

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN İÇTİHADINA GENEL BAKIŞ

2018



WOLF LEGAL PUBLISHERS

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış



Yayımlayan
Wolf Legal Publishers (WLP)
Talent Square 13
5038 LX Tilburg
Hollanda
coe@wolfpublishers.nl
www.wolfpublishers.com

Centraal Boekhuis (Culemborg, Hollanda ve Bağımsız Yayıncılar Grubu (Chicago, Amerika Birleşik Devletleri) tarafından talep üzerine dağıtılan ve FSC kağıdına (www.fsc.org) basılmıştır.

Bu yayını baskı formatı, çevrimiçi formatı veya herhangi bir diğer formatta çoğaltmak ve/veya tamamını veya bir kısmını çevirmek isteyen kişilerin daha fazla bilgi için publishing@AIHS.coe.int ile iletişime geçmesi gerekmektedir.

Bu yayına atıf yaparken lütfen “Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış” olarak kaynağı belirtiniz.

Bu yayın www.AIHS.coe.int (Case-Law/Case-Law Analysis/Overview of the Court's case-law) adresinden indirilebilir.

Yayımlar hakkındaki güncellemeler için lütfen Mahkeme'nin Twitter hesabını twitter.com/AIHSpublication takip ediniz.

Kapak fotoğrafı: Avrupa Konseyi

Bu çeviri Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin mutabakatıyla yayınlanmıştır ve çeviri sorumluluğu *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi* Avrupa Birliği -Avrupa Konseyi Ortak Projesine aittir.

© Avrupa Konseyi – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2019
ISBN: 978-94-624-0530-1

İçindekiler

GİRİŞ	5
YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK.....	9
Kabul edilebilirlik (Madde 34 ve 35)	9
“ÇEKİRDEK” HAKLAR.....	12
Yaşam hakkı (Madde 2)	12
Etkili soruşturma.....	12
Özgürlük ve güvenlik hakkı (Madde 5).....	16
Makul şüphe (Madde 5 § 1 (c)).....	16
Tutuklama süresi (Madde 5 § 3)	16
Suçu önlemek için makul derecede gerekli (Madde 5 § 1 (c)).....	18
Akıl hastaları (Madde 5 § 1 (e)).....	21
İncelemenin hızı (Madde 5 § 4).....	24
USULİ HAKLAR	27
Hukuk yargılamasında adil yargılanma hakkı (Madde 6 § 1)	27
Uygulanabilirlik.....	27
Mahkemeye erişim.....	29
Yargılamanın hakkaniyeti.....	37
Bağımsız ve tarafsız mahkeme	39
Ceza yargılamasında adil yargılanma hakkı (Madde 6 § 1)	43
Uygulanabilirlik.....	43
Yargılamanın hakkaniyeti.....	44
Masumiyet karinesi (Madde 6 § 2).....	47
Savunma hakları (Madde 6 § 3)	48
Hukuki destek ile savunma (Madde 6 § 3 (c))	48
Tanıkların dinlenmesi (Madde 6 § 3 (d))	55
Ücretsiz tercüman desteği (Madde 6 § 3 (e)).....	58
Ceza yargılamalarında diğer haklar.....	61
Kanunsuz ceza olmaz (Madde 7).....	61

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLER	65
Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı (Madde 8)	65
Özel hayat	65
Özel hayat ve aile hayatı	76
Özel hayat ve aile hayatı ve konut	79
Konut	83
İfade özgürlüğü (Madde 10)	85
İfade özgürlüğü	85
Basın özgürlüğü	87
Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (Madde 11)	89
Barışçıl toplanma özgürlüğü	89
Ayrımcılık yasağı (Madde 14)	91
1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 14. Maddesi	91
Mülkiyet hakkı (1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi)	94
Mal veya mülkten faydalanma	94
Mülkün kullanımının kontrolü	104
Pozitif yükümlülükler	106
Serbest seçim hakkı (1 No.lu Protokol'ün 3. Maddesi)	108
Halkın kanaatlerini özgürce açıklaması	108
DİĞER SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ	111
Olağanüstü hallerde derogasyon (Madde 15)	111
Sözleşmede öngörülme-yen sınırlandırmalar (Madde 18)	113
Kararın düzeltilmesi talebi (Mahkeme İç Tüzüğü Madde 80)	117
Atıf Yapılan Kararlar Listesi	121

GİRİŞ

2018 yılında¹ özel bir hukuki öneme sahip davalar, diğer konuların yanında, sivil adalet ve ceza adaleti, ve özellikle de hâkimleri ilgilendiren disiplin meseleleri, özel hayat ve aile hayatının, konutun ve itibara saygı hakkının kapsamı, medya ve İnternet, Sözleşme'nin 15. ve 18. maddeleri, azınlıkların korunması, reklamcılık ve ticari faaliyetler ve spor alanında Sözleşme hukukunun uygulanması ile ilgili meseleleri ele almıştır.

2018'de Büyük Daire on dört esasa ilişkin karar ve bir kabul edilemezlik kararı vermiştir. *S., V. ve A. v. Danimarka* davasında Devletlerin, spor etkinliklerinde izleyiciler tarafından şiddet uygulanması tehdidiyle mücadele etmek için önleyici gözaltına başvurabileceği koşulları belirlemiştir (Madde 5). Akli dengesi yerinde olmayan kişilerin tutuklanmasına ilişkin içtihadını Madde 5 § 1 (e) ve Madde 7 § 1 bakış açısından detaylı şekilde açıklamıştır (*Ilmseher*).

Büyük Daire, hâkimlere karşı başlatılan disiplin yargılamalarının Madde 6 § 1'e uygunluğuna da değinmiştir (*Denisov ve Ramos Nunes de Carvalho e Sá*). İşkence mağdurlarına ilişkin *Nait-Liman* kararında Büyük Daire, iddia edilen işkence eylemlerinin ulusal topraklar dışında, bir üçüncü Devlet tarafından veya onun yetki alanında işlendiği davalarda, ulusal mahkemelerin tazminat taleplerini incelemek zorunda olup olmadığı konusunda hüküm kurmuştur (Madde 6). Büyük Daire, yüksek mahkemelere erişim kısıtlamalarının Madde 6 § 1 ile uyumlu olup olmadığına karar verirken dikkate alınacak kriterleri de tanımlamıştır (*Zubac*).

¹ Bu genel değerlendirme Hukuk Danışmanlığı Birimi (Jurisconsult) tarafından kaleme alınmıştır ve Mahkeme açısından bağlayıcı değildir.

G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri'nde Büyük Daire, cezai hüküm olmadan mülkiyete el konulmasının masumiyet karinesi (Madde 6 § 2) ve suç ve cezaların kanunla öngörülmesi ilkesi (Madde 7) ile uyumlu olup olmadığını incelemiştir. Şüphelilerin dava öncesi aşamada avukata erişim hakkının içeriğine, kişinin kendi aleyhine delil göstermemesi hakkına ve sessiz kalma hakkına açıklık getirmiştir (*Beuze*). *Correia de Matos*'ta Büyük Daire, sanıkların avukat tarafından desteklenme zorunluluğuna ve bir kimsenin kendi savunmasını yürütme hakkının kapsamına dair içtihadını açıklamıştır (Madde 6 § 3 (c)). *Murtazaliyeva* kararı Sözleşme'nin 6 § 3 (d) maddesi kapsamında savunma tanıklarının çağırılmaya ve sorgulamaya uygulanacak hukuki ilkelere açıklık getirmiştir.

“Mesleki ve sosyal itibar”a ilişkin *Denisov* kararı, bir mesleki uyumsuzluğun, Madde 8 bağlamında “özel hayat” kapsamına girip girmediğini belirlemek için kullanılan ilkeleri ortaya koymuştur.

Navalnyy kararında Büyük Daire, kamusal eylemlere katılmaktan dolayı tutuklanan ve cezalandırılan muhalif bir siyasi aktivistin birçok kez yakalanmasının Madde 5 ve 6 ve toplanma özgürlüğüyle (Madde 11) uyumlu olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme ilk kez Madde 11 ile bağlantılı olarak Madde 18'den ihlal bulmuştur (ibid.) ve bir başvuruçunun Madde 5 § 3 ile bağlantılı olarak Madde 18'e dayanabileceğine karar vermiştir (*Selahattin Demirtaş (no. 2)*).

Ayrıca Mahkeme ilk kez vasiyet alacaklısının istekleri hilafına İslami dini hukukun (Şeri hukuk) miras uyumsuzluğuna uygulanmasına ilişkin bir dava incelemiştir (*Molla Sali*, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi).

Mal veya mülkten faydalanma hakkı bakımından *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri* kararı, el konulan mülklerin maliklerine usule ilişkin güvenceler sunulması gerektiğini açıklamıştır. *Lekić*'te Büyük Daire bir şirketler kanununun şirket yöneticilerinin finansal sorumluluğu üzerindeki etkilerini araştırmıştır.

Son olarak, *Radomilja ve Diğerleri*'nde Büyük Daire, Sözleşme'nin 32. ve 34. maddelerinin kapsamını, özellikle de “şikâyet” kavramının tanımını ve dolayısıyla Mahkeme önündeki davanın kapsamını incelemiştir.

Diğer önemli davalar, bir araştırmacı gazetecinin cinayeti dâhil (*Mazepa ve Diğerleri*), cinayete dair ceza soruşturmaları (*Akeliené*), gazetecilerin tutukluluğu (*Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpay*) ve bir

milletvekilinin tutukluluğu (*Selahattin Demirtaş (no. 2)*) bakımından Devletlerin yükümlülüklerinin kapsamına ilişkindir.

Madde 6 bakımından, bu maddenin bir fon ihalesine uygulanabilirliğini incelemenin yanı sıra (*Mirovni Inštitut*) Mahkeme, profesyonel spordaki uyuşmazlıkların çözümü için tahkime başvurulmasına dair içtihadını yeniden ele almıştır (*Mutu ve Pechstein*). Ayrıca yabancı davalılara savunmalarını yapmak üzere tercüme sağlanması ihtiyacı üzerine de karar vermiştir (*Vizgirda*).

Hukuki açıdan ilginç olan diğer davalar, ulusal güvenliğin korunması için gereken bilginin makamlar tarafından ifşası (*Anchev*), bir çalışan tarafından iş bilgisayarında saklanan kişisel dosyaların işveren tarafından açılması (*Libert*), sporda doping kontrolleri (*National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri*) ile bağlantılı olarak “özel” hayatın kapsamına ilişkindir. Ayrıca Madde 8 altında Mahkeme, ölen kişinin akrabalarına ceza soruşturması sırasında sağlanacak olan korumayı (*Solska ve Rybicka ve Lozovyye*) ve ebeveynleri polis tarafından tutuklanan küçüklere karşı makamların yükümlülüklerini (*Hadzhieva*) ele almıştır.

Mahkeme ilk kez kişisel verinin korunması hakkı (Madde 8) ile medya tarafından bilginin çevrimiçi olarak arşivlenmesi (Madde 10) arasında kurulacak dengeyi araştırmıştır (*M.L. ve W.W. v. Almanya*) ve iftira içerikli bağlantı linklerinin medya tarafından kullanımı hakkında karar vermiştir (*Magyar Jeti Zrt*). Ayrıca reklamcılık alanında dini hassasiyetler ile ifade özgürlüğünün bağdaştırılmasını incelemiştir (*Sekmadienis Ltd.*).

İçtihat açısından ilginç diğer davalar, tehlikeli faaliyetlere (*Kurşun*), ticari faaliyetlerin düzenlenmesine (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd ve Könyv-Tár Kft ve Diğerleri*) ve kiralamaya ilişkin özel sektörün düzenlenmesine (*F.J.M. v. Birleşik Krallık*) ilişkindir.

Mehmet Hasan Altan ve Şahin Alpaya kararlarında Mahkeme, olağanüstü hal sırasında derogasyonun ² geçerliliğini değerlendirmiştir (Madde 15) ve *İrlanda v. Birleşik Krallık*'ta

² Sözleşme'nin 15. maddesinde kullanılan “derogation” terimi, olağanüstü durumlarda taraf devletlerin Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerini belli kural ve şartlara uygun olarak azaltabilmeleri anlamına gelmektedir. (Çevirmen notu)

Devletler-arası bir davada karar düzeltme talebi hakkında ilk kez karar vermiştir (Mahkeme İçtüzüğü Madde 80).

Mahkeme'nin içtihadı Sözleşme ve Avrupa Birliği hukuku arasındaki etkileşimi de dikkate almıştır. Mahkeme ilk kez, verdikleri kararlar itiraza açık olmayan mahkemelerin Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan (ABAD) ön hüküm istemeyi reddetmek için sebep gösterme yükümlülüklerinin kapsamı hakkında karar vermiştir (*Baydar*). Mahkeme ihlal davası bağlamında bir ABAD kararına ilişkin bir davayı da incelemiştir (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd.*). Temel Haklar Şartı'ndan (*Correia de Matos*), ceza meselelerindeki AB direktiflerinden (*Correia de Matos ve Vizgirda*) ve ABAD'ın içtihadından söz etmiştir (*Lekić*).

Mahkeme birçok davada Sözleşme ve uluslararası hukuk arasındaki etkileşimi dikkate almıştır (*Naüt-Liman, Mutu ve Pechstein, Correia de Matos, National Federation of Sportspersons'Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri, Molla Sali ve Lekić*). Uluslararası Adalet Divanı kararlarından (*Lekić*), Ulusal Azınlıkların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi'nden (*Molla Sali*) ve Avrupa Konseyi'nin Dopingle Mücadele Sözleşmesi'nden (*National Federation of Sportspersons'Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri*) destek almıştır.

Mahkeme, Devletlerin Sözleşme altındaki pozitif yükümlülüklerini (*Hadzhieva*) ve usuli yükümlülüklerini (*S., V. ve A. v. Danimarka, Akelienè ve Vizgirda*) ele almıştır. Bazı önemli kararlar Sözleşme'nin Âkit Taraflarına tanınacak takdir yetkisini (diğerlerinin yanı sıra *Naüt-Liman, Zubac ve Correia de Matos*) ve ikincillik ilkesinin rolünü açıklığa kavuşturmuştur (*Radomilja ve Diğerleri*).

YARGI YETKİSİ VE KABUL EDİLEBİLİRLİK

Kabul edilebilirlik (Madde 34 ve 35)

*Radomilja ve Diğerleri v. Hırvatistan*³ Sözleşme'nin 32. ve 34. maddelerine ve özellikle de şikâyeti tanımlayan unsurlara ve dolayısıyla da Mahkeme'ye sevk edilen davanın kapsamına ilişkindir.

Bu dava, sosyalist dönemde “toplumun malik olduğu” arazi parçaları hakkında başvuru ve yerel makamlar arasında doğan uyuşmazlıklarla ilgili iki başvuruya ilişkindir. Ulusal hukuk uyarınca, her ne kadar bu dönemden önce bu şekilde edinilebiliyor olsa da, toplumun malik olduğu arazinin sosyalizm döneminde (1941-91) mülkiyetin işgal yoluyla kazanılması ile edinilmesi mümkün değildir. Bu kural geçici süreyle askıya alınmıştır (1997 yılında), ta ki Anayasa Mahkemesi askıya almayı geçersiz kılsın (1999 yılında) ve böylece 1941-91 dönemini mülkiyetin işgal yoluyla kazanılması için gereken yeterlilik döneminden hariç tutmayı geri getirene kadar. Başvurucular, toplumun malik olduğu mülkün işgal yoluyla kazanıldığını iddia etmiştir. Kesinleşmiş ulusal kararlar, 1941'den önce gereken süreyle araziye ellerinde bulundurmadıklarından bahisle iddialarını reddetmiştir. Mülkiyet haklarını ileri sürmedikleri halde, anayasal itirazları reddedilmiştir.

Başvurucular, yerel mahkemelerin işgal yoluyla mülkiyet kazanmalarını tanımayı reddetmesi hakkında, çoğunlukla bu mahkemelerin olguları yanlış değerlendirdikleri ve ulusal hukuku yanlış uyguladıklarını ileri sürerek, Mahkeme önünde 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında şikâyette bulunmuşlardır. Daire, *Trgo*

³ *Radomilja ve Diğerleri v. Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, 20 Mart 2018.

*v. Hırvatistan*⁴ temelinde, başvurucuların askıya alma yürürlükte iken araziyi kanun icabı kazandıkları sonucuna varmıştır ve mülkiyetin işgal yoluyla kazanılması için gerekli yeterlilik dönemi için 1941-91 arasındaki dönemi de dikkate alarak 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bir panel 28 Kasım 2016'da davayı Büyük Daire'ye sevk etmiştir. Büyük Daire, önündeki şikâyetlerin 1941-91 dönemini içerdiği ölçüde yeni olduklarını, çünkü başvurucuların Daire önünde bu döneme dayanmadıklarını tespit etmiştir. Bunun sonucunda, bu şikâyetler süre aşımı nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur (kalan şikâyetlerin Sözleşme'nin ihlalini doğurmadığına karar verilmiştir).

Bu dava Daire'nin, kararını başvurucular tarafından ne yerel mahkemeler ne de Daire önünde ileri sürülmüş olan olgusal (1941-91 dönemi) ve hukuki temele dayandırmış olması açısından ilginçtir. Bu yüzden Büyük Daire'nin, bir şikâyeti ve dolayısıyla Mahkeme önündeki davanın kapsamını neyin tanımladığı, ve özellikle de şikâyeti tanımlayanın, tek başına veya hukuki görüşler ile bağlantılı olarak olgusal iddialar olup olmadığı üzerine oldukça temel bir soruyu cevaplandırması gerekmiştir.

Büyük Daire, bireysel başvuru hakkının kullanılması yoluyla Mahkeme'ye sevk edilmiş olan davanın kapsamının başvurucunun şikâyeti ile belirlendiğini, bu bakımdan *ne eat iudex ultra et extra petita partium* (talep ile bağlılık) ilkesini yansıttığına karar vermiştir. Bir şikâyet iki unsurdan oluşmaktadır: olgusal iddialar ve hukuki argümanlar. *Jura novit curia* (mahkeme hukuku bilir) ilkesi sayesinde Mahkeme, başvurucu tarafından Sözleşme ve Protokolleri kapsamında ileri sürülen hukuki dayanak ile bağlı değildir ve şikâyeti başvurucunun dayandığı Sözleşme maddeleri veya hükümlerinden farklı madde ve hükümler altında inceleyerek bir şikâyetteki olgulara atfedilecek olan hukuki nitelendirmeye karar verme yetkisine sahiptir. Ancak kararını şikâyetin kapsamadığı olgulara dayandıramaz: bunu yapması, davanın kapsamı dışında hüküm vermesi ve Madde 32 bağlamında ona “sevk edilmiş” olmayan meseleler üzerinde karar vermesi anlamına gelecektir. Son olarak, bir başvurucu (veya Mahkeme re'sen) en başta sunulan olguları daha sonra açıklığa kavuşturabilir veya detaylandırabilir.

⁴ *Trgo v. Hırvatistan*, no. 35298/04, 11 Haziran 2009.

Bu sonuca varırken Büyük Daire, Mahkeme'nin içtihadının farklı kollarının, olgusal ve hukuki iddialar arasındaki içkin bir bağlantıya işaret etmekle birlikte, bir şikâyetin başvuru tarafından sunulan olgular ile sınırlı olduğunu ileri sürdüğünü kabul etmiştir. Büyük Daire, iç hukuk yollarının tüketilmesine dair içtihadı, bu ilkenin bir istisnası addetmiştir. Zira ulusal hukuka dayanarak aynı veya benzer etkiye sahip hukuki argümanları ileri sürmemek, Mahkeme'nin, makamlar önüne getirilen şikâyetin Mahkeme önüne sunulan şikâyete esas bakımından tekabül etmediği ve başvuru yollarının iç hukuk yollarını tüketmemiş olduğu sonucuna varmasına neden olduğundan, Mahkeme ulusal düzeyde dayanılan Sözleşme argümanlarına vurgu yapmaya devam etmektedir. Büyük Daire bu sayede Devlete, iddia edilen ihlali Sözleşme sisteminin ikincil karakteri ile tutarlı şekilde önlemeye veya telafi etmesi için sahici bir imkân sağlayan ilkelere süregelen bağlılığını vurgulamıştır.

Bu ilkeleri mevcut davaya uygulayarak Büyük Daire, Daire kararının başvuru tarafından dayanılmayan olgular (1941-91 dönemi) temelinde verilmiş olduğunu teyit etmiştir. Dolayısıyla o karar, davanın, başvuru yollarının 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altındaki şikâyetleri ve bilhassa burada iddia edilen olgular ile belirlenen kapsamı dışında verilmiştir. Başvuru yollarının şimdi elli yıllık bu döneme dayanmak istemesi Büyük Daire önünde yeni ve farklı şikâyetler ileri sürmek anlamına gelmiştir. Bu yeni şikâyetlere kabul edilebilirlik kriterlerini uygulayarak Büyük Daire, bunların altı aylık süre sınırının dışında sunulmuş olduğunu tespit etmiş ve dolayısıyla kabul edilemez oldukları sonucuna varmıştır.

“ÇEKİRDEK” HAKLAR

Yaşam hakkı (Madde 2)

Etkili soruşturma

*Mazepa ve Diğerleri v. Rusya*⁵ kararında Mahkeme, önde gelen bir gazetecinin kiralık katil tarafından öldürülmesinin soruşturulmasının kapsamını incelemiştir.

Dava, öndegelen bir araştırmacı gazetecinin 2006 yılında kiralık katil tarafından öldürülmesi iddiaları hakkındadır. Dokuz yıl süren soruşturma ve yargılamalardan sonra, sonunda beş kişi gazetecinin ölümünden dolayı hüküm giymiştir. Cinayeti ısmarlayan kişiler ise henüz teşhis edilmemiştir. Maktulün aile üyeleri olan başvuruçular, makamların etkili bir soruşturma yürütemeyerek Sözleşme'nin 2. maddesi altındaki usule ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Mahkeme madde 2'nin usuli yönünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin görüşüne göre, soruşturma cinayetten doğrudan sorumlu beş kişinin teşhis edilmesi ve mahkûm edilmesine neden olmuş olmasına rağmen yetersizdir. Henüz düzgün şekilde ele alınmamış olan daha geniş bir mesele vardır, bilhassa cinayeti amzettiren kişi veya kişilerin teşhis edilmesi. İki noktanın altı çizilebilir.

İlk olarak, Mahkeme'nin mağdurun -bir araştırmacı gazeteci- durumuna vurgu yapmış olması dikkate değerdir. Bununla bağlantılı olarak şunu gözlemlemiştir (paragraf 73).

“[B]ir cinayetin mağdurunun gazeteci olduğu durumlarda, suçun gazetecinin mesleki faaliyeti ile muhtemel bağlantısının kontrol edilmesi büyük önem teşkil eder. Bununla bağlantılı olarak, Mahkeme ayrıca Bakanlar Komitesi'nin paragraf 19'da, bir soruşturmanın sonuçlarının, gazetecilere ve diğer medya aktörlerine karşı tehditler ve şiddet ile gazetecilik faaliyetleri veya kamusal

⁵ *Mazepa ve Diğerleri v. Rusya*, no. 15086/07, 17 Temmuz 2018.

tartışmaya benzer şekillerde katkıda bulunmak arasında bir bağlantı olup olmadığını tespit etmek dâhil, ilgili tüm unsurların etraflı, objektif ve tarafsız analizine dayanması gerektiğini tavsiye ettiği gazeteciliğin korunması ve gazeteciler ve diğer medya aktörlerinin güvenliği hakkında Tavsiye CM/Rec (2016) 4’e de atıf yapacaktır.”

Bu durum, Mahkeme’nin Sözleşme hükümlerini yorumlamasına yardım etmesi için “bağlayıcı olmayan hukuka” başvurmak konusundaki istekliliğinin de ilginç bir örneğidir.

İkinci olarak, Mahkeme şunu vurgulamıştır (paragraf 75)

“ ... [kamusal bir figürün] kiralık katil tarafından öldürülmesinin soruşturulması, suçun fikri sahibinin, yani cinayeti azmettiren kişi veya kişilerin teşhis edilmesi amacıyla gösterilen sahici ve ciddi soruşturma çabaları olmadan madde 2’nin usuli yönündeki zımni araç yükümlülüğünü ortadan kaldıracak kadar yeterli kabul edilemez. Kiralık katil cinayetine ilişkin davada yerel makamların denetimi tetikçinin teşhis edilmesinin ötesine gitmeyi amaçlamalıdır ve mevcut davadaki soruşturmanın bu önemli noktayı ele aldığından emin olmak Mahkeme’nin görevidir (örneğin bakınız *Gongadze v. Ukrayna*, no. 34056/02, § 176, AİHS 2005-XI, ve *Huseynova v. Azerbaycan*, no. 10653/10, §§ 115-16, 13 Nisan 2017).”

Bu değerlendirmeleri akılda tutarak Mahkeme, şu eksikliklerin altını çizmiştir. Her ne kadar makamlar muhtemel tek bir soruşturma çizgisini takip etmiş gözükse de davalı Devlet, alınan tedbirlerin niteliğine veya bu konuda destek almak için üçüncü bir Devlete yapılan taleplerin takibine dair Mahkeme’ye anlamlı herhangi bir bilgi sağlamamıştır. Soruşturmanın neden uzun yıllar boyunca yalnızca tek bir soruşturma çizgisine odaklanmış olduğuna dair herhangi bir açıklama da yapılmamıştır. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, başvuruçuların, mağdurun Çeçen sorunu sırasındaki medya çalışmalarını dikkate alarak, kamu görevlilerinin cinayete karışmış olabileceğini iddia ettiğini gözlemlemiştir. Mahkeme’ye göre, madde 2’nin usuli gerekliliklerine uymak için yerel makamlar bu iddiaları neticede asılsız çıksalar bile araştırmış olmalıdır.

Dahası Mahkeme, davalı Devletin yargılamanın uzunluğunu haklı kılabilecek oldukça inandırıcı ve ikna edici sebepler sunmadığına, dolayısıyla madde 2’nin usuli yükümlülüğünün sürat ve makul süre gereklerinin bir ihlalini içerdiğine karar vermiştir (bununla bağlantılı olarak bakınız *Cerf v. Türkiye*⁶).

⁶ *Cerf v. Türkiye*, no. 12938/07, §§ 80-81, 3 Mayıs 2016.

*Akeliene v. Litvanya*⁷ başvurusunun oğlunu öldürmekten hüküm giyen bir kişiye verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın makamlar tarafından uygulanmaması hakkındadır.

Başvurucunun oğlu ve bir başka kişi Nisan 1994'te kaybolmuştur. Soruşturmanın erken safhalarından bir şüpheli olan A.G., 17 Mart 2006'de yakalanmış ve cinayet ile suçlanmıştır. Tutuklanmıştır. 22 Kasım 2006'da İstinaf Mahkemesi tahliye edilmesine hükmetmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesinin gereklerine atıf yaparak İstinaf Mahkemesi, diğer şeylerin yanı sıra, şunları gözlemlemiştir: A.G. aleyhine olan dosya zayıftır; saklanacağından korkmak için herhangi bir gerekçe yoktur; daha önce hiçbir suçtan hüküm giymemiştir ve asıl soruşturma işlemleri tamamlanmıştır. İstinaf Mahkemesi'nin A.G.'nin duruşmaya geleceğini temin etmek için alternatif araçların değerlendirilmesi gerektiğine yönelik kararı nedeniyle, akabinde A.G.'nin kimliğine ve pasaportuna el koyulmuştur. Ayrıca yerleşim yerini terk etmemesine ve gün aşırı polise bildirimde bulunmasına hükmedilmiştir.

2 Şubat 2009'da duruşmanın görüldüğü mahkeme A.G.'nin beraatine karar vermiştir ve yukarıda bahsi geçen duruşma öncesi sınırlamalar kaldırılmıştır. A.G.'nin beraatine hükmeden karar temyiz aşamasında onanmıştır, ama daha sonra 5 Temmuz 2011'de Yüksek Mahkeme tarafından bozulmuştur. İstinaf Mahkemesi'nde yapılan yeni bir duruşmayı takiben, A.G. 27 Kasım 2012'de suçlu bulunmuş ve on dört yıllık hapis cezasına çarptırılmıştır. Karar 6 Aralık 2012'de infaza gönderilmiştir. Makamlar 11 Aralık 2012'de A.G.'nin kaçtığını öğrenmiştir. Ulusal ve uluslararası bir arama başlatılmış ve 26 Şubat 2013'te makamlar bir Avrupa yakalama emri çıkartmıştır. Hükümet tarafından sağlanan bilgiye göre, A.G.'ye Rusya'da mülteci statüsü tanınmıştır.

Sözleşme yargılamaları sırasında başvuru, özellikle de A.G.'ye verilen hapis cezasının uygulanmaması hakkında şikâyette bulunmuştur ve bununla bağlantılı olarak Yüksek Mahkeme ve İstinaf Mahkemesi'nin davayı incelediği sırada A.G.'ye hiçbir tutuklama tedbiri uygulanmamasına dikkat çekmiştir. Başvuru, Sözleşme'nin 2. maddesine dayanmıştır. Mahkeme bu maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

⁷ *Akeliene v. Litvanya*, no. 54917/13, 16 Ekim 2018 (kesinleşmedi).

Karar, Mahkeme'nin gerekçelendirmesinin Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi altındaki usuli yükümlülüklerinin belirli bir yönüne, özellikle hukuka aykırı şekilde başka bir kişinin hayatına son vermekten suçlu bulunan kişiyi cezalandıran kesinleşmiş kararın uygulanmasına odaklanması açısından ilginçtir. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme şunu vurgulamıştır (paragraf 85)

“... Sözleşme'nin 2. maddesi altında ceza soruşturmasının etkili olması gerekliliği, Devletlere kesinleşmiş kararları haksız gecikme olmadan uygulamaları yönünde bir görev yükleyecek şekilde de yorumlanabilir. Bu durum, yaşam hakkı bağlamında verilen bir ceza Devletin bu madde altındaki usuli yükümlülüklerinin vazgeçilmez bir parçası olarak görülmesi gerektiğinden böyledir (bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Kitanovska Stanojkovic ve Diğerleri*, § 32, ve en güncel olarak *Minneker ve Engrand v. Belçika* (kar.), no. 45870/12, § 26, 7 Şubat 2017).”

Başvurucunun, Yüksek Mahkeme beraat kararını bozduktan sonra kaçma riskini önlemek amacıyla A.G.'nin tutuklanmış olması gerektiği itirazına dönerek, Mahkeme A.G.'nin, İstinaf Mahkemesi önünde esas hakkındaki yeni duruşma da dâhil, davasındaki önceki tüm yargılamalarda hazır bulunmuş olduğuna dikkat etmiştir. Bu nedenle Mahkeme “27 Kasım 2012’ye kadar A.G.’nin ceza yargılamasına katılmasını temin etmek için makamların gerekli özeni göstermediğine hükmetmeye hazır değildir” (paragraf 90, sonlara doğru).

Cezaya hükmeden kesinleşmiş kararın açıklanmasını takip eden dönem bakımından, Mahkeme A.G.’nin konumunu tespit etmek ve onun iadesini sağlamak için makamlar tarafından alınan tedbirleri dikkate almıştır. Şartların geneline ve ortaya konulan çabanın niteliğini göz önünde bulundurarak Mahkeme, gösterilen özeni değerlendirmiştir. Mahkeme şu sonuca varmıştır (paragraf 93):

“... mevcut bilgileri dikkate aldığında Mahkeme, hüküm giymesinden sonra A.G.’yi bulmak ve onun Litvanya’ya iadesini sağlamak amacıyla Devlet tarafından alınan tedbirlerin hukuka aykırı şekilde bir başka kişinin hayatını elinden alanlara karşı ceza hukukunun uygulanması sorumluluğu bakımından yetersiz olduğunu düşünmemektedir (bakınız, *mutatis mutandis*, *Ghimp ve Diğerleri v. Moldova Cumhuriyeti*, no. 32520/09, § 43, 30 Ekim 2012, ve *Banel v. Litvanya*, no. 14326/11, § 70, 18 Haziran 2013).”

İlginç şekilde Mahkeme kararın infaza gönderilmesindeki gecikmeye karşı çıkmamıştır. Böyle bir gecikmenin tek başına sorunlu olabileceğini gözlemlenmekle beraber, yalnızca bu olguya dayanarak Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermeye hazır değildir; zira A.G.’nin, cezasının infazını amaçlayan hızlı herhangi bir

hareketi etkisiz hale getirecek şekilde, Litvanya'yı hüküm giymeden önce terk edip etmediği açık değildir.

Bu dava, Sözleşme'nin 5 § 3 maddesinin gerekleri -özellikle de karinenin özgürlük lehine olduğu ilkesinin uygulanması- ile mahkemeler tarafından hukuka aykırı öldürmelerden sorumlu bulunanların cezalandırıldığını temin etmeye yönelik Madde 2 usuli yükümlülükleri arasında doğabilecek gerilimi ortaya koyduğu için de ilgi çekicidir.

Özgürlük ve güvenlik hakkı (Madde 5)⁸

Makul şüphe (Madde 5 § 1 (c))

Tutuklama süresi (Madde 5 § 3)

Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2)'de⁹ Mahkeme hukuka uygun şekilde gözaltına alınıp tutuklanan bir milletvekilinin tutukluluğunu incelemiştir.

Başvurucu Millet Meclisi'nin seçilmiş üyesidir ve Kürt yanlısı sol bir parti olan Halkların Demokratik Partisi'nin (HDP) eş başkanlarından biridir. 20 Mayıs 2016'da kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerinin değişikliğin kabul tarihinden önce Millet Meclisi'ne gönderilmiş olduğu tüm davalarda yasama dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Başvurucu bu anayasa değişikliğinden etkilenen 154 parlamenterden biridir. 4 Kasım 2016'da silahlı terör örgütüne üyelik ve başkalarını suç işlemeye teşvik etme şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvurucu hâlâ cezaevindedir. Milletvekilliği 24 Haziran 2018 tarihinde sona ermiştir.

Mahkeme başvurucuyu özgürlüğünden yoksun bırakmak için bir hukuki dayanak olduğuna, özellikle yasama dokunulmazlığının (anayasa tarafından) kaldırılmasından sonra kendisine uygulanabilir

⁸ Ayrıca aşağıda bakınız Madde 11 (Barışçıl toplanma özgürlüğü) ve Madde 18 (Sözleşme'de öngörülme kısıtlamalar), *Navalnyy v. Rusya* [BD], no. 29580/12 ve 4 başvuru daha, 15 Kasım 2018.

⁹ *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (no. 2), no. 14305/17, 20 Kasım 2018 (kesinleşmedi). Ayrıca aşağıda bakınız 1 No.lu Protokol Madde 3 altında (Halkın kanaatini özgür şekilde açıklaması) ve Madde 18 (Sözleşme'de öngörülme kısıtlamalar).

hale gelen Ceza Kanunu Madde 100 ve devamı, karar vermiştir. Madde 5 § 1 (c) bağlamında “makul şüphe” kavramına dair kapsamlı bir içtihat taramasını takiben, Mahkeme objektif bir gözlemciyi başvuruçunun suç işlemiş olduğuna ikna edecek nedenler olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme’nin bu kararı, Mahkeme’nin daha sonra başvuruçunun Madde 18 şikâyetini ele alışı bakımından konuyla ilgilidir.

Mahkeme başvuruçunun tutuklanmasının Madde 5 § 3’ün gerekleri ile uyumlu olmadığına hükmetmiştir. Önemli olarak, yerleşik içtihadı ile aynı doğrultuda (özellikle bakınız *Buzadji v. Moldova Cumhuriyeti*¹⁰) “makul şüphenin” varlığının başvuruçunun ilk olarak tutuklanmasını haklı kıldığını ve önemli olarak, devam eden tutukluluğun geçerliliği için olmazsa olmaz olan bu durumun tutukluluğu boyunca devam ettiğini vurgulamıştır. Ancak “makul şüphe” gerekliliğinin devamı başvuruçunun tutukluluğunun uzatılmasını haklı kılmak için yeterli değildir ve dayanılan sebepler (başvuruçunun kaçma veya delilleri karartma riski, isnat edilen suçların ağırlığı vb.) aslında başvuruçunun duruşmada hazır bulunmasını güvenceye alacak alternatif yollar gerçekten değerlendirilmeksizin, başvuruçunun tahliye taleplerine verilen basmakalıp ve soyut cevaplar niteliğindedir. Mahkeme’nin görüşüne göre “mevcut başvuruda olduğu gibi formül hükümlerle kaleme alınmış kararlar bir kişinin ilk olarak tutuklanmasını ve devam eden tutukluluğunu haklı kılmak için hiçbir şekilde yeterli görülemez”. Mahkeme’nin, tutukluluğun 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi ile uyumluluğunu ve Madde 18 bağlamında “gizli amaç” meselesini incelerken bu gerekçelendirmeye ve sonuca geri dönmesi de dikkate değerdir.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin başvuruçunun devam eden tutukluluk haline -on üç ay ve dört gün- karşı itirazını ele almak için kullandığı sürenin normal şartlarda Madde 5 § 4 bağlamında “süratli” olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir. Ancak sürenin başvuruçunun durumundaki özel koşullarda haklı kılınmış kabul edilebileceği kanaatindedir. Önemli şekilde Mahkeme, bununla bağlantılı olarak 2016’daki darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü halin ardından Anayasa Mahkemesi’nin ele almak zorunda

¹⁰ *Buzadji v. Moldova Cumhuriyeti* [BD], no. 23755/07, 5 Temmuz 2016.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

kaldığı davaların hacminin Anayasa Mahkemesi'ne getirdiği yükten bahsetmiştir.

