu Protokol'ün 1 ilâ 4.

Maddeleri

1 ilâ 4. Maddeler şöyledir:

Madde 1

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.

Madde 2

Bir Devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

Madde 3

Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleri ihlâl edilemez.,

Madde 4

Sözleşme'nin 57. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamaz.

Bu konu ile ilgili içtihat bulunmaması nedeniyle, AİHS'nin 2. Maddesiyle ilgili yapılan incelemenin dikkate alınması yeterli olacaktır (1. Bölüm).

7 No.'lu Protokol

7 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi

7 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi şöyledir:

1. Bir Devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınırdışı edilemez ve bu durumda bir kimse,

a. sınırdışı edilmesine karşı gerekçesiz öne sürebilme,

b. durumunu yeniden inceletme,

c. yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme

hakkını haiz olacaktır.

2. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı yukarıdaki 1. Madde'nin a, b ve c bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.

Voulfovitch ve Oulianova-İsveç davasında (13 Ocak 1993, Decisions and Reports 74, s. 209, paragraf 3) Komisyon “kurallara uygun olarak ikâmet eden” terimini yorumlamıştır.

Sözleşme gibi, iltica hakkını ya da başka bir oturma iznini teminat altına alan bir belge bağlamında 7 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesinde kullanılan “kurallara uygun olarak ikâmet eden” terimi esas olarak ulusal mevzuata göre

ülkede kalışın hukuka uygunluğu çerçevesinde yorumlanmalıdır. Bu şekilde, vize ya da oturma izninin süresi dolmuş bir yabancıнын en azından normal şartlar altında o ülkede “kurallara uygun olarak ikâmet ettiği” söylenemez.

“Kurallara uygun olarak ikâmet etmek” teriminin kapsamı tam olarak ne olursa olsun, başvurunun durumundaki yabancıları kapsamadığı açıktır. Başvurucuların elinde İsveç’te bir günlük kalış için sadece transit vizeleri varken, vizenin süresinin dolmasını takiben ülkede yalnızca, ilk önce siyasi iltica ya da oturma izni başvuruları ile ilgili kararı beklemek için, daha sonra da sınır dışı emrinin uygulanması için kalmaya devam etmişlerdir.

7 No.'lu Protokol'ün 2, 3 ve 4.

Maddeleri

7 No.'lu Protokol'ün 2, 3 ve 4. Maddeleri, Sözleşmenin 6. Maddesi'nin belirlediği şartları tamamlar nitelikteki cezai konularla ilgili usule ilişkin hükümler içermektedir. Bunlar arasında temyiz ilkesi, mahkemelerin hatası olması durumunda tazminat ilkesi ve “aynı suçtan iki kere yargılanmama” (ne bis in idem) ilkesi bulunmaktadır.

7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi

2. Madde şöyledir:

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum ediken her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tâbi tutulabilir.

1. 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası

Belirlenmesi gereken ilk konu, başvurunun “cezai bir suç” tan mahkum olup olmadığıdır. Borelli-İsviçre davasında (2 Eylül 1993, Decisions and Reports 75, s. 165, paragraf 3), Komisyon şunları vurgulamıştır:

Komisyon başvuru aleyhine başlatılan yargı işlemlerinin Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası çerçevesinde “kendisine yöneltilen suçlamalar konu-

sunda karar verilmesi” anlamını taşımadığı görüşündedir. Komisyon aynı nedenlerden dolayı, başvurusunun 7 No.’lu Protokol’ün 2. Maddesi anlamında “cezaî bir suçtan mahkum edilmiş” olduğunun da söylenemeyeceğini vurgular. Bu hüküm, bu nedenlerden dolayı başvuru aleyhine başlatılan yargı işlemlerine de uygulanamaz.

