AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

KARARLARINDAN ÖRNEKLER

Council of Europe
Conseil de l'Europe

European Union
Union européenne

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler

Gilles Dutertre

Bu kitap daha önce ***"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar"*** adıyla yayımlanmış olan kitabın çevirisi gözden geçirilmiş olan yeni baskısıdır.

Avrupa Konseyi Yayınları

Avrupa Konseyi Yayınları

Fransızcası:
Extraits clés de jurisprudence – Cour européenne des Droits de l'Homme

ISBN 92-871-5054-0

Bu eserde ifade edilen fikirler yazarların sorumluluğundadır ve Avrupa Konseyi'nin resmi politikasını yansıtmak durumunda değildir.

Her hakkı saklıdır. Bu yayının herhangi bir bölümü İletişim ve Araştırma Müdürlüğü, Yayınlar Birimi'nin yazılı izni alınmadan, fotokopi, kayıt veya bilgi kayıt veya arşiv sistemleri de dahil olmak üzere, elektronik (CD-ROM, Internet vs.) veya mekanik yollarla herhangi bir şekilde tercüme edilemez, çoğaltılamaz veya yayınlanamaz.

Kapak tasarımı: Avrupa Konseyi Grafik Tasarım Atölyesi
Sayfa düzeni: Avrupa Konseyi Masaüstü Yayıncılık Birimi
Düzelti: Avrupa Konseyi
Baskı Öncesi Hazırlık: Merdiven Tanıtım - Ankara
Baskı: Şen Matbaa - Ankara

Avrupa Konseyi Yayınları
F-67075 Strasbourg Cedex
http://book.coe.int

© Avrupa Konseyi, Eylül 2007
Ankara'da basılmıştır.

Önsöz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler başlıklı bu yayını 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 Kararlarından Örnekler, 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 Müdürü
Avrupa Konseyi 2003

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içtihadı ile ilgili yayınlar

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

"Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights" [Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları Derlemesi], Cilt 1-46, 1959-74, Avrupa Konseyi.

Decisions and Reports [Kararlar ve Raporlar], Cilt 1-94, 1975-98, Avrupa Konseyi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Seri A: *Judgments and Decisions* [Hükümler ve Kararlar], Cilt 1-338, 1961-95, Carl Heymanns Verlag, Köln.

Seri B: *Pleadings, Oral Arguments and Documents* [Lâyihalar, Sözlü Müdafaalar ve Belgeler], Cilt 1-104, 1961-95, Carl Heymanns Verlag, Köln.

Reports of Judgments and Decisions [Hüküm ve Karar Raporları], 1996-I – 1998-VIII, 1996-1998, Carl Heymanns Verlag, Köln.

Bakanlar Komitesi

"Collection of resolutions adopted by the Committee of Ministers in application of Articles 32 and 54 of the European Convention of Human Rights" [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 32. ve 54. Maddeleri'nin uygulanması sırasında Bakanlar Komitesi'nin benimsediği kararların derlemesi], 1959-89, 1993, Avrupa Konseyi.

Yearbook of the European Convention on Human Rights [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yıllığı]

Cilt 1-40, 1959-98, Martinus Nijhoff Publishers, Lahey/Londra/Boston.
Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bazı kararlarını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hükümlerinin özetlerini ve Bakanlar Komitesi'nin insan hakları kararlarını içermektedir.

İçindekiler

ÖNSÖZ ***3***

1. BÖLÜM. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ***21***

AİHS 1. MADDE – İNSAN HAKLARINA SAYGI YÜKÜMLÜLÜĞÜ ***21***

1. SÖZLEŞME "HERKES" İÇİN GEÇERLİDİR 21

2. SÖZLEŞME "DEVLETLER'İN YETKİ ALANI" DAHİLİNDE OLAN HERKES İÇİN GEÇERLİDİR 21

Yer bakımından yetki alanı (Rationae loci) *22*

Konu bakımından yetki alanı (Rationae materiae) *25*

Konu bakımından yetki alanı her tür hukuk kuralını kapsar *25*

Yetki devri ve uluslararası antlaşmalar *26*

AİHS 2. MADDE – YAŞAMA HAKKI ***30***

2. MADDE, 1. FIKRA ***30***

1. 2. MADDE'NİN RUHU VE KAPSAMI 30

2. Madde'nin ruhu *30*

2. Madde'nin kapsamı *31*

2. 2. MADDE'NİN 1. FIKRASINDAN ÇIKAN SONUÇLAR 31

2. Madde'nin 1. fıkrasının getirdiği maddi yükümlülükler *31*

Bir şahsın canına kast *31*

Tehdit edilen kişiler *31*

Gözaltında intihar *34*

Gözaltında ölen şahıslar *35*

Kaybolan şahıslar *37*

Mağdurun ölümüne yol açmayan fiziksel şiddet *39*

Kürtaj *41*

İyileşme ihtimali bulunmayan hasta kişilerin sınırdışı edilmesi *42*

Halkı zarar görme tehlikesi olan konularda bilgilendirmeme *43*

Tıbbi sorumluluk *45*

2. Madde, 1. fıkra kapsamında usule ilişkin yükümlülükler *45*

2. MADDE, 2. FIKRA ***50***

1. 2. MADDE, 2. FIKRANIN KAPSAMI 50

2. "MUTLAK ZORUNLULUK" KAVRAMI VE ÖLDÜRMEYİ "HAKLI KILAN" KUVVET KULLANIMI 51

3. MADDE'NİN UYGULANMASINA ÖRNEKLER 51
Kurtarma operasyonları *51*
Barışı koruma operasyonları *54*
Askeri operasyonlar *55*
AİHS 3. MADDE – İŞKENCE YASAĞI ***57***
1.KAPSAM VE KAVRAMLAR 57
3. Madde'nin kapsamı *57*
3.Maddede bulunan kavramlar *63*
İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele kavramı *63*
İşkence kavramı *65*
2. 3. MADDE'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER 69
İnsanlık dışı muamele, kötü muamele ve polis usulleri *69*
Yakalama sırasında *69*
Gözaltı esnasında *71*
Kaçmaya teşebbüs veya firar sırasında *72*
İnsanlık dışı muamele, cezalar, yaptırımlar ve cezalandırma *73*
Disiplin cezaları ve fiziksel ceza *73*
Yargı usulleri ve cezalar *74*
İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve alıkoyma koşulları *78*
Genel hususlar *78*
Ruhsal sorunları olan kişiler *80*
Engelli kişiler *82*
İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve psikiyatri hastanelerinde tutulan hastalar *82*
Onur kırıcı muamele ve kişiliğe saygı gösterilmemesi *83*
İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele, suçluların iadesi ve sınırdışı etme, siyasi mülteciler *83*
Suçluların iadesi *83*
Sınırdışı etme *84*
Gönderme *89*
Sosyal hizmet kurumlarının hareketsizliği veya mevzuatın yetersizliği *89*
Mal varlıklarının tahrip edilmesi *90*
3. Madde'nin ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olanların yakın akrabalarının durumu *91*
AİHS 4. MADDE – KÖLELİK VE ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI ***93***

4. MADDE, 1. FIKRA 93

1. KULLUK KAVRAMI 93

2. RIZA VE KULLUK DURUMU 94

4. MADDE, 2. FIKRA – ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI 95

4. MADDE, 3. FIKRA – İSTİSNA HÜKMÜ 98

1. 5. MADDE'YE UYGUN OLARAK ALIKONULAN KİŞİLERİN ÇALIŞMAYA MECBUR EDİLMESİ 99

2. YURTTAŞLIK GEREĞİ YAPILAN İŞLER, YURTTAŞLIK YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE PARA ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ 100

AİHS 5. MADDE – ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI 101

5. MADDE, 1. FIKRA 101

1. ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUMİYET KAVRAMI 102

Özgürlükten mahrumiyet ve özgürlüğün kısıtlanması *102*

Zorunlu ikamet emri 102

Yabancıları uluslararası topraklarda tutmak 103

Disiplin kararları 105

Hastaneye yatırma 105

Rıza ve özgürlükten mahrumiyet *105*

2. SÖZLEŞME'NİN UYGUN BULDUĞU ÖZGÜRLÜKTEN MAHRUMİYET UYGULAMALARI 105

Genel özellikler *105*

Yasada belirlenen yolların gözetilmesi 106

Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen özgürlükten mahrumiyet halleri hakkında genel gözlemler 110

Özgürlükten mahrumiyet konusunda çeşitli davalara ayrıntılı bir bakış *113*

5. Madde 1. fıkra (a) bendi – Mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararı sonrası hapis 113

5. Madde 1. fıkra (b) bendi – Yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için alıkoyma (yakalama veya tutuklama) 118

5. Madde 1. fıkra (c) bendi –Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması 119

5. Madde 1. fıkra (d) bendi – Bir küçüğün gözetim altında eğitimi veya bir yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak alıkonulması 133

5. Madde 1. fıkra (e) bendi – bir akıl hastasının, bir alkoliğin, bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin veya bir serserinin alıkonulması 135

5. Madde 1. fıkra (f) bendi – bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkındaki sınırdışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle yakalanması veya tutulması 142

5. MADDE, 2. FIKRA – KENDİSİNE YÖNELTİLEN SUÇLAMALAR HAKKINDA BİLGİ EDİNME HAKKI 145

1. 2. FIKRANIN KAPSAMI 145

2. 2. FIKRA HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI 146

Verilecek bilginin içerik ve şekli *146*

3. Bilginin temin edileceği zaman *147*

5. MADDE, 3. FIKRA – YAKALANAN KİŞİLERİN BİR YARGIÇ HUZURUNA ÇIKARILMASI VE MAKUL BİR SÜRE İÇİNDE YARGILANMASI YA DA SERBEST BIRAKILMASI HAKKI 149

1. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDE 3. FIKRASINDA GÜVENCE ALTINA ALINAN HAKKIN ÖNEM, AMAÇ VE İÇERİĞİ 149

2. YAKALANAN BİR KİŞİNİN "DERHAL" BİR YARGIÇ HUZURUNA ÇIKARILMA HAKKI 151

Herhangi bir gecikme olmadan yargıç huzuruna çıkarılma hakkının kapsamı *151*

Yargıç huzuruna çıkarılmanın özellikleri *151*

En kısa süre (derhal) *151*

Yakalanan kişinin yargıç huzuruna çıkartılması "kendiliğinden" gerçekleşmelidir *155*

Yakalanan kişinin en az bir kez yargıç karşısına çıkartılması *156*

Yakalanan kişinin huzuruna çıkartılması gereken "yetkili"nin ya da "yargıç"ın özellikleri *157*

3. GEÇİCİ TUTUKLULUK VE MAKUL BİR SÜRE İÇİNDE YARGILANMA VEYA ADLİ KOVUŞTURMA SIRASINDA SERBEST BIRAKILMA (TUTUKSUZ YARGILANMA) HAKKI 162

Makul bir süre içinde yargılanma "veya" serbest bırakılma hakkı *162*

Sözleşme çerçevesinde "geçici tutukluluk" olarak değerlendirilecek sürenin belirlenmesi *162*

Tutukluluk süresinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde AİHM'nin genel yaklaşımı *164*

Kuralın uygulanmasına ilişkin örnekler *166*

Tutukluluk süresiyle ilgili örnekler *166*

Tutukluluk durumunu devam ettirme gerekçeleri 167

AİHM'nin ulusal mahkemelerin kararlarını değerlendirmesi..... 170

AİHM'nin ulusal mercilerin gösterdiği titizliği değerlendirmesi..... 173

4. SALIVERMEYE İLİŞKİN TEMİNATLAR, ÖZELLİKLE DE KEFALET MİKTARININ TAYİNİNE DAİR DÜŞÜNCELER 175

5. MADDE, 4. FIKRA – ALIKOYMA UYGULAMASINA İLİŞKİN BAŞVURU HAKKI 177

1. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDE 4. FIKRASININ YERİ VE BU HÜKÜMLERİN AYNI MADDE 1. VE 3. FIKRA HÜKÜMLERİYLE İLİŞKİSİ 177

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası ile bu fıkra hükümlerinin 5. Madde 1. fıkra ile ilişkisi *177*

Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası ve bu fıkra hükümlerinin 5. Madde 3. fıkra ile ilişkisi *182*

2. ALIKONULAN BİR KİŞİNİN ALIKONULMASINA İLİŞKİN OLARAK MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKININ İÇERİĞİ 183

Etkili başvuru hakkı *183*

Alıkoyma tedbiri kısa bir süre içinde (süratle) incelenmelidir *186*

Hukukîlik incelemesi başvurusunda bulunabilmek için gereken süre 187

Hukukîlik incelemesi başvurusunun cevaplandırılması gereken süre 187

Hukukîlik incelemesi için düzenli aralıklarla başvuruda bulunabilme şartı 189

Başvurunun incelenmesinde alıkoyma tedbirinin "hukuka uygunluğu"na bakılmalıdır *190*

Başvurunun bir "mahkeme" tarafından incelenmesi gerekir *192*

3. USULE İLİŞKİN GÜVENCELER 196

5. MADDE, 5. FIKRA – TAZMİNAT HAKKI 199

1. 5. FIKRANIN KAPSAMI 199

2. "TAZMİNAT" KAVRAMI 200

AİHS 6. MADDE – ADİL YARGILANMA HAKKI 201

6. MADDE, 1. FIKRA 201

1."MAHKEME HAKKININ" UYGULAMA ALANI 201

"Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar konusundaki kararlar" için mahkeme hakkı 201

"Niza" (uyuşmazlık-"dispute") kavramı 202

"Medeni hak ve yükümlülükler" kavramı 204

Cezai alanında "Suç isnadı" karşısında mahkeme hakkı (droit à un tribunal) *214*
"Suç isnadı" kavramı *214*
"Cezai alan" kavramı *216*
2."MAHKEME HAKKININ" KAPSAMI 218
6. Madde'nin 1. fıkrasında teminat altına alınan hak mahkemeye erişim hakkıdır *218*
Mahkeme hakkının etkili olması gerekir *219*
Erişim hakkı üst mahkemeye başvuru imkânı sağlama zorunluluğunu içermez *221*
Bu hak zımni sınırlamalar içerir *223*
Mahkeme hakkı ayrıca mahkeme kararını uygulatma hakkıdır *226*
6. Madde'nin 1. fıkrasında teminat altına alınan hak, konu mahkemenin önüne gelmeden önce işlemeye başlar *227*
3. "MAHKEME HAKKININ" AMACI 228
"Bağımsız ve tarafsız mahkeme" kavramı *228*
"Mahkeme" kavramı *228*
"Tarafsız mahkeme" kavramı *229*
"Bağımsız mahkeme" kavramı *230*
"Karar" kavramı *233*
4. MAHKEME ÖNÜNDEKİ DAVANIN NİTELİĞİ 234
Yargılamanın adil olması şartı *234*
Genel özellikler *234*
Nizalı dava ve silâhların eşitliği ilkeleri *238*
Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı *243*
Avukata Erişim *247*
Davaların "makul bir süre içinde" görülmesi şartı *248*
Dava süresinin makul olması *248*
Sürenin hesaplanması *249*
Ceza davalarında sürenin hesaplanması *249*
Hukuk davalarında sürenin hesaplanması *250*
Davanın aleni olarak görülmesi ve hükmün açık oturumda verilmesi *251*
Açık duruşmanın önemi *251*
Hükmün açık oturumda "verilmesi" *252*
Açık duruşmadan feragat *253*

6. MADDE, 2. FIKRA – MASUMİYET KARİNESİ 253

1. 6. MADDE, 2. FIKRANIN UYGULAMA ALANI VE KAPSAMI 253

"Bir suç ile itham edilen" ifadesinin tanımı *253*

Kapsam *254*

2. 6. MADDE 2. FIKRANIN ETKİSİ 256

6. Madde 2. fıkra, mahkûmiyet ve yeterli delil yokluğu, sanığın lehinde kuşku *256*

6. madde 2. fıkra, suçluluk ve objektif cezai sorumluluğa dair karine *257*

6. madde 2. fıkra, kararların içeriği *258*

3. BAZI ÖRNEKLER 259

Masumiyet karinesi ve hukuka uygun bir şekilde tutuklamada tazminat *259*

Masumiyet karinesi ve alıkoymayla ilgili düzenlenmeler *260*

6. MADDE, 3. FIKRA – SANIĞA AİT HAKLAR 260

1. 6. MADDE, 3 (*A*) BENDİ -- SUÇLAMADAN HABERDAR EDİLME HAKKI 261

2. 6. MADDE 3 (*B*) BENDİ – SAVUNMASINI HAZIRLAMAK İÇİN YETERLİ ZAMAN VE KOLAYLIKLARA SAHİP OLMA HAKKI 263

3. 6. MADDE, 3 *(C)* BENDİ – KENDİSİNİ ŞAHSEN SAVUNMA HAKKI VEYA AVUKAT YARDIMI ALMA HAKKI 264

Sanık açısından avukat yardımı *264*

Sanığın avukat yardımına erişmesi hangi anda gereklidir? *264*

Avukatla haberleşmenin gizliliği *265*

Duruşma sırasında yardım ve temsil *266*

Devlet tarafından avukat yardımı *267*

Kendi kendini savunma hakkı *268*

4. 6. MADDE, 3 *(D)* BENDİ – TANIKLARI SORGUYA ÇEKME HAKKI 268

5. 6. MADDE, 3 *(E)* BENDİ – TERCÜMAN HAKKI 270

AİHS 7. MADDE – KANUNSUZ CEZA OLMAZ 271

7. MADDE 1. FIKRA – CEZA YASALARININ GERİYE DÖNÜK OLARAK UYGULANMASININ YASAKLANMASI 271

1. 7. MADDE'NİN 1. FIKRASININ UYGULAMA ALANI 271

7. Madde "önleyici" nitelikteki mevzuat açısından geçerli değildir *271*

7. Madde "ceza" mevzuatı için geçerlidir *271*

7. Madde'ye göre ceza kavramı *271*

Örnekler *272*

2. 7. MADDE 1. FIKRANIN KAPSAM VE İÇERİĞİ 274

Genel İlkeler *274*
Uygulama *275*
Hukuki bir metnin varlığı – kıyas yasağı *275*
Öngörülebilirlik şartı *276*
Zaman Aşımı *279*
Geriye dönük olmama ve devam eden suç kavramı *280*
Bir Devlet'in yerine başka bir Devlet'in geçmesi *282*
3. 7. MADDE 1. FIKRANIN İHLALİ MÜEYYİDESİ 283
7. MADDE, 2. FIKRA – İSTİSNA HÜKMÜ ***284***
AİHS 8. MADDE – ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKI ***284***
8. MADDE, 1. FIKRA ***284***
1. 8. MADDE 1. FIKRANIN KAPSAMI 284
Müdahale ve harekete geçmeme *285*
8. Madde'den doğan haktan feragat etmek *286*
2. 8. MADDE 1. FIKRA VE ÖZEL HAYATIN KORUNMASI 287
Özel hayat kavramı *287*
8. Madde'nin özel hayat konusunda uygulanmasına örnekler *293*
8. Madde ve isim hakkı *293*
8. Madde ve cinsel hayat *296*
Kişilerin İzlenmesi *303*
Şahsi bilgiler *310*
Fiziksel bütünlük *312*
Çeşitli olasılıklar *313*
3. 8. MADDE 1. FIKRA VE AİLE HAYATININ KORUNMASI 314
Aile hayatı kavramı *314*
8. Madde durumları ne olursa olsun tüm aileler için geçerlidir *315*
8. Madde halihazırda var olan ailelere uygulanabilir *315*
Biraraya gelmiş çocuklu aileler (familles recomposées) *318*
Aile, yakın bağlar, büyükanne ve büyükbabalarla bağlar *318*
8. Madde'nin aile hayatı ile ilgili uygulamasına örnekler *319*
Eğitim yardımı *319*
Aile hukuku *322*
Sınırdışı etme, ülkeden zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama, oturma izninin yenilenmemesi *324*

Çeşitli olasılıklar *330*
4. 8. MADDE 1. FIKRA VE KONUTUN KORUNMASI 332
"Konut" kavramı *332*
8. Madde ve gelecekteki konut *332*
Konut ve işyerleri *333*
Konutta yaşayanlar ile konut arasındaki yasal bağ *333*
8. Madde'nin konutla ilgili uygulamalarına örnekler *335*
5. 8. MADDE 1. FIKRA VE HABERLEŞMENİN KORUNMASI 337
8. MADDE, 2. FIKRA – İSTİSNA HÜKMÜ..... 343
1. "YASAYLA ÖNGÖRÜLMÜŞ" MÜDAHALE 343
2. "MEŞRU AMACA" YÖNELİK MÜDAHALE 344
3. "DEMOKRATİK BİR TOPLUMDA ZORUNLU" MÜDAHALE 344
AİHS 9. MADDE – DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ..... 346
9. MADDE, 1. FIKRA 346
1. DÜŞÜNCE, VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖNEMİ VE İÇERİĞİ 346
2. DÜŞÜNCE VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ 347
3. DİN ÖZGÜRLÜĞÜ 350
Genel gözlemler *350*
Uygulama örnekleri *353*
9. MADDE, 2. FIKRA – İSTİSNA HÜKMÜ..... 357
1. İSTİSNA HÜKMÜNÜN SINIRLARI 357
2. SINIRLAMALARIN "YASAYLA ÖNGÖRÜLMÜŞ" OLMASI KOŞULUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER 358
3. SINIRLAMALARIN "GEREKLİ" OLMASI KOŞULUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER 359
AİHS 10. MADDE – İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ..... 362
1. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMEL HAK NİTELİĞİ 362
2. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇERİĞİ 363
İfade özgürlüğünün bir öğesi olarak kanaat özgürlüğü *363*
Haber alma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü *364*
Bilgi ve fikir aktarma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü *364*
İfade özgürlüğünün iletişim araçlarının özgürlüğü biçimini alması *366*
3. 10. MADDENİN UYGULANMASINA İLİŞKİN BAZI ÖRNEKLER 366
Siyasi ifade özgürlüğü, siyasi konularda eleştiri veya resmi görevlilere yönelik eleştiri *368*

İfade özgürlüğü ve gizli bilginin yayınlanması ... 371
Kamu hizmeti ve ifade özgürlüğü ... 373
Radyo-televizyon yayınları, sinema ve videoda ifade özgürlüğü ... 375
Radyo-televizyon yayınları ... 375
Sinema ... 376
Video ... 377
İfade özgürlüğü ile basın ve yayın özgürlüğü ... 379
Yayınların yasaklanması ... 379
Gazetelerin toplatılması ve el koyma ... 381
Gazetecilere açılan davalar: hakaret, belge elde etmek vb. ... 384
Gazetecinin haber kaynaklarının korunması ... 388
AİHS 11. MADDE – DERNEK KURMA VE TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ ... 390
11. MADDE, 1. FIKRA ... 390
1. TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ ... 390
Toplantı özgürlüğünün temel hak niteliği ... 390
Toplantı özgürlüğünün içeriği ... 390
Toplantı özgürlüğünün Devlet tarafından çerçevesinin belirlenmesi ve sınırlanması ... 391
2. DERNEK KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ (ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ) ... 393
Genel gözlemler ... 393
Dernek kavramı ... 394
Örgütlenme özgürlüğünün içeriği ... 396
Derneklerin kurulması ve kapatılması ... 396
Derneğe katılmama özgürlüğü ... 398
Derneğe Katılma hakkı ... 400
3. ÖZELLİKLE SENDİKALAR İÇİN GEÇERLİ HUSUSLAR ... 402
Sendikal özgürlük neyi kapsamaz? ... 402
Sendikal özgürlükten kasdedilen nedir? ... 403
11. MADDE 2. FIKRA – İSTİSNA HÜKMÜ ... 403
1. 11. MADDE 2. FIKRA, BİRİNCİ CÜMLE: OLAĞAN SINIRLAMALAR ... 404
2. 11. MADDE 2. FIKRA, İKİNCİ CÜMLE: İDAREYE İLİŞKİN MEŞRU SINIRLAMALAR ... 405
AİHS 12. MADDE – EVLENME ÖZGÜRLÜĞÜ ... 407
1. EVLENME HAKKINDAN YARARLANABİLECEK KİŞİLER ... 407
EVLENME HAKKININ DERECESİ ... 408

3. EVLENME HAKKI VE BOŞANMA HAKKI 408
AİHS 13. MADDE – ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURU HAKKI 409
1. 13. MADDE'DEN KAYNAKLANAN GENEL İLKELER 409
2. 13. MADDENİN UYGULANMASININ SINIRLARI 412
AİHS 14. MADDE – AYRIMCILIK YASAĞI 415
1. 14. MADDE'NİN ÖZELLİKLERİ 415
14. Madde'nin bağımsız olmama niteliği 415
14. Madde'nin mutlak olmama özelliği 417
14. Madde ve "pozitif ayrımcılık" 418
2. 14. MADDE'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖRNEKLER 420
Ayrımcılık niteliği olan farklı muameleler 420
Aile meselelerinde 420
Diğer konular 423
AİHS 15. MADDE – GENEL İSTİSNA HÜKMÜ 427
1. 15. MADDE'NİN UYGULANMASINA İLİŞKİN KOŞULLAR 428
Esasa ilişkin koşullar 428
"Savaş" ya da "ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike" 428
Tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması şartı 429
Uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle ters düşmemek .. 432
15. Madde'nin askıya alınmasına ilişkin şekil şartları 433
2. 15. MADDE'NİN KAPSAMI 434
AİHS 16. MADDE – YABANCILARIN SİYASİ FAALİYETLERİNİN KISITLANMASI 435
AİHS 17. MADDE – HAKLARIN KÖTÜYE KULLANIMININ YASAKLANMASI 436
1. SÖZLEŞME'DE TANINAN HAKLARIN TAHRİBİNİ AMAÇLAYAN FAALİYETLER BAKIMINDAN 17. MADDE'NİN KAPSAMI 436
2. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN AİHS'TE ÖNGÖRÜLENDEN DAHA GENİŞ ÖLÇÜDE SINIRLAMAYA UĞRATILMASI YASAĞI 439
AİHS 18. MADDE – HAKLARIN KISITLANMASININ SINIRLARI 440
2. BÖLÜM: EK PROTOKOLLER 441
1 NO.'LU PROTOKOL 441
1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ 441
1. 1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ'NİN KAPSAMI 442

2. 1. MADDE TANIMINA UYAN MAL VE MÜLKE SAĞLANAN HUKUKİ GÜVENCELERİN KAPSAMI 446

3. 1 NO.'LU PROTOKOLÜN 1. MADDESİ'NİN İKİNCİ CÜMLESİ: MÜLKTEN YOKSUN BIRAKMAK 448

"Mülkten yoksun bırakma" kavramı *448*

Kamulaştırma *448*

Mülkten yoksun bırakmaya ilişkin diğer durumlar *450*

Yoksun bırakmanın kesin olması zorunluluğu *451*

1. Madde'nin ikinci cümlesinin uygulanma koşulları *451*

Yoksun bırakmanın "kamu yararına" olması şartı *451*

Müdahalenin yasaya uygun olması şartı *454*

Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olma zorunluluğu *454*

4. 1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ'NİN ÜÇÜNCÜ CÜMLESİ (İKİNCİ FIKRA) .. 454

1. Madde'nin üçüncü cümlesinin (ikinci fıkranın) uygulanma koşulları *455*

1. Madde'nin üçüncü cümlesinin (ikinci fıkrasının) uygulanmasına ilişkin örnekler *455*

Sosyal yarar amacı güden düzenlemeler *455*

Cezai ve önleyici tedbirler *456*

Diğer Durumlar *456*

5. 1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ'NİN BİRİNCİ CÜMLESİ 457

Birinci cümlenin ikincil olma özelliği *457*

1. Madde'nin uygulanması *458*

İkinci ve üçüncü cümlelerin uygulanması ile birinci cümlenin uygulanması arasındaki ilişki *458*

Birinci cümlenin uygulanması *459*

1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ - EĞİTİM HAKKI 459

1. 1 NO.'LU PROTOKOL'UN 2. MADDESİ'NİN BİRİNCİ CÜMLESİ - EĞİTİM HAKKI 460

2. 1 NO.'LU PROTOKOL'UN 2. MADDESİ'NİN İKİNCİ CÜMLESİ - ANA VE BABANIN DİNİ VE FELSEFİ İNANÇLARINA SAYGI 461

"Dini ve felsefi inançlar"ın anlamı *462*

2. Madde'nin ikinci cümlesinin kapsamı ve sonuçları *463*

Devlet'le ilgili olarak ikinci cümlenin kapsamı *463*

Ana ve baba yönünden 2. Madde'nin ikinci cümlesinin kapsamı *465*

1 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİ - SEÇİM HAKKI 466

4 NO.'LU PROTOKOL 471

4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ 471
4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ 471
1. 4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ'NİN 1. FIKRASI 472
2. 4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ'NİN 2. FIKRASI 476
3. 4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ'NİN 3 VE 4. FIKRALARI 476
4 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 3. VE 4. MADDELERİ 477
6 NO.'LU PROTOKOL – ÖLÜM CEZASININ KALDIRILMASI 478
6 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1 İLÂ 4. MADDELERİ 478
7 NO.'LU PROTOKOL 479
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİ 479
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2., 3. VE 4. MADDELERİ 480
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ 480
1. 7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ'NİN 1. FIKRASI 480
2. 7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ'NİN 2. FIKRASI 482
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 3. MADDESİ 483
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 4. MADDESİ 483
1. 4. MADDE'NİN KAPSAMI 484
2. 4. MADDE'NİN ZAMAN BAKIMINDAN (*RATİONE TEMPORİS*) UYGULANABİLİRLİĞİ 484
3. 4. MADDEYE UYGUNLUK 484
7 NO.'LU PROTOKOL'ÜN 5. MADDESİ 485
ÖNEMLİ DAVALARA VE DEVLETLERE İLİŞKİN DİZİN 487

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 Kararlarından Örnekler* kitabının derlenmesine yönelik ilk adımların atılmasının üzerinden yıllar 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 Devletler'in 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 Devletler'deki 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.

Gilles Dutertre

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 yeterliliği 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 (madde 1) gelince, Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin çoğuna göre bir Devlet'in vatandaşları ve vatandaş olmayan kişiler aynı korumadan yararlanır, ancak bu, belli bir metinin istisnalar içermeyeceği anlamına da gelmez (bkz. örneğin Sözleşme'de 5. Madde, fıkra 1.*f*, ve 16 (madde 5-1-f, madde 16), 4. Protokol 3. ve 4. Madde (P4-3, P 4-4)).

2. Sözleşme "Devletler'in yetki alanı" dahilinde olan 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 Devlet'in "yetki alanında" bulunmalıdır. Bu koşul oldukça esnektir. "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 Devlet'in yetkisi ya da denetimine tabi olduğu her tür durumu kapsar. Bu nedenle söz konusu olan kısıtlayıcı bir şarttan ziyade kapsayıcı bir kriterdir. Yetki alanı kavramı bu metinde iki bileşen halinde incelenecektir: yer bakımından (*rationae loci*) ve konu bakımından (*rationae materiae*).

Yer bakımından yetki alanı (*Rationae 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, başvurucunun 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* (madde 5-1-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 Devlet'in yetki alanının dışında, kişiyi teslim alan Devlet tarafından uygulanacak bir muamele ya da ceza sonucunda ortaya çıktığında ya da çıkma ihtimali bulunduğunda 3. Madde'nin (madde 3) geçerli olup olmadığıdır.
>
> AİHS 1. Maddesi (madde 1) "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, ne kendisine taraf olmayan Devletler'in işlem ve fiillerini düzenler ne de Sözleşmeci Devletler'den Sözleşme'nin kurallarını taraf olmayan bir Devlet'e dayatmasını ister. 1. Madde (madde 1), bir Sözleşmeci Devlet'in, suçluların iadesi ile ilgili bazı yükümlülüklerine rağmen, iadesi sözkonusu olan kişinin gönderileceği ülkede onu bekleyen koşulların Sözleşme'nin koruduğu her hak ile tam olarak uygunluğuna emin olmadığı sürece kişiyi iade edemeyeceği gibi genel bir ilke getirdiği şeklinde yorumlanamaz. Zira Birleşik Krallık Hükümeti'nin belirttiği gibi, AİHS'nin ve özellikle de 3. Madde'nin (madde

3) uygulama kapsamı belirlenirken, suçluların iadesinde suç işleyen kişilerin adaletten kaçmalarını önlemek olan yararlı amacın göz ardı edilmesi mümkün değildir.

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

Ancak bütün bu unsurlar Sözleşmeci Taraflar'ın, yetki alanları dışında gerçekleşen bir iadenin önceden tahmin edilebilir olumsuz sonuçlarının tümü ya da bir kısmı ile ilgili olan sorumluluklarını, 3. Madde (madde 3) yönünden, ortadan kaldıramaz.

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

AİHS'nin muhtemel ihlallerin varlığını ya da yokluğunu belirlemek normal şartlarda Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvurucu, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye (madde 3) aykırı olacağını öne sürerse, muhtemelen maruz kalınacağı iddia edilen acının ciddi ve tamiri imkânsız boyutları düşünüldüğünde, bu Madde'nin (madde 3) sunduğu güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ilkeden uzaklaşmak gerekir (bkz. yukarıdaki paragraf 87).

Netice itibariyle, bir Sözleşmeci Devlet'in kaçak bir kişiyi iade etme kararı, iade gerçekleştiği taktirde iade talep eden ülkede ilgili kişinin işkence veya insanlık dışı muamele ya da ceza ile karşılaşacağına dair gerçek bir tehlikenin bulunduğuna inanmak için ciddi ve açık nedenlerin varlığı durumunda, 3. madde kapsamında bir sorun oluşturabilir ve böylece Sözleşmeci Devlet'in bu madde yönünden sorumluluğu doğabilir. Böylesi bir sorumluluğun oluşması, iade talebinde bulunan ülkedeki koşulların Sözleşme'nin 3. Maddesi (madde 3) şartları 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 işlemini yapan Sözleşmeci Devlet'e ait yükümlülük olacaktır.

Loizidou-Türkiye davasında, Güney Kıbrıs'ta yaşayan başvurucu, Kıbrıs'ın kuzey kısmında bulunan mallarına ulaşmasının engellendiğinden şikâyet etmiştir. Böylece başvurucu, 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 (madde 1) AİHS'nin kapsamına sınırlama getirse de, bu hükme göre "yargı yetkisinin" Yüksek Sözleşmeci Tarafların ülke topraklarıyla sınırlı olmadığını hatırlatır. Örneğin, oluşturduğu içtihada göre, Mahkeme bir şahsın bir Sözleşmeci Devlet tarafından sınırdışı ya da iade edilmesinin 3. Madde (madde 3) 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, Sözleşmeci 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 Sözleşmeci Taraf'ın yasal ya da yasal olmayan bir askeri eylemi sonucunda kendi ulusal sınırları dışında kalan bir bölgeyi fiilen kontrol altına alması durumunda bu bölgede gerçekleşen olaylardan sorumlu tutulması söz konusu olabilir. Sözleşmeci Taraf'ın bu bölgede AİHS'de belirtilen hak özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, ister silahlı kuvvetler, ister bir yerel yönetim aracılığıyla kurulmuş olsun, bölge üzerinde kurmuş olduğu bu doğrudan denetimden kaynaklanır.

Geriye, başvurucunun öne sürdüğü hakların kısıtlanmasının kime yüklenebilecegi temel meselesi kalmaktadır. Aynı kararda AİHM şu açıklamayı yapmıştır (18 Aralık 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, s. 2235-2236, paragraf 54 ve 56):

> Mahkeme bu kısıtlamaların sorumluluğunun hangi tarafa yükleneceği meselesini değerlendirirken, Türk Devleti'nin, başvurucunun kendi mülkü üzerindeki kontrolünü kaybetme nedeninin, Kıbrıs'ın kuzey bölümünün Türk birlikleri tarafından işgal edilmesinden ve burada "KKTC"'nin kurulmasından kaynaklandığını kabul etmesi unsuruna önem vermistir (bkz. yukarıda belirtilen

ön itirazlara ilişkin karar, s. 24, paragraf 63). Nitekim, Türk birliklerinin başvurucuyu birçok kez mülküne ulaşmaktan alıkoydugu sabittir (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 denetime sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekli değildir. Kuzey Kıbrıs'ta aktif görev yapan yüksek sayıda Türk askerinin varlığı (bkz. yukarıdaki paragraf 16), Türk ordusunun adanın o bölgesinde fiilen 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 (madde 1) 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 saptamalarını hatırlatmak yeterli olacaktır (bkz. yukarıdaki paragraf 44).

Konu bakımından yetki alanı (*Rationae materiae*)

Konu bakımından yetki alanı her tür hukuk kuralını 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 hukuk kurallarının, hatta anayasal hükümlerin, üye Devletler'in "yetki alanına" girdiğini belirtmiştir. Davalı Devlet, AİHS'nin Taraf Devletleri'nin "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 Anayasası'na aykırı

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

> 1. Madde, Taraf Devletler'in "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 Devletler'in "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 Devletler'in kurumları ve siyasal organları AİHS'nde öngörülen hak ve ilkelere saygı göstermelidirler. Bu bağlamda, söz konusu düzenlemelerin anayasa ile (bkz., örneğin, Gitonas ve Diğerleri-Yunanistan, 1 Temmuz 1997 tarihli karar, 1997-IV) 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 kullandığı andan itibaren, bu hükümler AİHS kapsamında gözden geçirilebilir.
>
> Mahkeme'deki yargılama sürecinde, bir Devlet'in 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 Devlet'teki örgütlenme özgürlüğünü, sonuç olarak da demokrasiyi etkilemektedir.

Yetki devri ve uluslararası antlaşmalar

Bir Devlet'in yetkilerini uluslararası bir kuruluşa devretmesi, o Devlet'in AİHS kapsamındaki 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 ayrım yapmaz ve AİHS kapsamında Sözleşmeci Devletler'in "yetki alanının" hiçbir kısmını denetim dışı bırakmaz (bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri-Türkiye davası kararı, 30 Ocak 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, s. 17-18, paragraf 29).

> Böylece, Sözleşmeci Devletler'in sorumluluğu, AİHS ve Protokollerinin yürürlüğe girmesini takiben üstlendikleri uluslararası antlaşmalardan doğan taahhütler altında edimlerde bulunurlarken de devam eder (bkz. gerekli değişikliklerle, Matthews-Birleşik Krallık [BD], No. 24833/94, paragraf 29 ve 32-34, *ECHR* 2000-I).
>
> Mahkeme, bu bağlamda Devletler'in 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 Sözleşmeci 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 içtihadından doğan temel ilkeleri bir kez daha tekrar etmiştir (a.g.e. paragraf 49-50):

> AİHS'nin 19. Maddesi'ne göre Mahkeme'nin görevi, Sözleşmeci Tarafların Sözleşme kapsamında girdikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olsa da, AİHS'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, ulusal bir mahkemenin olayları incelerken ya da yasaları uygularken hata yaptığına ilişkin iddiaları ele almak görevi değildir.
>
> Ayrıca iç hukuku yorumlamak ve uygulamak ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevidir. Bu, iç hukukun devletler genel 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 başvurucu, eski Çekoslovakya tarafından el konulan bir tabloyu geri alma davası ile 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 etmemişti. 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 sonlandırabildi 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 sınırlı denetim yetkisi içinde (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, başvurucunun Federal Almanya Cumhuriyeti'nde dava açmakla sağlayacağı faydanın, Almanya'nın egemenliğini yeniden kazanması ve birleşmesiyle kamunun sağlayacağı genel temel yarardan önemli olmadığı kararına varmıştır. Bu nedenle, Alman mahkemesinin başvurucunun mülkiyet davasını kabul etmemesi, izlenen meşru amaçla orantılıdır ve bu nedenle, Mahkeme'nin içtihadı anlamında, başvurucunun "mahkemeye erişim hakkı" nın özüne zarar getirmemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 43-44).

Bu pasajın doğru anlaşılması için burada AİHS'nin 6. Maddesi'nin güvence altına aldığı "mahkemeye erişim hakkının" beraberinde bazı zımni 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 ile 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 ihlal 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, Avrupa Topluluğu'nun 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 düzenlemesinden sorumlu tutulup tutulmayacağına, yani Birleşik Krallık'ın, seçimlerin Topluluk seçimleri özelliği taşımasına rağmen, Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılma hakkı "tanıma" yükümlülüğü olup olmadığına karar vermelidir.

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

Mevcut davada AİHS'de gerçekleştiği iddia edilen ihlal, 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 Anlaşması 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 hakları kuramsal veya hayali değil, uygulanabilir ve etkin tarzda güvence altına almayı amaçladığını hatırlatır (bkz. örneğin yukarıda belirtilen Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri davası kararı, s. 18-19, paragraf 33). Avrupa Topluluğu'nun yasama çalışmaları neticesi olan mevzuatın Cebelitarık halkını yerel meclisin kabul ederek iç hukukta yürürlüğe soktuğu 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 içinde "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 2. Madde'yi (madde 2) yorumlarken, birey olarak insanların korunması için bir araç olan AİHS'nin konu ve amacının, Sözleşme hükümlerinin, bu korumayı somut ve ve etkin kılacak tarzda, yorumlanıp ve uygulanmasını gerektirdiği gerçeğinden yola çıkmak zorundadır (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 (madde 2) olarak 2. Madde (madde 2), AİHS'nin en temel hükümlerinden biridir

> – bu hüküm barış zamanında 15. Madde (madde 15) kapsamında kısıtlanamayacak olan bir hükümdür. Bu madde, AİHS'nin 3. Maddesi'yle birlikte (madde 15 + 3) 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 dar bir şekilde yorumlanmalıdır.

2. Madde'nin kapsamı

16 Kasım 2000 tarihli Tanrıbilir-Türkiye davası kararı (Başvuru No. 21422/93) bir şahsın gözaltında intiharı ile ilgilidir. AİHM, belli durumlarda, 2. Madde'nin Devletler'e uygun önlem alarak kişilerin hayatını koruma yönünde bir pozitif bir yükümlülük getirdiğini vurgulamıştır:

> Mahkeme, AİHS'nin 2. Maddesi'nin, kimi belirgin koşullarda, görevli makamlara, bireyi başkalarından ya da bazı durumlarda kendi kendisinden korumak için, uygulanabilir koruyucu önlemler almaları konusunda pozitif bir yükümlülük getirebileceği kararına varmıştır.
>
> Ancak bu yükümlülüğü yetkili makamların üzerine imkânsız ya da orantısız bir yük bindirmeyecek biçimde yorumlamak gereklidir. Modern toplumlarda güvenlik güçlerinin görevlerini gerçekleştirirken karşı karşıya geldiği güçlükleri, insan davranışının her zaman önceden tahmin edilemez olduğunu ve öncelikler ve kaynaklar dikkate alınarak yapılması gereken seçimlerin varlığını da unutmamak gerekir.

Bu yükümlülük, Devletler'in yasaları düzenlerken ve uygularken alması gereken önlemlere ek olarak getirilen bir yükümlülüktür.

2. 2. Madde'nin 1. fıkrasından çıkan 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, Devletler'in, şahısların hayatına zarar verici fiiileri suç kabul edecek 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 ve öğrencinin babasını öldürmesi ile 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 Devlet'in 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 çeker (bkz. L.C.B.-Birleşik Krallık davası kararı, 9 Haziran 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, s. 1403, paragraf 36). Bu açıdan Devlet'in 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. Taraflar, AİHS'nin 2. Maddesi'nin, bazı belirli durumlarda, yetkili makamlara, başka bir şahsın cezai eylemlerinden ötürü hayatı tehlikeye giren bir şahsı korumak amacıyla uygun önlemler alma yükümlülüğü getirebileceğini kabul etmektedirler. Ancak bu yükümlülüğün kapsamı taraflar arasında uyuşmazlığa 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 seçimlerin de varlığı göz önünde bulundurularak, 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, suç ve suçlularla mücadelede emniyet güçlerinin yetkilerini, AİHS'nin 5. ve 8. maddelerinde belirtilen güvenceler de dahil olmak üzere, suçu araştırma ve suçluları adalete teslim etme aşamasındaki fiil ve işlemlerine meşru kısıtlamalar getiren yasal yollara ve güvencelere tamamen uygun kullanmalarını sağlamanın gerekliliğidir
>
> Yetkili makamlar hakkında, şahıslara karşı işlenen suçları engellemek ve bastırmak konusundaki görevlerini icra sırasında yaşama hakkını koruma pozitif yükümlülüklerini ihlal ettikleri yolunda bir iddia sözkonusudur (bkz. yukarıdaki paragraf 115). Bu durumda, yetkili makamların söz konusu dönemde belli şahıs ya da şahısların yaşamlarının, üçüncü bir tarafın cezai eylemleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehlike içinde bulunduğunu bildikleri ya da bunu bilmeleri gerektiği ve makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu tehlikeyi bertaraf edebilecek önlemleri yetkileri dahilinde almamış oldukları Mahkeme'yi tatmin edecek bir biçimde ortaya konmalıdır.

Mahkeme için, AİHS bağlamında temel bir hak olan 2. Madde'de korunan yaşam hakkının doğası göz önüne alındığında, bir başvurucunun, yetkili makamların bildikleri ya da bilmeleri gereken kesin ve yakın bir ölüm riskini bertaraf edebilmek için bu makamların kendilerinden makul olarak 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 itibariyle 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 memurlarınca Paget-Lewis'in Ahmet Osman'a beslediği yakınlığın mesleki açıdan kınamayı hak eden bir davranış olarak değerlendirilebilmesi mümkün gözükmesine rağmen, Ahmet Osman'ın cinsel taciz riskiyle karşı karşıya olduğu, hatta hayatının tehlikede olduğunu düşündürtebilecek herhangi bir bulgu bulunmamaktaydı. [...] Buna göre, polisin o aşamada durum 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. 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. Eğer profesyonel bir psikiyatr o dönemde Paget-Lewis'in herhangi bir akıl hastalığı ya da şiddete yatkınlık belirtisi göstermediği kanısına varmışken, polis yetkililerinden, okul tarafından kendilerine bildirilmiş Paget-Lewis'in davranışlarını bir akıl hastasının veya son derece tehlikeli bir bireyin davranışları biçiminde yorumlamalarını beklemek akla uygun olmayacaktır.

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 bulundurmuştur (bkz. yukarıdaki paragraf 30, 36 ve 37). Mahkeme, öncelikle, bu olayların hiçbirinin ölümle 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 verdiği veya tutuklama, arama ve el koyma yetkilerini kullanmadığı için eleştirilemez zira olayların olduğu sırada bu yetkileri kullanmak için gerekli olan şüphe seviyesine sahip olmadığına ve atılacak herhangi bir adımın somut sonuçlar doğurmayacağına dair görüşleri makul olarak değerlendirilmiştir.
>
> Yukarıda belirtilen sebeplerden ötürü Mahkeme, bu davada AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Koşulların daha farklı olduğu bir diğer davada AİHM 2. Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir (bkz. Akkoç-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) 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, görevleri gözaltında bulunan kişileri denetlemek ve intihar etmelerini önlemek olan yetkili makamların gözaltında bulunan bir kişinin hayatını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmedikleri iddiası karşısında, bu yetkili makamların söz konusu kişinin intihar etme riskinin bulunduğunu bildikleri ve, makul bir şekilde değerlendirildiğinde, bu tehlikeyi bertaraf edebilecek önlemleri yetkileri dahilinde almamış oldukları konusunda ikna olmalıdır. 2. Madde'de korunan hakkın özelliği düşünüldüğünde, Mahkeme için, bir başvurucunun, yetkili makamların bildikleri ya da bilmeleri gereken kesin ve yakın bir ölüm riskinin gerçekleşmesini önlemek için bu makamların kendilerinden makul olarak beklenen herşeyi yapmadıklarını göstermesi yeterlidir. Bu, her bir davada geçerli koşullar ışığında yanıtlanabilecek bir sorudur. Bu nedenle Mahkeme, davaya ait özel şartları inceleyecektir.

> Mevcut davada, Mahkeme öncelikle A.T.'nin Cizre'deki jandarma karakolunda gözaltında tutulduğunu 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 sıradan olan 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 Hâkim 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 denetlemeleri gerektiğini farketmeli miydiler? 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, başvurucunun bulunduğu hücrenin önünde 24 saat nöbetçi görevlendirmek ya da giysilerine el koymak gibi özel tedbirler almamakla suçlanamayacağı görüşündedir [...].
>
> [...] Mahkeme, dava dosyasındaki delillerin hiçbirinin, jandarmaların makul olarak A.T.'nin intihar edeceğini tahmin edebileceğini veya hücresinin önünde sürekli nöbetçi bulundurmaları gerektiğini gösterir nitelikte olmadığı görüşündedir.
>
> Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı Mahkeme, bu davada AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlal edilmediği kararına varmıştır.

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 da göz önünde bulundurmalıdır. Gözaltında bulunan kişiler son derece hassas bir konumdadır ve yetkili makamlar onları korumakla görevlidir. Buna bağlı olarak, sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişinin serbest bırakıldığı sırada yaralı olduğu anlaşılırsa, bu yaralarla 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 genellikle "makul şüphenin ötesinde" bir ispat ölçütü 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 bütününden ya da aksi ispatlanamayan bazı karinelerden de oluşabilir. Söz konusu olayların tamamı ya da büyük bir kısmı, gözaltında kendi denetimlerinde bulunan kişilerin 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 değerlendirmesini yapmak uygundur.

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

Agit Salman, görünüşte sağlıklı durumda ve herhangi bir yara ya da 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, Devlet'in bu yaraların yakalama sırasında gerçekleştiği ve göğüs kemiğinin kalp masajı nedeniyle kırıldığı şeklindeki iddiasını doğrulamamaktadır. Dr. Kırangil'in, göğüsteki morluğun yakalamadan önce gerçekleştiği ve kalp krizinin yalnızca gözaltında kalmanın getirdiği stresten ve uzun süre soluk soluğa kalma durumundan kaynaklandığı yolundaki görüşü Profesör Pounder ve Cordner'in raporları tarafından çürütülmüştür. Komisyon, Pounder ve Cordner'in ölümün hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve göğüsteki morluk ve kırığın aynı olaydan – göğse vurulan bir darbeden – kaynaklanma olasılığı ile ilgili saptamalarını kabul ederek Dr. Kırangil'in tanıklığına yeterince ağırlık vermemiş ya da Profesör Pounder ve Cordner'in görüşlerini haksız bir şekilde tercih etmiş değildir. Dr. Kırangil'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, Devlet'in 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 ihlal edilmiştir.

Kaybolan şahıslar

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

Mahkeme, delegelerin oturumunun kayıtlarının ve mevcut delillerin dikkatle değerlendirilmesi neticesinde yukarıda varmış olduğu saptamaların ışığında, Komisyon'un vardığı sonuçtan 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 olaylara 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 kaçıran kişilerin ellerinde kabul edilmemiş bir gözaltı sırasında 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 Sözleşmeci Devletin, Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen yasadışı bir öldürme iddiasını çevreleyen koşullara ilişkin olarak etkili bir soruşturma yapmaya yönelik pozitif yükümlülüğe sahip olduğunun tespit edildiği davalarda, söz konusu yükümlülüğü devreye sokabilecek, ölüme ilişkin dair somut kanıtlar bulunduğunun altını çizer (bkz. yukarıda belirtilen

McCann ve Diğerleri davası kararı; ve 19 Şubat 1998 tarihli Kaya- Türkiye davası kararı, *Reports* 1998-I).

Bu açıdan belirtmek gerekir ki, başvurucunun davası, tamamen, davalı Devlet'te resmi şekilde müsamaha gösterilen kaybolmalar ve buna bağlı olarak gözaltındaki şahısların maruz kaldığı kötü muamele ve hukuk dışı öldürmeler üzerine iddiaların eşlik ettiği, oğlunun ilk gözaltına alındığı andaki koşullardan çıkan karinelere dayanmaktadır. Mahkeme ise, 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 sistematik bir biçimde ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak da Mahkeme, başvurucunun gösterdiği kanıtların anılan iddiaya yeterli dayanak teşkil etmediği kanaatindedir.

Yukarıda belirtilen hususlara yönelik olarak, başvurucunun 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 alıkonulan kişilerin öldüğü karinesine yol açtığını belirtmiş 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, başvurucunun oğlunun gözaltında öldüğüne dair yeterince ikna edici belirti 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 güneydoğu bölgesindeki genel durum dikkate alındığında 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, Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde, ceza yasası ile sağlanan korumaların etkin bir şekilde uygulanmasını engelleyen sorunların güvenlik güçleri mensuplarının

> hareketlerinden dolayı hesap vermemelerine izin verdiğini ve bu durumun cezasız kalma haline yol açtığını 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 başvurucunun altıbuçuk yıldır 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 varsayılabileceğine 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 ölüme sebebiyet verecek bir kuvvet kullanımını haklı gösterecek bir gerekçe sunmadığı dikkate alındığında Çiçek kardeşlerin ölümü davalı Devlet'in sorumluluğu sayılır (Timurtaş-Türkiye kararı, yukarda paragraf 86). Dolayısıyla 2. Madde ihlal 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 şiddet

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

> Mahkeme mevcut davada Abdüllatif İlhan'a karşı uygulanan kuvvetin bu olayda ölüme sebebiyet vermediğini hatırlatır. Ancak bu, başvurucunun 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 incelediği görülebilir.
>
> Osman-Birleşik Krallık davasında (28 Ekim 1998 tarihli dava kararı, *Reports* 1998-VIII, s.3159-3163, paragraf 115-22) başvurucu 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. Yaşa davasında (yukarıda söz edilen karar, s. 2436-2441, paragraf 92-108),

başvurucu silâhlı meçhul bir kişi tarafından sokakta vurulmuş, sekiz kurşun yarası almasına rağmen hayatta kalmıştır. Mahkeme yetkili makamların ilgilinin hayatını korumak ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerine rağmen, 2. Madde kapsamında saldırı ile ilgili 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 başvurucu Birleşik Krallık'ın yürüttüğü nükleer denemeler sırasında Christmas Adası'nda bulunan bir ordu personelinin kızıdır. Bu davada Mahkeme Devlet'in kasten başvurucuyu yaşamından yoksun 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'e herhangi bir kusur yüklenemeyeceği 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 başvurulan fiziksel kötü muamelenin nadir olarak AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlali sayılabileceği kanaatine varmıştır. 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 başvurulan 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 şikâyetler daha ziyade AİHS'nin 3. Maddesi kapsamında incelenecektir.

Mahkeme Abdüllatif İlhan'ın, bir operasyon sırasında kendisini yakalama emri alan jandarmaların İlhan'ı çalılıkların arasında saklanırken bulduktan sonra tekmeleyip 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 Abdüllatif İlhan'ı yakalarken başvurdukları güç kullanımının 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, Abdüllatif İlhan'ın yaralanmasıyla ilgili olarak AİHS'nin 2. Maddesi ihlal edilmemiştir.

(Aynı konuyla ilgili olarak bkz. Berktay-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 Women-İrlanda davası kararında (29 Ekim 1992, Seri A No. 246-A, s. 28, paragraf 66) iki şirketin, hamile kadınlara yurtdışında kürtaj yaptırmaları konusuyla 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 (madde 2) 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 konusuyla 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. 258, paragraf 4 ve s. 262, paragraf 23) Komisyon aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

> Bu nedenle Komisyon, bu başvurunun, başvurucunun gönderme yaptığı AİHS maddelerinin, özellikle 2. ve 8. Madde'nin açık ihlalini ortaya koyup koymadığını incelemek zorundadır. Burada Komisyon AİHS'nin Yüksek Sözleşmeci Tarafları'nın kürtajla ilgili yasalarının geçmişte 25. Madde kapsamında birkaç başvuruya konu olduğunu hatırlatır. Başvurucular ya kürtaj yasalarının (doğmamış çocuğun) yaşama hakkını ihlal 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, başvurucuların – ceninle yakın bir bağın bulunmamasından ötürü kürtajdan doğrudan etkilenmeyecek kişiler oldukları için – şikâyete konu olan kürtaj yasalarından "mağdur" olduklarını iddia edemeyecekleri 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 ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Decisions and Reports* 10, s. 100-122). Bu sonuç, 8. Madde'nin, diğer bazı unsurların yanı sıra, AİHS'nin yürürlüğe girdiği tarihteki Yüksek Sözleşmeci Taraflar'ın kürtaj yasaları göz önünde bulundurularak yapılan yorumu ile gerekçelendirilmiştir (a.g.e., s. 117, Komisyon raporunun 64. paragrafı).

Emsalleri böylece özetleyen Komisyon annenin yaşamını korumak için gerekli olan kürtaj üzerine odaklanan temkinli bir cevap vermiştir:

> 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 düşüncesindedir. Şikâyete konu olan kürtaja Birleşik Krallık makamları tarafından izin verilmesinin 2. Madde, 1. fıkra, birinci cümleye uygun olduğunu, çünkü bu hükmün hamileliğin ilk aşamasında uygulanabilirliği kabul edildiğinde, kürtajın ceninin "yaşam hakkına", kadının yaşam ve sağlığını korumak için, getirilen zımni sınırlama kapsamında kaldığına hükmetmiştir.

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 Sözleşmeci Devletler'in 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 başvurucunun, Norveç yasalarının doğmamış çocuğun hayatına yeterince koruma sağlamadığına ilişkin şikâyeti Komisyon tarafından reddedilmiştir. Bu noktada başvurunun doğmamış çocuğun annesi değil babası tarafından yapıldığını söylemekte fayda olabilir.

İyileşme ihtimali bulunmayan hasta kişilerin sınırdışı edilmesi

D.-Birleşik Krallık davasında (2 Mayıs 1997 tarihli karar) başvurucu, St Kitts'e sınır dışı edilmesinin 2. Madde kapsamında Birleşik Krallık'ın sorumluluğunda olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu, hastalığının son safhalarında olduğunu ve az kalan ömrünün gördüğü tedavinin ani bir şekilde kesilmesi ve St Kitts'e iade edilmesiyle daha da kısalacağını belirtmiştir. Başvurucu, sınırdışı edilmesiyle daha erken öleceği ihtimali arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisi olduğunu ve bu nedenle de

yaşama hakkının ihlal 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, Devlet'in ve Komisyon'un, başvurucunun 2. Madde (madde 2) 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 başvurucunun Mahkeme'ye davayı 3. Madde (madde 3) kapsamında yürütmeye razı olduğunu söylediğini de dikkate almıştır. Başvurucunun St Kitts'e sınırdışı edilmesinin 3. Madde'nin (madde 3) ihlali olacağı kararına varan Mahkeme, başvurucunun şikâyetini 2. Madde (madde 2) kapsamında incelemeye gerek görmemektedir.

Halkı zarar görme tehlikesi olan konularda bilgilendirmeme

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

Daha sonra görülen bir davada başvurucu, davalı Devlet'in kendisini bilgilendirmediğine ilişkin şikâyette bulunmuştur. Başvurucunun babası dört nükleer denemenin yapıldığı 1957 ve 1958 yıllarında Christmas Adası'nda ikram personeli olarak Kraliyet Hava Kuvvetleri'nde çalışmaktadır. Denemelerden sonra yürütülen temizlik operasyonlarında da görev almıştır. Başvurucu 1966'da doğmuştur. 1970'te kendisine lösemi teşhisi konmuştur. Hastaneye giriş kayıtlarında "Hastalığa Neden Olabilecek Etkenlerin Özeti" başlığı altında "Baba radyasyona maruz kalmıştır" yazılıdır. Başvurucu 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. Başvurucu, babasının denetimsiz bir şekilde radyasyona maruz bırakılmasının çocukluğunda geçirdiği löseminin 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 başvurucunun babasının radyasyona maruz kaldığından kaygılanmalarına neden olacak bir bilginin bulunması halinde, söz konusu dönemde başvurucunun ebeveynine tavsiyede bulunup sağlığını takip etmelerinin beklenmesinin makul olup olmadığını da inceleyecektir.
>
> Mahkeme, o dönemde, eğer başvurucunun 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 döllenen 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 hâkimi 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, Birleşik Krallık makamlarının bu kanıtlanamamış olan bağlantıyı temel kabul ederek 1960'ların sonunda 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), başvurucunun 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. Eğer, babasının Christmas Adası'nda bulunması nedeniyle başvurucunun yaşamını tehdit eden bir hastalığa yakalanma ihtimalinin bulunduğunu düşündüren sebepler var olsaydı, Devlet makamlarının, bu bilginin başvurucuya yardımcı olacağı kanısında olsunlar ya da olmasınlar, bunu anne babasına bildirme sorumluluğuna sahip oldukları iddia edilebilirdi.