Suçu önlemek için makul derecede gerekli (Madde 5 § 1 (c))

*S., V. ve A. v. Danimarka*¹¹, Madde 5 § 1 (c)¹² ve 5 §§ 3 ve 5 bağlamında seyirci şiddetini önlemek için uygulanan önleyici gözaltı hakkındadır.

Ekim 2009'da bir futbol maçı izlemek için Kopenhag'da bulunan çok sayıda futbol seyircisi (yaklaşık 140 kişi) polis tarafından gözaltında tutulmuştur. Yarısı çeşitli suçlarla suçlanmıştır. Diğer yarısı, üç başvuru da dâhil, Polis Kanunu Madde 5(3) uyarınca yaklaşık sekiz saat boyunca gözaltında tutulmuştur. Bu hüküm rahatsızlık verme veya güvenliği tehlikeye atma riskini önlemek için mümkün olan en kısa ve makul sürede -eğer mümkünse altı saati geçmemelidir- gözaltına izin vermektedir.

Başvurucular Sözleşme Madde 5 § 1 altında gözaltında tutulmaları hakkında şikâyette bulunmuştur. Büyük Daire tamamen önleyici olan bu gözaltının Madde 5 § 1 (c)'nin ikinci kısmı altında hukuka uygun olabileceği ve ilgili güvencelere uyduğu için Sözleşme Madde 5 § 1'in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Bu karar seyirci şiddeti tehdidini kontrol etmek için önemli bir araca, yani önleyici gözaltına izin verdiği ve bunun parametrelerini tanımladığı için dikkate değerdir.

Bugüne kadar, gerçekleşmesi yakın şiddeti önlemeyi amaçlayan kısa tutulmalar, kanun tarafından öngörülmuş, üzerine düşen bir yükümlülüğün yerine getirildiğinden emin olmak için ise Madde 5 § 1 (b) altında veya ceza yargılaması bağlamına giriyorsa Madde 5 § 1 (c) altında hukuka uygun olmuştur. Mevcut davada söz konusu tamamen önleyici olan gözaltı bu senaryolardan hiçbirinin kapsamına girmemiştir, bu nedenle Büyük Daire Madde 5 § 1'in başka şekilde böyle bir gözaltına izin verip vermediğini incelemek zorunda

¹¹ *S., V. ve A. v. Danimarka* [BD], no. 35553/12 ve 2 başvuru daha, 22 Ekim 2018.

¹² Madde 5 § 1 (c) şöyle der: "kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması" (italik metin Madde 5 § 1 (c)'nin ikinci kısmı olarak ifade edilen).

kalmıştır. Bu karar içtihat açısından önemlidir çünkü *Ostendorf v. Almanya*'daki¹³ çoğunluk görüşünü tersine çevirmektedir ve keyfi kullanımı önlemek için uygulanan güvencelere vurgu yaparken Madde 5 § 1 (c)'nin ikinci kısmının tamamen önleyici olan gözaltılara izin verebileceğini teyit etmektedir.

İçtihadı dair birkaç nokta kayda değerdir.

(i) Polis, başvuruculara yapmaktan sakınmaları gereken fiiller bakımından herhangi bir emir vermediğinden gözaltına alınmaları Sözleşme Madde 5 § 1 (b) kapsamına girmemektedir (Madde 5 § 1 (b)'nin uygulanmasına imkân tanıyan belirli emirlerin verildiği, yukarıda atıf yapılan *Ostendorf* taki görüş ile karşılaştırınız).

(ii) Büyük Daire'nin temel bulgusu, Madde 5 § 1 (c)'nin ikinci kısmının özgürlükten mahrum bırakma için bağımsız bir temel olarak değerlendirilebileceğidir. Bu sonuca varmak için iki mesele çözüme kavuşturulmalıdır:

(a) İkinci kısım “[bir kişinin] suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphe”den bağımsız olarak mı vardır? İçtihatı iki kol ortaya çıkmıştır. *Lawless v. İrlanda*¹⁴ ile başlamış olan ilk kol, ikinci kısmı özerk bir tutulma nedeni olarak değerlendirmiştir¹⁵. Aksi sonucu destekleyen ikinci kolun izi *Ciulla v. İtalya*'ya¹⁶ sürülebilir ve bu kol yukarıda atıf yapılan *Ostendorf* dâhil, içtihatı ayrıca destek görmüştür¹⁷. Büyük Daire'ye göre, Madde 5'in lafzı ile tutarlılık, *insan hakları alanındaki kıdemli görevliler konferansının Sözleşme'nin ikinci taslağı hakkında Bakanlar Komitesi'ne raporu* ve *Ciulla* kararının daha önceki *Lawless* kararından ayrılmasını açıklamamış olması dâhil olmak üzere, *Lawless* yaklaşımını benimsemek için ciddi nedenler vardır. Bu nedenlerle ve ayrıca “polislin düzenin sağlanması ve kamunun korunması görevlerini

¹³ *Ostendorf v. Almanya*, no. 15598/08, 7 Mart 2013.

¹⁴ *Lawless v. İrlanda* (no. 3), 1 Temmuz 1961, Series A no. 3.

¹⁵ Bu yorum *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, Series A no. 25, ve *Guzzardi v. İtalya*, 6 Kasım 1980, Series A no. 39'da devam etmiştir ve Birleşik Krallık' karşı asayiş bozma davalarında da desteklenmiştir (*Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 23 Eylül 1998, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1998-VII; *Nicol ve Selvanayagam v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 32213/96, 11 Ocak 2001; ve *McBride v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 27786/95, 5 Temmuz 2001).

¹⁶ *Ciulla v. İtalya*, 22 Şubat 1989, Series A no. 148.

¹⁷ *Jėčius v. Litvanya*, no. 34578/97, AİHS 2000-IX; *Epple v. Almanya* (karar düzeltilme), no. 77909/01, 15 Aralık 2005; *Schwabe ve M.G. v. Almanya*, no. 8080/08 ve 8577/08, AİHS 2011 (alıntılar); ve yukarıda atıf yapılan, *Ostendorf*; ayrıca bakınız *Hassan v. Birleşik Krallık* [BD], no. 29750/09, AİHS 2014.

yerine getirmesini imkânsız hale getirmemek” için Büyük Daire, *Ostendorf*'daki çoğunluğun aksine, tamamen önleyici olan gözaltıya “[bir kimsenin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphe”den bağımsız olarak Madde 5 § 1 (c)'nin ikinci kısmı altında izin verilebileceği sonucuna varmıştır.

(b) Bir kimsenin bu ikinci kısım uyarınca tutulması “amaç” gerekliliğine tâbi midir, ki böylece gözaltı yalnızca “başvurucuyu yetkili makamın önüne getirmek amacıyla” yapılmış ise hukuka uygun olacaktır? *Lawless* kararı bu şarta bağlı olduğunu teyit etmiş olmakla beraber, Büyük Daire sonraki davalarda¹⁸ kabul edilen esnekliğin mevcut önleyici gözaltı bağlamında da uygulanması gerektiği değerlendirmesini yapmıştır; çünkü bir kişiyi hâkim önüne getirmeye yönelik sübjektif bir niyet olmasını gerektirmek, istenmeyen sonuçlar doğurabilecektir. Bu ikinci açıdan Büyük Daire, kısa önleyici gözaltıların tutulan kişiyi mahkeme önüne getirme zorunluluğu nedeniyle gereksiz şekilde uzayabileceğine işaret eden bir Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kararından¹⁹ bir derece ilham almıştır. Yine bu bağlamda, diğer şeylerin yanı sıra, polisin bilgisi dâhilinde olan veya olması gereken, özel kişilerin işlediği suçlardan kamuyu korumaya yönelik polisin Madde 2 ve 3 altındaki yükümlülükleri dikkate alınarak, polisin görevlerini yerine getirilmesi imkânsız hale getirmekten kaçınma gereğine vurgu yapılmıştır.

(iii) Büyük Daire böyle bir önleyici gözaltının keyfi ya da orantısız olmadığını temin etmek için gerekli olan güvencelerin altını çizerek devam etmiştir.

(a) Madde 5 § 1: ulusal hukuka uygun olma gerekliliği; keyfiliğe karşı koruma; suçun “somut ve spesifik” olması gerekliliği (kararda tanımlandığı üzere); ve yakalama ve tutulmanın “makul derecede gerekli” olması gereği. Yine Madde 5 ile Madde 2 ve 3 haklarını dengeleme ihtiyacından etkilenen bu gereklilik testi, diğer şeylerin yanı sıra, tutulmadan daha hafif tedbirlerin koruma için yetersiz bulunmuş olmasını, söz konusu suçun “ciddi nitelikte olmasını, yaşama ve vücuda tehlike veya önemli derecede maddi zarar

¹⁸ *Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, 29 Kasım 1988, Series A no. 145-B; *Erdagöz v. Türkiye*, 22 Ekim 1997, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1997-VI; ve *Petkov ve Profirov v. Bulgaristan*, no. 50027/08 ve 50781/09, 24 Haziran 2014.

¹⁹ Yukarıda atıf yapılan *Ostendorf*'taki azınlık görüşünü tercih eden *R v. the Commissioner of Police of the Metropolis*.

barındırmasını” ve izleme gerektiren bir mesele olan, tutulmanın risk geçer geçmez sona ermesini gerektirmiştir.

(b) Madde 5 §§ 3 ve 5: Madde 5 § 3 serbest bırakılan bir kişinin “en kısa sürede” bir hâkim önüne getirilmesi gerekmediği anlamına geldiğinden, Madde 5 § 3’teki bu kısa süre gerekliliği Madde 5 § 1 (c)’nin ikinci kısmı altında önleyici gözaltının kabul edilebilir olan süresini bilfiil belirlemiştir. Bu hüküm altındaki içtihadını gözden geçirmiş olan Büyük Daire, önleyici gözaltı bağlamında “en kısa sürede” ifadesinin gün değil, saat meselesi olması gerektiği kanaatindedir. Bu gerekliliğe uyulmaması bireye ileri sürülebilir bir tazminat hakkı da sağlayacaktır (Madde 5 § 5).

(iv) Bu ilkeleri mevcut davaya uygulayarak Büyük Daire özgürlük hakkı ile başvuruçuların bir holigan kavgası organize etmelerinin veya buna katılmalarının engellenmesinin önemi arasında adil bir denge kurulduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla başvuruçulara uygulanan önleyici gözaltı Madde 5 § 1 (c)’nin ikinci kısmı ile uyumludur ve Madde 5 § 1 ihlal edilmemiştir.

(v) Karar boyunca Devletin Madde 2 ve 3 altındaki koruma ve soruşturma yükümlülüğü ile bireyin Madde 5 altındaki haklarının dengelenmesi gerektiğine yapılan vurguyu görmek ilginçtir (ilk kez *Osman v. Birleşik Krallık*’ta²⁰ ve en güncel olarak *Akelienė v. Litvanya*’da²¹ dile getirilmiştir).

Akıl hastaları (Madde 5 § 1 (e))

*Inseher v. Almanya*²² mahkûmiyetten sonra hükmedilen önleyici tutukluluk hakkındadır.

Başvuruçucu 1999 yılında cinsel tatmin için bir kadını boğmaktan suçlu bulunmuştur. Azami sınır olan, on yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır (genç suçlulara ilişkin ceza kanunu). Tedavi gerektiren bir zihinsel hastalığı olduğu fark edildiği ve tahliye edilmesi halinde tekrar suç işleyeceğine dair yüksek bir risk olduğu (“sonradan önleyici tutukluluk”) için, 2008 yılında cezasını tamamladıktan sonra önleyici tutukluluğa hükmedilmiştir. Hükümet

²⁰ *Osman v. Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998, § 116, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1998-VIII.

²¹ *Akelienė v. Litvanya*, no. 54917/13, 16 Ekim 2018 (kesinleşmedi).

²² *Inseher v. Almanya* [BD], no. 10211/12 ve 27505/14, 4 Aralık 2018.

tarafından tek taraflı bir beyana istinaden Daire, başvuruçunun 20 Haziran 2013'e kadar cezaevindeki önleyici tutukluluğuna ilişkin Madde 5 ve 7 altındaki şikâyetlerini kayıttan düşmüştür. Bu tarihte başvuruçunun, cinsel suçlulara yoğun bir tedavi programı sunan, yeni inşa edilmiş bir önleyici tutukluluk merkezine nakledilmiştir. Daha sonraki tutukluluk dönemi bakımından Büyük Daire, Sözleşme Madde 5 §§ 1 veya 4, Madde 6 § 1 veya Madde 7 § 1'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.

(i) *Ilmseher* davası Almanya'daki sonradan önleyici tutukluluk sistemi hakkındadır. Mahkeme'nin öndegelen *M. v. Almanya*²³ kararından sonra getirilen yeni önleyici tutukluluk sisteminin Sözleşme'nin 5 ve 7. maddeleriyle uyumlu olduğunu teyit ettiğinden karar, Almanya için önemlidir.

Tarihsel olarak Alman Ceza Kanunu, cezalar (cezalandırma katı şekilde gerekli olduğu) ve "iyileştirme ve önleme" tedbirleri (terapötik ve/veya kamuyu korumak için) arasında bir ayrım yapmıştır. 2004'ten sonraki mevzuat, eğer tutulan kişinin kamu için bir risk teşkil ettiği düşünülüyorsa, önleyici tutukluluğun (bir iyileştirme ve önleme tedbiri) uygulanmasına, bu karar hükmün kurulması aşamasında verilmemiş olsa dahi, izin vermiştir. *M. v. Almanya*'da (yukarıda atıf yapılan) Mahkeme, mahkûmiyetten sonra devam eden ve tutukluluğun en baştaki azami süresini aşan önleyici tutukluluğun, Madde 5 § 1 (a), (c) veya (e) altında hukuka uygun olmadığına ve Madde 7 § 1'i ihlal eden, geçmişe dönük olarak uygulanmış/uzatılmış olan bir ceza teşkil ettiğine, çünkü asıl ceza/tedbirin azami süresi içinde yerine getirilse bile terapötik bir amacı olmayan bir önleyici tutukluluğun ceza kabul edildiğine karar vermiştir. *M. v. Almanya* nedeniyle Anayasa Mahkemesi 2011 yılında önemli bir karar vermiştir; yalnızca söz konusu kişi tehlikeli hale getiren bir zihinsel hastalıktan mustarip ise sonradan önleyici tutukluluğa izin veren Önleyici Tutukluluk (Ayrım) Kanunu 2013 yılında yürürlüğe girmiştir; ve uyarlanmış terepötik bir çevre sunan yeni önleyici tutukluluk merkezleri inşa edilmiştir. Daha sonraki Daire kararlarında Mahkeme bu yeni rejimin Sözleşme ile uyumlu olduğuna karar vermiştir. Özellikle de *Bergmann v. Almanya*'da²⁴ Mahkeme, tedavi gerektiren zihinsel bir hastalık için başvuruçunun

²³ *M. v. Almanya*, no. 19359/04, AİHS 2009.

²⁴ *Bergmann v. Almanya*, no. 23279/14, 7 Ocak 2016.

sonradan uzatılan önleyici tutukluluğunun Madde 5 § 1 (e) altında haklı kılındığını ve Sözleşme'nin 7. maddesi bağlamında ceza teşkil etmediğine karar vermiştir (ayrıca bakınız *W.P. v. Almanya*²⁵ ve *Becht v. Almanya*²⁶).

Mevcut dava, her ne kadar genç suçlulara ilişkin ceza kanunu hakkında olsa da *Bergmann*'daki (yukarıda atıf yapılan) davaya benzerdir ve Büyük Daire, bu Daire içtihadını ve dolayısıyla Almanya'daki 2013 sonrası önleyici tutukluluk sisteminin Sözleşme ile uyumluluğunu teyit etmiştir.

(ii) Karar ayrıca ilgili genel ilkeleri Daire kararından daha detaylı olarak ortaya koymaktadır ve dolayısıyla izin verilen özgürlükten mahrum bırakmanın gerekçesi ile tutulma yeri/koşulları arasında bir ilişki olması gereği de dâhil olmak üzere, akıl hastalığı olan kişilerin tutulmasına dair Madde 5 § 1 (e) altındaki içtihadı için kıymetli bir referans teşkil eder. Bu ikinci açıdan, Büyük Daire tutukluluk hâlâ asıl tutukluluk kararına dayanıyor olsa bile, eğer tutulma koşulları değişirse (bu davada başvuru yeni, uyarlanmış bir önleyici tutukluluk merkezine nakledildiğinde) bir kişinin tutulmasının hukuka uygun hale gelebileceği, şekilde, önceki Daire içtihadını teyit etmiştir (*W.P. v. Almanya*, yukarıda atıf yapılan).

(iii) Benzer şekilde Büyük Daire kararı daha önce Daire içtihadında ileri sürülmüş içtihadı dair ilginç bir noktayı tekrar teyit ederek, Madde 7 § 1 bağlamında “ceza” kavramına dair Madde 7 altındaki genel ilkeleri de tekrar ifade etmiştir.

Tutuklamanın uygulanmasının koşulları, tutuklamanın doğası/amacı ve ağırlığı için ve dolayısıyla tedbirin “ceza” olup olmadığının değerlendirilmesi için ilgili olabilir. Şikâyet edilen tutuklama süresi boyunca bu koşullar değiştiğinden, söz konusu tedbirin “ceza” olup olmadığını değerlendirirken tedbire hükmedildiği zamanın mı yoksa denetim altındaki sonraki dönemin tutukluluk koşullarının mı ilgili olduğunun değerlendirilmesi gerekmiştir. Büyük Daire *W.P. v. Almanya*'daki yaklaşımı yine teyit etmiştir: bazı durumlarda, özellikle ulusal hukuk bir tedbiri ceza olarak nitelendirmiyorsa ve eğer amacı terapötik ise, tutukluluk tedbirinin uygulanmasının koşullarındaki önemli bir değişiklik, bu tedbir aynı tutukluluk kararına dayanarak uygulanıyor olsa bile tedbirin ilk

²⁵ *W.P. v. Almanya*, no. 55594/13, 6 Ekim 2016.

²⁶ *Becht v. Almanya*, no. 79457/13, 6 Temmuz 2017

baştaki “ceza” nitelendirmesini geri alabilir veya silebilir. Suçun işlendiği tarihte uygulanabilir olandan daha ağır bir ceza “verilemeyeceğini” belirten Madde 7 § 1’in ikinci cümlesinin lafzı bu yoruma engel değildir. Buna karar vererek Büyük Daire, bir tedbirin ceza teşkil edip etmediğini belirlerken kullanılan bazı kriterlerin “statik” (tedbire hükmedildikten sonra değişime açık değil, tedbirin “suç”tan mahkûmiyetten sonra verilip verilmediği gibi) ve bazılarının “dinamik” (dolayısıyla zaman içerisinde değişime açık, tedbirin uygulanma biçimi gibi) olduğunu açıklığa kavuşturmuştur.

Buna göre, sonradan önleyici tutukluluk tedbirinin Madde 7 § 1 bağlamında “ceza” olup olmadığını değerlendirmek için ilgili olan dönem, 20 Haziran 2013’ten sonraki, tedbirin yeni yasal çerçeveye göre uygulandığı ve dolayısıyla artık Madde 7 § 1 bağlamında ceza olarak sınıflandırılmayacağı dönemdir; o nedenle bu hüküm ihlal edilmemiştir.

İncelemenin hızı (Madde 5 § 4)²⁷

Mehmet Hasan Altan v. Türkiye ve *Şahin Alpay v. Türkiye*²⁸ darbe girişiminden sonra tutuklanan gazetecilerin tutukluluklarının hukukiliğinin incelenmesinin süresine ilişkindir.

15 Temmuz’u 16 Temmuz 2016’ya bağlayan gece Türkiye’de yaşanan darbe girişiminin ardından Hükümet, 20 Temmuz’da olağanüstü hal ilan etmiştir ve 21 Temmuz’da Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne Sözleşmesel bazı yükümlülüklerini askıya aldığını bildirmiştir. Tanınmış gazeteciler olan başvurucular gözaltına alınmış ve darbe girişimiyle bağlantılı olarak terör suçlamalarıyla tutuklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların gözaltına alınmasının ve tutuklanmasının özgürlük haklarını ve ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, tazminata ve masrafların ödenmesine hükmetmiş ve başvurucular cezaevinde olduğu için “gereğinin yapılması” için kararları ilgili ağır ceza mahkemesine göndermiştir. Anayasa

²⁷ *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (no. 2), no. 14305/17, 20 Kasım 2018 (kesinleşmedi).

²⁸ *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, 20 Mart 2018, ve *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, 20 Mart 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Madde 15 altında (Olağanüstü hallerde derogasyon).

Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmadığına karar veren ağır ceza mahkemesi, kararı yerine getirmemiş ve başvuruçular cezaevinde kalmaya devam etmiştir. Sözleşme Madde 5 § 4 altında başvuruçular, tutukluluklarının hukukiliğinin incelenme süresinden şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesi tarafından başvuruçuların tutukluluklarının hukukiliğinin incelemesinin süresinin (sırasıyla on dört ve on altı ay) Sözleşme Madde 5 § 4’te aranan hızlı ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin 2016’daki darbe girişiminden sonraki olağanüstü iş yükü dikkate alınsa dahi, bunun hızlı olarak değerlendirilebilecek olan durumlar arasında sınırda olduğunu kabul etmiştir. Ancak tutuklu kişiler her zaman serbest bırakılmayı talep edebilmektedir ve tahliye talebinin reddine itiraz edebilmektedir. Başvuruçular böyle birçok talepte bulunmuş, bu taleplerin hepsi hızlı bir şekilde değerlendirilmiştir. Tutukluluk en geç her otuz günde bir otomatik olarak değerlendirilmiştir. Böyle bir sistemde Mahkeme, 2016’dan bu yana iş yükünde ciddi bir artış gözlemleyen Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülen incelemenin daha fazla zaman almasını hoş görebilecektir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan incelemenin hızının Madde 5 § 4 uyarınca hızlı olarak kabul edilebilecek sınıra yakın bir hız olduğu tekrar edilerek bu süre, bu davanın somut şartları altında Sözleşme Madde 5 § 4’ü ihlal etmemiştir. Mahkeme, bu kararını ileriki davalarda gözden geçirme ihtimalini saklı tutmaktadır.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

USULİ HAKLAR

Hukuk yargılamasında adil yargılanma hakkı (Madde 6 § 1)

Uygulanabilirlik²⁹

*Denisov v. Ukrayna*³⁰’da³⁰ Mahkeme Madde 6 § 1’in hâkimlerin görevlerine ilişkin uyumsuzlıklara uygulanabilirliğini incelemiştir.

Başvurucu, idari görevlerini düzgün şekilde yerine getirmediği gerekçesiyle Kyiv İdari İstinaf Mahkemesi Başkanlığı görevinden ihraç edilmiştir. Aynı mahkemede hâkim olarak kalmıştır. Başvurucu, diğer şeylerin yanı sıra, ihraç edilmesine ilişkin Yüksek Adalet Konseyi ve Yüksek İdare Mahkemesi önündeki yargılamaların bağımsız veya tarafsız olmadığına dair Madde 6 altında şikâyette bulunmuştur.

Mahkeme hâkimlerin görevlerine ilişkin uyumsuzlıklara Madde 6’nın uygulanması ile ilgili içtihat ve ilkeleri detaylı biçimde özetlemiştir. Madde 6’nın medeni hukuk yönünden uygulanır olduğuna (*Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya*³¹ ve *Baka v. Macaristan*³²) ve ihlal edildiğine karar verilmiştir: Yüksek Adalet Konseyi bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksundur, kusurlar Yüksek İdare Mahkemesi tarafından giderilmemiştir (*Oleksandr Volkov v. Ukrayna*³³).

²⁹ Ayrıca aşağıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Mahkemeye erişim), *Nait-Liman v. İsviçre* [BD], no. 51357/07, 15 Mart 2018.

³⁰ *Denisov v. Ukrayna* [BD], no. 76639/11, 25 Eylül 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Madde 8 altında (Özel hayat), ve *Ramos Nunes de Carvalho e S. v. Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve 2 başvuru daha, 6 Kasım 2018.

³¹ *Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya* [BD], no. 63235/00, AIHS 2007-II.

³² *Baka v. Macaristan* [BD], no. 20261/12, 23 Haziran 2016.

³³ *Oleksandr Volkov v. Ukrayna*, no. 21722/11, AIHS 2013.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

*Mirovni Inštitut v. Slovenya*³⁴, Madde 6'nın bir ihaleye davet prosedürüne uygulanabilirliği hakkındadır.

Başvurucu enstitü, sorumlu hükümet biriminin başlattığı bir ihaleye davet prosedürü karşılık araştırma fonu için başvuruda bulunmuştur. Başvurusu reddedilmiştir. Başvurucu enstitü, (diğer şeylerin yanı sıra) yarışan başvuruları değerlendirmekle görevli kişilerin taraflı olduğunu iddia ederek İdare Mahkemesi önündeki yargılamalarda karara itiraz etmiştir. Sözlü duruşma talep etmiştir ama mahkeme duruşma yapmadan talebi reddetmiştir. Sözleşme yargılamalarında başvurucu, bu eksikliğin Sözleşme Madde 6 § 1'in ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir. Mahkeme bu alandaki standart içtihat ilkelerini başvurusunun davasının koşullarına uygulamış ve bir ihlal olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme'nin Madde 6'nın başvurusunun kaybettiği ihaleden doğan dava sürecine uygulanabilirliği karşısındaki tutumu bakımından, karar dikkate değerdir. Bu noktaya kadar olan içtihattan anlaşılan, başarısız olmuş teklif verenin verilen ihaleye itiraz etme ve bu itirazların aleni bir duruşmada değerlendirilmesi hakkı olmasının bir medeni hak teşkil etmediği ama yalnızca kamusal nitelikte bir hak teşkil ettiğiidir. Hangi teklifin ihaleyi alması gerektiğini belirlemek için yarışan teklifler hakkında karar veren kurula tanınan takdir yetkisi nedeniyle, verilen ihaleye itiraz etme hakkı ihalenin verilmesine ilişkin yargılamalara Madde 6'nın uygulanmasını sağlamak için yeterli değildir (bakınız, örneğin *I.T.C. LTD v. Malta*'da³⁵ izlenen yaklaşım; ayrıca bakınız *Marti AG ve Diğerleri v. İsviçre*³⁶; *Skyradio AG ve Diğerleri v. İsviçre*³⁷; ve *S.C. Black Sea Caviar S.R.L. v. Romanya*³⁸)

Bu davada Mahkeme, başvurusunun fon kazanma hakkına sahip olmadığına ve yerel makamların yarışan tekliflerin esasını incelerken takdir yetkilerini kullandıklarına dikkat çekerek bu içtihat dizisine geri dönmeye karar vermiştir. *Regner v. Çek Cumhuriyeti*'nde³⁹ Büyük Daire tarafından geliştirilmiş olan ilkeleri çıkış noktası olarak

³⁴ *Mirovni Inštitut v. Slovenya*, no. 32303/13, 13 Mart 2018.

³⁵ *I.T.C. LTD v. Malta* (kar.), no. 2629/06, 11 Aralık 2007.

³⁶ *Marti AG ve Diğerleri v. İsviçre* (kar.), no. 36308/97, AİHS 2000-VIII.

³⁷ *Skyradio AG ve Diğerleri v. İsviçre* (kar.), no. 46841/99, 31 Ağustos 2004.

³⁸ *S.C. Black Sea Caviar S.R.L. v. Romanya* (kar.), no. 13013/06, 31 Mayıs 2016.

³⁹ *Regner v. Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 35289/11, 19 Eylül 2017 (alıntılar).

almıştır. Bu davada Büyük Daire, kararının 105. Paragrafında şunu gözlemlemiştir

“son olarak bazı davalarda ulusal hukuk, bireyin sübjektif bir hakkı olduğunu tanımiyorsa da, kararın keyfi veya yetki dışında olup olmadığına veya usule ilişkin düzensizlikler olup olmadığına karar vermek gibi meseleleri içeren talebinin incelenmesi için hukuka uygun bir usule ilişkin kişiye bir hak tanır ... Makamların bir avantaj veya imtiyaz tanımaya veya bunu reddetmeye yönelik tamamen takdire dayalı bir gücü olduğu, kanunun söz konusu kişiye mahkemelere başvurma hakkı tanıdığı, bu mahkemelerin kararı hukuka aykırı bulduklarında kararı bozabilecekleri bazı kararlar bakımından durum böyledir. Böyle bir durumda avantaj veya imtiyazın tanındığında bir medeni hak doğurması şartıyla Sözleşme Madde 6 § 1 uygulanabilir.”

Mahkeme bu ifadenin *Mirovni Inštitut*'da (paragraf 29) konuyla ilgili olduğunu düşünmüştür, zira burada başvuru enstitü

“...ihalelerin hukuka uygun ve doğru şekilde değerlendirilmesine yönelik usuli bir hakka açıkça sahiptir. İhale başvuru enstitüye verilmiş olsaydı, enstitüye bir medeni hak tanınmış olurdu.”

Dolayısıyla Madde 6 uygulanabiliridir.

Karar, yukarıda bahsi geçen Regner kararının Madde 6'nın uygulanabilirliğine dair bir tahkikata ilk kez somut şekilde uygulanışdır ve uygulanabilirliğe dair Sözleşme hukukunun nasıl gelişmiş olduğunu ortaya koymaktadır. İlginç şekilde Daire, analizini şunu hatırlatarak sonuçlandırmıştır (paragraf 29, sonlara doğru)

“... Mahkeme'nin içtihadında, Madde 6'nın medeni hukuk yönünün ilk bakışta bir medeni hakkı ilgilendiriyor gibi gözükmebilecek ama bir bireye ait kişisel bir hak üzerinde doğrudan ve önemli yansımaları olabilecek davalara uygulanmasına doğru bir kayış olmuştur (bakınız *De Tommaso v. İtalya* [BD], no. 43395/09, § 151, 23 Şubat 2017).”

Mahkemeye erişim⁴⁰

*Nait-Liman v. İsviçre*⁴¹ kararı yerel mahkemelerin, bir üçüncü Devlet tarafından ülke dışında işlenen veya bir üçüncü Devletin egemenlik alanında işlenen işkence fiillerinin mağdurları tarafından açılan tazminat davalarını kabul etmeye uluslararası hukuk altında yükümlü olup olmadıkları hakkındadır.

⁴⁰ Ayrıca aşağıda bakınız, Madde 6 § 1 (Bağımsız ve tarafsız mahkeme), *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, no. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018.

⁴¹ *Nait-Liman v. İsviçre* [BD], no. 51357/07, 15 Mart 2018.

Başvurucu, o dönemki İçişleri Bakanı'nın emriyle 1992'de Tunus'ta tutulduğunu ve işkence gördüğünü iddia etmiştir. Başvurucuya 1995'te İsviçre'de siyasi iltica hakkı tanınmıştır. 2004'te başvurucu, iddia edilen işkence fiillerinden doğan manevi zararın tazmini için Tunus ve Bakan aleyhine İsviçre'de dava açmıştır. Davadaki olgular ile İsviçre arasındaki bağlantının eksikliğinden ötürü (milletlerarası özel hukuka dair Federal Kanun'un 3. Bölümü) Federal Yüksek Mahkeme, İsviçre mahkemelerinin *forum necessitatis*⁴² altında yargı yetkisine sahip olmadığını tespit etmiş, İsviçre mahkemeleri de bu davayı kabul etmemiştir.⁴³

Başvurucu davasının esastan incelenmesinin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine dair Madde 6 § 1 altında şikâyetle bulunmuştur. Büyük Daire bu hükmün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Büyük Daire en başta, işkence mağdurlarının tazminat alma hakkının varlığını tanıyan geniş bir uluslararası görüş birliği olduğunu vurgulamıştır. Büyük Daire nezdinde, mahkeme çevresinde veya mahkemenin yetki alanındaki kişiler tarafından işlenen fiiller bakımından bu hakkın Devletler üzerinde bağlayıcı olduğuna dair çok az şüphe vardır. Mevcut davada açıklığa kavuşturulması gereken soru, bu hakkın üçüncü bir Devlet tarafından ülke dışında işlenen veya üçüncü bir Devletin egemenlik alanında işlenen fiillere uzanıp uzanmadığıdır.

Bu karar Büyük Daire'nin "evrensel medeni yargı yetkisi" ve *forum necessitatis* gibi uluslararası hukuki ilkelerin içeriğine dair görüşünü ortaya koymasını gerektirdiği için kayda değerdir. Amaç, İsviçre mahkemelerinin, Tunus'ta İçişleri Bakanı'nın emriyle işlendiğini iddia edilen işkence fiillerinin tazminatı için başvurucunun açtığı davayı kabul etmekle uluslararası hukuk uyarınca yükümlü olup olmadığını belirlenmesidir. İsviçre mahkemelerinin yükümlü olup olmadığı da uygulanacak takdir yetkisini ve dolayısıyla başvurucunun

⁴² Yargılamaların yurtdışında sürdürülmesinin imkânsız veya aşırı ve mantıksız şekilde zor olduğu hallerde bir Devletin hukuk mahkemeleri tarafından benimsenen istisnai veya kalan yargı yetkisi (detaylı bir tanım için bakınız Büyük Daire kararı paragraf 180)

⁴³ Dolayısıyla ne bu mahkemenin, ne de Büyük Daire'nin yargı yetkisinden herhangi bir bağımsızlığa dair meseleyi değerlendirmesi gerekliydi (*Al-Adsani v. Birleşik Krallık* [BD], no. 35763/97, AİHS 2001-XI'de olduğu gibi).

bu mahkemelere erişimine konulan, şikâyet konusu sınırlamanın orantılılığını belirleyecektir.

- (iii) Başvurucunun, en azından tartışılabilir bir zeminde, İsviçre hukuku tarafından tanınmış olan bir hakka dair iddiası olduğu için Madde 6 uygulanabilir kabul edilmiştir. Bu açıdan Büyük Daire yalnızca hukuka aykırı fiillerden doğan hukuki sorumluluğa dair ulusal hukuk altındaki genel ilkeye değil, aynı zamanda uluslararası hukuk unsurlarına ve bilhassa mağdurların “bu haliyle genel uluslararası hukukta kuvvetli şekilde yerleşmiş” olan telafi ve adil ve uygun bir tazminat elde etme hakkını güvence altına alan [İşkenceye Karşı Sözleşme](#)’nin⁴⁴ 14. Maddesine dayanmıştır. İşkenceye Karşı Sözleşme İsviçre tarafından onaylanmıştır; hükümleri ulusal hukukun bir parçasıdır ve makamlar bunlara uymak zorundadır. Bu hakkın ülke dışılığına ilişkin uyuşmazlık Sözleşme’nin 6. Maddesinin uygulanabilirliği için belirleyici görülmemiştir.

(ii) Büyük Daire uluslararası teamül hukukunu (büyük ölçüde bu Mahkeme’nin karşılaştırmalı çalışmasına dayanarak) ve evrensel medeni yargı yetkisine dair anlaşma hukukunu gözden geçirerek devam etmiş, İsviçre mahkemelerinin başvuru davasını kabul etmek zorunda olmadığına karar vermiştir:

“187. ... evrensel medeni yargı yetkisini tanıyan -ışkence fiilleri bakımından özerk şekilde hareket eden- bu Devletlerin şu an istisna olduğu sonucuna varılmalıdır. Her ne kadar Devletlerin uygulaması değişiyor olsa da, evrensel medeni yargı yetkisinin yaygınlığı, İsviçre mahkemelerini başvuru davasını incelemek için yargı yetkisine sahip olduklarına karar vermeye mecbur tutacak bir uluslararası *teamülün* yerleşmesi bir yana, ortaya çıktığını göstermek için dahi henüz yeterli değildir.

188. Mahkeme, şu anki haliyle uluslararası *anlaşma* hukukunun da Devletin toprakları dışında yabancı bir Devletin görevlileri tarafından işlenmiş işkence fiilleri bakımından mahkeme ile başka bir bağlantı bulunmadığında Devletleri medeni hukuk yolları sağlamaya mecbur tutan evrensel medeni yargı yetkisini tanımadığını düşünmektedir.” (Vurgular eklenmiştir.)

Bu açıdan, Büyük Daire İşkenceye Karşı Sözleşme’nin 14. Maddesine yapılacak olan yorumu yakından incelemiş, bazı yakın

⁴⁴ İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, 10 Aralık 1984.

tarihli ve bağlayıcı olmayan belgeler Devletleri bu yönde teşvik ediyor olsa bile, ne İşkenceye Karşı Komite'nin bulgularının, ne Madde 14'ün lafzının, ne de hazırlık çalışmalarının bir Devletin evrensel yargı yetkisini tanınmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır.

Dahası Büyük Daire, ne bir uluslararası teamül kuralının *forum necessitatis* kavramını içerdiğine ne de herhangi bir uluslararası anlaşma yükümlülüğünün bunu sağladığına karar vermiştir.

Buna göre, uluslararası hukuk tarafından öngörülen bir gereklilik olmadığına, davalı Devletin takdir yetkisi “geniş” olmuştur. Başvurucunun davasını reddetmek için milletlerarası özel hukuka dair Federal Kanun'un 3. bölümünün İsviçre mahkemeleri tarafından yorumlanması bu yetkiyi aşmamıştır, bu karar güdülen meşru amaçlarla orantısız değildir, dolayısıyla Sözleşme'nin 6. Maddesi ihlal edilmemiştir. Yakın tarihli *Arlewin v. İsveç*⁴⁵ davası bundan ayrılmıştır: bu talep ile İsveç arasındaki bağlantıların kuvvetinden ötürü bu davada muhtemel bir *forum necessitatis* meselesi gündeme gelmemiştir.