Başvurusunun “cezaî bir suçtan mahkum” edildiği durumlarda ise Devlet’in, 7 No.’lu Protokol’ün 2. Maddesi’nin detaylı bir şekilde uygulanması konusunda belli bir takdir hakkı bulunmaktadır. Krombach–Fransa davasında (13 Şubat 2001, Başvuru No. 29731/96, paragraf 96), AİHM başvurusunun gıyabında verilen yargı kararına hukuk temelinde itirazda bulunmasına izin verilmemesi ile ilgili olarak aşağıdakileri vurgulamıştır:

Mahkeme, Sözleşmecî Devletlerin, Sözleşme’nin 7 No.’lu Protokol’ünün 2. Maddesi’nin güvence altına aldığı hakkın nasıl uygulanacağını belirleme konusunda ilke olarak geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunun altını çizer. Dolayısıyla, bir hükmün veya mahkumiyetin daha yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesi hem esasa, hem de hukuki konulara dayalı olabileceği gibi sadece hukuk temelinde de yapılabilir. Ayrıca, bazı ülkelerde, temyize gitmek isteyen bir davalının bunu yapabilmek için izin alması gerekebilir. Ancak, bu hükümde sözü edilen inceleme hakkı üzerinde ulusal mevzuatta yer alan kısıtlamalar, Sözleşme’nin 6. Maddesi’nin 1. fıkrasında ele alınan mahkemeye erişim hakkına benzer şekilde, meşru bir amaca hizmet etmeli ve hakkın özünü zedelememelidir (bkz. Haser–İsviçre [Kısım II] davası kararı, No. 33050/96, 27 Nisan 2000). Bu kural kendi içinde, 2. Madde’nin 2. fıkrası tarafından izin verilen istisna ile tutarlıdır ve maddenin yorumuna ilişkin olarak Fransa’nın aşağıda verilen bildirimini tarafından da desteklenmektedir: “[...] 2. Madde’nin 1. fıkrası kapsamında, daha yüksek bir mahkeme tarafından yeniden inceleme, Yüksek Mahkeme’ye yapılacak bir temyiz başvurusunda olduğu gibi, sadece yasanın uygulanmasının denetimi ile sınırlı olabilir”.

Söz konusu dava ile ilgili olarak, AİHM şunları da ortaya koymuştur (paragraf 100):

Mevcut davada başvuru hem esasa ilişkin suçlamalara karşı savunma yapmak hem de usule ilişkin bir ön itirazda bulunmak istemiştir. Mahkeme başvurucuya, Jüri’nin savunma avukatlarının müdafaa yapmalarını reddetmesinin en azından Yargıtay tarafından incelenmesi hakkının verilmemesini dikkate almıştır (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda sözü edilen Poitrimol davası kararı, paragraf 38’nin tamamı; yukarıda adı geçen Van Geysseghem davası kararı, paragraf 35; ve bunun tersi bir karar için yukarıda sözü edilen Haser davası kararı).

Ceza Usulü Kanunu'nun 630 ve 639. Maddeleri birlikte ele alındığında (bkz. yukarıda paragraf 59), başvuru, bir taraftan Jüri'nin önünde bir avukat tarafından temsil edilmemişti ve edilememekteydi (bkz. yukarıda paragraf 46); diğer taraftan, gıyabi bir davalı olduğu için Yargıtay'a temyiz başvurusunda da bulunamamaktaydı. Böylece, birinci derecede savunulma ya da mahkumiyetinin daha yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesi konusunda gerçek bir imkanı da bulunmamaktaydı.

Sonuç itibariyle, Sözleşme'nin 7 No.'lu Protokol'ünün 2. Maddesi de ihlâl edilmiştir.