> 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 başvurucunun babasının tehlikeli düzeyde radyasyona maruz kalması ve bunun başvurucunun sağlığı açısından bir tehlike oluşturma ihtimali ile ilgili elinde bulundurduğu bilgiler göz önüne alındığında (bkz. yukarıdaki paragraf 37), Devlet'in kendiliğinden başvurucunun ebeveynini uyarmasının ya da başvurucuyla ilgili herhangi özel bir önlem almasının beklenmesi gerektiği kanaatine varmamıştır.
>
> Dolayısıyla 2. Madde ihlal 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, Devletler'in 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, ölümün 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) güç kullanımı sonucu gerçekleşmesi halinde 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 konusunun önemi sınırlıdır.

> Bu davada, sadece yetkili makamların başvurucunun eşinin öldürüldüğünden haberdar olmuş olması, AİHS'nin 2. Maddesi'nin şart koştuğu şekilde ölümün meydana geldiği şartlar hakkında etkili bir soruşturma yapılmasını *kendiliğinden (ipso facto)* 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 zayıf güvenlik koşulları ortamında gerçekleşen ölümlerin trajik ve sık rastlanan bir durum olduğunu ve bu durumun kati delil aranmasında güçlükler yaratabileceğini 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, soruşturma görevlisi Kurt'un tamamen öznel davranmış olması 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 nedeniyle kabul edilemez. 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 kapsamlı bir biçimde yapılmadığı 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 kuvvet kullanılması ve başvurucunun oğlunun ölümüne ilişkin kapsamlı bir soruşturmanın yürütülmemesi nedenleriyle AİHS'nin 2. Madde'si ihlal edilmiştir.

Yaşa-Türkiye davasında, başvurucu, amcasının *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 karışma 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 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 güvenerek bağımsız davranmamıştır).

Aynı zamanda soruşturma, olayda başvurulan kuvvetin mevcut koşullarda haklı olarak kullanılıp kullanılmadığını 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. Tanrıkulu-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 şartların yerine gelmemesi tehlikesine 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 Tanrıkulu-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 yargıcının soruşturmayı yürüttüğü modele atıf yapılsa da uygulanacak tek yöntemin bu olduğunu düşündürecek herhangi bir sebep yoktur. Bütün koşulları yerine getiren bütünleşik 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 paylaşılıyorsa, bu makamların milli güvenlik ya da diğer soruşturmalarla ilgili malzemelerin korunması gibi diğer meşru çıkarları göz önünde bulundururken gerekli korumaları ilgililere etkin bir şekilde sağladığına kanaat getirilirse 2. Madde'nin

koşullarının yerine geleceği kanısındadır. Olayda yürütülen soruşturmalar bu adil dengeyi sağlayamamıştı.

2. Madde, 2. fıkra

2. Madde, 2. fıkra aşağıdaki gibidir:

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın mutlak 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 (madde 2-2) tarif edilen istisnaların, bu hükmün (madde 2-2) kasten öldürmeyi kapsadığını, ancak bununla sınırlı olmadığını gösterdiği kanısındadır. Komisyon'un da belirttiği gibi, bütünlüğü içinde okunduğunda 2. Madde'nin (madde 2) metni, 2. fıkranın (madde 2-2) 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 başvurulan kuvvet, *a*, *b* ya da *c* bentlerinde (madde 2-2-a, madde 2-2-b, madde 2-2-c) anılan amaçlardan birine ulaşmak için gerekli "mutlak zorunluluk" halleriyle sınırlı kalmalıdır (bkz. Başvuru No. 10044/82, Stewart-Birleşik Krallık, 10 Temmuz 1984, *Decisions and Reports* 29, s.169-171).

2. "Mutlak zorunluluk" kavramı ve öldürmeyi "haklı kılan" kuvvet kullanımı

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

> Bu bakımdan 2. Madde'nin 2. fıkrasında (madde 2-2) kullanılan "mutlak zorunluluk" terimi, Devlet'in gerçekleştirdiği bir eylemin AİHS'nin 8-11. Maddeleri'nin 2. fıkrasında (madde 8-2, madde 9-2, madde 10-2, madde 11-2) geçen "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında başvurulan zorunluluk koşulundan daha katı ve sıkı bir zorunluluk ölçütünün uygulanması gerektiğini göstermektedir. Özellikle başvurulan kuvvet, 2. Madde, 2. *a*, *b* ve *c* bentlerinde belirtilen amaçlarla sıkı sıkıya orantılı olmalıdır.
>
> Bu hükmün (madde 2) demokratik bir toplumdaki önemi uyarınca Mahkeme, yaptığı değerlendirmelerde özellikle ölüme sebebiyet verecek kasti güç kullanımının söz konusu olduğu durumlarda öldürme olaylarını son derece titiz bir şekilde gözden geçirmeli, sadece kuvvete başvuran Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, bu eylemlerin planlanması ve denetimi de dahil olmak üzere, davaya ilişkin tüm koşulları göz önünde bulundurmalıdır.

AİHM bu davada koşulları göz önünde bulundurarak AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlal 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 yakalamak ve Elsie Constantinou'yu kurtarmak için bir girişimde bulunmaları gerektiği kanısına varabilirdi.

Mahkeme, yetkili makamların o anda ellerinde bulunan bilgilerden yola çıkarak operasyonda MMAD görevlilerini kullanma kararını haklı bulmaktadır. 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 görünmektedir. 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 gerekmekteydi. Buna bir de makineli tüfeklerin üzerinde spot ışığı olduğu ve bu sayede gözyaşı gazıyla dolu bir odada genç kadının tam yerini belirlemede görevlilere 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 yakalama 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 dönük 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 fişeğin 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 başvurması, bu yoldaki kararın samimi bir inanca dayalı olması halinde ve daha sonra yanlış bir karar olduğu ortaya çıksa bile olayların olduğu anda haklı nedenlerle doğru bir karar olarak gözüktüğü hallerde, bu hüküm kapsamında haklı görülebilir. Aksini iddia etmek Devlet'in ve kolluk kuvvetlerinin üzerine gerçekçi olmayan bir yük getirecek ve 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 incelerken koşullardan kendini sıyırıp, benzersiz bir hayat kurtarma operasyonunda ani kararlar almaları gereken görevlilerin durumla ilgili değerlendirmelerinin yerine kendi değerlendirmelerini koyamaz. Görevliler hayat kurtarma amacıyla ateş açma ve genç kadının hayatına ya da kendi hayatlarına karşı oluşan riskleri ortadan kaldıracağına 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 ölümle sonuçlanan kuvvet kullanımının son derece üzücü olsa da Elsie Constantinou ve görevlilerin yaşamlarını savunma amacını yerine getirmek için "mutlak zorunluluk" ilkesinin ötesine geçmediği ve davalı Devlet'in AİHS'nin 2. Paragraf, fıkra 2.*a* kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal 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 olmaktan 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, kasabanın 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 anlaşılamaz 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 başvurucunun 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 başvurulan kuvvetin 2. Madde kapsamında mutlak olarak gerekli 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 ateşlenen silahlardan çıktığı 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 yanlışlıkla 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 ateşlenen silahlardan çıktığının 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 yeri arasındaki mesafe bilinmeden gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. PKK mensuplarının 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 bir silaha ait olmasının mümkün olduğu, güvenlik güçlerinin güney yönünde bulunduğu 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. Madde'si ihlal edilmiştir.

AİHS 3. Madde – İşkence yasağı

3. Madde hükümleri 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 onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme'nin ve 1 ve 4 No.'lı Protokollerin (P1, P4) ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3. Madde (madde 3) istisnalara yer vermediği gibi, 15. Madde 2. fıkra (madde 15-2) hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike 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 sıkı sıkıya gerekli kılması dışında fiziksel kuvvet uygulanması insan haysiyetini zedeler ve Sözleşme'nin 3. Maddesi'nde (madde 3) yer alan hakkı ihlal 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 ihlali 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 manevi yönden 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 Berktay-Türkiye davası, 1 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 22493/93, paragraf 167.)

Bu bağlamda, Devletler'in başvurucuların şikâyetine konu teşkil eden olaylara ilişkin adlî 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 mahkûm 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 ihlal edici muameleye maruz kaldığına dair savunulabilir 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 onur kırıcı muamele ve cezanın uygulanmasına ilişkin genel hukuki yasak (bkz. yukarıdaki paragraf 119) uygulamada etkisiz kalır ve bazı durumlarda Devlet görevlilerinin denetimleri altında bulundurdukları kişilerin haklarını neredeyse tam bir cezai 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 geren 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, Büyükdağ-Türkiye davası kararında [IV. Seksiyon] (21 Aralık 2000, Başvuru No. 28340/95, paragraf 46) 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 şüpheye yer bırakmayacak derecede" bir ispat ölçütü uygulamaktadır; buna göre bir delil, yeterince ciddi, açık ve tutarlı çıkarımlar toplamından veya olaylara ilişkin itiraza mahal bırakmayan fiili karinelerden çıkabilir (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-resmi 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, başvurucu oğlunun en temel yasal güvencelerden yoksun ve yoğun fiziksel işkencenin uygulandığı bir ortamın yarattığı koşullarda kaybolması nedeniyle, davalı Devlet'in 3. Maddeyi ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, güvenlik güçlerinin vurduğu darbelerin izlerini kendi gözleriyle gördüğünü ve bu nedenle oğlunun yakalandıktan sonra fiziksel işkenceye maruz kaldığının anlaşıldığını belirtmiştir. Bu davada AİHM başvurucunun 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, başvurucu oğlunun gerçekten 3. Madde'nin ihlali anlamına gelecek bir kötü muamele mağduru olduğunu gösteren somut deliller sunmamıştır; aynı şekilde başvurucu, 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 başvurucunun davalı Devlet'in oğlu konusunda 3. Madde'yi ihlal ettiği iddiasını içeren yakınmalarının […] Sözleşme'nin 5. Maddesi çerçevesinde ele alınması gerektiğini düşünmektedir.

Kaldı ki onur kırıcı 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, Devletler'in yetki alanları içinde bulunan bireylerin, özel kişiler tarafından uygulananlar da dahil olmak üzere, işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı 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 riskinin gerçekleşmesini engellemek 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, Devletler'in, almak zorunda oldukları somut 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, Devletler'in yetki alanında bulunan bireylerin, resmi görevliler dışındaki kişiler tarafından uygulanan kötü muamele de dahil olmak üzere, işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı 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, başvurucunun 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 başvurucuyu 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 ihlaline yol açmıştır.

Ayrıca, 3. Madde en ufak bir insanlık dışı muamele tehdidi belirdiği anda, yani böylesi 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 ihlaline yol açmak için gerekli eşiğe varan derecede onur kırıcı veya onur kırıcı uygulama teşkil etmediği görüşünü benimsemiştir.

Ancak, bir kişinin işkence veya onur kırıcı 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 başvurucunun karşı karşıya

bulunduğu tehdidin niteliği itibarıyla söz konusu Madde hükümlerinin ihlalinin mümkün olduğunu saptamıştır. Bu dava, başvurucunun 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. 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 muhtemel ihlallerin varlığı ya da yokluğu konusunda görüş bildirmek Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak, eğer bir başvurucu 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 (madde 3) sağladığı güvencelerin etkinliğini sağlamak için, maruz kalınabilecek riskin ciddiyeti ve onarılmaz nitelikte olması nedeniyle, bu ilkeden uzaklaşmak mümkündür.
>
> […]
>
> İsnat edilen suç hakkında dava açmakla sorumlu olan ulusal iddia makamı bu kadar katı bir tutum benimsemişken, başvurucunun ölüm cezasına çarptırılma ve dolayısıyla "idam koğuşu" deneyimini yaşama riskiyle gerçekten karşı karşıya olduğunu düşündürecek hiçbir inandırıcı neden bulunmadığı yolunda Mahkeme'nin görüş bildirmesi mümkün değildir.

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 onur kırıcı 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 olmamakla birlikte, AİHM'nin "insanlık dışı veya onur kırıcı 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 bir muameleyi, önceden tasarlanmış ve uzun saatler boyunca uygulanmış olması ve "fiili bir bedensel yaralanmaya yol açmamakla birlikte, en azından yoğun fiziksel ve ruhsal acıya" sebebiyet vermesi nedeniyle, hem "insanlık dışı", hem de mağdurlarda korku, endişe ve aşağılık duygusu uyandıracak kadar alçaltıcı olması ve muhtemelen mağdurların fiziksel ve ruhsal direncini yıpratacak nitelikte olması nedeniyle "onur kırıcı" 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 onur kırıcı 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 etken olmayabilir. Bu konuda bkz. Raninen-Finlandiya davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VIII, paragraf 55:

> […] bir ceza veya muamelenin 3. Madde bağlamında "onur kırıcı" 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 pekalâ yeterli olabilir (bkz. Tyrer-Birleşik Krallık davası, 25 Nisan 1978 tarihli karar, Seri A No. 26, s. 16, paragraf 32).

Ayrıca, bir muamelenin onur kırıcı olması için, o muameleden yakınan kişiyi aşağılmaya dair bir kastın varlığı 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 "onur kırıcı" 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 unsurdur (bkz. örneğin, Raninen-Finlandiya davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-VIII, s. 2821-2822, paragraf 55); ancak, böyle bir amacın olmaması, 3. Madde'nin ihlal edildiği sonucuna varılmasını mutlaka engellemez.

İşkence kavramı

İnsanlık dışı muamele ve onur kırıcı 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 (madde 3) kapsamına girmeyen bir şiddet eyleminin mevcudiyetini kabul ederken, öte yandan da "işkence" ve "insanlık dışı veya onur kırıcı muamele" arasında ayırım yapmakla, asıl amacın, Sözleşme'de dile getirilen bu kavramlardan ilki 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 onur kırıcı" olarak tanımlanıp tanımlanmayacağını değerlendirir ve sonra söz konusu davranışın "işkence" olarak nitelendirilecek kadar ağır olup olmadığını saptar. Adkoy-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 sınıflandırılabileceği 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 tanımlanabilir.

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 onur kırıcı 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, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatı olan herhangi bir diğer kişi tarafından veya onların teşviki, onayı veya rızası ile, kasıtlı olarak uygulanan, şiddetli fiziksel veya ruhsal acı veya eza veren fiil anlamına gelir […]"

Madde 16, fıkra 1

"1. Taraf Devletler'den 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."

Mahkeme'nin tespitine göre, çeşitli tıbbi belgelerde belirtilen tüm yaralar (bkz. yukarıdaki paragraf 10-15 ve 17-20) ve başvurucunun 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 (şikâyet konusu olaylardan sonra, Bay Selmouni hakkında psikolog raporu alınmamış olması esef verici bir eksikliktir). Ayrıca, olayların akışı acı ve ezanın başvurucuya 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 başvurucuda 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 onur kırıcı kılan yeterince ciddi unsurlarun bulunduğunu 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 ihlali 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 tanımlanmayacağının 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 onur kırıcı 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 ihlal 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, başvurucunun 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 hiçbir şekilde haklı bulunmayacak olayların, polisteki gözaltı süresinin gerginliğinin ve duyguların kabararak 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, başvurucunun 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 ihlal edilmiştir.

AİHM bir dizi ayrıntılı noktayı vurgulamak suretiyle bu tanımı 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 olarak uygulanan 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 acı içerdiğine hükmetmiştir (bkz. ayrıca, yukarıda belirtilen Selmouni kararı, paragraf 96-105).

AİHM'nin şiddetli acı kavramının göreceli olduğu üzerinde önemle 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" kıstası, 3. Madde'nin işletilebilmesi için gerekli olan "asgari şiddet" kıstası 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 Labida kararı, paragraf 120).
>
> İncelenen davada, ilk başvurucunun 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 onur kırıcı muamelenin sınıflandırılması yönünden kaçınılmaz sonuçlar içerir.

2. 3. Madde'nin uygulanmasına ilişkin örnekler

3. Madde pek çok durum için uygulanır. Bunların bazılarından 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, başvurucu yakalandıktan sonra kaybolan oğulları hakkında hiçbir bilgi veya haber alamamıştı. AİHM bu kişilerin ölmüş kabul edilmeleri gerektiği sonucuna vararak, 2. Madde'nin ihlal edildiğini saptamıştır. Başvurucu 3. Madde'nin de ihlal edildiğini ileri sürmüştü. AİHM şu görüşü benimsemiştir (Çiçek-Türkiye davası, 27 Şubat 2001 tarihli karar, Başvuru No. 25704/94, paragraf 152, 154-156 ve 158).

> 2. Madde çerçevesindeki iddialarına gönderme yaparak, başvurucu davalı Devlet'in 3. Madde'yi ihlal 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 muameleye maruz kaldığı söylenmiştir. Başvurucu, davalı Devlette gözaltında tutulan kişilere yönelik işkencenin yaygınlığı dikkate alındığında, bu hususun daha da önem kazandığını iddia etmektedir.[…]
>
> Bir kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi uygulama alanına girebilmesi için asgari bir şiddet düzeyine erişmesi ve Sözleşme organlarının uyguladığı "makul şüpheye yer bırakmayacak derecede" delillerle ispatlanmış olması şartlarını gerektiren 3. Madde'nin katı yorum kurallarını dikkate alan Mahkeme, başvurucunun 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 muameleye 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, başvurucu, oğullarının gerçekten 3. Maddeyi ihlal edici nitelikte kötü muamele kurbanı olduğuna dair kesin delil sunmadığı gibi, oğullarının resmen hoşgörüyle 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 ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Gözaltı esnasında

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

AİHM, Tomasi-Fransa davasında bu görüşü benimsemiş ve "başvurucunun bedeninde 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 onur kırıcı 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.

Berktay-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 ikinci başvurucunun kendisini balkondan aşağı attığı yolunda davalı polis memurlarınca getirilen açıklamaların ağırlık taşıdığı ceza davasının sonuçlarına atıfta bulunmakla yetinmiştir. 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 ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Ancak, AİHM fiziksel yaraların saptandığı her durumda 3. Madde'nin ihlal 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 ihlal 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 ihlal 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 başvurucunun 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 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, başvurucunun 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 başvurucunun kaçmaya çalıştığını inkâr etmediğine işaret etmektedir. Ayrıca, 29 ve 30 Eylül tarihli sorgu zabıtlarından, başvurucunun kaçmaya çalışırken polis memurlarına "direndiğini" ve onlarla "mücadele ettiğini" kabul ettiği açıkça anlaşılmaktadır. Başvurucunun 28 Şubat 1989 tarihli sorgu zabıtlarından da, kendisini zaptetmeye çalışan polis memurlarına karşı "biraz direndiğini" kabul ettiği aşikârdır. Ayrıca, başvurucuyu polis gözetiminde olduğu sırada muayene eden Dr. Thomas'ın 1 Mart 1989 tarihli ifadesinden, başvurucunun dayak yemiş olduğu anlaşılmamaktadır. Dr. Kéclard tarafından hazırlanmış olan tıbbi belgede de, başvurucunun bedeninde darp izlerine rastlandığına dair bir işaret bulunmamaktadır.

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

Dolayısıyla, başvurucuya firar teşebbüsü sırasında uygulanan kuvvet kullanımı nedeniyle Sözleşme'nin 3. Maddesi ihlal edilmemiştir.

İnsanlık dışı muamele, cezalar, yaptırımlar ve cezalandırma

Disiplin cezaları ve fiziksel ceza

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

Buna rağmen, fiziksel cezanın disiplin cezası olarak okullarda uygulanması tehdidi, onur kırıcı 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 öğrenciye 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 mahkeme önünde yargılanarak hüküm giyen başvurucu, cezai sorumluluk yaşı, yetişkinlerin yargılandığı mahkemedeki aleni yargılama usulleri, davanın süresi, 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 durumun toplu etkisinin, verilen ceza ile ilgili diğer hususlarla birleştiğinde 3. Madde'nin ihlali olduğunu iddia etmiştir. AİHM şu tespitte 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 taşıması, 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 "onur kırıcı" olarak değerlendirmiştir. Bir cezanın ve bununla ilintili muamelenin "insanlık dışı" veya "onur kırıcı" 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 konusu, dikkate alınması gereken bir diğer unsurdur (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 ihlali olgusunu kesin olarak ortadan kaldırmaz.
>
> Mahkeme ilk olarak, başvurucunun on yaşındayken gerçekleştirdiği fiillerinden ötürü kendisine cezai sorumluluk yüklenmesinin, başlı başına 3. Madde'nin ihlali 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 Devletler'inde 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 ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır.

Başvurucunun 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, başvurucunun maruz kaldığı muamelenin Sözleşme'nin diğer maddeleri çerçevesinde kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirirken, dikkate alınması gerekli etkenlerden 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, başvurucunun aleyhinde açılmış olan ceza davasının, Devlet yetkilileri tarafından onu aşağılamak veya ona acı çektirmek amacını taşımadığını kabul etmektedir. […]

Başvurucunun 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 başvurucunun gerçekleştirdikleri eylemlerin hangi koşullarda oluştuğuna dair her yargılama veya tahkikatın, ister açık ister kapalı celse şeklinde olsun, ister Kraliyet Mahkemesi'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 kamçılamış olması 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 ağırlaştırmış olduğu konusunda ikna olmamıştır (bkz. yukarıdaki paragraf 71).
>
> Sonuç olarak, Mahkeme bu nedenle başvurucunun yargılanmasının Sözleşme'nin 3. Maddesini ihlal 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* adlı 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 yargıcınkine 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):

> Komisyon, 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, Komisyon, başvurucunun özgürlüğünü ömür boyu kaybettiği veya alıkonulmuş olmasının 3. Madde'yi ihlal ettiği kanısında değildir.

Mahkeme, başvurucunun Kasım 1993'de cinayet suçundan mahkûm olmasından sonra, 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 iddia etmekle beraber, başvurucu hali hazırdaki alıkonma koşullarından şikâyetçi değildir.

Yukarıdaki olayların 3. Madde'nin ihlaline 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 olabildiğince kısa bir süre içinde 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 Devletler'in 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 ihlaline yol açtığı görüşünde değildir. Ayrıca, Sözleşme'nin Devletler'i ciddi bir suç nedeniyle hüküm giymiş olan bir çocuk veya genci, mahkûmun alıkonma hâlinin devam etmesine yol açan süresiz hapis cezasına çarptırmaktan 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. Kendisine yeni bir alt sınır (süre) bildirilmemiş olmakla birlikte, halen suçun bedelinin ödenmesi ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla alıkonma halinin devam ettiği düşünülebilir. Yeni bir alt sınır (süre) saptanmadan, başvurucunun hapis altında geçireceği ceza süresi hakkında bir sonuca varmak mümkün değildir. Başvurucu, işbu kararın alındığı anda, hüküm giydiği Kasım 1993 tarihinden itibaren altı yıldır alıkonulmaktaydı. Başvurucunun yaşı ve alıkonma koşulları dahil olmak üzere, davanın tüm unsurları dikkate alındığında, Mahkeme bu uzunluktaki bir hapis cezasının insanlık dışı veya onur kırıcı muamele oluşturduğu görüşünde değildir.

Son olarak Mahkeme, özellikle hüküm verildiği sırada başvurucu 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 başvurucu, hem de T.'nin görüşüne başvurma gereği nedeniyle (bkz. yukarıdaki paragraf 28), böyle bir sorun gündeme gelmemiştir.

Sonuç olarak, başvurucunun çarptırıldığı ceza nedeniyle 3. Madde ihlal edilmemiştir.

İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve alıkoyma koşulları

Genel hususlar

Genel olarak, Kudla-Polonya davası kararında (26 Ekim 2000, Başvuru No. 30210/96, paragraf 92-94) AİHM'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 bırakma neticesine varan önlemler genelde bir acı ve aşağılama duygusu yaratır. Yine de tutuklama kararının infazının tek başına Sözleşme'nin 3. Maddesi'ni işlettiği söylenemez. Aynı şekilde, bu Madde, sağlık nedenleriyle tutukluların serbest bırakılabileceği veya belli bir tıbbi tedavi görebilmeleri için devlet hastanesine kaldırılabileceği konusunda genel bir yükümlülük getirdiği şeklinde de yorumlanamaz.

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

> Bu davada Mahkeme, başvurucunun önce birkaç ay süreyle Yabancılar mevzuatı uyarınca alıkonulan kişilerin tutulduğu merkez olan *Drapetsona* Polis Karakolu'nda tutulduğuna işaret etmektedir. Başvurucu, 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 kirli 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 sınırdışı edildiği 3 Aralık 1998 tarihine kadar burada tutuldu.
>
> […]
>
> Mahkeme, alıkonma koşullarının bazen insanlık dışı veya onur kırıcı 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 topyekûn 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 berbat denilebilecek kadar kötü 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 onur kırıcı muamele olarak değerlendirmiştir.

Bkz. aynı mealdeki Peers-Yunanistan davası [II. Daire], 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 havalandırmasız, penceresiz ve zaman zaman tahammül sınırlarını aşacak kadar sıcak bir hücrede yatağının içinde geçirmek zorunda kalmasını dikkate almaktadır. Başvurucu tuvaleti bile hücredeki diğer mahkûmun 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 başvurucunun 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, başvurucunun Koridallos cezaevinin Delta kanadında bulunan tecrit bölümünde tutulduğu koşulların Sözleşme'nin 3. Maddesi bağlamında onur kırıcı 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

AİHM, 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) AİHM 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 olmadığı değerlendirilirken, bu kişilerin hassas konumu ve bazı durumlarda onları etkileyen bir muameleden 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 süreçler 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, ilgilinin alıkonulduğu süre içinde sergilediği semptomların ve hatta ölümünün bile ne ölçüde cezaevi idaresince dayatılan 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 etken olarak dikkate alınmış olmakla birlikte, bu önlemin kişi üzerindeki fiili etkisinin ispatı önemli olmayabilir. Örneğin, özgürlüğünden yoksun tutulan bir kişiye tamamen kendi davranışı nedeniyle gerekli hale gelmesi dışında, kuvvet uygulanması o kişinin onurunu zedeler ve ilke olarak, 3. Madde kapsamında yer alan hakkın ihlali 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 kabiliyeti veya ehliyetinden yoksun olabilir.

Bu davada, intihar riski taşıdığı oldukça belirgin olan ve hem tek başına ayrı yerde tutulma, hem de daha sonra aldığı disiplin cezasından kaynaklanan ilâve bir stres altında bulunan Mark Keenan ile ilgili herhangi az sayıda tıbbi kayıt bulunması 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 mahkûmlardan 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 sağlanması gereken şartlarla bağdaşmamaktadır. Bu uygulamanın, Sözleşme'nin 3. Maddesi anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza olarak kabul edilmesi gerekir.

Engelli kişiler

Engelli kişilerin alıkonulmaları ile ilgili olarak, bkz. Price-Birleşik Krallık davası [III. Seksiyon], 10 Temmuz 2001 tarihli karar, paragraf 21-30.

İnsanlık dışı veya onur kırıcı 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 (madde 3) 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 onur kırıcı 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 ihlalini saptamamış ve başvurucunun ruh sağlığında kötüleşme olduğuna dair delil bulunmadığına dikkat çekmiştir.

Onur kırıcı 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 ihlal 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 onur kırıcı muamele, suçluların iadesi ve sınırdışı 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 göstermektir. (bkz. ayrıca yukarıdaki 1. Madde). AİHM, suçlunun iadesi talebinde bulunan Devlet'te, yani bu davada A.B.D.'de, insanlık dışı muamele riski olması halinde 3. Madde'yi uygular. AİHM şu saptamada bulunmuştur (7 Temmuz 1989 tarihli karar, Seri A No. 161, s. 35 ve 44-45, paragraf 90-91 ve 111):

> Kural olarak, AİHS'nin muhtemel ihlallerin varlığını ya da yokluğunu belirlemek Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvurucu, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye (madde 3) aykırı olacağını öne sürerse, muhtemelen maruz kalınacağı iddia edilen acının ciddi ve tamiri imkânsız boyutları düşünüldüğünde, bu Madde'nin (madde 3) sunduğu güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ilkeden uzaklaşmak gerekir (bkz. yukarıdaki paragraf 87).
>
> […] Bir Sözleşmeci Devlet'in kaçak bir kişiyi iade etme kararı, iade gerçekleştiği taktirde iade talep eden ülkede ilgili kişinin işkence veya insanlık dışı muamele ya da ceza ile karşılaşacağına dair gerçek bir riskin bulunduğuna inanmak için

ciddi ve açık nedenlerin varlığı durumunda, 3. madde kapsamında bir sorun oluşturabilir ve böylece Sözleşmeci Devletin bu madde yönünden sorumluluğu doğabilir.

Böylesi bir sorumluluğun oluşması, iade talebinde bulunan ülkedeki koşulların Sözleşme'nin 3. Madde (madde 3) şartları 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 işlemini yapan Sözleşmeci Devlet'e ait yükümlülük olacaktır.

[…]

[…] "idam koğuşunda" bu kadar ağır koşullarda bu kadar uzun süre geçirilmesi, sürekli ölüm cezasının infazını beklemenin yarattığı devamlı ve giderek artan ıstırap ve özellikle başvurucunun suçun işlendiği tarihteki yaşı ve ruhsal durumu gibi kişisel özellikleri dikkate alındığında, başvurucunun A.B.D.'ne iade edilmesi, kendisini 3. Madde'de (madde 3) 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 (madde 3) ihlaline yol açacaktır.

Sınırdışı etme

Cruz Varas ve Diğerleri-İsveç davasında (20 Mart 1991 tarihli karar, Seri A No. 201, s. 28, paragraf 70) AİHM, ülkeden sınırdışı 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 başvurucu, bir suç işledikten sonra siyasi mültecilik hakkını kaybetmiştir. Başvurucunun sınırdışı edildiği takdirde, insanlık dışı muameleye 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 Devletler'in yabancıların ülkeye giriş, ülkede ikamet ve ülkeden sınırdışı edilmelerini denetlemek hakkına sahip olduğunu teyit etmektedir. Mahkeme, ayrıca siyasi iltica hakkının ne Sözleşme ne de Protokollerde yer almadığını 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 sınırdışı edilmesi, eğer bu şahsın sınırdışı edildiği takdirde gideceği ülkede 3. Madde'ye (madde 3) aykırı bir muameleye maruz kalmak konusunda gerçek bir risk ile karşılaşacağı sağlam ve inandırıcı verilerle saptanmışsa, 3. Madde (madde 3) çerçevesinde bir sorun oluşturabilir ve şahsı sınırdışı eden Sözleşmeci Devlet'in sorumluğu doğabilir. Bu koşullarda, 3. Madde (madde 3) zımnen, söz konusu şahsın o ülkeye gönderilmemesi yükümlülüğünü 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 hareketlerinden bağımsız olarak, mutlak surette işkence ya da insanlık dışı ya da küçültücü muamele ya da cezayı yasaklandığını hatırlatır. Sözleşme'nin 1 ve 4 No.lu Protokollerin çoğu maddi hükmünün tersine 3. Madde'de, bir ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike durumunda bile (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) 15. Madde (madde 15) çerçevesinde 3. Madde (madde 3) hükümlerine istisna getirilebileceği ve bu hükümlerin askıya alınabileceğine dair hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen ilke, sınırdışı etme vakalarında 3. Madde'yi (madde 3) işleten 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 (madde 3) 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 sınırdışı edilerek gönderileceği ülkedeki kamu görevlilerinden kaynaklandığına bakılmaksızın, Sözleşmeci Devlet'in sorumluluğu doğduğunu açıkça ifade etmiştir.

[…] bu gibi yabancıları sınırdışı etmek hakkını kullanırken Sözleşmeci Devletler, demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içeren Sözleşme'nin 3. Maddesi'ni (madde 3) dikkate almalıdır. İşte tam da bu nedenle, Mahkeme,

kişilerin üçüncü ülkelere iadesi, ülkeden sınırdışı edilmesi konusunda aldığı bir dizi kararında, 3. Madde'nin (madde 3) işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı 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).

Yukarıda belirtilen durumların dışında ve Sözleşme sisteminde 3. Madde'nin (madde 3) taşıdığı temel önem dikkate alındığında, Mahkeme bu maddeyi (madde 3) 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 etkenlerden kaynaklanmadığı veya bu etkenlerin tek başlarına 3. Maddede (madde 3) belirtilen standardartların ihlaline yol açmadığı durumlarda da Mahkeme, başvurucunun 3. Madde'ye (madde 3) dayalı iddiasını inceleme imkânına sahiptir. 3. Madde'nin (madde 3) aksi bir şekilde kısıtlanması, getirdiği korumanın mutlak niteliğini zedelemek olurdu. Ancak, bu gibi durumlarda Mahkeme, davanın tüm koşullarını, özellikle de başvurucunun kendisini sınırdışı eden Devletteki durumunu ayrıntılı olarak incelemelidir.

Bu çerçevede Mahkeme, başvurucunun ülkeden sınırdışı edilmesinin, sağlık durumu açısından da gerçek bir risk teşkil edip etmediğini dikkate alarak ve 3. Madde'nin (madde 3) gereklerine aykırılık oluşturup oluşturmadığını saptayacaktır. Mahkeme bunu yaparken, davayı incelediği sırada sahip olduğu kendisine sunulmuş, başvurucunun sağlık durumu hakkındaki son bilgiler de dahil, belge ve bilgiler ışığında söz konusu tehlikeyi değerlendirecektir (bkz. yukarıda değinilen Ahmed kararı, s. 2207, paragraf 43).

Bu davada, başvurucuya AIDS teşhisi konulmuştur. Başvurucu uyuşturucu kaçakçılığı suçu sebebiyle bir süre hapis cezasına çarptırıldıktan sonra, Devlet kendisini St. Kitts'e göndermek istemiştir. AİHM verdiği kararda "başvurucu tedavisi olmayan ölümcül bir hastalığın ileri safhalarındaydı" tespitinde bulunmuş ve "bulunduğu ülkeden sınırdışı edilmesi ölümünü kuşkusuz hızlandıracaktır. St. Kitts'de kendisini bekleyen olumsuz koşulların zaten kısıtlı olan yaşam beklentisini

daha da kısaltacağı ve kendisine ruhsal ve fiziksel acı çektireceği konusunda ciddi bir risk bulunmaktadır" demiştir (paragraf 51 ve 52-54).

> Bu istisnai koşullar ve başvurucunun ölümcül hastalığında eriştiği kritik aşama dikkate alındığında, kendisini St. Kitts'e gönderme kararının uygulanması, insanlık dışı muamele olacak ve davalı Devlet'in 3. Madde'yi (madde 3) ihlal etmesi sonucunu doğuracaktır.
>
> Mahkeme bu bağlamda, davalı Devlet'in Ağustos 1994'den beri başvurucunun 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 aşina, hem de insani bir ortamda ölüme hazırdır. Gönderileceği ülkede karşılaşacağı koşulların başlı başına 3. Madde'yi (madde 3) ihlal anlamına geleceği söylenemese bile, bulunduğu ortamdan uzaklaştırıldığı takdirde, oldukça sıkıntılı koşullar altında ölme riski gerçek hale gelecek ve bu da insanlık dışı muamele olacaktır.
>
> […]
>
> Böyle olmakla birlikte Mahkeme, hapis cezalarını çekmiş ve bulundukları ülkeden sınırdışı edilmek durumunda olan yabancıların, cezaevinde kaldıkları süre içinde kendilerini sınırdışı etmek isteyen Sözleşmeci Devlet tarafından sağlanan tıbbi, sosyal ve sair yardımlardan yararlanmaya devam edebilmek için, söz konusu Sözleşmeci Devletin topraklarında kalma hakkına ilke olarak sahip olmadıklarını vurgulamıştır.
>
> Ancak, bu davanın oldukça istisnai koşulları çerçevesinde ve insani endişelerin yoğunluğu dikkate alındığında, başvurucunun sınırdışı edilmesi kararının uygulanması durumunda 3. Madde'nin (madde 3) ihlal edileceği sonucuna varılmalıdır.

Bensaid-Birleşik Krallık davasında (6 Şubat 2001 tarihli karar) AİHM [III. Seksiyon] farklı bir görüş benimsemiştir. Bu davada, başvurucunun yaptığı evliliğin muvazaalı olduğunu düşünen yetkililer kendisini Birleşik Krallık'tan sınırdışı 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 ihlal etmediği durumlarda, Mahkeme, bir başvurucunun 3. Madde'ye dayalı iddiasını incelemek imkânına sahiptir. 3. Madde'nin aksi yönde kısıtlanması, getirdiği korumanın mutlak niteliğini zedelemek olurdu. Ancak, bu gibi durumlarda, Mahkeme davanın tüm koşullarını, özellikle de başvurucunun kendisini sınırdışı eden ülkedeki kişisel durumunu ayrıntılı olarak incelemelidir (bkz. D-Birleşik Krallık davası, 2 Mayıs 1997 tarihli karar, *Reports* 1997-III, paragraf 49).

[…]

Bu davada, başvurucu uzun vadeli bir ruh ve sinir hastalığı olan şizofreni hastasıdır. Ârazları kontrol edebilmek için halen *olanzapin* adlı bir ilaç kullanmaktadır. 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 karşılaşılacak 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 rahatsızlıkların tekrarlaması söz konusu olabilecektir […]. Mahkeme, hastalığın bu yöndeki seyri sonucunda yaşanacak acıların, ilke olarak 3. Madde kapsamına girebileceği görüşündedir.

Ancak, Mahkeme başvurucunun hastalığı uzun vadeli bir hastalık olduğundan ve sürekli denetim altında tutulması gerektiğinden, Birleşik Krallık'ta kalsa bile hastalığın depreşme tehlikesi ile karşılaşılacağını vurgulamaktadır. Hem bulunduğu ülkeden sınırdışı 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 başvurucu, 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, başvurucu 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, başvurucunun sağlık durumunun ciddiyetini kabul etmektedir. Ancak, 3. Madde'nin benimsediği yüksek eşiği dikkate alarak, özellikle de davada başvurucuya zarar vermek konusunda Sözleşmeci Devlet'in doğrudan sorumluluğu söz konusu olmadığından, Mahkeme bu koşullarda başvurucunun sınırdışı edilmesi nedeniyle 3. Madde'nin ihlaline yol açacak kadar tehlike bulunmadığı görüşündedir. Bu dava, başvurucunun ölümcül bir hastalık olan AİDS'in son safhalarında bulunduğu ve St. Kitts'e gönderildiği takdirde, her türlü tıbbi yardım ve aile desteğinden yoksun kalacağı (yukarıda belirtilen) D. Davasının istisnai koşullarını içermemektedir.
>
> Bu nedenle Mahkeme, başvurucuyu Cezayir'e göndeme kararı uygulandığı takdirde, Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ihlal edilmeyeceğine hükmetmiştir.

İnsanlık dışı veya onur kırıcı muamele riskinin bulunup bulunmadığını değerlendirebilmek için, öncelikli olarak söz konusu Devlet'in içinde bulunduğu veya sınırdışı etme işlemi sırasında içinde bulunacağı koşulların dikkate alınması zorunludur; ancak bu AİHM'ni ilâve bilgileri de dikkate almaktan alıkoymaz. Bu şekilde, ilgili Sözleşmeci 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): ihlal yoktur.

Sosyal hizmet kurumlarının hareketsizliği veya mevzuatın yetersizliği

Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası kararı, küçüklere koruma sağlanması alanında sosyal hizmet kurumları sisteminde ortaya çıkan yetersizlikler ile ilgilidir. AİHM şu görüşü benimsemiştir (10 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 29392/95, paragraf 73-74):

> […] Bu hükümler [Madde 1 ve 3], özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişiler açısından yeterli koruma sağlamalı 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 onur kırıcı muamele eşiğine 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 bulundukları 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 zarar gördüklerini 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 başvurucu 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.

Mal varlıklarının tahrip edilmesi

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

Menteş ve Diğerleri-Türkiye davası kararında, AİHM başvurucuların evinin tahrip edilmesi olgusunu 8. Madde kapsamında ele almış olduğu için, bu hususu dikkate almamıştır. O davada, Komisyon 3. Madde'nin ihlal 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 başvurucuların evinin güvenlik güçleri tarafından yakılmış olması nedeniyle, 3. Madde'nin ihlal 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 başvuruculaların geçim kaynağı bir anda yok olduğundan, köylerini terk etmek zorunda kalmışlardır. Bu uygulamanın önceden tasarlandığı, tahkir unsuru içerdiği anlaşılmakta, başvuruculaların duygularına saygı gösterilmediği gözlemlenmektedir. Başvurucular 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, başvuruculaların evlerinin tahrip ediliş şekli (bkz. yukarıda belirtilen Akdıvar 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 nitelendirilecek kadar şiddetli olduğu söylenebilir.
>
> […] Ancak, söz konusu tasarrufun amacı, başvuruculaları 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 ihlaline işaret ettiğine hükmetmiştir.

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

3. Madde'nin ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olanların yakın akrabalarının durumu

AİHM, 2. ve 3. Maddelerin ihlali 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) AİHM 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 ihlali nedeniyle mağdur olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, başvurucunun oldukça ağır bir insan hakkı ihlali kurbanının annesi olduğuna ve çektiği acı ve ıstıraba yetkililerin ilgisiz kalışı 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 insan hakları ihlali mağdurunun yakınlarının kaçınılmaz olarak çekeceği düşünülen duygusal sarsıntıdan farklı bir boyut ve nitelik kazandıran özel nedenlerin bulunmasına bağlı olacaktır. Bunlar arasında, kan bağının 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 ihlallerin 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, başvurucu kaybolan kişinin erkek kardeşidir. Kurt davasındaki başvurucudan farklı olarak, kendi ailesiyle başka bir kentte yaşadığı için, güvenlik güçleri kardeşini götürürken evde bulunmamıştır. Başvurucu yetkililer nezdinde sayısız dilekçe vermiş ve başvuruda bulunmuş olmasına rağmen, 22 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne dilekçe verenin babası Tevfik Çakıcı olduğu anlaşılmaktadır. Bu davada, yetkililerin tepkilerinden kaynaklanan ağırlaştırıcı bir neden Mahkeme'nin bilgisine sunulmamıştır. Buna göre, Mahkeme bu davada başvurucuyla ilgili olarak Sözleşme'nin 3. Maddesi'nin ilâve bir ihlaline gerekçe olacak hiçbir özel durum görmemektedir. Sonuç olarak, bu davada başvurucu açısından 3. Madde ihlal edilmemiştir.

AİHS 4. Madde – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

4. Madde, 1. fıkra

4. Madde 1. fıkrada şu ifade yer almaktadır:

> **1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.**

1. Kulluk kavramı

Van Droogenbroeck-Belçika davasında "kulluk" kavramına bir açıklama getirilmiştir. Bu davada başvurucu, hırsızlık suçundan hüküm giyerek iki yıl hapis ve on yıl kamu hizmeti cezasına çarptırılmıştır. Belçika kanunlarına göre "kamu hizmeti", bir güvenlik önleminden ziyade ceza olarak anlaşılmalıdır, zira kamu hizmeti uygulaması, aslî bir hapis cezasına ek olarak uygulanır ve bu cezanın bittiği tarihten itibaren yürürlüğe girer. Kamu hizmeti, kanunla belirlenen süre boyunca geçerlidir. Belçika mevzuatına göre, "Adalet Bakanlığı'nın hizmetinde bulunan, suça itiyatlı kişiler ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmiş olan gençler, gerekli görülürse bir kurumda alıkonulurlar". "Gerekli görülürse" ibaresinin varlığı, alınacak tedbirin seçiminde (alıkoyma, yarı özgürlük, gözetime tâbi özgürlük, vb.) yasada geniş bir takdir payı tanındığını göstermektedir. Adalet Bakanı, alıkoyma cezasının söz konusu olduğu bir durumda ilgili kişiye esas cezanın bitiminden sonra ya da alıkonma durumu sırasında şartlı salıverilme hakkı tanıyabilir veya bu kararı ileri bir tarihe bırakabilir.

Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, AİHS'nin özgürlükten yoksun bırakmayla ilgili 5. Madde'sine (bkz. aşağıda) dayanarak, kendisinin maruz kaldığı alıkonma halinin "yetkili bir mahkeme" tarafından verilen bir mahkûmiyet kararı sonucunda değil, Adalet Bakanı'nın kararıyla verildiği iddiasında bulunmuştur. Başvurucu, bu nedenle, kamu hizmetinde tutulmasının ve yetkililerin inisiyatifine tabi olmasının 4. Madde 1. fıkraya aykırı biçimde kendisini köle durumuna soktuğu gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. AİHM, 5. Madde 1. fıkra hükümlerine uygunluğun kural olarak durumun kulluk olarak nitelendirilmesini dışlayacağı düşüncesinden hareket etmiştir (Van Droogenbroeck-Belçika davası, 24 Haziran 1982 tarihli karar, Seri A No. 50, s. 32, paragraf 58). Bu konudaki istisnayı de şu şekilde belirtmiştir:

> Şikâyet konusu durum, 5. Madde 1. fıkrayı (madde 5-1) (bkz. yukarıda 42. paragraf) ihlal etmemiştir. Bu uygulamanın kulluk 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 konusu yönünden 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 Devlet'in iddiası, kayıp kişilerin ölmüş olduklarına dair çürütülemez bir sav mevcut olmadığına göre, 1974 olaylarının üzerinden geçen süre düşünülecek olursa hâlâ alıkonuluyor olduklarının kabul edilmesi ve bu alıkoymanın kulluk olarak addedilmesi 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 ihlal edecek koşullarda tutulduğu varsayımını destekleyecek bir delilin mevcut olmaması dolayısıyla, 4. Madde'nin ihlal 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 ihlali söz konusu değildir.

2. Rıza ve kulluk 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 kulluk olarak değerlendirilmesi 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 "kulluk" durumu teşkil edip etmediğini değerlendirmeyi kabul etmiş ve sonuç olarak kulluk

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 "kulluk" 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, askerlik hizmeti koşulları yetişkin askerler için bir kulluk durumu teşkil etmiyorsa, aynı şekilde ebeveyninin rızasıyla askerlik hizmetinde bulunan reşit olmayan erkek çocukları için de teşkil edemez.

4. Madde, 2. fıkra – Zorla çalıştırma yasağı

4. Madde 2. fıkrada şu ifade yer almaktadır:

> **2. Hiç kimse zorla çalıştırılamaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.**

AİHM'nin "zorunlu çalışma" kavramını yorumlama olanağını bulduğu Van der Mussele-Belçika davası kararında başvurucu, 1952 doğumlu bir Belçika vatandaşı olup avukatlık mesleğini yürüttüğü Antwerp'te oturmaktadır. Başvurucu 27 Eylül 1976 tarihinde stajyer avukat olarak çalışmaya başlamıştır ve 1 Ekim 1979'de stajını tamamladığı tarihten bu yana da baroya kayıtlıdır. Başvurucu, stajyerliği sırasında bir davada müdafi olarak mahkeme tarafından görevlendirilmiştir. Mahkemenin görevlendirdiği avukatlara herhangi bir ücret ödenmiyor ve harcamaları karşılanmıyordu. Başvurucu, mahkeme tarafından atanmış olduğundan dolayı değil, daha ziyade bu görevi reddetmiş olsaydı karşılaşmış olacağı müeyyidelerden ve ayrıca kendisine hiçbir ücret ödenmeyip masraflarının da karşılanmadığından sözederek bu uygulamanın 4. Madde 2. fıkrayı ihlal eden bir "zorla çalıştırma 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 (madde 4), "zorla çalıştırma 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 Devletler'i bağlayan yukarıdaki ILO Sözleşmelerini ve özellikle de 29 No.'lu Sözleşme'yi dikkate alacaktır. Aslında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Madde 3. fıkrasıyla (madde 4-3) 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. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel niteliklerinin ve "demokratik Devletler'de halen hüküm süren anlayışların ışığında" okunması gereken yaşayan bir belge olduğu gerçeğinin de ayrıca gözden kaçırılmaması gerekir" (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 (madde 4-2) 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. […]

Geriye ilgili uygulamanın "zorla ya da zorunlu bir çalışma" olup olmadığını belirlemek kalmaktadır. Bu sıfatlardan ilki ("zorla"), fiziksel ya da ruhsal kısıtlama fikrini akla getirmektedir ki mevcut davada kesinlikle böyle bir durum söz konusu değildir. İkinci sıfat ise ("zorunlu"), yasal bir yükümlülüğe işaret etmemektedir. 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 karşılacağı gerekçesiyle 4. Madde'nin (madde 4) kapsamına girdiği düşünülemez. Komisyon'un azınlık görüşünü savunan üyeleri, bu hususta çoğunluğun görüşüne katılmıştır. Burada sözkonusu olması gereken "bir kimseden ceza tehdidi altında yapması istenen" ve ilgili kişinin iradesi bu yönde olmamakla birlikte 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. Buna karşın başvurucu adının Baronun stajyer listesinden çıkarılması ya da avukatlık sicil başvurusunun reddedilmesi müeyyidesi ile 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, başvurucunun söz konusu işi "kendi iradesiyle üstlenip üstlenmediği" belirlenmelidir.

Komisyon'un çoğunluk görüşüne göre başvurucu, 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 mesleğini uzun bir geçmişe sahip meslek kuralları gereği bazı hallerde ücretsiz hizmet vereceğini ve masraflarının ödenmeyeceğini bilerek seçmiştir. İsteyerek ya da istemeyerek bu gerekliliği kabul etmek durumunda kalmıştır […].

[…] Mahkeme bu konuda […] bir yaklaşım benimsemeyi tercih etmektedir: "[Bir] ceza tehdidiyle" olarak kabul edilebilecek bir müeyyidenin riskin mevcut olduğu (bkz. yukarıdaki paragraf 35) ve başvurucunun "önceden gösterdiği rızanın" olaydaki önemine belirli bir ağırlık verilmesi gerektiği (bkz. yukarıdaki paragraf 35) görüşünde olan Mahkeme, Bay Van der Mussele'den istenen hizmetin zorunlu çalışma yasağına girip girmediğini belirlemek için, davanın bütün koşullarını AİHS'nin 4. Maddesi'nin (madde 4) zmnen içerdiği kaygılar ışığında dikkate alacaktır. Belirli bir mesleği edinmek için gerekli görülen hizmetin, bu hizmetin önceden isteyerek kabul edilmiş sayılamayacak 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 (madde 4) yapısı bu konuda açıklayıcı niteliktedir. 3. fıkra (madde 4-3), 2. fıkrada (madde 4-2) güvence altına alınmış hakkı "kısıtlamayı" değil, 2. fıkrayla (madde 4-2) 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 (madde 4-3), 2. fıkranın (madde 4-2) yorumlanmasına yardımcı olmaktadır.

3. Fıkranın dört bendi (madde 4-3-a, madde 4-3-b, madde 4-3-c, madde 4-3-d), farklılıklarına rağmen kamu yararı, toplumsal dayanışma ve normal ya da mutat 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 (madde 4-3-d), 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 çalıştırma 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 ile bu amaç doğrultusunda üstlenilen yükümlülükler arasında kayda değer ve makul olmayan bir dengesizlik olması, tek başına, Bay Van der Mussele'den talep edilen müdafi yardımı hizmetlerinin, kendi rızası ile yapılmış olmasına 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 (madde 4-2) 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 çalıştırma 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), kişinin gerçek bir yükümlülükle karşı karşıya olmasına işaret eder.
>
> Ancak, bu durum şikayetin mesnetli olduğunu göstermez. 5. Madde 4. fıkraya (madde 5-4) (bkz. yukarıda paragraf 56) riayet edilmemiş olması, doğrudan 4. Madde'ye (madde 4) de riayet edilmediği anlamına gelmemektedir: 4. Madde 3.*a* bendi (madde 4-3-a), 5. Madde'de öngörülen koşullara uygun olarak özgürlügunden mahrum olan kişilerden, bu davada olduğu gibi, olağan olarak yapılması istenen çalışmalara izin vermektedir. Dahası, Bay Van Droogenbroeck'ten yapılması istenen iş bu bağlamda "olağan" olanın dışında olmayıp, kendisinin topluma yaşantıda bir yer edinmesini sağlamaya yönelik olarak belirlenmiştir ve yasal dayanağı da Avrupa Konseyi'ne üye diğer bazı Devletler'dekine benzer yasal hükümlerdir (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 (madde 4) öngörülen gereklere uygun davranmıştır.

Bu kararda AİHM, 5. Madde'ye riayetin, zorla çalıştırmanın hukuka uygunluğu üzerindeki etkisine değinmiştir. AİHM bu hususu, daha önce de, başvuruculaın alıkonuldukları süre zarfında ücret karşılığı çalışmaya zorlandıkları De Wilde, Ooms

ve Versyp-Belçika davasında incelemişti. Söz konusu davada 5. Madde 4. fıkranın ihlal edildiği hükmüne varmakla birlikte (18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A No. 12, s. 44, paragraf 89-90) AİHM, bunun 4. Madde'nin ihlali anlamına gelmediği sonucuna varmıştır. Diğer yandan 5. Madde 1. fıkraya da riayet edilmiştir. AİHM şu hususu müşahade etmiştir:

> Mahkeme de bu davalarda 5. Madde 4. fıkrada (madde 5-4) (bkz. yukarıdaki paragraf 74 ilâ 80) teminat altına alınan hakların ihlal edildiği görüşündedir; ancak buradan yola çıkarak 4. Maddenin (madde 4) ihlal edildiği sonucuna varması gerektiğini düşünmemektedir. Mahkeme, 4. Madde 3.*a* (madde 4-3-a) bendinde, 5. Madde 1.*e* bendi (madde 5-1-e) 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 (madde 5-1-e) ihlal edildiğini tespit etmemiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 67 ilâ 70).
>
> Ayrıca, üç başvurucunun yapmakla görevlendirildikleri işler, Sözleşme'nin 4. Madde 3.*a* bendi (madde 4-3-1) 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 Kanunun 6. Bölümünde yer almaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 38 ve Komisyon raporunun IV ve V no.'lu Ekleri).
>
> Dolayısıyla, Belçika makamları 4. Maddenin (madde 4) 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, aksi halde, bir nakit bedel ödemeye mecbur tutulmalarıydı.

> […] Mahkeme, Baden-Württemberg'deki gibi bir zorunlu itfaiye hizmetinin 4. Madde 3.*d* bendinde (madde 4-3-d) 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 mahkûm 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 alkoliğin, 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 AİHM, 5. Madde 1. fıkra hükümleri kapsamında özgürlüğün kısıtlanması ile özgürlükten mahrumiyet arasındaki farka değinmiştir. Burada belirtmek gerekir ki sadece ikinci durum 5. Madde'nin uygulaması içinde kalır. Bu davada Bay Guzzardi'nin, hakkında verilen emir gereği, İtalya'ya ait küçük bir adada ikamet etme zorunluluğunun gerçekleştiği koşullar birarada değerlendirildiğinde, 5. Madde altında bu tedbir ile ilgili bir nitelendirme sorunu ortaya çıkmaktadır. 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 (madde 5-1) uyarınca, "özgürlük hakkı"nın kişinin fiziksel özgürlüğü anlamına geldiğine işaret eder; bu hükmün amacı, hiç kimsenin keyfî 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 almamaktadır; bu tür kısıtlamalar, İtalya'nın onaylamadığı 4 No.lu Protokolün 2. Madde (P4-2) hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir kişinin 5. Madde (madde 5) 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 ölçüt 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 sınıflandırmalardan hangisine girdiğinin tespiti, özellikle de bazen bu iki sınır arasında yer alan tedbirlerin belirlenmesinin neticede bir takdir meselesi olması sebebiyle, zaman zaman zor da olsa Mahkeme, 5. Madde (madde 5) hükümlerinin uygulanabilir ya da uygulanamaz olması sonucunu getirecek olan seçimi yapmaktan kaçınamaz.
>
> [...]

> 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 dokuzunda da bir hapishane 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.
>
> [...]
>
> Tüm unsurları dikkatle değerlendirerek 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) Dibace 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 Devlet'in 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 Sözleşmeci Devletler'in egemenlik hakkı gereğidir. Ancak Mahkeme, bu hakkın 5. Madde (madde 5) dahil olmak üzere AİHS hükümleri çerçevesinde kullanılması 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 gerektirse de bu durumun sınırdışı işlemi esnasında yabancıların alıkonulduğu merkezlerle kıyaslanması her bakımdan mümkün değildir. Bu tür bir alıkoyma, 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 Devletler'in yasadışı göçü önleyebilmeleri çerçevesinde kabul edilebilir. Göçle ilgili kısıtlamaların giderek artan sayıda ihlaline yönelik teşebbüste bulunulması karşısında Devletler'in duyduğu meşru endişe iltica talebinde bulunan kişileri bu sözleşmelerin sağladığı güvencelerden mahrum bırakılmamalıdır.
>
> Bu tür bir alıkoyma aşırı uzun süreli olmamalıdır; aksi takdirde, bu alıkoyma basit bir özgürlüğün kısıtlanması halinden 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 bir tedbir 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 alıkoyma, 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 konusundaki fikri paylaşmışlar ve " herhangi bir anda başvuru sahiplerinin söz konusu tedbirin uygulanma alanının dışına çıkabilecekleri gerçeğini özellikle vurgulamışlardır". Ancak AİHM şunları belirtmiştir:

> İltica talebinde bulunan kişilerin iltica talep ettikleri ülkeyi kendi istekleriyle terkedebilme imkanına sahip olmaları, tek başına, kişi özgürlüğü hakkına karşı bir ihlal ihtimalini bertaraf etmeye yetmez. Kendi ülkesi dahil olmak üzere herhangi bir ülkeden ayrılma hakkı zaten Sözleşme'nin Ek 4. No.lu Protokolünde de (P4) ile güvence altına alınmış bir haktır. Ayrıca, iltica talebinde bulunan kişilere 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 kuramsal 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 alıkoymanın 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 alıkonmalarının 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 karar vermiştir. Mahkeme bu tassarrufu, sorumluluklarının bilincinde olan bir anne tarafından, velayet hakkının çocuğunun menfaatleri doğrultusunda kullanımı olarak değerlendirmiştir.

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 ortadan kaldırmaz (De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika davası, 28 Mayıs 1970 tarihli karar, Seri A No. 12).

2. Sözleşme'nin uygun bulduğu 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, alıkoymanın 5. Madde'nin (madde 5) amacı olan bireylerin keyfî uygulamalardan korunması şartına da uygun olması 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 (madde 5) 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 ihlali 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. fıkra (madde 5-1) hükümleri çerçevesinde, ulusal kanunlara uyulmaması Sözleşme'nin ihlali 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 kâtibinin 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 bulundurulamadığını 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. Maddesi'nin ihlalidir (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 (madde 5-1) ihlaline yol açmıştır. Hollanda Devleti de bu durumu kabul etmektedir.