(iii) Son olarak, Mahkeme'nin son sözlerinde yine de Devletleri bu açıdan gelişme yönünde teşvik etmesi dikkate değerdir.

Büyük Daire ihlal olmadığına karar vermesinin, işkence mağdurlarının uygun ve etkili tazminat elde etmeleri hakkına dair geniş uluslararası görüş birliğini veya Devletlerin “tazminat taleplerinin coğrafi sınırları dışında gerçekleşmiş olan olgulara dayandıkları haller de dâhil, bu gibi talepleri incelemek için mahkemelerine yargı yetkisi bahşederek bu hakka etki tanımaya teşvik edilmesini” sorgulamadığını vurgulamıştır. Bu açıdan Devletler tarafından gösterilen çabalar övgüye layıktır. Bir Devletin, *forum necessitatis* uygulamasını bu Devlet ile bağlantı kuran birtakım etkenlerin varlığına bağlı hale getirmesi mantıksız olmamakla beraber, bu alanın dinamik yapısından ötürü Mahkeme gelecekte ortaya çıkabilecek gelişmelerin ihtimalini bertaraf etmemiştir. Her ne kadar mevcut davada ihlal olmadığına karar vermiş olsa da,

“Mahkeme Sözleşme'ye Taraf Devletleri, mahkemelerinin [işkence fiillerinden doğan tazminat taleplerini] incelemek için yargı yetkileri olduğunu kabul etmeye mecbur bırakacak unsurları uygun olduğunda tespit etmek üzere, bu nitelikte herhangi bir talebi dikkatle incelerken, işkence fiillerinden doğan tazminat hakkının etkili şekilde uygulanmasını kolaylaştıran gelişmeleri hukuki düzenlerinde dikkate almaya davet etmiştir.”

⁴⁵ *Arlewin v. İsveç*, no. 22302/10, 1 Mart 2016.

*Zubac v. Hırvatistan*⁴⁶ mahkemeye erişimin sınırlanmasının öngörülebilirliği ve orantılılığı meseleleri hakkındadır.

Başvuru, Hırvatistan Yüksek Mahkemesi'nin bir mülkiyet davasında itirazı incelemeyi reddetmesi hakkındadır. Başvurucunun merhum eşi hukuk yargılamalarında davacıdır. Talep dilekçesinde dava değerini 10.000 Hırvat Kunaası (HRK) (yaklaşık 1.300 euro (EUR)) olarak belirtmiştir. Daha sonra yargılama sırasında 105.000 HRK (yaklaşık 14.000 EUR) olarak değer belirtmiştir. Sonraki miktar, yargılama giderleri de bunun üzerinden hesaplanacak şekilde, ilk ve ikinci derece mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, davanın ilgili değerinin ilk talep dilekçesinde belirtilen olduğu (10.000 HRK) ve bu değerın Yüksek Mahkeme'ye erişimin bir hak haline geldiği 100.000 HRK değerindeki kanuni eşige erişmediğini dikkate alarak başvurunun merhum eşinin itirazını değer bakımından (*ratione valoris*) kabul edilemez bulmuştur (Medeni Usul Kanunu bölüm 382(1)(1)).

Daire Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Bu davanın kapsamı çok spesifiktir. Yüksek Mahkeme'ye erişim için değer bakımından kısıtlamaların meşruiyetine ve izin verilebilirliğine veya bu gibi kısıtlamaların uygulama biçimlerini düzenleme konusunda makamların sahip olduğu takdir yetkisine dair bir uyuşmazlık olmadığı gibi, bu konular hakkında şüphe duymak için bir neden de yoktur. Mevcut dava daha ziyade değer bakımından gerekliliklerin uygulanmasının nasıl değerlendirilebileceği ile ilgilidir.

Karar, Mahkeme'nin mahkemeye erişim kısıtlamalarına ve daha spesifik olarak yüksek mahkemelere erişim kısıtlamalarına ilişkin içtihadının kapsamlı ve yapılandırılmış bir anahattını sunması bakımından ilginçtir. Büyük Daire bu içtihattan, istinaf/temyiz mahkemelerine erişim kısıtlamalarının, özellikle de değer bakımından olanların, Sözleşme Madde 6 § 1'in gereklerine uyup uymadığına karar verirken dikkate alınacak birtakım kriterler çıkarmıştır.

İlk olarak Mahkeme, söylenen kuralların görülmekte olan bir davaya uygulanma biçimi bakımından yukarıda bahsi geçen *takdir yetkisinin* kapsamını değerlendirmelidir. Bu değerlendirmeyi yaparken Mahkeme, (i) davanın alt derece mahkemeler önünde ne

⁴⁶ *Zubac v. Hırvatistan* [BD], no. 40160/12, 5 Nisan 2018.

kadar incelenmiş olduğu; (ii) alt derece mahkemeler önünde yürütülen yargılamaların hakkaniyetiyle ilgili herhangi bir mesele olup olmadığına ve (iii) Yüksek Mahkeme'nin rolünün niteliğine dikkat edecektir.

İkinci olarak, kısıtlamanın *orantılılığını* değerlendirmek için Mahkeme birtakım başka etkenleri, değişen derecelerde dikkate almıştır: (i) kısıtlamanın öngörülebilirliği; (ii) yargılama sırasında yapılan, başvuruçunun Yüksek Mahkeme'ye erişimden mahrum bırakılmasına yol açan hataların olumsuz sonuçlarına katlanması gerekenin başvuruçusu mu yoksa davalı Devlet mi olduğu ve (iii) söz konusu kısıtlamaların “aşırı biçimcilik” içerdiğinin söylenip söylenemeyeceği. Büyük Daire bu kriterlerin her birini detaylı şekilde açıklayarak devam etmiştir.

– Yapılan hataların olumsuz sonuçlarına katlanmaya ilişkin ikinci kriter bakımından Büyük Daire, hem başvuruçusu hem de ilgili makamların nezdinde usuli hatalar yapıldığında, kimin yükü üstlenmesi gerektiğine dair içtihadta net bir kural olmadığını teyit etmiştir. Çözüm tüm koşullara bağlı olacak olmakla beraber, Mahkeme'nin içtihadından bazı yol gösterici kriterler çıkarılabilir: başvuruçunun temsil edilip edilmediği; usuli haklar genelde usuli yükümlülüklerle el ele olduğundan, başvuruçusu/yasal temsilcinin ilgili usuli işlerde gerekli özeni gösterip göstermediği; hatalardan en başta kaçınılıp kaçınılamayabileceği ve hataların esas veya objektif olarak başvuruçusu veya mahkemelere yüklenip yüklenemeyeceği.

– “Aşırı biçimcilik” ilişkin üçüncü kriter bakımından Büyük Daire, söz konusu yarışan menfaatlerin varlığını kabul etmiştir. Bir yandan, resmiyet kazandırılmış medeni usul kurallarının gözetilmesi “takteri sınırlayabilecek, silahların eşitliğini güvence altına alabilecek, keyfiliği önleyebilecek, bir uyumsuzluğun etkili sonuçlandırılması ve makul süre içinde yargılama yapılmasını güvence altına alabilecek ve hukuki belirlilik ve mahkemeye saygı temin edebilecek olduğundan değerli ve önemlidir”. Öte yandan, “aşırı biçimciliğin” Sözleşme Madde 6 § 1 altında pratik ve etkili bir mahkemeye erişim hakkını güvence altına alma gerekliliğine ters düşebileceği, Mahkeme'nin içtihadında “iyice yer etmiştir”. “Hukuki belirlilik” ve “adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesi” meseleleri Büyük Daire tarafından aşırı biçimcilik ile usuli formalitelerin kabul edilebilir bir uygulaması arasında ayırım yapmak için kullanılacak iki ana unsur olarak belirtilmiştir. Böylece kurallar, hukuki belirlilik ve adaletin doğru

şekilde tecelli ettirilmesi amaçlarına hizmet etmeyi bıraktıkları anda ve davacının, davasının yetkili mahkeme tarafından esastan incelenmesini sağlamasını engelleyen bir tür bariyer oluşturduğunda, mahkemeye erişim hakkı zedelenmiş kabul edilir.

Son olarak, Büyük Daire yukarıdaki ilkeleri mevcut olgulara uygulayarak devam etmiş, Sözleşme'nin 6. Maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bahsi geçen kuralların görülmekte olan bir davaya uygulanması biçimi bakımından Devletin geniş bir *takdir yetkisi* vardır: başvurunun davası, bu konu üzerinde tam yargı yetkisi kullanan iki derece mahkemesi tarafından dinlenmiştir, davada belirgin bir hakkaniyet eksikliği ortaya çıkmamıştır ve Yüksek Mahkeme'nin rolü ilgili ulusal hukukun alt mahkemeler tarafından uygulanmasını gözden geçirmekle sınırlıdır. Yüksek Mahkeme'nin kararı *orantısız* bir engel de değildir: Yüksek Mahkeme'ye erişimin tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmiş olduğu tespit edilmiştir; yapılan hatalar, olumsuz sonuçlardan etkilenen başvurucuya esas olarak ve objektif olarak atfedilebilirdir ve Yüksek Mahkeme'nin başvurunun hukuki itirazını kabul edilemez bulan kararının, başvurunun mahkemenin yargı yetkisine erişimini haksız şekilde kısıtlayan usul kurallarının mantıksız ve bilhassa katı bir uygulamasını içeren bir aşırı biçimcilik teşkil ettiği söylenemez.

*Kurşun v. Türkiye*⁴⁷ bir petrol rafinerisinde meydana gelen patlama sonucu başvurunun mülkünün tahrip olması hakkındadır.

Diğer şeylerin yanı sıra, patlamanın sebebi ve patlamadan kimin sorumlu olduğunu dair birtakım soruşturmalar yapılmıştır. Farklı soruşturmaların sonuçları sorumluluk meselesi bakımından tam olarak nihai değildir. Birkaç Tüpraş yöneticisine karşı başlatılan ceza yargılamaları en nihayetinde zamanaşımına uğradığından devam ettirilmemiştir. Başvurucu Tüpraş'a karşı hukuk davası açmıştır, ama eski Borçlar Kanunu Madde 60 § 1'de yer alan, haksız fiil işleyen kişiye karşı dava açmak için bir yıllık süre sınırına uymadığı için tazminat talebi Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Bu hükme göre, haksız fiil davaları zarar görenin zarardan ve sorumlu kişilerin kimliğinden haberdar olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde

⁴⁷ *Kurşun v. Türkiye*, no. 22677/10, 30 Ekim 2018. Ayrıca aşağıda bakınız 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi (Pozitif yükümlülükler).

açılmalıdır. Yargıtay'ın görüşüne göre, patlamanın gerçekleştiği tarihte başvuru patlamadan Tüpraş'ın sorumlu olduğunu biliyor kabul edilmelidir. Dolayısıyla talebi zamanaşımına uğramıştır.

Sözleşme yargılamalarında başvuru, Sözleşme'nin 6. Maddesi ve 1 No.lu Protokolün 1. Maddesi altında yukarıdaki olaylar hakkında şikâyetle bulunmuştur.

Mahkeme, başvuru hukuk davasındaki süre sınırının Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yorumlanma ve uygulanma biçimi yönünden Madde 6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğer meselelerin yanı sıra, başvuru talebinin reddinden sadece birkaç ay önce Yargıtay'ın bir başka dairesinin, aynı patlamanın başka mağdurları tarafından Tüpraş'a karşı yöneltilen tazminat taleplerini incelediğini gözlemlemiştir. Bu daire, talepleri patlamanın tarihinden sonra 1 yıl içerisinde ileri sürülmemiş olmasına rağmen zamanaşımı kuralını mağdurların lehine yorumlamıştır. Mahkeme'ye göre yaklaşımdaki farklılık, mevcut olgular bağlamında ilgili zamanaşımı kuralının yorumlanmasında açıklıktan yoksunluk olduğuna işaret etmektedir. Dahası, başvuru talebini inceleyen ve reddeden daire önceki kararlardan ayrılmak için herhangi bir neden sunmamıştır. Özellikle ilgi çekici olan, Mahkeme'nin zamanaşımının ilgili koşullar dikkate alınmadan yorumlanmasının mahkemeye erişim hakkının haksız şekilde kısıtlanmasına yol açabileceğine de vurgu yapmasıdır. "Olayın olağanüstü koşulları" (paragraf 104) diye tarif ettiği hususu dikkate alarak Mahkeme şunu gözlemlemiştir (paragraf 103)

"... Yargıtay'ın, zararın sebebi veya sorumlu kişilerin kimliğine dair başvuru gerçekçi olarak yeterli bilgi sahibi olmayacağı bir anda dava açmasını gerektiren ilgili zamanaşımı kuralını yorumlaması ve uygulaması fazla biçimci gözükmektedir ..."

Yukarıdaki etkenlerin birleşimi Mahkeme'yi, başvuru Madde 6'yı ihlal edecek şekilde mahkemeye erişimden mahrum bırakıldığı sonucuna varmaya yöneltmiştir. Mahkeme'nin kararının, 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi altındaki gerekçelendirmesinin bir kısmı üzerinde yansımaları olmuştur.

Yargılamanın hakkaniyeti⁴⁸

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz'de⁴⁹ Büyük Daire bir hâkime karşı başlatılan disiplin yargılamalarının bir yargı organı tarafından denetlenmesi ve bu organın bağımsızlık ve tarafsızlığı, incelemenin kapsamı ve aleni bir duruşma olmaması meselelerini incelemiştir.

Dava, başvuru hâkime karşı başlatılan, Yüksek Yargı Kurulu ("CSM") tarafından uygulanan 240 gün işten uzaklaştırma ile sonuçlanan üç disiplin yargılaması hakkındadır. Yüksek Mahkeme'nin Yargı Bölümü bu disiplin yargılamalarını ve cezaları incelemiş ve onamıştır.

Başvuru esasen Madde 6 § 1 altında şikâyetle bulunmuştur. Büyük Daire CSM'nin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin şikâyeti kabul edilemez bulmuştur (süre aşımı) ve Madde 6 § 3 (a) ve (b) altındaki şikâyeti konu bakımından kabul edilemez bulunmuştur. Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin Yargı Bölümü'nün bağımsızlık ve tarafsızlığı bakımından Madde 6 § 1'in (medeni hukuk yönü) ihlal edilmediği sonucuna varmıştır ve denetimin kapsamının yetersiz olduğu ve başvuru için aleni bir duruşma yapılmadığından bu hükmün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu dava, Mahkeme'nin hukukun özelleşmiş bir alanında (planlama, sosyal yardım vb.) idari takdir yetkisinin kullanımının yargısal denetimini değerlendirdiği daha olağan bağlam ile değil, ama daha ziyade bir hâkimi ilgilendiren disiplin kararının yargısal denetimi ile ilgilidir. Büyük Daire'nin bu yargısal denetimi yürüten mahkemenin bağımsızlık veya tarafsızlıktan yoksun olmadığı bulgusu, Portekiz'deki ve bundan yola çıkarak diğer yargı çevrelerindeki hukuki ve anayasal düzenlemeler için önemlidir. Bu yargısal denetimin yeterliliğini değerlendirirken Büyük Daire demokratik bir Devlette hâkimlerin ve yargının rolünün özgüllüğünü

⁴⁸ Ayrıca aşağıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Bağımsız ve tarafsız mahkeme), aleni duruşma hakkı bakımından *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, no. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018.

⁴⁹ *Ramos Nunes de Carvalho e Sá. v. Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve 2 başvuru daha, 6 Kasım 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Bağımsız ve tarafsız mahkeme) ve Madde 6 § 1 (Ceza yargılamasında adil duruşma hakkı), ve *Denisov v. Ukrayna* [BD], no. 76639/11, 25 Eylül 2018.

ve önemini yansıtmaması için *Bryan* kriterlerini uyarlamıştır (*Bryan v. Birleşik Krallık*⁵⁰).

(i) Büyük Daire Yüksek Mahkeme'nin Yargı Bölümü'nün bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin şikâyeti ayrı olarak incelemiş, bu bakımdan Madde 6'nın ihlal edilmediğine karar vermiştir.

(ii) Madde 6 altındaki diğer iki şikâyet bakımından (yargısal denetimin kapsamı ve aleni bir duruşma yapılmaması beraber incelendiğinde) ise Büyük Daire, yukarıda belirtildiği gibi, *Bryan* kriterlerini hâkimlere karşı yürütülen disiplin yargılamalarının yargısal denetiminin özel bağlamına uyarlamıştır.

(a) *Bryan* kriterlerinden ilkinin –yargısal denetimin “uyuşmazlığın konusuna” (mevcut davada disipline ilişkin idari kararlar) uygun olması gerektiği— “görevlerini yerine getirmeleri için gerekli saygıyı görmesi” gereken hâkimlere karşı yürütülen bu gibi yargılamalarda daha da güçlü biçimde uygulandığı düşünülmüştür. Disiplin yargılamaları hâkimlerin hayatları ve kariyerleri için bilhassa ciddi sonuçlar doğurmaktadır: mevcut suçlamalar başvuruçunun görevden alınması veya uzaklaştırılması ile ve dolayısıyla “önemli derecede damgalanma içeren çok ciddi cezalar” ile sonuçlanabilecektir. Bir Devlet bu gibi disiplin yargılamalarını başlattığında, kamunun yargının işleyişine ve bağımsızlığına duyduğu güven tehlikededir ve demokratik bir Devlette bu güven bizzat hukukun üstünlüğünü güvence altına almaktadır. Buna ek olarak, Mahkeme kuvvetler ayrılığına ve yargının bağımsızlığını koruma gerekliliğine verilen, giderek artan önemi vurgulamıştır.

(b) İkinci *Bryan* kriteri bakımından (CSM önünde usuli güvenceler), Büyük Daire gerçekten de birtakım güvenceler olduğunu tespit etmiştir. Ancak, CSM önünde duruşma yapılmaması, CSM'nin takdiri gücünü yeterli bir olgusal temelde kullanmadığı anlamına gelmiştir.

(c) Üçüncü *Bryan* kriteri altında (Yargı Bölümü önündeki yargılamalar), Büyük Daire dört hususu incelemiştir: değerlendirmeye sunulan meseleler; kullanılan yöntemler; mahkemenin karar alma yetkileri; ve kararları için sebepler. Büyük Daire aleni bir duruşma yapılmamasına ilişkin şikâyete odaklanmıştır; karar bu açıdan içtihadın gözden geçirilmesi konusunda yine öğreticidir (§§ 188, 190-91 ve 210), içtihadın doğruladığı gibi disiplin yargılamaları

⁵⁰ *Bryan v. Birleşik Krallık*, 22 Kasım 1995, Series A no. 335-A.

bağlamında aleni duruşma yapılmaması istisnai olmalı ve Mahkeme'nin içtihadı ışığında haklı kılınmalıdır. Özellikle de tartışma konusu karmaşık yasal ve belirleyici olgusal meseleler göz önüne alındığında, davanın yalnızca kağıt üstünde ele alınmamış olması gerekirdi, Büyük Daire yine hâkimlerin ve yargının rolünün önemi ve özgüllüğünü vurgulamıştır.

Büyük Daire şu sonuca varmıştır

“214. ... mevcut davanın koşullarında —bir hâkime karşı yürütülmüş disiplin yargılamalarının spesifik bağlamı, cezaların ciddiliği, CSM önündeki usuli güvencelerin sınırlı oluşu, ve başvuruçunun ve tanıkların inandırıcılığını etkileyen ve davanın belirleyici bir kısmını oluşturan maddi delillerin incelenmesi gerekliliği dikkate alındığında— iki faktörün birleşik etkisi, yani Yüksek Mahkeme'nin Yargı Bölümü tarafından yapılan yargısal denetimin yetersizliği ve ne disiplin yargılamaları aşamasında ne de yargısal denetim aşamasında duruşma yapılmış olması, başvuruçunun davasının Sözleşme Madde 6 § 1'in gereklerine uygun şekilde görülmediği anlamına gelmiştir.”

Bağımsız ve tarafsız mahkeme⁵¹

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz'deki⁵² karar, diğer şeylerin yanı sıra, bir hâkime karşı yürütülen disiplin yargılamaları sırasında bir yargı organının bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkındadır.

Mevcut şikâyetin bir boyutunun –Yargı Bölümü'ndeki Yüksek Mahkeme hâkimlerinin kendi kariyerleri ve disiplin meseleleri bakımından tanım itibarıyla Yüksek Yargı Konseyi (“CSM”) otoritesi altında olmasının— *Oleksandr Volkov v. Ukrayna*'da⁵³ bir bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu teşkil ettiğine karar verilmesi dikkate değerdir. Ancak, mevcut davada Büyük Daire *Oleksandr Volkov*'daki kararı ayrı tutmuştur, çünkü Portekiz'in disiplin organı CSM, Ukrayna Yüksek Yargı Konseyi'nin ortaya koyduğu ciddi yapısal eksiklikler ve taraflılığı ortaya koymamıştır (bu gerekçelendirme yakın zamanda

⁵¹ Ayrıca yukarıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Hukuk yargılamalarında adil duruşma hakkı), *Denisov v. Ukrayna* [BD], no. 76639/11, 25 Eylül 2018.

⁵² *Ramos Nunes de Carvalho e Sá. v. Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve 2 başvuruçunun daha, 6 Kasım 2018. Ayrıca bakınız yukarıda Madde 6 § 1 altında (Hukuk yargılamalarında adil duruşma hakkı -- yargılamanın hakkaniyet) ve aşağıda Madde 6 § 1 (Ceza yargılamalarda adil duruşma hakkı – Uygulanabilirlik).

⁵³ *Oleksandr Volkov v. Ukrayna*, no. 21722/11, AHHS 2013.

Denisov v. Ukrayna'da⁵⁴ teyit edilmiştir). İlginçtir ki diğer hukuk sistemlerinin bakış açısından Mahkeme şöyle yorumda bulunmuştur.

“163. ... Daha genel anlamda Mahkeme, hâkimlerin yargı görevlerini yerine getirirken ve çeşitli bağlamlarda, kariyerlerinin bir noktasında kendilerinin de davalı taraf dâhil, taraflardan birinin durumuna benzer bir durumda olabileceklerini bilerek birçok davayı incelemek zorunda olmasını normal karşılamaktadır. Ancak tamamen soyut olan bu tip bir risk, hâkimin durumuyla ilgili spesifik koşullar olmadan hâkimin tarafsızlığına şüphe düşürmeye müsait görülemez. Disiplin yargılamaları bağlamında bile, davalara bakan hâkimlerin kendilerinin de hâlâ disiplin kurallarına tâbi olmasından oluşan bu nitelikte teorik bir risk, tarafsızlık gereklerinin ihlal edildiğine karar vermek için tek başına yeterli bir temel değildir.”

Bu nedenle ve Yargı Bölümü'nün hâkimlerini dış baskılardan korumaya yönelik birtakım güvenceler dikkate alındığında, mevcut başvurunun bağımsızlık/tarafsızlık olmadığına dair bu meseleye dayanan korkuları objektif olarak haklı kabul edilmemiştir.

*Mutu ve Pechstein v. İsviçre*⁵⁵ uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi ve Madde 6 ile güvence altına alınan usuli adalet hakkındadır.

Sırasıyla profesyonel bir futbolcu ve profesyonel bir sürat patencisi olan başvurucular, Lozan'daki Spor Tahkim Mahkemesi (“CAS”) önünde yargılamalarda yer almıştır. CAS bağımsız bir özel hukuk vakfı çerçevesinde faaliyet göstermektedir. Uluslararası spor sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıkları (örneğin birinci başvurunun durumunda futbolcular ve kulüpleri arasındaki sözleşme uyuşmazlıkları ve ikinci başvurunun durumunda disiplin cezaları verilmesi) görüşmek amacıyla kurulmuştur. CAS kararlarına karşı İsviçre Federal Mahkemesi'nde temyize gidilebilmektedir. Başvurucular CAS önündeki yargılamaların adil olmadığından, çünkü davalarını gören panellerin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucuların İsviçre Federal Mahkemesi'ne yaptıkları temyiz başvuruları başarısız olmuştur. Her iki başvuru Sözleşme yargılamalarında Madde 6 altında (farklı temellerde – aşağıya bakınız) CAS'ın bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğundan şikâyet etmiştir. Ayrıca ikinci başvuru onun davasında CAS veya İsviçre Federal Mahkemesi'nin aleni bir

⁵⁴ *Denisov v. Ukrayna* [BD], no. 76639/11, §§ 68-72, 25 Eylül 2018.

⁵⁵ *Mutu ve Pechstein v. İsviçre*, no. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018.

duruşma yapmamasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme yalnızca ikinci başvuruçunun durumunda CAS önünde aleni bir duruşma yapılmaması açısından Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu karar, Sözleşme hukuku ile profesyonel sporculara uygulanan uluslararası düzenleyici rejimler arasındaki etkileşimi göstermesi açısından ilginçtir (bakınız en güncel olarak, *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri v. Fransa*⁵⁶). Önemli olarak, mevcut dava ayrıca Mahkeme'ye, tahkim mekanizmalarının kullanılması ve bunun mahkemeye erişim hakkı ve adil bir sürece yönelik ilgili güvencelerin uygulanması bakımından doğurduğu sonuçlara dair Madde 6 altındaki içtihadını gözden geçirme imkânı tanımıştır. Bu davada Mahkeme için esas olan değerlendirmelerden biri, şikâyetlerinin bir yerel mahkeme değil de CAS tarafından ele alınmasını seçerek başvuruçuların Madde 6 altındaki usuli adalet güvencelerinin faydalarından veya en azından bir kısmından rızalarıyla feragat edip etmedikleridir. Hükümet, İsviçre Federal Mahkemesi önündeki temyiz yargılamaları istisna olmak üzere, her iki başvuruçunun da, medeni haklarının Madde 6'daki hakkaniyet gereklerini yerine getiren bir mahkeme tarafından belirlenmesi haklarından gönüllü olarak vazgeçtiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, medeni hukuk uyuşmazlıklarının olağan ulusal mahkemeler yerine tahkim yoluyla çözümlenmesinin Madde 6 ile uyumlu olduğunu yıllar içinde içtihadında açıklığa kavuşturmuştur. Ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkimin mahkemede dava açmaya kıyasla sahip olduğu avantajların altını çizmiştir. Mevcut dava, bu sonucun profesyonel spor sektörü için de eşit derecede geçerli olduğunu teyit etme imkânı sağlamıştır. Mevcut davada CAS yargılamalarının hakkaniyetinin İsviçre Federal Mahkemesi tarafından nihayetinde incelenmesi imkânı da göz önüne alınmıştır.

Esas soru tahkim prosedürünün başvuruçulara zorla kabul ettirilip ettirilmediğidir. Mahkeme'nin bu alandaki içtihadı gönüllü ve zorunlu tahkim arasında ayırım yapmıştır; koşullar, belli bir davanın hangi kategoriye düştüğünün belirleyicisidir (*Suda v. Çek Cumhuriyeti*⁵⁷; *Tabbane v. İsviçre*⁵⁸; *Suovaniemi ve Diğerleri v. Finlandiya*⁵⁹; *Eiffage*

⁵⁶ *National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri v. Fransa*, no. 48151/11 ve 77769/13, 18 Ocak 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Madde 8 altında (Özel hayat ve aile hayatı ve konut).

⁵⁷ *Suda v. Çek Cumhuriyeti*, no. 1643/06, 28 Ekim 2010.

⁵⁸ *Tabbane v. İsviçre* (kar.), no. 41069/12, 1 Mart 2016.

*S.A. ve Diğerleri v. İsviçre*⁶⁰; ve *Transado-Transportes Fluviais Do Sado S.A. v. Portekiz*⁶¹).

Mahkeme'nin ikinci başvuruçunun davasını CAS'a götürmekten başka bir şansı olmadığını tespit etmesi dikkate değerdir. Cezası uluslararası yarışmalardan hariç tutulma olmak üzere, Uluslararası Patencilik Sendikası'nın kurallarında uyuşmazlıkların CAS önüne getirilmesi gerektiği açıktır. İkinci başvuruçunun Madde 6 korumasından faydalanma hakkından, özellikle de bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde aleni bir duruşma hakkından, özgürce feragat ettiği söylenemeyecektir.

İlginç şekilde, Mahkeme ilk başvuruçunun CAS'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmek zorunda olmadığını tespit etmiştir. İlgili uluslararası düzenlemelere göre, futbolcuların bu konuda bir seçim hakkı vardır. Bu seçimin nasıl kullanılacağı onlar ve kulüpleri arasındaki sözleşme görüşmeleri bağlamında cevaplanacak bir sorudur. İlk başvuruçunun kulübü ile olan sözleşmesinde dava açılma durumunda ulusal mahkemelere değil, CAS yargısına başvurulmasını kabul etmiştir. Bununla beraber, ilk başvuruçunun davasının bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun bir CAS paneli tarafından görülmesine şüphe bırakmayacak şekilde rıza göstermiş olarak değerlendirilemeyeceğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesi dikkate değerdir. İlk başvuruçunun CAS önündeki yargılamalara hâkim kuralları kullanarak paneldeki hakemlerden birine aslında karşı çıkmış olması, Mahkeme için önemli olmuştur. Dolayısıyla yargılamalar ilk başvuruçuya, ikinci başvuruçunun gibi, Madde 6 güvencelerini sunmuş olmalıdır.

Başvuruçuların şikâyetlerinin esasına dönerek Mahkeme, yerleşik içtihadı ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin temyiz yargılamalarında gösterdiği nedenler ışığında, ilk başvuruçunun tarafından şikâyet edilen hakemlerin tarafsızlıktan yoksun olmadığını tespit etmiştir. Bu başvuruçunun durumunda Madde 6 ihlal edilmemiştir.

İkinci başvuruçunun, CAS paneli üyelerinin atanma biçimlerinin panellerin bağımsızlık ve tarafsızlığını zayıflatan yapısal bir problem oluşturduğunu iddia etmiştir. Özünde, ticari tahkim yargılamasının aksine, bu tahkim yargılaması sırasında uygulanan kuralların, CAS

⁵⁹ *Suovaniemi ve Diğerleri v. Finlandiya* (kar.), no. 31737/96, 23 Şubat 1999.

⁶⁰ *Eiffage S.A. ve Diğerleri v. İsviçre* (kar.), no. 1742/05, 15 Eylül 2009.

⁶¹ *Transado-Transportes Fluviais Do Sado S.A. v. Portekiz* (kar.), no. 35943/02, AİHS 2003-XII.

panellerinde temsilcilerinin seçimine dair hiçbir söz hakkı da olmayan sporcuların temsiline zarar veren şekilde, yönetimdeki spor federasyonlarının atadığı kişilerin aşırı temsiline izin verdiğini iddia etmiştir. Mahkeme ikinci başvurucunun argümanını reddetmiştir. Yönetimdeki spor federasyonlarının hakemlerin atanmasını etkileyebildiğini kabul etmekle beraber, ikinci başvurucunun davası sırasında muhtemel hakemler listesinde yer alan yaklaşık 300 kişinin bağımsızlık ve tarafsızlığına genel olarak şüphe düşürecek herhangi bir argüman ileri sürmemiş olması, Mahkeme'nin gerekçelendirmesi için can alıcı olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi de benzer bir sonuca varmıştır.

Mahkeme ikinci başvurucu için CAS önünde aleni bir duruşma yapılmamasından ötürü Madde 6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu aleni duruşma hakkından feragat etmemiştir; hatta tahkim yargılaması sırasında bir duruşma talep etmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, ileri sürdüğü meseleler, diğer şeylerin yanı sıra, ona uygulanan cezaya neden olan, ihtilafli maddi sorular ortaya attığından ötürü incelenmeyi hak etmektedir. Kararın bu yönü, aleni duruşma yapılmasının Madde 6 tarafından gerekli kılındığı halleri kapsamlı şekilde ele alması açısından ilgi çekicidir.

Ceza yargılamasında adil yargılanma hakkı (Madde 6 § 1)

Uygulanabilirlik

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz'de⁶² Daire, şikâyetleri Madde 6'nın cezai boyutu altında incelemeyi gerekli görmemiştir. Ancak Büyük Daire, bu şikâyetler kabul edilebilir bulunmuş olduğundan bunları incelemeye yetkili olduğunu gözlemlemiştir

⁶² *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz* [BD], no. 55391/13 ve 2 başvurucu daha, 6 Kasım 2018. Ayrıca yukarıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Hukuk yargılamalarında adil duruşma hakkı – Yargılamaların hakkaniyeti) ve Madde 6 § 1 (Bağımsız ve tarafsız mahkeme).

(*Öneryıldız v. Türkiye*⁶³ ve *Kurić ve Diğerleri v. Slovenya*⁶⁴) ve Madde 6'nın medeni ve cezai boyutları birbirini dışlamadığından, şikâyetleri incelemesi gerektiğini düşünmüştür. Neticede Madde 6'nın cezai boyutu altında uygulanmayacağına karar vermiştir. Karar, çeşitli çalışanlara (avukatlar, noterler, kamu görevlileri, doktorlar, ordu mensupları, tasfiye memurları ve hâkimler dâhil) karşı yürütülen disiplin yargılamalarının “cezai” kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemek için *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*⁶⁵ kriterlerinin uygulamasının yararlı bir taramasını sunmaktadır.

Yargılamanın hakkaniyeti⁶⁶

Baydar v. Hollanda'da⁶⁷ Mahkeme, en üst mahkemenin Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan (ABAD) bir ön karar alınması talebini reddetmek için sebep göstermesi yükümlülüğünün kapsamını incelemiştir.

Başvurucu Yüksek Mahkeme'ye, diğer şeylerin yanı sıra, insan ticaretinden hüküm giymesine karşı çıkan bir temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başsavcının temyiz gerekçelerine ilişkin görüşüne başvurusunun verdiği yanıtta, başvuru Yüksek Mahkeme'nin bir Avrupa Birliği hukuku meselesine dair ABAD'dan bir ön karar almasını talep etmiştir. Yüksek Mahkeme başvurusunun temyiz başvurusunu reddetmiştir (yargılamanın uzunluğuyla ilgili iddia hariç olmak üzere). Yüksek Mahkeme, Yargı (Kuruluş) Kanunu bölüm 81(1)'e atıf yaparak, “şikâyetler hukuki yeknesaklık veya hukuki gelişim yararına yasal meselelerin belirlenmesine yönelik bir ihtiyaç doğurmadığından ötürü” kararının daha fazla gerekçelendirmeyi gerektirmediğini ifade etmiştir.

Başvurucu Sözleşme yargılamalarında ön karar talebinin sebepsiz olarak reddedilmesinin Sözleşme Madde 6 § 1'i ihlal ettiğinden

⁶³ *Öneryıldız v. Türkiye* [BD], no. 48939/99, AİHS 2004-XII.

⁶⁴ *Kurić ve Diğerleri v. Slovenya* [BD], no. 26828/06, AİHS 2012 (alıntılar).

⁶⁵ *Engel ve Diğerleri v. Hollanda*, 8 Haziran 1976, Series A no. 22.

⁶⁶ Ayrıca aşağıda bakınız, Madde 6 § 3 (c) altında (Hukuki destek ile savunma), *Beuze v. Belçika* [BD], no. 71409/10, 9 Kasım 2018, ve *Navalnyy v. Rusya* [BD], no. 29580/12 ve 4 başvuru daha, 15 Kasım 2018.

⁶⁷ *Baydar v. Hollanda*, no. 55385/14, 24 Nisan 2018.

şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu Madde'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Karar, ilk olarak bir sorunu ön karar için ABAD'a sevk etmeyi reddetmek için sebep gösterilmesi zorunluluğunun kapsamı (bununla bağlantılı olarak bakınız *Ullens de Schooten ve Rezabek v. Belçika*⁶⁸; *Vergauwen ve Diğerleri v. Belçika*⁶⁹; ve *Dhabbi v. İtalya*⁷⁰) ile ikinci olarak Mahkeme'nin bir yüksek mahkemenin özet gerekçelere dayanarak bir itiraz başvurusunu reddedebileceğini kabul etmesi (bakınız *Wnuk v. Polonya*⁷¹; *Gorou v. Yunanistan (no. 2)*⁷²; ve başka atıflarla, *Talmane v. Letonya*⁷³) hakkındaki içtihatları arasındaki etkileşimi Mahkeme'nin ilk kez uzun boylu ele alması yönünden dikkate değerdir. Mahkeme'nin *Baydar*'daki gerekçelendirmesinin, temyiz itirazlarının etkililik yararına reddedilmesi için yaratılmış, hızlandırılmış bir prosedür çerçevesi içine konumlandırılmış olması ilginçtir. Bu prosedür, eğer temyiz başvurusu temyiz edilmiş kararı bozmak için sebep teşkil etmiyorsa ve hukuki meselelerin belirlenmesi ihtiyacını doğurmuyorsa Yüksek Mahkeme'nin bir temyiz başvurusunu reddetmesine (Yargı (Teşkilat) Kanunu bölüm 81(1)) ve temyiz başvurusunu başarı şansı olmadığından kabul edilemez bulmasına (aynı Kanun'un 80a bölümü) imkân tanımaktadır.

İlk nokta bakımından Mahkeme, bu görüşü *Dhabbi*'de (yukarıda atıf yapılan, § 31) şöyle özetlemiştir.

“– Madde 6 § 1, uygulanabilir hukuk ışığında yerel mahkemelerin bir sorunu ön karar alınmak üzere sevk etmeyi reddeden herhangi bir karar için sebep göstermesini gerektirir;

– Mahkeme bu temelde Madde 6 § 1'in ihlal edildiğini iddia eden bir şikâyeti dinlediğinde Mahkeme'nin görevi, şikâyet edilen ret kararının böyle bir gerekçelendirme ile gereğince desteklendiğini temin etmekten oluşur;

– bu doğrulamanın etraflıca yapılması gerekmele beraber, ilgili hukuki yorumlarken veya uygularken yerel mahkemeler tarafından yapılan herhangi bir hatayı incelemek Mahkeme'nin üzerine düşmez;

– Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşma'nın 234. maddesinin 3. paragrafının (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın (TFEU) şu anki 267.