Ancak, başvurusunun Yüksek Mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmak üzere izin alma talebinin reddedilmesi nedeniyle kendisi hakkında Temyiz Mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararını daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkından yoksun bırakıldığından şikayet ettiği Näss-İsveç davasında (6 Nisan 1994, *Decisions and Reports* 77-A, s. 40, paragraf 2) Komisyon şunları ifade etmiştir:

Komisyon, farklı Avrupa Konseyi üye Devletlerinde daha yüksek mahkemeye inceletme konusunda farklı kurallar bulunduğunun altını çizer. İsveç gibi bazı üye Devletlerde, en yüksek mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmak isteyen bir kişinin, temyiz için izin almak üzere başvuruda bulunması gerekmektedir. Komisyon, mevcut davada Yüksek Mahkemeye başvuru hakkı ile ilgili usulün de 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi anlamında inceleme sayılması gerektiği düşüncesindedir.

Son olarak, Ekbatani-İsveç davasında (26 Mayıs 1988, Seri A No. 134, s. 13, paragraf 26), AİHM şöyle karar vermiştir:

Mahkeme her iki Maddeyi de (7 No.'lu Protokol'ün 7. Maddesi ile Sözleşme'nin 60. Maddesi) dikkate aldığına, bu Protokol'ün eklenmesinin Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesindeki güvencelerin kapsamını temyiz düzeyinde sınırlandırmaya yönelik olduğu fikrine herhangi bir dayanak bulamamaktadır.

2. 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 2. fıkrası

Putz-Avusturya davasında (3 Aralık 1993, *Decisions and Reports* 76-A, s. 61, paragraf 2), başvurucuya, mahkemeye hitaben yolladığı dilekçelerdeki hakaret içeren ifadeler nedeniyle "mahkeme düzenine karşı işlediği suç" tan ötürü 5 000 Avusturya şilini tutarında bir ceza verilmiştir.

Komisyon, başvurucuya 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi anlamında cezai bir suça ilişkin olarak "mahkeme düzenine karşı işlediği suç"tan ötürü ceza veren yukarıdaki mahkeme kararlarını daha yüksek bir mahkemeye inceletme

hakkının kullanılmasını “yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından [...] istisnaya tabi” tutan, bu hükmün 2. fıkrası bağlamında ele almıştır.

[...]

Avusturya Mahkeme Düzenleme Yasası (ve sırasıyla Medeni Usul Kanunu ve Ceza Usulü Kanunu çerçevesinde ele alındığında, Komisyon “mahkeme düzenine karşı işlenen bir suç”un, hem doğası hem de söz konusu cezanın ağırlığı itibarıyla daha hafif bir suç oluşturduğu düşüncesini taşımaktadır. Komisyon bu nedenle “mahkeme düzenine karşı işlenen bir suç”u önem derecesi düşük bir suç olarak değerlendirmektedir. Böylece, 7 No.’lu Protokol’ün 2. Maddesi’nin 2. fıkrası uyarınca daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkına istisna oluşmuştur.

“Cezai bir suç” kavramına ilişkin olarak, Ravensborg–İsveç davası kararına gönderme yapılmalıdır (23 Mart 1994, Seri A No. 283-B, yukarıda 6. Madde’nin 1. fıkrası çerçevesinde “cezai alanda yöneltilen suçlamalar” kavramından bahsedilmektedir).

7 No.’lu Protokol’ün 3. Maddesi

3. Madde şöyledir:

Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili Devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir.

7 No.’lu Protokol’ün 3. Maddesi ile ilgili yayınlanmış bir içtihat henüz bulunmamaktadır.

7 No.’lu Protokol’ün 4. Maddesi

4. Madde şöyledir:

1. Hiç kimse bir Devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümlerle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı Devletin yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde

davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülöklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz.

1. 4. Madde'nin kapsamı

Baragiola–İsviçre davasında (21 Ekim 1993, *Decisions and Reports* 75, s. 127, paragraf 3) Komisyon şunları vurgulamıştır:

[...] bu hükmün açık ifadelerinden de anlaşıldığı gibi, “ne bis in idem” (aynı suçtan iki kez yargılanmama) ilkesi, sadece kişinin tek bir Devlet'in mahkemeleri tarafından aynı suçtan dolayı iki kez yargılandığı ve iki kez mahkum edildiği durumlarda geçerlidir. Ancak başvuru ilk kez İtalya'da mahkum olmuş, ikinci mahkumiyet kararı ise, aynı suçlardan ötürü, bir İsviçre mahkemesi tarafından verilmiştir.