Hukuk hatası sebebiyle ortaya çıkan ihlaller ile kasıtlı olarak yasada belirlenen usullerin ihlal 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, sınırdışı 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 Delegesi, bu beyana katılmamıştır. Fransız Devleti, başvuru sahibinin talebinin 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 Devleti'ne göre bu konu karmaşık bir konudur ve başvuru sahibi Fransız mahkemelerine bu konuyu dikkate alma fırsatı tanımamıştır.
>
> Bay Bozzano'nun avukatlarının tezi de, her ne kadar mantıklı olsa da Mahkeme'yi tamamen ikna etmeye yetmemiştir. Bir Sözleşmeci 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 geçerliliği konusunda geriye dönük olarak etki göstermeyebilir.
>
> Öte yandan, yetkili makamların bilerek yürürlükteki mevzuatı ihlal 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 mahkûmiyet 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 arzetmediği durumlarda, örneğin belirli sürelere uyulması gereken hallerde, yasada belirlenen şartlara uyulmaması 5. Maddenin ihlali 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 ihlali 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 keyfî 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 aşılmamasını sağlamak için gerekli her tür tedbiri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, Bay K.-F.'nin şahsî bilgilerinin kayda 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 alıkonma süresi aşılmış olması sebebiyle, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi hükümlerinin ihlal 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 keyfî bir şekilde özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin önlendiğine 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, hukuki güvenlik şartına ilişkin genel ilkenin gözetilmesinin özellikle önemli olduğunu vurgular. Dolayısıyla, iç hukukta özgürlükten mahrumiyete ilişkin şartların açıkça tanımlanmış olması ve kanunun uygulanmasının öngörülebilir olması, Sözleşme'nin ortaya koyduğu "hukuka uygunluk" şartının yerine getirilmesi için esastır. Bu şart, tüm kanunların kişinin, mevcut şartlarda makul ölçüde, – gerekirse yasal yardım alarak –herhangi bir fiilin sonuçlarını öngörmesini sağlayacak şekilde açık 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 yollara uygun olarak" yürürlüğe konmasını ortaya koyarken Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasının öncelikle herhangi bir yakalama ya da alıkoymanın iç hukukta yasal dayanağı olması şartı getirdiğine işaret eder. Ancak, madde hükümlerinde sadece iç hukuk hükümlerine atıfta bulunulmamaktadır; 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 keyfî 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. fıkrasında belirtilen özgürlükten mahrumiyet halleri 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 (madde 5-1) 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 (madde 5-1) 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 mahkûmiyet kararıyla doğrudan bağlantılı olmasından hareketle, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *a* bendi uyarınca (madde 5-1-a), "yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne (hukuka) uygun olarak hapsedilmesi" şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.
>
> Mahkeme, mevcut davanın istisnaî koşullarında, başvuru sahibinin tutuklu olarak alıkonmasının da Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) 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 (madde 5-1-a, madde 5-1-c) uyarınca haklı olduğu sonucuna varmıştır.
>
> Bu sonuca varması sebebiyle Mahkeme, bu davada ayrıca *e* bendi (madde 5-1-e) 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 Devlet'in 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 veya bu tedbirin bir tür dolaylı geçici tutuklama tedbiri niteliği bulunduğuna dair herhangi bir bulgu tespit etmemiştir. Özellikle Bay Quinn'in yakalanma koşulları ve birbiri ile ilgili takibatlarda bulunulmuş olması, tek başlarına, sınırdışı etme işlemi ile ilgili olarak ulusal kanunların suiistimal edildiği ve bu çerçevede Cenevre soruşturma yargıcının 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 keyfî 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:

> [Geçici tutuklama kararları] ne yetkinin kötüye kullanılması ne suiniyet ne de keyfîlik arzetmektedir.

Bazı davalarda AİHM, Devlet'in keyfî 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 mahkûmiyet kararı verilen ve Fransa'da mukim bir kişi söz konusuydu. Bu kişinin sınırdışı 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. Şikâyet başvurucunun Fransa'da kısa süreli alıkonmasıyla ilgilidir.

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 maddî 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. Keyfî 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 yollara 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 (madde 5) hükümlerinin maksadına, yani bireyin keyfî 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 koşul yalnızca kişinin yalnızca "özgürlük hakkı" na saygının değil, aynı zamanda da "güvenlik hakkı"na saygının da sonucudur.
>
> 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 (madde 5-1-f) 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 ayrıntılı bir bakış

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

Hapis ve bu tedbirin sebebi olarak mahkûmiyet kararı arasındaki illiyet bağı

Yukarıda belirtilen Bozano-Fransa davasında (18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri A No. 111, s. 22-23, paragraf 53), mahkûmiyet kararı "sonrası hapis" ifadesiyle ilgili bir yorum getirilmekte ve aradaki illiyet bağına işaret edilmektedir. Bay Bozano'nun ileri sürüldüğü gibi sınırdışı edilmesinde ihlal (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:

> İtiraz edilen zorla sınırdışı etme işlemi, yukarıda belirtilen mahkûmiyet kararından yalnızca kronolojik olarak "sonra" gerçekleşmiştir. Öte yandan, 5. Madde 1. fıkra *a* bendi (madde 5-1-a) 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 da AİHM, tutukluluk 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 mahkûm 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. fıkra *e* ve *f* bendi hükümleri uyarınca, yetkili makamların gerekirse bir hapishanede

ya da güvenlik koğuşunda Bay Eriksen'i alıkoyabileceklerini 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 (Riksadvokaten), Bay Eriksen'in güvenlik tedbirleri çerçevesinde alıkonulma süresinin uzatılması talebini geri çekmiştir. Başvuru sahibi serbest bırakılmıştır. Daha sonra başvuru sahibi başka suçlar işlemiştir. AİHM 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. fıkra *a* bendi (madde 5-1-a) uyarınca haklı değildir. Delege, alıkoyma tedbiri ile 1985 yılında 39. Madde (Norveç Ceza Kanunu) çerçevesinde verilen ilk mahkûmiyet kararı arasında şekil ve illiyet açısından şekilsel bir bağ olmasının bu madde hükümlerine göre (madde 5-1-a) 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. fıkra (madde 5-1) 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 (madde 5-1-a) uyarınca bir "mahkûmiyet kararı" anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, bu tür bir kararı müteakip bir özgürlükten mahrumiyet, (madde 5-1-a) 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 (madde 5-1-a) 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 hatta, 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, Norveç 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 [...].
>
> Komisyon, Norveç usul kanunlarına uyulup uyulmadığından kuşkulanmak için bir sebep görmemektedir [...].
>
> Komisyon (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) ayrıca, bu davanın koşullarının, yetkili makamların, başvuru sahibi serbest bırakıldıktan sonra suç işleyebileceği 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 suça dayanmadığını ya da herhangi bir suçla ilişkili olmadığını ve alıkoyma

kararlarının bu doğrultuda açılmış herhangi bir soruşturma ile hiçbir hukukî 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 (madde 5-1-a, madde 5-1-c) 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 (madde 5-1-a, madde 5-1-c) yorumlama ve uygulama şeklinin, mevcut davanın özel koşullarında izlenip izlenemeyeceğini de değerlendirmiştir.

Başvuru sahibinin 25 Şubat ilâ 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında alıkonulmasına ilişkin karar, güvenlik tedbirlerinin süresinin uzatılması istemi incelendiği esnada alınmıştır. Eğer süre uzatılmış olsaydı, ilgili mahkeme kararlarından da anlaşılabileceği (bkz. yukarıdaki 37-39. ve 41. paragraflar) üzere bu tür bir karar, başvuru sahibinin ilk mahkûmiyet 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. fıkra *a* bendi (madde 5-1-a) uyarınca, "yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine [...] hukuka uygun alıkoyma (hapis)" addedilebileceği kanaatine varmıştır.

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

V. – Birleşik Krallık davası kararında AİHM, cinayet suçundan hüküm giymiş, kanunlara göre Kraliçe uygun gördüğü sürece hapsine karar verilmiş bir küçüğün (reşit olmayan kişi) dava dosyasını incelemiştir. Başvuru sahibi, bu tür bir kararın keyfî olduğunu ve 5. Madde 1. fıkra hükümlerinin ihlal 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'un da görüşlerine katıldığı İngiltere Devleti, Kraliçe'nin uygun bulduğu süre boyunca hapis cezasının hukuka aykırı ya da keyfî 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. fıkra *a* bendi uyarınca gerçekleştirilmiştir. Hapis cezasının Kraliçe'nin uygun bulduğu sürede devam etmesinin ve bu cezanın yasada belirlenen yollara uygun olarak verilmesinin İngiliz kanunlarına göre hukuka uygunluğu konusunda hiçbir kuşkuya mahal yoktur. Ayrıca, başvuru sahibinin hapsedilmesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *a* bendinde 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 sorun doğurabileceğine işaret etmiştir).

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

Cezaların infazı ve 5. Madde 1. fıkra (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 mahkûmiyeti sebebiyle, ceza 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. fıkra *a* bendi hükümlerinin birlikte incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir [...].
>
> Devlet, hükümlülerin 5. Madde 1. fıkra *a* bendinin hükümlülere şartlı salıverilme hakkı tanımadığını beyan etmiştir. Ayrıca, herhalükârda, Terörle Mücadele Kanunu uyarınca bir suçtan hüküm giymiş kişilerin tahliye hakkı ile ilgili olarak getirilen kısıtlamalar bu suçların ağır suçlar olmasından ileri geldiğini belirtmiştir
>
> Mahkeme, öncelikle, her ne kadar Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *a* bendi hükümleri kişilere şartlı salıverilme hakkı vermese de bir ceza infaz politikasının kişileri ayrımcı bir şekilde etkilediği hallerde, konunun bu madde ve Sözleşme'nin 14. Maddesi hükümleri çerçevesinde incelenmesi gerekebileceğini müşahade etmiştir.
>
> Mahkeme ayrıca, 3713 Sayılı Kanunun amacının ilke olarak, terör suçu işleyen kişileri cezalandırmak ve bu kanun uyarınca hüküm giymiş kişilere şartlı tahliye gibi konularda, genel kanunlar uyarınca hüküm giymiş kişilere tanındığından daha sınırlı haklar tanınması olduğuna işaret eder. Bu durumdan hareketle, konun koyucunun kişiler arasında değil, ağırlık ölçüsüne göre suç tipleri arasında bir ayrım yaptığı görülmektedir. 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 ihlal tespit edilmemiştir.

5. Madde 1. fıkra (b) bendi – Yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için alıkoyma (yakalama veya tutuklama)

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, açık 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 (madde 5-1-b) hükmü ile ilgili olarak ise, Lawless'ın Devlet Bakanı kararıyla asayiş ve kamu düzeni ya da Devlet'in güvenliği açısından tehlike teşkil eden faaliyetlere karıştığı şüphesiyle yakalanmış olması "yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla" alınmış bir tedbir addedilemez, zira bu hüküm asayiş ve kamu düzeni ya da Devlet'in güvenliğine karşı işlenen suçların önlenmesine değil, yasanın koyduğu belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olarak kişilerin yakalanma ya da alıkonulmalarını öngörmektedir.

AİHM ayrıca, bu tür bir yükümlülüğün bu yükümlülüğün ihlaline karşı bir yaptırım olarak uygulanan alıkoyma tedbirinin öncesinde mevcut olması gerektiğine işaret etmiştir. Ciulla-İtalya davasında, başvuru sahibi, hakkında verilecek zorunlu ikamet kararı infaz edilebilir olana kadar, bu yükümlülüğü zamanı geldiğinde 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, 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 doğmuştur (bkz. yukarıdaki 17. paragraf), yoksa 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 ihlali tespit edilmemiştir).

5. Madde 1. fıkra (c) bendi –Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması

Alıkoyma tedbiri (yakalama ve tutuklama) 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 (madde 5-1-c) hükmüne göre, özgürlükten mahrumiyete ancak ceza kovuşturması kapsamında karar verilebilir. Böyle olduğu bu bendin lafzından anlaşılmaktadır ve bu bent hükümleri bir bütün oluşturan aynı maddenin hem *a* bendi hem de 3. fıkrasıyla birlikte (madde 5-1-c + 5-1-a, madde 5-1-c + 5-3) 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 olayların makul olarak, Ceza Kanununda suç teşkil eden fiillerin tanımlandığı hükümler kapsamında değerlendirilebilmesi şartını getirmektedir. Dolayısıyla, alıkonulan kişi aleyhinde ileri sürülen fiil ve bulgular eğer gerçekleştikleri tarihte bir suç teşkil etmiyorsa "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 adlî takibat sırasında yalan ifade vermeye teşvik etmiş olduğu gerekçesiyle, geçici olarak tutuklanmıştır. O tarihe kadar Polonya mahkemeleri bu hükmü hiç uygulamamıştır ve bu durum, cürmü oluşturan unsurların yorumu sorununa neden olmuştu. AİHM genel olarak, ulusal makamların itibar ettiği yasa hükümlerinin yorumlanma şeklinin başvuru sahibinin alıkonulmasını hukuka aykırı kılacak kadar keyfî ve mantıksız olduğu doğrultusunda bir delil bulunmadığına karar vermiştir.

Yakalama ya da alıkoyma, söz konusu kişinin suç işlediğine dair "geçerli (makul) şüphe"ye ya da suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak "zorunluluğu" inancını doğuran makul nedenlere 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 "makul şüphe"yi tanımlamıştır:

> Yakalama işleminin dayanması gereken şüphenin "makul" olma derecesi, 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümlerinde de ifade edilen keyfî yakalama ve alıkoyma uygulamalarına karşı sağlanan güvencenin en önemli unsurudur."Makul şüphe" kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün

bulunduğu hususunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek ölçüde yeterli bulgu ve bilgilerin bulunduğunu varsayar. Bununla birlikte, neyin "makul" addedilebileceği olaya ait koşulların tamamı değerlendirilerek yapılır.

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 isnat edilen suçu desteklemek üzere mahkemeye ibraz edilemeyecek ve şüpheliye de bildirilemeyeck türde bilgilere dayanarak terör eylemine karıştığından şüphelenilen bir kişiyi yakalamak zorunda kalabilir.

Davalı Devlet'in 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 adlî suçlarda geçerli olan türde standartlara göre belirlenemeyebilir. Yine de terör suçlarının gerektirdiği şartlar, "makul olma" kavramının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümlerinde yer alan güvencenin özüne halel 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).

Başvuruculaların görüşlerini paylaştığı Komisyon üyelerinin çoğunluğu, "Devlet'in Komisyon'a, yakalandıkları anda başvuru sahipleri hakkındaki şüphelerin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) 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 Devlet'e göre, yakalama işlemini gerçekleştiren yetkililerin gerçek bir şüphe veya samimi bir şüphe üzerine hareket ettiklerini göstermek yeterlidir ve esasen samimi, gerçek ya da makul şüphe arasında bir fark da bulunmamaktadır. 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 açıklayamasalar da birinci ve ikinci başvuru sahipleriyle ilgili olarak, yakalandıkları anda bu şahısların *Provisional* IRA için istihbarat toplama ve kuryelikle iştigal ettiklerini ortaya koyan güçlü bulgular olduğunu, üçüncü başvuru sahibiyle ilgili olarak ise polisin elinde, bu şahsın sorgulanma sebebini oluşturan adam kaçırma teşebbüsüne karıştığını gösteren deliller bulunduğunu ifade etmiştir.

Kuşkusuz Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümleri, Sözleşmeci Devletler'in 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 Sözleşmeci Devletler'den, 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 (madde 5-1-c) hükümlerinde öngörülen güvencenin esasına uyulup uyulmadığından emin olması gerekir. Netice olarak, davalı Devlet'in, en azından yakalanan kişinin isnat edilen suçu 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 hakiki 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 mahkûmiyetlerinden 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 başlarına "makul şüphe" bulunduğu sonucuna varmak için yeterli değildir.

AİHM 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 samimi şüphe (1984 tarihli Yasa, 12. Kısım, 1. fıkra *b* bendi, bkz. yukarıdaki 23-24. paragraflar) şeklinde olduğuna işaret eder. Dolayısıyla mevcut başvuru, AİHM'nin yalnızca samimi 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, başvurucunun yakalanmasının bir suç işlediğine dair makul gerekçelere dayalı bir şüpheden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu üç ayrı seviyeden farklı mahkemeler tarafından incelenmiştir. 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, keyfî 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 amirlerinden birinin 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 bilgilendirme toplantısının içeriği ile 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 önemli bir mensubu olarak hedef alan keyfî 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, Kurt Konig cinayetine karışan şahısların kimlikleriyle ilgili bilgi verilen ve bir dizi yakalama işlemiyle ilgili adımların planlandığı bilgilendirme toplantısına polis memurlarının katıldığı konusuna 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, polisin bu şahsın adam kaçırma fiiline karıştığına dair elinde bilgi bulunmasına dair verdiği açıklamadan başka yakalamayı haklı kılan bir başka bulgu olmadan yakalanmıştır. Her üç başvurucu ile ilgili olarak Mahkeme, bir kişinin yakalanmasının makul olma derecesini belirlemeye yönelik olarak Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrasında belirtilen asgarî ölçütlerin 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 doğrultusundaki şüphe, yakalama işlemini gerçekleştiren yetkilinin sahip olduğu, mutlaka başvuru sahibini suçlar mahiyette unsurlar olmamakla 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 aranan ölçütler gözetilmişti. Dolayısıyla bu tür davalarda, yakalamaya gerekçe teşkil eden şüphenin yeterince objektif bulgulara dayandığı ve dayanmadığı durumlar arasında ince bir ayrım bulunmaktadır. Uygulanması gereken ölçüte uyulup uyulmadığı ve 5. Madde 1. fıkra *c* bendinde öngörülen güvencelerin sağlanıp sağlanmadığı hususu her davanın özel koşullarına bağlıdır.

> Mevcut davada şüphe, polisin muhbirlerden edindiği ve muhbirlerin başvuru sahibini, belirli bir terör olayına, yani Bay Konig'in öldürülmesi olayına karıştığından şüphelenilen şahıslardan biri olarak teşhis ederek verdikleri bilgiye dayanmaktadır. Mahkeme'ye (AİHM) temin edilen bilgilere göre, davalı Devlet'in bu doğrultudaki 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 fazla belirgin ayrıntıya dayanarak gerçekleşmiştir. Bu şartlar altında ve yukarıda belirtilen türde bir farka işaret eden unsurlar da dikkate alınarak (bkz. paragraf 38-40), Mahkeme, yargıcın sahip olduğu bulgular ile ilgili hakkında suça karıştığına dair makul şüphe bulunduğu sonucuna varma hakkı olduğu yolundaki ulusal mahkemelerin yaklaşımının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi hükmüne 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 suiniyet içinde oldukları ya da baskıcı bir şekilde hareket ettiklerine dair herhangi bir şikâyette bulunmamış olduğunu da hatırlatır.
>
> Bu sebeple Mahkeme, ulusal mahkemelerin şüphe ile ilgili ölçüt konusundaki yaklaşımlarının polisin keyfî yakalamaya dair sorumluluğunu ortadan kaldırmadığına ya da gizli bilgi gerekçesiyle gerçekleştirilen yakalama işlemlerinde polise bir koruma sağlamadığına karar vermiştir. Bu şartlar altında, başvuru sahibi hakkındaki şüphe, bu şahsın Kurt Konig'in öldürülme olayına karıştığına dair belirgin 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.

Berktay-Türkiye davası (1 Mart 2001 tarihli karar, Başvuru No. 22493/93, paragraf 197-201), bu ilkelerin uygulandığı bir başka örnektir:

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

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

Bu çerçevede Mahkeme, yakalama işlemine gerekçe teşkil etmesi gereken "makul şüphenin", keyfî özgürlükten mahrumiyet uygulamalarına karşı Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendinde yer alan güvencenin aslî bir unsuru olduğunu vurgular. "Makul şüphe" kavramı ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda tarafsız bir gözlemciyi ikna etmeye yetecek ölçüde yeterli bulgu ve bilgilerin bulunduğunu varsayar. Mahkeme, davalı Devlet tarafından, yakalanan kişinin iddia edilen suçu işlediğinden şüphelenmek için makul gerekçeler bulunduğuna gösteren en azından kimi 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 görüşlerine gönderme yapan (yukarıdaki 125-129. paragraflar) Mahkeme, dava dosyasında bulunan delillerin, makul bir şüphe bulunduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığını müşahade etmiştir. Ayrıca gözaltı tutanağının dışında, davalı Devlet ikinci başvuru sahibi aleyhindeki şüpheleri destekleyen başka bir bilgi temin etmemiş olduğu için, davalı Devlet'in yaptığı açıklamalar, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi uyarınca getirilmiş asgarî koşulları sağlamamaktadır.

Bu şartlar altında Mahkeme, Devrim Berktay'ın evi arandığı esnada özgürlüğünden mahrum edilmesinin (gözaltına alınmasının), "[söz konusu kişinin] bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul bir şüphe" bulunması sebebiyle gerçekleştirilmiş "hukuka uygun" bir gözaltı olduğu kanaatine varmamıştır.

Yukarıda belirtilen Eriksen-Norveç davasında (dava şartları açısından Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *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 ilâ 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında alıkonulmuş olmasının *c* bendi (madde 5-1-c) uyarınca haklı gösterilebileceğini, zira alıkoyma tedbirinin başvuru sahibi hakkında yürütülen ceza kovuşturması sebebiyle alındığını ve bu durumda bu tedbirin "kişinin suç işlemesinin önlenmesi açısından gerekli kabul edilebileceği"ni ileri sürmüştür.

Komisyon ise aksi görüştedir. Özgürlükten mahrumiyet tedbiri, başvuru sahibinin işlediği herhangi bir suça, bu çerçevede yürütülen bir soruşturmaya veya bir ceza davasına dayanmamaktadır. Alıkoyma tedbiri daha ziyade, (Norveç) Ceza Kanununun 39. Maddesi uyarınca, güvenlik tedbirlerinin uzatılmasına ilişkin dava için gerekli olan delillerin yetkili mercilerce toplanabilmesine kadar başvuru sahibinin gözaltında tutulması maksadıyla alınmıştır. Emniyet müdürünün 7 Şubat 1990 tarihli talebinde, sadece, 39. Madde kapsamındaki davanın duruşması beklenirken bir tıbbî görüş alma gerekliliği belirtilmektedir (bkz. yukarıdaki 35. paragraf). Hükümet delegesi, bu durumda, başvuru sahibinin alıkonulması 1984 tarihli mahkûmiyet kararıyla ilgili olduğunda, Sözleşme'nin gündeme gelecek hükmünün *c* (madde 5-1-c) değil, *a* bendi olduğuna işaret etmiştir (madde 5-1-a). Bu yoruma Komisyon itiraz etmiştir. Bu bağlamda Hükümet delegesi, Mahkeme'nin Wemhoff-Almanya davası kararına atıf yapmaktadır (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 aklî bozukluk sebebiyle tehditkâr ve şiddet dolu hareket içinde olduğuna değinilmektedir. Başvuru sahibinin aklî dengesinin güvenlik tedbirleri alınmasını gerekli kılacak 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. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) çerçevesinde gerekçelendirilemez (bkz. Guzzardi-İtalya davası, 6 Kasım 1980 tarihli karar, Seri A No. 39, s. 38-39, paragraf 102).

[...]

Mahkeme, mevcut davanın özel şartları dikkate alındığında, başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) 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 aklî 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 ölçütü karşılamaya yetecek kadar somut ve belirgindir.

Kural olarak, 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c), daha önce belirli bir suçtan hüküm giymiş ve cezasını çekmiş bir kişinin benzer bir suç işleyebileceği şüphesi bulunması halinde yeniden alıkonulmasına ya da hapis süresinin uzatılmasına bir gerekçe temin etmemektedir.

Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre, bir kişinin mahkeme tarafından belirlenen azamî alıkoyma süresi dolduktan sonra, bir suçtan hüküm giymesi üzerine, o kişinin güvenlik maksatlı hapsedilmesine ihtiyaç olup olmadığının belirlenmesi amaçlı alıkonulduğu hallerde durum farklıdır. Mevcut davadaki gibi bir durumda, başvuru sahibinin aklî 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 "geçiş" nitelikli kısa süreli alıkoyma tedbiri, başvurucuyu adlî bir merci huzuruna getirmek maksadıyla alınmıştır. Başvurucunun aklî dengesi hakkında güncel bir tıbbî rapor temin edilmesi kaygısı ve başvurucunun saldırgan tavırları ile yetkililerce kontrol altında tutulmaya itirazı karşısında yetkililerin, hapishane dışında, önlem amaçlı, ilgiliyi gözlem altında tutmakta karşılaştığı ciddî güçlükler işbu tedbirin uygulanmasını gerekli kılmıştır (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 diğer güvenlik tedbirleriyle 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, başvurucunun 25 Şubat ile 15 Mayıs 1990 tarihleri arasında özgürlüğünden mahrum edilmesinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra hem *a* hem de *c* bendi (madde 5-1-a, madde 5-1-c) uyarınca haklı olduğu kararına varmıştır.

AİHM daha eski bir kararında, alınan yakalama ve alıkoyma tedbirinin 5. Madde 1. fıkra *c* bendinde suç işlenmesinin önlenmesi zorunluluğu 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 bir adlî 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 (madde 5-1-c) lafzı yeterince açıktır. [...] buna göre, "yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere" ifadesinin bu bent hükümlerinin (madde 5-1-c) her tür yakalama ve alıkoyma tedbirini kapsadığı açıktır; ancak bu hükümlerde getirilen şarta göre, bu tür bir özgürlükten mahrumiyet tedbirine ancak, ister bir kişi hakkında bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunsun, ister bir suç işlemesinin ya da bir suç işledikten sonra kaçmasının önlenmesinin gerektiğine dair makul nedenler bulunsun, bu kişinin yetkili bir merci önüne çıkarılmak amacıyla başvurulabilir.
>
> Öte yandan, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümleri ancak bir bütün oluşturduğu aynı maddenin 3. fıkrasıyla birlikte yorumlanabilir; 3. fıkra (madde 5-3) hükmünde sırasıyla, "bu maddenin 1.*c* fıkrasında (madde 5-1-c) öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adlî 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 (madde 5-1-c) hükümlerinde belirtilen sebeplerden herhangi biri neticesinde yakalanan ve alıkonulan herkesin özgürlükten mahrumiyet durumunun incelenmesi ya da davanın esasına ilişkin bir karar vermek üzere derhal yargıç huzuruna çıkarılması yükümlülüğü getirilmiştir. 5. Maddenin hem 1. fıkra *c* bendi hem de 3. fıkrası hükümlerinin (madde 5-1-c, madde 5-3) açık ve doğal anlamı da budur.

Herhangi bir suç isnat etmek için yeterli gerekçe bulunamadığından yetkili bir adlî merci huzuruna çıkarılmaksızın serbest bırakmayla neticelenen bir yakalama işlemi Sözleşme'nin 5. Maddesi'nin ihlali 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:

> Başvurucular hakkında bir suç isnadında bulunulmamış olması ve başvurucuların bir mahkeme huzuruna çıkarılmamış olmaları, bu kişilerin alıkonulmalarının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) 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 gerekir. 5. Madde 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümleri polisin yakalama anında veya başvuru sahipleri gözaltında tutulurken suç isnat etmeye yetecek derecede delil temin etmiş olması şartı getirmemektedir.

Bu tür delillerin elde edilmesi mümkün olmayabilir ya da bu tür deliller, şüphelenilen suçların özellikleri sebebiyle, diğer şahısların can güvenliklerini tehlikeye atmadan mahkemeye ibraz edilemeyecek mahiyette olabilir. Bu sebeple, bu davada, polisin yürüttüğü kovuşturmanın iyi niyetli olmadığını ya da başvuru sahiplerinin yakalanmalarına sebep oluşturan somut şüphelerin teyit ya da bertaraf etme amacıyla – Mahkeme teyit yönünde gerekçe bulunduğu kararına varmıştır (bkz. yukarıdaki 51. paragraf) – yürütülen kovuşturmanın tamamlanmasını hedeflemediğini düşünmek için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Polisin, mümkün olsaydı, suç isnat edeceği ve başvuru sahiplerinin yetkili bir adlî merci huzuruna çıkarılacağı varsayılabilir.

Dolayısıyla, başvuru sahiplerinin yakalanmaları ve alıkonulmaları, 1. fıkra *c* bendi (madde 5-1-c) hükümleri uyarınca gerçekleştirilmiştir.

Yakalama ve alıkoymaya ilişkin iç hukuk mevzuatının belirli şartları sağlaması gerekir

Yakalama ve alıkoyma tedbirinde esas alınan ulusal yasaların 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), Kamu Denetçisi'nin (Ombudsman) 21 Kasım 1996 tarihli kararının (yukarıdaki 23. paragraf), Yüksek Mahkeme Ceza Dairesi Başkanlığının 30 Aralık 1996 tarihli yazısının (yukarıdaki 27. paragraf) ve davalı Devlet'in Mahkeme'ye ibraz ettiği beyanların (yukarıdaki 54. paragraf), başvuru sahibinin alıkonulmasının hangi aşamasının bu alıkoyma tedbirini haklı gösterecek şekilde Litvanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun eski 226. Madde 6. fıkrası kapsamına girdiğine ilişkin soruya üç farklı cevap verdiğine işaret eder. Anlaşıldığı üzere, bu madde ya 4, ya 14 ya da 21 Haziran 1996 tarihine kadar olan alıkoyma süreleri hakkında ileri sürülebilir. 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 yollar dahilinde gerçekleşmemiştir.

AİHM ayrıca, bir kişiye suç isnat edildiği, tutukluluk süresi dolmasına rağmen mahkemeye çıkarılana kadar kişinin tutukluluk halinin sürdüğü 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 tutuklama kararının süresinin dolması – 31 Ocak 1994 – ile Lódz Bölge Mahkemesinin bilâhare 24 Mayıs 1994 tarihinde başvuru sahibinin tahliyesine dair verdiği karar arasında geçen süre boyunca başvuru sahibinin alıkonulmasına ilişkin herhangi bir adlî 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 iç hukuktaki uygulamanın herhangi bir yasa hükmü ya da belirli bir içtihada dayanmadığını, ancak Komisyon'un tespit etmiş olduğu ve tarafların da Mahkeme huzurunda kabul ettikleri gibi bu durumun, söz konusu olay anında Polonya ceza kanunlarının, alıkonulan kişilerin hazırlık soruşturması aşamasında haklarında verilen son tutuklama kararında belirtilen süre dolduktan sonraki durumları hakkında açık kurallar ihtiva etmemesi sebebiyle ortaya çıktığını müşahade etmiştir.
>
> Bu bilgiler ışığında Mahkeme, öncelikle, soruşturma aşamasında sınırlı bir süre için verilen tutukluluk kararının dava aşamasında usule uygun bir şekilde uzatılması konusunda ve, eğer 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 adlî karara dayanmadan alıkonulmasına yol açan bu uygulamanın, Sözleşme'de zımnen belirtilen ve hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan hukuki güven ilkesine başlıbaşına aykırı olduğunu dikkate almaktadır.

> Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası uyarınca, tutuklamanın birkaç aydan uzun sürmesi ve bu alıkoyma uygulamasına bir mahkeme, bir yargıç ya da "[...] adlî 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. fıkra *c* bendi hükmünden ("yetkili merci önüne çıkarılmak üzere" ifadesinden) ve 3. fıkranın lafzından ("hemen bir yargıç veya adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır") çıkarılabilir. Ayrıca, 5. Madde 4. fıkra hükümlerinde yer alan *habeas corpus* teminatı, alıkoyma uygulamasının 3. fıkrada öngörülen ilk süreyi aşacak şekilde uzatılması hâlinde, keyfî muameleye karşı "adlî" müdahale gereğini de desteklemektedir. Mahkeme'nin kanaatine göre, 5. Madde 3. fıkrada belirtildiği gibi, ancak sadece şeklen kişinin adli merciler önüne çıktığı ve buna müteakip tutukluluğunun sonradan yalnızca bir savcı kararına dayalı olarak devam ettiği durumlarda, 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde keyfî olarak özgürlükten mahrumiyet ihtimaline karşı getirilen güvence ciddî bir şekilde zarar görmüş olacaktır.
>
> Sonuç olarak ve mevcut davanın esası itibarıyla, Mahkeme başvurucunun tutukluluğunun Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası anlamında "hukuka uygun" olmadığına karar vermiştir. Bunun sonucunda da söz konusu madde hükümleri ihlal edilmiştir.

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

Tahliye kararı verilmesinden sonra 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 hapishanede (tutukevine) bulunan kişiler için hazır bulunması gereken hapishane (tutukevi) kayıt memuru o anda orada bulunmadığı gerekçesiyle başvuru sahibi, ancak ertesi sabah saat 08:30'da serbest bırakılabilmiştir. 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 haklı olan tutukluluk hali, "kişiye isnat edilen suçun hükme bağlandığı tarih itibarıyla" sona erer (bkz. yukarıdaki 147. paragraf). 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 değerlendirilebilmiş ve şahsın tahliyesine ilişkin gerekli idarî işlemlere başlanmıştır (bkz. yukarıdaki 24. paragraf).

Bu şartlar altında, başvuru sahibinin Termini Imerese Hapishanesine götürülerek tutkluluğunun 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 bir yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak 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 suç teşkil eden fiiller işlemiş bir küçük olan başvurucu, 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. AİHM 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 tutukevine yerleştirilmiştir.

Çocuk mahkemesinin kararında başvuru sahibi "her tür gözetim, koruyucu ya da eğitimle ilgili tedbir konusunda ısrarlı bir şekilde tepkisiz" olarak belirtilmiştir. Kararda, "başvuru sahibinin davranışlarına uygun bir kurum" bulunmasına ilişkin maddî imkânsızlık sebebine ilişkin açıklamada "Devlet ıslahevlerinin açık kurumlar" olması gösterilmiştir.

[...]

[...] bir çocuğun tutukevinde hapsedilmesi, bu kurum her ne kadar *d* bendi (madde 5-1-d) de belirtilen "eğitim gözetimi" amacına uygun yapıya sahip özellikler taşimasa da bu madde hükümlerine doğrudan aykırılık teşkil etmez. Bu maddede belirtilen "için" (İngilizce "*for the purpose of*"; Fransızca "*pour*") kelimesinden de anlaşılacağı üzere, "alıkoyma" söz konusu kişinin "eğitim gözetimi" altına alınmasını sağlama aracı olmalıdır. Ilgilinin bu amaçla herhangi bir kuruma yerleştirilmesinin derhal olması gerekmez. 5. Madde 1. fıkra hükümlerinde – *c* ve *a* bentlerinde (madde 5-1-c, madde 5-1-a) – yargılama öncesi alıkoyma (tutuklu yargılama) ve mahkûmiyet kararı sonrası alıkoyma (hapis cezası) arasındaki farka işaret edilmektedir; dolayısıyla, *d* bendi (madde 5-1-d) hükümleri, kişinin gözetim altında eğitimine ilişkin tedbirin uygulanmasına yönelik olarak geçici olarak alıkonmasına, bu tür bir alıkonma 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 kanuni sürenin dolduğu tarihte ya da bu tarihten önce başvuru sahibini serbest bırakmışlardır; başvuru sahibi 18 Ocak ile 4 Kasım 1980 tarihleri arasındaki 291 günlük sürenin toplam 119 gününde özgürlüğünden mahrum edilmiştir (bkz. yukarıdaki 8. paragraf).

Davalı Devlet'in 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 Devleti'nin, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *d* bendinde (madde 5-1-d) belirtilen şartları yerine getirebilmek için 1965 tarihli Yasa'nın 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 dosya kapsamı durumun bu şekilde olduğuna işaret etmemektedir. Söz konusu olaylar cereyan ederken Belçika'da – en azından başvuru sahibinin yaşadığı Fransızca konuşulan bölgede – ciddî bir şekilde dengesi bozulmuş çocukların barındırılabileceği 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 (madde 5-1-d) 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 (madde 5-1-d) hükümleri çerçevesinde bu kararların "hukuka uygunluğun"un giderek azalmasına yol açmıştır.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra (madde 5-1) hükümleri ihlal edilmiştir.

5. Madde 1. fıkra (e) bendi – bir akıl hastasının, bir alkoliğin, 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 (akli dengesi bozuk kişi)" kavramıyla ilgili olarak *e* bendi hükümlerinin kapsamına işaret edilmiştir:

Sözleşme'de "akıl hastası (akli 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 yönelinmesi ve toplumun akıl hastalığına bakışının değişmesi, özellikle de akıl hastalarının sorunlarının daha çok anlaşılmasının yaygınlaşması neticesinde sürekli olarak gelişmektedir.

> Her halükârda, 5. Madde 1. fıkra *e* bendi (madde 5-1-e) hükümlerinin, bir kişinin yalnızca düşünce ya da davranışlarının belirli bir toplumun baskın veya yerleşik normlarından farklı olduğu gerekçesiyle alıkonulmasına imkan sağlayacak şekilde yorumlanamayacağı açıktır.

Bu kararda AİHM ayrıca, "akıl hastası (akli 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 ve inandırıcı bir şekilde "akıl hastası (akli 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, alıkoymayı gerektirecek ölçüde olmalıdır. Bunun da ötesinde, alıkonmanın 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) "tıbbi rapor" konusuna özellikle işaret ederek şunları belirtmiştir:

> [...] Wintwerp davası kararından, "tarafsız tıbbi uzman raporu" şartının her durumda, akıl hastası olduğu gerekçesiyle kişinin alıkonmasının öncesinde temin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz. Ulusal kanunlarda bir hükmün, diğer hususların yanı sıra, çevresindekilere tehlike arzedebilecek kişilerin acilen alıkonmasına imkan tanıması durumunda, herhangi bir yakalama ya da alıkoyma tedbiri öncesinde detaylı bir tıbbi muayene gerçekleştirilmesi şartının yerine getirilemeyeceği açıktır. Bu tür bir acil alıkoyma emri verecek ulusal merciin, bu gibi durumların özelliği gereği, geniş bir takdir yetkisine sahip olması gerekir.

Önceden bir tıbbi 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, azami derecede güvenlik önlemleri alınan bir psikiyatri hastanesine yatırılmıştır. 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 bırakılmayacaktı. 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 akli dengesinin yerinde olmadığı (akıl hastası olduğu) ve toplum açısından tehlike arzettiği hükmü verilen bir kişinin alıkonmasının sona erdirilmesinin, bireyi olduğu kadar serbest bırakıldığında o kişinin yaşayacağı toplumu da ilgilendiren bir konu olduğunu benimsediğinin hatırda tutulması gerekir. Durumun aciliyet arzetmesi ve özellikle de Bay Luberti'nin akıl hastası olduğu dönemde işlediği suçun ağırlık derecesi dikkate alındığında bu davada, Mahkeme sorumlu merciin temkinli davranma yetkisi bulunduğunu ve her ne kadar tıbbi bulgular söz konusu kişinin iyileştiğine işaret etse de bu şahsın alıkonma halinin sona erdirilmesi hususunu bir süre daha inceleme ihtiyacı duymasının yerinde olduğunu kabul edilmişti.
>
> Mahkeme'nin görüşüne göre, tüm bu koşullar ve söz konusu tehlikeler ışığında sorumlu bir merciin, alıkonmasına yol açan akıl hastalığından artık muzdarip olmayan bir kişinin derhal ve kesin olarak taburcu edilmesine karar vermesinde de benzer bir takdir yetkisi kullanmasının uygun olacağı da kabul edilmelidir.
>
> Bu merci, bu kişi toplumda serbestçe yaşamak üzere bırakıldıktan sonra o kişinin gidişatını izleme ve bu doğrultuda taburcu edilmesini şarta bağlama konusunda tedbir alma yetkisini saklı tutabilmelidir. Alıkoyma haline son vermede özel bir şartın, bu şartın türü ile bu şartın getirilme sebeplerine bağlı olarak, bazı durumlarda, alıkonulma halinin sona erdirilmesinin ertelenmesini gerektirebileceği gözardı edilmemelidir. Ancak kişinin serbest bırakılmasının ertelenmesinin, 5. Madde 1. fıkranın amacına ve bu maddenin *e* bendinde getirilen kısıtlamanın maksadına (bkz. yukarıdaki 60. paragraf) uygun olmasını sağlayacak gerekli güvencelerin bulunması ve özellikle de kişinin bırakılmasının makul olmayan bir süre ertelenmemesi büyük önem taşımaktadır.
>
> Yukarıdaki düşünceler çerçevesinde Mahkeme, 1989 tarihinde toplanan kurulun, Bay Johnson'un derhal ve kesin olarak Rampton Hastanesi'nden taburcu edilmesi doğrultusunda bir karar verilmesi için henüz erken olduğu şeklindeki hükmünün haklı olduğu kanaatindedir. Her ne kadar kurul, kendi değerlendirmesine ve sunulan tıbbî delillere dayanarak (bkz. yukarıdaki 17. ve 18. paragraflar) başvuru sahibinin halen bir akıl hastalığından muzdarip olmadığı kanaatine varmışsa da o koşullar altında aşamalı bir şekilde taburcu olmasının uygun olacağı kararını vermiştir. [...] Dolayısıyla 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 verilmesi akla uygundur. Ayrıca

kurul, 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 alıkonmasına son verilmesi 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 Hastanesi'nden 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 kurul, 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 konusuna makul sürede yanıt vermesi beklenirdi (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 sonuca ulaşmamıştır (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 halinin yargı denetimine tabi tutulabileceği tarih, 1989 tarihli ulusal mahkemenin gerçekleştirdiği denetimi takiben en erken oniki ay içinde mümkündü (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 kurul tarafından verilen bakımevinde ikamet kararının bu kişinin Rampton Hastanesi'nden taburcu edilmesini sınırsız olarak ertelediği sonucu çıkarılmalıdır. [...]

> Konuyu daha sonra inceleyen son kurulun aldığı karar neticesinde ortaya çıkan durum ve başvuru sahibinin alıkonulmasını aşırı derecede ertelenmesini önleyebilecek bir yargı denetimi de dahil olmak üzere yeterli ve uygun güvencelerin sağlanmamış olması sebebiyle, söz konusu kişinin 15 Haziran 1989 tarihinden sonra devam eden alıkonma halinin Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *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 ayıltma merkezine kapatılmıştır. Yarı âmâ olan başvuru sahibi o esnada postanede adına gelmiş bir gönderiyi almak için bulunuyordu. Gönderinin içinin boş çıkmasından ötürü postane yetkililerine yakınmıştı (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 bulunmaktadır, zira bu kategorilere giren kişiler tıbbi tedavi altına alınmak üzere, sosyal politikalar gereği ya da hem tıbbi hem de sosyal sebeplerle özgürlüklerinden mahrum edilebilirler. Dolayısıyla bu çerçevede, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *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. fıkra *e* bendi hükümleri hedef ve maksadı doğrultusunda ne şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre bu madde hükümlerinin hedef ve maksadı, bir alkoliğin tutulmasının ancak "alkolizm"in klinik aşamasında olması halinde mümkün olabileceği yolunda dar bir biçimde yorumlanamaz. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *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. fıkra *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 Sözleşmeci Devletler'in 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 keyfî 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 yasalara uygun olarak gerçekleştirilmesi yeterli değildir; ayrıca olaya ait 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 ilgili 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 yasalarda 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" kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, bu madde hükümleri ihlal 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 (madde 5-1-e) hükümlerinde getirilen istisna kapsamına girdiğini düşünmektedir.

Mevcut davada şahısların sabit ikametgâh ile düzenli gelir durumları, yalnızca söz konusu kişilerin polise gönüllü olarak başvuruda bulunmuş olmalarından değil, aynı zamanda olay anındaki beyanlarından da anlaşılmaktadır: her üç başvuru sahibi de işsiz olduklarını ifade etmiştir (bkz. yukarıdaki 16., 23. ve 28. paragraflar). İşsizlik halinin süreklilik arzetmesi durumunu, Charleroi, Namur ve Brüksel mahkemeleri yargıçları başvuru sahipleri hakkındaki mevcut bilgiler ışığında saptamışlardır. 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 sağlayamamalarından da ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla "serseri" tanımına giren başvuru sahipleri, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *e* bendi (madde 5-1-e) 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 sınırdışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle yakalanması veya tutulması

Suçlunun iadesi (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 (madde 5-1-f) hükümlerinin hem Fransızca hem de İngilizce metinlerinde açık bir şekilde, bu bent hükümleri uyarınca bir kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin sadece iade işlemlerinin yürütülmesi nedeni ile 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 bu iade işlemleri, 2 Mayıs 1984 tarihinde tamamlanmıştır (bkz. yukarıdaki 14. paragraf). Bay Kolompar'ın 29 Ekim 1984, 2 Ocak 1985, 15 Haziran 1985, 21 Haziran 1985 ve 17 Eylül 1985 tarihli kararın infazının ertelenmesi ya da salıverilmesi 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 (madde 5-1-f) 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 Devlet'in dile getirdiği mülâhazanın güçlü bir mülâhaza olduğunu kabul etmektedir (bkz. yukarıdaki 38. paragraf). Mahkeme ayrıca, Bay Kolompar'ın ilkin Belçika Devleti'nin beyanlarına cevap vermek için neredeyse üç ay beklemiş olduğunu, daha sonra temyiz aşamasında 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 (madde 5-1) hükümlerinin ihlal 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 (madde 5-1-f) uyarınca "sınırdışı edilmek üzere" alıkonulmuş olduğu konusunda herhangi bir ihtilâf bulunmadığını hatırlatır (bkz. yukarıdaki 109. paragraf). 5. Madde 1. fıkra *f* bendi (madde 5-1-f) hükümleri, hakkında sınırdışı etme işlemi yürütülen bir kişinin alıkonulmasının makul olarak gerekli olması, örneğin bir suç işlemesinin ya da kaçmasının önlenmesi maksadıyla gerçekleştirilmesini gerektirmez; bu çerçevede 5. Madde 1. fıkra *f* bendinde (madde 5-1-f), 5. Madde 1. fıkra *c* bendinden (madde 5-1-c) farklı düzeyde bir güvence getirilmiştir.

Aslında bu madde hükümlerine göre (madde 5-1-f) gereken tek şey "sınırdışı etme işlemlerinin yürütülmesi"dir. Dolayısıyla, 5. Madde 1. fıkra *f* bendi (madde 5-1-f) 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 (madde 5-1-f) 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 (madde 5-1-f) 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 şikâyetçi olunan sürelerin, tek tek ya da topluca değerlendirildiğinde, hiçbirinin aşırı uzun addedilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *f* bendi (madde 5-1-f) hükümleri, sınırdışı etmeye ilişkin usullerde gerekli titizliğin gösterilmemesi ya da titizlik içinde hareket edilmemiş olması sebebiyle ihlal edilmemiştir.

Mahkeme ayrıca, Bay Chahal'ın alıkonulmasının Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkra *f* bendi (madde 5-1-f) 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 (madde 5) hükümleri doğrultusunda, kişinin keyfî 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 alınırsa, keyfî uygulamalara karşı yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığına da bakmak gerekir.

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

Ancak, Sözleşme'nin 5. Madde 1. fıkrası (madde 5-1) bağlamında, istişare heyeti usulü (bkz. yukarıdaki 29-32. ve 60. paragraflar) keyfî 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 ciddî endişe doğuracak şekilde aşırı uzun bir süre alıkonulmuş olduğuna işaret eder. Ancak, davanın istisnaî koşulları ve ulusal makamların başvuru sahibi hakkındaki sınırdışı etme işlemini gerekli titizlikle yürütmüş olmaları ve şahsın keyfî bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı yeterli güvencelerin bulunuyor olması neticesinde, başvuru sahibinin alıkonulmasına ilişkin tedbirin 5. Madde 1. fıkra *f* bendinde (madde 5-1-f) yer alan şartları yerine getirdiği söylenebilir.

5. Madde, 2. fıkra – Kendisine yöneltilen 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 yatırılma emrini vermiştir. Başvuru sahibi Mahkeme'ye, kendisine bu tür bir alıkoyma 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 (madde 5-2) hükümlerinde kullanılan kelimelerin ceza hukuku kapsamındaki anlamlarının bilincindedir. Ancak Mahkeme, bu kelimelerin "özerk" bir şekilde ve özellikle de 5. Maddenin herkesin keyfî olarak özgürlüğünden mahrum edilme riskinden korunmasına yönelik niyet ve amacına uygun olarak yorumlanması gerektiği konusunda Komisyon'la mutabıktır. Dolayısıyla, 5. Madde 2. fıkrada (madde 5-2) 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 (madde 5-2, madde 5-4) 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 (madde 5-2) 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 fiilî hem de hukukî konularla ilgili olması gerektiği hükmüne varmıştır:

> 5. Madde 2. fıkra (madde 5-2) hükümlerinde, yakalanan herkesin hangi sebeple özgürlüğünden mahrum edildiğini öğrenmesi gerektiği şeklinde temel bir güvence bulunmaktadır. Bu hüküm, 5. Maddenin (madde 5) ihtiva ettiği koruma anlayışının ayrılmaz bir parçasıdır: 2. fıkra (madde 5-2) 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 (madde 5-4) 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.

3. Bilginin temin edileceği zaman

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 (madde 5-2) 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 işlemini 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 belirtilmesi, davalı Devlet'in de kabul ettiği üzere, 5. Madde 2. fıkra (madde 5-2) 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 ilâ 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 ilâ 12:15 arasında sorguya çekilmiştir (bkz. yukarıdaki 13. paragraf). Mevcut dava kapsamında, yakalama ve sorgulama arasındaki birkaç saatlik süreler, 5. Madde 2. fıkra (madde 5-2) hükümlerinde getirilen en kısa zaman sınırları dışında addedilemez.
>
> Dolayısıyla, her üç başvuru sahibiyle de ilgili olarak, Sözleşme'nin 5. Madde 2. fıkrasının (madde 5-2) ihlal 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. 5 Nisan 2001 tarihli H.B. – İsviçre davası kararı, Başvuru No. 26899/95, paragraf 44-49.

5. Madde, 3. fıkra – Yakalanan kişilerin bir yargıç huzuruna çıkarılması ve makul bir süre içinde yargılanması ya da serbest bırakılması hakkı

5. Madde 3. fıkra hükümleri şu şekildedir:

> **3. 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 yargıç 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 (madde 5)] Devlet'in bireyin özgürlük hakkına keyfî 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, keyfî muamele riskini asgariye seviyeye çekmeye yönelik olarak 5. Madde 3. fıkrada getirilmiş olan güvencenin temel bir özelliğidir. Yargı denetimi, "Sözleşme'nin Dibace bölümünde açıkça belirtilen " demokratik bir toplumun" "temel ilkelerinden" 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 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 yargıç huzuruna hemen çıkartılma" ve "makul bir süre içinde yargılanma [...] ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma" hakkının taşıdığı önem, örneğin, ulusal kanunlarda belirli suçlar için kefaletle salıverilme imkânının mutlak surette kaldırılamamasında 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, " bu madde hükümlerinin uygulanacağı bir suç [cinayet, kasden adam öldürme ...] isnadında bulunulan ya da bu suçlardan hüküm giyen kişilere, haklarındaki ceza davası devam ederken kefaletle tahliye imkânı tanınmaz" şeklindeki bir kanunun Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasını ihlal 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 ihlali 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 ihlal edildiği hallerde başvurucu aynı zamanda 5. Madde 3. fıkranın da ihlal 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 yargıç huzuruna çıkarılma hakkı,
- makul bir süre içinde yargılanma ya da adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma hakkı

2. Yakalanan bir kişinin "derhal" bir yargıç huzuruna çıkarılma hakkı

Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında dile getirilen birinci hak, yakalanan bir kişinin "derhal" bir yargıç huzuruna çıkarılma hakkıdır.

Herhangi bir gecikme olmadan yargıç huzuruna çıkarılma hakkının kapsamı

Brogan davasında (yukarıda belirtilen karar, s. 31, 58. paragrafın ilk bölümü) AİHM, 5. Madde 3. fıkrada getirilen süre şartının 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 (madde 5-3) ilk bölümünün ihlal edildiği anlamına gelmez. Alıkonulan kişinin alıkonulmasına ilişkin tedbir "en kısa süre içinde" yargı denetimine tâbi olamadan bu kişinin serbest bırakılması halinde, 5. Madde 3. fıkra (madde 5-3) hükümleri ihlal 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 yargıç ya da adli bir yetkili önüne çıkarılma hakkı vardır.

Yargıç huzuruna çıkarılmanın özellikleri

En kısa süre (derhal)

Yakalanan bir kişi derhal serbest bırakılmazsa, hemen bir yargıç huzuruna çıkarılmalıdır. Burada "hemen" (İngilizce: "*promptly*", Fransızca: "*aussitôt*") kelimesinin anlamını dikkate almak gerekir. Yukarıda belirtilen Brogan davası kararında AİHM, başvuru sahibinin yargıç 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 (madde 5-3) ikinci bölümünde belirtilen "makul bir süre" şeklindeki (İngilizce: "*reasonable time*", Fransızca: "*délai raisonnable*") yükümlülükten hâtta, 5. Madde 4. fıkrada belirtilen (İngilizce: "*speedily*", Fransızca: "*à bref délai*") "kısa bir süre içinde" şeklindeki yükümlülükten 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 (madde 5-3) kullanılan "*promptly*" (hemen) ifadesi, aynı maddenin Fransızca versiyonunda kullanılan ve kelime anlamı olarak "derhal" demek olan "*aussitôt*" sözcüğü daha geniş bir anlama 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 (madde 5-3) 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, Devlet'in alıkonulan kişiyi hemen salıvermek ya da hemen adlî bir merci huzuruna çıkartmak şeklindeki yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde 5. Madde 3. fıkrada (madde 5-3) güvence altına alınan hakkın özüne halel 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 (madde 5-3) ilk bölümünde belirtilen kesin sınırların dışına çıkmaktadır. Eğer davanın özel şartlarına atfedilen önem söz konusu şahsın yargıç ya da bir diğer adlî merci huzuruna çıkarılmadan bu kadar uzun bir süre alıkonulmuş olmasına yol açar ise,

> "*promptly*" (hemen) ifadesi, sözcük anlamının kabul etmeyeceği denli, geniş anlamda yorumlanmış olacaktır. Bu şekilde bir yorum, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında (madde 5-3) getirilen usule ilişkin bir güvencenin bireyin zararına olacak şekilde ciddi olarak zayıflatılmasına ve bu madde hükmü uyarınca koruma altına alınmış hakkın özüne halel 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 (madde 5-3) 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 yirmiüç 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 yargıç huzuruna çıkartılmıştır. Davalı Devlet, "tüm delillerin toplanması ve sübuta erdirilmesi ve iştirak eden şahısların teşhis edilebilmesi için daha ayrıntılı 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 Devlet'in beyanlarında yalnızca soruşturmanın güçlükleri belirtilmekle kalınmamış, aynı zamanda başvuru sahiplerinin netice itibarıyla mahkeme tarafından suçlu bulundukları 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 Devlet'in 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 tabi 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. fıkra *c* bendi) yerinde olduğunun teyidi olabileceğini, ancak olmazsa olmaz bir koşul da 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 soruşturmayla ilgili koşullara dair herhangi bir emare taşımamaktadır. Bu mahkûmiyet kararının, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrası hükümlerince önlenilmesi amaçlanan keyfî 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) AİHM "hemen" bir yargıç karşısına çıkartılma hakkından zımnen anlaşılacak amaçlardan birine değinmiştir. Bu hak, başka durumların, yani sıra kötü muameleyi önlemede de önem taşır :

Mahkeme, geçmişte çeşitli vesilelerle, terör suçlarına ilişkin soruşturmaların yetkili merciler açısından kesinlikle özel bazı sorunlar 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 düzeyde de Sözleşme'nin denetim kurumlarına tabi 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 Devlet'in keyfî

> bir şekilde müdahale etmesine karşı bireyin korunmasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. İdarenin bu hakka müdahalesinin yargı denetimine tabi olması, keyfî muamele riskini asgari seviyeye çekmek ve "Sözleşme'nin Dibace 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 halinde, alıkonulan kişilerin özellikle itirafta bulunmaları için maruz (bkz. yukarıda belirtilen Dikme davası kararı, paragraf 66) kalabilecekleri kötü muamele tehlikesi – örneğin Bay Altay tarafından dile getirilen türde –önlenebilir veya böyle bir muamelenin uygulanıp uygulanmadığı tespit edilebilir (bkz. yukarıdaki 48. paragraf).

Bu davada AİHM, başvuru sahibi yargıç huzuruna çıkartılmaksızın ondört gün boyunca gözaltında tutulmuş olduğu için 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlal 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. Buna karşın, bireyin yakalandıktan bir gün sonra yargıç 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 yargıç 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 kişinin yargıç huzuruna çıkartılması "kendiliğinden" gerçekleşmelidir

Kişinin "hemen" yargıç huzuruna çıkartılması yeterli değildir; bu usulün kendiliğinden 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 kendiliğinden gerçekleşmesi de gereklidir (bkz. yukarıda

> belirtilen de Jong, Baljet ve Van den Brink davası kararı, s. 24, paragraf 51). Yargı denetimi, alıkonulan kişinin başvuruda bulunması şartına bağlanamaz. Bu tür bir şart, yalnızca, alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun incelenmesine imkan 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 tabi olması yoluyla bireyin keyfî muameleye maruz kalmaya karşı korunmasını amaçlayan 5. Madde 3. fıkrada getirilen güvencenin özüne zarar verir (bkz. gerekli değişikliklerle, Kurt-Türkiye davası kararı, 25 Mayıs 1998, *Reports* 1998-III, s. 1185, paragraf 123). Alıkoyma tedbirinin derhal yargı denetimine tabi 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 yargıca başvuramıyor da olabilirler. Aynı durum, örneğin zihinsel engelli ya da adli yetkili ile aynı lisanı konuşmayan kişiler gibi bazı hassas durumdaki kişilerin yakalanması halinde de geçerli olabilir.

(Aynı şekilde, Niedbala-Polonya davası, 4 Temmuz 2000 tarihli karar, Başvuru No. 27915/95, paragraf 50).

Yakalanan kişinin en az bir kez yargıç karşısına çıkartılması

Son olarak, 5. Madde 3. fıkra hükümlerine göre, yakalanan kişinin birden fazla sefer yargıç 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 bir yargıç huzuruna çıkarılması doğrultusundaki hakkın zımni ifadesi olarak anlaşılması gerektiğini dikkate almaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası uyarınca alıkoyma uygulamasının uzun süre devam ettiği bazı durumlarda alıkoyma tedbirinin hukuka uygunluğunun etkili bir şekilde incelenmesi için alıkonulan kişinin daha sonra tekrar yargıç 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) Sözleşmeci Devletler'in 5. Madde 3. fıkra çerçevesindeki yükümlülükleri, alıkonulan kişiyi özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren derhal uygun bir yetkili huzuruna çıkarmakla sınırlıdır.

Yakalanan kişinin huzuruna çıkartılması gereken "yetkili"nin ya da "yargıc"ın 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 ayrıntılarına girmeye gerek yok; ancak, Bay Schiesser'in Başsavcılık mensubu bir yetkili huzuruna çıkarılmış olduğunu belirtelim. Acaba söz konusu Savcı "adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir yetkili" addedilebilir mi? AİHM bu davada, "yetkili" ve "yargıç" kavramlarını inceleyerek davaya ilişkin kararını açıklamadan önce aşağıda belirtilen ilkeleri ortaya koymuştur:

> [...] Mahkeme, söz konusu Savcının "adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir yetkili" sıfatını haiz olup olmadığını tespit etmek durumundadır.
>
> 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", "yargıç"la aynı şey değildir, ancak yine de bir yargıcın bazı sıfatlarını taşımalıdır; 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 yargıç ya da yetkililerin astı olamayacağı değildir.
>
> Ayrıca, 5. Madde 3. fıkra (madde 5-3) hükümlerinde hem usul hem esas yönünden 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); esas yönünden 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 halinde 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 ileri sürülmeyen, 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 ve esasa ilişkin teminatları karşıladığı kanaatindedir. Bu şekilde, 5. Madde 3. fıkra (madde 5-3) hükümlerinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

AİHM'nin tutuklama kararının verildiği anda yargıcın bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki objectif ölçüt verilerine 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:

> [...] tutuklama kararının verildiği anda var olması gereken objektif ölçütlere dair veriler dikkate alınır: o anda bu "yetkili"nin daha sonra savcılık makamı namına söz konusu kişi hakkında açılacak ceza davasına müdahil olabileceğinin anlaşılması halinde, 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) [...].