⁶⁸ *Ullens de Schooten ve Rezabek v. Belçika*, no. 3989/07 ve 38353/07, 20 Eylül 2011.

⁶⁹ *Vergauwen ve Diğerleri v. Belçika* (kar.), no. 4832/04, 10 Nisan 2012.

⁷⁰ *Dhabbi v. İtalya*, no. 17120/09, 8 Nisan 2014.

⁷¹ *Wnuk v. Polonya* (kar.), no. 38308/05, 1 Eylül 2009.

⁷² *Gorou v. Yunanistan (no. 2)* [BD], no. 12686/03, § 41, 20 Mart 2009.

⁷³ *Talmane v. Letonya*, no. 47938/07, § 29, 13 Ekim 2016.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

maddesi) spesifik bağlamında bu, ulusal hukuk uyarınca kararlarına karşı bir hukuki yol bulunmayan ve Avrupa Birliği hukukunun yorumlanmasına ilişkin önlere getirilen bir soruna dair ABAD'dan ön karar talep edilmesini reddeden ulusal mahkemelerin, ABAD'ın içtihadında yer alan istisnalar ışığında böyle bir ret kararı için sebep göstermesi gerektiği anlamına gelir. Mahkemelerin, sorunu neden ilgisiz bulduklarına dair nedenleri, söz konusu Avrupa Birliği hukuku hükmünün halihazırda ABAD tarafından yorumlanmış olduğunu veya AB hukukunun doğru uygulamasının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kadar açık olduğunu belirtmeleri gerekir.”

İkinci nokta bakımından –bir yüksek mahkeme tarafından özet gerekçe kullanılarak itirazın reddedilmesi– Mahkeme yakın zamanda *Talmane*'de (yukarıda atıf yapılan, § 29) şunu tekrar etmiştir:

“... temyiz mahkemeleri, hiçbir başarı şansı olmayan temyiz başvurularını daha fazla gerekçe sunmadan reddederken belirli bir yasal hükme dayandıklarında yeterli gerekçe sunma yükümlülüklerine uymaktadırlar (bakınız *Sale v. Fransa*, no. 39765/04, § 17, 21 Mart 2006, ve *Burg ve Diğerleri v. Fransa* (kar.), no. 34763/02, AIHS 2003-II; anayasa mahkemesi uygulamaları bakımından aynı yaklaşım için bakınız *Wildgruber v. Almanya* (kar.), no. 32817/02, 16 Ekim 2006). ...”

Mahkeme, kararlarına karşı hiçbir hukuki yol bulunmayan ulusal mahkemeler bakımından (mevcut davadaki Yüksek Mahkeme gibi), içtihadın bu ikinci kolunun, *Dhabbi*'de (yukarıda atıf yapılan) ortaya konan ilkelerle aynı doğrultuda olduğuna karar vermiştir. Önemli olarak Mahkeme, ABAD'ın kendisinin TFEU'nun 267. maddesinin 3. paragrafında bahsi geçen yerel mahkemelerin, AB hukukunun yorumlanmasına ilişkin bir soruyu soru ilgili değilse, yani sorunun cevabı ne olursa olsun davanın sonucu üzerinde hiçbir etkiye sahip olmayacaksa sevk etmek zorunda olmadıklarına hükmettiğini gözlemlemiştir. Mahkeme'nin, Yüksek Mahkeme'nin ön karar talepleri bakımından Yargı (Teşkilat) Kanunu'nun 80a ve 81(1) bölümlerine ilişkin uygulamasını sonradan açıklığa kavuşturmasına önem vermesi de ayrıca kayda değerdir. Mahkeme şunları gözlemlemiştir (paragraf 48):

“Yüksek Mahkeme'nin, temyiz itirazının kabul edilemez bulunduğu veya Yargı (Teşkilat) Kanunu'nun 80a veya 81. bölümlerinin uygulanması ile veya bunlara atıf yapılması ile reddedildiği bir kararda, meselenin belirlenmesi gereken bir hukuki sorun ortaya koymadığından ötürü bir ön karar istemenin gerekmediğinin içkin olduğu açıklamasını dikkate alarak, ... Mahkeme böyle bir kararda yer alan özet gerekçenin ABAD'a sevk davada farklı bir sonuç doğurmayacağı kabulünü ima ettiğini kabul eder.”

Mahkeme, Yargı (Teşkilat) Kanunu'nun 80a veya 81. bölümleri kapsamındaki hızlandırılmış prosedürler bağlamında, bir sevk talebi

içeren bir temyiz itirazının kabul edilemez bulunduğu veya -mevcut davada olduğu gibi- davanın koşullarından kararın keyfi ya da açıkça mantıksız olmadığına açık olduğu durumda temyiz itirazı özet gerekçeyle reddedildiğinde, Sözleşme Madde 6 § 1 altında herhangi bir ilkesel mesele ortaya çıkmadığı sonucuna varmıştır.

Masumiyet karinesi (Madde 6 § 2)

*G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*⁷⁴ bir ceza hükmünün yokluğunda mülke el konulması hakkındadır.

Başvurucular İtalyan hukuku uyarınca kurulmuş şirketler ve bir İtalyan vatandaşı olan Bay Gironda'dır. Arazileri üzerinde hukuka aykırı yapılaşma olduğu gerekçesiyle aleyhlerinde, arazilerine ve binalarına el koyan mahkeme kararları çıkartılmıştır. Ancak hukuka aykırı yapılaşma nedeniyle G.I.E.M. S.r.l.'nin yöneticileri aleyhine hiçbir ceza yargılaması başlatılmamıştır; diğer başvuru şirketler de yöneticileri aleyhine yürütülen ceza yargılamalarının tarafı olmamıştır; ve her ne kadar Bay Gironda ceza yargılamalarında davalı olmuş olsa da, bu dava zamanışımı nedeniyle düşmüştür. Bay Gironda, özellikle de hakkında bir hüküm verilmeden mülküne el konulması nedeniyle Madde 6 § 2'nin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Büyük Daire Bay Gironda bakımından Madde 6 § 2'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Her ne kadar Bay Gironda aleyhine yargılamalar zamanışımı nedeniyle düşürülmüş olsa da, hukuka aykırı inşaat hazırlığı suçunun tüm unsurları Yargıtay tarafından tasdiklenmiştir. Madde 6 § 2 bir suçtan beraat eden veya hakkında ceza yargılaması düşmüş olan bireyleri, kamu görevlileri ve makamlarının onlara üzerlerine atılı suçtan suçluymuş gibi davranmalarından koruduğu için (*Allen v. Birleşik Krallık*⁷⁵), kovuşturma zaten zamanışımına uğramışken Yargıtay tarafından esastan suçlu olduğunun ilan edilmesi Bay Gironda'nın masum sayılma hakkını ve dolayısıyla Sözleşme Madde 6 § 2'yi ihlal etmiştir. Yargıtay'ın beyanının Madde 7 altında

⁷⁴ *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 1828/06 ve 2 başvuru daha, 28 Haziran 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Sözleşme Madde 7 altında (Kanunsuz ceza olmaz) ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi (Mal veya mülkten faydalanma).

⁷⁵ *Allen v. Birleşik Krallık* [BD], no. 25424/09, § 127, AİHS 2013.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

kanunilik ilkesinin ihlaline sebebiyet vermemiş olmasını görmek de ilginçtir.

Savunma hakları (Madde 6 § 3)

Hukuki destek ile savunma (Madde 6 § 3 (c))⁷⁶

*Correia de Matos v. Portekiz*⁷⁷, hukuk eğitimi olan bir sanığın kendisini temsil etmesi ve Mahkeme ile BM İnsan Hakları Komitesi'nin (İHK) bu konudaki farklı görüşleri hakkındadır.

Avukat olan başvuru 1998 yılında bir hâkime hakaret etmekten hüküm giymiştir. Portekiz hukukuna göre, hukuk eğitimine bakılmaksızın (avukat olan başvuru Baro Konseyi listesinde halihazırda askıya alınmıştır), sanığın (ceza yargılamalarında) bir avukat tarafından temsil edilmesi zorunludur. Madde 6 §§ 1 ve 3 (c)'ye dayanarak başvuru, kendi savunmasını yürütmesine izin verilmediğinden ve kendisine rızası hilafına bir avukat atandığından şikâyet ederek bu Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez bulmuştur. Başvurucunun sonradan İHK'ye yaptığı, aynı olgular ve şikâyetlere dayanan başvuru, [Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme](#)⁷⁸ Madde 14 § 3 (d)'nin gözetilmemiş olduğuna karar verilmesine neden olmuş olup, bu görüşler sonradan [İHK Genel Yorum No. 32](#) (23 Ağustos 2007, UN Doc. CCPR/C/GC/32, paragraf 37) ve [Portekiz hakkındaki dördüncü periyodik rapora dair Sonuç Gözlemleri'nde](#) (23 Kasım 2012, UN Doc. CCPR/C/PRT/CO/4, paragraf 14) tekrar dile getirilmiş, ikincisi zorunlu temsil kuralının daha az katı olmasını tavsiye etmiştir. Portekiz hukuku değiştirilmemiştir.

Mevcut başvuru benzer olgular ve aynı şikâyetler hakkındadır. Başvuru yine bir hâkime hakaret etmekten hüküm giymiştir, kendi savunmasını yapmasına izin verilmemiştir ve kendisine atanan avukat tarafından savunulmuştur. Madde 6 § 3 (c) altında, hukuk eğitimine rağmen kendisini temsil etmesine izin verilmemesinden şikâyet

⁷⁶ Ayrıca bakınız, Madde 6 § 3 (e) altında (Ücretsiz tercüman yardımı), *Vizgirda v. Slovenya*, no. 59868/08, 28 Ağustos 2018.

⁷⁷ *Correia de Matos v. Portekiz* [BD], no. 56402/12, 4 Nisan 2018.

⁷⁸ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ICCPR), 16 Aralık 1966.

etmiştir. Büyük Daire Sözleşme Madde 6 §§ 1 ve 3 (c)'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Dava iki açıdan dikkate değerdir. İlk olarak karar, Mahkeme'nin ceza yargılamalarında kişinin kendisini temsil etmesi hakkının kapsamına dair içtihadını doğrulamaktadır. İkinci olarak karar, Devlet ve uluslararası uygulama farklı yönler seçmiş gözükse dahi bu görüşün devam ettirildiği temeli ele almaktadır.

(i) Karar, ceza yargılamalarında zorunlu hukuki destek bakımından Mahkeme'nin Madde 6 altındaki içtihadının kapsamlı bir taramasını içermektedir. Büyük Daire bu açıdan kararın, yargı sistemlerinin savunma haklarını güvenceye almasına imkân tanımak için uygun yöntemleri seçmek konusunda Mahkeme'den daha iyi bir konumda olduğu düşünülen Devletlere tanınan geleneksel takdir yetkisi kapsamına girdiğine işaret etmiştir. Madde 6 § 3 ile güvence altına alınan hakların kendi içinde birer amaç olmadığını vurgulamıştır: daha ziyade bu hakların içkin amacı ceza yargılamasının bir bütün olarak adil olmasını temin etmeye katkıda bulunmaktır (*İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*⁷⁹). Ceza yargılamalarında zorunlu hukuki desteğin Madde 6 §§ 1 ve 3 (c)'ye uygunluğunu incelemek için kullanılacak olan ilgili test böylece *Correia de Matos*'ta şu şekilde özetlenmiştir.

“143. ... şu ilkeler uygulanmalıdır: (a) Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) sanığa savunmasının hangi şekilde temin edilmesi gerektiğine dair kendi kendine karar verme hakkı tanımayabilir; (b) bu hükümde bahsi geçen iki alternatiften hangisinin seçileceğine dair karar, yani başvurunun kendi kendisini savunma hakkı veya kendi seçtiği veya belli durumlarda mahkeme tarafından atanan avukat tarafından temsil edilme hakkı, prensipte uygulanacak olan ulusal hukuka veya mahkeme kurallarına dayanır; (c) üye Devletlerin bu seçim bakımından bir takdir yetkisi vardır, her ne kadar bu sınırsız olmasa da. Bu ilkeler ışığında, Mahkeme ilk olarak mevcut davada uygulanan, yasamanın seçimine dair ilgili ve yeterli sebepler sağlanıp sağlanmadığını incelemelidir. İkinci olarak, ilgili ve yeterli sebepler sağlanmış olsa bile, yine de ceza yargılamasının hakkaniyetinin değerlendirilmesi bağlamında yerel mahkemelerin de şikâyet edilen kuralı uygularken kararlarında ilgili ve yeterli sebepler gösterip göstermediğinin incelenmesi gerekir. İkinci bağlantıda, bir sanığın davasına etkili şekilde katılması için uygulamada bir imkân sunulup sunulmadığının değerlendirilmesi ilgili olacaktır.

⁷⁹ *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve 3 başvuru daha, § 251, 13 Eylül 2016.

Büyük Daire bu testi mevcut davadaki olgulara uygulayarak devam etmiştir. Zorunlu temsil koşulunun uygulandığı usule ilişkin bağlam (özellikle de bir sanığın yargılamaya bizzat müdahale etmesi için müsait olan imkânlar) bir bütün olarak dikkate alındığında ve Devletin sahip olduğu takdir yetkisi akılda tutulduğunda, Portekiz yasama organının yaptığı, şikâyet konusu seçim için gösterilen nedenler ilgili ve yeterli görülmüştür. Buna ek olarak, başvurucuya karşı yürütülen ceza yargılamasının adil olmadığını tespit etmek için herhangi bir temel olmadığı için Büyük Daire Sözleşme Madde 6 §§ 1 ve 3 (c)'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

(ii) İkinci olarak, bir Devletin takdir yetkisini sınırlayabilecek herhangi bir etkeni incelerken Büyük Daire, Devlet uygulaması kadar uluslararası ve ilgili olduğu yerde Avrupa Birliği hukukundaki gelişmeleri de dikkate almıştır.

İncelenen Devlet uygulamasının ve uluslararası uygulamanın zorunlu hukuki destek lehine eğilim göstermediğini görmek ilginçtir. Öncelikle, Mahkeme'nin karşılaştırmalı çalışması Devletlerin bir sanığın kayıtlı bir avukatın desteği olmadan kendisini bizzat savunması hakkını tanımaya yönelik bir eğilimi olduğunu ortaya koymuştur. (Gözden geçirilen otuz beş Devlet arasından otuz bir tanesi genel kural olarak bir kimsenin kendi savunmasını yapma hakkını tesis etmiştir, dört Devlet de genel kural olarak bizzat temsili yasaklamıştır.) İkinci olarak, Mahkeme'nin bugüne kadarki içtihadı ile İHK'nin içtihadı farklılık göstermektedir. Aynı zamanda Büyük Daire, Sözleşme'nin mümkün olduğu ölçüde uluslararası hukukun diğer kurallarıyla uyum içerisinde yorumlanması gerektiğini tekrar ifade etmiştir; Sözleşme'yi yorumlarken birçok durumda İHK'nin görüşlerini ve ICCPR yorumunu dikkate aldığını kabul etmiştir; Sözleşme'nin ve ICCPR'ın ilgili hükümlerinin neredeyse bire bir aynı olduğunu gözlemlemiştir ve Büyük Daire, mevcut davadaki ve daha önce İHK'ye yapılan komunikasyondaki olguların neredeyse bire bir aynı olduğunu kabul etmiştir. Üçüncü olarak, [Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı](#)'nın hükümleri, açıklayıcı notları ve [2013/48/EU sayılı Direktif](#)⁸⁰, Şart'taki ilgili hakların Sözleşme Madde 6 §§ 1, 2 ve 3'teki

⁸⁰ Avrupa Parlamentosu'nun ve AB Konseyi'nin ceza yargılamalarında ve Avrupa yakalama emri yargılamalarında avukata erişim hakkı, özgürlükten mahrum kalma halinde üçüncü bir kişiye haber verilmesi hakkı ve özgürlüğünden mahrum bırakılmış iken üçüncü kişilerle ve konsolosluk makamlarıyla haberleşme hakkına dair 2013/48/EU sayılı Direktifi

haklara tekabül ettiğini ileri sürmüştür. Direktif, zorunlu yasal temsil sistemine dâhil olup olmamaya dair seçimi münferit üye Devletlere bırakmış gözükmektedir.

Buna karşın, bu Devlet uygulaması ve uluslararası uygulama Büyük Daire tarafından belirleyici görülmemiştir. Büyük Daire, araçların seçiminde yargı sistemlerinin Madde 6 § 3 (c) ile güvence altına alınan hakların gereklerine uyduğunu temin etmek için Mahkeme'nin yerleşik içtihadının Devletlere tanıdığı kayda değer özgürlüğe ve hükmün içkin amacının ceza yargılamalarının bir bütün olarak adil olması olduğuna dayanmıştır. Mahkeme, bir kimsenin ceza yargılamasında avukat desteği olmadan kendisini bizzat savunması hakkına yönelik mutlak bir yasağın belli durumlarda aşırı olabileceğini gözlemlemiş olsa da ve Âkit Taraflar arasında bir sanığın kayıtlı bir avukatın desteği olmadan kendisini savunması hakkını tanımaya yönelik bir “eğilim” olsa da, bir görüş birliği yoktur ve bu hakkı tanıyan ulusal mevzuatlar bile bunu ne zaman ve nasıl yapacakları konusunda büyük ölçüde değişkenlik göstermektedir.

Beuze v. Belçika'da⁸¹ Mahkeme Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) altında bir şüphelinin avukata erişimine getirilen kanuni (genel ve zorunlu) kısıtlamayı incelemiştir.

Belçika polisinin nezaretine teslim edilmiş olan (Avrupa Tutuklama Emri) başvuru, daha sonra cinayetten hüküm giymiş ve ceza almıştır. Teslim edilmesinden iddianamenin hazırlanmasına kadar, hiçbirinde yanında avukatı olmadan, beş kez polis, üç kez soruşturma hâkimi ve iki kez Kraliyet Savcısı tarafından ifadesi alınmış ve suç mahallinin tekrar canlandırılmasına katılmıştır. Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) altında, o zaman yürürlükte olan hukuk nedeniyle (i) resmi olarak suçlandıktan ve gözaltına alındıktan sonraya ve dolayısıyla polise verdiği ilk ifadesinden sonraya kadar bir avukat ile iletişime geçemediğinden, ve ona sessiz kalma hakkı ve kendi aleyhine delil göstermeme hakkına dair yeterli bilgi verilmediğinden; ve (ii) bundan sonra avukatına danışabilmişse de avukatın, polise veya soruşturma hâkimine verdiği sonraki ifadelere katılmasına veya yargısal soruşturma sırasındaki diğer soruşturma işlemlerinde yardımcı olmasına izin verilmediğinden şikâyetçi olmuştur.

⁸¹ *Beuze v. Belçika* [BD], no. 71409/10, 9 Kasım 2018.

Büyük Daire Sözleşme Madde 6 §§ 1 ve 3 (c)'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. O dönemde yürürlükte olan hukuktan doğan, avukata erişim hakkına getirilen genel ve zorunlu kısıtlama, yargılamanın genel hakkaniyetinin sıkı şekilde denetlenmesini gerektirecek ikna edici bir neden teşkil edemeyecektir. Bu açıdan, Büyük Daire, başvurucuya karşı yürütülen ceza yargılamalarının, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, dava öncesi aşamadaki usuli eksiklikleri gidermediğini düşünmüştür.

(i) *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*⁸² kararı, avukata erişim kısıtlamalarının Madde 6 §§ 1 ve 3 (c) ile uyumluluğunu test etmeye yarayan iki aşamalı metodu teyit etmiş ve açıklığa kavuşturmuştur: kısıtlama için ikna edici nedenler var mıdır ve eğer yoksa, katı bir şekilde incelendiğinde yargılama bir bütün olarak adil midir. Mevcut davada Büyük Daire önündeki temel mesele iki aşamalı testin hukuki destek hakkına getirilen kısıtlamanın genel ve zorunlu (kanuni) olduğu bu gibi davalarda da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bir diğer deyişle, kanuni kısıtlama Sözleşme'nin otomatik bir ihlalini teşkil ediyor mudur, yoksa avukata erişim hakkına getirilen bu kanuni kısıtlamaya ve hatta herhangi bir kısıtlamaya iki aşamalı test mi uygulanacaktır. Büyük Daire ikinci seçeneğin doğru olduğunu teyit etmiştir.

Özellikle Mahkeme *Salduz v. Türkiye*'de⁸³ iki aşamalı testi uygulamış ve kanuni bir kısıtlamanın söz konusu olduğunu ve bunun ikna edici bir neden teşkil edemeyeceğine karar vermiştir ve dolayısıyla Daire, bu kısıtlamanın genel hakkaniyet açısından sonuçlarını analiz ederek devam etmiştir. Akabinde bu iki aşamalı *Salduz* yaklaşımı, gerek genel ve zorunlu nitelikteki kanuni kısıtlamalarla ilgili, gerekse yetkili makamlar tarafından alınan davaya özel kararlardan doğan kısıtlamalarla ilgili olsun, davaların çoğunda uygulanmıştır. Türkiye aleyhine verilen birtakım kararların, sistemsel bir kısıtlamanın iki aşamalı testi uygulamaya gerek kalmadan otomatik olarak Sözleşme'nin ihlali anlamına geldiğine karar verildiği doğrudur (bakınız özellikle *Dayanan v. Türkiye*⁸⁴). Ancak Büyük Daire bu ayrılığın, yukarıda atıf yapılan *İbrahim ve Diğerleri*'nde çözüldüğünü tespit etmiştir: dolayısıyla iki aşamalı

⁸² *İbrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve 3 başvurucu daha, 13 Eylül 2016.

⁸³ *Salduz v. Türkiye* [BD], no. 36391/02, AİHS 2008.

⁸⁴ *Dayanan v. Türkiye*, no. 7377/03, 13 Ekim 2009.

testin bir şüphelinin avukata erişim hakkına yapılan herhangi bir kısıtlamaya (genel veya münferit) uygulanabilirliğini teyit etmiştir (yukarıda tarif edildiği üzere).

(ii) İkinci olarak karar, Büyük Daire'ye avukata ve hukuki desteğe erişim hakkının içeriğini somut şekilde açıklığa kavuşturma imkânı sağlamıştır.

Avukata erişim hakkıyla güdülen amacı detaylı şekilde dile getirerek Büyük Daire, bu hak için iki asgari gereklilik belirlemiştir. Öncelikle şüpheliler gözaltına alındıkları andan itibaren bir avukat ile iletişim kurabilmelidir. Dolayısıyla şüphelinin sorgu öncesinde ve hatta sorgu olmadığında dahi avukatına danışması mümkün olmalıdır. Avukat müvekkili ile baş başa görüşebilmeli ve gizli talimatlar alabilmelidir. İkinci olarak şüphelilerin, ilk polis sorgusu sırasında ve akabindeki dava öncesi süreçte sorgulandıkları herhangi bir zaman, avukatlarının fiziksel olarak hazır bulunmalarına yönelik hakları vardır. Dahası, bu şekilde fiziksel olarak orada bulunma avukatın “yalnızca soyut bir destekten ziyade etkili ve pratik bir destek sağlamasına” ve özellikle de sorgulanan şüphelinin savunma haklarının zedelenmediğini temin etmesine olanak vermelidir.

Her ne kadar hakkın asgari gerekliliklerinin bir parçası olmasa da, Büyük Daire avukata erişim hakkına getirilen diğer kısıtlama biçimlerinin, her davanın özel durumuna ve ilgili hukuk sistemine bağlı olacak şekilde, yargılamanın hakkaniyetine zarar verebileceğini belirterek devam etmiştir: ceza yargılamasının erken aşamalarında veya dava öncesi soruşturma sırasında bir ceza dosyasına erişmek isteyen bir avukatın karşılaştığı ret veya zorluklar; ve avukatın, kimlik tespiti veya yeniden canlandırma gibi soruşturma tedbirlerine katılmaması. Buna ek olarak, dava öncesi aşamada bir avukata erişimin pratik ve etkili olup olmadığı belirlenirken, Büyük Daire ayrıca yargılamanın genel olarak hakkaniyetinin değerlendirilmesinde her bir dava bazında hukuki destek ile özel olarak ilişkilendirilen birçok hizmetin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir: davanın tartışılması, savunmanın düzenlenmesi, aklayıcı delillerin toplanması, sorguya hazırlık yapılması, sıkıntıda olan bir sanığa destek sağlanması ve tutulma koşullarının doğrulanması.

(iii) Üçüncü olarak, bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini incelerken (yukarıda atıf yapılan *İbrahim ve Diğerleri*'nde bu açıdan ortaya konan, dikkate alınacak olan etkenlerin tüketici olmayan listesi de dâhil), Büyük Daire'nin nelerin “kendi aleyhine” ifadeler olarak

anlaşılacağına dair görece geniş olan tanımı tekrar ifade ettiğini görmek ilginçtir. Kendi aleyhine delil sunmaya zorlanamama imtiyazı itiraflar veya doğrudan suçlayıcı olan sözler ile sınırlı değildir: ifadelerin kişinin kendi aleyhine olarak değerlendirilmesi için “sanığın konumunu büyük ölçüde etkilemiş olmaları yeterlidir” (*Schmid-Laffer v. İsviçre*⁸⁵, ve *A.T. v. Lüksemburg*'a⁸⁶ atıf yaparak; ayrıca bakınız *Saunders v. Birleşik Krallık*⁸⁷). Mevcut davada, başvuru hiçbir zaman suçlamaları itiraf etmemiştir ve katı anlamıyla kendisini suçlamamıştır. Ancak başvuru, soruşturmacılara, Mahkeme'nin sorgulamalarının doğrultusunu etkilediğini, soruşturmacıların şüpheleri üzerinde etki bıraktığını ve başvuru inandırıcılığını zedelediğini (olayların kendi anlattığı versiyonunu birkaç kez değiştirmiştir) düşündüğü detaylı ifadeler vermiştir. Söz konusu kısıtlamayı haklı kılacak ikna edici nedenler bulunmadığında çok katı bir inceleme gerektiğini tekrar dile getirerek Mahkeme, yargılamanın genel olarak hakkaniyetinin değerlendirilmesinde bu etkenlere önemli bir ağırlık verilmesi gerektiğini bulmuştur.

(iv) Son olarak, şüpheliye haklarını bildirme yükümlülüğü bakımından, her ne kadar bir şüpheliye avukat hakkı, kendi aleyhine delil sunmaya zorlanamama imtiyazı, sessiz kalma hakkı olduğunu bildirmemek için “prensip olarak hiçbir gerekçe” olmasa da, yine de Mahkeme'nin yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını incelemesi gerektiğini Büyük Daire teyit etmiştir. Ancak bu bildirim gerçekleşmediği ve avukata erişimin geç kaldığı hallerde, bu bildirim olan ihtiyacın özellikle önem kazandığını, bu nedenle bildirim yapmanın “Hükümet'in yargılamanın bir bütün olarak adil olduğunu göstermesini daha da zor hale getireceğini” açıklığa kavuşturmuştur. Mevcut davada, başvuru ifadelerinin delil olarak kullanılabileceği konusunda bilgilendirilmiş olduğu gerçeği, avukatının yokluğunda sessiz kalma ve kendi aleyhine delil göstermeme hakkını güvence altına alacak kadar yeterince açık bilgi niteliğinde değildir.

⁸⁵ *Schmid-Laffer v. İsviçre*, no. 41269/08, § 37, 16 Haziran 2015.

⁸⁶ *A.T. v. Lüksemburg*, no. 30460/13, § 72, 9 Nisan 2015.

⁸⁷ *Saunders v. Birleşik Krallık*, 17 Aralık 1996, § 71, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1996-VI.

Tanıkların dinlenmesi (Madde 6 § 3 (d))

Murtazaliyeva v. Rusya'da⁸⁸ Büyük Daire, yerel mahkemenin savunma tarafından talep edilen bir tanığı çağırılmayı reddetmesini değerlendirmek için kullanılacak ilgili ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur.

Başvurucu Çeçen etnik kökenlidir. Çeçenistan'dan Moskova'ya gelişinden kısa süre sonra bir polis memuru olan A. ile arkadaş olmuştur. A. ona her ikisi de İslam dinine geçmiş olan başka iki genç kadınla paylaşacağı bir daire bulmuştur. Yerel polis departmanına ait olan daireye gizli ses ve görüntü kayıt cihazları kurulmuştur. Sonraki ay bir kimlik kontrolünde, başvurunun Moskova'da kalışının resmi kaydının süresinin dolduğu ortaya çıktıktan sonra, başvuru bir polis merkezine getirilmiştir. Başvurucunun el çantası iki tasdik eden tanığın, B. ve K.'nin huzurunda polis memurları tarafından aranmıştır ve çantada patlayıcı olduğu bulunmuştur. Akabinde başvuru terör bağlantılı suçlar ile suçlanmıştır. Polis memuru A. dava öncesi ifadeler vermiştir. Başvurucunun avukatları dava sırasında A.'nin sorgu için çağırılmasını talep etmiştir. Kürsü hâkimi tarafından A.'nin müsait olmadığı bilgisi verildikten sonra, avukatlar dava önceki ifadelerinin mahkemede okunmasını kabul etmiştir. Savunmanın, başvurucuya yapılan aramadan önce patlayıcıların çantasına gizlice yerleştirildiği iddiasını destekleyecek iki tasdik eden tanığı çağırma talebi reddedilmiştir. Temyiz yargılamalarında Yüksek Mahkeme, başvurunun aranmasından önce patlayıcıların çantasına yerleştirildiğini başvuru kendisi ileri sürdüğünden, tasdik eden tanıkların varlığının gerekli olmadığını gözlemlemiştir. Başvuru suçlandığı gibi hüküm giymiştir. Mahkeme, diğer şeylerin yanı sıra, iddia makamının birkaç tanığının ifadelerini, başvurunun ev arkadaşlarının tanıklığını, başvurunun dairesinde bulunan suçlayıcı materyalleri, adli tıp inceleme raporlarını ve polisin daireye ait gözetleme video kasetlerinin dökümlerini dikkate almıştır.

Sözleşme yargılamalarında başvuru, polis memuru A.'nin ve iki tasdik eden tanığın sorgu için çağırılmamasının Sözleşme Madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'yi ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur.

İlginç şekilde Büyük Daire, Daire'nin aksine, başvurunun polis memuru A.'yı sorguya çekme hakkından feragat ettiğine dair

⁸⁸ *Murtazaliyeva v. Rusya* [BD], no. 36658/05, 18 Aralık 2018.

Hükümet savunmasını kabul etmiştir. Dava, Büyük Daire'ye, tanığın incelenmesi hakkı bağlamında feragat kavramına dair yerleşik içtihadını tekrar dile getirme ve uygulama imkânı sağlamıştır. Geçerli bir feragatin koşullarına uyulup uyulmadığı esasen olgulara dayanarak çözümlenmesi gereken bir sorudur. Başvurucunun davasında, Büyük Daire tüketici olmayan şu bulgulara ulaşmıştır: başvurucunun savunma avukatları A.'nın ifadesinin okunmasını şüpheye yer bırakmayacak şekilde kabul etmişlerdir; her ne kadar ulusal hukukta bu imkânları olsa da A.'nın dinlenmesi için ısrar etmemişlerdir; temyiz yargılamalarında bu konuya geri dönmeyi seçmişlerdir; ve A.'nın ifadelerinin okunmasını kabul ederek onun mahkemede dinlenmesi ve ifadelerinin dikkate alınması imkânını kaybedeceklerinin farkında olduklarının kabul edilmesi gerekmektedir.

Büyük Daire başvurucunun şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez bulmuştur. Her ne kadar Daire bu şikâyeti esastan incelemiş ve ihlal olmadığına karar vermiş olsa da, başvurucunun davası, Büyük Daire'nin bir başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin ilk üç paragrafında ortaya konan nedenlerden biri yüzünden kabul edilemez bulunmuş olması gerektiği sonucuna vardığı hallerde, başvuruyu kabul edilebilir bulan kararı tekrar değerlendirebileceğinin iyi bir örneğidir.

Büyük Daire'nin başvurucunun B. ve K.'nin (tasdik eden tanıklar) çağrılması talebinin yerel mahkemeler tarafından reddedilmesini ele alış biçimi içtihat bakımından daha büyük öneme sahiptir. Sözleşme Madde 6 § 3 (d) bağlamında savunma tanıklarının çağrılması ve sorgulanmasına uygulanacak ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur. *Perna v. İtalya*⁸⁹ kararı, tanığın çağrılmasının reddinin Madde 6 § 3 (d) gerekliliklerine uyup uymadığının değerlendirilmesinde kilit referans noktası olarak görülmüştür. *Perna*'nın 29. paragrafında ortaya konan uyumluluk testine göre iki soru ele alınmalıdır: başvurucunun, bu bireyin tanıklığının “gerçeğin ortaya konması” ile ilgisine atıf yaparak belli bir tanığın çağrılması yönündeki talebini destekleyip desteklemediği ve ikinci olarak, yerel mahkemelerin bu tanığın çağrılmasını reddetmesinin yargılamanın genel olarak hakkaniyetini zedeleyip zedelediği. Önemli olarak, Büyük Daire'nin *Perna* öncesi ve sonrası içtihadını gözden geçirmesi,

⁸⁹ *Perna v. İtalya* [BD], no. 48898/99, AİHS 2003-V.

Mahkeme'nin ayrıca sürekli olarak yerel mahkemelerin savunmanın bir tanığı çağırma talebi üzerine karar verme biçimlerini ve bu ifadenin ilgisini değerlendirip değerlendirmediklerini ve tanığı duruşmada sorgulamama kararları için yeterli sebep sunup sunmadıklarını incelediğini ve kuvvetli bir etken olarak değerlendirdiğini ortaya çıkarmıştır. Büyük Daire'nin bunun aslında testin zımni ve vazgeçilmez bir unsuru ve bu testin iki kolu arasındaki mantıki bağlantı olduğu, dolayısıyla testin üç ayaklı bir test haline geldiği görüşünde olması, mevcut davada bu gerekliliği ön plana çıkarmaya karar vermesi dikkate değerdir (paragraf 158):

- “1. Bir tanığın sorgulanması talebinin yeterince gerekçelendirilmiş ve suçlamanın konusuyla ilgili olup olmadığı.
2. Yerel mahkemelerin bu tanıklığın ilgisini değerlendirip değerlendirmedikleri ve tanığı duruşmada sorgulamama kararı için yeterli nedenler sağlayıp sağlamadığı.
3. Yerel mahkemelerin tanığı sorgulamama kararının yargılamanın genel olarak hakkaniyetini zedeleyip zedelediği.”

Önemli şekilde Büyük Daire, uygulanabilir ilkeleri açıklığa kavuşturmasının ışığında gelecekteki davaların incelenmesi için rehberlik sağlamıştır. Birkaç nokta vurgulanmaya değerdir.

İlk adımla ilgili olarak, Büyük Daire *Perna* testi altında sanığın kendi adına tanık çağırma talebini destekleyip desteklemediğine, bu bireyin tanıklığının “gerçeğin ortaya konulması” için ilgisinden bahisle karar verildiğini kaydetmiştir. Ancak *Perna* sonrası içtihat nedeniyle “savunmanın, yalnızca duruşmanın sonucunu etkileyebilecek olan tanıkları çağırmaya yönelik taleplerini değil, aynı zamanda savunmanın konumunu güçlendirmesi makul olarak beklenebilecek olan diğer tanıkları da kapsamı dâhiline alarak, standardı açıklığa kavuşturmanın gerekli” olduğunu düşünmüştür (paragraf 160).

İkinci adımla ilgili olarak, Büyük Daire “savunma tarafından ileri sürülen argümanlar daha güçlü ve ağır oldukça, denetimin de o kadar yakın olması gerektiğini ve eğer savunmanın bir tanığın sorgulanmasına yönelik talebini reddederlerse yerel mahkemelerin gerekçelendirmelerinin de o kadar ikna edici olması gerektiğini” gözlemlemiştir (paragraf 166).

Üçüncü adımla ilgili olarak, Büyük Daire “testin ilk iki adımı altındaki sonuçlar yargılamanın adil olup olmadığı bakımından genel olarak kuvvetli bir gösterge olsa da, bazı -doğrusu istinai- durumlarda hakkaniyet değerlendirmelerinin aksi sonucu gerektirebileceğini” belirtmiştir (paragraf 168).

Başvurucunun davasının olguları bakımından Büyük Daire, diğer şeylerin yanı sıra, üç adımın her biri ile ilgili olarak şunları gözlemlemiştir: (i) savunma, B. ve K.'nin potansiyel tanıklığının ilgisi hakkında ufak bir ibareden biraz fazlasını vermiştir; onları çağırma talebi herhangi bir olgusal veya hukuki argüman içermemiştir ve onların tanıklığının savunmanın davasına nasıl destek olacağına dair somut şekilde açıklamada bulunmamıştır; (ii) patlayıcıların gizlice yerleştirilmesine dair iddialarını çevreleyen olaylar hakkında polis memurlarının sorgulanması sırasında savunmanın genel pasifliği ve tasdik eden tanıkların sorgulanması gereğine dair herhangi bir spesifik hukuki veya olgusal argümanın yokluğu dikkate alındığında, Yüksek Mahkeme tarafından sunulan nedenler, davanın koşullarında uygun ve savunma tarafından ileri sürülen nedenler ile orantılıdır; ve (iii) başvuru aleyhine, yasal olarak temsil edilmesi sayesinde etkili biçimde karşı çıkabildiği, ciddi miktarda suçlayıcı delil bulunmaktadır. Yargılamanın genel olarak hakkaniyeti zedelenmemiştir.