2. 4. Madde'nin zaman bakımından (ratione temporis) geçerliliği

Gradinger–Avusturya davasında (23 Ekim 1995, Seri A No. 328-C, paragraf 53) AİHM bu hükmün zaman açısından (ratione temporis) geçerliliği konusunda karar vermiştir. Buna göre 4. Madde ancak yeni yargılama işlemleri bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra tamamlanırsa geçerli olacaktır. Bu işlemlere hangi tarihte başlandığı önemli değildir.

Komisyon gibi Mahkeme de, 7 No.'lu Protokol'ün 4. Maddesi'nin amacının kesin bir hükümle sonuçlanan ceza yargılamalarının tekrarlanmasını yasaklamak olduğuna dikkat çekmektedir. Bu sebeple, bu hüküm yeni işlemler başlatılmadan önce uygulanmaz. Mevcut davada yeni yargı işlemleri 7 No.'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden daha sonraki bir tarihte alınan bir kararla sonuçlandığından maddenin zaman bakımından geçerli olması için gerekli koşullar yerine getirilmektedir.

3. 4. Maddeye uygunluk

Bu davada, başvuru, otomobil kullanırken bir bisiklet sürücüsünün ölümü ile sonuçlanan bir kazaya neden olmuştur. Başvuru 15 Mayıs 1987'de ceza yargıcı tarafından ihmal sonucu ölüme neden olmaktan mahkum edilmiş ve kendisine 200

günlük 160 Avusturya Şilini para cezası ve paranın ödenmemesi halinde, Ceza Kanunu uyarınca 100 günlük hapis cezası verilmiştir. Başvurucu, yasal sınırı aşan miktarda alkolün etkisi altında otomobil kullanma suçundan beraat etmiştir. Bölge idaresi 16 Temmuz 1987'de aynı davranış için, başvurucuya alkolün etkisi altında otomobil kullanmaktan 12000 Şilin tutarında bir ceza ve cezanın ödenmemesi halinde Yol Trafik Yasası uyarınca iki haftalık hapis cezası verilmesini emretmiştir. Ceza yargıcının aksine, bölge idaresi kandaki alkol düzeyinin yasal sınırı aştığına karar vermiştir. Bu (idari) işlem 29 Mart 1989 tarihli İdare Mahkemesi kararı ile sonuçlanmıştır.

Mahkeme, St. Pölten Bölge Mahkemesine göre, Ceza Kanununun 81. Maddesi'nin 2. fıkrasında değinilen ağırlaştırıcı şart yani litre başına 0,8 gr. ya da daha yüksek kandaki alkol düzeyi, başvurucuyla ilgili olarak gerçekleşmemiştir. Diğer taraftan, idari yetkililer, başvurucunun davasının Yol Trafik Kanunu'nun 5. Bölümü kapsamına girmesi için gerekli alkol düzeyine ulaşıldığına karar vermişlerdir. Mahkeme, söz konusu hükümlerin sadece suçların tayini çerçevesinde değil, daha önemlisi özellik ve amaçlarına göre farklılık gösterdiğinin bilincindedir. Ayrıca, Yol Trafik Kanununun 5. bölümünde ele alınan suçun, Ceza Kanununun 81. Maddesi'nin 2. fıkrası kapsamında cezaya tabi olan suçun yalnızca bir yönünü oluşturduğunu da dikkate almaktadır. Ancak, her iki itiraz konusu karar da, aynı davranışa dayanarak alınmıştır. Buna göre, 7 No.'lu Protokol'ün 4. Maddesi ihlâl edilmiştir (a.g.e., paragraf 55).

Bunun yanı sıra, bkz. 29 Mayıs 2001 tarihli Franz Fischer–Avusturya davası kararı, Başvuru No. 37950/97, paragraf 20-32.