Uygulamalar

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 bulunduğuna 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. fıkra (madde 5-3) uyarınca, "adlî 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. fıkra hükümleri doğrultusunda yeterli ölçüde bağımsız ya da tarafsız değillerdi.
>
> Dolayısıyla Mahkeme, başvuru sahibinin "adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli" huzuruna çıkartılmamış olması sebebiyle, 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM diğer bazı davalarda da silâhlı 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*) tutuklama tedbirine ilişkin karar verebilecek bir yetkili olup olmadığı 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 (madde 5-3) 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 fıkra – bkz. yukarıdaki 19. paragrafın birinci alt paragrafı). Dolayısıyla bu müfettiş, dosyası yargıya intikal etmeden önce hakkında tutuklama 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, başvurucunun komutanının yardımcısı olan birlik komutanı 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 yargıç 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 açılabiliyordu. Dosyanın Bölge Mahkemesine ya da Bölge Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesi hâlinde, dosyanın gönderilmesine karar veren ve soruşturmayı yürüten yargıcın 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 keyfî 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 halinde, 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 halinde 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 yargıç 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 yargıcın, özellikle Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkra hükümleri uyarınca "adli 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 yargıcın daha sonra savcılık makamını temsilen davada taraf olup olmayacağını bakması gereklidir.

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 olacağının belli olmadığı konusunda mutabıktır.

Mahkeme, öncelikle, açılacak davaya Bölge Mahkemesinin bakması ihtimalini değerlendirmiştir. Taraflar, davanın bu mahkeme tarafından görülmesi hâlinde soruşturmayı yürüten yargıcın konumu konusunda mutabık değildir.

Mahkeme böyle bir durumda, soruşturmayı yürüten yargıcın hazırlık soruşturmasının tamamlanmasını takiben hazırlayacağı nihaî kararda davanın esası, suçun kanunî evsafı ve ceza kanununun ilgili maddelerine ilişkin özet bilgilere yer verildiğine işaret eder. 13 Nisan 1999 tarihli kararında hem Federal Mahkeme, hem de Mahkeme'ye sunduğu beyanında davalı Devlet, soruşturmayı yürüten yargıç 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 yargıç, 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 yargıcın hazırladığı karar metni, maddî hususlara ilişkin unsurlar ihtiva etmekte ve aslında bir iddianame işlevi görmektedir.

Bu şartlar altında Mahkeme, soruşturmayı yürüten yargıç başvuru sahibinin yakalanması ve alıkonulmasına karar verdikten sonra dava dosyasının başvuru sahibinin yargılanması için Bölge Mahkemesine gönderileceğini, bu çerçevede, soruşturmayı yürüten yargıcın 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 sevkedilmesi hâlinde nasıl bir seyir izleyeceği ya da soruşturmayı yürüten yargıcın Savcılık makamından bağımsız olup olmadığının incelenmesi gerekmemektedir.

Bu çerçevede Mahkeme, başvuru sahibinin "adlî görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış bir görevli" huzuruna çıkartılmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkra hükümlerinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

3. Geçici tutukluluk ve makul bir süre içinde yargılanma veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma (tutuksuz yargılanma) hakkı

Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasında ikinci bir hak daha yer almaktadır: "makul bir süre içinde yargılanma ya da adlî 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, adlî 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 tutukluluk" 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, yargıcın 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 AİHM, 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 mahkemesi 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 halinde 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, tutukluluk süresi olarak dikkate alınacak sürenin dışında değerlendirilmesi gerekir. Bu konu Kudla davasında AİHM tarafından incelenmiştir. Bu davada başvuru sahibi yakalandıktan sonra 4 Ekim 1993 tarihinde tutuklanmış, daha sonra mahkemeye çıkartılarak 1 Haziran 1995 tarihinde hüküm giymiştir. Başvuru sahibi, kendisi hakkındaki mahkûmiyet kararını temyize götürmüş, 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. fıkra *c* bendi arasındaki temel bağlantı dikkate alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bir mahkûmiyet kararı verilen bir kişinin 1. fıkra *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. fıkra *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 devam eden tutukluluğu, 5. Madde 3. fıkra 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 ilâ 1 Haziran 1995 tarihi arasındaki süredir. İkinci süre ise, 22 Şubat ilâ 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 adlî gözetim altında serbest bırakıldığı 18 Mart 1996 tarihine kadar geçen süre ile şahsın tekrar gözaltına alındığı tarih olan 26 Mart 1996 ilâ Ceza Mahkemesi tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilerek bir yıl hapis cezasına çarptırıldığı 3 Temmuz 1997 tarihine kadar geçen süredir. Dolayısıyla toplam tutukluluk (hapis) süresi, onyedi ay onyedi gündür.

Tutukluluk 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 tutukluluk süresinin uzunluğundan şikâyetçi olmuştur. AİHM, 5. Madde 3. fıkrada azamî alıkoyma süresi belirlenmiş olduğu şeklinde bir düşünceyi kabul etmemiştir:

> Komisyon'un kanaatine göre 5. Madde 3. fıkra (madde 5-3) hükümlerinde azamî bir tutukluluk süresi belirlenmiştir. Mahkeme bu görüşte değildir, içtihatlarında da bu doğrultuda bir örnek yoktur. Hatta 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 halinin 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, tutukluluk süresinin makul olup olmadığının teorik olarak değerlendirilemeyeceğine işaret eder. Sanığın tutukluluk halinin devam etmesinin hukuka uygun olup olmadığı, her davanın özel şartlarına göre değerlendirilmelidir. Bir davada tutukluluk halinin devamı, masumiyet karinesine

> rağmen, yalnızca kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyaç olduğuna dair bulguların Sözleşme'nin 5. Maddesi'nde güvence altına alınan bireyin özgürlük hakkına saygı kuralının 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 tutuklulukta geçirdiği sürenin makul olma sınırlarını aşmamasını sağlamak aslen ulusal yargı mercilerinin görevidir. Bu çerçevede, ulusal yargı mercileri, masumiyet karinesi de dikkate alarak kamu düzeni açısından gerçek bir ihtiyacın mevcut olduğu ya da olmadığı durumlarda bireysel özgürlük hakkına bir istisna getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için tüm koşulları incelemeli ve verecekleri tahliye taleplerine ilişkin kararlarda bu hususları dikkate almalıdır. Bu kararlarında belirtilen gerekçeler ve sanığın dilekçesinde belirttiği gerçekler çerçevesinde Mahkeme, Sözleşme'nin 5. Madde 3. fıkrasının ihlal edilip edilmediğini belirlemelidir.
>
> Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair şüphelenmek için makul sebeplerin devam ediyor olması durumu, tututkluluk halinin 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 halinde 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. Hatta bu madde hükümlerinde yalnızca "makul bir süre içinde yargılanma ve adlî kovuşturma esnasında serbest bırakılma" hakkına değil, aynı zamanda "salıverilmenin 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 salıverilmesi 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

Tutukluluk 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 bu yaklaşımı konusunda karar örnekleri bir fikir vermektedir.

Tutukluluk süresiyle ilgili örnekler

AİHM çeşitli davalarda, tutukluluk süresinin 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):

> [...] dört yıl sekiz aydan uzun süren bir tutukluluk uygulaması ancak özellikle bu tedbiri gerektiren çok güçlü gerekçeler olması halinde haklı olabilir.

Bir küçüğün yaklaşık iki yıl boyunca alıkonulduğu Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan davasına ilişkin kararında AİHM aşağıdaki saptamalarda bulunmuştur (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 halinde tekrar suç işleyebileceği şeklindeki endişelerinin haklı olduğunu düşünmektedir.
>
> Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin yaşının küçük olduğunu (reşit olmadığını) ve bu sebeple, Bulgaristan kanunlarına göre yalnızca istisnai 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 soruşturmayla 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 salıverilmesi 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 ihlal edilerek Bay Assenov'un "makul bir süre içinde yargılanmadığını" tespit etmiştir.

Tutukluluk durumunu devam ettirme gerekçeleri

Bu çerçevede iki tür gerekçe üzerinde durmakla yetineceğiz.

Öncelikle, tutukluluk halinin sürdürülmesinin olmazsa olmaz şartı olarak alıkonulan kişiden şüphelenmek için makul gerekçelerin devam ediyor olması durumunu inceleyeceğiz. Bir *pentito* (itirafçı bir suçlu) tarafından ihbar edilen 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 araç 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 tutukluluk uygulamasının devamına ilişkin bir karar verileceği hallerde geçerlidir. Kovuşturmanın başlangıcında şüpheli bir kişinin *pentiti*'nin ifadeleri doğrultusunda haklı bir şekilde tutulduğu 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 sorgulanamadan 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) tutuklu kalmasının 5. Madde 3. fıkra uyarınca haklı olabilmesi için son derece zarurî koşulların bulunması gerekirdi.

Tutuklu kişinin kaçma riskini ele almayacağız...

> Başvuru sahibinin geçici olarak alıkonulmasına ilişkin kararlarında yetkili mahkemeler, başvuru sahibinin serbest bırakılması halinde kaçma ihtimalinin 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 halinde 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 bulunduğuna dair yeterli gerekçelerin mevcut olduğunu tespit ettiği ve tutukluluk süresinin 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 sebebiyle serbest bırakmak zorunda olduğuna dair bir şart getirilmemiş olduğuna işaret eder. Gözaltındaki bir kişinin durumunun alıkonulma halinin 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 sebebiyle 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 tutukluluk 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. Adlî merciler, mahkûmları 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.

I.A.-Fransa davasında (23 Eylül 1998 tarihli karar, Başvuru No. 28213/95, paragraf 108) AİHM, soruşturma esnasında tutukluluk uygulamasının devamına ilişkin bir gerekçe temin etmedeki tutarsızlığa işaret etmiştir:

> Mahkeme, bazı davalarda hakkında soruşturma yürütülen bir kişinin güvenliği gereği en azından bir süre tutuklu kalabilmesi gerekebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum, yalnızca istisnai 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, adlî 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 saldısı" 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, tutukluluk 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):

Başvuru sahibine isnat edilen suçların ağırlığı ve bu şahıs hakkındaki şüphelerin devam ediyor olmasıyla ilgili olarak Mahkeme, başvuru sahibinin tutukluluk 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, başvurucunun tutukluluğuna ilişkin süre mahkûmiyetin gerektirdiği 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 kanaatindedir.

Ayrıca, ulusal mahkemeler, neredeyse harfiyen daha önce belirtilen gerekçeleri sıralamış ve başvuru sahibinin tutukluluk halinin devam ettirilmesini haklı kılan herhangi yeni bir unsura da değinmemişlerdir.

Son olarak, tutuklama dışında 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 adlî mercilerin başvuru sahibinin tutukluluk halinin 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 tutuklanmasını haklı kılmış olabileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, başvuru sahibinin neredeyse dört yıl boyunca tutuklu 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, adaletten 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 halinde mahkemeye çıkarılmasını sağlayıp sağlayamayacağı, sağlayamıyorsa da hangi sebeplerden ötürü şahsın yargılanmasına halel getirebileceğine değinmemişlerdir.

> Dolayısıyla Mahkeme, başvuru sahibinin tutukluluğunun devamına 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):

> Kovuşturmanın yürütülmesiyle ilgili olarak Mahkeme, tutuklu olan bir sanığın dosyasının incelenmesi hakkının kullanılmasında gösterilmesi beklenen sürat şartının, adlî 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 tutuklu olarak 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 ondört aylık bölümü soruşturma esnasında ve geri kalan bölümü de mahkeme tarafından yargılanması esnasında olmak üzere iki yıl yedi ay yedi gün boyunca tutuklu olarak 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 yargıçlar gibi tanıkların ifadelerinin alınması ve uluslararası adlî 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 soruşturmayla 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 hapishanelerinde sorgulanmışlardır. Üç adet yüzleştirme operasyonu gerçekleştirilmiştir. 4 Kasım ve 29 Aralık 1994 tarihleri arasında tam onüç duruşma boyunca başvuru sahibinin ifadesi alınmıştır (bkz. yukarıdaki 32. paragraf).
>
> Tutuklu 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 mahkemesinin 31 Mart 1995 tarihinde belirttiği aşırı iş yükü dışında (bkz. yukarıdaki 23. ve 26. paragraflar), Mahkeme, özellikle yargılama sırasındaki azamî alıkoyma süresinin uzatılmasının ertelenmesi sırasında 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 başvurulması ceza davalarında olağan işlemler olsa da, 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 kuralını uygulanabilmek konusunda 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 ihlal edilmemiştir.

AİHM 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 gerekçesiyle 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 ihlal edilmiştir.

4. Salıvermeye ilişkin teminatlar, 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 halinde kayba uğrayacağı miktarın kaçmaya ilişkin bir istek duymaktan caydırmaya yetecek ölçüde bir teminat çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği"ni vurgular (bkz. Neumeister-Avusturya davası kararı, 27 Haziran 1968, Seri A, s. 40, paragraf 14). Adlî 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, uygun kefalet miktarını belirlemede sanığın tutukluluk halinin sürdürülmesinin gerekli olup olmadığını kararlaştırdıklarında 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, Wroclaw 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 gayrımenkulüne 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 ipoteği 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, Wroclaw 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 bırakılabilmiştir.

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 adlî 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 ihlal edildiğini tespit etmiştir.

5. Madde, 4. fıkra – Alıkoyma uygulamasına ilişkin başvuru 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 halinde, 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 (madde 5-1) hükümleri ihlali bulmamış olması gerçeği tek başına, 4. fıkraya (madde 5-4) 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 hukukîliğine itiraz etme hakkı var mıdır? Yoksa, alıkoymaya ilişkin ilk kararın 5. Madde 4. fıkra (madde 5-4) 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 (madde 5-4) 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 (madde 13, madde 26)) *(Türkçe metinde ise "mahkemeye başvurma" ifadesi kullanılmıştır)*. Ayrıca, 5. Madde 4. fıkranın (madde 5-4) 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 (madde 5-4) uyarınca Sözleşmeci Devlet'in alıkonulan kişiye mahkemeye müracaat etme imkânı tanıması 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 (madde 5-4) 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) (madde 5-1-a) neticesinde kişinin hapis cezasına çarptırılması halinde geçerlidir. Dolayısıyla, 1. fıkra *e* bendinde (madde 5-1-e) belirtildiği şekilde bir serserinin yakalanması ya da alıkonulmasına ilişkin olarak 4. fıkra (madde 5-4) hükümleri anlamında bir "mahkeme" tarafından karar verilmesi durumunda, 5. Madde 4. fıkra (madde 5-4) hükümlerine uygun davranıldığı sonucu çıkartılabilir.
>
> Ancak, 5. Maddenin (madde 5) maksat ve konusu ile 4. fıkrada (madde 5-4) 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 (madde 5) 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 sağlık 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 cezayla ilgili olarak ulusal mahkemenin verdiği bir karar söz konusudur; ancak AİHM, bakanın söz konusu şahsın arzettiği "tehlike"yi değerlendirerek hapis tedbirinin haklı kılınmasının keyfî 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 olma halinden bağımsız olarak, "1. fıkra (madde 5-1) çerçevesinde, "keyfî 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. Kısım) boyunca özgürlüğünden mahrum edilmesi şeklinde ciddî 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 (madde 5) uyarınca "hukuka aykırı" olacaktır. Bu şekilde, söz konusu kişinin bu tür bir ihlal 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, aklî dengesizlik ve tehlike gibi zaman içinde değişebilecek etkenlerin 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"in temin edilmemiş olduğu da görülmektedir (yukarıda belirtilen Winterwerp davası kararı, paragraf 57). Bu durumda, iki fıkra hükmünü birleştirme teorisi uygulanmaz (Madde 5-1 et 5-4) 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 5. Madde 4. fıkra uyarınca aranan yargı denetiminin 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. fıkra uyarınca bu kişinin fasılalarla, alıkonulmasının sürdürülmesinin hukukîliğine itiraz edebilmesi gerektiğine, zira alıkoyma uygulamasının sürdürülmesinin sadece değişmeye açık bir şekilde, söz konusu şahsın tehlike arzetmesiyle haklı kılınabildiğine işaret etmiştir. Hussain davasında Mahkeme'nin, öngörülen alıkoyma süresinin dolmasından önceki dönemde 5. Madde 4. fıkra çerçevesindeki durumu değerlendirmesi gereği doğmamıştır (a.g.e., s. 266, paragraf 44).
>
> Mahkeme, başvuru sahibinin alıkonulacağı sürenin 6. Madde 1. fıkra uyarınca bağımsız bir mahkeme tarafından belirlenmemiş olmasının, bu madde hükümlerinin ihlaline 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 yargıç tarafından değil, İçişleri Bakanı tarafından belirlenmiş olduğu dikkate alınırsa, 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. fıkra 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, Sözleşmeci Devletler'in 5. Madde 4. fıkra (madde 5-4) 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. fıkra *a* bendi (madde 5-1-a) kapsamında değerlendirilebileceği ve Winterwerp davası ile De Wilde, Ooms ve Versyp davasında olduğu gibi *e* bendi (madde 5-1-e) 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 fıkra hükümlerinin 5. Madde 3. fıkra ile ilişkisi

Son olarak, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası açısından 5. Madde 3. fıkra 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 yargıç 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 (madde 5-4) öngörülen güvence, 3. fıkrada (madde 5-3) öngörülen güvenceden farklı bir özelliğe sahiptir ve ona eklenir. Mahkeme daha önce çeşitli davalarda, bu güvencelerin aynı zamanda uygulanamayacağını belirtmeden, aynı durumların hem 3. fıkra hem de 4. fıkra (madde 5-3, madde 5-4) hükümleri ihlali 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 adlî merci" huzuruna çıkarılmasında izlenen usul, 1. fıkra *c* bendi ile birlikte değerlendirildiğinde (madde 5-3 + madde 5-1-c), 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 hukukîlik denetimi bu ilk mahkeme kararı ile gerçekleşmiş olur (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 alıkonulmasına ilişkin olarak mahkemeye başvurma 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 tedbiri) karar verilmiştir. Bay Soumare, asıl hapis cezasını çekmesini tâkiben, 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, bu gerekçe temyiz yolunu imkasız kılmıştır. 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 kararı veren mahkemeye, yani Paris İstinaf Mahkemesi'ne, sevketmiştir. Paris İstinaf 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 istinaf mahkemesinin yetkili olduğu doğrultusunda

daha önce verilen hükmü izlemeyen Paris İstinaf Mahkemesi'nin 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 sonuçlarının 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 İstinaf Mahkemesi'nin, 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 Devlet'in beyanlarında da belirtildiği şekilde ... Paris İsninaf Mahkemesi'nin ... uzman yargıçlarının 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 halinde bu başvurusu ceza davası kapsamında olacak ve Yargıtay Ceza Dairesi tarafından incelenecektir ki olay anında Ceza Dairesi zaten henüz, kendi içtihadını Ticaret Hukuku Dairesinin içtihadına uyumlu hale getirmemiştir.

Bay Soumare'nin müflis olup olmadığının tespiti için nöbetçi yargıca başvurma imkânının kullanılması ve bu imkânın etkili olup olmadığıyla ilgili olarak Mahkeme, mevcut davada söz konusu yargıcın yalnızca alıkoymanın ilk bakışta hukuka uygun olup olmadığını dikkate almış olduğuna işaret eder. Bu yargıcın başvuru sahibini hapis cezasına çarptıran mahkemeye davanın sevkedilmesi

> 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 yargıcın borçlunun müflis olup olmadığına karar verme yetkisi bulunup bulunmadığına dair içtihat son derece belirsizdir (bkz. yukarıdaki 25. paragraf). Bu şartlar altında, Paris İstinaf Mahkemesi bu konuda karar verme yetkisi olduğunu kabul etmiş olsaydı, nöbetçi yargıcın vereceği karar her halükârda 5. Madde 4. fıkra uyarınca etkili olabilirdi.
>
> [...]
>
> Netice itibarıyla, Mahkeme [...] 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin ihlal 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 incelenineye kadar bir kantondan bir diğerine sevkedilmiştir. 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 soruşturmayı yürüten Zürih Kantonu yargıcı (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 hâtta Federal Mahkemenin kararını bekliyordu. Ayrıca Mahkeme'nin (AİHM) de yukarıda işaret etmiş olduğu üzere, başvuru sahibi her an bir başka kantona sevkedilmeyi 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 imkanlarından faydalanmamış olmaktan dolayı eleştirilmesi mümkün değildir.

[...]

Bu bağlamda, Mahkeme, Sözleşme'nin güvence altına alınmış hakları kuramsal ya da hayali değil, uygulanabilir ve etkin olarak koruma 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. fıkra hükümleri uyarınca hakkı olduğu üzere alıkonulmasının hukukîliğine 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 sistemini ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin bu maddesi hükümlerine uygun hareket etmelerini sağlayacak şekilde düzenleme sorumluluğu Devlet'e aittir.

Netice olarak Mahkeme, davalı Devlet'in ilk itirazlarının reddine karar vermiş ve davanın esası itibarıyla 5. Madde 4. fıkra hükümlerinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Bu çerçevede, 5. Madde 4. fıkra 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 hukukîliğinin incelenmesi için başvuruda bulunması gereken süre kastedilmektedir. Bu ifadede 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, hukukîliğin incelenmesiyle ilgili olarak birkaç başvuruda bulunma imkânının da mevcut olması gerektiği kanaatindedir.

Hukukîlik incelemesi başvurusunda bulunabilmek için 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 tedbiriyle ilgili mahkemeye başvuruda bulunma imkânı, alıkonulan kişilerin öncelikle ilk derece mahkemesine sevkedilmeleri şartına bağlı olarak mevcuttu. AİHM bu davada şunları ifade etmiştir:

> İlgili Yasasının 34. Maddesi aracılığı ile alıkonulma tedbiri hakkında "kısa bir süre içinde" karar verilmesini sağlayabilmek netice de başvurucuların mahkemeye ne süratte sevk edildiklerine bağlıdır. Bay de Jong yedi gün, Bay Baljet onbir gün ve Bay Van den Brink altı gün boyunca mahkemeye sevkedilmeden önce gözaltında tutulmuşlar (bkz. yukarıdaki 23. ve 27. paragraflar), dolayısıyla bu süre zarfında alıkonulmalarıyla ilgili mahkemeye başvurma imkanından yoksun kalmışlardır. Mahkeme'nin görüşüne göre, askerlik hayatı ile askeri yargının gerekleri dikkate alınsa bile, her bir başvuru sahibiyle ilgili olarak mahkemeye erişim imkanının 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 incelemesi başvurusunun cevaplandırılması gereken süre

Sabeur Ben Ali-Malta davası kararı (29 Haziran 2000, Başvuru No. 35892/97, paragraf 38) bu konunun ikinci boyutuyla ilgilidir: hukukîliğin incelenmesi başvurusunun cevaplandırılması 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, yirmiüç 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 arka arkaya temyize konu olabileceğine hükmetmiştir. Bu durum, söz konusu kişi herhangi bir

anda yeniden bir başvuru imkanına sahip olabildiği ve bu başvurular kısa süre içinde ele alınabildiği sürece, başvurunun kısa süre içinde incelenmesi kuralının ihlali anlamına gelmeyebilir. Bu davada hukukilik 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 ilâ 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 ihlal 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 istisnai gerekçeler bulunmadığı sürece, Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrasında öngörülen kısa süre kavramıyla bağdaşmayacaktır. Mahkeme bu doğrultuda, davalı Devlet'in ileri sürdüğü hususlar 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 Devlet'e 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 tıbbi bir dosyanın karmaşıklığı, ne kadar istisnai olursa olsun, ulusal makamları Sözleşme'nin bu maddesi çerçevesindeki asli sorumluluklarından ibra edemez. Ayrıca, mevcut davada başvurucunun durumunun değerlendirilmesinde dikkate alınacak tıbbi hususların karmaşıklığı ile bilirkişi raporunun sunumundaki gecikme arasındaki illiyet bağı da hiçbir şekilde gösterilmemiştir.
>
> Dolayısıyla davalı Devlet, bu davada söz konusu süreyi haklı çıkarabilecek bu tür istisnaî gerekçeler olduğunu kanıtlayamamıştır.

(Aynı şekilde, Baranowski-Polonya davası kararı, 28 Mart 2000, Başvuru No. 28358/95, paragraf 70-77.)

Hukukîlik incelemesi için düzenli aralıklarla başvuruda bulunabilme şartı

AİHM, alıkoyma tedbirinin hukukiliğinin incelenmesi için düzenli aralıklarla başvuruda bulunulabilmesine 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 hukukiliğinin incelenmesi talebiyle yalnızca bir kez müracaat etmesi 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 incelenebilmesi için düzenli aralıklarla başvuruda bulunabilmesi 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 incelenebilmesi 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 başvurucunun iki yıl süren tutukluğu boyunca 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 ihlal 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 idarenin 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, ve en azından alıkonulmasıyla ilgili yargı denetimi hüviyetinde hiçbir düzenli ve otomatik denetim bulunmaması halinde, alıkonulmasının – Sözleşme anlamında – "hukuka uygunluğunun" 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 (madde 5-4) çerçevesinde "hukuka uygunluk" kavramı, 1. fıkra hükümleri (madde 5-1) 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 (madde 5-1) 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 (madde 5-4) uyarınca, yakalanan ya da alıkonulan kişiler, özgürlüklerinden mahrum edilmelerinin Sözleşme anlamında "hukuka uygunluğa" temel teşkil eden usule ve esasa ilişkin 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, AİHM'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 ve esasa ilişkin 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 açılacağının 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 sahibi beyanında, kendisinin ya da kasiyerin büro anahtarını üzerinde bulunduran diğer altı kişinin kayıp meblağı zimmetine geçirmiş olduklarına dair suçlamayı destekleyecek hiçbir bulgnun mevcut olmadığını iddia etmiştir. 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 yargıca başvuru sahibinin beyanlarında yer alan her bir mülâhazayı incelemesi şeklinde

> bir yükümlülük getirmemekle birlikte, yargıcın iç hukuka ve uygulamaya itibar ederek alıkonulan kişi tarafından ileri sürülen ve özgürlükten mahrumiyet tedbiriyle ilgili olarak Sözleşme anlamında "hukuka uygunluk" 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 adlî usul güvencesine haiz kurumlar.

Aynı kararda AİHM ayrıca şunları da belirtmiştir (paragraf 76):

> [...] [5. Madde 4. fıkra uyarınca] bir "mahkeme" teşkil etmek için bir mercinin 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 davalarını ilgilendiren 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, diğer konuların yanı sıra, 5. Madde 1. fıkra *e* bendi hükümlerinde ele alınan "aklî dengesi yerinde olmayan" kişilerin özgürlüklerinden mahrum edilmesi gibi hassas konuları da kapsayan Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkrası hükümlerinin, temel bir şart olarak 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 halinin 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 öncesinde görüş bildiriminde bulunmuş olduğunu belirtmiştir.

Tetkik yargıcı görevini ifa eden R.W.'nin tarafsızlığını inceleyen Mahkeme, tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi 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 yargıcın, 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, yargıcın kişisel tasarrufundan bağımsız olarak, kendisinin tarafsızlığına ilişkin şüphe uyandıracak tespit edilebilir bulgular olup olmadığına bakılır. İç teşkilâtlanma özellikle dikkate alınmalıdır; ancak kamu görevlileri için kıdem esasının söz konusu olması tek başına mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin şüphe uyandıramaz (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 yargıcın davadan çekilmesi gerekir. Belirli bir davada bir yargıcın

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 yargıcı 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 başvurulan bir tetkik yargıcının 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 yargıcı olarak şu görevleri ifa ettiğini belirlemiştir: Öncelikle, 15 Aralık 1994 tarihinde R.W., başvuru sahibini sorgulamış ve sorgulama neticesinde "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 yargıçlar hazır bulunmuştur. Son olarak, yine 28 Aralık tarihinde, İdarî Temyiz Komisyonu aralarında R.W. de bulunduğu tüm yargıçlar tarafından verilen kararını açıklamıştır.

Bu tür görevler üstlenilmiş olması nedeniyle, mevcut dava, Mahkeme'nin kanaatine göre, tetkik yargıcının 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 yargıcının 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 yargıçların takdirine kalmıştır. Daha önce yargıçlarından biri tarafından bilirkişi görüşü olarak takdim edilmiş bir ifadeyi değerlendiren bir mahkemenin objektif tarafsızlığı konusunda 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 yargıçlar 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 yargıç olarak görevli bulunan R.W.'nin gerekli tarafsızlığı haiz olmadığına dair endişesi objektif olarak haklıdır.

Netice itibarıyla, mevcut davada Sözleşme'nin 5. Madde 4. fıkra hükümleri ihlal 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. fıkra (madde 5-4) hükümleriyle ilgili içtihadında ortaya çıkan ilkeler şunlardır:
>
> [...]
>
> (b) 5. Madde 4. fıkra (madde 5-4) hükümlerine göre, izlenen usulün adlî 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. fıkra (madde 5-4) hükümlerinde dile getirilen adlî kovuşturmada her zaman 6. Madde 1. fıkra (madde 6-1) 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. fıkra (madde 6-1) hükümleriyle ilgili olarak, yukarıda belirtilen Golder davası kararı, s. 19, paragraf 39); ancak akıl hastalığı, bu hakkın özüne halel getirilmesini haklı kılmaz. [...]

AİHM daha sonra şöyle devam etmiştir (paragraf 66, 61 ve 67):

> [...] 5. Madde 4. fıkra (madde 5-4), "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 (madde 5-4) hükümlerinin ihlaline maruz kalmıştır.

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 ihlal 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:

> Tutukluluk halinin gerekliliğinin takdiri ile bilâhare mahkûmiyetin değerlendirilmesi arasında öylesine yakın bir ilişki vardır ki kanunen ikinci halde gerekli olmasına rağmen ilk durum için evraka erişim talebinin reddedilmiş olması doğru değildir.
>
> Kraliyet Savcısının tüm dosyaya vakıf olmasına rağmen, izlenen usulde, başvuru sahibinin kendisinin gözaltında tutulmasına ilişkin gerekçelere gerektiği şekilde itiraz etme fırsatı bulunmamaktadır. Silâhların eşitliği sağlanamadığı

> için, izlenen 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 (madde 5-4) hükümleri ihlal 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 akibetini tehlikeye atabileceği gerekçesiyle belli belgelere erişiminin engellenmesine izin vermediğini belirtmiştir (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 adaletin gerçekleşmesine 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 hukukîliğinin 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 ihlal 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 adlî 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 – Tazminat hakkı

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

> **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 keyfîlik unsurunu bertaraf edecek şekilde anlaşılması gerektiğini de ileri sürmüştür. Davalı Devlet, 5. Maddenin ilk dört fıkrası hükümlerinden herhangi birinin ihlali hâlinde bile, 5. fıkra hükümleri çerçevesinde herhangi bir ihlal olmayacağını, zira başvuru sahibinin özgürlüğünden mahrum edilmesinin Kuzey İrlanda kanunlarına göre hukuka uygun olduğunu ve keyfî bir tedbir olmadığını ifade etmiştir.
>
> Mahkeme, Komisyon'la aynı doğrultuda, bu tür bir kısıtlayıcı yorumun, "bu Madde hükümlerini ihlal eden" bir yakalama ya da alıkoyma tedbiri hakkında 5.

fıkra (madde 5-5) hükümlerinde öngörülen şartlara aykırı olacağını dikkate almaktadır.

Mevcut davada başvuru sahipleri, iç hukuka göre hukuka uygun olarak, ancak 5. Madde 3. fıkra (madde 5-3) hükümlerine aykırı bir şekilde yakalanmış ve alıkonulmuşlardır. Bu ihlal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tespitleri sonrasında bile, mağdurların ulusal mahkemeler nezdinde 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 (madde 5-5) hükümleri de ihlal 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 ihlali 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 (madde 5-1, madde 5-2, madde 5-3 ya da madde 5-4) hükümlerine aykırı bir şekilde özgürlükten mahrumiyet söz konusu olması halinde tazminat isteminde bulunma imkânı bulunduğu sürece, 5. Madde 5. fıkra (madde 5-5) hükümlerine uygunluk sağlanmış olacaktır. Bu fıkra hükümlerine göre Sözleşmeci Devletler'in, ödenecek tazminatı ilgili kişinin ihlal sebebiyle uğradığı zararı kanıtlayabilmesine dayandırması mümkündür. 5. Madde 5. fıkra (madde 5-5) çerçevesinde, 25. Madde (madde 25) 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.

AİHS 6. Madde – Adil yargılanma hakkı

6. Madde, 1. fıkra

6. Maddenin 1. fıkrası yargı idaresine ilişkin genel hükümlerden oluşur. Lafzı aşağıdaki gibidir:

> **1. 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: *"contestastions sur ses droits et obligation de charactére 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

Benthem-Hollanda davasının kararında (23 Ekim 1985, Seri A No.97, s.15, paragraf 32), AİHM "uyuşmazlık" kavramına ilişkin içtihadını özetlemiştir:

> AİHM'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. Sporrong 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 (madde 6-1) 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 gerekmektedir. 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 başvurucular tüm mevcut yollara başvurmuşlardır. Ancak, tüm çabalarına karşın kendileri tarafından dava edilen elektrik santralinin 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 tartışılabilecek 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 Sözleşmeci 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) kullanılana 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 (madde 6-1), sadece tartışmalı bile olsa iç hukukta tanındığı söylenebilecek (medeni) "hak ve yükümlülükler" ile ilgili uyuşmazlıklara (*disputes*) uygulanır; bu madde tek başına Sözleşmeci 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 ayrım içermektedir.

Öncelikle, Al-Adsani – Birleşik Krallık davasında AİHM, Hükümet'in uluslararası hukuka dayalı Devlet'in dokunulmazlığı 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 ihsan 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 Devlet'in 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 ihsanına 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 usul kurallarının etkisine ilişkin tutumu özetlemektedir.

Bu noktada Pudas-İsveç davasının kararından kaynaklanan içtihadın açıklanması 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 denetimine tabi olmayan idari politika değerlendirmelerinin neticesi olduğu söylenmektedir. AİHM şunları belirtmiştir:

> Mahkeme, ruhsat alan başvurucunun, 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 belirtilemediği ve yasanın iptale ilişkin belli bir takdir yetkisi tanıdığı doğrudur; ancak genel kabul gören hukuki ve idari ilkeler çerçevesinde yetkililer, bu bağlamda hiçbir kısıtlamaya tabi olmayan bir takdir yetkisine sahip değillerdir.
>
> Başvurucunun İsveç hukuku uyarınca ruhsatı ile işine devam edebilme hakkına sahip olduğunu ileri sürmesi makul ve savunulabilirdir.

Açıkça tanınan bir hakkın yokluğunda, iç hukukta bir hakkın aslında var olduğunu makul ve savunulabilir bir biçimde ileri sürebilmek 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) başvurucunun medeni "hak veya yükümlüğü"nün bulunmadığının AİHM 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 psikiyatrın raporuna bir mahkeme önünde itiraz edemediği için şikâyetçi olmuştur. AİHM şunları açıklamıştır:

> İncelemeye konu olan davada, eğer baş psikiyatrın elinde başvurucu hastanın 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 soruşturmayla ilgili olarak psikiyatrın 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 psikiyatrın çok geniş bir takdire sahip olduğuna işaret eder (a.g.e.). Bu bağlamda, hekimin bilgiyi Sosyal Konsey'e iletmeden

> önce başvurucunun 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 hukuktaki varlığı savunulabilir bir biçimde 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 ihlal edilmediği kararına varmıştır.

Kervoêlen–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 itibariyle "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 uyuşmazlıklara 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 (madde 6-1) geleneksel anlamıyla bireyler arasındaki ya da bir birey ile Devlet arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsar. Bu kapsam Devlet'in özel hukuka tabi özel bir şahıs gibi hareket etmekte olduğu durumlara uygulanırken, Devlet'in egemenlik yetkisi ile hareket ettiği durumlarda bir birey ile Devlet arasındaki uyuşmazlıklarda 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 mercinin niteliği (normal mahkeme, idari organ [...]) fazlaca önem taşımaz.

Dolayısıyla AİHM için önemli olan, söz konusu hakkın veya yükümlülüğün özünde bulunan niteliktir 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 (madde 6-1) tarafların statüsünden, yetkili kılınacak merci sorunu ile uyuşmazlığı konu alan yasanın türünden bağımsız olarak 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", "özel" mi olduğunu belirleyecektir.

Bu, doğal olarak mülkiyet hakkının kullanımını saptayan usullere 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 malvarlığı ile ilgili bir hakka ile 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-Zgraggen – 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 etkilenmiş olması değil, ayrıca gelir kaynağına müdahaleden dolayı da mağdur olmasıdır; başvurucu federal tüzükte belirtilen belirli kurallardan kaynaklanan bireysel ve malvarlığına dair bir 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 (madde 6-1) davanın konusunun mamelek ile ilgili olması ve mamelek haklarına ilişkin bir zarar iddiası karşısında uygulanır; burada uyuşmazlığın menşei ve idari mahkemelerin yetki alanına giriyor oluşu göz önünde bulundurulmaz (bkz. diğer örneklerin yanı sıra, daha önce belirtilen, Editions Périscope 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 Périscope-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 zımnen yer aldığı durumlar, Van de Hurk-Hollanda 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 Devletler'in işleyişi ile takdir yetkilerinin çekirdeğini oluşturan temel ayırımların AİHM tarafından gözardı edildiği anlamını taşımaz. Nitekim, Atgento-İtalya davasının kararında (2 Eylül 1997, *Reports* 1997-V, paragraf 18), AİHM 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 uyuşmazlıkların 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, AİHM maddi (mamelek) boyuttan yola çıkanın dışında farklı bir test daha uygular. Görülmekte olan bir davada Devlet'in, genel menfaatlerini gözeten 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 uyuşmazlıklarda, çalışanın görev ve sorumluluklarının doğası itibariyle uygulanabilir olup olmadığını belirlemek amacıyla işlevsel bir test benimsediğini hatırlatır. Eğer dava konusu olan devlet memurunun görevleri, Devlet'in genel çıkarlarını korumakla sorumlu bir kamu gücü kullanımını gerektiren belirli kamu hizmeti çalışmaları kapsamına giriyor ise, istihdamla ilgili uyuşmazlık 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) AİHM şunları belirtmiştir:

> İçtidahı ışığında, Mahkeme, başvurucunun 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 yükümlü kamusal güç sahibi biri olarak hareket etmektedir. Yedek subay olarak gerçekleştirdiği çalışmalar sırasında icra ettiği görevlerin başvurucu 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 etkenlerin ışığında, tekrar "malvarlığı" ölçütüne dönmek için bir vergi uyuşmazlığıyla ilgili 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 değişiklerle, 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 itibariyle "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 itibariyle 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 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 uyuşmazlıkları 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, Ringeisen-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, Devlet'in 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 başvurucunun 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 uyuşmazlıklarda 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 anlamında medeni haklara ilişkin bir uyuşmazlık (*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 Protokolleri'nin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini göz önünde bulunduran Mahkeme, Devletler'in verginin ödenmesini temin etmeyi amaçlayan yasaları gerekli gördükleri şekilde çıkartabilme haklarının mülkiyetin korunmasına ilişkin 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi'nde saklı tutulduğunu belirtir (bkz. *gerekli* değişiklerle, Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH – Hollanda davası, 23 Şubat 1995 tarihli karar, Seri A No. 306-B, s. 48-49, paragraf 60). Mahkeme bu unsura belirleyici bir önem atfetmemekle birlikte, bunu da göz önünde bulundurur. Vergi mükellefi açısından yol açtığı maddi etkilere karşın, vergi uyuşmazlıklarının 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 karar bir gelişimi çağrıştırıyor gibi görünmektedir (aynı şekilde, Ferrazzani-İtalya davası, 12 Temmuz 2001 tarihli karar, Başvuru No. 44759/98).

(6. Madde'nin 1.fıkrasının ceza davalarında müdahil sıfatı ile katılımın medeni hukuka ilişkin muhtemel sonuçları dikkate alınarak 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 uyuşmazlıklarda uygulanır. Ayrıca, cezai alanda yöneltilen suçlamalara da uygulanır (anımsatmak amacıyla, yabancıların ülkeye girişleri, ikamet izinleri ve sınır dışı işlemleri medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıklara yol açmadığı gibi ceza alanında da bir suç yöneltilmesi olarak değerlendirilmemektedir: Maaouia-Fransa davası, 5 Ekim 2000 tarihli karar)."

Cezai alanında "Suç isnadı" karşısında mahkeme hakkı (droit à un tribunal)

"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 bu kavramın şekilsel değil esasa ilişkin anlamının tercih edilmesini öngörmüştür:

> Fransızca ifadede yer alan *"accusation en matière pénale"* (cezai alanda 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 adil 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 usul hakkındaki gerçekleri araştırmak zorundadır.

Bu çerçevede AİHM şöyle demiştir:

> "Suçlama" 6. Madde'nin 1. fıkrası (madde 6-1) 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 ölçüt 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 başvurucunun 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 bilahare iptali edildiği ve geriye dönük sonuçlarının kısmen kabuledildigi bir 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 ölçüt 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 bir uçağa el koymuşlardır. Uçak, ancak para cezası ödendikten sonra ait olduğu şirkete iade edilmiştir. 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 AGOSİ (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 AGOSİ'ye suç isnat edilmediğini kararlaştırmıştır. AGOSİ'nin mülkiyet haklarının olumsuz biçimde etkilenmiş olması, tek başına 6. Madde (madde 6) kapsamında bu şirkete karşı bir "suç isnadında" bulunulmuş gibi algılanması sonucuna yol açmaz (a.g.e., s. 22, paragraf 65-66)
>
> Gerçi bu davada AGOSİ davasındaki gibi başvurucu şirketin malına el konulmamış, şirketin bir miktar para ödemesi gerekmiştir; ancak Mahkeme, aynı yaklaşımın izlenmesini önermektedir.
>
> Bu nedenle, şikâyet konusu "cezai alanda [bir] suç isnadına" dair bir karar içermemektedir.

"İsnat" teriminin tanımlanması önem taşımaktadır, çünkü suç isnat edildiği an itibariyle davanın "makul bir süre" içinde görülmesi için süre sayımına başlanır.

"Cezai alan" kavramı

6. Madde'de belirtilen isnadın cezai alanda 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 (madde 6) 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 Sözleşmeci Devletler'in ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında bir fark oluşturması ya da bunu gözetmesi veya bir ayrım getirmesi Sözleşme'ye aykırı olmamakla beraber, bu suretle yapılan sınıflandırma Sözleşme açısından belirleyici değildir.
>
> (b) Eğer Sözleşmeci Devletler'in kendi takdirlerini kullanarak bir suçun ceza değil de disiplin hukuku kapsamında değerlendirilmesi yoluyla bu suçu 6. ve 7. Maddeler'in (madde 6; madde 7) temel hükümlerinin kapsamı dışında bırakmaları mümkün olursa, bu hükümlerin uygulanması da Devletler'in egemen iradelerine tabi kılınmış olur. Bu ölçüde geniş 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 "cezai alanda 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 kıstaslar - 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 başvurucunun 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 ihlal 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, Ravnsborg-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 "cezai" 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

AİHM davanın mahkeme önünde görülmesi hakkının kapsamına ilişkin bir ilk, temel nokta oluşturmuştur.

Medeni haklarla ilgili bir uyuşmazlığın 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), AİHM "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 (madde 6-1) eğer sadece mahkeme önünde görülmekle olan davaların işleyişiyle ilgili olarak ele alınırsa, o zaman bir Sözleşmeci Devlet, metni ihlal 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 (madde 6-1) belirtilen hakkın özünde bulunan temel bir unsurdur. Bu, Sözleşmeci Devletler'i 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 hüküm getiren 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 (temyizler, 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 Devletler'in mahkemelere etkili erişim hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtme fırsatı bulmuştur. Bu davada başvurucu, avukat yardımından yoksundur ve maliyetleri kendisi karşılayacak maddi imkânlara sahip olmadığından, kendisini temsil edecek bir avukat da bulamamıştır. Başvurucu, kendisini şahsen temsil edebilme imkânına sahiptir, ancak usuller çok karmaşıktır. AİHM bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir:

> Mahkeme bu imkânın (Yüksek Mahkeme önüne bir avukatın yardımı olmaksızın çıkmak) tek başına meseleye çözüm getirebileceği görüşünde değildir. Sözleşme güvence altına alınan hakları teorik ya da farazi olarak değil, uygulanabilir ve etkin olarak korumayı amaçlar (bkz, gerekli değişiklerle, 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 adil yargılanmaya erişim hakkının tuttuğu önemli yer bakımından, mahkemelere erişim hakkı için geçerlidir (bkz. gerekli değişiklerle, 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 (madde 6-3-c) 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 (madde 6-1) kapsamında ya bazı dava türlerinde kimi Sözleşmeci Devletler'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 feragat edilmiş sayılıp sayılmayacağı konusunda taraflar anlaşmaya varamamıştır. Paris İstinaf Mahkemesi davanın açılmasında fayda tespit edemediğinden, davanın reddedildiğini bildirmiştir. AİHM şu beyanda bulunmuştur:

> Neticede, sistem, mevcut yolların kullanılması için gereken usuller ve bunların eşzamanlı kullanımından kaynaklan kısıtlamalar konusunda yeterince açık olmadığı gibi, bir yanlış anlamayı önleyecek güvencelerle de donatılmamıştır.
>
> Davanın tüm koşullarına bakıldığında, Mahkeme başvurucunun Paris İstinaf Mahkemesi önündeki dava sürecinde somut ve etkin bir erişim hakkından

> faydalanamadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla, 6. Madde'nin 1. fıkrası (madde 6-1) ihlal 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 (ihlal).)

Erişim hakkı üst mahkemeye başvuru 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 Sözleşmeci 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 Sözleşmeci 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, davacılara sağlanan korumanın pekiştirilmesi niyeti olarak algılanabilir.

Bu davada, uyuşmazlık konusu ceza hukuku kapsamına girmekteydi.

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 yükümlülüklere 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 Devletler'in bir çoğunda, disiplin suçlarını yargılama görevi, meslek kuruluşlarının yargısal yetkili organlarına bırakılmıştır. Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının (madde 6-1) uygulanabilir olduğu hallerde bile bu tür yetkilerin tanınması, kendiliğinden Sözleşme'yi ihlal 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 (madde 6.1) gereklerine uyum sağlarlar; ya da bu şekilde uyum sağlayamıyorlarsa, daha sonra tam yetkili ve 6. Madde'nin 1. fıkrasının (madde 6-1) güvencelerini sağlayan bir yargı organının denetimine tabi olurlar.

Dolayısıyla, "medeni hak ve yükümlülükler" ile ilgili anlaşmazlıkları çözümlemekle 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" tabi tutuluyorsa Sözleşme ihlal edilmez. 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 (madde 6-1), "mahkeme hakkını" içeriyor olsa da [...], Sözleşmeci 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 uygun olan esneklik ve etkinlik zorunluluğu, idari ve mesleki organların ve, daha ziyade (*a fortiori*), söz edilen şartları her yönüyle yerine getirmeyen yargı organlarının öncelikli müdahalesini haklı kılabilir; Avrupa Konseyi'ne üye Devletler'in 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 (madde 6) temyiz mahkemelerinde görülen davalara uygulanma şeklinin ilgili usûllerin 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 görülmüşse ülke içindeki temyiz sistemine, temyiz mahkemesinin yetkilerinin kapsamına ve başvurucunun 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 izin davalarında ve sadece hukuki meselelere ilişkin davalarda, esasın incelendiği davaların aksine, istinaf mahkemesi 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, istinaf mahkemelerinin gerek hukuki konuları, gerekse esasa ilişkin konuları incelemeye tam yetkisi olsa bile, 6. Madde (madde 6) her zaman aleni duruşma olmasını, veya eğer bir duruşma gerçekleşirse, şahsen hazır bulunma 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 usule ilişkin koşulların dayanağı için, aşağıya bakınız.

Bu hak zımni sınırlamalar içerir

"Mahkemeye erişim hakkının" AİHM tarafından mutlak bir hak olarak görülmediğine açıklık getirilmelidir. AİHM'nin gözlemine göre (yukarıdaki Golder kararı, s. 18-19, paragraf 38):

> Mahkeme, Komisyon'un ve Hükümet'in terditli 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, sözcüğün dar anlamı ile tanımına yer verilmediğinden, her hakkın içeriğini belirleyen sınırlar dışında, zımni kısıtlama getirilmesine imkân sağlamaktadır.

Bu "zımni kısıtlamalarla" 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 tabi 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, Sözleşmeci 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 değişiklerle, 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 (madde 6-1) 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 ihlal edilmiş olmaz.

Ancak, AİHM'nin bu tür sınırlandırmalar ya da kısıtlamaları kabul ederken kesinlikle titiz davrandığı görülür. Ashingdane davasında, cezaevindeyken gerçekleşen olaylardan sorumlu olmadığını kanıtlamaya çalışan ve bu nedenle cezaevindeki durumu halen olumsuz etkilenen Bay Golder'in avukatıyla görüşme talebinin reddi konu olmuştu. (aynı yer, s. 19-20, paragraf 40). İngiliz hukuku uyarınca bir mahkûmun avukatıyla haberleşmeden önce bakanlıktan izin alması gerekliydi. Bu iznin verilmemesi, 6. Madde'nin 1. fıkrası uyarınca ihlal 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, başvuruculaların Müfettişlerin kendi şöhretlerini zedeleyebilecek nitelikteki bulgularına itiraz etmek üzere hukuki işlemlere başvurma imkânlarının kısıtlanmış olması, 6. Madde'nin 1. fıkrası (madde6-1) 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 haller de dahil olmak üzere, 6. Madde'nin güvence altına aldığı mahkeme hakkına kabul edilebilir bir kısıtlama oluşturduğunu belirtmiştir:

> Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın Devlet'in dokunulmazlığı alanında uluslararası kamu hukukunun genel kabul görmüş kurallarını yansıtan önlemler almış olması, ilke olarak 6. Madde'nin 1. fıkrasında bulunan mahkeme hakkına orantısal olmayan bir kısıtlama getirildiği şeklinde algılanamaz. Mahkemeye erişim hakkı bu Madde kapsamında adil 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 tabi olması da bu hakkın bir parçası sayılmalıdır.
>
> [...]
>
> İşkencenin yasaklanmasının ne denli büyük bir önem taşıdığının 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 başvurucunun mahkemeye erişim hakkının haksız şekilde kısıtlandığı söylenemez.
>
> Bu doğrultuda, bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlal 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, zımni kısıtlamalar davaların zaman aşımına uğramalarına ilişkin yasal süreler, masraflar için teminat niteliğindeki ödeme emirleri veya küçükler ya da zihinsel engelliler ile ilgili kurallar (Stubbings 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 başvuru yolları ile ilgili 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 (madde 6-1) 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 Sözleşmeci Devlet'in iç hukuk sistemi nihai, bağlayıcı bir kararın taraflardan birinin aleyhinde olacak şekilde uygulanmadan kalmasına izin verirse, bu hak aldatıcı olmaktan öteye gitmez. 6. Madde'nin 1. fıkrasının (madde 6-1) davacılara tanınan usule ilişkin hakları ayrıntılı biçimde tanımladıktan sonra- davanın adil, aleni ve hızlı bir şekilde görülmesi- yargı kararlarının uygulanmasını koruma kapsamına almaması düşünülemez; 6. Madde'nin (madde 6) yalnızca mahkemeye erişim ve davaların yürütülmesi hakkıyla ilgili olarak görülmesi, Sözleşmesi Devletler'in Sözleşme'yi onayladıklarında uymayı yüklendikleri hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayacak durumlara yol açabilir (bkz., gerekli değişiklerle, 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 (madde 6) 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.

Tanıma veya tenfizi istenen bir karar Sözleşme'ye Taraf olmayan bir Devlet'in mahkemelerince verilmiş bir karar ise, kararı 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 başvurucunun 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" adil 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 yükümlülüklere 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 usule bağlı olarak görülen davaların neticesinde 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; usuller ile sağlanan teminatlar ki bunların birçoğu 6. Madde'nin 1. fıkrasında (madde 6-1) 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 (madde 6-1) 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 (madde 6-1) bağlamında tarafsızlığın mevcudiyetinin belirlenebilmesi için, belli bir yargıcın söz konusu davadaki kişisel kanaatine dayalı öznel bir test uygulanması ve bir de nesnel test uygulanarak yargıca bu bağlamda hiçbir meşru şüpheye yer bırakmayacak yeterlilikte güvenceler sağlanıp sağlanmadığının 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 değişiklerle, 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 ihlali; 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;

- başvurucularla birlikte suçlanan bir kişinin aynı konudaki davasına daha önce katılmış olan ve kararını verirken şahsın başvurucularla birlikte suça karıştığına 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 Devlet'in hukukçusunun da bulunması nedeniyle 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlal 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, bir davada karşı tarafı temsil eden bir avukatın başvurucunun taraf olduğu başka davalarda yargıçlık görevini üstlenmesi sebebiyle: 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlal 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 yaşamasına ilişkin Buscemi-İtalya davasının 16 Eylül 1999 tarihli kararı, Başvuru No. 29569/95.

"Bağımsız mahkeme" kavramı

Nihayet, AİHM, 6. Madde anlamında, mahkemenin bağımsızlığı konusunda bir çok kez görüş belirtmiştir. 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 alır.

Bu yolda, AİHM, mahkemede devlet görevlilerin bulunmasıyla ilgili olarak da fikrini belirtmiştir. Sramek davasında (22 Ekim 1984, Seri A No. 84, paragraf 41-42), AİHM hiyerarşideki ast-üst ilişkisini incelemiştir. Profesyonel yargıçların durumunu 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 durumunu değerlendirmek için, yukarıda belirtilen Ringeisen kararını hatırlatmak uygun olur. Bu davada Avusturya Üst Bölge Komisyonu'nda devlet memurlarının bulunması Sözleşme'ye uygun bulunmuştu (Seri A No. 13, s. 39-40 paragraf 95-97).
>
> 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 değişiklerle, 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-resmi olmayan çevirisi) Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bileşimde Silâhlı Kuvvetler mensuplarının bulunmasına karşın bu mahkeme önünde yargılanmış başvurucunun 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 başvurucu 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, başvurucunun bu mahkemenin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin endişeleri nesnel açıdan haklı görülebilir.

Bu bağlamda, Mahkeme Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasının ihlal 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 çözümlemeye yetkili olması gerekir.

Nihayet, "karar" kavramı bir uyuşmazlığın bir mahkeme tarafından kesin olarak sonuçlandırılmasını varsayar. Bu bağlamda, AİHM Eckle- Almanya davasında (15 Temmuz 1982, Seri A No. 51, s. 25, paragraf 77) şunları belirtmiştir:

> Ceza kesin olarak belirlenmediği müddetçe, verilen mahkûmiyet kararı 6. Madde'nin 1. fıkrası bağlamında "[...] yöneltilen suçlama hakkında karar" sayılmaz. Bu doğrultuda, Mahkeme Ringeisen davasında, temyiz aşamasına müteakip, asliye mahkemesinin başvurucunun tutuklu yargılandığı sürenin tamamının mahkûmiyet süresine sayılmasına dair verdiği kararın tarihini, davanın bitiş tarihi olarak kabul etmiştir (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 (madde 6-1) 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] 6. Madde'de (madde 6) yer alan hakkaniyete ilişkin genel şartların, kişinin kendi aleyhine tanıklık yapmaması da dahil olmak üzere, en basitinden en karmaşığına kadar hiçbir ayrım gözetilmeksizin her tür cürüme ilişkin tüm ceza davaları için geçerli olduğunu düşünmektedir.

Yargılamanın adil olması şartı

6. Madde'nin 3. fıkrasında getirilen şartlar (bkz. yukarıda), 6. Madde'nin 1. fıkrasından kaynaklanan adil yargılanma hakkının özel unsurlarını oluşturur.

Genel özellikler

AİHM 1. fıkrada yer verdiği gibi, yargılamanın adil olması gerektiğini vurgulamıştır. Unterpertinger-Avusturya davasında (24 Kasım 1986, Seri A No. 110, s. 14, paragraf 29) şu anımsatılmıştır:

> Mahkeme'ye çıkanlar önce 6. Madde'nin 3. fıkrasının *d* bendine (madde 6-3-d) ve sonra 1. fıkraya (madde 6-1) ilişkin taleplerini dile getirmişlerdir. Mahkeme, 3. fıkrada (madde 6-3) yer alan güvencelerin esasen 1. fıkrada (madde 6-1) belirlenen adil yargılanmayla ilgili genel kavramın özel boyutları olduğunu anımsatır (bkz. 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 başvurucuya tanıkları (karısı ve üvey kızı) sorgulatma 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 (madde 6-3-d, madde 6-1) 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 başvurucu vekilinin "medeni bir toplumda denetime açık ve adil bir yargı usulü" olarak tanımladığı bu duruma Hükümet'in lâyihasında yeterince ağırlık verilmemiştir. Yargının adil 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 ilkeden feragat 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 mahkûmiyete temel teşkil edecek yeterlilikte delil olarak kullanılması bambaşka bir meseledir. Bu durum, savunmanın haklarına 6. Madde'nin (madde 6) sağladığı güvencelerle hiç bağdaşmayacak şekilde

> sınırlandırmalar getirmiştir. Nitekim, Hükümet de başvurucunun mahkûmiyetinin "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) AİHM 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 mahkûmiyet kararının kimliği gizli tutulan tanıkların ifadesine dayandırılması her koşulda Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmez.

Aynı kararda, AİHM şöyle devam eder:

> 6. Madde'nin (madde 6) 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, Sözleşmeci Devletler'in ceza davalarında bu gibi menfaatlerin herhangi bir gerekçe olmaksızın tehlikeye atılmamasını temin edecek şekilde düzenlemeler sağlaması gerektiği ima edilmektedir. Bu doğrultuda, adil yargılanma ilkeleri 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 nedenle, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ile 6. Maddesi'nin 3. fıkrasının *d* bendi (madde 6-1 + 6-3-d) 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 mahkûmiyetin 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.)

Adil 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 temyiz yolunda tutuklanmak üzere teslim olmak konusunda: 14 Aralık 1999 tarihli Khalfaoui-Fransa kararı, Başvuru No. 34791/97, paragraf 41-54; gözaltı işleminin kayıtlarının tutulması gerekliliğinin yokluğu konusunda; 16 Ekim 2001 tarihli Brennan-Birleşik Krallık davasının kararı, Başvuru No. 39846/98, paragraf 51-53; 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). Mahkeme değerlendirmelerinin genel yaklaşım boyutunda olduğunu vurgular:

> Sözleşme'nin 6. Maddesi (madde 6) adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin hangi şartlara göre kabul edilebileceğini belirlemediğinden, bu konu öncelikle iç hukuka ait bir meseledir.
>
> Dolayısıyla, Mahkeme, bu durumda olduğu gibi, yasalara aykırı biçimde toplanmış delillerin kabulünün kural olarak ve soyut (*in abstracto*) bir biçimde reddi gerektiğini düşünmemektedir. Yapılması gereken sadece Bay Schenk'in yargılanmasının bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir.

Bu davada başvurucunun telefon görüşmeleri yetkili yargıcın 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 ihlali bulunmamıştır).

Aslında, delillerin değerlendirilmesi AİHM'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 olmadığının değerlendirmesine ilişkin bir karar vermekten çok, bu delillerin toplanma şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak yargılamanın adil 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 AİHM, "adil yargılanma" hakkında diğer hususların yanı sıra, davaların nizalı bir şekilde görülmesinin ve silahların eşitliği ilkesinin de bulunduğu görüşünü vurgulamıştır. Bu özellikle, dikkate değerdir.

Başvurucuya belgelerin ulaştırılmamasına ilişkin F.R.-İsviçre davasının kararında (28 Haziran 2001, Başvuru No. 37292/97, paragraf 36), AİHM şunları hatırlatır:

> [...] adil yargılanma kavramı, kural olarak, 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 Nideröst-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), başvurucuların yakınma konusu, uzman hekim raporunun hazırlanmasına katılmalarına ve bu rapor ile birlikte çok sayıda ameliyat geçirdikten sonra ölen kızları ile ilgili diğer belgeler hakkında görüş bildirmelerine fırsat tanınmamış olmasıdır.