Büyük Daire Madde 6 §§ 1 ve 3 (d)'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Ücretsiz tercüman desteği (Madde 6 § 3 (e))

*Vizgirda v. Slovenya*⁹⁰ kararında Mahkeme Madde 6 § 3 (a) ve (e) ile güvence altına alınan hakların ve özellikle de yabancı sanıkların dil ihtiyaçlarının doğrulanması görevinin kapsamını incelemiştir.

Litvanya vatandaşı olan başvuru, ülkeye gelişinden kısa bir süre sonra Slovenya'da bir banka soyumuş olduğu şüphesiyle yakalanmıştır. Yakalanmasından sonra ona, anadili olmayan Rusça tercüme sağlanmıştır. Tercümanın hizmetleri soruşturma ve dava aşamasında olduğu gibi hükme karşı itiraz aşamasında da devam etmiştir. Başvurucunun her aşamada yasal temsilcisi olmuştur ve

⁹⁰ *Vizgirda v. Slovenya*, no. 59868/08, 28 Ağustos 2018.

avukatı ile iletişim kurarken tercüman ile desteklenmiştir. Başvurucu ancak hukuki bir itirazı sırasında ve daha sonra anayasal şikâyet sürecinde Rusça yapılan yargılamaları takip ederken yaşadığı zorluklar nedeniyle yargılamasının adil olmadığını dile getirmiştir. Şikâyeti reddedilmiştir.

Sözleşme yargılamaları sırasında başvurucu esasen sözlü yargılamalar ve ilgili belgeler anadili olan Litvanyaca'ya çevrilmediği, ama yalnızca anlamakta oldukça güçlük çektiği Rusça'ya çevrildiği için ceza davası sırasında kendisini etkili şekilde savunamadığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme başvurucu lehine hüküm kurmuş ve Sözleşme Madde 6 §§ 1 ve 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun davası Mahkeme'ye Sözleşme Madde 6 § 3 (a) ve (e) ile başvurucu gibi yabancı sanıklara sağlanan hakların kapsamına ve ulusal makamların bu alandaki ilgili yükümlülüklerine dair daha önceki içtihadını gözden geçirme ve geliştirme imkânı tanımıştır. Önemli olarak, Mahkeme genel olarak adil yargılanma kavramına dair içtihadındaki diğer gelişmelere dikkat etmiş ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilen ilgili enstrümanlara, özellikle de ceza yargılamaları sırasında tercüme ve çeviri hakkına dair [2016/64/EU sayılı Direktif](#)'e ("Tercüme hakkında Direktif") ve ceza yargılamaları sırasında bilgi edinme hakkına dair [2012/13/EU sayılı Direktif](#)'e ("Bilgi Edinme Direktifi" – bu Direktiflerin ilgili kısımları için bakınız kararın 51-61. paragrafları) atıf yapmıştır.

Bu alandaki emsalleri gözden geçirirken (diğer kararların yanı sıra bakınız *Hermi v. İtalya*⁹¹; *Brozicek v. İtalya*⁹²; *Kamasinski v. Avusturya*⁹³; *Cuscani v. Birleşik Krallık*⁹⁴; ve *Diallo v. İsveç*⁹⁵), Mahkeme diğer şeylerin yanı sıra şu ilkeleri tespit etmiştir:

(i) mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan sanığın, aleyhine başlatılmış yargılamalarda onun anlaması için veya adil yargılanmadan faydalanması için mahkemenin diline çevrilmesi gereken tüm bu belgeler veya ifadelerin çevirisi veya tercümesi için tercümandan ücretsiz olarak destek alma hakkı vardır;

⁹¹ *Hermi v. İtalya* [BD], no. 18114/02, AİHS 2006-XII.

⁹² *Brozicek v. İtalya*, 19 Aralık 1989, Series A no. 167.

⁹³ *Kamasinski v. Avusturya*, 19 Aralık 1989, Series A no. 168.

⁹⁴ *Cuscani v. Birleşik Krallık*, no. 32771/96, 24 Eylül 2002.

⁹⁵ *Diallo v. İsveç* (kar.), no. 13205/07, 5 Ocak 2010.

(ii) yargılamanın hakkaniyetinin davalıya yardımcı olmak için bir tercüman atanmasını gerektirip gerektirmediğini veya gerektirmiş olup olmadığını belirlemek yargılamalara dâhil olan makamların, özellikle de yerel mahkemelerin görevidir.

Mahkeme ayrıca davalının dil yetkinliğini doğrulama veya değerlendirme görevi bakımından şunu gözlemlemiştir (paragraf 81):

“... bu görev yabancı davalının tercüme için açık bir talepte bulunduğu durumlarla sınırlı değildir. Adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda sahip olduğu önemli yer nedeniyle ..., davalının yargılamanın diline hâkim olmadığından şüphe etmek için nedenler var olduğunda, örneğin yargılamanın yürütüldüğü ülkenin vatandaşı veya mukimi değilse, bu görev ortaya çıkar. Ayrıca tercüme için bir üçüncü dil kullanılması düşünülüyorsa da ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda, bir davalının üçüncü dildeki yetkinliği bu dili tercüme amacıyla kullanma kararı verilmeden önce belirlenmelidir.”

İlginç şekilde Mahkeme akabinde bununla bağlantılı olarak şunu kaydetmiştir (paragraf 83)

“... davalının yargılamanın diline veya duruma göre, halihazırda tercüme yapılabilecek olan bir üçüncü dile temel hâkimiyetinin var olduğu gerçeği tek başına bireyin savunma hakkını tam anlamıyla kullanacak kadar iyi anladığı dile tercümeden faydalanmasına engel olmamalıdır.”

Mahkeme'nin şunların önemine vurgu yapması özellikle dikkate değerdir:

(i) şüpheliye “bir suç ile suçlandığı” zaman tercüme hakkı olduğunu anladığı bir dilde bildirmek (bakınız, *mutatis mutandis*, *Dvorski v. Hırvatistan*⁹⁶; *Ibrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*⁹⁷; ve *Bilgi Edinme Hakkı Direktifi*'nin 3. maddesi) ve şüpheliye gereğince bildirimde bulunulduğunun kayda geçmesi;

(ii) şüphelinin tercüme ihtiyaçlarının doğrulanması bakımından kullanılan her prosedür ve alınan her kararda olduğu gibi, tercüman tarafından sağlanan desteği de kayda geçirmek.

Mevcut başvuruda Mahkeme için temel soru, başvurucaya savunması açısından yeterli hâkimiyeti olan bir dilde tercüme sağlanıp sağlanmadığı ve eğer sağlanmadıysa bunun bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediğidir. Mahkeme, esasen Slovenya makamları başvurucaya yargılamaları Rusça takip edebildiği varsayımıyla hareket ettiği için Sözleşme'nin ihlal

⁹⁶ *Dvorski v. Hırvatistan* [BD], no. 25703/11, § 101, AİHS 2015.

⁹⁷ *Ibrahim ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 50541/08 ve 3 başvuruca daha, § 272, 13 Eylül 2016.

edildiğine karar vermiştir. Onun bu dildeki yetkinliğini doğrulamamışlardır ve başvurucuya bu konuda danışılmamıştır. Her ne kadar başvurucu biraz Rusça konuşabilmiş ve anlayabilmiş gözükse de, ki bu başvurucunun inkar etmediği bir olgudur, Mahkeme başvurucunun bu dildeki yetkinliğinin yargılamaların hakkaniyetini güvenceye almak için yeterli olduğunun olgular ile ortaya konduğunu bulmamıştır.

Karar, Hükümet'in başvurucunun soruşturma ve dava sırasında dil engeli bulunduğunu vaktinden sonra şikâyet etmiş olması ve yaşadığı zorluğa yargılamanın uygun bir aşamasında dikkat çekmemiş olmasına dair itirazına Mahkeme'nin verdiği cevap nedeniyle de ayrıca ilginçtir. Makamların ana diline tercüme hakkı veya anladığı bir dile tercümeyle dair temel hakkı olduğu konusunda başvurucuyu bilgilendirdiğine dair dosyanın hiçbir yerinde hiçbir ibare olmaması Mahkeme için önemlidir. Diğer değerlendirmelerin yanı sıra, ulusal hukukta başvurucunun ana diline tercüme hakkı olduğunu ve makamların ulusal hukuk uyarınca onu bu hak konusunda bilgilendirmek, ve bu bildirim ve başvurucunun buna cevabına dair kayıt almak zorunda olduğunu not etmiştir.

Ceza yargılamalarında diğer haklar

Kanunsuz ceza olmaz (Madde 7)

*G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*⁹⁸ ceza hükmünün yokluğunda mülke el konulması ve kanunilik ilkesi hakkındadır.

Başvurucular İtalyan hukuku altında kurulmuş şirketler ve bir İtalyan vatandaşı olan Bay Gironde'dır. Arazileri üzerinde hukuka aykırı yapılaşma olduğu gerekçesiyle aleyhlerinde, arazilerine ve binalarına el koyan mahkeme kararları çıkartılmıştır. Ancak hukuka aykırı inşaat için G.I.E.M. S.r.l.'nin yöneticilerine karşı herhangi bir ceza yargılaması başlatılmamıştır, diğer başvurucu şirketler yöneticilerine karşı başlatılan ceza yargılamalarında taraf değildir ve her ne kadar Bay Gironde ceza yargılamasında davalı olsa da, bu dava

⁹⁸ *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 1828/06 ve 2 başvurucu daha, 28 Haziran 2018. Ayrıca bakınız yukarıda Sözleşme Madde 6 § 2 altında (Masumiyet karinesi) ve aşağıda I No.lu Protokol'ün 1. maddesi (Mal veya mülkten faydalanma).

zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. Başvurucular Sözleşme'nin 7. maddesine dayanmıştır.

Büyük Daire, diğer şeylerin yanı sıra, Bay Girona bakımından Madde 7'nin ihlal edilmediğine ve başvuru şirketler bakımından Madde 7'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu karar esas olarak Madde 7'de yer alan, ceza hukukundaki kanunilik ilkesini ve özellikle de bu ilkenin önemli bir sonucunu, yani bir kişinin başka biri tarafından işlenen bir suçtan cezalandırılması yasağını ilgilendirir. Bu kararın içtihat açısından önemi *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*⁹⁹ içtihadı ile birlikte daha sonraki *Varvara v. İtalya*¹⁰⁰ kararını da teyit etmesi ve açıklığa kavuşturmasıdır.

Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri öncesi, idari makamlar planlama kanunlarını ihlal edecek şekilde inşa edilen mülklere el koymuştur, belirtilen amacı da cezalandırma yerine kanuniliğin idari şekilde onarılmasıdır. *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri*'nde başvuru şirketin yöneticileri beraat etmiştir ama yine de şirkete karşı bir el koyma kararı çıkartılmıştır. Madde 7'nin ihlaline karara verirken Mahkeme, el koymanın cezai bir yaptırım olduğuna, dolayısıyla Madde 7'nin uygulandığına karar vermiştir. Madde 7 suçun failinin davranışında bir sorumluluk unsurunu açığa çıkaran “zihinsel bir bağlantıyı” gerektirmektedir, aksi halde ceza (el koyma) haklı değildir¹⁰¹. Daha sonraki *Varvara* davasında Mahkeme, suç zamanaşımına tâbi olmasına ve başvuru şirketinin “cezai sorumluluğu suçluluğuna dair bir karar ile belirlenmemiş” olmasına rağmen el koymaya hükmedildiğinden, Madde 7'de ortaya konan kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (yukarıda atıf yapılan, § 72). Bu Sözleşme içtihadının anlamına ve özellikle de *Varvara* kararının el koymaları ceza mahkemeleri tarafından önceden verilecek ceza hükümlerine bağlı hale getirip getirmediğine dair yerel mahkemeler önünde sorular doğmuştur. Mevcut karar, buna ve diğer meselelere açıklık getirmektedir.

⁹⁹ *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya* (kar.), no. 75909/01, 30 Ağustos 2007, ve *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*, no. 75909/01, 20 Ocak 2009.

¹⁰⁰ *Varvara v. İtalya*, no. 17475/09, 29 Ekim 2013

¹⁰¹ *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri* kararına cevap olarak, yerel mahkemeler içtihatlarını değiştirmiştir: yargılamanın zamanaşımına uğradığı durumda bir el koyma tedbirinin uygulanması için, suçun (maddi ve saik unsuru) yine de ortaya konmuş olduğunun ve yerel mahkemelerin el koymayı iyi niyetli üçüncü kişilere karşı uygulamaktan kaçınmış olduğunun gösterilmesi gerekir.

(i) El koymanın bir ceza teşkil ettiğini teyit ederek Büyük Daire, bu değerlendirme sırasında kullanılacak kriterleri tekrar dile getirmiştir: tedbirin bir kişinin bir suçtan suçlu olduğuna dair bir kararı takiben konulup konulmadığı; söz konusu tedbirin doğası ve amacı; ulusal hukuk altındaki nitelendirilmesi; ve bu tedbirin yapılması ve uygulanmasına dâhil olan prosedürler. Önemli olarak Büyük Daire'nin teyit ettiği üzere, ilk kriter birçok kriterden yalnızca biridir ve belirleyici olan değildir, ve her halde Mahkeme *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri*'ndeki kararda yer alan, el koymanın genel yasal hükümlere dayanan bir suç ile bağlantılı olduğu bulgusuna katılmıştır. Dolayısıyla Madde 7 uygulanacaktır.

(ii) Madde 7 şikâyetinin esası bakımından Büyük Daire, “davranışlarında bir sorumluluk unsuru açığa çıkararak zihinsel bir bağlantı olmadığında” başvuru üzerine bu tedbirleri dayatmaya yönelik herhangi bir karara Madde 7'nin engel olduğunu teyit etmiştir, dolayısıyla *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri*'ndeki kararda yer alan görüşü paylaşmıştır (yukarıda atıf yapılan, §§ 111-16).

Hiçbir başvuru resmî olarak hüküm giymediği durumda “zihinsel bağlantının” sağlanıp sağlanmadığı konusunda, Büyük Daire *Varvara* kararının anlamını açıklığa kavuşturmuştur (yukarıda atıf yapılan, §§ 71-71). (*Varvara*'da belirtildiği üzere) gereken cezai sorumluluk beyanı genelde sanığın resmî olarak hüküm giydiği bir ceza mahkemesi kararında yapılmakla beraber, bu zorunlu değildir. *Varvara* kararı, hukuka aykırı inşaatlar hakkında verilen el koyma tedbirlerine, ceza mahkemeleri tarafından verilen ceza hükümlerinin eşlik etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bu anlamda Madde 7, Devletlerin takdir yetkilerini kullanarak katı şekilde ceza hukuku altında sınıflandırmadıkları prosedürlerin Devletler tarafından “suç kabul edilmesini” dayatmamaktadır; Büyük Daire Madde 6'nın ilk derecede bir idari makam tarafından verilen “ceza”ya engel olmadığını belirten yerleşik içtihadında bunun için destek bulmuştur (örneğin *Öztürk v. Almanya*¹⁰² ve *Mamidakis v. Yunanistan*¹⁰³). Kısacası, “zihinsel unsur” resmî ceza hükümlerini gerektirmemiştir.

Ancak Madde 7 en azından cezalandırılanlarla (başvurucular) ilgili olarak cezai sorumluluğa dair resmî bir beyan gerektirmektedir. Başvuru şirketler karşı herhangi bir yargılama başlatılmamıştır,

¹⁰² *Öztürk v. Almanya*, 21 Şubat 1984, §§ 49 ve 56, Series A no. 73.

¹⁰³ *Mamidakis v. Yunanistan*, no. 35533/04, § 33, 11 Ocak 2007.

dolayısıyla sorumluluklarına dair böyle bir beyan olmamıştır. Büyük Daire tüzel kişilik perdesini kaldırmayı reddetmiş ve şirketlerin kişiliğinin yöneticilerininkinden ayrı olduğunu teyit etmiştir. Kanunilik ilkesi bir tarafın (başvurucu şirketlerin) bir başka tarafın (yöneticilerinin) cezai sorumluluğunu devreye sokan bir fiil nedeniyle cezalandırılmasını yasakladığından, başvuru şirketlerin mülküne el koyulması Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal etmiştir.

Bay Gironde bakımından, her ne kadar ona karşı yürütülen yargılamalar zamanaşımı nedeniyle devam etmemiş olsa da, hukuka aykırı inşaat suçunun tüm unsurları Yargıtay tarafından doğrulanmıştır. Bu bulgular esas olarak Madde 7 yönünden bir ceza hükmü teşkil ediyor olarak değerlendirilebilir, ki bu durumda Madde 7 altındaki hakları ihlal edilmemiştir. Yargıtay'ın beyanının Madde 7 altında kanunilik ilkesinin ihlaline sebebiyet vermemesi ve aynı zamanda Sözleşme Madde 6 § 2 ile güvence altına alınan masumiyet karinesi hakkını ihlal ettiğine karar verilmesi ilginçtir.

DİĞER HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı (Madde 8)

Özel hayat

*Denisov v. Ukrayna*¹⁰⁴ iş uyuşmazlıkları bağlamında özel hayat kavramı ile ilgilidir.

Başvurucu, idari görevlerini düzgün şekilde yerine getirmediği gerekçesiyle Kyiv İdare Mahkemesi Başkanı görevinden alınmıştır. Aynı mahkemede hâkim olarak kalmaya devam etmiştir. Madde 8 altında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği şikâyetinde bulunmuştur.

Bu kararın yeni olan boyutu, Madde 8'in görece yakın tarihte ve benzer bağlamda uygulanabilir bulunduğu da dikkate alınarak (*Erményi v. Macaristan*¹⁰⁵) Madde 8'in uygulanabilirliği ve özellikle de başvurusunun hâkim olarak pozisyonunu korurken Başkan olarak görevinden alınmasının “özel hayata” saygı hakkı kapsamına girip girmediği ile ilgilidir.

Birkaç nokta dikkate değerdir.

(i) Kabul edilebilirlik ve esas bakımından “özel hayat”ın kapsamını ele alan, Büyük Daire'nin haklı kılınabilir bulmadığı, aykırı bir uygulamaya dikkat çekilmiştir. Büyük Daire şu katı yaklaşımı teyit etmiştir:

“Uygulanabilirlik meselesi Mahkeme'in içtihadı için konu bakımından bir husus olduğundan, başvuruların ele alınmasıyla ilgili genel kural gözetilmeli ve bu meseleyi esas ile birleştirmek için herhangi özel bir sebep yoksa, ilgili analiz kabul edilebilirlik aşamasında yürütülmelidir.”

¹⁰⁴ *Denisov v. Ukrayna* [BD], no. 76639/11, 25 Eylül 2018. Ayrıca yukarıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Hukuk yargılamalarında adil duruşma hakkı – Uygulanabilirlik) ve Madde 8 (Özel hayat).

¹⁰⁵ *Erményi v. Macaristan*, no. 22254/14, 22 Kasım 2016.

(ii) İlgili içtihadın kapsamlı bir taramasına dayanarak Büyük Daire, iş uyuşmazlıklarının “özel hayat” kapsamına girip girmediğini değerlendirmek için kullanılacak ilkeleri belirlemiş olup şu şekilde özetlemiştir:

“115. Mahkeme yukarıdaki içtihadtan, iş ile ilgili uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında ‘özel hayat’ kapsamından tamamen hariç tutulmadığı sonucunu çıkarır. Özel hayatın bu gibi uyuşmazlıklarda işten çıkarma, çalışanı alt seviyeye indirme, bir mesleğe kabul etmeme veya diğer benzer arzu edilmeyen tedbirler ile etkilenebilecek olan bazı tipik boyutları vardır. Bu boyutlar, (i) başvurusunun ‘yakın çevresini’, (ii) başvurusunun başkalarıyla ilişki kurma ve ilişkilerini geliştirme imkânını, (iii) başvurusunun sosyal ve mesleki itibarını içerir. Bu gibi bir uyuşmazlıktan bir özel hayat meselesi doğmasının iki yolu vardır: ya şikâyet edilen tedbirin arkasındaki sebepler nedeniyle (bu durumda Mahkeme sebep temelli yaklaşımı kullanır) ya da -bazı durumlarda- özel hayat üzerindeki sonuçlar nedeniyle (bu durumda Mahkeme sonuç temelli yaklaşımı kullanır).

116. Sonuç temelli yaklaşım söz konusu ise, yukarıda bahsi geçen boyutlar açısından *ciddiyet eşiği kritik bir öneme kavuşur. Kendi davasında eşiğe ulaşıldığını ikna edici şekilde göstermek başvurusunun görevidir.* Başvurucu şikâyet edilen tedbirin sonuçlarını somutlaştıran deliller sunmalıdır. Mahkeme yalnızca *bu sonuçlar çok ciddi ise ve özel hayatını önemli derecede etkiliyorsa* Madde 8'in uygulanabilir olduğunu kabul eder.

117. Mahkeme farklı düzenleyici bağlamlarda iddia edilen ihlallerin ağırlığını veya ciddiyetini değerlendirmek için kriterler belirlemiştir. Başvurusunun ıstırabı, söz konusu tedbirden önceki ve sonraki hayatının karşılaştırılması ile değerlendirilecektir. Mahkeme ayrıca iş ile ilgili davalarda sonuçların ciddiyetini belirlerken başvuru tarafından iddia edilen subjektif algıların dava özelindeki objektif koşullar bağlamında değerlendirilmesinin uygun olacağı kanaatindedir. Bu analiz iddia edilen tedbirin hem maddi hem de maddi olmayan etkilerini kapsamak zorundadır. Ancak şikâyet edilen tedbir ile nedensel bir ilişkisi olması gereken ıstırabının niteliği ve derecesini tanımlamak ve somutlaştırmak başvurusunun görevidir. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı dikkate alındığında, bu gibi iddialar konuyla ilgilenen yerel makamlar önünde yeterli şekilde ileri sürülmüş olmalıdır.” (Vurgu eklenmiştir.)

Özetle, Mahkeme özel hayatın iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olan bu boyutlarını (yakın çevre, dış çevre, itibar) tanımlamıştır. Buna ek olarak, başvurusunun işten çıkarılmasının *sebepleri* özel hayatı ile ilgili olmadığından (ama daha ziyade kamusal alandaki davranışları ile ilgili olduğundan), bu dava bir işten çıkarmanın özel hayat üzerinde iddia edilen *sonuçları* ile ilgilidir: dolayısıyla Büyük Daire

tarafından ispat yükü ve standardı (yukarıda italik olarak belirtilen) bir işten çıkarmanın şikâyet edilen sonuçları bakımından geliştirilmiştir. Olgular bakımından Mahkeme, başvurucunun sonuçların özel hayatının ilgili üç boyutunu etkilediğini göstermediğine karar vermiştir; bu nedenle Madde 8 altındaki şikâyeti konu bakımından kabul edilemezdir.

(iii) Başvurucunun “mesleki ve sosyal itibarı” hakkındaki gerekçelendirme ilginçtir, buradaki temel soru, görevinden alınmasının itibarını “onun toplumla olan etkileşimi üzerinde ciddi bir etki doğurarak başkaları nezdinde saygısını ciddi biçimde etkileyecek” kadar zedeleyip zedelediğidir. Başkan olarak görevinden alınması onun “mesleki itibarı”nın özünü etkilemiş olarak değerlendirilemez: hâkim olarak pozisyonunu korumuştur; yalnızca yöneticilik becerilerinin eksikliği temelinde Başkan olarak görevinden alınmıştır (*Oleksandr Volkov v. Ukrayna*¹⁰⁶ başvurucunun eleştirisi ile karşılaştırınız) ve hukuki kariyerinin en tepesinde olsa da, kaybettiği bu saygının nasıl “mesleki çevresinde ciddi önyargılara yol açtığı”ni (özellikle de hâkim olarak gelecekteki kariyerinde) belirtmemiştir. “Sosyal itibarı” bakımından, yukarıda belirtilen nedenle görevden alınmasının onun kişiliği ve karakterinin daha geniş ahlaki/etik boyutları ile ilgili olmaması önemlidir (karşılaştırınız *Lekavičienė v. Litvanya*¹⁰⁷, ve *Jankauskas v. Litvanya (no. 2)*¹⁰⁸).

*Anchev v. Bulgaristan*¹⁰⁹, komünist rejim sırasında eski istihbarat teşkilatlarıyla olan bağlantıları nedeniyle bireylerin ifşa edilmesi ile ilgilidir.

Başvurucu post-komünist Bulgaristan’da birtakım hükümet pozisyonları ve diğer önemli pozisyonlarda görev yapmıştır, ki bu onu 2006 tarihli Belgelere erişim ve belgelerin ortaya çıkartılması ve Bulgaristan vatandaşlarının Devlet Güvenlik’in ve Bulgaristan Halk Ordusu’nun istihbarat teşkilatı ile olan bağlantılarının ifşa edilmesi hakkındaki Kanun’a tâbi hale getirmiştir. Bu Kanun uyarınca kanunun uygulanması için görevlendirilen bağımsız bir Komisyon,

¹⁰⁶ *Oleksandr Volkov v. Ukrayna*, no. 21722/11, AİHS 2013.

¹⁰⁷ *Lekavičienė v. Litvanya*, no. 48427/09, 27 Haziran 2017.

¹⁰⁸ *Jankauskas v. Litvanya (no. 2)*, no. 50446/09, 27 Haziran 2017.

¹⁰⁹ *Anchev v. Bulgaristan* (kar.), no. 38334/08 ve 68242/16, 5 Aralık 2017, 11 Ocak 2018’te kamuya açıklanmıştır.

başvurucunun eski komünist rejim altında Devlet Güvenlik tarafından yönetilen güvenlik teşkilatı ile olan muhtemel bağlantılarına dair bir dizi soruşturma yürütmüştür. Komisyon başvurucu ile ilgili üç ayrı karar almıştır, her seferinde 1989'da komünist rejimin çökmesinden kısa bir süre sonra kayıtların kısmen ve gizli şekilde yok edilmesinden kurtulan Devlet Güvenlik kayıtlarında başvurucu hakkında bulunan bilgilere dayanarak başvurucunun ifşa edilmesine hükmetmiştir. İfşa, Komisyon'un bulgularının yayımlanmasını içermiştir. Kanun, yaptırım veya oy hakkının elinden alınması veya resmi makama gelmekten veya kamusal veya özel mesleki faaliyetlerde bulunmaktan men edilmesi gibi herhangi bir hukuki ehliyetsizlik doğurmamıştır. Başvurucu, onu ifşa etmek için kullanılan materyalin onun işbirlikçi olmuş olduğunu açıkça ispat etmediğini iddia ederek iki defa Komisyon'un kararlarının hukukiliğine itiraz etmiştir. Yerel mahkemeler nihayetinde Komisyon'un başvurucunun gerçekten de işbirliği yaptığı veya işbirlikçi olmaya rıza göstermiş olduğunu kontrol etmek zorunda olmadığına, zira Devlet Güvenlik çalışmalarına katıldığıyla ilgili Devlet Güvenlik kayıtlarını bulduğuna hükmetmiştir. Bu durum tek başına ifşaya neden olmak için yeterlidir.

Başvurucu Mahkeme önünde, ifşa kararlarının Sözleşme Madde 8 altındaki özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu özellikle ifşa planının eski istihbarat teşkilatının kurtulan kayıtlarında işbirlikçi olarak geçen her bir kişi ile ilgili mevcut delillerin güvenilirliğinin veya o kişinin tam rolünün bireysel incelemesini sağlamadığını, onun yerine bu durumdaki herkesin ifşa edilmesini zorunlu kıldığını ileri sürmüştür.

Mahkeme şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olduğu için kabul edilemez bulmuştur. Kabul edilemezlik kararı müdahalenin gerekliliğini ele alışı, ve özellikle de Mahkeme'nin ifşa planını benzer bağlamdaki başka Devletler tarafından benimsenen temizleme (*lustration*) yaklaşımı ile karşılaştırma biçimi bakımından ilgi çekicidir.

Mahkeme, esas meselenin 2006 Kanunu altında ifşa planını benimseyerek makamların takdir yetkileri içinde hareket edip etmediklerinin belirlenmesi olduğunu gözlemlemiştir. Bu noktada Mahkeme, demokratik olmayan rejimlerden çıkan Âkit Devletlerin bu rejimlerin mirası ile nasıl başa çıkacaklarını seçme konusunda geniş bir takdir yetkileri olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'nin analizinin bu kısmı, yeni demokrasilerin geçmişlerini ele almak üzere

benimsedikleri yaklaşımların çeşitliliğini gösteren, Mahkeme'nin bu alandaki önceki içtihadının kapsamlı bir taraması için dikkate değerdir.

Mahkeme Bulgaristan Parlamentosu'nun, birçok tartışma ve partilerarası destekten sonra nihayetinde bir temizleme kanununu yürürlüğe koymak yerine bireylerin eski güvenlik teşkilatı ile bağlantılarını ifşa eden bir sistemi yasalaştırdığını gözlemlemiştir. 2006 Kanunu, ilgili içtihat ilkelerini göz önünde bulunduran dikkatli bir incelemeden sonra Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunmuştur, ki bu yalnızca Bulgaristan'ın 2006 Kanununun temelindeki politikayı belirlerken sahip olduğu geniş takdir yetkisini güçlendirmeye yarayan bir faktördür.

Mahkeme, Bulgaristan'ın takdir yetkisini aşmadığını teyit eden birtakım değerlendirmelere ağırlık vermiştir, örneğin: ifşa yaptırımlara veya hukuki ehliyetsizliklere neden olmamıştır (karşılaştırınız *Sidabras ve Džiautas v. Litvanya*¹¹⁰) ve ifşa edilen kişilerin bu nedenle mesleki veya özel hayatlarında önyargıya uğradıkları kesin değildir –hatta başvuru iş dünyasında ve kamusal hayatta aktif olmaya devam etmiştir; Kanun yalnızca komünist rejimin çöküşünden bu yana kamusal veya özel sektörde önemli görevler üstlenen kişilere yöneltilmiştir (karşılaştırınız *Sõro v. Estonya*¹¹¹); ifşa süreci, ilgili bireyin Komisyon'un dayandığı kayıtlara erişim hakkı veya Komisyon'un onu ifşa etme kararının yargısal denetimine başvurma hakkı gibi keyfiliği veya kötüye kullanımı önlemeye yönelik birtakım güvencelerle birlikte yürütülmüştür.

Başvurucunun bireysel durumların değerlendirilmesinin eksikliği ile ilgili şikâyetine dönerek Mahkeme, eski güvenlik teşkilatının tüm dosyaları kurtulmuş olsaydı, bu dosyalarda adı geçen her bireyin tam rolünün değerlendirilmesinin mümkün olabileceğini gözlemlemiştir. Bu dosyaların birçoğu gizlice yok edildiğinden, Bulgaristan yasama organı, kişinin işbirliği yaptığına dair başka belgeler olmasa dahi kurtulmuş kayıtların herhangi birinde yer alan herhangi bir kişinin ifşa edilmesini sağlamayı seçmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bu çözümü denetlerken, aksi halde dosyaları kurtulmuş olan işbirlikçilere daha haksız şekilde muamele edileceğini ifade ettiğini belirtmiştir.

¹¹⁰ *Sidabras ve Džiautas v. Litvanya*, no. 55480/00 ve 59330/00, AIHS 2004-VIII.

¹¹¹ *Sõro v. Estonya*, no. 22588/08, 3 Eylül 2015.

Eski güvenlik teşkilatının dosyalarının büyük bir kısmının yok edildiği koşullar nedeniyle, bu durum Bulgaristan tarafından kabul edilen yasama planı için önemli bir neden olarak görülmelidir.

*Hadzhieva v. Bulgaristan*¹¹² ebeveynlerinin tutuklanması ve on üç gün süreyle tutulmasının ardından kendi haline bırakıldığı iddia edilen küçük başvuru ile ilgilidir.

Başvuruca başvuruya sebep olan olayların olduğu tarihte 14 yaşındadır. 4 Aralık 2002'de polis memurları Türkmenistan tarafından haklarında çıkartılan iade talebini icra etmek üzere ebeveynlerini gözaltına almak için geldiklerinde evde tek başınadır. Ebeveynleri bu sırada dışarıdadır. Döndüklerinde gözaltına alınıp tutuklanmışlardır. Başvuruca dairede tek başına kalmıştır. Kefaletle serbest bırakılmalarından sonra 17 Aralık 2002'de ebeveynleri ile tekrar buluşmuştur. Başvuruca, iddia edildiği üzere ebeveynlerinin tutukluluğu süresince makamların onun için destek ve bakım organize etmemesi nedeniyle yaşadığı stres ve ıstıraba karşılık sunduğu tazminat talebinde başarısız olmuştur. İstinaf mahkemesi, başvuruca ebeveynlerinin tutuklanmaları sonrasında tek başına bırakılmış olsa bile, annesinin tutuklanmasından iki gün sonra 6 Aralık 2002'deki bir duruşmada başvuruca ile ilgilenecek biri olduğunu söylemesi de dikkate alındığında, bu durumun sorumluluğunun polise, savcılık makamına veya mahkemeye yüklenemeyeceğine karar vermiştir.

Sözleşme yargılamalarında başvuruca, davanın koşullarının Madde 8'in ihlalini ortaya koyduğunu iddia etmiştir. Asıl mesele, başvuruca'nın psikolojik bütünlüğüne saygı hakkının korunmasını güvenceye almak için davalı Devletin bu Madde altındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin belirlenmesidir. İlginç şekilde, Mahkeme başvuruca'ya katılmıştır, ama yalnızca ebeveynlerinin tutuklanması ve 6 Aralık 2002'deki duruşma arasında kalan, kayda göre bu sırada başvuruca'nın annesinin başvuruca'yla ilgilenildiğini teyit ettiği, iki günlük dönem bakımından. Geri kalan dönem açısından Madde 8'in ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

İki günlük dönem bakımından, Mahkeme ulusal hukukta makamların ya başvuruca'nın ebeveynlerini gözaltına aldıkları sırada başvuruca'nın bakımını ayarlayacakları bir duruma getirmeye

¹¹² *Hadzhieva v. Bulgaristan*, no. 45285/12, 1 Şubat 2018.

ya da başvurucunun durumunu re'sen araştırmaya yönelik bir sorumluluğu olduğunu not etmiştir. Makamlar ebeveynlerinin yokluğunda başvurucunun bakımı ile ilgili koşulları belirlediklerinde, eğer gerekli gözükiyorsa, başvurucuya ya kendi evinde ya da koruyucu bir ailede veya özelleşmiş bir kurumda ihtiyacı olduğu ölçüde yardım, destek ve hizmet sağlama yükümlülükleri vardır. Makamlar ebeveyn bakımından yoksun kalan bir küçük olan başvurucunun ebeveynlerinin yokluğunda korunduğunu ve onunla ilgilenildiğini temin etmek için harekete geçmelerini gerektiren Madde 8 altındaki pozitif yükümlülüklerine uymamıştır.

Duruşma tarihi ve ebeveynlerin tahliye edilmesi arasındaki dönem bakımından Mahkeme, diğer şeylerin yanı sıra, kızıyla ilgilenen biri olduğunu mahkemede söylerken kayıt altına alınmasına ek olarak, başvurucunun annesi hiçbir noktada - duruşmadan önce veya sonra, tutuklama tarihinde veya daha sonra cezaevinden- tutulması sırasında başvurucunun bakımı meselesini hiçbir makam önünde ileri sürmemiş olduğuna dikkat etmiştir. Anne ile aynı anda ve onunla birlikte tutuklanan baba da kızının tek başına kaldığıyla veya onun yokluğunda kızının bakımı hakkında endişeleri olduğuyula ilgili herhangi bir makamı herhangi bir noktada uyarlamıştır. Mahkeme'nin başvurucunun ebeveynlerinin eğitimli, profesyonel kişiler olduğuna ve her aşamada yasal temsilcileri olduğuna ağırlık vermesi dikkate değerdir. Bu şartlar altında, Mahkeme 6 Aralık 2002'deki duruşmadan sonra yetkili makamların başvurucunun tek başına kaldığı ve ebeveynlerinin yokluğunda onunla ilgilenilmediğini varsaymak, veya bundan şüphe duymak için hiçbir nedeni olmadığı kanısına varmıştır. Bu durumda, makamların başvurucunun refahının risk altında olmadığını temin etmek için re'sen harekete geçmemiş olması Madde 8 altındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlalini teşkil etmemiştir.

Başvuru, şikâyetin kaynaklandığı bağlamın yeniliği nedeniyle ve iddia edilen olgular yönünden, Mahkeme'nin Devletlerin Sözleşme Madde 8 altındaki yükümlülüklerinin kapsamına dair analizi nedeniyle ilginçtir.

*Libert v. Fransa*¹¹³ bir kamu sektörü iş vereninin, başvuru çalışanın iş bilgisayarının hard diskinde depolanan ve “kişisel” olarak işaretlenmiş olan dosyalarını açması hakkındadır.