7 No.'lu Protokol'ün 5. Maddesi *7 No.'lu Protokol'in 5. Maddesi şöyledir:*
Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde Devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.

Bu hüküm bağlamında, 1. Bölümde incelenen, Sözleşme'nin 8. ve 14. Maddelerine gönderme yapılmalıdır. 22 Şubat 1994 tarihli Burghartz–İsviçre davası kararında (Seri A No. 280-B, s. 28, paragraf 23) AIHM şunları vurgulamaktadır:

[...] 7 No.'lu Protokol'ün 7. Maddesi kapsamında, 5. Madde, 8. ve 60. Maddeler de dahil olmak üzere, Sözleşme'ye bir ek olarak düşünülmelidir. Sonuç itibarıyla, bu Madde 8. Madde'nin yerini alamaz ya da kapsamını daraltamaz (bkz. gerekli değişikliklerle Ekbatani–İsveç davası kararı, 26 Mayıs 1988, Seri A No. 134, s. 12-13, paragraf 26).

Endeks

a

Almanya

18–20, 34, 53, 65, 93, 101, 120, 122, 157–159, 166–167, 185, 191, 193, 202, 206, 208, 210, 212, 218–219, 221, 228, 245–246, 249, 255, 266, 270, 279, 283, 285–286, 288, 290, 294, 301, 309, 315–316, 319, 330, 338–339, 342, 344, 359, 361–362, 369–370, 384, 393, 403, 418, 420, 468

Avusturya

34, 50–51, 74–76, 78, 81, 156–158, 160, 163, 170, 188, 193–194, 203–204, 207, 210, 218, 224–226, 230, 238, 246, 248, 251–252, 255–256, 259, 262–264, 266, 286–287, 319, 345, 359, 364–367, 372–374, 380, 382–383, 386, 388–389, 410, 412, 417, 420–421, 447, 452–453, 477–480

b

Belçika

18, 57, 72, 74, 76, 86–93, 98–99, 108, 127–128, 134–137, 172–176, 187–188, 192, 198, 205, 209–211, 214, 216, 219, 224, 228, 232–234, 236, 243, 249, 257, 263–266, 268, 270, 276, 311–312, 325, 330, 380, 383, 389, 391–392, 395–396, 399–400, 412–413, 419, 423, 439–440, 442, 455–458, 462, 464–466

Birleşik Krallık

11, 13–16, 18–22, 24, 27–28, 32, 34–40, 43, 50, 52–60, 63, 67–68, 70–72, 74, 76, 78–79, 81–84, 88, 99–104, 108, 110–111, 113–114, 116, 119, 123, 129–130, 137, 139–145, 148–149, 152–153, 162, 174–177, 184–185, 194, 198–200, 205–206, 210–211, 213–214, 217–225, 228–229, 232–233, 240–243, 248, 251–252, 260–263, 268, 270–271, 273–276, 279, 282, 284–286, 288, 292–298, 300–301, 303–305, 307, 309–314, 316–319, 328–329, 331–332, 335, 337–340, 343, 347, 356, 358–360, 363–364, 369, 371–373, 375–379, 381, 383–384, 387–388, 395, 397, 400–401, 404, 407–408, 414, 422, 425–429, 446–449, 452, 454, 456–458, 462, 466

ç

Çek Cumhuriyeti 164, 169, 248

d

Danimarka 98, 136, 188, 225, 364, 376, 380, 383, 412, 422, 455, 459

f

Finlandiya 57, 65, 67, 198, 218, 234, 248, 289, 291–292, 306, 308–309, 311, 315–319, 333, 472