> Mahkeme, 6. Madde'nin 1. fıkrası (madde 6-1) kapsamında adil 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 (madde 6-1) yer alan usule ilişkin diğer şartlara uyulması gerektiği gibi, nizalı dava ilkesine uymanın da bir "mahkemede" görülen davalar için geçerli olduğunu; dolayısıyla bu hükümden (madde 6-1), 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 gerektiği yolunda hiçbir genel ya da soyut ilke çıkartılamayacağını belirtir. Burada esas olan, tarafların "mahkemede" gerçekleşen yargılamaya uygun bir şekilde katılabilmesidir (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 yanıtlaması talebiyle iletilen soru, mahkemenin açıklığa kavuşturması gereken sorunun aynısıdır, yani başvuruculara 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 başvuruculara 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 başvuruculara 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 başvurucular, mantıken bu davada karşı taraf olan CHRN ile aynı doğrultuda ifade verecekleri beklenen bu beş kişiye çapraz sorgulama yapamamışlardı. Bilirkişinin dikkate aldığı belgelere gelince, başvurucular bu belgelerden ancak rapor tamamlanıp iletildikten 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 (madde 6-1) gerektirdiği ölçüde adil olmamıştır. Bu nedenle, bu hüküm (madde 6-1) ihlal edilmiştir.

Voisine-Fransa davasının kararında, vekili olmayan başvurucu Yargıtay'ın Ceza Dairesi'ne hukuk hakkında itirazda bulunduktan sonra, Başsavcı'nın mütalâasının kendisine tebliğ edilmediğinden ve bu mütalâaya yanıt veremediğinden dolayı şikâyetçi olmuştur (8 Şubat 2000, Başvuru No. 27362/95, paragraf 30-34, sadece Fransızca, resmi olmayan çevirisi).

6. Madde'nin 1. fıkrasının içtihattaki 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, başvurucu Başsavcı'nın mütalâasına erişememiştir. Bu durumda "davanın başvurucu açısından önemi ve Başsavcı'nın mütalaasının niteliği dikkate alındığında, başvurucunun Yüksek Mahkeme başvurusunu reddetmeden önce mütalâaya yanıt vermesinin olanaksız oluşu başvurucunun nizalı dava hakkını ihlal etmiştir" (a.g.e.).

Başvurucunun uzman bir avukat tarafından temsil edilebilmek üzere avukat yardımı için başvuruda bulunmadığı doğru olmasına karşın, Hükümet'in iddiasının aksine başvurucu nizalı dava hakkından feragat etmiş değildir. Bir dizi kararda da tutarlı biçimde görülebileceği üzere, Sözleşme tarafından güvence altına alınmış olan bir hakkı kullanmaktan feragat sarih bir şekilde tesis edilmelidir (Colozza-İtalya davası, 12 Şubat 1985 tarihli karar, Seri A No. 89, s. 14-15, paragraf 28).

Yargıtay önündeki yargılamanın özelliği dolayısıyla bu tür bir davada sadece uzman hukukçulara söz hakkı tanındığı açıktır. Ancak, bu özellik, iç hukuk uyarınca kişiye kendini temsil etme hakkının tanınmışken, temyiz başvurusunda bulunana bu mahkeme önünde adil yargılanmasını güvence altına alacak usul yollarının açık tutulmamasının gerekçesi olarak gösterilemez. Mahkeme, hukuk sisteminde Yargıtay bulundurmayı seçmiş bir Devlet'in, hukuka tabi 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, başvurucunun Yargıtay önündeki davasının nizalı usule göre adil şekilde incelenmesine olanak sağlanmadığı için, bu davada 6. Madde'nin 1. fıkrası ihlal 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) Ağır Ceza Mahkemesinde görülmekte olan ahlâka aykırı suçun konu olduğu bir davanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgelerin sunulmasıyla ilgilidir. Bu davada, başvurucu âdil yargılanmadığını iddia etmektedir. Yakınma üç kısımdan oluşmaktadır: önce, başvurucu, savcılık tarafından Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki duruşmanın başlangıcında savcılık tarafından yeni belgeler sunulduğu ve sunulan bu belgelerden sonra adına gerekli savunmayı hazırlayabilmek için avukatına çok kısa bir süre tanındığından dolayı silâhların eşitliği ve savunma hakları ilkelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür; başvurucu, 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 başvurucunun aleyhine etkilemesine karşın, ikinci bir bilirkişi incelemesi yapılması talebinin reddedilmesinin adil olmadığını düşünmektedir. AİHM önce avukata yeni belgeler ışığında savunmasını hazırlamak için verilen süreyi incelemiş ve şunları bildirmiştir (paragraf 60-63):

> Mahkeme, duruşmanın başlangıcında savcılığın başvurucunun kişiliğine ilişkin yeni belgeler sunmasının tamamen yasal olduğuna dikkat çeker; bu belgeler savunmaya iletilmiş ve daha sonra nizalı olarak incelenmiştir. Ayrıca, başvurucunun 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, başvurucunun 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 iddiaları dinlenmiş, Savcı Yardımcısı mütaalasını bildirmiş, diğer sanıkların avukatlarının savunmaları dinlenmiş ve son olarak başvurucunun avukatı 15 Mart 1997 günü akşam 19:05-20:45 arasında savunmasını 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, başvurucunun ileri sürdüğü gibi, avukata (devam eden yargılamayı izlerken) yeni delilleri incelemek için sadece yarım gün süre tanındığının doğru olmadığını belirtir. Söz konusu yarım gün savcılık delillerinin sunulması ile bilirkişinin ifadesi arasında geçen süredir [...](bkz. aşağıdaki paragraf 68 ve sonraki paragraflar).

Yukarıdakilerin ışığında Mahkeme, başvurucunun 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 ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bilirkişiye yeni belgeleri incelemesi için tanınan süre ve yeni bir bilirkişi incelemesi talebinin reddine 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 başvurucunun onaltı, onyedi yaşlarındaki cinsel davranışlarına ilişkin olarak sunduğu yeni belgeleri incelemesi için süre tanındığını belirtir. Bu sayede, bilirkişi, başvurucunun 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 mahkûmiyet 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 başvurucu 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 adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmediğini belirtir (bkz. gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Bernard-Fransa davasının kararı, paragraf 40). Benzer şekilde, adil 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 başvurucu tarafından ikinci bir görüşe başvurma talebinde bulunulduğu 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 adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ve savunmanın haklarının gözetilmediği görüşündedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ile 3.*b* fıkrası ihlal edilmiştir.

Kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı

6. Madde kapsamında açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, susma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı da adil yargılanma şartı tarafından güvence altına alınmıştır.

Bu, öncelikle, bir kişinin sorulara cevap vermeyi reddettiği için mahkûm 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 mahkûm 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 dayatılan "zorunluluk derecesinin", neticede, başvuruculaların kendi aleyhlerine tanıklık etmeme ve sessiz kalma haklarının özünü tahrip 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 dikkatli olarak 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 ayrım gözetmeksizin 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 karıştıklarından şüphelenilen kişilerin, özel mevzuat gereği 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 alıkoyulma süresinin bile 5. Madde'nin 3. fıkrası kapsamında güvence altına alınan hakkın özüne aykırılık oluşturacak sonuçlar doğurabileceğini belirlemişti. Başvuranların yakalanması ve alıkonulmasının toplumun bütününü 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 varılmıştı.

Bu doğrultuda, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası kapsamında güvence altına alınan başvuruculların sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının özüne halel getirecek nitelikte bir hükmün varlığının gerekçesi olarak Hükümet tarafından asayiş ve kamu güvenliği endişelerinin gösterilmesinin haklı sayılamayacağını belirlemiştir.

Dolayısıyla, başvuruculların Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrasında güvence altına alınmış olan sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme haklarının ihlal 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 başvurucu yasa gereği ifade vermek

zorunda bırakılmıştır. Soruşturma, Şirketler Kanunu uyarınca bağımsız müfettişler tarafından yürütülmektedir. Başvurucunun ifadeleri daha sonra ceza davasında kendisi aleyhinde kullanılmıştır. AİHM bu davada aşağıdaki görüşü bildirmiştir:

> Mahkeme, her ne kadar Sözleşme'nin 6. Maddesi'nde (madde 6) özellikle belirtilmemiş olsa da, sessiz kalma ve –bunun bir parçası olan- kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkının 6. Madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası kuralların 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 (madde 6) 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 (madde 6-2) kapsamında bulunan masumiyet karinesiyle yakından bağlantılıdır.
>
> Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletler'in hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla 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 (madde 6) hakkaniyet kavramı düşünüldüğünde, kişinin kendisi aleyhine tanıklık etmeme hakkının sadece hatalı davranışı ikrar eden bildirimleri ya da doğrudan suçlamayı üstlenen ifadeleri 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. Bu ifadelerin jurinin değerlendirilmesine sunulduğu durumlarda, bu beyanlar başvuruyu veren aleyhine sonuçlar yaratabilir

[...]

Adli olmayan soruşturmalar sırasında zorla alınan cevapların yargılanma aşamasında sanıkları suçlamak için kullanılmasının gerekçesi olarak kamu yararının ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, ilgili mevzuat gereği, Ağır Sahtekârlık Bürosu'nun zorlayıcı yetkileri uyarınca elde edilen ifadelerin, genel bir kural olarak, ilgili kişilerin daha sonraki yargılanmalarında kullanılan delillere eklenemediğini vurgulamak gerekir. Ceza yargılamasında kullanılmış olan ifadeleri başvurucunun kendisine bir suçlama yöneltilmeden önce vermiş olması, hakkın ihlal edilmemiş olduğunu göstermez.

(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 ihlali 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 bu başvuruda, AİHM vergilendirilmemiş kaynaklardan temin edilen ve başvurucu tarafından ibrazı istenen belgelerin oraya çıkaracağı vergilendirilmemiş ek kaynak gelirlerinin vergi kaçakçılığı suçu teşkil eder nitelikte olabileceğinin başvurucu tarafından bilinebileceğini belirlemiştir. AİHM bu belgelerin ilgili kişinin rızası hilâfına zorla elde edilemeyeceği sonucuna varmış ve 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlalini tespit etmiştir: J.B.-İsviçre davası, 3 Mayıs 2001 tarihli karar, Başvuru No. 31827/96; ve

- Gümrük idaresi tarafından talep edilen bir bilgiyi vermeyi reddettiği için mahkûm olan başvurucunun davasında 6. Madde'nin 1. fıkrasının ihlal edildiği saptanmıştır; Funke-Fransa davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar, Seri A No. 256-A, paragraf 43-44; başvurucunun avukat yardımından yoksun şekilde bulundurulduğu baskıcı ortam nedeniyle kendi aleyhine tanıklık etmek zorunda bırakılmasını şikâyet konusu yaptığı 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 tespitine varılmasına gerekçe teşkil edemez (a.g.e.).
>
> [...]
>
> Komisyon Delegesi tarafından belirtildiği gibi önemli sayıda ülkede deliller mahkemeler tarafından serbestçe değerlendirilmektedir. Mahkemeler bu değerlendirmelerinde, bir sanığın davranış biçimi ya da savunmasını nasıl yürüttüğü de dahil olmak üzere, tüm ilgili şartları 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

Adil 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 başvurucu avukat yardımından yoksun bırakılmıştır.

> Mahkeme polis tarafından bir cürümle ilgili olarak yapılan hazırlık soruşturmasında 6. Madde'nin (madde 6) geçerli olduğuna Hükümet tarafından itiraz edilmediğini belirtir. Bu bağlamda, Imbrioscia-İsviçre davasının 24 Kasım 1993 tarihli kararına göre, 6. Madde'nin (madde 6) - özellikle 3. fıkrasının (madde 6-3) - bir dava yargı aşamasına gelmeden önce, özellikle, eğer bu hükümlere (madde 6-3) başta uyulmamasından dolayı daha sonradan yargılamanın hakkaniyetine ciddi ölçüde gölge düşebilecek durumlarda uygulama alanı bulduğunu anımsatmak uygun olur (Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36). Bu kararda da belirtildiği gibi, 6. Madde'nin 3. fıkrasının *c* bendinin (madde 6-3-*c*) 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 tavıra belli sonuçlar bağlanabilir ki bu da daha sonraki yargılama aşamasında savunmanın kaderi için belirleyici olabilir. Böyle durumlarda, 6. Madde (madde 6) hükümleri, normalde, daha polis sorgulamasının ilk aşamalarında bile sanığa

> bir avukatın yardımından yararlanma imkânı sağlanmasını gerektirir. Ancak, Sözleşme'de açıkça belirtilmemiş olan bu hak, haklı nedenlerden dolayı kısıtlamalara tabi tutulabilir. Asıl mesele, her davada, yargılamanın bütünü ele alındığında, bu kısıtlamanın sanığı adil yargılanma hakkından mahrum bırakıp bırakmadığıdır.

Benzer bir yaklaşım izleyen AİHM, Goelhart-Belçika davasının kararında (20 Mart 2001, Başvuru No. 34989/97, paragraf 31-33, sadece Fransızca-resmi olmayan çevirisi), şunları belirtmiştir:

> Omar ve Guérin kararlarında, Mahkeme "bu davada olduğu gibi, başvurucunun temyiz başvurusunun, yalnızca, temyize konu olan kararın infazı için teslim olmadığından reddedilmesi başvurucuyu 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 adil 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 başvurucu temyiz başvurusuna konu ettiği bir yargı kararı uyarınca tutuklanmak üzere teslim olmadığı için Yargıtay'ın 10 Aralık 1996 tarihli bir kararla temyiz başvurusunu 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, başvurucunun mahkemeye erişim hakkına ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına orantısal olmayan bir müdahaleye maruz kaldığı düşüncesindedir. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası ihlal 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 kıstasları belirlemiştir:

> 6. Madde 1. fıkra (madde 6-1) 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 olaylara veya hukuka ilişkin meselelerin karmaşıklığı, başvurucuların ve yetkili mercilerin davranışları ve başvurucular açısından başvurunun konusunun taşıdığı önem vardır; ayrıca, sadece Devlet'in neden olduğu gecikmeler 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, başvurucuların 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, Sözleşmeci Devletler'in sorumluluğu altında olduğunu hatırlatır (yukarıda bahsedilen Frydlender 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) 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 (madde 6-1) 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 açıldığının 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 (madde 6-1) 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).

İhlal olmadığı durumlara örnek olarak, Korsika'daki bir soruşturmayla 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 bulundurmuştur; 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 (madde 6-1) 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 "mahkemeye dava dilekçesinin sunulmasından bile önce" başlayabildiği 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 gözlemde 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 (madde 6) [...] 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.

Açık 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 (madde 6-1) 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 (madde 6-1) amacına ulaşmasına, yani AİHS'deki anlamıyla demokratik toplumların temel ilkelerinden birinin teminatı olan adil yargılamaya 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 mevzuatlarında 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 (madde 6-1) şart koşulan kamuya açıklık koşulunun amacına göre ikinci planda kalır. Demokratik toplumlarda adil 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 (madde 6-1) kullanılan ifade şu şekildedir: "[...] genel ahlâk [...], davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin gereklerine 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 ihlal 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 yapılmaması ve kararın aleni olarak verilmemesi konusundaki Asan Rushiti-Avusturya davasının 21 Mart 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 28389/95; ve

- Sosyal hizmetlerin korumasına verilmiş çocukların görüşme hakkı ile ilgili davada duruşma yapılmaması konusunda (ihlal) L.-Finlandiya davasının 27 Nisan 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 25651/94; para cezasına tabi kamu muhasebesi kurallarına 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 ihlali) Riepan-Avusturya davasının 15 Haziran 2000 tarihli kararı, Başvuru No. 35115/97.

Hükmün 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 "hükmün" aleniyetinin, söz konusu davanın özel şartlarına ve 6. Madde 1. fıkranın (madde 6-1) amacına ve hedefine göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

Bu davada İstinaf Mahkemesi'lerinin 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 ihlal 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 feragat

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 (madde 6-1) 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 feragat 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 feragat, sarih olmalı ve hiçbir önemli kamu menfaatine aykırı olmamalıdır.

6. Madde, 2. Fıkra – Masumiyet karinesi

6. Madde 2. fıkrada şöyle denilmektedir:

> 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak 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 (madde 6-1, 6-2 ve 6-3) "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 (madde 6-2) ilişkin olarak da iç hukuk bakımından yadsınmaz biçimde 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 gazetedeki bir yazıda özel hukuk temelinde hakaretten açılmış olan bu davada yargılamanın cezai bir nitelik taşıdığına hükmetmiştir.

> Bir bireyin "medeni" hakkına dönük tahribat 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 (madde 6-2), yargılamanın sonucu ne olursa olsun, sadece suçlamanın esastan incelenmesini değil, ceza davasının bütününü 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 yargıcının birkaç gün önce başlatmış olduğu soruşturma kapsamındaydı ve bu durum kendisini 6. Madde 2. fıkra (madde 6-2) 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 başvurucunun suçlu olduğuna dair bir beyandır. Bu beyan, öncelikle, kamuoyunun bu kişinin suçlu olduğuna inanmasına katkıda bulunmuştur; ayrıca, yetkili yargı mercinin gerçekleri değerlendirmesi konusunda bir önyargı yaratmıştır. Dolayısıyla, 6. Madde 2. fıkra (madde 6-2) hükümleri ihlal edilmiştir.

Öte yandan, sanık suçlu bulunduktan sonra, 6. Madde 2. fıkra cezanın belirlenmesi aşamasında ileri sürülen suçluluğa dair açıklamalar hakkında uygulanmaz (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 cezanın belirlenmesi aşamasında sanığın karakteri veya davranışı konusunda ileri sürülmüş olan iddialar için geçerli değildir. Velev ki bu tür suçlamalar, AİHS'in yukarıda paragraf 28'de sözü edilen özerk anlamında yeni bir "suç isnadı" oluşturacak bir nitelik ve yoğunluk taşımasın (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), AİHM bir gece bir kazaya karışmış olan bir aracın sahibinin bir açıklama getirmesini talep etmekle ulusal mahkemelerin ispat yükünü savunmaya yüklediğine hükmetmiştir. Aracın sahibi açıklama yapmayı reddetmiş ve aracın esas kullanıcısının kendisi olduğu ve o gece evinde yatmamış olduğunu belirten bir polis raporu temelinde suçlu bulunmuştu. AİHM şunu belirtmiştir:

> Mahkeme, genel kural olarak, sunulan ve toplanan delilleri değerlendirmenin ulusal mahkemelerin işi olduğunu, Mahkeme'nin görevinin ise yargılamanın bir bütün olarak adil 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 başlamamasını 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 çıkarımlara varılması 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 başvurucunun suskunluğundan sonuçlar çıkarmasının meşru olduğu yolundaki savı 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 başlangıcı sunmuştu. Dava sırasında sanığın aleyhine olarak sunulan güçlü delilleri göz önüne alındığında, Mahkeme bu tür çıkarsamalarda bulunulmasının, üstelik bunlar usul bakımından önemli ölçüde güvencelere tâbi olduğu için, o davanın

koşulları çerçevesinde 6. maddeyi ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştı. Mahkeme'ye göre, sanığın suskunluğundan çıkarımlarda bulunulmasına, Avusturya sistemi gibi mahkemelerin önlerine gelen delilleri serbestçe değerlendirdiği sistemlerde 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, başvurucunun aracın esas kullanıcısı olduğuna ve kaza gecesi evinde bulunmadığına ilişkin raporuna dayanmışlardır. Ancak Mahkeme bu delil öğelerinin (üstelik bunlar mahkemede iki tarafın da hazır bulunduğu bir duruşmada verilen ifadeler tarafından doğrulanmamışken) 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 başvurucunun kız kardeşi tarafından da kullanıldığını saptadığını hatırlatır. Kendisine karşı ilk bakışta ikna edici deliller sunamamış olmalarına rağmen başvurucunun bir açıklama getirmesini gerekli kılmakla mahkemeler ispat yükünü iddia makamından savunmaya aktarmış olmaktadırlar.

Ayrıca, Mahkeme hem İlçe Mahkemesi'nin, hem de Bölge Mahkemesi'nin başvurucunun alkol etkisi altında olması ihtimali üzerinde de, kendilerinin de kabul ettiği gibi bu konuda hiçbir delil yokken, kurgu yaptıklarını belirlemiştir. Bu kurgu, başvurucuya isnat edilmiş olan suçun unsurlarının tespiti bakımından işin içine doğrudan girmemekle birlikte, mahkemelerin başvurucunun suçlu olduğuna ilişkin önyargılı bir görüşleri olduğu izlenimine katkıda bulunmaktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme AİHS'in 6. Madde 2. fıkrasının ihlal 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 Sözleşmeci Devletler, AİHS'in koruduğu haklardan birinin normal kullanımı dışında, 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, Sözleşmeci Devletler belirli koşullar altında, maddi bir olayı veya

> amacı, kasti veya ihmali oluşundan bağımsız olarak, cezalandırabilirler. Bu tür suçların örneklerine Sözleşmeci Devletler'in yasalarında rastlamak mümkündür.

Bu davada, başvurucu, Roissy havalimanına vardığında üzerinde "kaçak mal" (uyuşturucu) bulundurmaktansuçlu bulunması üzerine cezalandırılmıştı. Bu suç yasanın "Cezai Sorumluluk" başlığını taşıyan bölümünde yer almaktadır. İç hukukta, ithalatı yasak olan bir mal üzerindeki zilyetliğin, sanık aleyhine, ayrıca, bu malın yasadışı ithalatı suçunu işlediğine dair bir karine oluşturduğuna dair hükümler bulunmaktaydı. AİHM şöyle devam etmiştir:

> Ceza hukukunda hesap verme zorunluluğundan suçluluk kavramına bu geçiş bu tür bir ayrımın ne kadar göreceli olduğunu gösterir. Burada AİHS'in 6. Madde 2. fıkrası (madde 6-2) 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 Sözleşmeci Devletler'i 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 (madde 6-2) yalnızca mahkemelerin hukuki yargılama esnasında uyması gereken bir güvence getiriyor olsaydı, bu fıkranın gerekleri uygulamada 1. fıkrada (madde 6-1) öngörülen tarafsızlık şartı ile örtüşmüş olurdu. Her şeyden önemlisi, şayet "yasal olarak" sözcükleri iç hukuka şartsız gönderme yapıyor olsa idi, ülkenin yasama organı davayı gören mahkemeyi gerçek bir değerlendirme yetkisinden yoksun bırakabilir, masumiyet karinesinin de içini boşaltabilirdi. Bu tür bir durum 6. Maddenin (madde 6) amaç ve hedefleriyle bağdaşmaz. Adil 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 (madde 6-2) ceza yasasında öngörülmüş olan fiili veya hukuki karinelere kayıtsız kalmaz. Devletler'in 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 özellikle de savunma hakkını kullanma fırsatını bulamadan verilen bir yargı kararında suçlu olduğuna ilişkin bir kanaat yansıtılırsa, masumiyet karinesi ihlal edilmiş demektir. Bu durum resmi anlamda bir saptama olmasa bile geçerlidir; mahkemenin sanığı suçlu olarak gördüğünü ima eden bir gerekçe yeterlidir.

Minelli davasında ulusal mahkeme, davanın açılmasında zaman aşımı dolayısıyla davanın düşmesine karar verirken başvurucunun, 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. AİHM bu davada 6. Madde 2. fıkra hükümlerinin ihlal 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), AİHM bir beraat kararından veya ceza yargılamasının durdurulmasından sonra, yasal tutuklamaya bağlı olarak ileri sürülen gider ve tazminat talepleri konusunda bazı genel açıklamalar yapmıştır:

> Mahkeme, [...] Komisyon ve Hükümet'e benzer biçimde, ne 6. Madde 2. fıkranın (madde 6-2), ne de AİHS'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 verdiğine işaret eder.

Aynı davada, AİHM 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 (Minelle davası, s. 18, paragraf 38), sanığın suçluluğu yasal olarak sabit olmadan ve özellikle de savunma hakkını kullanma fırsatını elde edemeden, özünde sanığın suçlu olduğuna dair bir saptama içeriyor ise (bkz. Aynı karar, paragraf 37), bu tür bir karar 6. Madde, 2. fıkra (madde 6-2) çerçevesinde sorun teşkil eder.

Bu davada AİHM, 6. Madde 2.fıkra hükümlerinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. AİHM'e göre Alman mahkemelerinin kararları sanığı suçlu olduğu yönünde bir tespit 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) başvurucu kesinleşen bir karar temelinde beraat etmişti. Başvurucunun tazminat talebini ret kararlarında Avusturya mahkemeleri, kesin bir beraat söz konusu olduğu halde, sanığın suçluluk durumunun bir değerlendirmesine girişmişlerdi. Bu davada, 6. Madde 2. fıkra ihlal 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 tutuklu bulunanlar için ayrı bir cezaevi düzenlemesi getirilmemiş olmasının 6. Madde 2. fıkranın ihlali anlamına gelmediği bir durum için bkz. Peers-Yunanistan davası kararı, 19 Nisan 2001, Başvuru No. 28524/95.

6. Madde, 3. fıkra – Sanığa ait haklar

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 tanıklarını 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. fıkrasının a,, b, c, d* ve *e* bentlerinin gerekleri, 1. fıkrada (madde 6-1) güvence altına alınan adil yargılanma hakkının özel durumları 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 görüşlerini bildirmiştir. Bu konuda AİHM şunu belirtmiştir:

> 6. Maddenin 3 (*a)* bendi (madde 6-3-a) 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 vasıflandırılması 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 suçlama olan yasadışı bir silahlı örgüte üyelik konusunda hemen 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 adil 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 niteleme) konusunda tam ve ayrıntılı bilgi verilmesi yargılamanın adil 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 başvurucuların yalnızca Ceza Yasası'nın 125. maddesinde öngörülen devletin bütünlüğüne hıyanet suçuyla itham edildiğini hatırlatır. İddia makamı başvurucuların PKK üyeleriyle ilişki içinde olduklarından söz etmişse de, Mahkeme söz konusu ilişkilerin bütün soruşturma boyunca yalnızca iddia makamının başvuruculara 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 başvuruculara başta isnat edilen Devlet'in bütünlüğüne hıyanet olmaktan çıkıp Devlet'in bütünlüğünü ortadan kaldırmak amacıyla kurulmuş bir silahlı örgütün üyesi olmaya dönüşebileceğinin başvurucular açısından yeterince öngörülebilir olup olmadığını belirlemesi gerekir.

[...]

Yukarıda söylenenlerin ışığında, Mahkeme yasadışı bir silahlı örgüte üye olmanın başvuruculara 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 nitelendirme konusunda hiç tartışmasız sahip olduğu yetkiyi kullanırken başvurucuların bu hususstaki savunma haklarını uygulanabilir ve etkin 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 başvuruculara, 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, başvuruculara avukatları son duruşmada mevcut değildir. Avukatların duruşmada bulunmamalarının nedeni ne olursa olsun, gerçek şudur ki başvurucular, iddia makamının ve Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin suçun niteliğini değiştirmiş olması konusunda avukatlarına danışamamışlardır.
>
> Mahkeme yukarıdaki bütün mülâhazaları göz önüne alarak, başvurucuların, 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 ihlali 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 yerleştirdiği sistem kendi içinde 6. Maddenin 3 (*b)* bendinde (madde 6-3-b) 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 başvurucu savunmasını hazırlamak için "yeterli zaman"a sahip olmuştur; Mahkeme, aynı zamanda, başvurucunun 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 anda 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 (madde 6) polisin suç hakkında hazırlık soruşturması aşamasında dahi uygulama alanı olduğuna itiraz etmediğini gözlemler. Bu konuda 24 Kasım 1993 tarihli Imbrioscia-İsviçre davası kararındaki hükmünü hatırlatır: 6. Madde (madde 6) - özellikle 3. fıkrası (madde 6-3) - bir dava yargı aşamasına gelmeden önce, özellikle, eğer bu hükümlere (madde 6-3) başta uyulmamasından dolayı daha sonradan yargılamanın hakkaniyetine ciddi ölçüde gölge düşebilecek durumlarda uygulama alanı bulur (Seri A No. 275, s. 13, paragraf 36).
>
> Mahkeme'nin o kararda işaret etmiş olduğu gibi, 6. Madde 3-*c* bendinin (madde 6-3-c) 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 soruşturması aşamalarındaki davranışlarına, daha sonra ceza yargılaması sırasındaki savunmasına etkili olabilecek bazı sonuçlar atfedebilirler. Bu koşullarda, 6. Madde (madde 6) 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 tabi tutulabilir. Her bir durumda, sorulacak soru, sınırlamanın yargılamanın bütünü açısından sanığı adil bir yargılamadan yoksun bırakıp bırakmadığıdır.
>
> Mevcut davada başvurucunun 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 kullanılmasının, diğer hususların yanı sıra, terörist fiillerin işlenmesi hakkında bilgi toplama faaliyetini zorlaştıracağı 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 kullanılabilecek olumsuz çıkarsamalar yapılabilir. Öte yandan, sanık soruşturma sırasında susmaktan vazgeçecek olursa, kendisi hakkında çıkarsamalar yapılması olasılığını belki de ortadan kaldırmamakla birlikte, savunması konusunda hatalı davranma tehlikesi altına girer.
>
> Bu koşullar altında 6. Maddede (madde 6) 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 gözaltında 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 adil bir yargılamanın

> temel gereklerinden biri ve AİHS'in 6. Maddesinin 3-*c* bendinin (madde 6-3-c) bir gereği olduğu kanısındadır. Avukatın müvekkili ile bu tür gözetim olmaksızın görüşme yapamaması ve ondan ikisinin arasında kalacak şekilde bilgi ve talimat alamaması durumunda sağladığı yardımın yararlılığı büyük ölçüde azalacaktır. Oysa AİHS hakları uygulanabilir ve etkin 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 başvurucu 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, adil 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 adil 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 davet edildiği halde duruşmada hazır bulunmaması, mazereti olmasa bile, kendisini AİHS'in 6. Maddesinin 3. fıkrasında (madde 6-3) 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 gıyaben (*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. Mahkeme, Hükümet'in ceza mahkemelerinde yargılama açısından "yardım "ile "temsil" arasında bir ayırım yapılması gerektiğini zaten öne sürmüş olduğu Poitrimol davasında (bkz. yukarıda anılan karar, paragraf 34) bu konuda belirtmiş olduğu kanaatini 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; mahkemenin sanığın bir avukat tarafından temsil edilmesini kabul etmediği 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 tarafından avukat yardımı

Kamasinski-Avusturya davası da AİHM'e 6. Madde 3-*c* bendinin Devlet'e yüklediği yükümlülüklerin kapsamını tanımlamak bakımından bir fırsat yaratmıştır. AİHM bu davada şunları belirtmiştir (s. 33, paragraf 65):

> Kuşkusuz adli yardım yoluyla bir savunma avukatının tayini tek başına 6. Maddenin 3-*c* bendinin (madde 6-3-c) gereklerine uyma sorununu mutlaka çözmüş demek değildir. Mahkeme'nin 13 Mayıs 1980 tarihli Artico davası kararında belirtmiş olduğu gibi: " AİHS hakları kuramsal veya hayali değil, uygulanabilir ve etkin tarzda 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 Devlet'ten bağımsızlığı dolayısıyla, avukat ister bir adli yardım programı çerçevesinde atanmış olsun, ister kişisel olarak tayin edilmiş olsun, savunmanın yürütülmesi esas olarak sanık ile avukatı arasında bir meseledir. [...] 6. Maddenin 3-*c* bendi (madde 6-3-c) çerçevesinde, yetkili ulusal merciler ancak adli yardım yoluyla tayin edilmiş avukatın bu işi yapamadığı açıkça belliyse 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 başvurucunun parasız avukat yardımından yararlanmasını gerektirip gerektirmediğini saptamak için birkaç kritere bakacaktır.
>
> [...]
>
> Her şeyin başında, Bay Quaranta'ya isnat edilen suçun ciddiyetine ve çarptırılabileceği cezanın ağırlığına bakmak gerekir.[...] Bu kıstasa davanın karmaşıklık derecesi de eklenir.

Örnek olarak, maddî imkânı olmayan bir yabancının hukuki bir konuda başvuruda bulunması için parasız avukat yardımı talebinin reddedildiği 26 Eylül 2000 tarihli Biba-Yunanistan davası kararını (Başvuru No. 33170/96) verebiliriz. AİHM bu davada 6. Maddenin 3-*c* bendinin ihlal 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 görüşlerini bildirme olanağı 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, Ferrantelli ve

> Santangelo-İtalya davası kararı, 7 Ağustos 1996, *Reports* 1996-III, paragraf 51 ve 52).

Tanıklarla ilgili olarak, 6. Maddenin 1. fıkrasında öngörülen adil 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, Sözleşmeci Devletler'i 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 Sözleşmeci Devletler'in 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 değerlendirmenin ulusal mahkemelerin görevi olduğuna tekrar işaret eder. AİHS çerçevesinde Mahkeme'nin görevi tanıkların ifadelerinin usulüne uygun biçimde delil olarak kabul edilip edilmediğini belirlemek değil, yargılamanın, delillerin sunulma şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak adil 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 görevidir [...] 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 adli gerçeğe ulaşabilmesi 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 Makedonya Cumhuriyeti" ("The former Yugoslav Republic of Macedonia") davası kararı, başvuru No. 47023/99; davanın başlamasına kadar isimleri saklı tutulan savunma tanıklarının dinlenmesinin reddedilmesiyle ilgili olarak (ihlal 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 (madde 6-3-e) belirtilen, bir tercümanın hizmetinden parasız olarak yararlanma hakkı sadece duruşma sırasında sözle ifade edilen açıklamalar için değil, aynı zamanda belgeler ve dava açılmadan önceki işlemler için de geçerlidir. 3-*e* (madde 6-3-e) bendinin anlamı, "bir suç ile itham edilen" bir kişinin, şayet mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyorsa, adil 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 (madde 6-3-e), 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 özellikle mahkemeye olayları kendi açısından anlatma yoluyla kendini savunmasını olanaklı kılmalıdır.
>
> 3-*e* bendinde (madde 6-3-e) güvence altına alınan bu hakkın uygulanabilir ve etkin olması gerekir. Bu nedenle yetkili mercilerin yükümlülüğü bir tercüman tayininden ibaret değildir. Yetkili merciler, ikaz edildikleri bir durumda, 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).

AİHS 7. Madde – Kanunsuz ceza olmaz

7. Madde 1. fıkra – Ceza yasalarının geriye dönük olarak uygulanmasının yasaklanması

7. Madde'nin 1. fıkrasında şöyle denilmektedir:

> **1. Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm 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" nitelikteki mevzuat açısından geçerli değildir

Lawless-İrlanda davasında (1 Temmuz 1961 tarihli karar, Seri A No.3, s. 54, paragraf 19) AİHM, 7. Madde'nin uygulama alanını açıklamıştır. AİHM, bu maddenin önleyici tedbirleri belirleyen mevzuat için geçerli olmadığını belirtmiştir:

> Dava kayıtları, İrlanda Hükümetinin G.R. Lawless'ı 1940 tarihli (Değiştirilmiş) Devlet'e Karşı İşlenmiş Suçlar Kanununa göre, sadece kamu huzurunun ve düzeninin ya da Devlet'in güvenliğinin korunmasını tehlikeye atacak faaliyetlerde bulunmasını önlemek için gözaltına aldığını gösterdiğinden; Lawless'ın önleyici bir tedbir olarak gözaltına alınmasının, Sözleşmenin 7. Maddesi (madde 7) anlamında suçlu bulunmuş olmasından dolayı olduğu söylenemeyeceğinden; bu nedenle 7. Madde'nin (madde 7) G.R. Lawless davasıyla ilgisi olmadığından; İrlanda Hükümeti G.R. Lawless'ı 1940 tarihli kanun uyarınca gözaltına alarak AİHS'nin 7. Maddesi (madde 7) uyarınca yükümlülüklerini ihlal 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

AİHM, ülkelerin kendilerine göre bir tedbiri önleyici olarak tanımlayarak 7. Madde'nin uygulanmasından kaçınmalarına müsaade etmez. "Ceza" kavramı

çerçevesinde AİHM, 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 (madde 6-1) "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 alınan bir tedbirin bu maddenin anlamı çerçevesinde esas itibarıyla bir "ceza" teşkil edip etmeyeceğini görünümlerin ötesine giderek 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 (madde 7-1) ikinci cümlesindeki ifadeden, bir cezanın varlığının değerlendirilmesinde başlangıç noktasının, söz konusu tedbirin "suç" ile ilgili bir mahkûmiyetten sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilgili diğer ölçütler 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:

> Uygulanabilir 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 ihlalinin 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

> yargıcının, emrin miktarını belirlemek konusunda davalının suçluluk derecesini göz önüne almakta kullandığı takdir yetkisi; ve suçu işleyenin borcunu ödememesi durumunda mahkûmiyet 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 ihlali söz konusudur (madde 7-1).

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 verilen hapis cezasının süresini uzatma kararı hakkında şikâyette 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 başvurulan 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 (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, diğer 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 mahkûmiyete dayanan eski sistemin bugünkü halidir; günümüzde sadece Devlet'e olan borçlar kapsamında uygulanır ve borçluyu, hapse girmesine neden olan borcu ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Her ne kadar hapsedilmesinden sonra, kişinin zorla borcunu ödemesi beklenemezse 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 (madde 7-1) 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 hükümle 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 (madde 7) 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 (madde 15) 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 (madde 7) 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 crimen, nulla poena sine lege)* ve ceza hukukunun, örneğin kıyas 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 mahkemelerin bu hükmü yorumlamaktaki içtihahları yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü

> bilebilmesi sayesinde yerine getirileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, 7. Madde'de (madde 7) "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, [...] Sözleşmeci Devletler'de, hukuk geleneğinin ayrılmaz bir parçası olan, hukukun bir kaynağı olarak içtihatlar ceza hukukunun ilerleyerek gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Sözleşme'nin 7. Maddesi'nin (madde 7) cezai yükümlülüğün kurallarını davadan davaya açıklığa kavuşturmayı yasakladığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir, yeter ki sonuç suçun esasına uygun olsun ve makul olarak öngörülebilsin.

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 bir metnin varlığı – kıyas yasağı

Ceza için hukuki zemin olması şartı zaman zaman, bu şartın doğal sonucu olarak, ceza davalarında kıyas yoluyla gerekçelendirmenin yasaklanması bakımından incelenir. 7. Madde 1. fıkra 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 doksanı 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 mahkûm olmuştu. Başvuru sahibi, bu durumda 7. Madde'nin ihlalinin 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, en geniş anlamıyla, örneğin emsal gösterme yoluyla, 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 şikâyette bulunmaktadır. Bu bağlamda Hükümet, 8. Madde 2. fıkranın yayın sahiplerine uygulanmasının, 8. madde 1. fıkraya kıyasla yayın sahipleri açısından daha lehte hükümler doğurduğunu vurgulamıştır. Hal böyle olmakla birlikte, görünen odur ki, 8. madde 2. fıkra sorumlu müdür ve yayın sahiplerine verilecek cezalar için özel çıkarılmış bir kanundur (*lex specialis*) ve bu davada başvuruda bulunan yayın sahibine uygulanan ceza, sorumlu müdürlerin cezalarıyla ilgili aynı alt bölümdeki kuralın, kıyaslama yoluyla, 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 tedbir yeterince açık ve - gereğinde bir hukukçunun yardımıyla - anlaşılabilir olmalıdır. 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 (madde 7) ifadesinden ve, gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumları ile ilgili içtihatları yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi sayesinde yerine getirilir.

[...]

Mahkeme'nin daha önce başka vesilelerle de belirtmiş olduğu gibi, kanunların genelliği prensibi sonucu kanunlarda kullanılan ifadeler her zaman mutlak bir biçimde açık değildirler. Kurallar yoluyla düzenleme yapmanın standart tekniklerinden bir tanesi, uzun ve sınırlı listeler yapmak yerine genel sınıflar belirlemektir. Aşırı oranda katılıktan kaçınmak ve değişen şartlara uyum sağlayabilmek için genelde pek çok kanun, az ya da çok, 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 (madde 7) ile uyumsuz addedilmez. Zaten mahkemelere verilen yargı yetkisi, günlük uygulamadaki değişiklikleri de göz önüne alarak, bir kuralın yorumuna ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmak için vardır.

Mevcut davada Mahkeme'nin görevi, kanunda yazılı kuralın, beraberindeki yoruma dayalı içtihat da göz önüne alındığında, bu şartları sağlayıp sağlayamadığını 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, kapsaması 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). Kişinin belirli bir hareketi yapmaktan doğabilecek sonuçları, en azından içinde bulunulan şartların getirdiği makul bir ölçüde, değerlendirebilmesi için hukuki tavsiye almasının gerekmesi, kanun öngörülebilirlik şartının yerine gelmesine engel değildir (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 iş sahipleri 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 (madde 7) 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 fıkrada 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 meşru olmayan bir cinsel ilişkiye girdiği takdirde [.....] ırza geçmiş sayılır." Birleşik Krallık mahkemeleri, ırza geçmenin tanımında yer alan "meşru 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 belirlememiş veya ırza geçme suçunun içeriğini değiştirmemişken, mevcut bir suçu, daha önce emsal hukukuna göre bu suçun kapsamına girmeyen davranışları da suç kapsamına dahil edecek biçimde uyarlamışlardı. Bu nedenle başvurana göre öngörülebilirlik kıstası yerine getirilmemişti. AİHM, AİHS'nin 7. Maddesi'nin ihlalinin 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, değişik şartlar altında, ırza geçmekten suçlu bulunacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Dahası içtihatlar aracılığı ile, 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 olmadığının 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 bırakılamayacağını teminat altına alan Sözleşme'nin 7. Maddesi'nin (madde 7) 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 (madde 7) uyumlu olmayan bir mahkûmiyet kararı vermemiştir.

Ayrıca AİHM, AİHS'nin başka bir maddesine ilişkin olarak öngörülebilirlik şartının yerine getirilmiş olduğuna karar verdiği hallerde 7. madde altındaki öngörülebilirlik şartına da fiilen (*de facto*) uyulmuştur. (örneğin bkz., Erdoğdu 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 ihlalini oluşturmadığını belirtmiştir:

> Zaman aşımı, suçun işlenmesinden sonra geçen belli bir süre sonunda suçu işleyenin hakkında dava açılmamasına ilişkin kanuni bir haktır. Sözleşmeci Devletler'in iç hukuk sistemlerinin ortak özelliği olan zaman aşımı süreleri, hukuki belirginlik ve kesinlik ile mahkemelerin üzerinden zaman geçtiği için

eksik kalabilecek delillere dayanarak karar vermesi sonucu davalıların haklarının ihlalinin 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, suçlara karşı açılacak davaların 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 ihlalini oluşturmaz çünkü bu madde, bir usul hükmünün derhal uygulanması yoluyla, suçu oluşturan filler zaman aşımına uğramamışken zamanaşımı sürelerinin uzatılmasını yasakladığı şeklinde yorumlanamaz.

Suçu oluşturan fiiler zamanaşımına uğradığı için faillerin cezalandırılamaz olduğu hallerde cezalandırabilme imkanı sağlayan bir hukuki hüküm söz konusu olduğu takdirde 7. Madde'nin ihlal edilmesi, bu dava için söz konusu değildir ve Mahkeme, bu nedenle bunu incelemek zorunda değildir [.....]

Mahkeme, suçlandıkları eylemlerin cezai sorumluluk yaratabileceğinin farkında olmamaları mümkün olmayan başvuruculların, kamu davası zaman aşımı nedeniyle düşmeden işledikleri fiillerden 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 karşılaştıklarında daha ağır bir zararla da karşılaşmamışlardır (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda belirtilen Welch davası kararı, s. 14, paragraf 34).

Sonuç olarak, başvuranların Sözleşme'nin 7. Madde'si kapsamındaki hakları ihlal edilmemiştir.

Geriye dönük olmama ve devam eden suç kavramı

7. Madde, usul 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 (madde 7-1), 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 başvuranın lehine olmuştur.
>
> Sonuç olarak, Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrasının (madde 7-1) ihlali söz konusu değildir.

Geriye dönük olma konusu, devamlılık arzeden suçlar için de dile getirilebilir. Ecer ve Zeyrek-Türkiye davasında AİHM, devamlılık niteliği olan 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 ihlal 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):

> [...] Çözümlenmesi gereken tek sorun, 1991 tarihli kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlara, Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrasına aykırı surette geriye dönük olarak, ilgililerin cezlandırılmalarını sağlayacak 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 "devamlılık" niteliği taşımasının, ilgili suçun belli bir zaman dilimi içinde işlendiği anlamına geldiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin görüşüne göre, bir kimse devamlılık niteliği taşıyan bir suçu işlemekle itham edildiği zaman, hukuki güvenlik kuralı gereği, 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, devamlılık 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 dayandırdığını 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 mahkûm 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 kimseler 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 gerekenden daha ağır bir ceza ile cezalandırıldıkları sonucuna varmıştır.

Bu yüzden Sözleşme'nin 7. Madde 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

Bir Devlet'in yerine başka bir Devlet'in geçmesi

K.-H.W.-Almanya davasında (22 Mart 2001, Başvuru No. 37201/97, paragraf 84-86) AİHM, bir Devlet'in yerine başka bir Devlet'in geçmesi ile doğan sorunu 7. Madde açısından ele almıştır. Bu davada, Berlin duvarının olduğu zamanlarda sınırı geçmeye çalışan Alman vatandaşlarının öldürülmesi konusunda eski (Doğu) Alman Demokratik Cumhuriyeti yasaları temel alınarak Federal Alman Cumhuriyeti tarafından başlatılmış olan davalar söz konusuydu. Mahkeme bu konuda şöyle demektedir:

> Mahkeme, hukukun üstünlüğü esasına göre yönetilen bir Devlet'in, 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 Devlet'in mahkemeleri, hukukun üstünlüğü prensibine göre yönetilen bir Devlet'in mahkemeleri olarak, söz konusu olayların geliştiği zamanda geçerli olan hukuki hükümleri uyguladıkları veya yorumladıkları için eleştirilemez.
>
> Mahkeme, 7. Madde 1. fıkra altında, ceza kanunu hükümleri hangi hukuk sisteminde ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, ister istemez yargının yorumuna gerek duyulduğunu, şüpheli konuların açıklığa kavuşturulması veya değişen şartlara uyum sağlanması ihtiyacının her zaman geçerli olacağını hatırlatır (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 kural olarak, Sözleşme'nin temel taşını oluşturan ve Dibacesi'nde de belirtilen (bkz. aşağıda paragraf 86) demokratik bir rejim ile yönetilen bir hukuk Devlet'i içinde içtihadın gelişimi için geçerlidir; ancak, burada olduğu gibi, bir Devlet'in yerine başka bir Devlet'in geldiği durumlarda da tamamen geçerliliğini korur.
>
> Aksine bir mantık, Sözleşme'nin sağladığı koruma sisteminin temelini oluşturan prensiplere aykırı olacaktır. Sözleşme'nin çerçevesini belirleyenler, bu prensiplere Sözleşme'nin girişinde, "dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan 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 ihlali müeyyidesi

İlk sonuç, bu maddenin ihlalidir. 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, 7. Madde 1. fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yukarıda bahsedilen Welch davası kararında AİHM, aynı zamanda 7. Madde'nin ihlal 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] mahkemelere tanınan yetkileri hiçbir şekilde sorgulamamaktadır.

7. Madde, 2. fıkra – İstisna hükmü

7. Madde'nin 2. fıkrası şöyledir:

> **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 incelenirken iki konuya değinmek gerekir.

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, Devlet'in herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. Bu, "bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi olmayacaktır" ifadesini içeren 2. fıkradan çıkmaktadır.

Ancak 8. Madde'nin ihlali, sadece bir "müdahale" durumunda söz konusu olmayabilir. Devlet'in 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, Devlet'in yaptığı belirli bir hareket değil, harekete geçmemiş olmasıdır. Ancak 8. Madde'nin (madde 8) amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, sadece Devlet'i bu tür müdahalelerden alıkoymakla kalmaz; bu birincil olumsuz yükümlülüğe 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, gerektiğinde, 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 (madde 8) ihlalinin mağduru olmuştur.

Rees-Birleşik Krallık davasında (17 Ekim 1986 tarihli karar, Seri A No.106, s. 15, paragraf 37), AİHM bir pozitif yükümlülük olup olmadığının nasıl belirlenebileceğini açıklamıştır.

> Pozitif bir yükümlülük olup olmadığını belirlerken, AİHS'nin tamamında olduğu gibi, toplumun genel yararı ile bireyin çıkarı arasında, adil bir denge kurulmaya

> çalışılmasına dikkat edilmelidir (bkz. gerekli değişikliklerle, diğerler 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 Sporrong ve Lönnroth davası kararı, Seri A No. 52, s. 26, paragraf 69 gibi kararlar). Bu denge kurulurken, 8. Madde 2. fıkrada (madde 8-2) belirtilen amaçlar geçerli olabilir, ancak bu hüküm birinci fıkrada korunan hakka sadece "müdahaleler" açısından, yani bu haktan doğan olumsuz 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 Devlet'in 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 (madde 8) 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 Devlet'in pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir tanım yapmaya uygun değildir. Yine de uygulanacak prensipler benzerdir. Her iki durumda da, bireyin ve bir bütün olarak toplumun birbiriyle rekabet içinde olan çıkarları arasında adil 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 Devlet'in iddialarını incelemeyi kabul etmiştir. AİHM'ye göre:

> Devlet, 8. Madde 1. fıkranın uygulanabilirliğine itiraz ederken başvurucunun tazminat işlemleri başlatarak, kliniğin Sosyal Sigorta Bürosu'na 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, başvurucunun klinikteki tıbbi kayıtlarının gizlilik ilkesine tabi olduğunu saptamıştır (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 geçerlidir (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 başvurucunun Büro'ya karşı tazminat talebinde bulunmasına değil, aynı zamanda başvurucunun kontrolü altında olmayan başka nedenlere de dayalı gibi görünmektedir. Bu nedenle, talebine dayanarak klinikteki tıbbi kayıtları konusunda AİHS 8. Madde 1. fıkra kapsamına 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. fıkra 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) başvurucunun 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, ilkesel olarak, mesleki veya iş dünyasıyla ilgili faaliyetleri hariç

> tutmanın 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 imkansız kılacak derecede kişinin hayatının bir parçası haline gelmiş olabilir.
>
> Bu durumda Devlet'in yapılmasını önerdiği gibi, şikâyette bulunulan önlemin sadece mesleki faaliyetlerle ilgili olduğuna dayanarak 8. Madde (madde 8) kapsamından yararlandırmamak eşit olmayan bir muamele doğmasına da neden olabilir; zira, mesleğiyle ilgili olan ve olmayan faaliyetleri birbirinden ayrılamayacak kadar iç içe geçmiş olan bir kişi bu korumadan yaralanabilecektir. Aslında Mahkeme bu nedenle böyle ayrımlar belirlememiştir; hem iş, hem de özel konuşmaların dinlendiği telefon dinleme faaliyetinin bile özel hayata bir müdahale olduğu sonucuna ulaşmış (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 (madde 8) 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 yargıçlar 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 erişilebilme 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 başvurucu, Mason locası üyesi olduğu hakkında basında yapılan açıklamanın, bu yönde herhangi bir zarara neden olduğunu kanıtlayamamıştır. Ancak, "herkesin üye kayıtlarına bakarak kimin üye olduğunu öğrenebileceğini" kabul etmiştir.
>
> Bu nedenle, bir müdahale yoktur.

Kişiler hakkında bilgi toplama ve bu bilgileri saklama sistemi ile ilgili olan Rotaru-Romanya davasında (4 Mayıs 2000 tarihli karar, Başvuru No. 28341/95, paragraf 42-44), AİHM bazı ayırtılara değinmiştir:

Hükümet, RIS'nin 19 Aralık 1990 tarihli mektubunun başvurucunun özel hayatıyla değil, kamu hayatıyla ilgili olduğunu iddia ederek 8. Madde'nin uygulanamaz olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, siyasi faaliyetlerde bulunmaya ve broşür bastırmaya karar vererek, özel hayatın doğasında olan "gizlilik" (anonymat) 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 saklanmasının 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 tutmayı gerektiren bir ilkeden sözedilemez (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 Kendiliğinden İşlenmesi Konusunda Bireylerin Korunması konulu Sözleşme ile ilişkisini daha önce de belirtmiştir; bu belgenin amacı, "bütün bireylerin [...] haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle kendisine ait şahsi verilerin kendiliğinden 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, düzenli 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, başvurucunun hayatıyla ve özellikle eğitimi, siyasi faaliyetleri ve sabıka kaydıyla ilgili bazı bilgiler olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu tür bilgiler düzenli olarak toplandığında ve Devlet'in yetkilileri tarafından dosyada saklandığında, AİHS'nin 8. Madde 1. fıkrası açısından "özel hayat" kapsamına girmektedir. Özellikle bu davada, bilgilerin bir kısmı yanlış olduğu ve başvurucunun 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 kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil olabildikleri için, kişinin mahrumiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da, önemli 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 düzenli 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 Kendiliğinden İşlenmesi

Konusunda Bireylerin Korunması konulu Sözleşmeye daha önce atıfta bulunmuştur; bu belgenin amacı, "bütün bireylerin [...] haklarına ve temel özgürlüklerine ve özellikle kendisine ait şahsi verilerin kendiliğinden 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 başvurucu hakkında bilgi saklanması, bu kartın hassas bilgiler içermemesine rağmen ve bu karta büyük olasılıkla hiç başvurulmamış olmasına rağmen, özel hayata müdahale 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 özel hayatına 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, başvurucunun 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 8. maddede güvence altına alınmış olan özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakları 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 veriler olarak değerlendirilmelidir.

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 (madde 8) 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.

Devlet'in 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 Devlet'e 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, başvurucu Devlet'in yaptığı değil, yapmadığı birşeyden dolayı şikâyetçi olmuştur. 8. Madde'nin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, Devlet'i sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif yükümlülüğe 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, Devlet'in 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, Devlet'in 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 ihlalinin mağduru olduğu sonucuna ulaşmıştır.
>
> Aklî 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 uygulanabilir 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 adil bir denge kurulmasında Devlet'in 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 atıkların, başvuruculların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki doğrudan etkisinin, 8. Madde'nin uygulanabilir kıldığını belirtmiştir (s. 227, paragraf 57). Başvuruculların ve ailelerinin, söz konusu fabrikada bir kaza olması durumunda özellikle zarara uğrama tehlikesi altında olan Manfredonia kasabasında yaşamaya devam etmeleri durumunda, ne tür tehlikelere maruz olduklarını değerlendirmeleri için gerekli bilgilerin başvuruculara verilmemiş olmasından dolayı, Mahkeme İtalya'nın bu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir (s. 228, paragraf 60).

Ancak bu davada Bay Botta'nın ileri sürdüğü hak, yani oturduğu yerden uzak olan bir yerde, tatili sırasında plaja ve denize erişme hakkı, özel plajların eksikliklerini gidermek için Devlet'in alması gereken önlemler ile başvurucunun 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 uygulanma olasılığının çerçevesi çok geniştir. 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, başvurucular "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 sarih 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 Devlet'in adların düzenlemesi konusuyla ilgilenmesi bu konuyu özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmaz, çünkü kamu hukukunun bu boyutu, belli bir derecede, bir kişinin, iş ve ticaret alanı da dahil olmak üzere, başkalarıyla ilişkiler kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de içeren özel hayat kavramıyla uyumludur (bkz. gerekli değişikliklerle, Niemietz-Almanya davası kararı, 16 Aralık 1992, Seri A No. 251-B, s. 33, paragraf 29).
>
> Bu davada başvurucunun, kendisine göre akademik dünyada bilinen soyadını kullanması kariyerini önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle 8. Madde (madde 8) uygulanabilir.

AİHM, 14. Madde bağlamında 8. Madde konusunda şu gözlemde 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 yetkililer tarafından verilmediği için şikâyette bulunmuştur. Bunun, 14. ve 8. Madde'lere (madde 14+8) 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 önemli nedenlerin ileri sürülmesi gerektiği anlamına gelmektedir (bkz. en yakın karar olarak Schuler-Zgraggen-İsviçre davası kararı, 24 Haziran 1993, Seri A No. 263, s. 21-22, paragraf 67).
>
> [...]
>
> Şikâyette bulunulan farklı muamele makul ve nesnel bir gerekçeden yoksun olduğundan 8. Madde yönünden 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, başvurucunun soyadını değiştirme isteğinden daha önemli olabileceğini belirtmiştir:

> Mahkeme'ye göre, kişinin örneğin soyadının değiştirmesi konusunda bir zorunluluk özel hayata müdahale anlamına gelebilecekken, Fin makamlarının, başvurucunun belli bir soyadı almasına izin vermemesi, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına mutlaka müdahale ediliyor anlamına gelmeyebilir. [...]
>
> Finlandiya'da ve diğer Sözleşmeci Devletler'de 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, başvurucunun şikâyetçi olduğu rahatsızlıkların (İsveççe adının Fince 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 ihlal 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 adlara uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir.

> Mahkeme, 8. Madde'nin (madde 8) ön adlar konusunda sarih hükümler içermediğine dikkat çeker. Ancak, bireylerin kimliğinin ailelerinde ve yaşadıkları toplumda belirlenmesini sağladığı için, 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 adının ebeveyni tarafından belirlenmesi kişisel ve duygusal bir meseledir ve bu yüzden özel alanın içine girer. Bu nedenle şikâyetin konusu, 8. Madde (madde 8) 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 ihlal edilmediğine karar vermiştir. Çocuk söz konusu ismi günlük hayatında herhangi bir engel olmadan kullanabiliyor ve Fransız adli makamları başvurucuların "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 ruhsal 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, başvurucuların özel hayata saygı gösterilmesi hakkına sürekli -ve bu davada 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 yetişkin arasındaki rızaya dayalı 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 "zorunlu 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 varlığı bile, başvurucu gibi eşcinsel yönelimleri olan bir kişinin hayatının üzerinde olumsuz etkilere neden olabilir (...). Özel hayatta eşcinsel davranışlarda bulunulması, eşcinselliğin ahlak dışı olduğunu düşünen kimilerini sarssa, kızdırsa veya rahatsız etse bile, yetişkinler arasında rızaya dayalı ise, 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 mahkûm olmuştur.
>
> [...]