Başvuru, Fransız Devlet demiryolu şirketi SNCF tarafından iş alınmıştır. Bir iç soruşturmanın sonuçları beklenirken görevi askıya alınmıştır. Başvurucunun yokluğunda işvereni ofis bilgisayarının hard diskinin içeriğini analiz etmiştir. Diğer şeylerin yanı sıra ciddi sayıda pornografik resim ve film içeren dosyalar bulunmuştur. Başvuru işten çıkartılmıştır. Ulusal yargılamalar sırasında işverenin, başvuru için “kişisel veri” içerdiğini açıkça belirttiği hard diskte depolanan, “kısıtlılar” olarak işaretlenmiş bir dosyayı başvuru yokluğunda açarak onun özel hayata saygı hakkını ihlal etmiş olduğu şikâyetinde bulunmuştur. Yerel mahkemeler, başvuru için hard disk için yaptığı tanınım ve dosyaya verdiği ismin içeriğin özel olduğunu belirtmek için yeterli olduğu, dolayısıyla dosyaya işvereni tarafından erişilebilmesi için başvuru orada bulunmasını gerektirdiği konusunda ikna olmayarak bu argümanı reddetmiştir. Yerel mahkemeler ayrıca Yargıtay'ın daha önceki içtihadıyla aynı doğrultuda, bir çalışanın ofis bilgisayarındaki hard diskin tamamını “kişisel” olarak belirleyemeyeceğini zira hard diskin varsayılan olarak mesleki kullanım için olduğu ve çalışan, içeriğin özel olduğunu açıkça belirtmediği takdirde hard diskte depolanan dosyaların mesleki faaliyetlerle ilgili olduğunun varsayıldığı gözlemlemiştir (dayanılan emsal Yargıtay kararı bu açıdan “kişisel” olandan bahsetmiştir).

Başvuru Sözleşme yargılamalarında davasının koşullarının özel hayata saygı hakkına haklı olmayan bir müdahale ortaya koyduğunu iddia etmiştir. Mahkeme Madde 8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu karar, işyerinde gözetleme hakkında gelişen içtihadı bir katkı niteliğinde olması açısından ilginçtir (bakınız bununla bağlantılı olarak, telefon ve İnternet kullanımının izlenmesi bakımından: *Bărbulescu v. Romanya*¹¹⁴; *Halford v. Birleşik Krallık*¹¹⁵; *Copland v. Birleşik Krallık*¹¹⁶; ve kamera ile izleme bakımından: *Köpke v.*

¹¹³ *Libert v. Fransa*, no. 588/13, 22 Şubat 2018.

¹¹⁴ *Bărbulescu v. Romanya* [BD], no. 61496/08, 5 Eylül 2017 (alıntılar).

¹¹⁵ *Halford v. Birleşik Krallık*, 25 Haziran 1997, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1997-III.

¹¹⁶ *Copland v. Birleşik Krallık*, no. 62617/00, AİHS 2007-I.

*Almanya*¹¹⁷; *Antović ve Mirković v. Karadağ*¹¹⁸; ve *López Ribalda ve Diğerleri v. İspanya*¹¹⁹).

Şu noktaların altı çizilebilir.

İlk olarak Mahkeme, ofis bilgisayarında depolanan, açıkça özel olarak işaretlenmiş olan bilginin bazı durumlarda “özel hayat” kavramı altına girebileceğini, dolayısıyla Madde 8’in uygulanabileceğini teyit etmiştir. Bununla bağlantılı olarak, uygulanan kurallara uymalarına bağlı olacak şekilde, SNCF’in çalışanlarının ofis bilgisayarlarını özel amaçlarla kullanmalarına kimi zaman izin verildiğine de dikkat etmiştir.

İkinci olarak, (yukarıda atıf yapılan) *Bărbulescu*’dan farklı olarak, örneğin Mahkeme başvuruçunun şikâyetini, başvuruçunun Madde 8 hakkına Devlet tarafından yapıldığı iddia edilen bir müdahale açısından incelemiştir. SNCF, özel hukuk kuruluşu niteliğinde bazı özellikler ortaya koysa bile, bir kamu hukuku kuruluşudur. *Bărbulescu*’da başvuruçunun hakkına müdahalenin kaynağı özel bir işverendir, ki bu Mahkeme’nin başvuruçunun şikâyetini Devletin başvuruçunun özel hayata saygı hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü perspektifinden incelemesi gerektiği anlamına gelmiştir.

Üçüncü olarak, Mahkeme o tarihte Yargıtay’ın yerleşik içtihadının, bir çalışan tarafından ofis bilgisayarında oluşturulan herhangi bir veri dosyasının, çalışan bu gibi dosyaları açıkça ve tam olarak “kişisel” olarak belirlemediği sürece profesyonel nitelikte olduğunu varsaydığını kabul etmiştir. Eğer çalışan böyle yapmışsa, işvereni tarafından dosyalara yalnızca çalışanın huzurunda veya çalışanın orada bulunması için gereğince davet edilmesinden sonra erişilebilecektir. Mevcut davadaki müdahale dolayısıyla keyfiligi önlemek için yeterli güvencelerin olduğu bir yasal temele sahiptir. Mahkeme müdahalenin orantılılığını incelerken bu hususa geri dönmüştür.

Dördüncü olarak, Mahkeme *Bărbulescu*’daki (§ 127) meşru amaç gerekliliğini ele alışıma atıf yaparak, bir işverenin şirketin sorunsuz çalışmasını temin etmeye yönelik bir meşru menfaati olduğunu ve bunun, çalışanların mesleki görevlerini yeterli şekilde ve gerekli

¹¹⁷ *Köpke v. Almanya* (kar.), no. 420/07, 5 Ekim 2010.

¹¹⁸ *Antović ve Mirković v. Karadağ*, no. 70838/13, 28 Kasım 2017.

¹¹⁹ *López Ribalda ve Diğerleri v. İspanya*, no. 1874/13 ve 8567/13, 9 Ocak 2018 (kesinleşmedi).

özenle yerine getirdiklerini kontrol etmek üzere mekanizmalar kurarak yapılabileceğini kabul etmiştir.

Son olarak Mahkeme, yerel mahkemelerin müdahale için ilgili ve yeterli sebepler ortaya koyduğu (yukarıya bakınız) ve bir çalışanın açıkça özel olarak işaretlenmiş olan bilgilerine işverenin keyfi erişimini önlemek için güvenceler konulduğu (bununla bağlantılı olarak örneğin bakınız Mahkeme'nin *Bărbulescu*'daki kararı) konusunda tatmin olmuştur. Yargıtay'ın önceki bir kararının, - başvuru tarafından kullanılan- bir hard diskin veya dosyanın "kişisel" olarak belirlenmesinin, içeriğin özel niteliğini ifade etmek için yeterli olduğunu kabul eder gözükmemesini Mahkeme'nin sorunu bulmaması ilginçtir. Mahkeme için önemli olan, işverenin bilgisayar sisteminin kullanımını düzenleyen Şart'ın özel bilgilerin açıkça "özel" olarak işaretlenmesi gerektiğinin altını çizmiş olmasıdır.

*M.L. ve W.W. v. Almanya*¹²⁰ başvurucların, medya kuruluşlarını başvurucların ceza davalarını ve hükümlerini ilgilendiren çevrimiçi arşiv materyalini anonimize etmeye mecbur kılma talebinin reddi ile ilgilidir.

Başvuruclar çok tanınan bir aktörün öldürülmesinden hüküm giymiştir. Davaları o dönemde medyanın büyük ölçüde ilgisini çekmiştir. Başvuruclar cezalarını çekerken ceza yargılamalarının tekrar başlatılması için birçok sefer başarısız şekilde denemede bulunmuştur. Tahliye edilmelerinden sonra –sosyal reintegrasyonları ile bağlantılı sebeplerle– davaları hakkında haber yapmış olan birkaç medya kuruluşundan çevrimiçi arşivlerinde onlar hakkında tuttıkları kişisel bilgileri anonimize etmeleri talebinde bulunmuşlardır. Sonuçta Federal Adalet Divanı medya kuruluşlarının başvurucların taleplerine uymayı reddetmesine karşı başvurucların yaptığı itirazları reddetmiştir.

Sözleşme yargılamalarında başvuruclar bu kararın Madde 8 ile güvence altına alınmış olan özel hayata saygı haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme buna katılmamıştır.

Bu, Mahkeme'den bir yerel mahkemenin, kişisel verilerinin korunması hakkı yönünden bir bireyin mahremiyet hakları ile Madde 10 altında bir medya kuruluşunun bu birey hakkında halihazırda

¹²⁰ *M.L. ve W.W. v. Almanya*, no. 60798/10 ve 65599/10, 28 Haziran 2018.

yayımlamış olduğu bilginin tarihi kaydını çevrimiçi olarak kamuya sunma hakkı arasında doğru dengeyi kurup kurmadığını belirlemesinin istendiği ilk davadır.

İlk olarak Mahkeme, kişisel verilerin korunmasının bir kişinin özel hayata saygı hakkından faydalanması için temel öneme sahip olduğunun tekrar altını çizmiştir (*Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya*¹²¹).

İkinci olarak Madde 10'a dönerek, İnternetin kamunun haberlere erişimini iyileştiren ve genel olarak bilginin yayılmasını kolaylaştıran önemli bir rol oynadığını tekrar ifade etmiştir. İnternet arşivlerinin sürdürülmesi bu rolün kritik bir boyutudur ve bu gibi arşivler Madde 10 tarafından sağlanan koruma kapsamındadır. Basın arşivleri bakımından daha önceki içtihadıyla aynı doğrultuda, özellikle *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık (no. 1 ve 2)*¹²² (§§ 27 ve 45), şunu gözlemlemiştir

“... demokraside basının birincil işlevi ‘kamusal bekçi köpeği’ olarak hareket etmek olsa da, daha önce yaptığı haberleri içeren arşivlerini sürdürmeye ve kamuya sunmaya yönelik değerli bir ikincil rolü de vardır. ...”

İlginç şekilde, Mahkeme mevcut davanın koşullarını - başvurucuların anonimlik talebi dava sırasında haklarında bilgi yayımlayan ve sonra bunları elektronik olarak depolayan medya kuruluşlarına yönetilmiştir-, İnternette yayımlanan ve arama motorları yoluyla üçüncü kişiler tarafından erişilebilen ve elde edilebilen ve profillemeye amacıyla kullanılan kişisel bilgileri ile ilgili olarak bireylerin veri koruma haklarını kullandıkları davalardan ayırırken dikkatli davranmıştır. Mahkeme, bağlama bağlı olarak, yarışan Madde 8 ve Madde 10 hakları arasındaki dengeleme faaliyetinin bir kimsenin kişisel verisinin anonimleştirilmesi veya silinmesi hakkının ileri sürülmesinde farklı sonuçlar doğurabileceğini gözlemlemiştir.

Federal Adalet Divanı'nın başvurucuların davasında söz konusu yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadığı konusunda, bu davada Mahkeme'nin daha önceki içtihadında ifade ettiği tüketici olmayan değerlendirmeler listesini, bu değerlendirmelerden bazısının diğerlerine kıyasla daha az ilgili olabileceğini dikkate alarak, göz önüne alabileceğini düşünmesi

¹²¹ *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy v. Finlandiya* [BD], no. 931/13, §§ 136-37, 27 Haziran 2017.

¹²² *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (no. 1 ve 2), no. 3002/03 ve 23676/03, AİHS 2009.

ilginçtir (yukarıda atıf yapılan, *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy*, § 165, ve burada atıf yapılan içtihat). Bu değerlendirmelerin şunlar olduğu hatırlatılacaktır: kamuyu ilgilendiren bir tartışmaya katkı; etkilenen kişinin tanınırlık derecesi; haberin konusu; ilgili kişinin daha önceki davranışları; ve yayının içeriği, biçimi ve sonuçları.

Bu kriterleri başvuruçunun davasındaki olgulara uygulayarak ve yerel mahkemelerin bu faaliyeti yürütürken sahip olduğu geniş takdir yetkisini göz önünde tutarak Mahkeme, Federal Adalet Divanı'nın başvuruçunun taleplerini reddetmesinin Madde 8 haklarının korunmamasını teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Diğer hususların yanı sıra Mahkeme başvuruçular hakkındaki ilk haberlerin hukuka uygun niteliğini, bu bilginin erişilebilirliğini koruma ve temin etmenin önemini ve başvuruçuların medya karşısındaki davranışlarını dikkate almıştır.

Özel hayat ve aile hayatı

*Lozovyye v. Rusya*¹²³ makamların ebeveynleri oğullarının ölümünden haberdar etmemesi ile ilgilidir.

2005 yılında başvuruçuların oğulları öldürülmüştür. Ölümü başvuruçulara bildirilmeden oğulları gömülmüştür. Ceza yargılamasına mağdur olarak katılmalarını sağlamak üzere aile üyelerinin izini sürmek için yetkili savcılık bürosundan bir soruşturmacı tarafından -amacına ulaşamayan- bazı tedbirler alınmıştır. Neticede oğullarının ölümünü öğrenmeleriyle, başvuruçuların oğullarının naaşını mezardan çıkarmalarına izin verilmiştir. Akabinde memleketlerinde aile arasında bir cenaze düzenlenmiştir. Başvuruçuların açtığı tazminat davası başarısız olmuştur.

Sözleşme yargılamalarında başvuruçular, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme başvuruçuları haklı bulmuştur.

Karar, Mahkeme, Devletin yakın bir aile üyesinin ölümü hakkında yakın akrabaların bilgilendirilmesi yükümlülüğünü yerine

¹²³ *Lozovyye v. Rusya*, no. 4587/09, 24 Nisan 2018.

getirmediğinin iddia edildiği hallerde Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamını ilk kez ele aldığı için ilginçtir. Bu, Devletin Madde 8 ile güvence altına alınan değerlerin, mevcut davada özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerini ilgilendiren bir meseledir.

Mahkeme pozitif yükümlülüğü şu ifadelerle dile getirmiştir (paragraf 38):

“Mahkeme ... mevcut davadaki gibi durumlarda, Devlet makamlarının ölümden haberdar olduğu, ama başka aile üyelerinin haberdar olmadığı hallerde, ilgili makamların hayatta olan aile üyelerinin bilgilendirilmesini temin etmek için en azından makul adımlar atmaya yönelik bir yükümlülüğü olduğu görüşündedir.”

İlginç şekilde, bu konudaki ulusal hukuk ve uygulamanın açıklıktan yoksun olduğuna, ama bunun tek başına Madde 8'in ihlal edildiğini tespit etmek için yeterli olmadığına karar vermiştir. Esas mesele makamların tepkisinin yeterliliğidir. Mahkeme kendisini davanın koşullarıyla sınırlamıştır. Bu alandaki yükümlülüğünün kapsamı tabii ki olgulara bağlı olarak değişecektir: örneğin ölmüş kişiyi teşhis etmenin imkânsız oluşu yükümlülüğün yoğunluğu üzerinde şüphesiz bir etkiye sahip olacaktır. Burada başvuruçuların oğlunun kimliği makamlar tarafından bilinmektedir ve ölen kişinin ebeveynlerinin başvuruçular olduğunu tespit etmek (örneğin gelen veya giden arama kayıtları kullanılarak), yerlerini belirlemek ve oğullarının ölümünü onlara bildirmek için makamların başvurabilecekleri çeşitli seçenekleri vardır. Pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için makul ve pratik her türlü çabayı sarf ettikleri sonucuna varılamamıştır. Önemli şekilde, ceza yargılamalarında davanın görüldüğü mahkeme, yakın akrabaların yerlerini tespit etmekle görevli olan soruşturmacıyı, elinde olan bilgi göz önüne alındığında bununla bağlantılı olarak yeterli adım atmadığı için eleştirmiştir.

*Solska ve Rybicka v. Polonya*¹²⁴ bir ceza soruşturması bağlamında ölen kişilerin naaşlarının ailelerin rızası olmadan mezarlarından çıkarılması ile ilgilidir.

Polonya Cumhurbaşkanı ve birçok üst düzey görevli dâhil uçaktaki doksan altı kişinin tamamının ölümüyle sonuçlanan, Polonya Hava Kuvvetleri'ne ait uçağın Nisan 2010'da Smolensk'te düşmesi

¹²⁴ *Solska ve Rybicka v. Polonya*, no. 30491/17 ve 31083/17, 20 Eylül 2018.

hakkında devam eden soruşturmanın parçası olarak, Devlet Savcılık Bürosu 2016'da seksen üç naaşın mezarından çıkartılmasına hükmetmiştir. Buradaki amaç, diğer şeylerin yanı sıra ölüm sebebini belirlemek ve uçakta gerçekleştiği iddia edilen patlamaya dair hipotezi doğrulamak için otopsi yapmaktır. Başvurucuların kocaları kazada ölmüştür. Naaşların mezardan çıkartılmasına karşı çıkmışlardır ama fayda etmemiştir. Karara karşı herhangi bir bağımsız denetim veya itiraz imkânı yoktur.

Başvurucular Sözleşme yargılamalarında Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği şikâyetinde bulunmuştur. Mahkeme buna katılmıştır.

Bu, aile üyelerinin merhum bir akrabanın naaşının ceza soruşturması için mezardan çıkartılmasına karşı çıktığı bir duruma Madde 8'in uygulanabilirliğinin Mahkeme tarafından ele alındığı ilk davadır. Başvurucuların hem aile hayatı hem de özel hayat başlıkları altında Madde 8'in korumasını ileri sürebileceklerine hükmetmiştir. Mahkeme, merhum bir akrabanın naaşına nasıl muamele edildiği ile ilgili meselelerde olduğu gibi, gömülmeye katılma ve bir akrabanın mezarını ziyaret etme imkânına dair meselelerin de Madde 8 altında aile hayatına veya özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul edildiğini gösteren, ilgili konulardaki içtihadından faydalanabilmiştir (bakınız en güncel olarak Mahkeme'nin, gömülmesinden önce oğullarının ölümü hakkında başvurucuların Devlet tarafından bilgilendirilmemesi nedeniyle başvurucuların özel hayata ve aile hayatına saygı haklarının etkilendiğine hükmettiği *Lozovyye v. Rusya*¹²⁵).

Mahkeme'nin, başvurucuların Madde 8 haklarına müdahaleye dair analizini, davalı Devletin Madde 2 altında uçak kazasının nedenine ve ondan kaynaklanan yaşam kaybına dair etkili bir soruşturma yürütmeye yönelik usuli yükümlülüğü çerçevesinde ele alması dikkate değerdir.

Yerleşik içtihadı ışığında Sözleşme'yle uyumlu bir soruşturmanın kapsamını tanımlarken (bakınız *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık*¹²⁶ ve burada atıf yapılan davalar) Mahkeme, uygun olduğu takdirde, makamların ölen kişinin vücuduna otopsi yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir (ibid., § 233). Önemli şekilde, etkili bir soruşturmanın,

¹²⁵ *Lozovyye v. Rusya*, no. 4587/09, § 34, 24 Nisan 2018.

¹²⁶ *Armani Da Silva v. Birleşik Krallık* [BD], no. 5878/08, §§ 232-39, 30 Mart 2016.

kimi durumlarda, bir bedenden kalanların mezardan çıkartılmasını gerektirebileceğini (bakınız, *mutatis mutandis*, *Tagayeva ve Diğerleri v. Rusya*¹²⁷) ve ailenin buna karşı çıkmasına rağmen, mezardan çıkartılmanın haklı olduğu durumlar olabileceğini gözlemlemiştir.

Aynı zamanda Mahkeme etkili bir soruşturmanın gereklilikleri ile durumdan etkilenebilecek olan özel hayat ve aile hayatı menfaatleri arasında uygun bir denge olması gerektiğini vurgulamıştır. Mevcut davada soruşturma “Devletin bütün işleyişini etkilemiş, eşi görülmemiş ağırlıkta bir olay” hakkındadır. Buna karşılık, “soruşturmanın etkililiğine dair gerekliliklerin [başvurucuların] özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkı ile mümkün olan en üst mertebede bağdaştırılması gerekmektedir”.

Mahkeme ulusal hukukun başvuruçuların davasında menfaatlerin herhangi bir tartımının yapılmadığını tespit etmiştir. Savcının kararını verirken soruşturmanın amaçlarına daha az kısıtlayıcı tedbirlerle ulaşıp ulaşılamayacağını değerlendirmesi gerekmemiştir, ne de şikâyet edilen tedbirlerin başvuruçuların özel ve aile hayatı üzerindeki muhtemel etkilerini değerlendirmesi gerekmiştir. Dahası, savcının kararına karşı bir ceza mahkemesi önünde itiraz veya bağımsız bir makam önünde uygun başka herhangi bir inceleme yolu açık değildir. Özetle, Polonya hukuku naaşı mezardan çıkarmaya hükmeden savcılık kararı bakımından keyfiliğe karşı yeterli güvence sağlamamıştır. Dolayısıyla başvuruçular hakları olan asgari koruma düzeyinden mahrum kalmıştır. Bu nedenle müdahale “hukuka uygun” değildir ve Mahkeme böylelikle Madde 8 § 2’nin diğer gerekliliklerine uygunluğu gözden geçirmek zorunda kalmamıştır.

Özel hayat ve aile hayatı ve konut

*National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri v. Fransa*¹²⁸ doping karşıtı tedbirlerin erkek ve kadın sporcuların hakları üzerindeki etkisi ile ilgilidir.

¹²⁷ *Tagayeva ve Diğerleri v. Rusya*, no. 26562/07 ve 6 başvuruçuda, § 509, 13 Nisan 2017.

¹²⁸ *National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri v. Fransa*, no. 48151/11 ve 77769/13, 18 Ocak 2018.

Başvurular spor dernekleri temsilcileri ve önde gelen erkek sporcular ve bir kadın sporcu tarafından yapılmıştır. Başvurucular ulusal hukuktaki “yer bilgisi” tedbirlerinin özel hayat ve aile hayatına saygı hakları üzerindeki (ayrıca serbest dolaşım özgürlüğü hakları üzerindeki) etkisine itiraz etmiştir. Başvurucular, doping kontrolleri için oluşturulan yıllık test havuzuna seçilenler üzerine yüklenen tedbirlerin, özellikle -yarışmada veya antrenmanda veya spor faaliyetleriyle ilgisiz yerlerde oldukları zamanlar da dâhil- gündelik olarak buldukları yerler hakkında üç aylık dönem boyunca detaylı, doğru ve her zaman güncel bilgi sağlama yükümlülüğünün müdahaleci doğasını eleştirmiştir. Onlar için bilhassa endişe verici olan, haftanın her günü sabah 6 ve akşam 9 arasında belirtilen yerde önceden duyurulmamış bir test için hazır bulunacakları 1 saatlik bir dilim belirtme zorunluluğudur. Bu rejimin hem günlük hayatlarının ve aile hayatlarının yönetilmesi ve planlanması üzerindeki hem de ilaç testlerinin konutlarında yapılabilmesi nedeniyle konuta saygı hakkı üzerindeki olumsuz yansımalarına da işaret etmişlerdir.

Başvurular hem spor dernekleri bakımından hem de çok sayıda bireysel başvurunun şikâyet edilen kısıtlamalardan doğrudan ve bireysel olarak etkilendiklerini gösterememeleri nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.

Bu karar kalan başvuru bakımından, Sözleşme hukukunun spor alanına uygulanmasını Mahkeme'nin detaylı şekilde incelediği ilk dava olması nedeniyle dikkate değerdir. Mahkeme'nin bu dava ile ileri sürülen meseleleri [Unesco'nun Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşmesi](#) (19 Ekim 2005, “Unesco Sözleşmesi”), (bağlayıcı olmayan) [Dünya Doping Mücadele Yasası](#) (2009 versiyonu) ve [Avrupa Konseyi'nin Doping Mücadele Sözleşmesi](#) (16 Kasım 1989) gibi enstrümanlarla vücut bulmuş uluslararası hukuk ve Avrupa hukuku standartlarının bakış açısından da ele alması ayrıca ilginçtir. Dünya Doping Mücadele Yasası'nı hazırlayan Dünya Doping Mücadele Ajansı'nın yargılamalara üçüncü taraf olarak katılması ilginçtir ki bu, yargılamaların genel olarak bu meseleyle mücadele eden ülkeler için sahip olduğu önemin de bir ölçüsüdür. Ayrıca ilginç olan Fransa'nın “yer bilgisi” koşulunu benimserkenki yaklaşımını, Unesco Sözleşmesi uyarınca ona Üye Devletler için bağlayıcı olan Dünya Doping Mücadele Yasası'nda yer alan tavsiyeler üzerinden şekillendirmiş olmasıdır. Bu durum, bu alanda

yarışan menfaatleri dengelerken Fransa'nın takdir yetkisini aşmış olduğunu incelerken Mahkeme için oldukça önemli bir meseledir.

Mahkeme “yer bilgisi” koşulunun Madde 8 ile korunan özel hayat ve aile hayatı ve konut değerlerine müdahale ettiğini kabul etmiştir. Diğer değerlendirmelerin yanı sıra, haftanın her günü, belirlenen bir saatlik süre boyunca belirli bir yerde hazır bulunma yükümlülüğünün başvurucuların özel hayatının kalitesini etkilediğini ve ayrıca aile hayatından faydalanmaları üzerinde sonuçları olduğunu belirtmiştir. Gündelik özel hayatları ve aile hayatlarının planlaması bakımından onların kişisel özerkliklerini kısıtlamaya ek olarak, Mahkeme ayrıca bu gerekliliğin başvurucuların ev adreslerini doping testi amacıyla belirlenmiş olan yer olarak seçmek dışında başka bir seçeneklerinin kalmadığı, konuttan faydalanma hakları üzerinde etki doğuran bir duruma yol açabileceğini gözlemlemiştir.

Mahkeme şikâyet edilen tedbirin hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir. Güdülen amacın meşruluğu bakımından, “yer bilgisi” koşulunun profesyonel sporcuların ve bu grubun dışında başkalarının, özellikle sporla ilgilenen genç insanların, sağlığının korunması için getirilmiş olduğu konusunda tatmin olmuştur. Dahası, bu koşulun, kullanıcıya adil olmayan bir avantaj sağlayan maddelerin kullanımını ve ayrıca kullanımlarının, özellikle de amatör genç sporcular gözünde, spor sahasında performansı arttırmak için sahip olduğu düşünülebilecek herhangi bir tehlikeli teşviki ortadan kaldırarak adil oyunun (*fair play*) desteklenmesi ile bağlantılı olduğunu kabul edebilecektir. Önemli şekilde Mahkeme, ayrıca izleyicilerin katıldıkları spor etkinliklerinin adil oyun değerlerini yansıttığını bekleyebilmeleri gerektiğini gözlemlemiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme “yer bilgisi” kısıtlamalarının başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından da haklı kılınabileceğini düşünmüştür. Mahkeme'nin meşruiyet meselesine dair analizi bu alandaki uluslararası metinlerin altında yatan amaç ve hedeflerden yararlanmaya hazır olması bakımından ilginçtir.

Gereklilik meselesine dönerek Mahkeme, şikâyet edilen tedbirler için zorunlu bir toplumsal ihtiyacın varlığını değerlendirirken iki temel değerlendirmenin altını çizmiştir. İlk olarak, bilimsel çalışmalar ve diğer uzman çalışmaları dopingin profesyonel sporcuların sağlığı üzerindeki zararlı etkilerini göstermektedir; bu çevre dışındaki, özellikle de sporla ilgilenen genç insanlar arasında, kullanımının tehlikeleri de iyice kayıt altına alınmıştır. Bir kamu sağlığı meselesi

olan bu ikinci noktayla ilgili olarak Mahkeme, yukarıda atıf yapılan uluslararası materyallerle aynı doğrultuda, spor alanında başarılı olmayı hayal eden genç insanlar üzerindeki etkileri düşünüldüğünde profesyonel sporcuların örnek rol modeller olmalarının beklenmesi gerektiğini kabul etmiştir. İkinci olarak, bu alanda yapılan düzenlemelerin tarihini takip eden Mahkeme, Devletlerin sporda dopinge karşı harekete geçmesi ihtiyacına dair Avrupa düzeyinde ve uluslararası düzeyde bir görüş birliği olduğunu kaydetmiştir. Bu alandaki zor, bilimsel, hukuki ve etik meseleler düşünüldüğünde, ulusal düzeyde nasıl tepki vereceklerine karar verirken Devletlere Sözleşme altında geniş bir takdir yetkisi tanınmalıdır. Böyle bir yetki, benimsenecek doping karşıtı stratejilerin biçimine dair uluslararası düzeyde bir görüş birliğinin varlığı ile şekillendirilebilir. Kendi açısından Fransa, Unesco Sözleşmesi'ni onaylamış diğer üye Devletler gibi, Dünya Doping Mücadele Ajansı tarafından hazırlanan Dünya Doping Mücadele Yasası'nın (2009 versiyonu) “yer bilgisi” hükümlerini (yukarıya bakınız) kendi ulusal hukukunda uygulamıştır. Fransa'nın davranışı “yer bilgisi” tedbirleri ve duyurulmamış doping testleri aracılığıyla dopinge mücadele etme ihtiyacına dair uluslararası görüş birliği ile aynı doğrultudadır.

Başvurucuların Madde 8 hakları ile davalı Devlet tarafından dayanılan amaçlar -sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması- arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı konusunda Mahkeme şu değerlendirmelere ağırlık vermiştir: test havuzuna dâhil olmak prensipte bir yıl ile sınırlıdır; eğer seçimleri bu yönde ise evleri dâhil olmak üzere, nerede bulunabileceklerini ve test edilmek üzere müsait olacakları 1 saatlik zaman dilimini belirtmek havuza dâhil olmak üzere seçilen kişilerin görevidir; ve “yer bilgisi” tedbirinin uygulanmasına, bireylere hem seçilmiş olmalarına hem de tedbire uymamaları nedeniyle onlara uygulanan yaptırımlara mahkemeler önünde itiraz etmelerine imkân veren usuli güvenceler eşlik etmektedir.

Mahkeme'ye göre adil bir denge sağlanmıştır ve Madde 8 ihlal edilmemiştir.

Konut

F.J.M. v. Birleşik Krallık'taki¹²⁹ kabul edilemezlik kararı kamu sektörüne kıyasla özel sektördeki ev sahipleri ve kiracılar arasındaki ilişki ve bu bağlamda orantılılık testinin uygulanması ile ilgilidir.

Başvurucu akıl sağlığı ile ilgili sorunlar yaşamaktadır. Ebeveynleri evi güvence göstererek mortgage sayesinde bir ev almıştır. Başvurucu ebeveynlerine kira ödeyerek burada yaşamıştır. Bir zaman sonra, başvurunun ebeveynlerinin (mortgage borçluları) mortgage ödemelerini yerine getirmemiştir. Mortgage alacaklısı, başvurunun kiracılığını sona erdirecek bir tahliye emri çıkarmak istemiştir. Başvurucu iç hukuktaki yargılamalarda bu kararın verilmesine başarısız şekilde karşı çıkmıştır. Sözleşme yargılamalarında tahliye emrinin Madde 8 altında orantısız bir tedbir olduğundan ve orantılılığının bir mahkeme tarafından belirlenmesini sağlayamadığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun ve dolayısıyla kabul edilemez bulmuştur.

Bu kabul edilemezlik kararı Mahkeme'ye yakın tarihli *Vrzić v. Hırvatistan*¹³⁰ kararını teyit etme imkânını vermesi bakımından ilginçtir. Bu kararda Mahkeme, konutunu kaybetme riski ile karşı karşıya olan herkesin tedbirin orantılılığının bağımsız bir mahkeme tarafından belirlenmesini sağlayabilmesi ilkesinin mülkiyetin özel bir kişi veya topluluk tarafından talep edildiği durumlarda otomatik olarak uygulanmadığını ilk kez açıkça kabul etmiştir. Buna karşılık, ilgili özel kişi veya toplulukların Sözleşme haklarının korunması ve onlara ait menfaatler arasında kurulacak denge ulusal mevzuatta somutlaştırılabilecektir.

Vrzić kararındaki sonuç, Devletin veya toplumun malik olduğu mülklerde ikamet eden, örneğin zorla tahliye tehdidiyle karşı karşıya olan kiracılar tarafından Sözleşme'nin 8. maddesi altında getirilen şikâyetlere karşılık Mahkeme tarafından geliştirilen yaklaşıma karşıdır (bakınız *Panyushkiny v. Rusya*¹³¹; *Pinnock ve Walker v. Birleşik Krallık*¹³²; *Kay ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*¹³³; *Paulić v.*

¹²⁹ *F.J.M. v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 76202/16, 6 Kasım 2018.

¹³⁰ *Vrzić v. Hırvatistan*, no. 43777/13, 12 Temmuz 2016.

¹³¹ *Panyushkiny v. Rusya*, no. 47056/11, 21 Kasım 2017.

¹³² *Pinnock ve Walker v. Birleşik Krallık* (kar.), no. 31673/11, 24 Eylül 2013.

¹³³ *Kay ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 37341/06, 21 Eylül 2010.

*Hırvatistan*¹³⁴; *McCann v. Birleşik Krallık*¹³⁵; ve *Connors v. Birleşik Krallık*¹³⁶). Bu gibi davalarda –“kamusal ev sahibi” davaları– Mahkeme ikamet hakları sona ermiş olsa bile, bireysel koşulları düşünüldüğünde, zorla tahliye edilmelerinin makamlar tarafından dayanılan zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık orantılı bir tepki olup olmadığına dair başvuru kiracıların bir yerel mahkemeden karar elde edebilmesi gerektiğine karar vermiştir.

İlginç şekilde, mevcut davada Mahkeme, yukarıda atıf yapılan *Vrzić*'teki gerekçelendirmesinden faydalanarak ve bunu geliştirerek, yaklaşımdaki farklılığı şu şekilde rasyonelleştirmiştir (paragraf 42).

“Mahkeme'nin *Vrzić*'te belirttiği üzere, bu gibi davalarda başvurununkilere karşı tartışılması gereken, söz konusu başka, özel menfaatler vardır. Ancak bu ayrım gerçekte bundan daha derindir. ... yerel mahkemelerin iki bireyin Sözleşme hakları arasındaki adil dengeyi kurmaya davet edildiği birçok durum vardır. Özel sektör malikler tarafından ikamet eden sakinlere karşı ileri sürülen mülkiyet iddialarını ayrı kılan, iki özel kişi veya kurumun, yasama organının ilgili Sözleşme haklarına nasıl saygı gösterileceğini düzenlediği bir sözleşmesel ilişkiye gönüllü olarak girmiş olmasıdır ... Eğer yerel mahkemeler bu gibi bir davada yasama organı tarafından kurulmuş dengeye üstün gelebiliyor olsaydı, Sözleşme, özgürce üstlenmiş oldukları sözleşmesel hak ve yükümlülükleri değiştirecek şekilde özel vatandaşlar arasında doğrudan uygulanabilir olurdu.”

Mahkeme başvurusunun davasının ilgili tarafların Sözleşme haklarına nasıl saygı gösterileceğini ortaya koyan ve ikamet eden kiracıların (başvuru gibi) Madde 8 hakları ile özel sektör ev sahiplerinin (aslında, başvurusunun ebeveynlerinin evi güvence olarak göstererek mortgage temin ettiği düşünüldüğünde mevcut davada mortgage borçlusunun) 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi hakları arasındaki dengenin nerede kurulması gerektiğine dair Devletin değerlendirmesini yansıtan ulusal mevzuat temelinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Başvurusunun davasından doğan meselelerin yerel mahkemeler tarafından ele alınışını incelerken Mahkeme, bu dengeyi kurarken makamların, diğer şeylerin yanı sıra, özel konut kiralama sektörünü canlandırmaya yönelik genel kamu menfaatini, ki yerel mahkemeler bunun başvurusunun davasında sözleşmesel kesinlik ve ilgili hukukun uygulamasında tutarlılıkla en iyi şekilde sağlandığını kabul etmiştir,

¹³⁴ *Paulić v. Hırvatistan*, no. 3572/06, 22 Ekim 2009.

¹³⁵ *McCann v. Birleşik Krallık*, no. 19009/04, AİHS 2008.

¹³⁶ *Connors v. Birleşik Krallık*, no. 66746/01, 27 Mayıs 2004.

dikkate aldığını gözlemlemiştir. Başvurucunun kira sözleşmesi hükümlerine katılmış olması ve uygulanacak mevzuatın kiracılığı sona erdirecek hüküm ve koşulları açıkça tanımlamış olduğu da dikkate değerdir. Önemli şekilde Mahkeme, –yerel mahkemenin görüşü ile aynı doğrultuda– eğer bir özel kiracı mahkemenin tahliye emrine hükmetmesinden önce orantılılık değerlendirmesi yapmasını gerekli kılabilirse, özel kiralama sektörü üzerinde doğacak etkinin tamamen tahmin edilemez ve potansiyel olarak çok zarar verici olacağını eklemiştir. Son olarak, ulusal mevzuatın istisnai zorluk durumlarında mahkemelerin tahliye emrinin icrasını bir süreliğine ertelemesine imkân tanıyan bir düzenleme getirmesine önem atfetmiştir.

Özetle Mahkeme'nin kararı, özel kiralama piyasasının ve bununla birlikte usuli güvenceler ve yargısal denetimin yoğunluğu bakımından özel kiracılara tanınan Madde 8 korumasının daha düşük olan seviyesinin belirli özelliklerini yansıtır.

İfade özgürlüğü (Madde 10)

İfade özgürlüğü

*Sekmadienis Ltd. v. Litvanya*¹³⁷ dini simgeciliği kullanan ticari ifadeler hakkındadır.

Başvurucu şirket, kamusal panolarda Hıristiyan inancından dini figürleri tasvir eden modeller kullanarak bir kıyafet serisini tanıtmayı amaçlayan reklamlar yayımlamıştır. Dini simgecilik, komik etki doğurmayı hedefleyen başlıklarla güçlendirilmiştir. Başvurucu şirket aleyhine yargılamalara neden olan, yaklaşık yüz şikâyet yapılmıştır. Yerel mahkemeler nihayetinde reklamların kamu ahlakına aykırı olduğuna ve o tarihte yürürlükte olan reklamcılık hakkındaki Kanun'un ilgili hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Başvuru şirkete ceza kesilmiştir. Yerel mahkemelerin görüşüne göre ve başka değerlendirmelerin yanında, reklamlar uygunsuzdur, yüzeysel amaçlarla dini sembollerden faydalanmıştır ve “dindar bir kişinin ilkeleri ile bağdaşmayan bir yaşam biçimine teşvik içermektedir”.