Fransa 16, 28, 50–51, 54, 56, 58, 64–66, 79, 96–97, 99–101, 103–106, 126, 135, 137, 156, 158–160, 163, 165–166, 175, 177, 182, 198, 201–206, 208–210, 214–217, 225, 232, 234–236, 238, 242, 244–248, 250–253, 256–257, 259, 262, 268–269, 273, 277–278, 284, 286, 291, 295–296, 303, 313, 321, 323–327, 333, 346, 354, 363, 377, 379, 381, 383, 385, 391, 393, 397, 401, 409, 414, 416, 419, 432, 435, 446, 450, 470, 476

h

Hollanda 55, 83, 98–100, 102, 129, 136, 139, 143, 153, 174, 177, 190–191, 195–196, 199, 202, 204–205, 207–208, 212, 217–218, 225, 228–229, 231–232, 235, 251, 262, 265–266, 268, 270, 288–289, 292, 309, 312–313, 319, 322–323, 349, 368, 384, 389, 409, 419, 433, 435, 438, 442, 451, 473

i

İrlanda 18, 28, 34, 42–43, 50, 53, 56–60, 63, 79, 114, 118, 145, 152, 177, 194, 200, 207, 214, 221, 239–240, 251, 260, 267–268, 281–282, 289, 293, 296, 299, 347, 391, 405, 414, 425–430, 434, 462

İspanya 16, 179, 188, 214, 229, 232, 245, 252, 265, 289, 361, 365, 374

- İsveç** 16, 78, 83, 200–203, 207, 212, 218, 236, 249, 282–283, 285, 291, 298, 305–306, 308–309, 316, 320, 360–361, 390, 399, 403, 407, 409–410, 412, 421–422, 436, 443–445, 452–453, 455, 461, 472, 474–475, 477–478, 480
- İsviçre** 74, 105–106, 142, 151–152, 154, 158, 168, 172, 180, 182, 187, 192–193, 197–198, 204, 212, 223, 225, 232–234, 242–244, 248–251, 254, 260–261, 264, 274, 285–287, 290–292, 301, 303, 313, 323–325, 332–334, 337, 356, 359, 361–363, 365, 371, 374, 387–388, 402, 404, 418–419, 475–476, 479–480
- İtalya** 36, 38, 51–52, 95–96, 103, 105, 112–113, 121–122, 126, 133, 152, 157–159, 162, 164, 167, 180, 183–184, 204–206, 208–210, 222, 225–226, 232, 236, 241, 246–247, 257, 259, 264–266, 268, 284–285, 288–289, 311, 316, 318–319, 325, 327–328, 335–336, 340, 383, 391, 394, 398, 401, 403, 409, 411, 446–447, 452, 465, 468–469, 479
- İzlanda** 374, 382, 392, 397
- k**
- Kıbrıs** 16–17, 32, 38, 44, 46, 87, 149, 185, 228, 293, 299–300, 329, 361, 414, 469
- l**
- Lichtenstein** 371
- Litvanya** 123–124, 126, 144, 149–150, 194, 340
- Lüksemburg** 204, 225, 368
- m**
- Moldova** 351, 356
- n**
- Norveç** 34–35, 103, 106–109, 120, 182, 218, 307, 316, 318, 380

p

Polonya 72, 99, 102, 113, 124–125, 132, 150, 156–157, 159–160, 164, 166–167, 170, 183–185, 187, 193, 214–215, 336, 364, 367, 409

Portekiz 175, 206, 212–213, 222–224, 233–234, 246, 366, 418, 442

r

Romanya 178, 285, 287, 320, 336, 356

s

San Marino 348, 468

t

Türkiye 11, 16–18, 21–23, 26–33, 38–42, 47–48, 51–54, 58, 60–64, 74–75, 84–85, 87, 111, 119, 147–148, 150, 179–180, 227–228, 257, 260, 265, 271, 275, 277, 300, 323, 329–332, 349, 357, 361, 363–364, 378, 380, 390–391, 393–394, 398, 406–407, 424, 428, 430–431

y

Yunanistan 18, 57, 72–73, 103, 192–193, 214, 221–222, 232, 256, 264, 270, 273, 277, 308, 340, 343, 345, 348–350, 353–358, 406, 415, 425, 440–441, 445, 449, 454, 463–464, 466