> Bu davada ulusal makamlara tanınan takdir hakkının dar olduğu gözönüne alındığında, kamu sağlığını ilgilendiren herhangi bir konu olmadığı ve söz konusu davranışlar tamamen özel niteliğe sahip olduğu için, Mahkeme'ye göre, erkeklerin özel hayatta eşcinsel davranışlarda bulunmasını suç kılan kanunların yürürlükte olmaya devam etmesi için öne sürülen nedenler ve, daha ziyade (*a fortiori*) bu davada yargılanmaları ve hüküm giymeleri için dayanılan gerekçeler, söz konusu kanunu ve cezai takibatını haklı kılmaya yeterli değildir.
>
> Bu yüzden AİHS'nin 8. Madde'si ihlal 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 ordudan atılmasına neden olmuştur. AİHM'nin görüşüne göre:

> Mahkeme, Sözleşmeci Devlet'in 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 kişilerle, başvurucuların cinsel yönelimleri ve davranışları konusunda askeri polis tarafından yapılan detaylı görüşmeleri de içeren, başvurucuların eşcinsellliği 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 kararla 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, zorunlu 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 konuyla ilgili ve yeterli olup olmadığı konusundaki son değerlendirmeyi Mahkeme yapar. Bu değerlendirme bağlamında, Sözleşmeci Devletler'e 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 Devlet'in 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 düşünülemeyeceğine göre, bireylerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının Devlet tarafından sınırlandırılabileceğini düşünmektedir. Ancak bu kurallar ulusal yetkililer tarafından, bir Devlet'in yetki alanına diğer bireyler gibi giren silahlı kuvvetler mensupları için de geçerli olan özel hayata saygı gösterilmesi hakkının kullanmasını 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, başvuruculların 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'nin 8. Madde'si ihlal 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 ihlal 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 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 numarası[1]) vb. hâlâ başvurucunun ilk cinsiyetinin belirtiliyor olmasının, özel hayatında her gün sorun yaşamasına neden olduğunu kabul etmiştir. AİHM, bu sonucu ulaşırken şu gözlemlerde bulunmuştur (s. 53-54, paragraf 62-63):

> [...] bu alanda başvurucunun şikâyetçi olduğu rahatsızlıklar, 8. Madde (madde 8) kapsamında göz önünde bulundurulacak kadar ciddiyet düzeyine ulaşmaktadır.
>
> [...]
>
> Mahkeme, [...] bu davayı Rees ve Cossey davalarından ayrı kılan ve yukarıda bahsedilen nedenlerden dolayı ve başvurucunun ileri sürdüğü diğer noktaları ele alma gereği olmaksızın, başvurucunun, genel olarak bakıldığında, her gün özel hayatına saygı gösterilmesiyle bağdaşmayan bir durumda bulunduğu sonucunu ulaşmıştır. Bu nedenle, idarenin takdir hakkı dikkate alınsa bile, kamu yararı ve bireyin çıkarları arasında kurulması gereken âdil denge (bkz. yukarıdaki paragraf 44) kurulmamıştır ve böylece 8. Madde (madde 8) ihlal edilmiştir.
>
> Davalı Devlet, bu durumu düzeltmek için çeşitli yollardan yararlanabilir. Bunlardan hangisinin uygun olduğunu belirtme, Mahkeme'nin görevi değildir [...].

Böylece AİHM, Sözleşmeci Devlet'i resmi belgelerde cinsiyet değiştirilmesini kabul etmeye zorlamamaktadır. Ancak Mahkeme söz konusu Devlet'i, başvurucunun içinde

[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.

bulunduğu durumdan kaynaklanan 8. Madde'nin ihlalini düzeltmek için kendi seçeceği önlemleri almakla yükümlü tutmaktadır.

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 olan başvurucunun (X), 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, Devlet'in bu bağın geliştirilmesine imkân veren bir biçimde davranması gerektiğini ve ya doğumdan itibaren ya da mümkün olan en kısa süre içinde, çocuğun ailesiyle birleşmesini 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 kural olmadığını ve Devletler'e 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 Devlet'in, 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 (madde 8) 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 anlaşılmaktadır. Mahkeme, bu davada 8. Madde'nin ihlal edildiği sonucuna varmamış olmakla birlikte, Sözleşmeci Devletler'in bu konuyu izlemeleri gerektiğini tekrar ifade eder.

Sado-mazoşist fiiller

AİHM, bir bireyin cinsel hayatının AİHS 8. Madde'nin koruması 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, başvurucular 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 başvurucuların 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 başvurucuların yargılanması ve hüküm giymesinin özel hayatlarına bir müdahale olduğu ön gerçeğinden yola çıkarak, Mahkeme böyle bir müdahalenin 8. Madde 2. fıkradaki (madde 8-2) anlamıyla "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığını belirleyecektir.
>
> [...]
>
> 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 rızaları olan yetişkin katılımcılar olduğunu; şikâyet konusu olan faaliyetlere katılımın dikkatli bir biçimde sınırlandığını 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, başvurucuların 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 zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle güdülen 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, duruma göre değişir. Sözleşmenin hangi hakkının söz konusu olduğu, bu hakkın 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, Devlet'in 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 iradesiyle ilgili olduğu için, mağdurun rızası olan durumlarda kanunen hoşgörü gösterilmesi gereken zarar düzeyini öncelikle Devlet belirler.

Bu davada başvurucular, söz konusu davranışın, Devlet'in düzenlememesi gereken kişisel 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 adlandırılamayacak düzeyde önemli zararlar veya yaralanmalara yol açmıştır. Sadece bu saptama 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 "öngörülemeyecek biçimde tehlikeli" bulduğu hatırlatılmaktadır (bkz. yukarıdaki paragraf 20).

AİHM, bu davada AİHS'i 8. Madde'sinin ihlal 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 dahil edilmiştir. Mahkeme, başvurucuların yaptıklarının suç olduğunu bilmediği göz önünde bulundurularak, temyizde 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 konuda 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 yaşamanın 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);

> uygulamada Kıbrıslı Rum basına 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 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 ağırlaştıran etkenler 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 hakkına bir müdahale 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 denetimi ile ilgili 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, başvuruculların haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak izlenmesini mümkün kılan ve başvuruculların kendilerine karşı bu tür uygulamaların yapılıp yapılmadığını bilmesine imkan tanımayan mevzuatın, başvuruculların 8. Madde (madde 8) kapsamındaki haklarına müdahale anlamına gelip gelmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, "söz konusu kanunun sadece varlığı ile, bu kanunun uygulanabileceği kişiler için posta ve iletişim hizmetleri kullanıcıları arasında haberleşme özgürlüğüne kaçınılmaz olarak zarar verecek bir izlenme tehdidi içerdiği ve böylelikle başvuruculların aile ve özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi haklarına karşı ' kamu otoritesinin bir müdahalesi' anlamına geldiğine hükmetmişti (s. 21, paragraf 41).

Yerleşmiş içtihada 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 dışarıya veya dışarıdan bu işyerlerine yapılan telefon aramalarındaki görüşmelerin, 8. Madde 1. fıkradaki anlamda "özel hayat" ve "haberleşme" kavramlarının kapsamına girebileceği, içtihatta 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 (madde 8-2) 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 başvurucunun 8. Madde'de teminat altına alınan haklarına müdahale edildiğini belirtmiştir. Daha sonra davalı Devlet'in başvurduğu kanunun özelliklerini açıklamıştır:

> Başvurucunun taraflardan biri olduğu bir telefon görüşmesinin, polisin talebi üzerine İçişleri Bakanlığı'nın verdiği izin sonucu dinlendiği konusunda görüş birliği vardır (bkz. yukarıdaki paragraf 14). Telefon görüşmeleri 8. Madde (madde 8) 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), kabul edilen müdahale önlemi 8. Madde 1. fıkra (madde 8-1) kapsamında başvurucuya sağlanan bir hakkın kullanılmasına "bir kamu otoritesinin müdahalesi" anlamına geliyor demektir.
>
> [...]

> Temel ihtilâf konusu, müdahalelerin 8. Madde 2. fıkradaki (madde 8-2) şartlara göre haklı olup olmadığı, özellikle de söz konusu fıkraya göre "yasayla öngörülmüş" ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı konusundadır.
>
> İlk prensip, "yasa" kelimesinin sadece yazılı yasaları değil, yazılı olmayan yasaları da içermesidir (bkz. yukarıda bahsedilen *Sunday Times* kararı, s. 30, paragraf 47). Komisyon, Hükümet ve başvurucunun 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 Mahkeme, bu ifadelerden doğan şartların ulusal hukuka uyumunun ötesine gittiğini tespit etmişti. [...]
>
> Mahkeme, "yasayla öngörülmüş" ifadesinin sadece ulusal yasalara yönelik değil, yanı zamanda söz konusu yasanın niteliğine de yönelik olduğu ve bu durumun sarih bir biçimde AİHS'nin giriş bölümünde 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 (madde 8) amacına ve hedefine uygun olarak, 1. fıkrada (madde 8-1) 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 ihtimalen tehlikeli müdahalenin, kamu otoriteleri tarafından hangi durumlarda ve şartlarda yapılabileceği konusunda vatandaşlara yeterli bilgi verecek düzeyde açık ifadeler içermelidir.

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 belirgin bulmamıştır. AİHM, 8. Madde 1. fıkranın ihlal 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 başvurucu, çalıntı malların

kötüye kullanımıyla itham edilmiştir. Bu kişi, daha sonra telefonun dinlenmesinin geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Bu kişinin temyiz başvuruları, üçüncü kişiye 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 kabul etmek uygun olur ki, Yargıtay'ın yürüttüğü mantık, çok sayıda kişinin, yani kendisine ait bir hattan başka bir hat ile telefon görüşmesi yapan kişilerin, yasanın korumasından mahrum kalmasına neden olacak kararlara yol açabilir. Bu, uygulamada koruma mekânizmasının içeriğini büyük ölçüde boşaltabilir.
>
> Kimin telefonunun dinlendiği konusunda ayrım 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, başvurucunun hukukun üstünlüğünün gerektirdiği gibi ve sözkonusu müdahaleyi "demokratik toplumda zorunlu"

> olacak kadar sınırlandırılmasını mümkün kılan "etkin bir kontrolden" faydalanamadığını düşünmektedir.
>
> Bunun sonucu olarak, AİHS'i 8. Madde'si ihlal edilmiştir.

P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık davası kararından (25 Eylül 2001, Başvuru No. 44787/98, paragraf 62) yapılan aşağıdaki alıntı, bu tür soruşturmalarla ve 8. Madde 2. fıkra altındaki gerekçelendirilmeleri ile ilgilidir:

> Mahkeme, Hükümetin bu önlemin yasal dayanağı olarak polisin delil toplama ve saklama konusundaki genel gücünü ileri sürdüğünü hatırlatır. Polis memurlarının, bir soruşturma sırasında atılan adımlarla ilgili delilleri kayda etmesi, delil toplaması ve saklaması konusunda zımni yetkilerine 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 sarih bir yasal dayanak olmamasının, yasallık şartına uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır (bkz. yukarıda bahsedilen Malone, Halford ve Khan davaları kararları). Bu durum ile kayıt cihazının, söz konusu bireyin bilgisi veya rızası olmadan, polise ait mekânlarda kullanılması arasında bir maddi fark bulunmamaktadır. 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 ihlal 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 (sayım döküm cihazı) kullanılması demektir (bkz. yukarıdaki paragraf 56).
>
> [...]
>
> Hükümetin de belirttiği gibi, bir yazıcının bağlı olduğu 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 (madde 8) 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 (madde 8) 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 ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu davada, Devlet yetkilileri tarafından Bay Leander hakkında toplanan bilgilere dayanarak, Bay Leander bir deniz üssündeki 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 (madde 8-1) 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 Devlet'i, söz konusu sicilin adayların deniz üssündeki göreve atanmasında yardımcı olmak amacıyla hazırlandığını ve bunun güvenlik nedeniyle yapıldığını iddia etmiştir. AİHM, Bay Leander hakkındaki bilgilerin saklanmasının, demokratik bir toplumda ulusal güvenliği sağlamak için gerekli olduğuna karar vererek bu görüşü kabul etmiştir. Ancak, söz konusu sicilin 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 Denetçisi'nin yanı sıra Meclis Adalet Kurulu'nun bu konudaki denetimine özellikle önem vermektedir (bkz. yukarıdaki paragraf 62, No v, x, xi ve xii). Komisyon gibi Mahkeme de, İsveç personel izleme sistemindeki koruyucu önlemlerin, 8. Madde 2. fıkranın (madde 8-2) şartlarına uyduğu sonucuna ulaşmıştır. Davalı Devlet'e sağlanan geniş takdir payı göz önünde bulundurulduğunda davalı Devlet'in, bu davada, ulusal güvenlik konusundaki çıkarlarının başvurucu bireyin çıkarlarından daha üstün olduğu kanaatine sahip olmaya hakkı vardır (bkz. yukarıdaki paragraf 59). Bu nedenle, Bay Leander'in maruz kaldığı müdahalenin güdülen 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, başvurucunun kocasıyla ilgili bir ceza davası için, başvurucudan önceden onay alınmadan hakkındaki gizli tıbbi bilgiler açıklanmıştır.

Mahkeme bu bağlamda, şahsi bilgilerin ve özellikle tıbbi verilerin saklanmasının, AİHS 8. Madde (madde 8) kapsamındaki özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından çok önemli olduğunu göz önünde bulunduracaktır. Tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermek, AİHS'e taraf olan bütün Sözleşmeci Devletler'in yasal sistemlerinin temel bir prensibidir. Sadece hastanın özel hayatına 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, AİHS 8. Madde'deki (madde 8) 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, önemli bir kamu yararı olmadığı durumlarda, AİHS 8. Madde (madde 8) ile uyumlu olamaz.

Bir bireyin HIV enfeksiyon durumunun çok mahrem ve hassas bir konu olduğu göz önünde bulundurularak, Devlet tarafından, başvurulan hastanın rızası olmadan söz konusu bilginin bildirilmesini veya açıklanmasını zorunlu kılan herhangi bir önlem, etkin bir koruma sağlamayı amaçlayan bütün önlemlerde olduğu gibi, Mahkeme tarafından çok ayrıntılı 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, hastanın çıkarının ve kamunun yararının bulunduğu tıbbi verilerin gizliliğine ilişkin koruma bazen suçların soruşturulması, suçluların takibi ve davaların kamuya açık olması gibi daha önemli konular önünde önem derecesini yitirebilir (bkz. gerekli değişikliklerle, 1981 tarihli veri koruma konvansiyonunda 9. Madde).

Söz konusu soruşturmadaki tedbirler bağlamında unutulmaması gereken, Mahkeme'nin, adli yargılama sırasında kullanılan delillerin yerindeliği konusundaki ulusal makamların değerlendirmelerinin yerine kendi görüşlerini koymasının uygun 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 bir üçüncü şahsın çıkarları arasında âdil bir denge kurulması konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir payı bırakılması gerektiğinin farkındadır. Bu takdir payının genişliği, söz konusu çıkarların doğası ve ciddilik düzeyi, müdahalenin şiddeti gibi etkenlere göre değişir (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, başvurucunun tıbbi danışmanları, mahkeme emri gönderilerek tanıklığa zorlanmıştır. AİHM'nin görüşüne göre:

> Başvurucunun doktorlarının ve psikiyatrlarının tanıklığa zorlanması ile ilgili emre 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, beş suçun hepsiyle birlikte adam öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı soruşturma yapmak ve X'i yargılamak konusundaki kamu yararının üstün olduğunu düşünmek konusunda haklı oldukları şüphe götürmez.
>
> Mahkeme, Finlandiya kanunlarına göre, sadece çok sınırlı şartta, yani bir soruşturmayla ilgili olarak ve en az 6 yıl hapis cezası öngörülen ciddi suçların isnat edilmesi bağlamında, başvurucunun tıbbi danışmanlarının başvurucunun 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 ihlal 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 ihlali 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 ihlal 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 fiziksel ve ruhsal 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 başvurucu, 8. Madde konusundaki şikâyetini 3. Madde kapsamındaki ileri sürdüğü olaylara dayandırmıştır ki Mahkeme, bu sonuncu madde yönünden inceleme yapmış ve gerekli unsurların var olmadığı sonucuna ulaşmıştı. Özellikle kelepçe takılmasının, başvurucuyu fiziksel veya ruhsal olarak etkilediği veya başvurucuyu aşağılamaya yönelik olduğu gösterilememiştir (bkz. yukarıda paragraf 58). Bu şartlarda Mahkeme, şikâyetçi olunan muamelenin, başvurucunun 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 ihlal edilmediğine karar vermiştir.

(Ayrıca bkz. Stubbings ve Diğerleri-Birleşik Krallık davası kararı, 22 Ekim 1996, *Reports* 1996-IV, paragraf 59-67).

Çeşitli olasılıklar

Hatton davası kararında AİHM, gece boyunca hava trafiğinde görülen artışın, konuta ve özel hayata saygı gösterilmesi hakkını ihlal edebileceğinden,

başvurucunun iddialarının 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 başvurucular ile mevcut başvuruculların durumu arasında makul bir karşılaştırma yapmanın mümkün olmadığını düşünmektedir çünkü, öncelikle, bu başvurucular gece çıkan ses konusunda şikâyet etmektedir, oysa daha önceki başvurucular genel olarak uçakların çıkardığı sesten şikâyet etmiştir ve ikincisi, bu başvurucular, 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 başvuruculların özel veya aile hayatına "müdahale" ettiğinin söylenemeyeceğini düşünmektedir. Başvuruculların şikâyeti, AİHS 8. Madde 1. fıkra kapsamındaki 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 ihlal ettiğine karar vermiştir. Son olarak, başvuruculların 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 uygulama alanı bulmuş, ancak bilgi edinmeyi mümkün kılan bir prosedür olması nedeniyle ihlal bulunmamıştır).

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 içtihadına uygun olarak (bkz. örneğin Marckx-Belçika davası kararı, 13 Haziran 1979, Seri A No. 31, paragraf 31) Mahkeme, "aile hayatının" varlığının veya yokluğunun yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığına bağlı 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 "tabii" olmasına bakılarak ayrım yapılmaması gerektiğine dikkat çekmiştir:

> Mahkeme, 8. Madde'nin (madde 8) "meşru" ve "tabii" aile arasında bir ayrım yapmadığı konusunda Komisyon'un belirlediği içtihada tamamen katılmaktadır. Böyle bir ayrım, AİHS'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında "doğum" bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. Madde'nin de (madde 14) desteklediği gibi "herkes" kelimesine uygun olmaz. 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 içtahat 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 (madde 8) 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 başvuruculara kocalarına, Birleşik Krallık'ta yasalara uygun ve daimi olarak yerleşik olan eşleriyle birlikte ülkede kalmalarına izin verilmemişti. 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 (madde 8) 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 (madde 12) 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 oturmanın 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 (madde 8) dayanağı olan aile kavramında, böyle bir birliktelikten 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) 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) "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), babasına tabii bağ ile bağlı olan bir çocukla ilgilidir. Bir koruma kurumuna yerleştirilmiş olan bir çocuğun biyolojik annesi ve babası başvurucu olarak AİHM'de dava açmışlardır. Bu davada, annenin, ruh sağlığı ve (daha önce) zorunlu olarak psikiyatri hastanelerine yatmış olmasından dolayı, velâyet hakkı elinden alınmıştır. Biyolojik baba, çocukların velâyeti konularında yetkisi olan Birleşik Krallık mahkemelerindeki imkânlara 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 doğrudan doğruya 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:

> İlgili babalık durumunun yasal olarak kabulü yolunda gerekli ön girişimde bulunmadığından kuruma yerleştirme ile ilgili davada ilgilinin haklarından herhangi biri mevzu bahis değildi.

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 (madde 6-1, madde 8) tarafından korunan çıkarların doğası arasındaki farka dikkat çeker [...]. 6. Madde 1. fıkranın ve 8. Madde'nin (madde 6-1, madde 8) sağladığı koruyucu önlemlerin amaçları arasındaki fark, özel şartlarda, aynı olayların her iki Madde (madde 6-1, madde 8) kapsamında ele alınmasını gerekli kılabilir (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.Belirtmek gerekir ki, dava devam ederken babanın anneyle evlenmesi, aile hayatının varlığı belirlenirken AİHM tarafından kaçınılmaz olarak göz önünde bulundurulmuştur:

> [...] Gerçekten de başlangıçta, 1987 sonunda ve 1988 başında, ikinci başvurucu birinci başvurucunun A.'nın babası olduğunu reddetmiştir. Diğer yandan, Komisyon önündeki ilk duruşma [...] birinci başvurucunun adının çocuğun doğum doğum sertifikasına eklenmesinden iki hafta öncesine denk gelmiştir (sırasıyla 4 ve 18 Şubat 1988) (bkz. paragraf yukarıdaki 7, 11, 14, 15 ve 18).

> Ancak birinci başvurucu, 27 Ocak 1988'de baba olduğunu iddia etmiştir ve Komisyon'unu önundeki ilk dava sırasında bile bile ikinci başvurucuyla yaşıyor ve özellikle onun vekili olarak, A.'yla görüşme hakkını elde etme konusuyla yakından ilgileniyordu[...] Söz konusu döneme bir bütün olarak bakıldığında bir arada yaşıyorlardı ve ikinci başvurucunun belirli aralıkla 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 tüm hakları ile bir parçasıdır. Böylece çocuk ve ebeveynleri arasında aile hayatını oluşturan bir bağ vardır (bkz. yukarıda bahsedilen Keegan davası kararı, s. 17-18, paragraf 44).

Biraraya gelmiş çocuklu aileler (familles recomposées)

AİHM, K. ve T.-Finlandiya davası kararında (12 Temmuz 2001, Başvuru No. 25702/94, paragraf 149-150), biraraya gelmiş çocuklu ailelerle ilgili karar verme fırsatını elde etmiştir. Bu davada başvurucu 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 başvurucu da M. ile bir arada oturuyordu (bkz. yukarıdaki paragraf 12). J.'nin doğumundan önce, başvurucular 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 başvurucular 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, başvurucu K. ve T. arasında herhangi bir ayrım yapmayacaktır.

Aile, yakın 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 koruması

altına girdiği belirtilmelidir. AİHM, Marckx davası kararında (a.g.e., paragraf 45) şu gözlemlerde bulunmuştur:

> 8. Madde'deki (madde 8) 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 aile hayatı ile ilgili uygulamasına 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 birarada olmasının aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu ve bu durumu önleyen ulusal önlemlerin, 8. Madde'nin (madde 8) 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 bir kuruluşa yerleştirilmesi ile 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 adil 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 [...]". Diğer yandan, Mahkeme denetim yetkisini kullanarak sadece aleyhte verilen kararları değerlendirerek kendini kısıtlamaz, kararları davanın bütününe göre bakarak söz konusu çıkarımlara ulaşmak için kullanılan gerekçelerin "yerinde 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 ilkesini hatırlatır (bkz. özellikle yukarıda bahsedilen Olsson (No. 1) davası kararı, paragraf 81). Makul olan en kısa süre içinde ailenin bir araya getirilmesini kolaylaştıracak önlemler alma konusunda yetkililere düşen pozitif yükümlülük, bakımın başladığı süreden itibaren giderek artacaktır; 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 acil olarak çocuğun koruma altına alınması ile ilgili kararlar konusunda şunları 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 kullanılabilecek 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 olmadığının belirlenmesinde Mahkeme, dava bir bütün olarak düşünüldüğünde, söz konusu önlemlerin dayanağı olan nedenlerin, AİHS 8. Madde 2. fıkra açısından yerinde 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, ela alınan konuların doğasına ve söz konusu çıkarların önemine göre değişir. Mahkeme, özelikle bir çocuğun devletin koruması altına alınmasının gerekliliği belirlenirken, otoritelerin geniş bir takdir hakkına sahip olduğunu kabul eder. Ancak, örneğin, yetkililerin ebeveynlerin çocuklara erişimi konusunda koyduğu kısıtlamalar ve ebeveynlerin ve çocukların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını etkin olarak korumak için alınan yasal önlemler konusunda daha ayrıntılı 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 sarih 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. Katılamazlarsa, 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.)
>
> Mahkeme, bir çocuğun devletin bakımı altına alınması amacıyla yetkili makamların başlattığı işlemlerde 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 geldiğini daha önce belirlemişti (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.)

Maddi şartların yanı sıra, usulle 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 (madde 8) 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 lehine 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 bulunduğundan 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 hukuku

3 Ekim 2000 tarihli Camp ve Bourimi-Hollanda davası kararında (Başvuru No. 28369/95, paragraf 26-28) AİHM, bir çocuğun tanıma belgesinin geriye yönelik olmamasının, başvurucu tarafından iddia edildiği biçimde, yani babanın ailesiyle aile bağları kurmasını imkânsız kıldığı anlamında 8. Madde'yi ihlal 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 ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, bu kararında şu görüşü tekrar ifade etmiştir (paragraf 35):

> 8. Madde tek başına miras edinme hakkını teminat altına almasa da, Mahkeme yakın akrabalar arasındaki kanuni miras meselelerinin, aile hayatının bir yönü olduğu için bu hükmün kapsamına girdiğini 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, başvurucunun tabii 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 âdil 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 akrabanın naaşını alma gibi 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), başvurucular çocuklarının ölüm nedenini belirlemek amacıyla yapılan otopsi sonrasında naaşının kendilerine verilmediği konusunda şikâyette bulunmuştur. Soruşturmayı yürüten yargıcın 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 yargıca bu görüşün hemen bildirildiği ve adli tıp kurumunun bu konuda yargıçla birkaç defa temasa geçtiği de açıkça anlaşılmaktadır.
>
> Bu şartlarda, gecikmenin nedeni, ister Hükümet'in belirttiği gibi uzmanların gösterdiği direnç olsun ister yargıcın "tıbbi meseleleri yanlış anlaması" olsun, davanın şartları ve ebeveynler açısından çocuklarının kaybının ne kadar acı olduğu düşünüldüğünde, Mahkeme Fransız makamlarının başvurucuların aile ve özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile izlenen meşru amaç arasında âdil bir denge kurmadıklarını düşünmektedir.
>
> Bu nedenle Mahkeme, AİHS'i 8. Madde'sinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Sınırdışı etme, ülkeden zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama, oturma izninin yenilenmemesi

Sözleşmenin 8. maddesi kapsamı içinde, mevcut şartlara göre, yetkilier tarafından bir müdahaleden (sınır dışı etme, zorla çıkartma, ülke topraklarına girmeyi yasaklama) veya pozitif bir yükümlülük olup olmadığı sorusunu doğurabilecek bir harekete geçmeme (oturma izni vermeme, vb.) halinden bahsedilebilir.

Başvurucunun Devlet'i terk etmek zorunda olduğu durumları konu ettiği bir şikâyette, AİHM, başvurucunun 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 tarafından hakka müdahalede öne sürülen amaç tartılır. 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 ölçütüne uymadığına karar vermiştir. Hollanda sınır dışı etme işlemini, 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 kişinin 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 (madde 8) ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Göç alanında 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 (madde 8), 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, başvurucunun hiçbir engel olmadan dönebileceği Fas yerine Hollanda'ya yerleşmeyi tercih ettiğini belirtmiştir. Fas'ta kalan oğlundan farklı bir ikametgahı olması, kendi seçiminin sonucudur. Oğlu, bir yatılı okula yerleştirilmiştir ve Fas'ta akrabaları vardır. AİHM, oğula oturma izni verilmemesinin, başvuruculların menfaatleri ile göçü kontrol etmenin yararı arasında adil bir denge kurulmamış olduğunu göstermeyeceğine hükmetmiştir. 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:

> Başvurucunun 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 yükümlülüklere tabi olmak kaydıyla, yabancıların ülkelerine girişini ve ülkede kalışlarını kontrol etme hakkını kullanarak kamu düzenini koruma görevinin, Sözleşmeci Devletler'e 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 zorunlu 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 ihlali 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 ihlal edilmemiştir.

(Aynı şekilde, reşit değilken birisine tecavüz eden genç bir adamın, yakın akrabalarının yaşadığı ve vatandaşı olduğu asıl ülkesine sınır dışı edilmesiyle ilgili Bouchelkia-Fransa davası kararı, 29 Ocak 1997, Başvuru No. 23078/93, *Reports* 1997-I, paragraf 52-53; aynısı V.-Belçika davası kararı, 7 Ağustos 1996, Başvuru No. 21794/93, *Reports* 1996-III, paragraf 36.)

Nasri-Fransa davası toplu tecavüzden 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 şartlar, özellikle de sağır ve dilsiz bir kişi olduğu, sadece kendi ailesiyleyken asgari psikolojik ve sosyal dengeye ulaşabildiği ve ailesindeki çoğu kişinin Cezayir'le yakın bağları olmayan Fransız vatandaşları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, başvurucunun sınır dışı edilmesi kararı uygulamaya geçirilirse izlenen meşru amaçla orantılı olmayacaktır. Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına zarar verilmiş ve bu nedenle 8. Madde (madde 8) ihlal edilmiş olacaktır.

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 başvurucunun ve eşinin bir arada Cezayir'de yaşayıp yaşayamayacağını değerlendirmiştir. Başvurucunun eşi İsviçre vatandaşıdır. Başvurucunun eşinin Fransızca bildiği doğrudur ve Cezayir'deki kayınvalidesiyle telefonla teması olmuştur. Ancak başvurucunun eşi hiç Cezayir'de oturmamıştır, bu ülkeyle başka hiçbir bağı yoktur ve hatta Arapça bilmemektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu şartlarda başvurucu olan kocasının peşinden Cezayir'e gitmesi beklenemez.
>
> Tek mesele, bir başka yerde ve özellikle İtalya'da aile hayatı kurup kuramayacaklarıdır. Bu konuda Mahkeme, başvurucunun 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 başvurucunun 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 başvurucunun işlediği suçlar göz önünde bulundurulduğunda şu anda nerede olduğunun önemsiz olduğunu iddia ettiğine dikkat çekmektedir.

> Mahkeme, başvurucunun İsviçre dışında aile hayatı yaşaması neredeyse imkânsız olduğundan, aile hayatı kurmasının önüne ciddi bir engel konduğu görüşündedir. Diğer yandan, İsviçre makamları başvurucunun İsviçre'de kalmaya devam etmesine izin vermediği sırada başvurucu, kamu düzenine göreceli olarak sadece sınırlı bir tehdit oluşturuyordu. Mahkeme bu yüzden, müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olmadığı görüşündedir.
>
> Bu nedenle, AİHS'nin 8. Madde'si ihlal 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 hâle 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 hâle gelmiştir. Bu nedenle başvurucu, 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 eğitimini 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 başvurucu, 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, başvurucu 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 ihlalidir ve başkalarının sağlığına zarar vermektedir. Uyuşturucunun insanların hayatını mahveden etkileri düşünüldüğünde Mahkeme, bu felaketin 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 ihlal 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 olasılıklar

Cezaevi ziyaretleri

Messina-İtalya (No. 2) davası kararı (28 Eylül 2000, Başvuru N. 25498/94, paragraf 61-63, 66-70 ve 72-74) davası, hakkında 17 yıl hapis cezası mahkûmiyeti, bir yargıcın öldürülmesiyle ilgili olarak tutuklama kararı olan ve mafyayla bağlantılarından dolayı aleyhine yöneltilmiş suçlamalarla ilgili görülmekte olan davalar bulunan bir kişinin cezaevinde ailesinin ziyaretlerine uygulanan sınırlamalar hakkındadır. Bu kişi,. AİHM'ye göre:

Mahkeme, AİHS 5. Madde'ye göre yasal olan her türlü alıkoyma durumunun, doğası gereği özel hayatın ve aile hayatının kısıtlanmasını içerdiğine dikkat çeker. Ancak tutuklu kişinin aile hayatına saygı gösterilmesi için, kişinin yakın akrabalarıyla temasını devam ettirmesi konusunda cezaevi yetkililerinin yardımcı olması önemlidir (bkz. Ouinas-Fransa davası kararı, Başvuru No. 13756/88, 12 Mart 1990 tarihli Komisyon kararı, *Decisions and Reports* 65, s. 265).

Bu davada başvurucu, 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, başvurucunun 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 öngörülmüşse", 8. Madde 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçına yönelikse ve "demokratik bir toplumda zorunlu" ise, AİHS'yi ihlal etmez.

[...]

[...] Mahkeme organize suç olgusunu, özellikle de aile ilişkilerinin temel bir rol oynadığı mafya ile ilgili suçların özelliklerini göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca bazı Sözleşmeci Devletler'de, tehlikeli tutuklularla ilgili özel güvenlik uygulamaları vardır. Bu uygulamalar, ilgili şahısları hapishanedeki diğer kişilerden ayrı tutmaya ve daha sıkı izlemeye dayalıdır.

Bu durumda, Mahkeme İtalyan makamların, mafya konusunda yürütülen soruşturmaların getirdiği zorlukları dikkate alarak, şikâyetçi olunan önlemlerin meşru bir amaca yönelik olduğunu makul olarak ileri sürebileceğini düşünmektedir.

Mahkeme, yine de, başvurucuya bu özel uygulamanın yapılmasının, başvurucunun AİHS 8. Madde'deki haklarına zarar verip vermediğini değerlendirmelidir.

Öncelikle Mahkeme, başvurucunun hüküm giydiği suçlar çok ciddi olduğu için ve özellikle mafyayla ilgili bazı suçlarda hâlâ sanık konumunda olduğu için, başvurucunun 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 olmadığının, her defasında ilgili makamlar tarafından büyük dikkatle değerlendirildiğini belirtmiştir.

[...]

Ayrıca Mahkeme, başvurucunun 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 başvurucunun yakın akrabalarıyla temasını devam ettirmesine yardımcı olmaya ve böylece, başvurucunun 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, AİHS 8. Madde 2. fıkradaki anlamıyla, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli olandan öteye gitmediğine karar vermiştir.
>
> Bu bakımdan AİHS 8. Madde ihlal edilmemiştir.

Göçerler

AİHM Chapman-Birleşik Krallık davası kararında (18 Ocak 2001), başvurucunun karavanda yaşamasının Roman 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 Roman 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 gelecekteki konut

Loizidou-Türkiye davasında AİHM, 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. AİHM'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 (madde 8) "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, başvurucunun 8. Madde (madde 8) 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 (madde 8) İngilizce metninde geçen "*home*" (konut) kelimesinin, Almanya gibi bazı Sözleşmeci Devletler'de (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, meslek veya işle ilgili faaliyetler kişinin özel konutunda yürütülebileceğinden, buna karşın bir ofiste veya ticari kurumda şahsi nitelikte faaliyetlerde de bulunulabileceğinden bu konuda kesin ayrımlar belirlemek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle "*home*" ve "*domicile*" kelimelerinin dar anlamda yorumlanması, "özel hayat" kavramının dar anlamda yorumlanmasında söz konusu olan gibi 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 (madde 8) 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, Sözleşmeci Devletler'i gereksiz biçimde kısıtlamaz, çünkü 8. Madde 2. fıkranın (madde 8-2) 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 ile konut arasındaki yasal bağ

AİHM Menteş ve Diğerleri-Türkiye davası kararında, başvurucu konutta düzenli olarak kaldığı sürece, söz konusu yerin konutu olarak görülmesi için, başvurucunun konutun sahibi olması gerekmediğini veya konuttaki varlığının daimi olması gerekmediğini açıklığa kavuşturmuştur (28 Kasım 1997 tarihli karar, Başvuru No. 23186/94, *Reports* 1997-VIII, paragraf 73).

> Mahkeme, ilk başvurucu olan Bayan Azize Menteş ile ikinci ve üçüncü başvurucular arasında ayrım 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 ikametgâhın niteliği 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 Roman kökenli 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 (madde 8) kapsamındaki haklarının söz konusu olduğuna karşı çıkmıştır. İddialarına göre, sadece kanunlara uygun olarak oluşturulmuş bir "konut" bu hükmün (madde 8) koruması kapsamına girmektedir.
>
> Başvurucunun ve Komisyon'un beyanlarına göre, 8. Madde'de (madde 8) 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 (madde 8) açısından "konutları" sayılmaktadır (yukarıda belirtilen s. 19, paragraf 46).
>
> Bu davadan farklı olarak, Gillow davasında başvurucunun konutu baştan kanunlara uygun olarak kurulmuştu. Ancak, böyle olmasına rağmen, bu davada da aynı tespitler geçerlidir. Mahkeme, başvurucunun arsayı üzerinde konut kurmak amacıyla aldığına 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 değirmeni 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 hayatlarına, konutlarına saygı hakları ile ve mülkiyetlerinin korunmasına saygı haklarına çok 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 Dulas-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.)

Mahkeme, McLeod-Birleşik Krallık davası kararında (23 Eylül 1998, Başvuru No. 24755/94, *Reports* 1998-VII, paragraf 36 ve 57), bir konuta polis memurlarının girişinin 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 bir süre boyunca gayrimenkulun 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 ihlal 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 maddi delil toplamak amacıyla konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemler almayı gerekli bulabilir. Mahkeme, söz konusu önlemleri almak için kullanılan nedenlerin uygun ve yeterli olup olmadığını ve daha önce bahsedilen orantısallık ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirir (bkz. Funke-Fransa, Crémieux-Fransa ve Miailhe-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 Devletler'in takdir hakkına sahip olduğunu kabul etmekle beraber, bu dava gibi yetkililerin ulusal kanunlara göre yargı talimatı olmadan arama emri verebildiği ve arama yapabilmekte olduğu durumlarda daha da titiz davranmaktadır. Bireylerin yetkili makamlarca 8. Madde'nin teminat altına aldığı haklarına keyfi müdahale etmesine karşı korunabilmesi, yasal bir çerçevenin olmasını ve bu yetkinin sınırlarının çok kesin biçimde belirlenmesini gerektirir. Ayrıca Mahkeme, ele alınan davada yapılan müdahalenin hedefle orantılı olup olmadığını belirlemek için her bir davada geçerli olan özel şartları incelemelidir.
>
> Bu davada, arama Bay Camenzind'in "telgraf ve telefonla haberleşmeyi" düzenleyen 1922 tarihli Federal Kanun'un 42. bölümünü (bkz. yukarıdaki paragraf 7-9) ihlal ederek kullandığından şüphelenilen yasa dışı bir telsiz telefona el koymak amacıyla yapılmıştır. PTT Merkezi'ndeki radyo haberleşmesini izleme birimi, başvurucunun 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 önleminden" etkilenen ve "bu önlemi ortadan kaldıracak veya değiştirtecek 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, başvurucunun 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, başvurucunun 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 ihlal edilmemiştir.

5. 8. Madde 1. fıkra 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 başvurucu, 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:

> [...] başvurucu, 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. Başvurucu, avukatı ve Komisyon'la yaptığı temaslarda "bu yazışmaların, cezaevi yetkilileri tarafından okunacağını [...] ve not edileceğini" bildiği için duyduğu rahatsızlığı ifade etmiştir. Mahkeme, Hükümet'in, cezaevi kurallarına göre, başvurucunun, Komisyon ile yaptığı yazışmalar hariç, avukatı ile olan yazışmaların incelenebileceğini kabul ettiğine dikkat çeker. Gerçekten de SHHD başvurucuya ve avukatına, yapılan yazışmanın, bu tür mektupların açılmasına ve okunmasını izin veren mevcut kurallara tâbi olduğunu bildirmiştir (bkz. yukarıdaki paragraf 13-14). Bu şartlarda başvurucu, 8. Madde (madde 8) kapsamında haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale nedeni ile mağdur durumunda olduğunu iddia edebilir.

Bu davada AİHM, başvurucunun avukatıyla yaptığı yazışmaların açılmasının ve okunmasının ve Komisyon'dan gelen mektupların açılmasının zorunlu 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) 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 ihlal 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 hükümle öngörülmüş olmasıdır. AİHM, yasal metnin yeterince belirgin olması gerektiğini belirtmiştir. Cezaların uygulanmasından sorumlu yargıç 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 veren bir kanunun, söz konusu takdirin içeriğini belirtmesi gerekmesine rağmen, çerçevesinin belirlenmesinde mutlak bir kesinliğe ulaşmak imkânsızdır ve böyle bir kesinliğe ulaşma çabasının olası sonucu aşırı katılık olur (bkz. diğer kararlara ek olarak, yukarıda bahsedilen Silver ve Diğerleri davası kararı, s. 33, paragraf 88). Buna karşın, mevcut davada, 354 sayılı Kanun yetkili makamlara takdir yetkisinin kulllanımında geniş serbestlik vermektedir; özellikle, alınan önlemin süresi veya hangi nedenlerle alınabileceği belirtilmeden, sadece haberleşmesi kontrol edilebilecek kişiler ve yetkili mahkeme belirtilmektedir. Bu kanunda Bölüm 18'deki boşluklar, Hükümet'in iddialarını reddetmeye yetecek ağırlıktadır.
>
> 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 (madde 8) ihlal edilmiştir.

Aynı konudaki Petra-Romanya davası kararında (23 Eylül 1998, Başvuru No. 27273/95, *Reports* 1998-VII, paragraf 37) Mahkeme, 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, haberleşmenin kontrolünün, bir yargı makamının kararından bağımsız olarak ve otomatik bir biçimde uygulanması nedeni ile ulusal makamlara geniş serbestlik bırakmış olduğunu belirtmiştir (aynısı Di Giovine-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 zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve özellikle izlenen meşru amaçla orantısal olması şartlarının varlığını gerektirir. Bir müdahalenin "demokratik bir toplumda zorunlu" olup olmadığı 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.

Bir kişi ile avukatı arasında geçen görüşmenin tam ve serbest biçimde gerçekleşmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Bu nedenle, kural olarak, avukat-müvekkil ilişkisi bu ayrıcalıktan yararlanır. 28 Kasım 1991 tarihli S.-İsviçre davası kararında Mahkeme, tutuklunun cezaevi yetkililerinin duymayacağı biçimde avukatıyla görüşmesinin öneminin altını çizmiştir. 6. Madde (madde 6) 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 içerdiği hakları uygulanabilir ve etkin biçimde 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, benzer saptamalar bir tutuklunun planlanan veya halihazırda devam eden bir dava hakkında avukatıyla yaptığı haberleşmeler içinde geçerlidir ve gizlilik ilkesi aynı ölçüde uygulama alanı bulur [...].

Bir avukatın tutukluya gönderdiği bir mektubu, zarfın içinde normal belirleme yöntemlerinin ortaya çıkartamayacağı, yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe varsa, cezaevi yetkilileri 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, şüphenin makul olabilmesi için, tarafsız bir gözlemcinin, bu ayrıcalıklı iletişimin istismar edildiği konusunda ikna olmasına neden olacak olayların veya bilgilerin mevcut olması gerekir (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), 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 ilkeleri 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 düşünülmelidir (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Klass davası kararı, a.g.e.)
>
> PKK'nın yönetici kadrosuyla ilgili davalar, her türde terörle mücadelenin getirdiği bu istisnai duruma girmektedir. 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 kimler olabileceği belirlendiği, yani Ceza Hukuku'nun 129.a Maddesi'ne göre bir terör örgütüne dahil olduğundan şüphelenilen ve tutuku bulunan kişiler belirtildiği için, söz konusu hükmün çok belirgin bir biçimde hazırlandığı Mahkeme tarafından gözlemlenmiştir. Ayrıca, tutuklu kişi ile avukatı arasındaki haberleşmenin gizli olduğu genel kuralından uzaklaştığı için istisnai özellikler taşıyan bu önlemle 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 denetleme yetkisi, soruşturmayla hiçbir bağı olmayan ve böylece edindiği bilgileri gizli tutması gereken bağımsız bir yargıcın elindedir. Son olarak, tutuklu kişi avukatıyla sözlü olarak haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu için söz konusu denetim 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, AİHS sisteminin yapısında olduğunu hatırlatır (bkz., gerekli değişikliklerle, yukarıda bahsedilen Klass davası kararı, s. 28, paragraf 59).
>
> Mahkeme, terörün her türünün yarattığı tehdidi (bkz. Bader, Meins, Meinhof ve Grundmann-Almanya davasında Komisyon'un verdiği karar, 30 Mayıs 1975, Başvuru No. 6166/75), bu davada haberleşmenin denetlenmesi konusundaki teminatları ve Devlet'in takdir hakkını göz önünde bulundurarak, ele alınan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantısız olmadığına karar vermiştir.
>
> Bu nedenle, AİHS 8. Madde ihlal edilmemiştir.

AİHM'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. AİHM, cezaevi yetkililerinin düzenin korunmasını devam ettirmek için, tutuklu kişilerden birinin mektuplarına el koyabileceğine karar vermiştir. AİHM'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 (madde 8-2) 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 – İstisna hükmü

8. Madde 2. fıkra şöyledir:

> **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 ayrıntılı 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 öngörülmüş" ifadesinde, "yasa" kelimesi sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da içerir. Buna göre Mahkeme, mahkemeye saygısızlığın içtihat hukukunun bir parçası olup kanunların parçası olmamasına önem vermemektedir. İçtihat hukukunda belirlenen bir kısıtlamanın, sadece kanunlarda yazılı olmadığı için "yasayla öngörülmüş" 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 temeline zarar verirdi.
>
> [...]
>
> Mahkeme'nin görüşüne göre, "yasayla öngörülmüş" ifadesinden çıkan iki şart vardır. Birincisi, yasa yeterli biçimde erişilebilir olmalıdır: belirli bir davada uygulanabilecek yasal kurallar konusunda vatandaşların yeterince fikri olmalıdır. İkincisi, bir kural 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.

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 hakkının kapsamını belirtmelidir. Ancak Mahkeme, yasaların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını ve kesinliğe ulaşma çabasının aşırı katılık getirebileceği tehlikesini kabul etmiştir.

"Yasa" kavramıyla ilgili, "telefon kayıtlarını izleyerek 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 ilkeleri özetlemek yeterlidir:
>
> (a) "Zorunlu" sıfatı "vazgeçilmez" kelimesiyle eşanlamlı değildir; "kabul edilebilir", "sıradan", "faydalı", "akla yatkın" veya "uygun" ifadelerindeki gibi bir esnekliğe sahip değildir (bkz. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside davası kararı, Seri A No. 24, s. 22, paragraf 48).
>
> (b) Sözleşmeci Devletler, kısıtlamaların uygulanmasında belirli ancak sınırsız olmayan bir takdir hakkına sahiptir ancak bu kısıtlamaların AİHS'yle uyumlu olup olmadığı konusundaki 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 " zorunlu bir toplumsal ihtiyacı" karşılaması ve "meşru hedefle orantılı" olması gerektiği anlamına gelmektedir (aynı yer, s. 22-23, paragraf 48-49).

(d) AİHS'nin maddelerinde, güvence altına alınan bir hakka istisna getirilebileceğini belirten 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 zorunlu olup olmadığını incelerken kullandığı "demokratik toplum" kavramından elde edilen ilkeler konusunda önemli bazı açıklamalar vardır (6 Eylül 1978, Seri A No. 28, s. 25-26, paragraf 55):

> Demokratik toplumlardaki temel prensiplerden biri, AİHS'nin giriş bölümünde de sarih 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, yürütme makamlarının bir bireyin haklarına yaptığı müdahalenin bağımsızlık, tarafsızlık ve usule uygunluğun en iyi teminatı olan yargının etkin denetim mekânizmasına, en azından son çare olarak, 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 Devlet'in meşru amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemeye çalışacaktır. AİHM, bunu yaparken "demokratik bir topluma" uygun ilkelere 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:

> **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 inanç 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 "dini tören"ler aracılığıyla açıklamasının çeşitli yolları konusunda da bilgi verilir [...]

Ayrıca, başvurucular 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 yükleneceği 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 (madde 9) güvence altına alındığı biçimiyle, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, AİHS'in anlamı çerçevesinde "demokratik toplum"un temellerinden biridir. Dini boyut açısından bu özgürlük inananların kimliği ve hayata görüşlerine dair en temel unsurlar arasında yer aldığı gibi aynı zamanda tanrıtanımazlar, bilinemezciler, 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. Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur.

9. Maddeye (madde 9) göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, "alenen" ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda "tek başına" veya "özel mekanda" da geçerlidir. Ayrıca, ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin "öğretim" yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik, bu olmadığı takdirde, 9. Madde'nin (madde 9) 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 Devlet'in askeri hizmet yerine sivil hizmet görmeyi reddeden vicdani retçilere uyguladığı yaptırımların bu kişilerin vicdan özgürlüğünü ihlal 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 gördürülecek 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 Devlet'in 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 başvurucunun şikâyetinin 9. Madde ile bağlantılı olarak 14. Madde çerçevesinde incelenmesi gerektiği kanaatini taşımaktadır.
>
> [...]
>
> Mahkeme başvurucunun geçmişte askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinden kaynaklanan itaatsizlik suçundan mahkûmiyeti dolayısıyla yeminli müşavir olarak atanmadığını saptamıştır. Böylelikle, başvurucuya, 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, başvurucunun şikâyeti mesleğe girişi düzenleyen kuralların sabıkalı kişilerle diğerleri arasında yaptığı ayrıma 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 ayrım yapılmaması ile ilgilidir. Bu bağlamda Mahkeme başvurucunun, pasifist bir dinî grup olan Yehova Şahitlerinin mensubu olduğunu ve dosyada başvurucunun askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesinin tek nedeninin dininin kendisini bunu yapmaktan men etmesi olduğu yolundaki iddiasını çürütecek herhangi bir unsura rastlanılmadığını belirlemiştir. Başvurucunun iddiası, 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, başvurucunun 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 kişi muamelesi görmesi) "AİHS'in bir hükmünün 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 ihlal edildiğini düşünmüştür (bkz. yukarıda belirtilen Inze davası kararı, s. 18, paragraf 41). Ne var ki Mahkeme, 14. Madde çerçevesinde ayrımcılığa getirilen yasaklamanın tek boyutunun 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 ihlal edilmiş olur.

Bundan çıkan sonuç, AİHS'in 14. Maddesinin başvurucunun 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 [...] başvurucunun 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 başvurucunun 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 başvurucunun AİHS'in 9. Maddesinden kaynaklanan hakkının kullanılmasında ayrımcılığa uğramaması hakkının ihlal edilmesine yol açan, mevzuatı kabul etmiş olan Devlet'tir. 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 ihlalinin mevcut olduğudur.

Arrowsmith-Birleşik Krallık davasında başvurucu hakkında Britanya ordusunun Kuzey İrlanda'daki faaliyetleriyle ilgili olarak silâhlı kuvvetler mensuplarına "barışçıl" 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.
>
> Barış fikrini genel olarak ortaya koyan ve şiddetin dışlanmasının kabul edilmesini savunan kamuya yönelik beyanların, barışçıl 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 alıntılaması 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 yalnızca, 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. Madde'nin ihlal 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.

> Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur.
>
> 9. Maddeye (madde 9) göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, "alenen" ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda "tek başına" veya "özel mekanda" da geçerlidir. Ayrıca ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin "öğretim" yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik, bu olmadığı takdirde, 9. Maddenin (madde 9) 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. Madde'nin ihlal 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. Dini boyut açısından bu özgürlük inananların kimliği ve hayata görüşlerine dair en temel unsurlar arasında yer aldığı gibi aynı zamanda tanrıtanımazlar, bilinemezciler, 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 dinin gereklerini 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. fıkra anlamında bir kısıtlama 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 amaçlardan 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 nitelendirilemez.

Kalaç-Türkiye davası kararında (1 Temmuz 1997, *Reports* 1997-IV, paragraf 27-31), bir Türk askeri yargıcı hakkında ordudan resen emeklilik kararı alınmıştı. Bu karar, somut olarak, başvurucunun davranış ve hareketlerinin "yasadışı köktendinci

fikirleri benimsemiş olduğunu gösterdiği" gerekçesine dayanıyordu. Davalı Devlet, başvurucunun köktendinci bir örgüte hukuki yardım sağladığını, örgütün eğitim toplantılarına katıldığını ve birkaç kez söz konusu tarikatın askeri üyelerinin atanmasında görev aldığını 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 iç alemi ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, bu özgürlüğün toplu olarak, aleni surette ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede dinini açığa vurma hak ve özgürlüğünü içerdiğini, keza "bireysel olarak" ve "özel mekanda" da bu haktan faydalanmanın mümkün olduğunu yeniden belirtir (bkz. 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan davası kararı, Seri A No. 260-A, s. 17, paragraf 31). 9. Madde (madde 9) bir din veya inancı açıklamanın ibadet, öğretim, uygulama ve ayin kavramları gibi alabileceği şekilleri sıralar. Ancak, 9. Madde (madde 9) bir din veya inançtan kaynaklanan veya esinlenen her eylemi korumaz. Ayrıca, dinini açıklama özgürlüğünü kullanırken her bireyin özel 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.
>
> Başvurucunun, 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 ihlal etmekteydi.
>
> Bundan dolayı Mahkeme başvurucunun resen emekliye ayrılmasının 9. Maddede (madde 9) güvence altına alınan hakka bir müdahale olmadığı

> sonucuna ulaşmıştır. Zira kararın temelinde başvurucunun dinini açıklama tarzı yatmamaktadır.
>
> Dolayısıyla, 9. Madde'nin (madde 9) ihlali 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 savlar temelinde yücelttiği bir reklâmla ilgili bir davayı incelemişti. 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 kararında sözkonusu reklamın bir dini inancı "açığa vurmadığını" belirtiyordu:

> Komisyon, 9. Maddenin 1. fıkrasında yer alan, bir inancın uygulamada açığa vurulmasına dair ilkenin, bir dini grubun bütünüyle ticari nitelik taşıyan reklâmlarında kullandıkları ve satış "gerekçeleri" biçimini alan dini inanç beyanlarına koruma sağladığı kanaatinde değildir. Ne var ki bu açıdan Komisyon, niteliği bakımından yalnızca "bilgi" ya da "betimleme" içeren ilanlar ile bir nesnenin satışını destekleyen ticari ilanlar arasında bir ayrım yapmayı doğru bulmaktadır. Eğer bir ilan 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 başvuruculların dinlerini veya inançlarını uygulama yoluyla açıklama konusunda söz konusu maddede güvence altına alınmış olan haklarına herhangi bir müdahalede bulunulmamış olduğu kanaatindedir.

(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 başvurucuların dini 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 gözlemde bulunmuştur (paragraf 105):

> [...] başvurucu 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 başvurucu Kiliseyi tanımayı reddetmesini ve Yüksek Mahkeme'nin bu tasarrufu 9 Aralık 1997 tarihli kararıyla onamasını, başvurucu Kilisenin ve diğer başvuruculların 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 başvurucu Kilisenin ne örgütlenebildiğini, 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 başvurucu Kiliseye ve mensuplarına gösterdiğini iddia ettiği hoşgörüye gelince, Mahkeme bu tür bir hoşgörünün tanımanın yerini tutamayacağı görüşündedir. Zira sadece tanınma yoluyla ilgililerin belirli hakları kazanması mümkündür.
>
> Mahkeme ayrıca, başvuruculların 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 tanırken, başvurucu Kiliseyi tanımayı reddettiklerinde uyguladıkları kriterleri uygulamamış olduğunu ve Moldova Hükümeti'nin bu muamele farkı konusunda hiçbir gerekçe sunmamış olduğunu kaydetmektedir.
>
> Sonuç olarak Mahkeme, başvurucu Kilisenin tanınmamasının başvuruculların din özgürlüğü bakımından, izlenmekte olan meşru amaçla orantılı olarak görülemeyecek ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğu düşünülemeyecek derecede önemli sonuçlara yol açtığı ve 9. Maddenin bir ihlalinin mevcut olduğu kanaatindedir.

Hassan ve Tchaouch-Bulgaristan davası kararı (26 Ekim 2000, Başvuru No. 30985/96, paragraf 61-65) dini kuruluşların örgütlenmesi ve Devlet'in 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 başvurucuların 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. Başvurucular 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 inananlar 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 görülemeyecek 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 başvurucuların dini topluluğun faal mensupları olduğu kuşku götürmez. İlk başvurucu, Bulgar Müslümanları tarafından seçilerek Baş Müftü görevine getirilmiş bir kişidir. Mahkeme, bir zamanlar İslam konusunda ders veren bir öğretmen olarak görev yapmış olan ikinci başvurucunun 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 başvurucunun 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 başvuruculaların şikâyetini bağlamının dışında ele almak ve şikâyetin özünü görmezlikten gelmek anlamına gelir.
>
> Dolayısıyla, Mahkeme başvuruculaların 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 başvuruculaların din özgürlüğüne müdahalenin "yasayla öngörülmüş" olmadığına hükmeder. Bu hükmün temelinde, müdahalenin keyfi olması ve yürütmeye sınırsız takdir hakkı tanıyan ve gerekli açıklık ve öngörülebilirlik ölçütlerine 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, Devlet'in 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), başvurucular, 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:

> Başvurucular gibi Mahkeme de Devletler'in, 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 hatırlamak 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 Devlet'in bu yetkisi sınırsız değildir. AİHM ayrıca şunları da belirtmiştir:

> AİHS'te güvence altına alındığı biçimiyle din özgürlüğü, Devlet'in 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 alınmamamış 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:

> **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 (madde 9-1) güvence altına alınan hakların temel özellikleri, bu haklara sınırlama getiren bu fıkranın lafzına da yansımıştır.Sözleşmenin 8., 10. ve 11. Maddelerinin ikinci fıkraları (madde 8-2, madde 10-2, madde 11-2) o maddelerin ilk fıkralarında (madde 8-1, madde 10-1, madde 11-1) sözü edilen bütün hakları kapsar. Buna karşılık, 9. Maddenin 1.fıkrası (madde 9-1) 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 yasasının 4. Maddesi) mahkûm edilmesini 9. Madde'ye aykırı bulmuştur. Kararın temelini mahkûmiyet kararının altında yatan gerçek nedene ilişkin bir açıklamanın yokluğu oluşturmaktadır (paragraf 49):

> Mahkeme, [...] Yunan mahkemelerinin gerekçelerinde başvurucunun sorumluluğunu, yalnızca ilgili yasanın 4. Kısmının lafzını tekrarlama yoluyla sabit bulduğunu ve sanığın komşusunu ikna etmek amacıyla uygun olmayan yöntemler kullandığını somut olarak göstermemiş olduğunu saptamaktadır. Ortaya koydukları maddi olayların hiçbiri varılan hükmü haklı göstermemektedir.
>
> Böylelikle, başvurucunun mahkûmiyetinin davaya esas teşkil eden olaylar çerçevesinde zorunlu bir toplumsal ihtiyaç açısından haklı olduğu gösterilmiş bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tartışma konusu tedbir, 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 silâhlı kuvvetler mensuplarına, hem de sivillere yönelik dini propaganda yapmaktan mahkûm olmuş üç subay ile ilgiliydi. AİHM silâhlı 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 değerlendirmeler

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 aracılığı ile) düzenlemesi için yeterli açıklıkta ifade 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 yetkililerinin 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 açık bir biçimde belirtmelidir (bkz. yukarıda belirtilen Rotaru davası kararı, paragraf 55).

İç mevzuat elbette gelecekte ortaya çıkabilecek her duruma ilişkin bir hüküm içeremez. Burada var olması gereken kesinliğin düzeyi, önemli ölçüde, söz konusu hukuk kaynağının içeriğine, kapsaması 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 değerlendirmeler

Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri-Moldova davasında (3 Aralık 2001, Başvuru No. 45701/99, paragraf 115-119) AİHM, üye Devletler'in, 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 göreviyle 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 belli 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 ihlali anlamına gelir. Demokratik toplumlarda, Devlet'in 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 müdahalesinin bulunması 9. Madde, 2. fıkranın gerekleriyle uyuşmaz (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 Devletler'e 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 "zorunlu 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, Devletler'in 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 temellerindendir, 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 de 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

10. 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 öğesi olarak kanaat özgürlüğü

Lingens-Avusturya davasında başvurucu, iki gazete yazısında Almanya Başbakanına yönelik bazı ifadeleri ("en adi türden fırsatçılık", "ahlâksızca" 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 kanıta 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 (madde 10) teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan kanaat özgürlüğünün bizzat ihlalidir.

> 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 (madde 10) ihlal 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 Devlet'in, 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 Devlet'e 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 ihlali olmamakla birlikte, 8. maddenin ihlali olması ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir. Bu davada başvurucu yerel yönetime karşı dava açmak amacıyla, reşit olmadığı sırada 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 başvurucunun dosyasına erişiminin AİHS'in 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi 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 konudaki (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, İsveç'te 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. Maddenin kapsamında ele alınmalıdır. 10. Madde 1. fıkra 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.