¹³⁷ *Sekmadienis Ltd. v. Litvanya*, no. 69317/14, 30 Ocak 2018.

Başvurucu şirket Sözleşme yargılamalarında, verilen cezanın Sözleşme'nin 10. maddesi altındaki ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale teşkil ettiği şikâyetinde bulunmuştur. Mahkeme başvurucuya katılmıştır.

Karar, Mahkeme davanın koşullarında davalı Devletin ticari ifade veya reklamcılık alanında sahip olduğu, yerleşik içtihadı göre geniş olan takdir yetkisini aştığına hükmettiğinden ilginçtir (bakınız *markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann v. Almanya*¹³⁸ ve *Mouvement raëlien suisse v. İsviçre*¹³⁹). Bu davayla eşit derecede ilgili olan, Devletlerin dini inanç veya düşüncelere karşı rahatsız edici olabilecek ifadeleri düzenlerken geniş bir yetkiye sahip olmasıdır (örneğin bakınız *Murphy v. İrlanda*¹⁴⁰). Mahkeme'nin içtihadına göre, Madde 10 haklarını kullananların, saygı objeleri bakımından mümkün olduğunca başkalarına karşı haksız derecede rahatsız edici ve saygısız bir ifadeden kaçınma görevi vardır (örneğin bakınız, yukarıda atıf yapılan *Murphy*, § 65, ve *Giniewski v. Fransa*¹⁴¹).

Dolayısıyla Mahkeme'nin mevcut davadaki incelemesi, yerel mahkemelerin bu yetkiyi aşp aşmadığını ve özellikle de başvurucunun Madde 10 haklarına müdahale için zorunlu bir toplumsal ihtiyacın varlığını haklı kılan ilgili ve yeterli sebepler sunup sunmadığını belirlemeye yönelmiştir. Mahkeme şu değerlendirmelere vurgu yapmıştır.

İlk olarak, reklamlar ne haksız şekilde rahatsız edici veya saygısız gözükmemektedir, ne de dini inanç temelinde nefrete teşvik etmiş veya bir dine yersiz veya istismarcı bir biçimde saldırmıştır.

İkinci olarak, yerel mahkemeler reklamları kamu ahlakına aykırı bulan kararları için ilgili ve yeterli sebepler sunmamıştır. Mahkeme'ye göre açıklamaları “bildiri niteliğinde ve muğlak”dır ve örneğin “dindar bir kişinin ilkeleriyle uyumsuz” olan bir yaşam biçiminin neden mutlaka kamu ahlakıyla uyumsuz olacağına dair bir anlayış sunmamıştır. İlginç şekilde, bununla bağlantılı olarak, her ne kadar tüm ulusal mahkeme kararları “dindar kişiler”e referans yapsa da, ulusal yargılamalarda danışılan tek dini grup Roma Katolik

¹³⁸ *markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann v. Almanya*, 20 Kasım 1989, § 33, Series A no. 165.

¹³⁹ *Mouvement raëlien suisse v. İsviçre* [BD], no. 16354/06, § 61, AİHS 2012 (alıntılar).

¹⁴⁰ *Murphy v. İrlanda*, no. 44179/98, § 67, AİHS 2003-IX (alıntılar).

¹⁴¹ *Giniewski v. Fransa*, no. 64016/00, § 43, AİHS 2006-I.

Kilisesi olmuştur, dolayısıyla ahlak belirli bir dini geleneğin değerleriyle eş tutulmuştur.

Üçüncü ve önemli olarak, Hükümet'in reklamların Hıristiyan inancını paylaşan Litvanya nüfusunun çoğunluğu tarafından rahatsız edici kabul edilmiş olacağına dair argümanına cevaben, Mahkeme şunu gözlemlemiştir (paragraf 82):

“... Litvanya nüfusunun çoğunluğunun gerçekten de reklamları rahatsız edici bulacağı varsayılsa bile Mahkeme, azınlık bir grubun Sözleşme haklarından faydalanması, bunun çoğunluk tarafından kabul edilmesi koşuluna bağlı hale getirilirse bu durumun Sözleşme'nin temelindeki değerler ile uyumsuz olacağını tekrar dile getirir. Böyle olsaydı azınlık bir grubun, diğer şeylerin yanı sıra, ifade özgürlüğü hakları Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde pratik ve etkilenden ziyade yalnızca teorik hale gelirdi ...”

Son olarak, Mahkeme makamların başvuru şirketin ifade özgürlüğünü yeterince dikkate almadan dindar kişilerin duygularını korumaya mutlak bir üstünlük tanıdığına karar vermiştir.

Basın özgürlüğü

*Magyar Jeti Zrt v. Macaristan*¹⁴² bir medya kuruluşunun daha sonra iftira niteliğinde olduğu ortaya çıkan materyale bağlantı linki yayımlarken sahip olduğu “görev ve sorumlulukları” ile ilgilidir.

Başvuru şirket bir çevrimiçi haber portalı işletmektedir. Bir okulun dışında Roman karşıtı olduğu iddia edilen bir olay ile ilgili bir yazı yayımlamıştır. Ayrıca, başkaca yorum yapmaksızın, bir Roman temsilci tarafından aynı olayla ilgili olarak bir medya kanalına verilen, YouTube'daki bir mülakata bağlantı linki vermiştir. Daha sonra mülakatın mülakatta ismi geçen bir siyasi parti hakkında iftira niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Yerel mahkemeler, başvuru şirketin bağlantı linkini yayımlayarak mülakatı yaydığına ve dolayısıyla mülakatın iftira nitelikli içeriğini başkalarıyla paylaşmaktan dolayı, iyi niyetle ve gazetecilik etiğiyle uyumlu şekilde hareket edip etmediğinden bağımsız olarak, Medeni Kanun'un 78. maddesi altında objektif olarak sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Sözleşme yargılamalarında başvuru şirket, ifade özgürlüğünün ihlalden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme onun lehine karar vermiştir.

¹⁴² *Magyar Jeti Zrt v. Macaristan*, no. 11257/16, 4 Aralık 2018.

Karar, Mahkeme'nin, okuyucuyu yerel mahkemelerin daha sonra üçüncü bir kişinin itibarına zarar verdiği kanaat getirdiği materyale yönlendiren bir bağlantı linki yayımlanmasını Madde 10 altında ele aldığı ilk dava olduğundan dikkate değerdir. Mahkeme bağlantı linkleri ve geleneksel yayın biçimleri arasındaki temel farkları şu ifadelerle özetlemiştir.

“73. ... İnternetin kamunun haberlere ve bilgiye erişimini iyileştiren rolünü dikkate alarak Mahkeme, bağlantı linklerinin esas amacının başka sayfalara ve web kaynaklarına yönlendirerek, İnternet kullanıcılarını büyük miktarda bilginin mevcudiyeti ile nitelenen bir ağ içinde materyaller arasında hareket etmelerine imkân vermek olduğuna işaret eder. Bağlantı linkleri bilgiyi birbirine bağlayarak erişilebilir kılarak İnternetin pürüzsüz işleyişine katkıda bulunur.

74. Bir habercilik tekniği olarak bağlantı linkleri, genel kural olarak yalnızca kullanıcıları İnternetin başka bir yerinde mevcut olan içeriğe yönlentmeleri yönünden geleneksel yayın biçimlerinden esasen farklıdır. Bağlantı verilen ifadeleri hedef kitleye sunmaz veya ifadelerin içeriğini aktarmazlar, ama yalnızca başka bir web sitesinde bulunan materyalin varlığına okuyucunun dikkatini çekerler.

75. Bilginin yayılması yöntemleriyle kıyaslandığında bağlantı linklerinin bir başka ayırıcı özelliği, bir bağlantı linki yoluyla bilgiye atıf yapan kişinin, bağlantının erişim sağladığı ve bağlantının yaratılmasından sonra değişebilecek olan web sitesinin içeriği üzerinde kontrol sahibi olmamasıdır ... Buna ek olarak, bağlantı linkinin ardındaki içerik, ilk yayıncı tarafından halihazırda bağlantının açtığı web sitesinde, kamunun sınırsız erişimi olacak şekilde sağlanmıştır.”

Önemli şekilde Mahkeme, bir bağlantının yayımlanmasının iftira içeren bilginin yayılması teşkil edip etmediğinin, yerel mahkemelerin her davada münferit değerlendirme yapması ve bağlantı sağlayıcıya sorumluluk yüklerken ilgili ve yeterli sebepler vermesi gerektirdiğini düşünmüştür. Bununla bağlantılı olarak, başvuru şirkete sorumluluk yüklerken yerel mahkemeler tarafından ele alınmamış olan, konuyla ilgili bir dizi soru dikkate almıştır: (i) başvuru şirket şikâyet edilen içeriği desteklemiş midir; (ii) şikâyet edilen içeriği (desteklemeden) tekrarlamış mıdır; (iii) yalnızca (desteklemeden veya tekrar etmeden) şikâyet edilen içeriğe bir bağlantı mı koymuştur; (iv) şikâyet edilen içeriğin iftira niteliğinde veya başka şekilde hukuka aykırı olduğunu biliyor mudur veya makul şekilde bilebilecek durumda mıdır; ve (v) iyi niyetle davranmış ve gazetecilik etiği ile birlikte özen yükümlülüğünü de gözetmiş midir (paragraf 77).

Başvurucu şirketin davasının olgularıyla ilgili olarak Mahkeme, diğer şeylerin yanı sıra, söz konusu yazının bağlantı verilen materyale iftira içeren ifadeleri tekrar eden bir şekilde atıf yapmadığına dikkat etmiştir. Yazı iftira davası açan siyasi partiden hiç bahsetmemiştir. Dahası yazar, bağlantı linki yoluyla erişilebilen ifadelerin doğru olduğunu veya onları desteklediğini ima etmemiştir. Mahkeme ayrıca iftira davasının açılmasından önce, başvurucu şirketin bağlantılı içeriğin muhtemelen iftira olduğunu bilmediği gerçeğine -ki bu içeriğe erişimi engellemeyi gerektirirdi- önem atfetmiştir.

Mahkeme'ye göre, yerel mahkemeler Medeni Kanun'un 78. maddesine dayanmışlardır ve bağlantı kurmanın bilginin yayılması niteliğinde olduğu sonucuna varmışlardır. Sadece bu sebeple, ulusal hukuka göre başvurucu şirketin objektif sorumluluğu devreye girmiştir, böylelikle mahkemelere siyasi partinin itibar hakkı ile başvurucu şirketin ifade özgürlüğünü dengelemek için hiçbir imkân bırakılmamıştır. Dolayısıyla Madde 10 ihlal edilmiştir.

Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (Madde 11)

Barışçıl toplanma özgürlüğü

Navalnyy v. Rusya'da¹⁴³ başvurucu, siyasi bir aktivist, yolsuzluğa karşı kampanyalar düzenleyen popüler bir blog yazarı olmasının yanı sıra Rusya'nın en önemli muhaliflerinden biridir. Bu dava başvurusunun gözaltına alınıp geçici olarak tutuklandığı ve izinsiz fakat barışçıl eylemlere katıldığı gerekçesiyle idari cezalara çarptırıldığı Mart 2012 ile Şubat 2014 arasında meydana gelen yedi olaya ilişkindir. Beşinci olayda başvurucu, hareketsiz bir eylemden bir grupla birlikte ayrıldığı için cezalandırılmıştır. Altıncı olayda başvurucu, duruşmaya girmelerine izin verilmeyen bir grup aktivistle birlikte adliyenin önündedir.

Büyük Daire Madde 5 ve 6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir: tutukluluğu haksız ve keyfidir (Madde 5) ve yedi davadan altısındaki kararlar olguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine

¹⁴³ *Navalnyy v. Rusya* [BD], no. 29580/12 ve 4 başvurucu daha, 15 Kasım 2018. Ayrıca aşağıda bakınız Madde 18 altında (Sözleşmede öngörülme sınırlandırmalar).

dayandırılmamıştır (Madde 6). Ayrıca Madde 11'in ihlal edildiğine karar verilmiştir. Büyük Daire Madde 18 şikâyetinin ayrı bir değerlendirme gerektirdiğine ve Madde 18'in ihlal edildiğine karar vermiştir. Son olarak, Sözleşme'nin 46. maddesi altında benimsenecek genel tedbirlere işaret edilmiştir.

(i) Mahkeme'nin Madde 11'e yaklaşımı ile ilgili olarak iki nokta kayda değerdir.

– Büyük Daire makamlar tarafından güdülen meşru amacı/amaçları ayrı ayrı incelemiştir. Yakalamalardan beşi ile herhangi bir meşru amacın sağlandığına dair ciddi şüpheleri olsa da, beşinci ve altıncı yakalanmasının meşru bir amaç gütmeyeceği tespit edildiği için Madde 11'in ihlaline karar vermiştir. Dolayısıyla bu dava meşru amacın yokluğunun kendi başına Sözleşme'nin ihlalini teşkil ettiği ender davalardan biridir¹⁴⁴.

– Büyük Daire, kalan beş yakalamanın başvuruçunun Sözleşme'nin 11. maddesi altındaki toplanma özgürlüğü hakkına orantısız bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Bu ihlal, makamların izinsiz fakat barışçıl gösterilere karşı toleransı olmadığına dair tanıtık bir gerekçelendirmeye dayanmıştır¹⁴⁵. Ancak Büyük Daire bulgularının odağını genişletmiştir. Bu beş olayın, Mahkeme'nin bu gereklilikleri ortaya koyan, mevcut yakalamalardan önce verilmiş kararlar da dâhil Rusya aleyhine verdiği, açık bir dizi kararına rağmen makamların gereken toleransı ısrarcı bir şekilde göstermemesine işaret ettiği görüşündedir. Bu tolerans eksikliğinin, toplanma özgürlüğü hakkına yapılan keyfi müdahalelere karşı etkili yasal güvenceler sunmayan düzenleyici çerçevenin daha önce tespit edilmiş yapısal yetersizliğinin¹⁴⁶ bir başka boyutunu oluşturduğu değerlendirmesi yapılmıştır. Ulusal hukukun etkili güvenceler sağlamadığı, mevcut

¹⁴⁴ *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], no. 72508/13, 28 Kasım 2017; *Khuzhin ve Diğerleri v. Rusya*, no. 13470/02, 23 Ekim 2008; *Nolan ve K. v. Rusya*, no. 2512/04, 12 Şubat 2009; *P. ve S. v. Polonya*, no. 57375/08, 30 Ekim 2012; ve *Karajanov v. Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, no. 2229/15, 6 Nisan 2017'de atıf yapıldığı üzere.

¹⁴⁵ Örneğin, *Malofeyeva v. Rusya*, no. 36673/04, 30 Mayıs 2013; *Kasparov ve Diğerleri v. Rusya*, no. 21613/07, 3 Ekim 2013; *Navalnyy ve Yashin v. Rusya*, no. 76204/11, 4 Aralık 2014; *Novikova ve Diğerleri v. Rusya*, no. 25501/07 ve 4 başvuruçuda, 26 Nisan 2016; ve *Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, no. 57818/09 ve 14 başvuruçuda, 7 Şubat 2017.

¹⁴⁶ Özellikle bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Lashmankin ve Diğerleri*, §§ 471-77.

davada yakalamalardan iki tanesinin hiçbir meşru amaç gütmeyeceği tespitiyle de örneklendirilmiştir.

(ii) Ek olarak bu dava, Mahkeme'nin Madde 5 haricinde bir Madde (Madde 11) ile bağlantılı olarak Madde 18'in ihlal edildiğine karar verdiği ilk davadır. Bu kombinasyon Madde 11'in Madde 18'in referans verdiği sınırlandırmalara izin vermesi nedeniyle mümkündür.

(iii) Son olarak Büyük Daire Madde 46 altında alınacak birtakım genel tedbirlere işaret etmiştir, ki bu davalı Devlet için özellikle ilgilidir. *Lashmankin ve Diğerleri*'nde atıf yapılan ve belirlenen benzer bir dizi ihlal, mevcut davadaki Madde 11 ihlali (düzenleyici çerçevenin yapısal yetersizliği ile bağlantılı) olduğu gibi, Sözleşme'nin 18. maddesi altındaki bulgulardan faydalanmıştır. Davalı Devlete, diğer şeylerin yanı sıra, yetkili makamların bilhassa barışçıl toplanma özgürlüğünün esas karakterini dikkate almasını ve olağan hayatta ufak rahatsızlıkları aşan bir aksama yaratmayan izinsiz ama barışçıl toplanmalara uygun toleransı göstermesini gerektiren bir ulusal mekanizmayı güvenceye almak için uygun yasal ve/veya diğer genel tedbirlerin alınması çağrısında bulunmuştur.

Ayrımcılık yasağı (Madde 14)

1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 14. Maddesi

Molla Sali v. Yunanistan'daki¹⁴⁷ karar Şeri hukukun uygulanması ve bağlantılı ayrımcılık hakkındadır.

Başvurucunun kocası Trakya'daki Müslüman topluluğun bir üyesidir. Kocasının ölümü üzerine başvurucu, Medeni Kanun'a uygun şekilde hazırlanmış, noter onaylı bir vasiyetname ile onun tüm malvarlığını miras almıştır. Bir ilk derece mahkemesi vasiyetnameyi onaylamış, başvurucu araziyi kabul etmiş ve kendisine devredilen mülkü kaydettirmiştir. Ölen kişinin iki kız kardeşi vasiyetnameye itiraz etmiş ve birinci ve ikinci derece mahkemeleri nezdinde başarısız olmuştur. Yargıtay daha sonra, 1913 tarihli Atina Anlaşması uyarınca

¹⁴⁷ *Molla Sali v. Yunanistan* [BD], no. 20452/14, 19 Aralık 2018.

Müslüman azınlık arasındaki miras meselelerinin Şeri hukuka göre çözümleneceğine, buna göre İslam inancına sahip Yunan vatandaşları tarafından hazırlanan noter onaylı vasiyetnamelerin yasal etkisi olmadığına karar vermiştir (Şeri hukuk yalnızca yasal mirasçılığı ve İslami vasiyetnameleri tanımaktadır). Bunun sonucunda, başvurucu kocasının kendisine miras bıraktığı mülkün dörtte üçünü kaybetmiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 6. ve 14. maddelerine ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine dayanmıştır.

Büyük Daire, başvurucunun şikâyetlerini 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile bağlantılı olarak Madde 14 altında incelemiştir, davanın odak noktası vasiyeti düzenleyen İslami inancı nedeniyle Medeni Kanun'un uygulanmıyor olmasıdır. Büyük Daire bu hükümlerin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ocak 2018'de Müslüman azınlık içindeki aile hukuku davalarında Şeri hukuka başvurulmasını zorunlu kılan düzenlemeler ilga edilmiştir, bu mevcut başvurucunun durumuna uygulanmayan bir gelişmedir.

Bu dava, Mahkeme'nin bir yerel mahkemenin başvurucunun isteği hilafına Şeri hukuku uygulamasını incelediği ilk davadır. Bu incelemeyi, Medeni Kanun altında bir yanda Müslüman bir miras bırakan tarafından hazırlanan bir vasiyetname, diğer yanda Müslüman olmayan bir miras bırakan tarafından hazırlanan bir vasiyetnamenin mirasçıları arasındaki farklı muameleye odaklanarak Madde 14 merceğinden yapmıştır. Mahkeme, Yunanistan'ın uluslararası yükümlülüklerini ve Trakya azınlığının durumunu el üstünde tutmayı isteyebileceğini kabul etse de, şikâyet edilen farklı muamele için bilhassa uluslararası yükümlülüklerden doğan sebepler ikna edici bulunmamıştır. Mahkeme şikâyet konusu farklı muamele için objektif ve makul bir gerekçe olmadığına karar vermiştir.

Birkaç nokta kayda değerdir.

(i) Bu, Büyük Daire'nin bağlantılı ayrımcılık ilkesini uyguladığı ilk davadır. Davanın odak noktası *miras bırakanın* (başvurucunun değil) İslami inancı nedeniyle farklı muamele olduğundan, Büyük Daire şunu teyit etmiştir.

“134. ... Bu bağlamda, Mahkeme ‘herhangi başka bir durum’ sözüne içtihadında genel olarak geniş bir anlam verildiğini ... ve yorumlanmasının doğuştan gelen veya içkin anlamında kişisel karakteristiklerle sınırlı olmadığını tekrar ifade eder ... Örneğin, ayrımcı muamelenin iddia edilen temeli olan başvurucuların durumunun, çocuklarının yerleşim yeri gibi ailevi durumlar ile bağlantılı olarak belirlendiği davalarda bir ayrımcılık meselesi söz konusudur (bakınız *Efe v. Avusturya*, no. 9134/06, § 48, 8 Ocak 2013). Bundan, güvence

altına almayı amaçladığı hakların amacı ve doğası ışığında Sözleşme'nin 14. maddesinin bir bireyin başka bir kişinin statüsü veya korunan karakteristikleri nedeniyle daha kötü muamele gördüğü durumları da kapsadığı anlaşılır (bakınız *Guberina v. Hırvatistan*, no. 23682/13, § 78, 22 Mart 2016; *Škorjanec v. Hırvatistan*, no. 25536/14, § 55, 28 Mart 2017; ve *Weller v. Hungary*, no. 44399/05, § 37, 31 Mart 2009).”

(ii) Bu karar ayrıca Mahkeme'ye azınlıkların korunmasını düzenleyen bazı ilkeleri güçlendirmek için ender bir fırsat vermiştir. Mahkeme, Medeni Kanun'a uygun bir vasiyetname yapan, İslami inanca sahip bir miras bırakanın, otomatik olarak kendisinin veya mirasçılarının din temelli ayrımcılığa uğramama hakkından feragat ettiğinin varsayılmayacağına karar vermiştir. Devlet, bu grubun üyelerinin bu gruba ait olmama veya onun uygulamalarını ve kurallarını takip etmeme hakkının zararına olacak şekilde, belirli bir nüfus grubunun azınlık kimliğinin garantörü rolünü üstlenemeyecektir:

“157. Bir dini azınlığın üyelerine gönüllü şekilde olağan hukuku seçme ve ondan faydalanma hakkını tanımamak, yalnızca ayrımcı muamele değil, aynı zamanda azınlıkların korunması alanında en yüksek öneme sahip bir hakkın, yani özgürce kendini tanımlama hakkının ihlalini teşkil etmektedir. Bu hakkın negatif yönü, özellikle bir azınlığın üyesi gibi davranılmamayı seçme hakkı, bu hakkın pozitif yönünde olduğu gibi sınırlı değildir. Söz konusu tercih, aydınlatılmış olduğu sürece, tamamen özgürdür. Hem azınlığın diğer üyeleri hem de Devletin kendisi tarafından saygı görmelidir. Bu durum, Ulusal Azınlıkların Korunması için Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi Madde 3 § 1 ile şu şekilde desteklenmektedir: ‘bu tercihten veya bu tercihe bağlı olan hakların kullanılmasından herhangi bir dezavantaj doğmayacaktır.’ Özgürce kendini tanımlama hakkı Çerçeve Sözleşme'ye özgü bir hak değildir. Genel olarak azınlıkların korunmasına dair uluslararası hukukun ‘mihenk taşıdır’. Bu özellikle hakkın negatif yönüne uygulanır: hiçbir iki taraflı veya çok taraflı sözleşme veya başka bir enstrüman hiç kimseyi kendi isteği hilafına azınlıkların korunması yönünden özel bir rejime dâhil olmaya mecbur kılamaz.”

(iii) Mahkeme'nin gerekçelendirmesindeki başka birkaç unsur altı çizilmeye değerdir. Mahkeme Devletin Sevr Anlaşması ve Lozan Anlaşması'nı onaylayarak Müslüman azınlığın geleneklerine saygı göstermeyi üstlenmiş olduğunu kabul etse de, bu anlaşmaların Yunanistan'ın Şeri hukuku uygulamasını gerektirdiğini düşünmemiştir; gerçekten de Hükümet ve başvuru bu noktada hemfikirdir. Buna ek olarak, yerel mahkemeler Şeri hukukun uygulanmasının eşit muamele ilkesi ve uluslararası insan hakları standartları ile uyumlu olup olmadığı konusunda aynı fikirde değildir:

bu ayrışmalar ciddidir (aynı yargı kolundaki mahkemeler arasında, Yargıtay ve hukuk mahkemeleri arasında, Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi arasında). Böyle bir ayrışmanın yarattığı hukuki belirsizlik hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyumlu değildir. Dahası, birçok uluslararası organ Batı Trakya'daki Yunan Müslüman'lara Şeri hukukun uygulanması ve bilhassa kadınlara ve çocuklara karşı, yalnızca azınlık içindeki erkeklere kıyasla değil ama Müslüman olmayanlar bakımından da doğan ayrımcılık konusunda çekincelerini dile getirmiştir (özellikle de Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri).

(iv) Son olarak, karşılaştırmalı görüş de çok açıktır. Milletlerarası özel hukuk alanı (ve kanunlar ihtilafı durumunda, kamu politikası gerekliliklerine tâbi olacak şekilde, yabancı hukuk kaynağı olarak Şeri hukukun uygulanması ihtimali) dışında, sadece Fransa Şeri hukukun bazı hükümlerini resmen uygulamıştır ve bu denizaşırı topraklarından birinin (Mayotte) vatandaşlarıdır ve Şeri hukukun bu kısıtlı uygulaması 2011 yılında sona ermiştir. Birleşik Krallık'ta Şeri hukukun Şeriat Konseyleri tarafından uygulanması bu yola başvuru gönüllü olduğu sürece kabul edilmektedir. Dolayısıyla Yunanistan bu tarihe kadar Şeri hukuku vatandaşlarının bir kısmına istekleri hilafına uygulayan tek Avrupa ülkesidir¹⁴⁸.

Mülkiyet hakkı (1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi)

Mal veya mülkten faydalanma

*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. İrlanda*¹⁴⁹, davalı Devletin Avrupa Birliği çevre hukukunu çiğnediğine karar veren Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararına uymak için davalı Devlet tarafından alınan tedbirler ile ilgilidir.

Başvurucu şirket aldığı yıllık izin kapsamında yavru midye avlamaktadır. Faaliyetleri, çevrenin korunması hakkındaki AB direktiflerine etki tanyan ulusal hukuk uyarınca özel olarak korunan alan olarak belirlenmiş bir limanda yürütülmektedir. 2004'te Avrupa

¹⁴⁸ Ayrıca bakınız 13 Aralık 2018'de kabul edilen, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin Hukuki İlişkiler ve İnsan Hakları Komitesinin taslak kararı, “Şeri hukukun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu: Taraf Devletler ‘Kaire Deklarasyon’una imzacı olabilir mi?”.

¹⁴⁹ *O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. İrlanda*, no. 44460/16, 7 Haziran 2018.

Komisyonu tarafından başlatılan ihlal sürecini (*infringement proceedings*) takiben 2007’de ABAD, diğer hususların yanında, su ürünleri yetiştiriciliği faaliyetlerinin (yavru midye avlanması gibi) özel olarak korunan alanların (başvurucu şirketin ekonomik faaliyetlerini yürüttüğü liman gibi) çevresel bütünlüğü üzerindeki etkilerinin değerlendirmesini yapmayarak İrlanda’nın bir direktif altındaki yükümlülüklerine (Habitatlar Direktifi Madde 6 § 3) uymadığına karar vermiştir. ABAD kararının karşısında makamlar, Komisyon’a danışarak uyum stratejisini uygulamak için geçici olarak başvuru şirketin limanda yavru midye avlama iznini askıya almıştır. Başvurucu şirket tedbire itiraz etmek ve tazminat talep etmek için ulusal düzeyde açtığı davalarda nihayetinde başarısız olmuştur.

Sözleşme yargılamalarında başvuru şirket, başka şeylerin yanında, ulusal makamların sorumlu olduğu ve karşılığında tazminat almadığı ekonomik kayıp sebebiyle 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi altındaki haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme bu hükmün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Şu noktaların altı çizilebilir.

İlk olarak, 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesinin uygulanabilirliği bakımından Mahkeme, başvuru şirkete limanda yavru midye avlaması için izin verildiğini gözlemlemiştir. Bu, şirketin ilgili iznin verilmesiyle mümkün kılınmış olan iş faaliyetidir ve onun “mal veya mülkünü” oluşturan, resmi izin ile bağlantılı olan bu faaliyettir. Limanda yavru midye avlanmasının geçici olarak yasaklanması, “mal veya mülkünden” müdahale olmaksızın faydalanma hakkını kullanmasının kontrolü biçiminde bir müdahale teşkil etmiştir (ayrıca bakınız *Malik v. Birleşik Krallık*¹⁵⁰, ve *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. İtalya*¹⁵¹). İlginç şekilde Mahkeme, müdahalenin doğası ve kapsamını değerlendirirken, başka hususların yanı sıra, iznin geri çekilmediği veya iptal edilmediğini ve şikâyet edilen müdahalenin başvuru şirketin faaliyetlerinin bir kısmının geçici olarak yasaklanmasından ibaret olduğunu dikkate alacağını gözlemlemiştir.

İkinci olarak, müdahalenin amacı bakımından Mahkeme, tedbirin çevreyi korumak için ve Devletlerin AB hukuku altındaki yükümlülüklerine uyması için getirildiğini ve her iki meselede de

¹⁵⁰ *Malik v. Birleşik Krallık*, no. 23780/08, §§ 91-92 ve 94, 13 Mart 2012.

¹⁵¹ *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. İtalya* [BD], no. 38433/09, §§ 177-78, AİHS 2012.

geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kolayca kabul etmiştir. Özellikle de çevrenin korunması bakımından Mahkeme, şuna bir kez daha işaret etme fırsatını kullanmıştır (paragraf 109):

“... bu, günümüz toplumunda gittikçe önem kazanan, savunusu kamunun ve dolayısıyla kamu makamlarının sabit ve sürekli olarak ilgisini çeken bir dava haline gelmiştir (örneğin bakınız, yukarıda atıf yapılan *Depalle*, § 81; ayrıca bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Matczyński*, § 101). Kamu makamları, çevreyi koruma amacıyla konulmuş kanuni hükümlerin tamamen etkisiz olmadığını temin etmek için uygun zamanda müdahale etmelerini gerektiren bir sorumluluk üstlenirler (örneğin bakınız *S.C. Fiercolect Impex S.R.L v. Romanya*, no. 26429/07, § 65, 13 Aralık 2016). ...”

Üçüncü olarak Mahkeme'nin, ulusal makamların manevra için alanı olmadığı anlamına gelen, şikâyet edilen müdahalenin doğrudan ihlal sürecindeki ABAD kararından doğduğuna dair Hükümet argümanını ele alması gerekmiştir. Bu, “eşdeğer korumaya dair *Bosphorus* karinesi” diye tabir edilen meselenin Sözleşme yargılamalarında bu şekilde ifade edildiği ilk seferdir. Daha önceki davalar AB regülasyonlarını (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda*¹⁵², ve *Avotiņš v. Letonya*¹⁵³) veya direktiflerini (*Michaud v. Fransa*¹⁵⁴) ilgilendirmiştir. Mahkeme'nin *Bosphorus* karinesini uygulamak için gerekli koşulların, davanın spesifik koşullarında sağlanmamış olduğuna karar vermesi kayda değerdir; zira Mahkeme, karar davalı Devlet üzerinde bağlayıcı olsa bile karara nasıl uyacağına dair Devlete yine de biraz manevra payı bırakıldığı görüşündedir. Mahkeme şunu gözlemlemiştir (paragraf 112):

“Mevcut davada, davalı Devlet üzerindeki yükümlülük büyük ölçüde Habitatlar Direktifi Madde 6 § 3'ten doğmuştur. Buna göre İrlanda'nın yükümlülüğünü yerine getirmediği, Devlet'in ABAD kararına ve bu yargılamalar bağlamında incelenen ikincil mevzuata uymasına yönelik yükümlülüğünü içeren ihlal sürecinde belirlenmiştir. Dolayısıyla davalı Devletin Direktif'e ve ivedi şekilde ABAD kararına uymak zorunda olduğu açık olsa da, her ikisi de elde edilmesi gereken sonuçlardır ve hiçbiri karara nasıl uyulacağını belirlememiştir. Dolayısıyla davalı Devlet bu açıdan manevra payından tümüyle mahrum bırakılmamıştır. Tersine, ulusal makamlar atılacak adımlar ile ilgili olarak Komisyon'la istişare etmek için belli bir alana sahiptir ... Bu, davalı Devletin teklifi uyarınca, hem öncelikli muamele hem de Castlemaine limanı için

¹⁵² *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda* [BD], no. 45036/98, AİHS 2005-VI.

¹⁵³ *Avotiņš v. Letonya* [BD], no. 17502/07, §§ 101-05, 23 Mayıs 2016.

¹⁵⁴ *Michaud v. Fransa*, no. 12323/11, AİHS 2012.

Komisyon'un da onayıyla uygulanacak olan belli geçici tedbirlerin alınmasını içermektedir. Mahkeme'nin daha önce belirttiği üzere, bir parça manevra payının olması eşdeğer koruma karinesinin uygulanmasını engelleyebilecektir (bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Michaud*, § 113; ayrıca bakınız *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* [BD], no. 30696/09, § 338, AİHS 2011).

İlginç şekilde, Mahkeme ihlal yargılamalarında bir ABAD kararının başka koşullarda söz konusu üye Devlete hiç manevra payı bırakmıyor olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu ucu açık bırakmıştır.

Son olarak, müdahalenin orantılılığı bakımından, Mahkeme mevcut davada adil bir dengenin kurulduğu sonucuna varmak için birkaç neden olduğunu bulmuştur. Başka değerlendirmelerin yanında, şunları not etmiştir:

(i) En azından ABAD kararının tarihinden itibaren (2007) ve belki de Komisyon tarafından ihlal sürecinin başlatılmasından itibaren (2004), bir ticari operatör olan başvuru şirketi, olağan ticari faaliyetlerinin kesintiye uğramasına dair muhtemel bir riskin veya en azından ticari faaliyetleri açısından doğacak bazı sonuçların farkında olmuş olmalıdır (bakınız *Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri v. İrlanda*¹⁵⁵; ayrıca bakınız, *mutatis mutandis*, *Forminster Enterprises Limited v. Çek Cumhuriyeti*¹⁵⁶). Herhangi bir ihlal kararının kapsamı ve sonuçları öngörülemezdir, ama bir derece kesintiye uğrama riski açıkça gözardı edilmeyecektir.

(ii) Şikâyet edilen müdahale başvuru şirketin ticari işleri üzerinde hatırı sayılır bir olumsuz etkiye sahip olsa da Mahkeme, başvuru şirketin kâr kaybının limanın geçici olarak kapatılmasının kaçınılmaz ve hafifletilemez bir sonucu olduğunu yerleşik bir olgu olarak tespit etme durumunda olmadığını kanısındadır.

(iii) Başvuru şirketi 2008'de tüm operasyonlarını durdurmak zorunda kalmamıştır ve 2009'da iş faaliyetlerine olağan seviyesinde devam edebilmiştir; hatta çevresel etki değerlendirmelerinin yapılması sırasında söz konusu limana diğer özel olarak korunan alanlara kıyasla öncelik tanınmıştır.

(iv) Gütülen meşru amaçların ağırlığı gibi, davalı Devletin AB çevre hukuku altındaki yükümlülüklerine tamamen ve genel olarak

¹⁵⁵ *Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri v. İrlanda*, 29 Kasım 1991, § 59, Series A no. 222

¹⁵⁶ *Forminster Enterprises Limited v. Çek Cumhuriyeti*, no. 38238/04, § 65, 9 Ekim 2008.

uyum sağlamasındaki genel menfaatin kuvveti de konuyla ilgilidir. Mahkeme'nin bununla bağlantılı olarak, davalı Devletin AB hukuku altındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar verilmiş olmasının, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi açısından şikâyet edilen tedbirin amaçlarının önemini veya onlara atfedilen ağırlığı azaltan şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini gözlemlemiştir.

(v) ABAD kararına uyulması yalnızca söz konusu liman ile sınırlı değildir. Ülkenin dört bir yanında Devletin AB çevre hukuku yükümlülükleriyle uyumlu hale getirilmesi gereken özel olarak korunan birçok başka alan bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, böyle geniş bir ölçekte ve uygun bir zaman diliminde uygunluk sağlamak kesinlikle ulusal makamlara geniş takdir yetkisi sunan, topluluğun genel menfaatini ilgilendiren bir mesele olarak görülebilir.

*Könyv-Tár Kft ve Diğerleri v. Macaristan*¹⁵⁷ okul malzemeleri sektöründe başvuru şirketin müşteri çevresinin kaybıyla sonuçlanan tedbirlerin alınması ile ilgilidir.

Başvuru şirketler okullara ders kitapları sağlamaktadır. Bu sektör, dağıtım veya tedarik sektörü, düzenlenmemektedir ve rekabetçi güçlere tâbidir. Makamlar okullara ders kitabı sağlanmasını Devletin sahip olduğu bir kuruluşun sorumluluğu altına yerleştirmeye karar vermiştir. Yasal tedbirler Eylül 2013'te başlayan okul yılından itibaren yürürlüğe girmiştir ve Devletin kamusal eğitim sistemi düzenlemesi reformunun bir parçasını oluşturmuştur. Başvurular 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında şikâyette bulunmuştur.