Daha sonra (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 konusunda 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) AİHM 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. Maddenin 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 düzeninin 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 görevidir (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" deyiminin gerektirdiği şartlardan birinin öngörülebilirlik olduğunu hatırlatır. Bir kural, vatandaşın davranışını düzenlemesini olanaklı kılacak yeterli belirginlikte ifade 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 hukuk kaynağının içeriğine, kapsaması 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. Madde'de belirtildiği gibi, [ifade özgürlüğü] istisnalara tabidir. Ancak bu istisnalar dar anlamda yorumlanmalıdır. Herhangi bir sınırlama ihtiyacı ikna edici şekilde 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 "zorunlu bir toplumsal ihtiyacın" mevcudiyetine işaret eder. Sözleşmeci 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 başvurucunun 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 "uygun 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 kuralları 10. Maddenin içerdiği ilkelere uygun 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 görevlilere yönelik eleştiri

İbrahim Aksoy-Türkiye davası kararında (10 Ekim 2000, Başvuru No. 28635/95, paragraf 51-80) AİHM başvurucunun bölücü propaganda dolayısıyla hüküm giymesinin 10. Maddeyi ihlal ettiğini belirlemiştir. Daha genel olarak, reklâm spotları aracılığıyla genel veya siyasi bilgi yayılması konusunda bkz. Vgt VereinGegen Tierfabriken-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 atmaması 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, başvurucunun delillerini sunmasına olanak tanınmamış olduğundan 10. Madde'nin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır:

> Hükümet söz konusu olduğunda, izin verilebilecek eleştirinin 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 basının 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 başvurmaktan 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. Başvurucu yazıya 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.
>
> Eğer Yüksek Mahkeme başvurucunun 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, başvurucunun 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 başvurucu bir gazetede ""gülünç", "soytarıca" ve "kaba" gibi ifade özgürlüğünün sınırlarını aşan, düpedüz hakaret niteliği taşıdığı düşünülen sözcükler kullanmaktan dolayı hüküm giymişti. AİHM şöyle demiştir:

> [...] başvurucunun makalesinin ve özellikle de kullandığı deyimlerin polemik nitelikte 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 taştığına işaret eder; bunlar demokratik bir toplumun güvenceleri olan siyasetin ve fikirlerin özgürce tartışılmasının taşıdığı risklerdir. Bu bakımdan başvurucu, 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 *P□blico* gazetesinin yöneticisi olan başvurucu, söz konusu başyazının yanı başında 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, başvurucunun 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 almamaktadır.

(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 görevlileri sözkonusu olduğunda, tıpkı siyasetçiler gibi, izin verilebilecek eleştirinin sınırlarının daha geniş olması yolunda Komisyon'un ileri sürmüş olduğu görüşe işaret eder (bkz. yukarıda paragraf 28). Kabul edilmelidir ki, bu sınır yetkilerini kullanmakta olan kamu görevlileri ile ilgili olarak, bazı durumlarda, özel kişilere yöneltilecek 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 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 başvurucunun sözleri böyle bir bağlamda sarf edilmemiştir (bkz. yukarıda paragraf 32; ve yukarıda belirtilen Lingens davası kararı, s. 26, pragraf 42'nin tamamı).

Mahkeme'nin görüşüne göre, başvurucunun 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 ifadelere müracaat ettiği doğrudur. Bu ifadeler, bu tür ifadelere verilecek tepki konusunda eğitilmiş kolluk kuvvetlerine yöneltilmişti. Ancak başvurucu 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. fıkra 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, başvurucunun cezasının temyizde ciddi ölçüde hafifletilmiş olması ve en önemlisi hapis cezasının Sieradz Bölge Mahkemesi tarafından kaldırılmış olması dikkate değerdir (bkz. yukarıda paragraf 12). Özet olarak, ulusal mercilerin şikâyete konu olan tasarrufu değerlendirirken kendilerine tanınmış olan takdir payını aşmış olduğu söylenemez.

Dolayısıyla, AİHS'in 10. Maddesi ihlal 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 dağıtıma çıkmıştı. O gün Kraliçe'nin yaşgünü olduğu için, herhangi bir olay çıkmaması için yetkili makamlar bu yeni gazetelerin dağıtımını engellememişlerdi. Daha sonra savcı gazeteyi toplattırmıştı.

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. Başvurucu 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 açılabilirdi.
>
> Kısacası, bu tedbir demokratik bir toplumda gerekli olmadığına göre, 10. Maddenin (madde 10) ihlali söz konusudur.

Kamu hizmeti ve 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 bir kararında 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 [...] Sözleşmeci 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 ihlal 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 başvurucu stajyer memur değildi; daha önce kamu hizmetine kabul edilmişti. Burada 10. Maddenin demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir ihlalinin mevcut olduğuna hükmetmeden önce AİHM, 10. 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, başvurucuların 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 sınırdışı 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 ilişiğini 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 Devlet'in, devlet memurlarına beyanatta bulunmama şeklinde bir yükümlülük getirmesi bu memurların statüleri göz önüne alındığında meşru olsa da devlet memurları da birer bireydir ve bu nitelikleriyle AİHS'in 10. Maddesi'nden (madde 10) 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 (madde 10-2) 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 (madde 10-2) 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 hatırda 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, Devletler'in 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 cümlenin amacı, Devletler'in 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 Devlet'tir. 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 kullanılabilmektedir) yol açar. Bu tür sınırlamaların geniş kapsamlı olmaları, ancak zorunlu bir ihtiyaca karşılık verdikleri sürece bu sınırlamaların haklı görülebileceği anlamına gelir.

Devlet'in 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 girilirken 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 ihlali 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 ihlaline 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 vâkıf olan ulusal mercilere düşer. Mevcut davanın bütün koşulları çerçevesinde, Mahkeme Avusturya makamlarının bu konudaki takdir paylarını aşmış olduklarının düşünülemeyeceği 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), başvurucu *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 bağlantılı olarak siyasi ifade ve "sanatsal ifade"lerin incelendiği davalarda Sözleşmeci Devletler'in takdir payına ilişkin uygulanacak ilkeleri bir kez daha belirtmiştir:

> [...] şurası bir gerçektir ki bir Devlet'in 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 Devletler'in hukuki ve toplumsal düzenlerinde yeterli bir ortak görüş henüz mevcut değildir (bkz. gerekli değişikliklerle yukarıda paragraf 46'da belirtilen Otto-Preminger-Institut davası kararı, s. 19, paragraf 49).
>
> AİHS 10. Madde 2. fıkra siyasi ifade veya kamu yararını ilgilendiren konularda tartışmalara getirilecek kısıtlamalara hemen hemen hiç yer tanımaz (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). Böyle olmakla birlikte, ahlâki meselelerde veya özellikle din konusunda kişilerin şahsî kanaatlerini rencide edebilecek hususlarda ifade özgürlüğünün düzenlenmesinde Sözleşmeci Devletler'e daha geniş bir takdir payı tanınmaktadır. Üstelik, insanların dini inançlarına saldırı söz konusu olduğunda, tıpkı ahlak alanında 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, ülkede doğrudan ve sürekli temas içinde olma imkanına sahip 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 tehlikesi 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 başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalesinde dayandığı gerekçelerin, AİHS 10. Madde 2. fıkranın (madde 10-2) amaçları açısından uygun ve yeterli olup olmadığını belirlemektir.

[...]

Hem başvurucu hem de Komisyon Delegesi, kısa bir deneysel video eserinin, örneğin Otto-Preminger-Institut davasında olduğu türden ticari yapım ürünü bir filmden daha dar bir seyirci kitlesine erişeceğini beyan etmişlerdir. [...]

Ayrıca, bu risk, filmin dağıtımının sadece ruhsatlı erotik malzemeler satan mağazalarla sınırlanması yoluyla daha da azaltılabilirdi.

Bu davada Britanya Film Sınıflandırma Kurulu söz konusu filme belirli bir klasman tanımamıştı. Bunun sonucunda başvurucunun video eserini dağıtıma 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 konutta 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 ihlal edilmemiştir.

İfade özgürlüğü ile basın ve yayın özgürlüğü

Yayınların 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 iddiaları sırayla incelemiştir.

AİHM önce başvurucunun Birleşik Krallık'ta müstehcen dergilere izin verildiğine ilişkin savını 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 hoşgörüyle 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 başvurucu tarafından vurgulanan bir diğer husus da bu "küçük kitabın" orijinal baskının gerçekleştirildiği Danimarka'nın yanı sıra, tercüme edilerek Avrupa Konseyi'ne üye Devletler'in büyük bir çoğunluğunda serbestçe yayınlanmış ve dağıtılmış olmasıdır.
>
> Bu konuda da ulusal takdir payı ile 10. Madde 2. fıkrada (madde 10-2) belirtilen "sınırlama" ve "yaptırımlar"ın ihtiyari olma niteliği, Mahkeme'nin bu argümanı kabul etmesini engellemektedir. (Sözleşmeci Devletler'in) çoğunluğunun bu eser için dağıtım izni kararı vermiş olmaları, Inner London Quarter Sessions mahkemesinin aksi yöndeki kararının 10. Maddeyi (madde 10) ihlal ettiği anlamına gelmez.

Son olarak, AİHM ifade özgürlüğüne müdahalenin ağırlığı konusundaki iddiayı incelemiştir (paragraf 58-59):

> [...] 5 Haziran 1976'da yapılan duruşmada Komisyon'un azınlık kanaatini açıklayan temsilci, her durumda davalı Devlet'in, Bay Handyside'ın mahkûmiyetiyle ve Ders Kitabı üzerinde hak kaybıyla ve daha sonra da kitabın imhasıyla sonuçlanacak ceza soruşturmasını açmak gibi aşırı sert tedbirlere başvurmasının 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 ihlal etmiştir.

Kitabın oto sansüre tâbi tutulmasına yönelik talebe ilişkin olarak [...] AİHM aslen, 10. Maddenin "hiçbir biçimde Sözleşmeci Devletler'e 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 (madde 10) hükümlerinde yer alan şartların ihlalinin tespit edilemediği sonucuna ulaşmıştır.

Ahlâki değerlerin korunması çerçevesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında üye Devletler'e geniş bir takdir hakkı tanınmış olduğu görülmektedir.

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 zorunlu 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. fıkra (madde 10-2) 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 (madde 10) 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. fıkra (madde 10-2) çerçevesinde "gerekli" sıfatı ile "zorunlu bir toplumsal ihtiyacın" mevcudiyeti kasdedilmektedir. Sözleşmeci Devletler bu tür bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmede belirli bir takdir payına sahiptir; ancak takdir hakkı AİHM'in bağımsız yargı organlarınca verilmiş olsalar dahi, bu hakkın kullanıldığı kararlara ilişkin denetimiyle birlikte değerlendirilir. Dolayısıyla Mahkeme, bir "sınırlama"nın 10. Madde (madde 10) 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 çerçevesinde vermiş oldukları kararları 10. Maddenin (madde 10) ışığında gözden geçirmektir. Bu durum, denetimin davalı Devlet'in 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 "uygun ve yeterli" olup olmadığını belirlemektir.

[...] AİHS'in 10. Maddesi (madde 10), 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 değerdir ; dolayısıyla haberin yayınını, 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, bir ihtiyati tedbir kararı çıkartmayı başarmıştı. Tedbir kararı konusunda AİHM şunu belirtmiştir (paragraf 65):

> Mahkemelerin boşlukta çalışamayacakları konusunda genel bir kabul mevcuttur. Mahkemeler uyuşmazlıkların çözümünde birer platform konumunda olmakla birlikte, bu durum, uyuşmazlık konusu olan bir hususun daha önce başka alanlarda, örneğin meslekî yayınlarda, genel olarak basında veya halk kitleleri arasında tartışılamayacağı anlamına gelmez.
>
> Diğer yandan, her ne kadar kitle yayın organları adaletin idari işlemesi 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 kesinlik arzetmesi halinde 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.

Devlet'in 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 Devlet'in, *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, herhangi bir meşru amaçla orantılı ve haklı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu etkenlerin birleşik etkisi gazeteyi yayınını durdurmaya itmek olduğundan, AİHS'in 10. Maddesinin ihlal edilmiş olduğu belirlenmiştir.

Gazetecilere açılan davalar: hakaret, belge elde etmek 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 Gijsels-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 akılda 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 içinde 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 onuruna 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 kurallarına uygun tarzda doğru ve güvenilir haber vermek amacıyla iyi niyetli davranmaları koşuluna tabidir (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, EHCR 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 muayenehanesini kapatmak zorunda kalmıştır) 10. Madde'nin ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir (paragraf 56-57 ve 60):

> Mevcut davada kadınların anlattığı Dr. R'nin kliniğindeki deneyimlerinin sadece özünde doğru olmakla kalmayıp aynı zamanda gazete tarafından aslına uygun tarzda haberleştirilmiş olması, Mahkeme için önemli bir unsurdur. Ulusal mahkemelerin işaret etmiş olduğu gibi, kadınların öykülerini anlatırken çarpıcı ve sert ifadeler kullandıkları ve gazetedeki 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 ihmaline atfedilebileceği 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 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 kamunun meşru yararı olan hususlarda haber aktarma özgürlüğündeki önemli kamu yararı karşısında daha ağır basabileceğine hükmetmekte güçlük çekmektedir. Kısacası, davalı Devlet'in 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 başvurucuların ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamalarla izlenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık yoktur.
>
> Dolayısıyla, AİHS'in 10. Maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM'in bir yazarın hakaret dolayısıyla hüküm giymesinin ve cezaya çarptırılmasının 10. Maddenin ihlali olduğuna hükmettiği Thorgeir Thorgeirson-İzlanda davası kararından da (25 Haziran 1992, Seri A No. 239) söz etmek gerekir. Bu davada yazar bir gazetede polisin 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 ihlali 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 başvurucu "iyi niyetli olduğunu veya basın ahlakına uygun davrandığını öne süre[mez]di. Yaptığı araştırma, bu tür ciddi iddiaları gerekçelendirmek için yeterli görünmemektedir" (paragraf 37).

Bu etkenleri ve "yargının toplumdaki özel görevi"ni gözönüne alarak, AİHM para cezasına hükmedilmesinin ve hakarette bulunan derginin geri kalan nüshalarına el konulmasının 10. Maddenin ihlali olmadığına karar vermiştir (paragraf 38). Bir başka örnek olan Barfod-Danimarka davası kararında (22 Şubat 1989, Seri A No. 149), (halk arasından seçilmiş) yargıçlara hakaret 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. Ancak özellikle olgusal bir temelden yoksun ise, aşırı olarak nitelendirilebilir (bkz. De Haes ve Gijsels-Belçika davası kararı, 24 Şubat 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, paragraf 47).
>
> 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 Devlet'te temel bir rolü olan mahkemelerin yaptığı çalışmaların halkın güvenine ihtiyacı vardır. 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. şahsi tazminat talepli ceza şikâyetleri hakkında bilgi yayınlama konusunda yasayla öngörülmüş yasakla ilgili Du Roy ve Malaurie-Fransa davası kararı (3 Ekim 2000, Başvuru No. 34000/96, paragraf 28-37) (10. Maddenin ihlali) (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, başvurucunun 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, başvurucunun 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 Sözleşmeci Devletler'in 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, üstün bir kamu yararı gerektirmediği 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 iş arkadaşını teşhir etme

> konularındaki çıkarlarının, toplu halde ele alındığında dahi, kamunun başvurucu gazetecinin haber kaynağının korunması konusundaki önemli çıkarına göre daha ağır bastığına hükmedememektedir. Dolayısıyla, Mahkeme'ye göre, AİHS'in ortaya koyduğu ilkelerle karşılaştırıldığında, açıklama emrinin izlediği diğer amaçlar üstün bir kamu yararı zorunluluğunun bulunduğunu göstermemektedir
>
> [...]
>
> Dolayısıyla Mahkeme, hem başvurucunun 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 çiğnenmesi 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 kabul ettiği gibi, Bay Calvet'nin yıllık geliri konusundaki bilgi meşru ise ve açıklanması da caiz ise, başvurucuların 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 kuralları ile tutarlı biçimde "güvenilir ve belirgin" 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'ın 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 ilkelere 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 korumaktaki çıkarı gözönüne alındığında, gazetecilerin mahkûmiyeti, hedeflenmiş olan meşru amaçla makul bir biçimde orantılılı değildi. Dolayısıyla 10. Madde ihlal edilmiştir.

AİHS 11. Madde – Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

11. Madde, 1. fıkra

11. Maddenin 1. fıkrası şu şekildedir:

> **1. Herkes asayişi 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 özgürlüğü gibi, 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 kamuya açık cadde, yol gibi alanları 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, düzenleyenler de bu haktan yararlanır.

Öte yandan, tutuklu veya hükümlülerin aynı koğuşu 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. Hükümlülerin başka hükümlülerle bir arada bulunma veya bu anlamda başka hükümlülerle "bir araya gelme" hakkı ile ilgili değildir.
>
> Dolayısıyla, Komisyon bu başvurunun 27. maddenin 2. fıkrası uyarınca, AİHS hükümleriyle konusu itibariyle (*ratione materiae*) bağdaşmaması sebebiyle reddedilmesi gerektiği görüşündedir.

Toplantı özgürlüğünün Devlet tarafından çerçevesinin belirlenmesi ve sınırlanması

Yukarıda sözü edilen Rassemblement jurassien-İsviçre davasında (aynı yerde, s. 119, paragraf 3, tamamı) Komisyon, gösterileri ön izne tabi tutan bir sistemin hukuki olduğuna karar vermiştir:

> [Cadde ve sokaklarda yapılan toplantılar] söz konusu olduğunda, bu toplanıların izin koşuluna tâbi tutulması bu hakkın özüne tecavüz anlamına gelmez. Böyle bir şart, 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 sıkı 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 konusu ile ilgili endişeler bu tür yürüyüşlerin yasaklanmasından doğacak sakıncalardan daha büyük ağırlık taşıyorsa ve yasağın sakıncalı yan etkilerinden kaçınmak amacıyla kapsamının bölgesel uygulama ile ve süre bakımından sınırlanması olanaklı değilse, yasak AİHS'in 11. Madde 2. fıkra hükümleri çerçevesinde gerekli olarak görülebilir.

Toplantı özgürlüğünü askıya alma veya kısıtlama olanağına karşılık, Devlet'in 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 sarsıcı veya rahatsız edici olabilir. 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 barışçıl 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 dahi 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 Sözleşmeci Devletler'in görevi olsa da, Devletler bunu mutlak biçimde garanti edemezler; kullanılacak araçlar konusunda Devletler'in 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, Sözleşmeci Devletler'in AİHS'in 11. Maddesi ile üstlendikleri yükümlülük, elde edilecek sonuçlara dönük değil, alınacak tedbirlere ilişkin bir yükümlülüktür.

Bu davada, AİHM Avusturya Devleti'nin "makul ve uygun tedbirler" almış olduğuna hükmetmiştir (bkz. ayrıca Stankov and the United Macedonian Organisation Inlinden-Bulgaristan davası kararı, 2 Ekim 2001, Başvuru No. 29221/95, paragraf 76-112).

2. Dernek kurma özgürlüğü (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 bir şekli olduğunu belirtmiştir:

> 11. Madde 1. fıkra (madde 11-1) sendikal özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya bu özgürlüğün özel bir görünümü olarak sunar.

Bu nedenledir ki Sigurður A. Sigurjónsson davasında (30 Haziran 1993, Seri A No. 264, paragraf 32) AİHM 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 özel bir biçimidir (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 maddeye başvurup vuramayacağı konusunda bir ilk göstergedir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar 11. Madde'de "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 kullanılabileceği 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 olanı, siyasi partilerin demokrasinin düzgün biçimde işleyişine yarayan temel örgütler 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 Devlet'in 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) AİHM, 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. AİHM 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, AİHS'in 11. Maddesinin amaçları açısından dernek olup olmadıklarıdır.

Şayet Sözleşmeci Devletler kendi takdirleri çerçevesinde bir derneği "kamu" ya da "yarı-idari" olarak nitelemekle 11. Maddenin kapsamı dışına çıkarabilecek olsalar, bu onlara AİHS'in, hakları kuramsal veya hayali değil, uygulanabilir ve etkin 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).

AİHS'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 ölçütler 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 AİHM, üç adet kriter kullanmıştır: söz konusu kuruluşun kökeni, amacı ve örgütlenmek için kullandığı araçlar. Bu davada incelenen *Ordre des Médecins* (Tabipler 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 amacına yönelik olarak genel kamu yararı doğrultusunda ve ilgili mevzuat çerçevesinde hekimlik mesleği üzerinde bir kamu denetimi yürütür. Bu işlev bağlamında *Ordre des Médecins*'in, özel olarak olarak hekimlik mesleğini icra edenlerin sicilini tutması gerekmektedir. Belçika Devleti tarafından kendisine tevdi edilmiş görevleri yerine getirmek için yasal olarak, genel hukukun yörüngesi dışında hem idari bakımdan, hem de kural koyma ve disiplin uygulama açısından önemli ayrıcalıklarla donatılmıştır ve bu niteliğiyle bir kamu merciinin uyguladığı süreçleri uygular (bkz. yukarıda paragraf 20-34).
>
> Bu saptamalar 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 Sigurður 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. AİHM, 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 olumsuz boyuttur, yani derneğe katılmama hakkı; bu hak, bir derneğe zorunlu üyelikle ilgilidir. İkincisi olumlu 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 Devlet'in kurumlarını tehlikeye soktuğu bir durumda, o Devlet'in 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 varılabilmesi 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 kuramsal ve hayali olarak değil, uygulanabilir ve etkin olarak güvence altına almak amacında olduğunu bir kez daha belirtir (diğer örneklerin 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 kuramsal 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. Sözleşmeci Devletler'in 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, hakaret suçundan 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 benzer faaliyeti sürdürmekten men edildiği bir durumda böyle bir inceleme daha da gerekli hale gelir.

[...]

[...] TBKP'nin henüz ilk 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. Madde'sini ihlal 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 kapatılmasının 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 kuruluşa zorunlu üyeliğin, yalnızca dernekler konusunu ele alan, 11. Madde 1. fıkra hükümlerini ihlal etmediğini belirledikten sonra, şu hususa işaret etmiştir:

> [...] eğer bir ihlal 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 başvurmaktadırlar. 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 11. Madde 1. fıkrada güvence altına alınan hakkın ne baskı altına alınması veya sınırlandırılmasını 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 olumsuz 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 yitirmemekle 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 ihlaline karar vermeden önce AİHM, şu hususa işaret etmiştir:

> [...] Sözleşme'nin günümüzün değişen koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir hukuki gereç 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 sonraki 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 ihlal 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, sendikaların 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, Devlet'in 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), başvurucu dernek, *Region of the Marches*'ın (bir bölge yönetimi) kamu görevine aday olanların Mason Locası'na 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 Devlet'in 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 saptama, başvurucu 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 başvurucu 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, başvurucu derneğin iddia edilen ihlalden 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 herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamayack kadar önemlidir. Bu durum, bu vesile ile kınanacak bir harekette bulunmadıkça, bir kamu görevine aday kişi yönünden de geçerlidir. Şu da açıktır ki dernek, üyelerinin verdiği kararların sonuçlarına katlanmaktadır. Kısacası, şikâyete konu olan yasaklama, başvurucu dernek için ne denli asgari olursa olsun, "demokratik bir toplumda gerekli" görünmemektedir.

3. Özellikle sendikalar için geçerli hususlar

AİHM sendikal özgürlüğe ilişkin çeşitli hususları incelemiştir.

Sendikal özgürlük neyi kapsamaz?

Belçika Ulusal Polis Sendikası davasında AİHM şu noktaya işaret etmiştir (s. 17, paragraf 38):

> [...] 11. Madde 1. fıkrada sendikal özgürlük, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli ya da özel bir yönü olarak sunulmakla birlikte, Devlet'in sendikalara veya sendika üyelerine ayrıcalıklı 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 [Devlet'in sendikaya danışma zorunluluğu]. 11. Madde 1. fıkrada bu tür bir haktan söz edilmemektedir. Ancak bunun da ötesinde, tüm Sözleşmeci Devletler'in 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 bir unsur değildir.

> [...]
>
> 11. Maddede açıkça belirtilmeyen [grev hakkı], ulusal hukukta, belirli durumlarda bu hakkın kullanılmasını sınırlayacak türden bir düzenlemeye tâbi tutulabilir.

Sendikal özgürlükten kasdedilen nedir?

AİHM, sendikal özgürlüğü 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. Devlet'in en uygun bulduğu yolu seçebileceği anlaşılmaktadır.

Öyleyse, sendikal özgürlük sendikaların örgütlenmesi açısından ele alınmaktadır. Bireyler açısından sendikal özgürlük 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 Devlet'in bireyi sendikaların sahip olabileceği yargıç 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 getirilecek 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 ihlaline hükmedilmiştir).

Gereklilik ölçütü 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 manevi bir yaptırımdır. Ancak, Mahkeme'ye göre, barışçıl bir toplantıya katılmak (bu vakada yasaklanmamış

bir gösteri söz konusudur) herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulamayacak kadar önemlidir. Bu saptama, bu vesileyle kınanacak bir harekette bulunmadığı sürece, bir avukat için de geçerlidir.

Kısacası, şikâyet konusu yaptırım ne kadar asgari olursa olsun, "demokratik bir toplumda gerekli" gözükmemektedir. Dolayısıyla, 11. Madde ihlal 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 anılmalıdır. Bu davada başvurucular, davalı Devlet'in *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 "Devlet'in 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 Devlet'in 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 benzemektedir.

Dolayısıyla Komisyon açısından, 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesinin anlamı bakımından *GCHQ* personelinin "Devlet'in 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 "meşru" (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 gelemeyeceği yolundaki itirazını incelemiştir. Ancak Komisyon, aynı terimin 11. Madde 2. fıkra birinci cümlede de kullanılmış olduğunu hatırlatır. Ancak, bu hüküm Komisyon tarafından, 11. Maddede belirtilen hakların kullanılmasının bütünüyle yasaklanmasını kapsar biçimde

yorumlanmıştı (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 "meşru" (hukuki) (İngilizce'de: *lawful*) sözcüğünün orantılılık ilkesini içerdiği yolundaki itirazlarını göz önüne alır. Bu konuda, Komisyon, "hukukî" terimi (İngilizce'de "*lawful*": "hukuka uygun") (Fransızca'da "*légitime*": "meşru") ulusal hukukta bir temelin var olmasının ötesine geçse de, özellikle keyfiliğin yasaklanmasını içerecek olsa bile, mevcut davada bu koşulun gözönüne alınmış olduğu konusunda hiçbir kuşku duyulamayacağına hükmetmiştir.

Komisyon Devletler'in, 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 "meşru" sözcüğünün, Sözleşme içinde aynı ifadenin veya benzeri ifadelerin kullanıldığı, özellikle de 9. ila 11. Maddelerin ikinci fıkralarında belirtilen "yasayla öngörülmüş" ibaresi ile kasdedilen aynı kavrama işaret ettiğini vurgular. AİHS'te kullanılan "meşruluk/hukukîlik/hukuka uygunluk" kavramı, iç hukuka uygunluğu gerektirmenin ötesinde, iç hukukta öngörülebilirlik ve genel bir anlamda keyfiliğin bulunmaması şeklinde nitelikle ilgili koşulları ifade eder (bkz. Rekvényi-Macaristan [BD], No. 25390/94, paragraf 59, *ECHR* 1999-III).

[...]

1996 Yasası'nın 5. maddesinde ele alınan kamu görevlerinin "Devlet'in 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, "Devlet'in 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) Devlet'in idare

mekanizmasının bir öğesi 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 az sıkı olduğu konusunda hiçbir kuşku olmadığına işaret eder.

Dolayısıyla, söz konusu müdahaleyi 11. Madde 2. fıkranın ikinci cümlesi çerçevesinde de gerekçelendirmek mümkün değildir.

Sonuç olarak, AİHS'in 11. Maddesinin ihlali söz konusudur.

AİHS 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), AİHM 12. Madde'nin yalnızca ayrı cinsiyetten olan kişiler için geçerli olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu davada bir transseksüelin evlenme talebinin reddedilmesi dolayısıyla 12. Madde ihlal edilmemiştir. AİHM, 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 anlaşılmakta ve bu ifade tarzından, ilgili maddeyle amaçlananın, evliliği aile kurumunun temeli olarak korumak olduğu sonucu çıkmaktadır.
>
> 12. Madde ayrıca, bu hakkın kullanılmasının Sözleşmeci Devletler'in kendi ulusal yasalarına tabi olduğunu belirtmiştir. Söz konusu ulusal yasalarda yer alan kısıtlamalar, bu hakkın özüne zarar verecek biçimde ya da derecede

> olmamalıdır. Ancak, Birleşik Krallık'ta aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesinin önündeki yasal engelin bu biçim ya da derecede bir engel olduğu söylenemez.
>
> Dolayısıyla, bu davada AİHS'nin 12. Maddesi ihlal 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.

Evlenme hakkının derecesi

F.-İsviçre davasında (18 Aralık 1987, Seri A No. 128, s. 16, paragraf 32-33), AİHM üçüncü kez boşanan bir kişiye geçici olarak evlenme yasağı konmasının 12. Maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM, 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 "Sözleşmeci Devletler'in 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 Devletler'de 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 ayrım bulunmadığından, F.'ye uygulanan evlenme yasağı, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen kurallar uyarınca konmuştur.

AİHM, ilgili Devlet'in 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 ihlal 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 düşünülemeyeceği görüşündedir.
>
> […]
>
> […] başvurucular 12. Madde'den, bu maddede boşanma hakkı olduğu sonucunu çıkaramazlar.

AİHS 13. Madde – Etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı

13. Maddede şu ifade yer almaktadır:

Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal 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 AİHM, 13. Madde'den yola çıkarak bir dizi genel ilke tespit etmiştir. AİHM 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 tüketilmemesine 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 saygıyı hedefleyen daha geniş kapsamlı amaca eşlik eder.

(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), AİHM 13. Madde'nin kapsamını tanımlamıştır:

> 13. Madde'den kaynaklanan yükümlülüğün kapsamı, başvurucunun AİHS'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 ihlali nedeniyle mağdur olduğuna dair savunulabilir bir iddiası bulunduğunda, 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 yapılan başvurunun etkili olup olmadığının tespit edilmesi bakımından önemlidir (a.g.e.).
>
> c. Her ne kadar hiçbir basvuru yolu 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 Sözleşmeci Devlet'in kanunlarına, bir ulusal makam nezdinde, itiraz edilmesine izin verecek bir başvuru 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 Devletler'in kendilerine özgü şartlarını göz önüne aldığını görüyoruz (özellikle de Birleşik Krallık için durum böyledir). Ayrıca, yasamayla ilgili konularda egemenliklerini muhafaza etmeye çalışan Devletler'in hassasiyetlerinin de dikkate alındığı gözlenmektedir. Başvurucunun şikâyetine ilişkin karar verilebilmesini sağlayacak bir başvru yolunun mevcut olması yeterlidir. Bir sözleşmeci Devlet'in 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 ihlal edilen herkesin ulusal bir mahkemeye başvuru yolunun açık olmasını sağlamayı amaçlayan 13. Madde, bu haklardan birinin ihlalinin söz konusu olmadığı durumlarda bile geçerlidir. Bir hakkın ihlaline ilişkin savunulabilir bir iddiada bulunulabilmesi yeterlidir:

> 13. Madde'nin lafzına rağmen, Sözleşme'nin bir başka hükmünün ("esaslı" bir hükmün) ihlalinin 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 özgürlüklerden faydalanmayı ve dolayısıyla bunların ihlal edildiği iddiasının mümkün olmasını ulusal düzeyde sağlayacak bir başvuru 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, bir bireyin Sözleşme kapsamında uğradığını iddia ettiği her türlü mağduriyet için, ilgili şikâyet ne derece mesnetsiz olursa olsun, iç hukukta bir başvuru yolu bulunmasını zorunlu kıldığı biçiminde yorumlanamaz: söz konusu olan Sözleşme yönünden savunulabilir bir şikâyettir (en yakın tarihli karar için bkz. 26 Mart 1987 tarihli Leander davası kararı, Seri A No. 116, s. 29, paragraf 77, *a* bendi).
>
> […]
>
> Mahkeme, savunulabilir olma kavramını soyut biçimde tanımlamak zorunda olduğunu düşünmemektedir. Mahkeme daha ziyade, 13. Madde kapsamında

> dile getirilen bir şikâyete temel oluşturan ihlal iddiasının, öne sürülen olgular ve ilgili hukuki konunun niteliği ışığında, savunulabilir olup olmadığının, ve eğer savunulabilir ise, 13. Madde'deki gereklere 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), "savunulabilir" (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 'savunulabilir' olduğunu ya da aynı şekilde bunun tersinin nasıl geçerli olabileceğini kavramak güçtür" (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. Eğer 13. Madde, 27. Madde'nin 2. fıkrasına göre esası bakımından uluslararası düzeyde incelemeye alınamayacak kadar zayıf bulunan bir mağduriyet için bile, ulusal hukukta "etkili bir hukuk yolunun" mevcut olmasını gerektirdiği yönünde yorumlanacak olursa, bu iki ayaklı koruma 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 "savunulabilir" 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 ihlal 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. fıkra 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 vasıtanın mevcut olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, bu tür vasıtaların bulunmamasının kendisini 8. Maddenin ihlali sonucuna götüren nedenlerden 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 ihlal 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. fıkrasının 13. Madde karşısında özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde olduğu düşüncesinden kaynaklanmıştır.
>
> Dolayısıyla, bireyin Sözleşme'ye dayalı olarak ileri sürdüğü hak ulusal hukukta tanınan bir "medeni hak" (örneğin mülkiyet hakkı gibi) olduğunda, 6. Madde 1. fıkranın getirdiği koruma da geçerli olacaktır (örneğin bkz. 23 Eylül 1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası kararı, Seri A No. 52, s. 31-32, paragraf 88). Bu gibi durumlarda, 6. Madde 1. fıkrada yer alan hukuki prosedürlere özgü teminatlar 13. Madde'deki teminatlardan daha katıdır ve onları da içerir (örneğin bkz. yukarıda belirtilen Brualla Gómez de la Torre davası kararı, s. 2957, paragraf 41).
>
> Mahkeme, başvurucunun mevcut bir istinaf ya da temyiz yolunun elverişsizliğini ileri sürdüğü ve bu iddianın hem 6. Madde 1. fıkranın "cezai" başlığını hem de 13. Madde'yi ilgilendirdiği durumlarda da benzer yaklaşımda bulunmuştur (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, başvurucunun Sözleşme'nin ihlali iddiasıyla "bir ulusal makam" nezdinde dile getirmeye çalıştığı şikâyetin 6. Madde 1. fıkrasına göre makul sürede yargılanma hakkının ihlaliyle ilgili olduğu mevcut davada bir örtüşme, dolayısıyla ihtiva etme durumu söz konusu değildir. Belirli bir davada başvurucunun medeni hak ve yükümlülüklere 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. fıkra ışığında kararlaştırılması gereken husus, yani "mahkemeler" konusu, başvurucuya yöneltilen suç isnadı idi. Oysa başvurucunun bir "ulusal makamın" 13. Madde kapsamında incelemesini istediği şikâyet, yargılama süresinin makul olmamasıyla ilgiliydi, yani ayrı bir hususdu.

Mahkeme geçmişteki benzer davalarda, 6. Madde 1. fıkrada yer alan "makul süre" koşulunun ihlaline karar verdiğini belirterek, 13. Maddede öngörülen etkili başvuru yolunun yokluğuna ilişkin şikâyet 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, kendisine yapılan, yalnızca ya da ağırlıklı olarak, makul sürede yargılanamamaktan dolayı 6. Madde 1. fıkranın ihlal edildiği iddialarını içeren başvurulardaki artışı dikkate alarak bu içtihadını gözden geçirmesinin zamanının geldiği görüşündedir.

Bu alanda ihlal 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, bir hukuk Devlet'i yönünden, ulusal hukuk düzeninde "önemli bir tehlikenin" var olduğuna 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, başvurucunun makul süre zarfında yargılanmaması nedeniyle 6. Madde 1. fıkranın ihlalini tespit etmiş olmasına bakmaksızın ve bundan bağımsız olarak, başvurucunun 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 ihlal 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 yorumlanışı, bu Madde hükmünün, makul sürede yargılanma yönünde 6. Madde 1. fıkrada öngörülen şartın ihlali 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, siyasal 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 itibariyle özerk bir nitelikte değildir. AİHM, bu Madde'nin mutlak bir kapsamı olmadığını bildirmiştir.

Ancak, bu Madde'nin çok sayıda uygulama örneği vardır.

1. 14. Madde'nin özellikleri

14. Madde'nin bağımsız olmama niteliği

Öncelikle, 14. Madde'nin bağımsız olmama niteliğine işaret etmek gerekir: Bu Madde, AİHS'nin bir başka maddesiyle bağlantılı olmadıkça 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 diğer hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir. Yalnızca bu hükümlerde teminat altına alınan "hak ve özgürlüklerden yararlanma" bağlamında yürürlüğe girdiğinden, bağımsız bir uygulama alanı yoktur. […] davaya ilişkin olgular diğer 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).

14. Madde, AİHS'nin bir başka maddesiyle bir arada ileri sürüldüğünde gündeme gelir. AİHM, Petrovic-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 tedbir "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 başvuru konusunu oluşturan tasarrufun AİHS'te teminat altına alınan haklardan birini ihlal 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 ihlal 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 ihlal edilmediğine kanaat getirdiyse de, başvurucu 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 özgürlüğü güvence altına alan 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 bütünleyici 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 özellikle, bir hakkın Sözleşme'de yer aldığı ancak Devlet'in yükümlülüğünün açıkça tanımlanmadığı ve, bu durumun sonucunda, Devlet'in bu hakkın kullanılmasını mümkün ve etkili kılacak vasıtaları seçme yolunda daha fazla olanağa sahip olduğu hallerde uygulanır;.

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 metin, 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, anlamsız 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 olmadığının 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, "nesnel ve makul bir nedeni" dayanmıyor ise, yani "meşru bir amaç" gütmüyorsa ya da "başvurulan vasıtalarla ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi" yoksa ayrımcı nitelik taşır (muhtelif kararlar arasında bkz. 28 Kasım 1984 tarihli karar Rasmussen kararı, Seri A No. 87, s. 13, paragraf 35 ve s. 14, paragraf 38). Ayrıca, diğer başka yönlerden benzer olan durumlar arasında görülen farklılıkların kanunen farklı muameleyi haklı gösterip göstermeyeceğinin ve bunun derecesinin ne olacağının değerlendirilmesi konusunda Sözleşmeci

> Devletler'e 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 yöndeydi. AİHM şunları belirtmiştir:

> Mahkeme 14. Madde'nin, Sözleşme'de ve Protokolleri'nde tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmaında 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 başvurucunun söz konusu ettiği konulardaki farklı muamele, ulusal köken ya da bir azınlığa mensup olmak vb. bir kişisel özelliğe değil, bireyin yakalanıp gözaltına alındığı bölgeye dayanmaktadır. 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) AİHM, 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. AİHM, 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 mualeme görmüştür. Mahkeme, meslek özgürlüğü hakkının Sözleşme'de teminat altına alınmaması nedeniyle, bir mesleğe mensup olup olamama ile ilgili olan bu farklı muamelenin genel olarak 14. Madde kapsamına girmeyeceği görüşündedir.

Ancak başvurucu, 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 nedeniyledir. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun Yehova Şahitleri adında barışçıl bir dini grubun mensubu olduğunu ve dosyasında kendisinin askerlik yapmayı reddetmesinin tek nedeninin dininin bunu yasaklaması olduğu yönündeki iddiasını çürütecek hiçbir bulgu olmadığını tespit etmiştir. Başvurucu esasen şu fikri savunmaktadır: Sözleşme'nin 9. Maddesi'nin teminat altına aldığı din özgürlüğünden yararlanmak konusunda kendisine ayrımcılık yapılmıştır; zira, her ne kadar kendisinin mahkûmiyeti din özgürlüğü hakkının kullanımından kaynaklanmışsa da kendisine ağır bir cürümden hüküm giymiş kişilerle aynı muamele yapılmıştır. Meseleye bu açıdan bakan Mahkeme, başvurucunun şikâyetine konu olan "olguların" -her ne kadar kendisinin geçmişteki mahkûmiyeti dini inançlarından kaynaklandıysa da, yeminli mali müşavirlikle görevlendirilmesi konusunda, ağır bir suçtan hüküm giymiş kişilerle aynı mumaleye tâbi tutulması- "Sözleşme hükümlerinden birinin kapsamına", yani 9. Madde'nin alanına girdiğine kanaat getirmiştir

Mahkeme bugüne kadar, 14. Madde'de yer alan ve Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklardan yararlanmada ayrımcılığa maruz kalmama hakkının, Devletler'in benzer durumdaki farklı kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele ettiği durumlarda ihlal 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, Devletler'in önemli ölçüde farklı durumdaki kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele etmediği durumlarda da ihlal edilir.

Bu durumda, başvurucunun 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, başvurulan yöntemlerle ulaşılmaya çalışılan amaç arasında makul bir orantılılık olup olmadığına bakacaktır (bkz. yukarıda belirtilen Inze kararı, a.g.e.).

Başvurucunun asker üniforması giymeyi reddetmek suçundan hapis yattığı […] Mahkeme tarafından bilinmektedir. Mahkeme, bu koşullarda başvurucuya bir müeyyide daha uygulanmasının orantısız olduğu görüşündedir. Dolayısıyla, başvurucunun yeminli mali müşavirlik yapmasına izin verilmemesi, meşru bir amaca hizmet etmemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun ağır suçtan hüküm giymiş kişilerle farklı muameleye tâbi tutulmamasının hiçbir nesnel ve makul gerekçesi olmadığına karar vermiştir.

[…] Mahkeme, bazen ulusal mevzuatın doğrudan Sözleşme'yi ihlal 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, başvurucunun Sözleşme'nin 9. Maddesindeki hakkını kullanırken ayrımcılığa maruz kalmama yönündeki hakkını ihlal eden mevzuatın Devlet tarafından yürürlüğe konmuş olduğunu göz önüne almıştır.

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 9. Maddesi'yle birlikte ele alındığında 14. Madde'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

2. 14. Madde'nin uygulanmasına ilişkin örnekler

Bazı davalarda AİHM, Sözleşme'nin bir maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirdikten sonra konunun 14. Madde açısından ele alınmasını uygun bulmaz. Bu tür davaların haricinde, başlıca iki karar grubundan söz edilebilir: farklı muamelenin ayrımcılık olduğunun tespit edildiği ve farklı muamelenin kabul edilebilir olduğu durumlar.

Ayrımcılık niteliği olan farklı muameleler

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 ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin tespitine göre:

> […] farklı muamele söz konusu olmuştur ve […] bu fark din sebebiyledir; bu durum, başvurucunun dini inancının pratikte ortaya çıkarabileceği sonuçlarla

> ilgili olarak Yüksek Mahkeme'nin dile getirdiği mülâhazalarının 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 yalnızca ilgili federal kanuna dayandırmamış, davaya konu olan unsurları yerel mahkemelerin psikolojik uzman görüşleriyle de desteklediklerı gerekçelerinden farklı şekilde değerlendirmiştir. Aksi yöndeki muhtemel savlara rağmen, temelde din farkına dayanan bir ayrım kabul edilemez.
>
> Bu nedenle Mahkeme, başvurulan yöntemlerle gözetilen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmadığı görüşündedir; dolayısıyla 14. Madde'yle birlikte göz önüne alındığında 8. Madde ihlal edilmiştir.

Salgueiro Da Silva Mouta-Portekiz davasında (21 Aralık 1999, Başvuru No. 33290/96, paragraf 34-36) başvurucu, çocuğun velâyeti konusunda ulusal mahkemenin verdiği kararda cinsel tercihi nedeniyle ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir. AİHM aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir:

> […] Temyiz Mahkemesi […] başvurucunun eşcinsel (bir erkek) olduğu ve bir erkekle yaşadığı gerçeğini göz önüne alarak "Çocuk […] geleneksel bir Portekiz aile ortamında yaşamalıdır" 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 düşüncesizce sarfedilmiş ya da talihsiz ifadeler veya sadece davada bağlayıcılığı olmayacak şekilde yargıç tarafından belirtilen ayrıntılardan (*obiter dicta*) ibaret olmayıp, aynı zamanda başvurucunun eşcinselliğinin nihai kararda belirleyici bir unsur olduğunu gösterdiği görüşündedir. Temyiz Mahkemesi'nin başvurucunun çocuğunu görme hakkıyla ilgili kararı verirken, çocuğun, babasının bir başka erkekle "karı-koca hayatına benzer koşullarda" yaşadığını fark etmesine yol açabilecek davranışlardan kaçınması için başvurucuyu uyarmış olması da bu sonucu desteklemektedir" (a.g.e.).

> Dolayısıyla Mahkeme, yukarıdaki saptamalar ışığında, Temyiz Mahkemesi'nin başvurucunun cinsel tercihine 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, başvurulan yöntemlerle ulaşılmaya çalışılan amaçlar arasında bir orantılılık tespit edememiş, dolayısıyla 14. Madde'yle birlikte ele alındığında 8. Madde'nin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Çocukları görme hakkıyla ilgili olarak tabi 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 Devletler'de 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 (bkz. 24 Haziran 1993 tarihli Schuler-Zgraggen-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.
>
> Eşlerin taşıdıkları soyadlardan birini aile soyadı olarak diğerine tercih etmelerinde fark yaratan bir durum ortaya çıkmamaktadır. Hükümetin iddia ettiğinin aksine, soyadı konusu kadına kıyasla koca açısından daha kararlılık arzeden bir durum değildir. Dolayısıyla, her iki duruma farklı sonuçlar bağlamanın haklı olduğu 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 dayanaktan yoksun olduğundan 8. Maddeyle birlikte ele alındığında 14. Madde'yi ihlal etmektedir.

Veraset hakkı 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 zina nitelikli bir ilişkiden doğan gayrı meşru 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 zina nitelikli gayrı meşru ilişkiden doğan iki çocuğun annelerinin mirasından nasıl yararlanacaklarıyla ilgilidir. Mahkeme bu davada, evlilik dışı ilişkiden doğmuş olmaya dayandırılarak ayrımcılık yapılamayacağı görüşündedir. Her durumda, gayrı meşru ilişki sonucu doğmuş bir çocuk kendisinin sorumlu olmadığı koşullar nedeniyle suçlanamaz. Söz konusu mülkün paylaştırılmasında başvurucunun, zina nitelikli gayrı meşru ilişkiden doğmuş çocuk olma statüsü dolayısıyla cezalandırılmış olması, inkâr edilemez bir gerçektir.
>
> Yukarıdaki tüm bu unsurlar ışığında Mahkeme, başvurulan 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 ihlal edilmiştir.

Doğum izni düzenlemesi ile 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 verilmemişti. 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 tespitte 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 sınıflandırılmalarının 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, Devlet'in kendi vatandaşlarına yönelik özel sorumlulukları olduğu ve onlara bakması ve ihtiyaçlarını karşılaması gerektiği gerçeğine dayandırıldığını" belirtmişti. Hükümet ayrıca, "İşsizlik Sigortası Kanununun 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, 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, şikâyete konu olan tasarrufun Sözleşme'ye göre herhangi bir meşru amacı olduğu düşünülemez. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 14. Maddesi ihlal edilmiştir.

Ayrımcılık niteliği olmayan farklı muameleler

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 ihlal 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, ırk bakımından gerçek bir ayrımcı muamaleye 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 ihlal edilmiştir.
>
> Mahkeme bu konuda Komisyon'un çoğunluk görüşüne katılmaktadır.

Rasmussen davasında başvurucu, 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 durumu titizlikle incelemiş ve bu konuda yetkili makamlara tanınması gereken takdir payını dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre yetkililer, babalığın reddi davası açılmasına süre kısıtlaması getirilmesinin hukuki güvenlik ve çocuğun menfaatlerini koruma amaçlarına hizmet ettiğini düşünmekte haklıdırlar. Bu bakımdan, ne dava tarihinde ne de bugün, şikâyete konu olan yasal düzenleme, diğer Sözleşmeci Devletler'in çoğundan önemli ölçüde farklıydı. Bu noktada karı ve kocaya yönelik olarak getirilen bu tür süre sınırlamalarındaki farklı muamele, ayrılık ya da boşanma davalarında çocuğun velâyetinin daha ziyade anneye verilmesi sebebiyle annenin menfaatlerinin genellikle çocuğunkilerle örtüşmesinden dolayı, 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, görüşmelerde danışılacak kurum sayısını azaltmayı amaçlayan bir kararname uyarınca belirli sendikalara danışma şartı getirilmemiş olmasının 14. Madde'yi ihlal etmediği sonucuna varmıştır (yukarıda belirtilen dava, paragraf 49):

> Mahkeme, [Kararnamede kulanılan ölçütlerin] bir örnek olması nedeniyle Hükümetin sendikalarla olan ilişkisiyle ilgili olarak uygun bulduğu tedbirleri alma keyfiyetini aştığı sonucuna varılamayacağı görüşündedir. Mahkeme, başvurucunun 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, açılmasına ve parasal yönden desteklenmesine 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):

> 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 yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere 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 ihlale 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

Esasa ilişkin koşullar

Üç temel koşul vardır.

"Savaş" ya da "ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike"

AİHM, bir "genel tehlikenin" ne olduğunun belirlenmesi konusunda Devletler'in 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, ulusunun varlığından sorumlu olan her bir Sözleşmeci Devlet'in görevi olduğunu göz önüne almaktadır. İlke olarak ulusal merciler, mevcut âcil ihtiyaçları birinci elden ve anında tespit edebilmeleri 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 yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar. Dolayısıyla, bu meselede ulusal makamlara geniş bir takdir hakkı bırakılmalıdır.
>
> Yine de Sözleşmeci Tarafların takdir hakkı sonsuz değildir. Diğer hususların yanı sıra, Devletler'in 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 gözlemde bulunmuştur:

> Sözleşme'nin 15. Maddesi bağlamında, "savaş veya ulusun varlığını tehdit eden haller" ifadesinin doğal ve alışılmış anlamı yeterince açıktır. Bu ifade, halkın tamamını etkileyen ve Devlet'in 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 gözaltıyla 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 etkenlerin birarada bulunması neticesinde makul olarak ulaştığını tespit etmiştir: Bu etkenlerin ilki, İrlanda Cumhuriyeti toprakları üzerinde anayasaya aykırı faaliyetlerde bulunan ve şiddet kullanarak amaçlarına ulaşmak isteyen gizli bir ordunun bulunması; ikincisi bu ordunun Devlet'in 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 sağlanması için Sözleşme'de izin verilen normal tedbir ya da kısıtlamaların yetersiz kalacağı derecede istisnai olmalıdır.

Tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması şartı

"Genel tehlike"nin varlığı halinde ise, 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 Sözleşmeci Devlet'in 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 istisnaî tedbirlerin özellik ve kapsamını belirleme bakımından, uluslararası bir mahkemede görevli bir yargıca kıyasla daha iyi bir konumdadırlar. Sözleşme'nin 15. Madde 1. fıkrası bu konuda ulusal makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.
>
> Yine de Devletler'in bu konudaki yetkisi sınırsız değildir. Devletler'in taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamakla sorumlu olan Komisyon ve Mahkeme (19. Madde), Devletler'in bu tür istisnaî tedbirleri alırken "durumun

> şartlarının kesin olarak gerektirdiği" ölçütünün 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 Devletler'e sağlanan takdir hakkı AİHM denetimine tâbidir.

Yukarıda belirtilen Lawless davasında, AİHM bu denetim işlevini yerine getirmiştir. İdari gözaltıyla ilgili olarak Sözleşme'nin 15. Maddesi'ne istisna teşkil edecek bir özel kanuna ilişkin olarak, AİHM şu gözlemde 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 asayişi teminde yetersiz kalmıştır. Özellikle *IRA* ve ayrılıkçı grupların askeri, gizli ve terörist karakterde olması ve bunların halk arasında korku yaratması nedeniyle bu grupların faaliyetlerine katılan kişilerin mahkûm 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 anlaşılabileceği gibi, yukarıda belirtilen imkânlardan hiçbiri 1957'de İrlanda'da var olan durumla mücadeleyi mümkün kılmayacaktı. Bu nedenle, terörist faaliyetlerde bulunma niyetinden kuşkulanılan kişileri, 1940 tarihli (Değişiklik) Kanunu uyarınca idari gözaltında 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) başvurucular, 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 gözaltı 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 yükümlülüklerini bu doğrultuda askıya alacak 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 askıya alma tedbirinin, şartların gerektirdiği, terör suçlarına karşı gerçek bir tepki olmadığı yönünde bir bulgu mevcut değildir.

Başvurucular, Devlet'in 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, istisnaî tedbir ihtiyacı değerlendirildiği esnada Sözleşme'de getirilen güvencelerin geçici olarak askıya alınması olasılığından bahsetmediği doğrudur. Bu istisnaî tedbirin bildirim beyanından da açıkça anlaşıldığı üzere, "terör eylemlerinin yoğunluğu ve teröristlerin adalete teslim edilme ihtiyacının gerekliliği 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 yargıç ya da diğer bir adlî yetkili tarafından uzatma yetkisi verilmesini sağlama" arzusundadır. (bkz. yukarıdaki paragraf 31).
>
> Bu askıya alma tedbirinin geçerliliği, yalnızca, Hükümetin gelecekte Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklere 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, istisnanın 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 şüphenilen kişilerin hukukîlik incelemesi olmaksızın yedi güne kadar gözaltında tutulmasını öngörerek Sözleşme'nin 5. Maddesi'nde (madde 5) 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 Devlet'in karşı karşıya olduğu güçlükleri dikkate almaktadır. Ancak Mahkeme, başvurucunun terör suçuna karıştığına dair şüphe bulunduğu gerekçesiyle hiç kimseyle görüştürülmeden (*in communicado*) ve bir yargıç 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 "[Devlet'in] uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine ters düşmemesi" koşuludur. Bu konuda bir sorun yaşanmamış olduğu anlaşılmaktadır. AİHM mutat şekilde şu gözlemde bulunmuştur (yukarıda belirtilen Lawless davası kararı, s. 60, paragraf 41):

> Sözleşme'deki yükümlülüklerine istisna getiren Devlet tarafından alınan önlemlerin, bu Devlet'in 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 başvurucular iddialarını 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne dayandırmışlardır. Yukarıda belirtilen Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık davasında başvurucular, sözü geçen BM Sözleşmesi'nin 4. Maddesi'nde öngörüldüğü 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 başvurucunun 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, başvurucunun 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 Devlet'e 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 iletmiş olduğunu; ve bu bilginin gecikmeksizin iletilmiş olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak, ilgili Sözleşmeci Devlet'in, 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 tespitte bulunmuştur:

> Mahkeme, 6 Ağustos 1990 tarihli istisnanın ve 3 Ocak 1991 tarihli yazının dayandırıldığı 424, 425 ve 430 no.'lu Kanun Hükmünde 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 başvurucunun yakalanması ve gözaltına alınması, öncelikle Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'nın, daha sonra da bu mahkemenin yargıçlarının 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 yükümlülüklere 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 istisnayla 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 itibariyle (*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 ve 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 siyasi faaliyetlerinin kısıtlanması

16. Madde'de şu ifade yer almaktadır:

10, 11 ve 14. Maddelerin hiçbir hükmü, Yüksek Sözleşmeci Tarafların 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 kararı burada anılabilir (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 sınırdışı etme emri ve Yeni Kaledonya'ya girme yasağı getirilmişti. Başvurucu 10. Madde'nin ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiş, Hükümet ise uygulamalarını 16. Madde'ye dayandırmıştı. Aşağıdaki alıntıda, AİHM'nin başvurucunun 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, görevi, özellikleri itibarıyla, Avrupa Topluluğu topraklarının tamamıyla ilgilenmeyi gerektirdiğinden kendisine yabancı olduğu gerekçesiyle itiraz edilmesi yerinde değildir.
>
> […]
>
> Komisyon, başvurucunun beyanlarını esası itibariyle kabul etmiştir.
>
> Mahkeme, o tarihlerde henüz Avrupa Topluluğu antlaşmalarında Avrupa vatandaşlığı tanınmadığından Avrupa vatandaşı olma konusundaki iddiayı 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 Devlet'e, başvurucunun 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 hükümlerinden herhangi biri Sözleşme hükümlerinin izin verdiği sınırlamalardan daha fazlasını getirmek amacıyla kullanılamaz.

1. Sözleşme'de tanınan hakların tahribini 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 başvurucular, ırk ayrımcılığını kışkırtabilecek bazı broşürleri bulundurmaktan hüküm giymişlerdir. Başvurucuların ayrıca, belediye seçimlerine katılmaları da yasaklanmıştır. Seçimlerde aday olmaları, yasaklı bir ırkçı partinin üstü kapalı biçimde seçimlere katılması olarak görülebilirdi. Başvurucular 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, başvurucuların 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 olacaktı.

> Komisyon, başvurucuların siyasi fikirlerini ifade etmelerinin, açıkça Sözleşme'nin 17. Maddesi kapsamına giren bir faaliyet olduğu görüşündedir.
>
> Başvurucular, 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, başvurucuların 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 ihlali konusunda bir tespite gerek olmadığı sonucuna varmıştır:

> […] Sözleşme'nin 10. Maddesi çerçevesinde dile getirilen şikâyetlerle ilgili olarak, başvurucuların, seçimlere katılmak ve 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'ın yakalandığı Temmuz 1957'de *IRA*'nın faaliyetlerine katıldığını; (ii) Komisyon'un, raporunun 138. paragrafında belirttiği gibi Lawless'ın, "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'ın 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 tekrarlamıştır;
>
> […]
>
> 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, başvurucuların 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'in Montoire'daki politikasını ortaya koyarken kullanılmıştır. Başvurucular, 1984 yılına gelindiğinde hem Fransız hem de yabancı tarihçilerin "ikili oyun" olarak adlandırılan teoriyi artık çürütmüş olduklarını bildikleri halde, bu politikayı metin içinde "üstün derecede ustalıklı" bir politika olarak nitelendirmekle, söz konusu teoriye inanılırlık kazandırmaya çalışmışlardır. AİHM 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 başvurucuların, yayınlarında kendilerinin de "Nazi mezalimi ve zulmü" ve "Alman kudreti ve barbarlığı" olarak niteledikleri olayları yalanlamak ya da değiştirmek girişiminde bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Metnin yazarları, Philippe Pétain'in politikasını "üstün derecede ustalıklı" bir politika olarak nitelerken daha ziyade, Vichy Hükümet başkanının rolüyle ilgili tartışmadaki

> muhalif teorilerden biri olan "ikili oyun" olarak adlandırılan teorisini destekliyorlardı.

2. Hak ve özgürlüklerin AİHS'te öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlamaya uğratılması yasağı

Bu hükmün uygulanışının AİHM tarafından ele alındığı bir kaç örnek mevcuttur.

Engel ve Diğerleri-Hollanda davasında (8 Haziran 1976, Seri A No. 22, s. 42-43, paragraf 104) AİHM, bu sınırlamaların çeşitli maddelere özgü istisna hükümleri doğrultusunda haklı görülmesi durumunda, 17. Madde'nin ihlal edilip edilmediğine bakılmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM şu tespitte 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 ihlal edildiğini tespit ettiğinden, 17. Madde'nin de ihlal 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 ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.
>
> 1 No.'lu Protokol'un 1. Maddesi'nin ihlal 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, Devletler'in, 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 Sözleşmeci Devletler'in diğer hususlar arasında, mal ve mülkün kullanımını da kamu yararına 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 olmadığının

> 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, "mal ve mülk" teriminin aracılığı ile 1. Madde'nin uygulama alanını 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 belirlenmiştir.

Gasus Dosier und Födertechnik GmbH-Hollanda davasında, başvurucu 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*') fiziki malların mülkiyeti ile sınırlı olmayan özerk bir anlamı olduğuna dikkat çekmektedir: 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 rehin hakkı mı olduğu önemsizdir. Her halükârda, beton karıştırıcıya el konulması ve bunun satışı, 1 No.'lu Protokolün 1. Maddesi kapsamında başvurucu şirketin "mal ve mülk"ünün "dokunulmazlığına saygı gösterilmesini 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, başvuruculaların 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 avukatın bu yükümlülüğünün, kendisini 1. Madde anlamındaki bir "mülk"ten 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.

[...]

Başvurucunun hizmetleri karşılığında ödeme yapılmamasına ilişkin iddiaları Sözleşme yönünden uygulama alanı bulmamaktadır. 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 tarihinde, 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 alacağın 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 14. Maddeyi 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 aynı açıdan değerlendirilemez.

Ancak böyle olması, 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin uygulanabileceği sonucuna varılması için yeterli de 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 görememektedir.
>
> Söz konusu masraflar Bay Van der Mussele tarafından, adli müzaharet sistemi içinde müvekkileri adına hareket ederken yapılmıştır. Çok düşük olmamalarına rağmen (Devlet'in ifade ettiği şekliyle), 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 niteliği ile de bağlantılandırılabilir.

Yukarıda bahsedilen Van der Mussele kararında da ele alındığı gibi: 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, başvurucu Belçika kanunlarının veraset yoluyla mülk edinmesine engel olduğu konusunda şikâyette bulunmuş ve 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi'nin ihlal 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 itibariyle kişinin sadece mevcut mal ve mülküne uygulanabileceğini ve vasiyetname ya da bağış yoluyla mülk edinebilme hakkını garanti altına almadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, öyle görünmektedir ki, başvurucular 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 "alacağın" varlığına yeteri kadar dayanak bulunduğunu kabul etmiştir. Böylece AİHM, Yunan Hükümetinin, "ne kararın, [...] ne de tahkim kararının, bir alacağın, dolayısıyla da bir mülkün varlığını belirlemeye yeterli olmadığı" şeklindeki iddiasını reddetmiştir. Bu şekilde, öne sürülen alacağın 1. Madde kapsamında bir "mülk" olarak sınıflandırılabileceğine karar vermiştir. AİHM kararı şöyledir:

Devlet'in iddiası, 1701/1987 Sayılı Yasa'nın işletilmesi yoluyla başvuruculara 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 alacak oluşturmak için yeterli değildir. Henüz kesinleşmemiş bir adli karar ya da bir tahkim kararı böyle bir karar veya tahkim kararı tarafından tanınacak bir hakka eşdeğer tutulamaz.

Başvuruculaların 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 ara karar, delil toplama talimatı içermekle bir ihtilâfın esası konusunda yapılacak muhakemenin habercisidir. Atina Birinci Derece Mahkemesi, Komisyon'un da yaptığı gibi Devlet'in başvuruculara borçlu olduğu ilkesini 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 olarak kabul edileceğine dair başvuruculara bir ümit oluşturmak şeklinde olmuştur. Sonuç itibariyle 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 edilmektedir. 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, başvuruculaların 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 bir özel limited şirkettir. İşlettiği arazinin bir bölümü şirketin mülkiyetindedir, geri kalan kısmı ise imtiyaz olarak elde tutulmaktadır. AİHM kararında şunların altını çizmiştir:

> Komisyon gibi, Mahkeme de arazinin bir bölümünün mülkiyetinin tartışmasız olduğunun 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 bulunduğuna da dikkat çeker (bkz. Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH-Hollanda davası kararı, 23 Şubat 1995, Seri A No. 306-B, s. 46, paragraf 53). Mevcut davada tartışmalı arazi üzerinde başvuruculaların 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 Komisyon 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 property*", 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 mülkü üzerindeki tasarruf hakkının da 1. Madde tarafından koruma altına alındığını vurgular (a.g.e., s. 27, paragraf 63). Bu husus şu şekilde açıklanmaktadır:

> Gerçekten de, kişinin mülkü üzerindeki tasarruf 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 anlaşılabileceği 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 tasarruf hakları saklı kalmakla birlikte, uygulamada bunların yapılabilmesi imkânı önemli ölçüde azaltmıştır. Aynı zamanda, kamulaştırmanın hukuka uygun olacağını peşinen kabul etmekle ve Stockholm şehrine, uygun gördüğü herhangi bir anda kamulaştırmalara başlama yetkisi vermekle mülkiyetin özü de etkilenmiştir. Böylece, başvuruculaların mülkiyet hakkı belirsiz ve geri alınabilir bir hale gelmiştir.
>
> Ayrıca inşaat yasağı getirilmiş olması da kuşkusuz, başvuruculaların mülklerini kullanma hakkını kısıtlamıştır.
>
> Dolayısıyla, başvuruculaların 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 ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

1. Madde'nin ikinci cümlesinde belirtilen, "mülkten yoksun bırakmaya" ilişkin koşulları incelemeye başlamadan önce, bu terimlerle neyin kasdedildiğini 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" şeklidir, 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 başvurucuların mülklerinin kamulaştırmasını hayata geçirmemişlerdir. Bu nedenle başvurucular 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 şikâyet edilen duruma ait gerçek koşulları incelemesi gerektiğini vurgular (bkz. gerekli değişikliklerle, Van Droogenbroeck davası kararı, 24 Haziran 1982, Seri A No. 50, s. 20, paragraf 38). Sözleşme "uygulanabilir ve etkin" hakları garanti etmek amacını taşıdığından (Airey davası kararı, 9 Ekim 1979, Seri A No.32, s. 12, paragraf 24), sözkonusu durumun başvuruculaların 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 kaynaklanmıştır. 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, Devlet'in 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, başvuruculaların 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 güvence altına alınan hakların "uygulanabilir ve etkin" biçimde korunması olduğundan, şikâyet edilen durumun başvuruculaların iddia ettiği gibi fiili kamulaştırma sayılıp sayılmayacağının 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 başvuruculaların 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, şimdiye kadar şikâyete konu olan durumu telâfi etme girişimlerinin başarısız olduğu da dikkate alındığında, başvurucuların mal ve mülklerinin dokunulmazlığına saygı duyulmasını isteme haklarını ihlal edecek şekilde; fiili bir kamulaştırmaya konu olmalarına varan ciddi sonuçlara yol açtığına karar vermiştir.
>
> Bu nedenle 1 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi ihlal edilmiştir ve ihlal 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

Şufa hakkının kullanımında da 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 şufa hakkına başvurmuştur. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

> Şufa hakkı uygulamaya konulduğundan, Bayan Hentrich 1. Madde'nin birinci bendinin ikinci cümlesine göre mülkünden yoksun bırakılmıştır; Devlet buna itiraz etmemektedir.

Mülke el konma durumlarında 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 Defterine el konması ve imha edilmesi başvurucuyu bu malların mülkiyetinden kalıcı olarak yoksun bırakmıştır. Ancak bu önlemlere, kullanımının yasadışı ve genel çıkarlar açısından tehlikeli olduğuna hükmedilen unsurlara imha edilmek üzere el konmasını içeren Sözleşmeci Devletler'deki 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 kapsamına 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 değildi (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 çizer (bkz. Sporrong 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 tevhide ilişkin planının yürürlüğe girmesi bunu geriye dönülmez kılacaktır (bkz. yukarıdaki paragraf 32). Yani başvurucular, nihai plan, işlemlerin daha önceki aşamasında yapılan dağıtımı teyit etmediği takdirde arazilerini geri alabilirler. Buna göre, başvuruculaların 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 yargıçlardan 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 kendi değerlendirmesini ulusal yetkililerin değerlendirmesinden üstün tutamaz, ancak 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 "aşırı ve özel 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 dokunulmazlığına saygı 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 orantısız bir yük oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken ilgili mevzuat altında yer alan tazminat şartları büyük önem taşımaktadır. Bu yönden, mal veya mülkün değeri ile bağlantılı makul ölçüde bir miktar ödenmeksizin mülkiyetten hakkından mahrum bırakma, normal şartlar altında aşırı 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 bulunduğunda gerçek 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 kişilerin gerçek ve sözleşmelerden kaynaklanan haklarını düzenleyen bir yasal sistemin âdil oluşu da kamuyu ilgilendiren bir konudur, bu nedenle, mal ve mülkün bir bireyden diğerine zorunlu geçişini 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 kiraların dondurulması reformu yasası 1. Madde'nin (P1-1) fiilen ihlali anlamına gelmez. Yine buna uygun olarak, yasanın diğer yönlerden "kamu yararı" şartını geçip geçmediği ve 1. Madde'nin ikinci cümlesinde belirtilen diğer şartları yerine getirip getirmediği incelenmelidir.

Müdahalenin yasaya 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 keyfi olmayan bir şekilde uygulanmaması ve bireylerin mülklerine yapılabilecek muhtemel müdahaleleri öngörebilmelerini sağlayacak şekilde açık olması. Hentrich-Fransa kararında (22 Eylül 1994, Seri A No: 296-A, s. 19, paragraf 42), AİHM bir mal ya da mülk üzerindeki şufa hakkı önlemi ile bağlantılı olarak şunları belirtmiştir:

> Mevcut davada, şufa hakkı rastgele 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, AİHS kapsamındaki yasa kavramına uygun olarak açıklık 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, Devlet'in kendi vatandaşlarının mülkünün kamulaştırılması 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, Devletler'in, 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 Sözleşmeci Devletler'i bir müdahalenin gerekliliği konusunda tek hakem kılar. Sonuç itibariyle Mahkeme, kendisini söz konusu kısıtlamanın yasallığını ve amacını denetlemekle sınırlamalıdır.

Yine de bu durum, her müdahaleye izin verileceği anlamına gelmez. Daha genel olarak, AİHM Gasus Dosier- 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 "âdil 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

Sosyal yarar amacı güden düzenlemeler

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. Başvuruculların mülkünün devri söz konusu değildir ve mülklerini kullanma, kiralama veya satma haklarından yoksun bırakılmamışlardır. İtiraz konusu önlemler başvuruculları 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 tedbirler

Üçüncü cümle (ikinci fıkra) aynı zamanda haciz altına alma ("*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 itibariyle, 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 ile birlikte Mahkeme'de el koymanın 1965 Yasasının [Bölüm 2 *ter*]'i uyarınca gerçekleştiğini ve başvurucuyu mal ve mülkünden yoksun bırakmak değil sadece bunları kullanmasını önlemek amacını taşıdığını tespit etmektedir. 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 yasaklarında da uygulanır (Sporrong ve Lönnroth-İsveç, 23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 25, paragraf 64).

Aslında 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: mal ve mülkten yoksun bırakmanın (ikinci cümle) veya mülkün kullanımının düzenlenmesinin (üçüncü cümle) kesin olarak bulunmadığı durumlarda Devlet'in 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 girememekteydiler. 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:

> Başvuruculaların 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 tevhid işleminin tarafları olan diğer mülk sahiplerine tahsis edilmiş veya ortak tesisler için kullanılmış; şu ana kadar, yerel yasaların öngördüğü ayni tazminat nihai bir kararla kendilerine ödenmemiştir.
>
> [...]
>
> Mahkeme öncelikle, Avusturya yetkililerinin ne resmi bir kamulaştırma, ne de fiili kamulaştırmayı hayata geçirmediğinin altını çizer (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 tevhide ilişkin 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, başvuruculaların 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 gelişmiş ve uygun tarım yapılması için düzenleme 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).

AİHM 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):

> [...] başvuruculaların, nihai etkiye sahip bir tahkim kararının uygulanmasını sağlamaları ve buna göre Devlet'in 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, başvuruculaların 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 ile birinci cümlenin 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, başvurucular 1.Madde'nin birinci cümlesinde teminat altına alınan mülkiyet haklarına saygı duyulmasını isteme haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.
>
> > Mal ve mülkten yoksun bırakmayı belli şartlara bağlayan (ikinci cümledeki) kural, mülkiyet hakkına saygı duyulması hakkına en kökten sayılabilecek müdahale ile ilgilidir (bkz. yukarıda paragraf 37'nin tamamı); ikinci cümle, birinci cümlede altı çizilen genel ilkeyi tamamlayıcı ve niteliklerini tanımlayıcı özelliktedir. Bu nedenle, bu ilkenin mevcut başvuruda uygulanması Mahkeme'yi daha önce ikinci cümle çerçevesinde varmış olduğu sonuçtan farklı bir sonuca götüremez.

Birinci cümlenin uygulanması

Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasında (23 Eylül 1982, Seri A No. 52, s. 26, paragraf 69) AİHM şu konuları vurgulamıştır:

> Durumun ne birinci fıkranın ikinci cümlesinin, ne de ikinci fıkranın kapsamına girmemesi, söz konusu hakka yapılan müdahalenin birinci fıkranın birinci cümlesindeki kuralı ihlal ettiği anlamına gelmez.
>
> Bu hüküm çerçevesinde, 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, AİHS'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 dini 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 bütünden oluşturmaktadır. Eğitim hakkını reddetmemeyle 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 yarar" "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, ana ve babanın, eğitim ve öğretim alanında, kendi dini ve felsefi inançlarına saygı duyulması hakkı ile ilgilidir (yukarıdaki paragraf 50)

> [...].
>
> 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 cümlenin 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 yarar sağlama, ya da bir başka deyişle, o ya da bu şekilde, her Devlet'te 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):

> [Sorun] esas olarak, Devlet'in, sadece Felemenkçe konuşulan bölgede, eğitimin Fransızca olarak verileceği (Belçika'da zorunlu olan) ilkokul eğitimini oluşturmayı veya desteklemeyi reddetmesinden kaynaklanmaktadır.
>
> Bu red, Protokol'ün birinci cümlesinin ortaya koyduğu şartlar ile uyumlu değildir. Mahkeme bu hükmü yorumlarken eğitimin belli bir dilde verildiği okulların kurulması veya desteklenmesi hakkını içermediğini zaten vurgulamıştır. 2. Madde'nin birinci cümlesi kendi başına bir dil koşulu getirmemektedir. Bu cümle belli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkını ve her Devlet'te 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 desteklenen, yani

bölgenin dilinde eğitim veren eğitim kurumlarına erişebilmektedirler.

Campbell ve Cosans-Birleşik Krallık davasında, AİHM bir çocuğun okuldan uzaklaştırılmasının "eğitim hakkı"nı ihlal 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 itibariyle Devlet'in düzenlemesini gerektirmektedir, ancak bu düzenlemeler hiç bir zaman hakkın özünü zedelememeli ve AİHS ya da Protokoller'inde korunan diğer haklarla çelişki oluşturmamalıdır (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 babanın 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 ihlal 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 dini 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:

> "İnançlar" (*convictions*) kelimesi, sıradan anlamıyla, tek başına ele alındığında, ifade özgürlüğünü teminat altına alan AİHS'nin 10. Maddesi'nde kullanılan "fikirler" 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, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarında *(travaux préparatoire)* 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 veya, daha genel olarak, önemsiz sayılabilecek konulardaki görüşlere işaret etmek için kullanılır. Mahkeme, 2. Madde'nin bu iki aşırı yorumuna da gidilemeyeceği konusunda Komisyon'a katılmaktadır: birinci yorum bütün ana ve babalar için güvence altına alınan bir hakkın kapsamını çok daraltmış olacaktır, ikincisi ise tanımın kapsamına yeterli ağırlığı veya önemi olmayan konuların da dahil edilmesine yol açacaktır.
>
> 17. Madde de dahil olmak üzere, Sözleşme bir bütün olarak ele alındığında, Mahkeme'nin görüşüne göre, "felsefi inançlar" ifadesi ile, mevcut bağlamda, "demokratik bir toplumda" saygı duyulmaya değer (bkz. Young, James ve Webster davası kararı, 13 Ağustos 1981, Seri A No. 44, s. 25, paragraf 63), insan onuru ile ters düşmeyen 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 düşünülemeyeceğini, ancak ikinci cümlenin güvence altına almadığı, eğitimin içeriği alanına girdiğini vurgulamıştır (s. 32, paragraf 6):

> Protokol'ün 2. Maddesi eğitim hakkını güvence altına almaz; bu kullanılan ifadeden de açıkça anlaşılmaktadır: [...] Bu hüküm Devletler'in 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, bu kavramların sıradan ve alışılagelmiş anlamlarının değişmesine ve AİHS'den gerçekte kapsamadığı bir anlamın çıkarılmasına yol açacaktır.

2. Madde'nin ikinci cümlesinin kapsamı ve sonuçları

Devlet'le ilgili olarak ikinci cümlenin kapsamı

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka davası kararı (2 Aralık 1976, Seri A No. 23, s. 25-26, paragraf 51-52), ana ve babanın "inançlarına" saygı gösterebilmek için Devlet'in 2. Madde altında 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 açık bir deyişle, 2. Madde'nin okul müfredatının tüm konuları için geçerli olduğunu 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, Devlet'e bütün ulusal eğitim programı içinde, ister dini ister felsefi olsun, ana babaların inançlarına saygı duyma borcu yüklemektedir.

Daha da ayrıntıya 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, kural olarak, Sözleşmeci Devletler'in yetki alanına girmektedir. Bu çerçevede, sözkonusu olan Mahkeme'nin karar veremeyeceği bir uygunluk sorunudur ve çözümleri ülkeden ülkeye ve zamana göre değişebilir. Özellikle Protokol'ün 2. Maddesi'nin ikinci cümlesi, Devletler'in eğitim ve öğretim yoluyla doğrudan ya da dolaylı olarak dini ve felsefi türden bilgiler vermesini engellememektedir. 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, ahlâki ve evrene ilişkin alanda her

> konuya cevap veren veya verebilen çok geniş dogmatik ve ahlâki bir bütün oluşturan dinlerin mevcudiyeti düşünüldüğünde, aynı şeyi din yönünden 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 doktrini aşılamaya dayalı bir eğitim anlayışı gütmesi yasaklanmaktadır. Aşılmaması 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 başvurucular cinsel eğitimin inançlarına aykırı olduğunu savunmuşlardır. AİHM şunları ifade etmiştir (s. 28, paragraf 54):

> [...] tartışılan mevzuat, kendi başına, başvuruculara dini ve felsefi inançlarını, 1. Madde'nin ve AİHS'nin bütününün 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 örgütlemesindeki rolünü tanımlar. AİHM kararında şöyle denilmektedir:

> 2. Madde'nin ikinci cümlesi Sözleşmeci Devlet üzerinde, eğitim ve öğretim alanında gerçekleştireceği bütün işlevlerin (Sözleşme'nin İngilizce'sinde "any functions"/"bütün işlevler" denilmektedir) yerine getirilmesinde bağlayıcıdır, buna kamu eğitiminin düzenlenmesi ve akçalanması 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 ihlal ettiğine karar vermiştir (s. 18, paragraf 38).

> Bayan Campbell ve Bayan Cosans buna göre, 1 No.'lu Protokol'ün 2.

> Maddesi'nin ikinci cümlesinin ihlalinden mağdur olmuşlardır.

Ana ve baba yönünden 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):

> Çocuklarının "eğitim ve öğretimi" konusundaki birincil doğal görevlerini yerine getirirken ana ve babalar Devlet'ten dini ve felsefi inançlarına saygı duymasını talep edebilirler. Bu nedenle, onların bu hakkı, eğitim hakkından yararlanma ile yakından bağlantılı bir sorumluluğa tekabül eder.

Olsson-İsveç davasında, koruma altına alınan çocukları ile ilgili olarak 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, başvurucuların 1 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi kapsamındaki bütün haklarını kaybetmeleri anlamına gelmediği konusunda Komisyon'a katılmaktadır.

Ancak bu davada, AİHM 2. Madde'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir:

> Ancak Mahkeme, Komisyon'un da belirttiği gibi, Bay ve Bayan Olsson'un, kendilerini tanrıtanımaz olarak tanımlamalarına karşın, İsveç Kilisesi'nden ayrılmadıklarının (bkz. yukarıda paragraf 8) ve oldukça geç bir aşamaya kadar, çocuklarını dinsiz büyütmek 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 ihlali oluşmamıştır .

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 şikâyet, "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 ihlali 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 kimse ... ..mez" kelimeleri kullanılırken 3. Madde "Yüksek Sözleşmeci Taraflar ... taahhüt ederler" ifadesini kullanmaktadır. Bundan zaman zaman maddenin sözkonusu 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 yükümlülüklere yol açtığı sonucu çıkarılmıştır.
>
> [...]
>
> Dikkatli bir inceleme yapıldığında bu derece kısıtlı bir yoruma 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 gözükmektedir.

Bu maddenin Devlet'in pozitif yükümlülüğünü belirten 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 seçimli 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 alarak Sözleşmeci Devletler'in geniş bir takdir hakkı olduğunu kabul etmektedir.
>
> Seçim sistemleri, bazen birbiri ile biraz çelişen hedefleri gerçekleştirmeye çalışırlar: bir taraftan, halkın kanaatlerinin olabildiğince doğru 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, AİHS'nin 10. Maddesi'nde zaten koruma altına alınmış olan ifade özgürlüğünden ayrı olarak, esasen 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" engelleyemez.

> 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. Başvuruculer, 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 Sözleşmeci Devletler, oy verme ve seçimlerde aday olma haklarını 3. Madde'nin kural olarak karşı olmadığı koşullara bağlarlar. Bu alanda geniş bir takdir hakkına sahiptirler, ancak 1 No.'lu Protokol'ün koşullarına uyulup uyulmadığının değerlendirileceği en son denetim Mahkeme'ye aittir ; Mahkeme, 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 kuralları da dahil olmak üzere, özellikle Parlamenterleri'nin konumu ile ilgili kuralları anayasa düzenleri içinde belirlemek konusunda oldukça geniş yetkiye sahiptir. Seçilmişlerin bağımsızlığı ama aynı zamanda seçmenlerin de seçme özgürlüğünün korunması gibi ortak bir kaygıdan kaynaklansalar da, bu kurallar her Devlet'e ait siyasi ve tarihi etkenlere göre değişmektedir. Avrupa Konseyi üyesi bir çok Devlet'in anayasalarında ve yürürlülükte bulunan seçim yasalarınında çok değişik durumların öngörülmesi bu konudaki seçeneklerin çeşitliliğinin bir göstergesidir. Ancak özgür, adil ve düzenli seçimler yoluyla halkın iradesinin açıklanmasını sağladığı sürece, bu ölçütlerden hiçbiri, bir diğerinden daha fazla geçerli sayılamaz.
>
> Mahkeme, başvuruculara uygulanan Anayasa'nın 56. Maddesi'nin 3. fıkrası, seçimlere giriş hakkının göreceli ve kesin olmak üzere kaybedilmesi konularını düzenlemektedir; bu çerçevede belli tür kamu görevlerinde bulunanların (maaşlı kamu görevlileri ve kamu hukuku kurum ve 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 kamu görevlilerinin durumundan farklı olarak, adayın daha önceki tarihteki istifasına rağmen geçerli olacaktır.

Bir kısım Avrupa Konseyi üyesi Devlet'te de 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 saygınlığa 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, başvuruculaın konumunun 56. Madde'nin 3. fıkrasında açık bir biçimde ifade edilenler arasında olmadığının 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 ihlal ederek seçilen biri, Parlamenter olma hakkını kaybedecektir.

Mevcut davada Özel Yüksek Mahkeme, başvuruculaın bulundukları 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 başvuruculaın 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 farklı bir sonuca ulaşamamaktadır; 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. Madde'si 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 kişisel 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 Sözleşmeci 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 doğrudan seçim kayıtlarından silindiğini saptamıştır (bkz. yukarıda paragraf 107 ve 110). Devlet "Mafya'ya üye olduğundan şüphe edilen" kişilerin oy kullanma haklarını diğer Mafya üyeleri lehine kullanabilecekleri tehlikesine 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, başvurucu aleyhine duruşma boyunca özel polis gözetimi önlemi alınmış olsa da bu önlemin dava sona erene kadar uygulanmadığını, ancak başvurucu "suçu işlemediği" gerekçesiyle beraat etmesini takiben uygulandığını dikkate almaktadır. Mahkeme Devlet'in, başvurucunun suçlu 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 başvurucunun

Mafya üyesi olduğuna dair bir "şüphe"nin dayandırılabileceği 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. Madde'si ihlal edilmiştir.

4 No.'lu Protokol

4 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi

4 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesi şöyledir:

Madde 1

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 bulunulmaktadır. 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:

Madde 2

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:

> Sözleşme'nin bu anılan hükmü, bir yabancıya vatandaşı olmadığı bir ülkede oturma ya da oturmaya devam etme hakkının tanınması şeklinde yorumlanamaz. Bu madde yalnızca, o Devlet'in vatandaşı olsun veya olmasın, bir Devlet'in ülkesinde usulüne uygun olarak ikâmet eden kişilerin bu ülke sınırları içinde gidip gelme özgürlüğünü ve buradaki ikâmetgahlarını serbestçe seçme özgürlüğünü güvence altına alır.

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 topraklarında "usulüne uygun" olarak bulunma konusunda karar verme imkanına sahip olmuştur.

> Komisyon, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrasının, "bir Devlet'in ülkesi içinde usulüne uygun olarak" bulunan herkesin serbest dolaşım hakkını teminat altına aldığına dikkat çekmektedir. Bu koşul söz konusu Devlet'in iç hukukuna gönderme yapmaktadır. Bir kişinin ülkede bulunmasının "usulüne uygun" olması için yerine getirilmesi gereken koşulları iç hukuk ve ulusal organlar belirler. Komisyon, bu konuda, Sözleşme'nin bir yabancıya belli bir ülkeye girme, bu ülkede ikâmet etme ve orada yerleşme gibi bir hakkı güvence altına almadığını vurguladığı yerleşik içtihadını hatırlatır. (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 ihlal edildiğine karar vermiştir:

> Mahkeme öncelikle, başvurucunun aksini iddia etmesine rağmen, söz konusu önlemin Sözleşme'nin 5. Maddesi'nin 1. fıkrası kapsamında ele alınan özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelmediğinin altını çizer. Özel denetimden kaynaklanan, dolaşım özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar 4 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 dikkate alınacak olursa, tedbir "kamu düzeninin (*ordre public*) korunması" ve "suçun önlenmesi" için gerekli idi. Catanzaro Temyiz Mahkemesi 4 Temmuz 1986 tarihinde iptaline karar verene kadar da, belirlenen amaca göre orantılı idi (bkz. yukarıda paragraf 14).
>
> Bu noktada, kararın başvurucuya tebliğ edildiği 4 Temmuz ve 20 Aralık 1986 tarihleri arasındaki dönem incelenmelidir (bkz. aynı paragraf). Kapalı oturumda alınan bu kararın mahkeme kalemine ulaşmadan hukuken yürürlüğe girmesinin mümkün olmadığı kabul edilse dahi, Mahkeme hemen yürürlüğe girebilecek ve temel bir hakla ilgili (başvurucunun 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 başvurucuya tebliğ edilmemiştir.
>
> Mahkemeye göre, en azından 2 ve 20 Aralık 1986 tarihleri arasında söz konusu müdahale ne yasaca belirlenmiştir ne de gereklidir. Buna göre, 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi ihlal edilmiştir.

Aynı şekilde, başvurucunun 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'lı yetkililer başvurucuların adanın kuzey ve güneyi

arasındaki gidip gelmelerini ve güney kısmındaki dolaşımlarını yakından izlemekteydiler. Başvurucular 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, "yasaca belirlenmediği", 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 yasaca belirlenmediğine 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 uyarmış, 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 göre[2] (bkz. yukarıda paragraf 28), 2. Madde'de sözü edilen ülke kavramı çerçevesinde Polonezya ayrı bir ülke olarak 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, başvurucu artık hukuken Polinezya topraklarında bulunmamaktadır ve bu şartlar altında başvurucunun söz konusu hüküm tarafından koruma altına alınan dolaşım özgürlüğü hakkına bu noktada da herhangi bir müdahale olmamıştır.

Fransız Polinezyası'na yaptığı bu yolculuktan sonra başvurucu Yeni Kaledonya'ya gitmiştir. Başvurucu Yeni Kaledonya'ya usulüne uygun olarak giriş yaptığı için, burada serbest dolaşım hakkına sahip olması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucuya göre, kendisi hakkında çıkarılan sınırdışı etme emri yanlış bir biçimde giriş yasağı olarak tanımlanmıştır. Danıştay (*Conseil d'État*) bu emri, "Bayan Piedmont'a Yeni Kaledonya topraklarını yasaklayan" bir karar olarak tanımlamıştır (paragraf 49).

> Mevcut davada Mahkeme, başvurucunun ileri sürdüğü, pasaport kontrolünden geçmenin, tek başına, bir kişinin bir ülkedeki konumuna usule uygunluk hali kazandırdığı 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.

[2] 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 bildirime 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 Sözleşmeci 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 ettiğini açıklayabilir".

Cumhuriyet Yüksek Komiseri'nin çıkardığı emir "Bir yabancının bölgeye girişinin yasaklanması emri" başlığını taşımaktadır ve bunun 1. Maddesi bu yasakla ilgilidir. Diğer yandan, Danıştay 12 Mayıs 1989 tarihli kararında bu emrin niteliğini tartışmamıştır. Bu nedenle, başvurucu ülkede hiçbir zaman usule uygun olarak bulunmamıştır; oysa ülkede usulüne uygun bulunma 4 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin uygulanma şartıdır. Bu nedenle bu hüküm ihlal edilmemiştir.

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 başvurucu 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, başvurucuya Finlandiya pasaportunun verilmesinin reddedilmesinin başvurucunun ülkeden ayrılmasını ya da bir başka kuzey ülkesine gitmek üzere bir diğer kuzey ülkesinden 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 verilmiş olan kendi seçmiş olduğu ülkeden ayrılma hakkına işaret etmektedir. Bu şekilde Komisyon pasaportun reddedilmesinin başvurucunun bu özgürlüğüne müdahale oluşturduğu görüşündedir. Bu noktada, müdahalenin 2. Madde'nin 3. fıkrasına göre haklı olup olmadığı incelenmelidir.

Komisyon, başvurucuya talep ettiği 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 sınırlandırılabileceği 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 Devlet'in ülkesinden sınır dışı edilemez.

2. Hiç kimse, uyruğunda bulunduğu Devlet'in ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.

Madde 4

Yabancıların toplu olarak sınırdışı 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 7011/75 numaralı başvurudaki kararına dikkat çekmektedir (3 Aralık 1975 tarihli karar, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 19, s. 416 ve 454):
>
> > "[...] grubu oluşturan yabancı bireylerden her birinin özel durumunun makul ve nesnel olarak değerlendirilmesi neticesi karar verilmiş olması hariç olmak üzere, ilgili yetkililer tarafından alınmış yabancıları grup olarak bir ülkeden ayrılmaya zorlayan her tür tedbir."

Bkz. 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 ihlal 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 Devlet'in 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 gerekçeler 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" ifadesini yorumlamıştır.

> Sözleşme gibi, iltica hakkını ya da başka bir oturma iznini teminat altına almayan bir belge bağlamında 7 No.'lu Protokol'ün 1. Maddesinde kullanılan "kurallara uygun olarak ikâmet eden" terimi esas olarak ulusal mevzuata göre ülkede kalışın usule uygunluğu çerçevesinde yorumlanmalıdır. Bu şekilde, vize ya da oturma izninin süresi dolmuş bir yabancının 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, başvurucunun durumundaki yabancıları kapsamadığı açıktır. Başvuruculların 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 nitelikte cezai alanda usule ilişkin hükümler içermektedir. Bunlar arasında temyiz ilkesi, adli bir hata 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:

Madde 2

1. **Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkûm edilen her kişi, mahkûmiyet 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 mahkûmiyet hallerinde istisnaya tâbi tutulabilir.**

1. 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrası

Belirlenmesi gereken ilk konu, başvurucunun "cezai alanda bir suç" tan mahkûm olup olmadığıdır. Borelli-İsviçre davasında (2 Eylül 1993, *Decisions and Reports* 75, s. 165, paragraf 3), Komisyon şunları vurgulamıştır:

> Komisyon başvurucu aleyhine başlatılan yargı işlemlerinin Sözleşme'nin 6. Maddesi'nin 1. fıkrası çerçevesinde "kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verilmesi" anlamını taşımadığı görüşündedir. Komisyon aynı nedenlerden dolayı, başvurucunun 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi anlamında "cezai bir suçtan mahkûm edilmiş" olduğunun da söylenemeyeceğini vurgular. Bu hüküm, bu nedenlerden dolayı başvurucu aleyhine başlatılan yargı işlemlerine uygulanamaz.

Başvurucunun "cezai bir suçtan mahkûm" edildiği durumlarda ise Devlet'in, 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi'nin uygulanma şekli konusunda belli bir takdir hakkı bulunmaktadır. Krombach-Fransa davasında (13 Şubat 2001, Başvuru No. 29731/96, paragraf 96), AİHM başvurucunun gıyabında verilen yargı kararına karşı hukuk temelinde itirazda bulunmasına izin verilmemesi ile ilgili olarak aşağıdaki hususları vurgulamıştır:

> Mahkeme, Sözleşmeci Devletler'in, 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 mahkûmiyetin 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 bildirimi 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 başvurucu hem esasa ilişkin suçlamalara karşı savunma yapmak hem de usule ilişkin bir ilk itirazda (*in limine litis*) 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 Geyseghem davası kararı, paragraf 35; ve bunun tersi bir karar için yukarıda sözü edilen Haser davası kararı).
>
> Ceza Usulü Kanunu'nun 630 ve 639. Maddeler'i birlikte ele alındığında (bkz. yukarıda paragraf 59), başvurucu, bir taraftan ağır ceza mahkemsi önünde bir avukat tarafından temsil edilemiyordu ve edilememişti (bkz. yukarıda paragraf 46); diğer taraftan, gıyabi bir davalı olduğu için Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunamamaktaydı. Böylece, başvuru ne birinci derece mahkemesinin önünde savunulma ne de mahkûmiyetinin daha yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesi konusunda gerçek bir imkana sahip bulunuyordu.

> Sonuç itibariyle, Sözleşme'nin 7 No.'lu Protokol'ünün 2. Maddesi de ihlal edilmiştir.

Ancak, başvurucunun bir istinaf mahkemesi tarafından hakkında verilen mahkûmiyet kararına karşı Yüksek Mahkeme önünde temyiz incelemesi hakkını, bu yoldaki talebin reddi nedeniyle, elde edememekten şikâyetçi olduğu Näss-İsveç davasında (6 Nisan 1994, *Decisions and Reports* 77-A, s. 40, paragraf 2) Komisyon şunları ifade etmiştir:

> Komisyon, Avrupa Konseyi üyesi Devletler'de bir davayı daha yüksek mahkemeye inceletme konusunda farklı kurallar bulunduğunun altını çizer. İsveç gibi bazı üye Devletler'de, en yüksek mahkemeye temyiz başvurusunda bulunmak isteyen bir kişinin, temyiz için izin almak üzere başvuruda bulunması gerekmektedir. Komisyon, mevcut davada Yüksek Mahkeme'ye başvuru hakkı ile ilgili usulün 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi anlamında bir 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 aldığında, bu Protokol'ün eklenmesinin Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesindeki güvencelerin kapsamını istinaf mahkemeleri 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), başvurucu, mahkemeye sunduğu dilekçelerindeki hakaret içeren ifadeler nedeniyle "mahkeme düzenine karşı suç işlemekten" ötürü 5.000 Avusturya şilini tutarında bir cezaya mahkûm olmuştur.

> Komisyon, başvurucuya "mahkeme düzenine karşı işlediği suç"tan ötürü ceza veren yukarıdaki mahkeme kararlarını, bu kararlara konu olan suçun 7 No.'lu Protokol'ün 2. Maddesi anlamında cezai bir suç olduğu varsayılsa da, üst bir mahkemeye inceletme hakkının kullanımını "yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından [...] istisnaya tabi" tutan hükmün 2. fıkrasını dikkate alarak incelemiştir.
>
> [...]
>
> 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 itibariyle hafif bir suç oluşturduğunu saptamaktadır. 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, Ravnsborg-İsveç davası kararına gönderme yapmak uygun olur (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 mahkûm 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 mahkûmiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili Devlet'in 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:

Madde 4

1. **Hiç kimse bir Devlet'in ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı Devlet'in yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.**

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili Devlet"in ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklere 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:

> [...] açık ifadesinden de anlaşıldığı gibi bu Madde, "*ne bis in idem*" (aynı suçtan iki kez yargılanmama) ilkesinin sadece, kişinin aynı Devlet'in mahkemeleri tarafından aynı suçtan dolayı iki kez yargılandığı ve iki kez mahkûm edildiği durumlardaki uygulamasını konu alır. Ancak, başvurucu önce İtalya'da mahkûm olmuş, ikinci mahkûmiyet kararı ise, aynı suçlardan ötürü, bir İsviçre mahkemesi tarafından verilmiştir.

2. 4. Madde'nin zaman bakımından (*ratione temporis)* uygulanabilirliği

Gradinger-Avusturya davasında (23 Ekim 1995, Seri A No. 328-C, paragraf 53) AİHM bu hükmün zaman açısından (*ratione temporis*) uygulanabilirliği konusunda karar vermiştir. Buna göre 4. Madde ancak daha önceden yargılama konusu olmuş fiillere ilişkin ikinci yargılamanın bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra sona ermesi halinde geçerli olacaktır. Davanın hangi anda başladığının bu konuda önemli yoktur.

> 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 bir yargılamanın başlamasından önce uygulanmaz. Mevcut davada, yeni yargı lama 7 No.'lu Protokol'ün yürürlüğe girmesinden daha sonraki bir tarihte alınan bir kararla sonuçlandığından maddenin zaman bakımından uygulanabilirliği için gerekli koşullar yerine gelmektedir.

3. 4. Maddeye uygunluk

Bu davada, başvurucu, otomobil kullanırken bir bisiklet sürücüsünün ölümü ile

sonuçlanan bir kazaya neden olmuştur. Başvurucu 15 Mayıs 1987'de ceza yargıcı tarafından ihmal sonucu ölüme neden olmaktan mahkûm 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.

> 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 Kanunun 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 ihlal 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'ün 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 Devletler'in çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.

Bu hüküm bağlamında, 1. Bölümde incelenen Sözleşme'nin 8. ve 14. Maddelerine gönderme yapılması uygun olur. 22 Şubat 1994 tarihli Burghartz-İsviçre davası kararında (Seri A No. 280-B, s. 28, paragraf 23) AİHM şunları vurgulamaktadır:

[...] 7 No.'lu Protokol'ün 7. Maddesi kapsamında, 5. Madde, Sözleşme'nin, özellikle 8. ve 60. Maddeler'in bir ek hükmü olarak düşünülmelidir. Bu nedenle, bu Madde 8. Madde'nin yerini alamayacağı gibi kapsamını da daraltamaz (bkz. gerekli değişikliklerle Ekbatani-İsveç davası kararı, 26 Mayıs 1988, Seri A No. 134, s. 12-13, paragraf 26).

Önemli davalara ve devletlere ilişkin dizin

A

A. ve Diğerleri-Hollanda, 477

AGOSI-Birleşik Krallık, 450, 451

Ahmed-Avusturya, 84, 88

Airey-İrlanda, 219, 272, 285, 292

Aksoy-Türkiye, 67, 156, 368, 410, 428, 431

Allenet de Ribemont-Fransa, 255

Almanya, 2, 26, 27, 28, 42, 100, 108, 128, 164, 171, 173, 190, 196, 198, 207, 211, 213, 223, 224, 226, 233, 249, 250, 270, 282, 318, 322, 333, 340, 341, 342, 345, 347, 363, 365, 373, 387, 422, 423

Amuur-Fransa, 103, 110

Arrowsmith-Birleşik Krallık, 350

Artico-İtalya, 186, 262, 394, 397

Ashingdane-Birleşik Krallık, 224

Autronic AG-İsviçre, 363

Avusturya, 57, 58, 82, 84, 163, 193, 198, 199, 208, 209, 223, 231, 243, 252, 253, 255, 256, 257, 260, 263, 266, 268, 290, 291, 322, 347, 368, 371, 375, 376, 377, 383, 389, 392, 416, 420, 421, 423, 424, 451, 455, 457, 482, 485

B

B.-Fransa, 63, 290, 298, 300

Baragiola-İsviçre, 484

Barfod-Danimarka, 368, 386

Barthold-Almanya, 365

Beaumartin-Fransa, 209

Belçika, 26, 64, 79, 81, 83, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 105, 133, 134, 135, 141, 142, 143, 177, 178, 181, 192, 193, 204, 210, 219, 221, 224, 228, 229, 233, 237, 241, 248, 267, 268, 269, 272, 274, 279, 328, 384, 386, 393, 395, 398, 399, 402, 403, 416, 417, 423, 426, 427, 444, 459, 460, 461, 462

Belilos-İsviçre, 228

Benham-Birleşik Krallık, 106, 108, 119

Benthem-Hollanda, 202, 233

Berrehab-Hollanda, 316, 325

Bouamar-Belçika, 106

Bozano-Fransa, 107, 108, 112, 113

Brogan ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 129, 149, 190, 199

Buckley-Birleşik Krallık, 302, 334

Burghartz-İsviçre, 290, 293, 295, 422, 485

C

Campbell-Birleşik Krallık, 337, 338, 339

Casado Coca-İspanya, 365

Castells-İspanya, 368, 377

Chahal-Birleşik Krallık, 85, 143

Chappell-Birleşik Krallık, 288

Cheall-Birleşik Krallık, 403

Christians against Racism and Fascism-Birleşik Krallık, 390, 391

Ciulla-İtalya, 110, 119, 120, 128

Cossey-Birleşik Krallık, 408

Costello-Roberts-Birleşik Krallık, 74, 313

Cruz Varas ve Diğerleri-İsveç, 24, 84, 85, 89

D

D.-Birleşik Krallık, 42, 85

Danimarka, 142, 193, 229, 380, 416, 426

Darby-İsveç, 425

Delcourt-Belçika, 221

Deweer-Belçika, 214, 215, 262

Di Pede-İtalya, 227

Doorson-Hollanda, 236

Drozd ve Janousek-Fransa ve İspanya, 24

Dudgeon-Birleşik Krallık, 74, 290, 296, 297, 301, 311

Duinhof ve Duijf-Hollanda, 272

E

Eckle-Almanya, 215, 249

Editions Périscope-Fransa, 209

Ekbatani-İsveç, 240, 482, 486

Engel ve Diğerleri-Hollanda, 105, 217, 255, 269, 274, 352, 439

Englert-Almanya, 259

Eriksson-İsveç, 465

Erkner ve Hofauer-Avusturya, 250

Ezelin-Fransa, 404

F

F.-İsviçre, 408

Fayed-Birleşik Krallık, 225

Fey-Avusturya, 229

Finlandiya, 64, 65, 72, 74, 203, 239, 252, 295, 310, 312, 313, 314, 318, 319, 320, 321, 322, 476

Foti ve Diğerleri-İtalya, 215, 412

Fransa, 36, 58, 62, 65, 71, 72, 103, 104, 112, 113, 162, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 180, 183, 203, 206, 207, 208, 210, 211, 213, 214, 215, 219, 220, 221, 222, 230, 237, 240, 241, 242, 243, 246, 248, 249, 250, 252, 257, 261, 263, 266, 272, 273, 276, 280, 281, 306, 307, 316, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 336, 349, 357, 366, 381, 382, 385, 387, 389, 394, 396, 400, 412, 418, 420, 423, 438, 450, 454, 474, 481, 494

Funke-Fransa, 246, 336

G

Gaskin-Birleşik Krallık, 364

Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH-Hollanda, 455

Gaygusuz-Avusturya, 424

Gillow-Birleşik Krallık, 334

Gitonas ve Diğerleri-Yunanistan, 26, 468, 470

Glasenapp-Almanya, 373

Golder-Birleşik Krallık, 218, 226

Goodwin-Birleşik Krallık, 385, 388

Gradinger-Avusturya, 484

Groppera Radio AG ve Diğerleri-İsviçre, 277, 359, 365

Guillot-Fransa, 295

Guzzardi-İtalya, 102, 104, 127, 139, 272

H

H.-Belçika, 253

Håkansson ve Sturesson-İsveç, 253

Handyside-Birleşik Krallık, 345, 362, 367, 377, 379, 450, 451

Herczegfalvy-Avusturya, 81

Hiro Balani-İspanya, 233

Hoffmann-Avusturya, 420

Hollanda, 89, 107, 109, 145, 150, 159, 182, 195, 200, 204, 207, 209, 212, 213, 222, 223, 230, 237, 240, 293, 316, 322, 325, 326, 371, 387, 423, 436, 442, 446

Huber-Avusturya, 215

Huvig-Fransa, 288, 307

I

Imbrioscia-İsviçre, 228, 247, 264

Informationsverein Lentia ve Diğerleri-Avusturya, 375

İ

İrlanda, 26, 36, 41, 49, 50, 57, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 85, 120, 121, 124, 152, 158, 182, 199, 205, 212, 226, 243, 244, 256, 265, 271, 285, 350, 418, 428, 429, 430, 431, 433, 437, 438, 466

İrlanda-Birleşik Krallık, 26, 36, 57, 60, 63, 65, 66, 67, 70, 85, 152, 158, 182, 429, 466

İspanya, 184, 193, 219, 237, 249, 256, 269, 293

İsveç, 206, 207, 208, 212, 217, 223, 286, 287, 309, 310, 312, 323, 365, 425, 426, 448, 465, 476, 479, 482

İsviçre, 80, 112, 113, 148, 158, 160, 164, 173, 177, 185, 187, 192, 198, 203, 209, 217, 230, 238, 239, 246, 254, 259, 268, 289, 290, 291, 293, 294, 304, 307, 316, 326, 327, 328, 329, 336, 337, 366, 368, 375, 390, 391, 422, 480, 481, 484

İtalya, 43, 45, 59, 102, 110, 112, 132, 133, 158, 162, 164, 165, 167, 168, 170, 173, 188, 189, 209, 210, 211, 213, 214, 227, 230, 236, 240, 246, 250, 251, 262, 263, 268, 269, 270, 288, 292, 293, 314, 319, 321, 322, 328, 330, 338, 339, 342, 386, 401, 404, 406, 414, 451, 456, 470, 473, 474, 484

İzlanda, 395, 400

J

James ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 441, 451, 458

Jamil-Fransa, 273

Jersild-Danimarka, 367, 384, 387

Johansen-Norveç, 311, 319, 321

Johnston ve Diğerleri-İrlanda, 300, 408

K

Kamasinski-Avusturya, 261, 267, 270, 413

Keegan-İrlanda, 286

Kemmache-Fransa, 112

Kerojärvi-Finlandiya, 223

Kıbrıs, 24, 25, 39, 45, 51, 53, 94, 155, 190, 232, 296, 303, 332, 364, 418, 473

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen-Danimarka, 459, 463

Klaas-Almanya, 60, 72

Klass ve Diğerleri-Almanya, 341, 396

Kokkinakis-Yunanistan, 274, 277, 281, 346, 350, 351, 352, 356, 357, 361

König-Almanya, 250

Krzycki-Almanya, 108

L

Lala-Hollanda, 266

Lamy-Belçika, 197

Laskey, Jaggard ve Brown-Birleşik Krallık, 290, 301

Lawless-İrlanda, 271, 428, 437

Le Compte, Van Leuven ve De Meyere-Belçika, 395

Leander-İsveç, 289, 309, 311, 364, 406, 410

Letellier-Fransa, 187

Lingens-Avusturya, 363, 367, 369, 377

Lithgow ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 417, 453

Lobo Machado-Portekiz, 238

Loizidou-Türkiye, 19, 24, 30, 67, 332

Lutz-Almanya, 254

Lüksemburg, 371

M

Malone-Birleşik Krallık, 305, 307

Manoussakis ve Diğerleri-Yunanistan, 312, 356

Mantovanelli-Fransa, 238

Marckx-Belçika, 315, 333, 423, 444, 446

Markt Intern Verlag GmbH ve, 363, 365, 382

Mathieu-Mohin ve Clerfayt-Belçika, 466, 468, 469, 470

McCann ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 30, 45, 50, 59

McFeeley-Birleşik Krallık, 391

McMichael-Birleşik Krallık, 317, 319, 322

Minelli-İsviçre, 254, 255

Modinos-Kıbrıs, 296, 303

Müller ve Diğerleri-İsviçre, 364, 365, 378

N

Näss-İsveç, 482

Neumeister-Avusturya, 162, 166, 169, 175

Nielsen-Danimarka, 105

Niemietz-Almanya, 287, 289, 290, 292, 294, 305, 313, 333

Norris-İrlanda, 296, 303

Norveç, 42, 110, 113, 114, 115, 116, 126, 127, 187, 223, 384

O

O.-Birleşik Krallık, 317

Oberschlick-Avusturya, 230, 371

Observer ve Guardian-Birleşik Krallık, 372, 375, 378, 381, 387

Olsson-İsveç, 302, 319, 465

Open Door ve Dublin Well Woman-İrlanda, 394

Ö

Öztürk-Almanya, 217, 274

P

Papamichalopoulos ve Diğerleri-Yunanistan, 449

Paramanathan-Federal Almanya Cumhuriyeti, 472

Philis-Yunanistan, 226

Piermont-Fransa, 435, 474

Piersack-Belçika, 193

Poiss-Avusturya, 451, 457

Portekiz, 180, 211, 217, 227, 228, 251, 369, 421, 446, 494

Powell ve Rayner-Birleşik Krallık, 286, 412

Prager ve Oberschlick-Avusturya, 370, 384, 386, 387

Procola-Lüksemburg, 209, 230

Pudas-İsveç, 205, 413

Putz-Avusturya, 482

Q

Quaranta-İsviçre, 268

Quinn-Fransa, 106, 108, 111, 133, 142, 143

R

Raimondo-İtalya, 450, 451, 456, 473, 474

Rasmussen-Danimarka, 416

Rassemblement jurassien ve Unité jurassienne-İsviçre, 406

Ravnsborg-İsveç, 217, 483

Rees-Birleşik Krallık, 285, 407

Ribitsch-Avusturya, 57, 58, 81

Ringeisen-Avusturya, 212

S

S.-İsviçre, 265, 340

S.W.-Birleşik Krallık, 274, 276, 278, 279, 283

Salabiaku-Fransa, 256

San Marino, 351, 472

Sanchez-Reisse-İsviçre, 197

Saraiva de Carvalho-Portekiz, 229

Saunders-Birleşik Krallık, 234, 244

Schenk-İsviçre, 237

Schiesser-İsviçre, 157

Schmidt ve Dahlström-İsveç, 393, 402, 416

Schuler-Zgraggen-İsviçre, 294, 422

Sekanina-Avusturya, 260

Silva Pontes-Portekiz, 251

Silver ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 338, 340, 342

Soering-Birleşik Krallık, 22, 24, 30, 62, 64, 78, 85, 400

Sporrong ve Lönnroth-İsveç, 212, 413, 439, 447, 449, 456, 457, 459

Stewart-Birleşik Krallık, 50

Stjerna-Finlandiya, 292, 294, 295

Stögmüller-Avusturya, 164

Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis-Yunanistan, 444, 458

Sunday Times-Birleşik Krallık, 109, 340, 343, 358, 383

Sutter-İsviçre, 253

T

Thorgeir Thorgeirson-İzlanda, 377, 386

Tomasi-Fransa, 57, 58, 71, 72, 85, 165

Türkiye, 25, 26, 29, 31, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 80, 81, 90, 91, 94, 118, 125, 153, 154, 156, 184, 185, 231, 232, 261, 264, 269, 275, 279, 281, 303, 326, 332, 333, 335, 351, 359, 364, 367, 381, 383, 393, 394, 396, 398, 401, 410, 432, 434

Tyrer-Birleşik Krallık, 19, 64, 67, 73, 78

U

Unterpertinger-Avusturya, 234

V

Vallée-Fransa, 249

Van de Hurk-Hollanda, 210, 234

Van der Mussele-Belçika, 95, 443

Van Droogenbroeck-Belçika, 93, 99, 114, 179, 181, 272

Van Marle ve Diğerleri-Hollanda, 442

Van Mechelen ve Diğerleri-Hollanda, 236, 269

Vermeulen-Belçika, 238

Vilvarajah ve Diğerleri-Birleşik Krallık, 24, 84

Vogt-Almanya, 297, 319, 374, 406

Voulfovitch ve Oulianova-İsveç, 479

W

W.-Birleşik Krallık, 321, 322

Wassink-Hollanda, 106, 196, 200

Weber-İsviçre, 217

Welch-Birleşik Krallık, 272

Wemhoff-Almanya, 127, 163, 164

Wingrove-Birleşik Krallık, 361, 377

Winterwerp-Hollanda, 109, 135, 179, 196

X

X. ve Y.-Hollanda, 62, 292, 296, 313, 392, 413

X., Y. ve Z.-Birleşik Krallık, 74, 95

X.-Avusturya, 42

X.-Birleşik Krallık, 179, 180, 190, 331

X.-Norveç, 41

Y

Young, James ve Webster-Birleşik Krallık, 399

Yunanistan, 64, 79, 80, 110, 197, 198, 219, 226, 227, 237, 260, 268, 281, 342, 346, 348, 353, 356, 358, 360, 361, 409, 418, 429, 445, 453, 468

Z

Z.-Finlandiya, 310, 336

Zappia-İtalya, 227

Zimmermann ve Steiner-İsviçre, 248

Avrupa Konseyi Yayınları'nı bulabileceğiniz satış noktaları

ALMANYA/ AVUSTURYA
UNO Verlag Am Hofgarten 10
D-53113 BONN
Tel.: (49) 2 28 94 90 20
Faks: (49) 2 28 94 90 222
E-posta: bestellung@uno-verlag.de
http://www.uno-verlag.de

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ve KANADA
Manhattan Publishing Company 468 Albany Post Road, PO Box 850
CROTON-ON-HUDSON, NY 10520, USA
Tel.: (1) 914 271 5194
Faks: (1) 914 271 5856
E-posta: Info@manhattanpublishing.com
http://www.manhattanpublishing.com

AVUSTRALYA
Hunter Publications, 58A, Gipps Street
AUS-3066 COLLINGWOOD, Victoria
Tel.: (61) 3 9417 5361
Faks: (61) 3 9419 7154
E-posta: Sales@hunter-pubs.com.au
http://www.hunter-pubs.com.au

BELÇİKA
La Librairie européenne SA 50, avenue A. Jonnart B-1200 BRUXELLES
Tel.: (32) 2 734 028
Faks: (32) 2 735 0860
E-posta: info@libeurosbe
http://www.libeurosbe
Jean de Lannoy 202, avenue du Roi B-1190 BRUXELLES
Tel.: (32) 2 538 4308
Faks: (32) 2 538 0841
E-posta: jean.de.lannoy@euronet.be
http://www.jean-de-lannoy.be

BİRLEŞİK KRALLIK
TSO (formerly HMSO) 51 Nine Elms Lane GB-LONDON SW8 5DR
Tel.: (44) 207 873 8372
Faks: (44) 207 873 8200
E-posta: customer.services@theso.co.uk
http://www.the-stationery-office.co.uk
http://www.itsofficial.net

ÇEK CUMHURİYETİ
Suweco Cz Dovoz Tisku Praha
Ceskomoravska 21 CZ-18021 PRAHA 9
Tel.: (420) 2 660 35 364
Faks: (420) 2 683 30 42
E-posta: import@suweco.cz

KANADA
Renouf Publishing Company Limited 5369 Chemin Canotek Road CDN-OTTAWA, Ontario, K1J 9J3
Tel.: (1) 613 745 2665
Faks: (1) 613 745 7660
E-posta: order.dept@renoufbooks.com
http://www.renoufbooks.com

DANİMARKA
GAD Direct FioIstaede 31-33 DK-1171 COPENHAGEN K
Tel.: (45) 33 13 72 33
Faks: (45) 33 12 54 94
E-posta: info@gaddirect.dk

FİNLANDİYA
Akateeminen Kirjakauppa Keskuskatu 1, PO Box 218 FIN-00381 HELSINKI
Tel.: (358) 9 121 41
Faks: (358) 9 121 4450
E-posta: akatilaus@stockmann.fi
http://www.akatilaus.akateeminen.com

FRANSA
La Documentation française (Diffusion/Vente Fransa entière) 124, rue H. Barbusse F-93308 AUBERVILLIERS Cedex
Tel.: (33) 01 40 15 70 00
Faks: (33) 01 40 15 68 00
E-posta: commandes.vel@ladocfrancaise.gouv.fr
http://www.ladocfrancaise.gouv.fr
Librairie Kléber (Vente Strasbourg) Palais de l'Europe F-67075 STRASBOURG Cedex
Faks: (33) 03 88 52 91 21
E-posta: librairie.kleber@coe.int

HOLLANDA
De Lindeboom Internationale Publikaties PO Box 202, MA de Ruyterstraat 20 A NL-7480 AE HAAKSBERGEN
Tel.: (31) 53 574 0004
Faks: (31) 53 572 9296
E-posta: books@delindeboom.com
http://home-1-worldonline.nl/~lindeboo/

İSPANYA
Mundi-Prensa Libros SA Castelló 37 E-28001 MADRID
Tel.: (34) 914 36 37 00
Faks: (34) 915 75 39 98
E-posta: libreria@mundiprensa.es
http://www.mundiprensa.com

İSVİÇRE
BERSY Route de Monteiller CH-1965 SAVIESE
Tel.: (41) 27 395 53 33
Faks: (41) 27 395 53 34
E-posta: bersy@bluewin.ch
Adeco – Van Diermen Chemin du Lacuez 41 CH-1807 BLONAY
Tel.: (41) 21 943 26 73
Faks: (41) 21 943 36 05
E-posta: info@adeco.org

İTALYA
Libreria Commissionaria Sansoni Via Duca di Calabria 1/1, CP 552 I-50125 FIRENZE
Tel.: (39) 556 4831
Faks: (39) 556 41257
E-posta: licosa@licosa.com
http://www.licosa.com

MACARİSTAN
Euro Info Service Hungexpo Europa Kozpont ter 1 H-1101 BUDAPEST
Tel.: (361) 264 8270
Faks: (361) 264 8271
E-posta: euroinfo@euroinfo.hu
http://www.euroinfo.hu

NORVEÇ
Akademika, A/S Universitetsbokhandel PO Box 84, Blindern N-0314 OSLO
Tel.: (47) 22 85 30 30
Faks: (47) 23 12 24 20

POLONYA
Gowna Ksigarnia Naukowa im. B. Prusa Krakowskie Przedmiescie 7 PL-00-068 WARSZAWA
Tel.: (48) 29 22 66
Faks: (48) 22 26 64 49
E-posta: inter@internews.com.pl
http://www.internews.com.pl

PORTEKİZ
Livraria Portekiz Rua do Carmo, 70 P-1200 LISBOA
Tel.: (351) 13 47 49 82
Faks: (351) 13 47 02 64
E-posta: liv.Portekiz@posta.telepac.pt

YUNANİSTAN
Librairie Kauffmann 28, rue Stadiou GR-ATHINAI 10564
Tel.: (30) 1 32 22 160
Faks: (30) 1 32 30 320
E-posta: ord@otenet.gr

Council of Europe Publishing /Editions du Conseil de l'Europe **(Avrupa Konseyi Yayınları)**
F-67075 Strasbourg Cedex Tel.: (33) 03 88 41 25 81 – Faks: (33) 03 88 41 39 10
E-posta: publishing@coe.int – Web sitesi: http://book.coe.int

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na ilk bireysel başvuru 1955 senesinde yapılmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk kararı 1961 senesinde verilmiştir. Günümüzde yüzlerce basılı karar bulunmaktadır ve bu kadar çok içtihat bulunması söz konusu kararların incelenmesini zorlaştırmaktadır. Uzman bir hukukçu olan bu kitabın yazarı, mahkemenin içtihatlarını tek bir kitaba indirgemiştir.

Kitapta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin her maddesi için hem yorumlar yapılmış, hem de konuya ilişkin mahkeme ve komisyon kararlarından alıntılara yer verilmiştir. Amaç mümkün olduğunca çok karardan alıntı yaparak, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hakkında kullanımı kolay bir bilgi kaynağı sunmaktır.

Kitapta ayrıntılı bir şekilde yer verilen içindekiler ve dizin bölümleri de okuyucuya kolaylık sağlayarak, kitabın hem Sözleşme alanında uzman kişiler, hem de konuyu incelemeye yeni başlayanlar için temel bir kaynak olmasını sağlamıştır.

İNSAN HAKLARI VE HUKUK İŞLERİ
GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
AVRUPA KONSEYİ
2007

Council of Europe
Conseil de l'Europe

European Union
Union européenne