Mahkeme'nin, bir kabul edilebilirlik meselesi olarak, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin mevcut davaya uygulanabilir olup olmadığına karar vermesi gerekmiştir. Hükümet, başvuru şirketlerin daha önceki düzenlenmeyen sistemde çalışmaya devam edebileceklerine ve sistemin onlara sağladığı avantajlardan süresiz olarak faydalanmaya devam edeceklerine dair yalnızca salt umuda güvenebileceklerini ileri sürmüştür. Mahkeme, bir müşteri çevresinin oluşturulmasının bir malvarlığı değeri ve dolayısıyla Madde 1 anlamında "mal veya mülk" doğuruyor kabul edilebileceği durumlara dair yerleşik içtihadına atıf yaparak bu argümana cevap vermiştir. Karar, bu alandaki içtihadının kapsamlı bir genel gözden geçirmesini

¹⁵⁷ *Könyv-Tár Kft ve Diğerleri v. Macaristan*, no. 21623/13, 16 Ekim 2018

sağlamaktadır (*Iatridis v. Yunanistan*¹⁵⁸; *Van Marle ve Diğerleri v. Hollanda*¹⁵⁹; *Malik v. Birleşik Krallık*¹⁶⁰; *Döring v. Almanya*¹⁶¹; *Wendenburg ve Diğerleri v. Almanya*¹⁶²; *Buzescu v. Romanya*¹⁶³; ve *Oklešen ve Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenya*¹⁶⁴).

İçtihadını uygulayarak Mahkeme şöyle karar vermiştir (paragraf 32):

“Yıllardır ders kitabı dağıtımı işinde olan başvuru şirketler yakınlarında bulunan okullarla yakın ilişkiler kurmuştur. Bu iş kolundaki müşteri hacmi sınırlıdır, zira bu her zaman belirli bir bölgede bulunan okul ve öğrenci sayısına tekabül edecektir. Dolayısıyla Mahkeme, işlerin doğası gereğince diğer ticari faaliyetlerde kolaylıkla faydalanılmayacak olan -her ne kadar doğası itibariyle değişken olsa da- müşteri çevresinin, başvuru şirketlerin kurulmuş iş faaliyetleri için önemli bir temel olduğuna ikna olmuştur. Gerçekten de başvuru şirketlerin kaybettiği müşteri çevresi birçok açıdan bir özel hak niteliğine sahiptir ve dolayısıyla 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi bağlamında ‘mal veya mülk’ olan bir malvarlığı değeri teşkil etmektedir. (bakınız, yukarıda atf yapılan, *Van Marle ve Diğerleri*, *Döring*, ve *Wendenburg ve Diğerleri*). ...”

*G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*¹⁶⁵ ceza hükmünün yokluğunda mülke el konulması ve kanunilik ilkesi ile ilgilidir.

Başvurucular İtalyan hukuku uyarınca kurulmuş şirketler ve bir İtalyan vatandaşı olan Bay Gironde’dır. Arazileri üzerinde hukuka aykırı yapılaşma yaptıkları gerekçesiyle aleyhlerinde, arazilerine ve binalarına el koyan mahkeme kararları çıkartılmıştır. Ancak hukuka aykırı yapılaşma nedeniyle G.I.E.M. S.r.l.’nin yöneticileri aleyhine hiçbir ceza yargılaması başlatılmamıştır; diğer başvuru şirketler de yöneticileri aleyhine yürütülen ceza yargılamalarının tarafı olmamıştır ve her ne kadar Bay Gironde ceza yargılamalarında davalı olmuş olsa da, bu dava zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. Başvurucular

¹⁵⁸ *Iatridis v. Yunanistan* [BD], no. 31107/96, § 54, AİHS 1999-II.

¹⁵⁹ *Van Marle ve Diğerleri v. Hollanda*, 26 Haziran 1986, § 41, Series A no. 101.

¹⁶⁰ *Malik v. Birleşik Krallık*, no. 23780/08, § 89, 13 Mart 2012.

¹⁶¹ *Döring v. Almanya* (kar.), no. 37595/97, AİHS 1999-VIII.

¹⁶² *Wendenburg ve Diğerleri v. Almanya* (kar.), no. 71630/01, AİHS 2003-II (alıntılar).

¹⁶³ *Buzescu v. Romanya*, no. 61302/00, § 81, 24 Mayıs 2005.

¹⁶⁴ *Oklešen ve Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenya*, no. 35264/04, § 54, 30 Kasım 2010.

¹⁶⁵ *G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 1828/06 ve 2 başvuru daha, 28 Haziran 2018. Ayrıca yukarıda bakınız Madde 6 § 2 altında (Masumiyet karinesi) ve Madde 7 (Kanunsuz ceza olmaz).

Sözleşme'nin 7. maddesine ve 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine dayanmıştır.

Büyük Daire, *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*'da¹⁶⁶ olduğu gibi, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin bütün başvuruçular bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir. Birkaç nokta kayda değerdir.

Büyük Daire, vermiş olduğu Madde 7'nin ihlali kararının el koymaların yasal dayanaktan yoksun olduğu ve dolayısıyla 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına gelip gelmediği konusunda hüküm kurmamıştır.

Her ne kadar Mahkeme çevrenin korunması lehine politikaların meşruiyetini kaydetse de (*Depalle v. Fransa*¹⁶⁷, ve *Brosset-Triboulet ve Diğerleri v. Fransa*¹⁶⁸), el koyma tedbirlerinin gerçekten de bu amaca katkı sağlayıp sağlamadığına dair biraz şüphe duymuştur.

Müdahalenin orantılılığı, Büyük Daire tarafından tespit edilen, başvuruçuların suçluluğunun veya ihmalinin derecesini veya en azından onların davranışları ile söz konusu suç arasındaki ilişkiyi içeren birtakım etkenler göz önüne alınarak değerlendirilmiştir.

Mal veya mülkten müdahale olmaksızın faydalanma hakkı ile ilgili yargılamalar, bir bireye 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile güvence altına alınan haklara müdahale eden tedbirlere etkili şekilde karşı çıkma amacıyla yetkili makamlar önüne davasını getirmeye yönelik makul bir imkân vermesi gerektiğinden, bu açıdan usuli güvencelerin önemi de vurgulanmıştır.

Lekić v. Slovenya'daki¹⁶⁹ karar, piyasa dengesini ve finansal disiplini temin etmek için Devlet tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgilidir.

Şirketlerin Finansal Operasyonları Kanunu 1999 ("FOCA") mahkemelerin aktif olmayan şirketleri kayıttan silmesine ve "aktif üyeleri" şirket borcundan sorumlu tutmasına izin vermektedir. Amaç, piyasa dengesini ve finansal disiplini temin etmektir: (sosyalist ekonomiden serbest piyasa ekonomisine geçişin sonucu olarak) borçları olan ve malvarlığı olmayan çok sayıda hareketsiz şirket

¹⁶⁶ *Sud Fondi S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya*, no. 75909/01, 20 Ocak 2009.

¹⁶⁷ *Depalle v. Fransa* [BD], no. 34044/02, § 84, AİHS 2010.

¹⁶⁸ *Brosset-Triboulet ve Diğerleri v. Fransa* [BD], no. 34078/02, § 87, 29 Mart 2010.

¹⁶⁹ *Lekić v. Slovenya* [BD], no. 36480/07, 11 Aralık 2018.

bulunmaktadır ve daha olağan olan tasfiye süreçlerinin işletilmesi mahkemeleri çığ altında bırakacaktır. Başvurucunun azınlık hissedar (ve eski yönetici müdürü) olduğu şirket kayıttan silinmiştir ve icra sürecinden sonra (2002-2007) başvuru, şirketin borcundan sorumlu tutulmuştur. Büyük Daire 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu, başvuru tarafından karşı çıkılan, Mahkeme'nin tüzel kişilik perdesini kaldıran bir Devlet tedbirinin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında orantılılığını değerlendireceği ilkeleri belirlediği ilk davadır.¹⁷⁰

(i) Mahkeme'nin müdahalenin hukuka uygunluğuna ve özellikle de öngörülebilirliğine dair denetimi, bir Devletin bir azınlık hissedardan şirketin faaliyetlerine göstermesini bekleyeceği dikkat düzeyi ve ilgili düzenleyici çerçeve hakkında yol göstermektedir. Mahkeme, faaliyetin barındırdığı risklerin değerlendirilmesinde özel bir özen göstermek dâhil, bir profesyonelden beklenen yüksek temkin düzeyini (*Cantoni v. Fransa*¹⁷¹, ve *Karácsony ve Diğerleri v. Hungary*¹⁷²), ticari faaliyetlerle ilgilenen kişilere hangi ilkelerin uygulandığını (*Špaček, s.r.o. v. Çek Cumhuriyeti*¹⁷³, ve *Forminster Enterprises Limited v. Çek Cumhuriyeti*¹⁷⁴) tekrar etmiştir. Bir azınlık hissedar ve eski yönetici müdür olan başvuru, şirketin durumunun ve söz konusu alıcının yürüttüğü yargılamaların farkındadır ve FOCA'nın hükümlerinin de farkında olmalıdır (*J.A. Pye(Oxford) Ltd ve J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. Birleşik Krallık*¹⁷⁵). İlginç şekilde, Anayasa Mahkemesi'nin “aktif üye” tanımı (en azından %10'luk

¹⁷⁰ *Ališić ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* ([BD], no. 60642/08, AİHS 2014)'nde daha ziyade 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında bir Devlet bankasının borçlarının ödenmemesi ile ilgili olarak ve daha önceki davalarda Devlete ait şirketlere karşı ulusal mahkeme kararlarının uygulanmaması ile ilgili olarak Sözleşme'nin 6. maddesi ve 1 No.lu Protokol'ün 1. Maddesi altında (*Ališić ve Diğerleri*'nde atıf yapılan davalar, §§ 114-15) Mahkeme, ilgili Devletin borçların ödenmesindeki sorumluluğunu ortaya koymuş ve bu kararlarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını ele almıştır.

¹⁷¹ *Cantoni v. Fransa*, 15 Kasım 1996, Esasa İlişkin Kararlar ve Kabul Edilebilirlik Kararları Raporları 1996-V.

¹⁷² *Karácsony ve Diğerleri v. Macaristan* [BD], no. 42461/13 ve 44357/13, 17 Mayıs 2016.

¹⁷³ *Špaček, s.r.o. v. Çek Cumhuriyeti*, no. 26449/95, 9 Kasım 1999.

¹⁷⁴ *Forminster Enterprises Limited v. Çek Cumhuriyeti*, no. 38238/04, 9 Ekim 2008.

¹⁷⁵ *J.A. Pye (Oxford) Ltd ve J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. Birleşik Krallık* [BD], no. 44302/02, AİHS 2007-III.

hisse ile şirketi etkileyecek bir konumda olanlar) böyle bir hisseye sahip olanların faydalandığı kanuni haklar ve ilgili uluslararası kuruluşların (*Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün Yabancı Doğrudan Yatırım Ölçüt Tanımı*, 4. Basım 2008 gibi) benzer ölçütleri dikkate alındığında, keyfi olarak değerlendirilmemiştir. Son olarak, kayıttan silme sürecindeki kararlar başvuruca değil, şirkete tebliğ edilmişse de, Mahkeme, “üyeler ... şirket varlığını sürdürdüğü süreç ..., temel yönetimini de sağlamış olmalıdır” diye ekleyerek, aktif bir üye olarak başvuruca risklerin farkında olması gerektiği ve şirket mektuplarını almak için harekete geçmesi gerektiği fikrini esasen desteklemiştir.

(ii) Şikâyet edilen tedbir ile söz konusu yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı konusunda Büyük Daire, şikâyet edilen tedbirin kamu menfaatine olduğunu ve özellikle de Devletin ekonomiye telafi edilemez zararı önlemekle beraber, hukuki güvenlik ve piyasa güvenini iyileştirmek için de harekete geçmesine yönelik üstün bir ihtiyacı olabileceğini kabul etmiştir.

(a) İlk olarak, Büyük Daire bu bağlamda adil denge kurulması ile ilgili belirli ilkeleri tespit etmiştir. *Agrotexim ve Diğerleri v. Yunanistan*'da¹⁷⁶ Mahkeme, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve şirketin tüzel kişiliğinin gözardı edilmesinin yalnızca istisnai hallerde haklı kılınacağına karar vermiştir. Ancak Büyük Daire, bir taraftan mağdur olarak tanınmak isteyen hissedarlar tarafından şirketin “içinden” gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerini (yukarıda atıf yapılan, *Agrotexim ve Diğerleri*'nde olduğu gibi; ayrıca bakınız *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. İtalya*¹⁷⁷) ve diğer taraftan mevcut davada olduğu gibi, bir borçlu tarafından veya borçlu lehine “dışarıdan” gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taleplerini ayırmak için Uluslararası Adalet Divanı'nın bir kararına (*Barcelona Traction, Light ve Power Company, Limited*¹⁷⁸) dayanmıştır. *Agrotexim ve Diğerleri* içtihadı dolayısıyla mevcut dava ile yer değiştiremeyecekse de, Büyük Daire yine de adil dengeyi değerlendirirken, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının ve bir hissedarın şirket borçlarından sorumlu tutulmasının “istisnai koşullar tarafından [gerekli kılınması] ve spesifik güvenceler tarafından

¹⁷⁶ *Agrotexim ve Diğerleri v. Yunanistan*, 24 Ekim 1995, Series A no. 330-A.

¹⁷⁷ *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano v. İtalya* [BD], no. 38433/09, AİHS 2012.

¹⁷⁸ *Barcelona Traction, Light ve Power Company, Limited*, 5 Şubat 1970 tarihli karar, ICJ Reports 1970, p. 3.

dengelenmesi” gerektiği ilkesini “dikkate alacağına” karar vermiş ve “İstisnai” ifadesinin meselelerin sıklığını değil, niteliğini ilgilendirdiğini açıklığa kavuşturmuştur.

(b) Mahkeme bu ilkeleri uygulayarak ve mevcut davada dengeleme faaliyetini yürüterek devam etmiştir.

- “İstisnai koşullar”ın 1999’da yasal düzenleme yaparken Devletin karşı karşıya kaldığı *genel pazar durumu* ile ilgili olduğu gözükmektedir. Mahkeme, diğer şeylerin yanı sıra, serbest piyasada şirketlerin sağlaması gereken temel koşullara uymayan 6500 hareketsiz şirketi ilgilendiren, Slovenya’daki ciddi nitelikte ve sosyalizm sonrasına ilişkin sorunları; durumun biraz aciliyeti olduğunu; mevzuattaki parametreleri; borçları ödenmemiş alacaklıların konumunu ele alma ihtiyacını; ve ayrıca yılar boyunca gerçekleştirilmiş çeşitli yasama ve yargı denetimlerinin nitelik ve derinliğini dikkate almıştır (*Animal Defenders International v. Büyük Krallık*¹⁷⁹).

- Büyük Daire, *başvurucunun özel durumunu* değerlendirerek devam etmiştir, şu hususlar da buna dâhildir: hissedarlığının kapsamı (% 11,11); şirkete katılımı (eski yönetici müdür, hâlâ şirkette aktif); bir azınlık hissedar olarak hakları ve yükümlülükleri; ayrıca onun tarafından ödenecek olan borcun mütevazı niteliği. *Şirketin spesifik durumunu* da incelemiştir: limited şirkete çevrildiği zaman bile şirkete yeteri kadar sermaye aktarılmamıştır ve dolayısıyla şirketler hukukunu ihlal etmiştir; yıllar boyunca tasfiye için başvuruda bulunmamıştır ve sonra da gereken ücretleri ödememiştir; ve FOCA yalnızca yürürlüğe girdikten bir yıl sonra uygulanabilir hale geldiğinden, şirket ve hissedarlarının tasfiye sürecini başlatmak için, dolayısıyla FOCA’nın uygulanmasını ve şirket borçları için hissedar sorumluluğunu engellemek için bir yıllık bir süresi olmuştur. Borcun ödenmesi konusunda uzatılmış bir belirsizliğe maruz kalmış *alacaklıların konumu* da dikkate alınmıştır. İlginç şekilde Mahkeme, *başvurucunun FOCA’nın Avrupa Birliği’ndeki şirketler hukukunun temel ilkelerine ve özellikle de Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis*¹⁸⁰ kararına aykırı olduğu iddiasını reddetmiştir: bu

¹⁷⁹ *Animal Defenders International v. Birleşik Krallık* [BD], no. 48876/08, AİHS 2013 (alıntılar).

¹⁸⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 21 Ekim 2010 tarihli *Idryma Typou AE v. Ypourgos Typou kai Meson Mazikis Enimerosis* kararı, C-81/09, EU:C:2010:622.

davadaki ihlal, üzerinde hissedarların etkilerinin olmadığı bir mesele ile ilgili olarak verilen cezaların sorumluluğunun hissedarlara yüklenmesine dayanmıştır.

(c) Sonuç olarak, yukarıdaki tüm değerlendirmeler (özellikle de şirketin işleyişine katılımı, onun tarafından ödenen borç ve ulusal bağlam) Mahkeme'nin şikâyet edilen tedbirin başvurucuya münferit ve aşırı bir yük yüklediği sonucuna varmasına neden olmuştur. Mahkeme dolayısıyla 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu nedenle “istisnai koşullar” ve “dengeleyici güvenceler”in dikkate alınacak olan unsurlar olduğu ama tüzel kişilik perdesini “dışarıdan” kaldıran bir tedbirin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine uygunluğunun her bir davanın belirli olgularına ve diğer şeylerin yanı sıra, söz konusu ilgili aktörlerin (hissedar, şirket ve borçlu) durumuna bağlı olacağı gözükmemektedir.

Mülkün kullanımının kontrolü

*Könyv-Tár Kft ve Diğerleri v. Hungary*¹⁸¹ okul malzemeleri sektöründe başvuru şirketin müşteri çevresinin kaybıyla sonuçlanan tedbirlerin alınması ile ilgilidir.

Başvuru şirketler okullara ders kitapları sağlamaktadır. Bu sektör, dağıtım veya tedarik sektörü, düzenlenmemektedir ve rekabetçi güçlere tâbidir. Makamlar okullara ders kitabı sağlanmasını Devletin sahip olduğu bir kuruluşun sorumluluğu altına yerleştirmeye karar vermiştir. Yasal tedbirler Eylül 2013'te başlayan okul yılından itibaren yürürlüğe girmiştir ve Devletin kamusal eğitim sistemi düzenlemesi reformunun bir parçasını oluşturmuştur. Başvuru şirketler, Devletin yeni tekelinin onların münhasır veya majör faaliyet alanı olan okul malzemeleri piyasasından onları açıkça yasaklı tuttuğu ve buna bağlı olan finansal kayıplarının tazmin edilmediğinden bahisle 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında şikâyette bulunmuştur. Mahkeme bu Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanabilirliği meselesi bir yana, karar iki açıdan ilginçtir.

¹⁸¹ *Könyv-Tár Kft ve Diğerleri v. Macaristan*, no. 21623/13, 16 Ekim 2018. Ayrıca yukarıda bakınız 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altında (Mal veya mülkler).

İlk olarak, Hükümet şikâyet edilen tedbirin sunulmasının asıl nedeninin, kamu fonlarının daha etkili şekilde harcandığını temin etmek için tedarikçilerin yayıncılar karşısındaki piyasa pozisyonunu güçlendirmek olduğunu vurgulamıştır. Ancak Mahkeme bu argüman ile ikna olmamıştır. Diğer şeylerin yanı sıra, ders kitaplarının fiyatlarının, ebeveynlere ve öğrencilere finansal açıdan hiçbir fayda içermeyen şekilde Devlet tarafından düzenlendiğini ve hâlâ düzenleniyor olduğunu kaydetmiştir. İlginç şekilde, reform tedbirinin meşru amaç güttüğünü varsaymaya hazırdır.

İkinci ve önemli olarak, Mahkeme davanın esasına girerek şikâyet edilen tedbirin bu koşullarda orantısız olduğuna ve söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kuramadığına hükmetmiştir. Okul malzemesi piyasası hakkındaki kendi analizinden, başvuru tarafından şikâyet edilen tedbirin, ne neticede okul kitapları için ödeme yapan ve onları kullanan bireyleri, yani ebeveynler ve öğrencileri, koruma, ne de söz konusu pazarda adil rekabeti temin etme ihtiyacı ile haklı kılınabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuru şirketlerin tüm müşteri çevresi Devletin sahip olduğu kuruluş tarafından ele geçirilmiştir ve 2013/14 okul yılından itibaren, kendilerini okul kitabı dağıtım sözleşmelerini görüşmekten pratik olarak dışarıda tutulmuş bulmuşlardır. Mahkeme, şunlar da dâhil olmak üzere, birtakım başka değerlendirmelere de ağırlık vermiştir: başvuru şirketlerin yeni koşullara uyum sağlamak için yalnızca on sekiz aylık bir dönemi olmuştur; onları keyfilikten korumak veya onlara tazminat şeklinde bir telafi sunmak için hiçbir tedbir alınmamıştır; okul malzemeleri sektöründeki yeni Devlet tekeli başvuru şirketlerin sektör dışındaki işlerine devam etmelerini veya işlerini yeniden kurmalarını imkânsız hale getirmiştir; ebeveynler veya öğrenciler için gerçek yararın eksikliği.

Mahkeme'nin bu alanın, reform tedbirlerinin doğası, kapsamı ve uygulanma biçimini belirlerken davalı Devletin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu bir alan olduğunu gözlemlemesi ama Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermesi açısından karar önemlidir. Bununla bağlantılı olarak şunu vurgulamıştır (paragraf 58)

“[bu gibi tedbirler] ... kullanılan araçlar ve gerçekleştirilmek istenen amaç bakımından orantısız olmamalıdır; ticari aktörleri münferit ve aşırı bir yüke maruz bırakmamalıdır. Mevcut davada başvuru şirketlerin işlerindeki keskin değişiklik Devlet tarafından önerilen herhangi bir olumlu tedbir ile hafifletilmemiştir. Dahası, müdahale önceki düzenlemelere tâbi olmayan bir iş faaliyeti ile ilgilidir, iş faaliyetleri herhangi bir şekilde tehlikeli değildir, ve

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

başvurucuların iş faaliyetinin Devlet tarafından fiilen tekelleştirileceğini varsaymaları beklenmemiştir (bakınız *Oklešen ve Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P.*; ayrıca, karşı görüşte, *Pinnacle Meat Processors Company ve 8 Başvurucu Daha; Ian Edgar (Liverpool) Ltd, ve Tipp 24 AG*, hepsine yukarıda atf yapılmıştır)”.¹⁸²

Pozitif yükümlülükler

*Kurşun v. Türkiye*¹⁸² bir petrol rafinerisinde meydana gelen patlama sonucu başvuruçunun mülkünün tahrip olması ve Devletin malik olma hakkı ile ilgili pozitif ve usuli yükümlülüklerinin kapsamı hakkındadır.

Başvuruçunun mülkü, mülkün yakınında yer alan, o dönemde bir Devlet kuruluşu olan Tüpraş tarafından işletilen bir petrol rafinerisinin patlaması sonucu tahrip olmuştur.

Diğer şeylerin yanı sıra, patlamanın sebebi ve patlamadan kimin sorumlu olduğunu dair birtakım soruşturmalar yapılmıştır. Farklı soruşturmaların sonuçları sorumluluk meselesi bakımından tam olarak nihai değildir. Birkaç Tüpraş yöneticisine karşı başlatılan ceza yargılamaları nihayetinde zamanaşımına uğradığından devam ettirilmemiştir. Başvuruçucu Tüpraş'a karşı hukuk davası açmıştır, ama eski Borçlar Kanunu Madde 60 § 1'de yer alan, haksız fiil işleyen kişiye karşı dava açmak için bir yıllık süre sınırına uymadığı için tazminat talebi Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Bu hükme göre, haksız fiil davaları zarar görenin zarardan ve sorumlu kişilerin kimliğinden haberdar olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde açılmalıdır. Yargıtay'ın görüşüne göre, patlamanın gerçekleştiği tarihte başvuruçucu patlamadan Tüpraş'ın sorumlu olduğunu biliyor olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla talebi zamanaşımına uğramıştır.

Sözleşme yargılamalarında başvuruçucu, Sözleşme'nin 6. maddesi (mahkemeye erişim hakkı) ve 1 No.lu Protokolün 1. maddesi altında yukarıdaki olaylar hakkında şikâyetinde bulunmuştur.

Mahkeme, başvuruçunun hukuk davasındaki süre sınırının Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yorumlanma ve uygulanma biçimi yönünden Madde 6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin kararının, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altındaki gerekçelendirmesinin bir kısmı üzerinde yansımaları olmuştur. Bu

¹⁸² *Kurşun v. Türkiye*, no. 22677/10, 30 Ekim 2018. Ayrıca yukarıda bakınız Madde 6 § 1 altında (Mahkemeye erişim).

hükümler altında başvurucu, diğer şeylerin yanı sıra Devlet makamlarının onun mülkiyet hakkını korumak için gerekli önleyici tedbirleri almadığından ve daha sonra haklarını savunmasına imkân sağlamak için uygun çözümleri sunmadığından bahisle şikâyetçi olmuştur. Dahası, olaydan sonra başlatılan ceza yargılamaları Mahkeme'nin *Öneryıldız v. Türkiye*'de¹⁸³ tarif ettiği etkililik gerekliliklerine uygun değildir.

Mahkeme bir rafinerinin işletilmesinin şüphesiz tehlikeli bir endüstriyel faaliyet teşkil ettiğini kaydetmiştir. Mahkeme, kamu makamlarının sorumluluğu altında gerçekleşen tehlikeli bir faaliyet sonucunda yaşam ve mülk kaybı olduğu bir durumda, yerleşim yerlerinin korunması için gereken tedbirlerin kapsamının, mukimlerin yaşamını korumak için alınacak olanların kapsamından ayrılamaz olduğuna halihazırda hükmettiğini gözlemlemiştir (esasen ölüm riskini engellemek için gerekli tüm güvenceleri sağlayan uygun bir düzenleyici çerçeve – bakınız yukarıda atf yapılan, *Öneryıldız*, §§ 106-08 ve 134-36; *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya*¹⁸⁴; ve *Kolyadenko ve Diğerleri v. Rusya*¹⁸⁵). Daha sonra, başvurunun yukarıda bahsi geçen ceza yargılamalarının etkililikten yoksun olduğu eleştirisini ve *Öneryıldız* standartlarına dayanmasını göz önüne alarak, Devletin iddia edildiği üzere mülkünü koruyamamış olmasına başvurunun itiraz etmesi için etkili yolları olup olmadığı sorusuna yönelmiştir. Önemli olarak, bu ikinci hususla ilgili şunu kaydetmiştir (paragraf 121):

“..., tahrip olmuş mülk bakımından etkili bir *ceza hukuku yolunu* mümkün kılma görevi, bu bağlamda yaşam kaybı olsaydı bu görevin sahip olacağı aynı öneme sahip değildir (bakınız, *mutatis mutandis*, yukarıda atf yapılan *Budayeva ve Diğerleri*, § 178; ve mülkiyet haklarına ceza hukukundan bir tepki gerektirebilecek başka müdahale biçimleri ile, örneğin *Selçuk ve Asker v. Türkiye*, 24 Nisan 1998, § 96, Raporlar, 1998-II, veya ihlalin cezai nitelikte olduğu, *Blumberga v. Letonya*, no. 70930/01, § 67, 14 Ekim 2008 gibi durumlara karşılaştırınız). Söz konusu koşulların karmaşıklığını dikkate alarak bile Mahkeme, ilk olarak öldürücü kuvvet kullanımı içeren davalar için geliştirilmiş olan ve istisnai olarak *Öneryıldız* gibi davalarda, söz konusu ölümlerin kasti olmayan niteliğine rağmen ortaya çıkan çok özel durumlara uygulanan katı usuli gerekliliklerin (örneğin bakınız *Oruk v. Türkiye*, no.

¹⁸³ *Öneryıldız v. Türkiye* [BD], no. 48939/99, AİHS 2004-XII.

¹⁸⁴ *Budayeva ve Diğerleri v. Rusya*, no. 15339/02 ve 4 başvuru daha, § 173, AİHS 2008 (alıntılar).

¹⁸⁵ *Kolyadenko ve Diğerleri v. Rusya*, no. 17423/05 ve 5 başvuru daha, § 216, 28 Şubat 2012.

Mahkeme'nin 2018 yılı içtihadına genel bakış

33647/04, §§ 50 ve 65, 4 Şubat 2014, ve *Sinim v. Türkiye*, no. 9441/10, §§ 62-64, 6 Haziran 2017), başvurusunun şikâyetinin yalnızca mülke zarar içerdiği mevcut koşullara kolayca uygulanabileceği kanaatinde değildir.”

Bu ifade Devletlerin bu alandaki usuli yükümlülüklerinin kapsamına ilişkin içtihadta bir gelişmeyi temsil etmektedir. Mahkeme'nin ceza yargılamasının yetersiz olduğu konusunda başvurucuya katılması ama Tüpraş ve sorumlu Devlet makamlarına karşı hukuk ve idare mahkemelerinde açılan bir tazminat davasının “yalnızca başvurucuya uygun çözümü sağlayabileceğini değil, aynı zamanda belki de daha uygun olacağı”ni gözlemlemesi dikkate değerdir. İlginç şekilde Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi altında vardığı sonucu dikkate alarak, Tüpraş'ın patlamadaki ve bunun başvurusunun mülkünde meydana doğurduğu zarardaki iddia edilen doğrudan sorumluluğuna ilişkin başvurusunun şikâyetlerinin kabul edilebilirliğini veya esasını incelemeyi gerekli görmemiştir. Başvurusunun Devlet makamları aleyhine şikâyetleri bakımından Mahkeme, her ne kadar savcılık makamı Devletin patlamayı engelleme konusunda başarısız olup olmadığına dair re'sen bir ceza soruşturması açmak zorunda olmasa da, başvurusunun bunu talep edebileceğini kaydetmiştir. Ancak, daha da önemlisi, Mahkeme'nin bu alanda tazmin edici bir çözümün önemine yaptığı vurgudur. Tüpraş bakımından etkili hukuki yol kavramına dair yukarıdaki yaklaşımıyla tutarlı şekilde Mahkeme, idare mahkemelerinin prensip olarak davanın olgularını belirleme, söz konusu olaylar için sorumluluk tayin etme ve icra edilebilir kararlar vermeye muktedir olduğunu kaydetmiştir. Başvurucu Devlete karşı idari dava açmamıştır ve dolayısıyla etkili bir yolu tüketmemiştir.

Serbest seçim hakkı (1 No.lu Protokol'ün 3. Maddesi)

Halkın kanaatlerini özgürce açıklaması

*Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2)*¹⁸⁶ davasında Mahkeme, hukuka uygun bir şekilde gözaltına alınıp tutuklanan milletvekilinin

¹⁸⁶ *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2)*, no. 14305/17, 20 Kasım 2018 (kesinleşmedi). Ayrıca yukarıda Madde 5 § 3 (Tutukluluk Süresi) ve aşağıda Madde 18 (Sözleşmede Öngörülmemeyen Sınırlandırmalar) başlıklarına bakınız.

tutukluluğunun devam ettirilmesinin 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ile uyumlu olup olmadığını incelemiştir.

Başvurucu bu anayasa değişikliğinden etkilenen 154 parlamenterden biridir. 4 Kasım 2016'da silahlı terör örgütüne üyelik ve başkalarını suç işlemeye teşvik etme şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvurucu halen tutukludur. Milletvekilliği 24 Haziran 2018 tarihinde sona ermiştir.

Başvurucu, Millet Meclisi'nin seçilmiş bir üyesidir ve sol ve Kürt yanlısı siyaset izleyen bir siyasi parti olan Halkların Demokratik Partisi'nin (HDP) eş başkanlarından biridir. 20 Mayıs 2016'da kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerinin değişikliğin kabul tarihinden önce Millet Meclisi'ne gönderilmiş olduğu tüm davalarda yasama dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Cumhurbaşkanı tarafından desteklenen bu değişiklik, PKK ile bağları olan bir örgüt ve IŞİD arasında Suriye'de gerçekleşen çatışmalara ve Ekim 2014'te bazı şehirlerde meydana gelen önemli şiddet olayları ve "Kürt sorununu" çözmeyi amaçlayan görüşmelerin 2015 yılında sona ermesinin ardından artan şiddetle birlikte, bu şiddetin Türkiye'ye sıçrama korkusuna dayanmaktadır. Bu olaylar hakkında konuşmalar ve açıklamalar yapan başvurucu, bu anayasa değişikliğinden etkilenen 154 milletvekilinden (55 HDP milletvekili dâhil) biridir. 4 Kasım 2016 tarihinde başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma ve kişileri suç işlemeye teşvik etme şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvurucu hâlâ cezaevindedir ve tutuklu yargılanmaktadır. Milletvekilliği 24 Haziran 2018 tarihinde sona ermiştir.

Mahkeme, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu, Mahkeme'nin tutuklu bir milletvekilinin davasının bu maddeyle olan uyumunun incelendiği ilk davadır. Mahkeme, Sözleşme Madde 5 § 3 ile uyumlu olmasa dahi tutukluluğun otomatik olarak bu maddeyi ihlal etmediğini kaydetmiştir. Bu konu, özellikle yerel mahkemelerin milletvekilinin tutuk halinin devamına karar verirken onun devam eden tutukluluğu ile sağlanacak fayda ile seçilmiş milletvekili olarak görev yapma hakkı da dâhil olmak üzere 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde güvence altına alınan hakları arasında denge kurup kurmadığı gibi bazı etkenler dikkate alınarak belirlenmelidir. Ayrıca, Mahkeme, tutukluluk halinin devam ettirilmesinin orantılı bir tedbir olup

olmadığının bu tedbirin süresi ve milletvekilinin görevlerini etkili bir şekilde yerine getirme imkânı üzerindeki dolaylı etkileri dikkate alınarak takdir edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Bu değerlendirmeleri uygulayarak Mahkeme, başvurunun milletvekili olduğu dönemde Millet Meclisi'ndeki faaliyetlere (oy kullanmak dâhil) katılmasının bir yıl yedi ay ve yirmi gün boyunca engellendiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, daha önce Madde 5 § 3 uyarınca yerel mahkemelerin başvurunun tutukluluk halini devam ettirmek için yeterli gerekçeleri sunmadığını not etmiştir. Mahkeme'nin gerekçesinin temel noktası, yerel mahkemelerin başvurunun sadece bir milletvekili değil, aynı zamanda "yasama görevlerini yerine getirmesi yüksek düzeyde koruma gerektiren" bir muhalefet partisi lideri olduğunu yeterli şekilde dikkate almaması ve dava dosyasında yerel mahkemelerin tutukluluğa alternatif tedbirleri uygulamayı gerçekten düşündüklerine dair bir veri olmamasıdır. Mahkeme'nin gerekçesi, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen güvenceler çerçevesinde bir milletvekiline verilen rolün önemi açısından kayda değerdir. Ayrıca Mahkeme'nin başvurunun Madde 18 şikâyetini değerlendirmesi için de önemli bir zemin sağlamıştır.

DİĞER SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ

Olağanüstü hallerde derogasyon (Madde 15)

Mehmet Hasan Altan v. Türkiye ve *Şahin Alpay v. Türkiye*¹⁸⁷ derogasyonun Sözleşme'nin 15. maddesindeki amaçlara göre geçerliliğine ilişkindir.

15 Temmuz'u 16 Temmuz 2016'ya bağlayan gece yaşanan darbe girişiminin ardından Hükümet, 20 Temmuz'da olağanüstü hal ilan etmiş ve 21 Temmuz'da Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne Sözleşmesel bazı yükümlülüklerini askıya aldığını bildirmiştir. Tanınmış gazeteciler olan başvurucular gözaltına alınmış ve darbe girişimiyle bağlantılı olarak terör suçlamalarıyla tutuklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucuların gözaltına alınmasının ve tutuklanmasının özgürlük haklarını ve ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine ve başvuruculara tazminat ve masrafların ödenmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmadığına karar veren ağır ceza mahkemesi, kararı yerine getirmemiş ve başvurucular cezaevinde kalmaya devam etmiştir. Başvurucular Madde 5 § 1 uyarınca tutuklanmalarını meşru kılacak bir suç işlediklerine dair makul şüphenin olmadığından ve gözaltına alınmalarının ve tutuklanmalarının 10. maddedeki haklarını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ve 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş bildirme hakkını (Sözleşme Madde 36 § 3) kullanmıştır. Birleşmiş Milletler ifade özgürlüğünü koruma ve geliştirme üzerine özel raportörü ve bazı sivil toplum kuruluşları birlikte üçüncü taraf görüşü (Sözleşme Madde 36 § 2) sunmuştur.

¹⁸⁷ *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, 20 Mart 2018, ve *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, 20 Mart 2018. Ayrıca yukarıda bakınız Madde 5 § 4 altında (İncelemenin hızı).

Türkiye'de 2016 yılında meydana gelen darbe girişimiyle bağlantılı suçlamalara ilişkin gözaltı ve tutuklama şikâyetlerinin esası hakkında Mahkeme'nin verdiği ilk kararlar olduğu için Türkiye bağlamında önemli davalardır. Karardan bazı noktalar kayda değerdir:

(i) Mahkeme'nin derogasyonları incelediği az sayıda dava bulunmaktadır. Derogasyonların Sözleşme'nin 15. maddesi altında geçerli olup olmadığını gözden geçirdiği belirli yönler kayda değerdir.

Cevaplanması gereken ilk soru, derogasyon bildiriminde Hükümet tarafından alınabilecek tedbirlerin Sözleşme'nin hangi maddelerini askıya alacağını açıkça belirtilmediği olgusudur. Mahkeme bunun askıya alınmasını geçerliliğini etkilemediğini düşünmektedir: taraflardan hiçbirinin bu noktaya itiraz etmediğini gözlemleyerek, Mahkeme derogasyonun Madde 15 § 3'teki resmi koşulları sağladığını kabul etmiştir. İkincisi, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki değerlendirmelerine atıfta bulunarak Mahkeme, askeri darbe girişiminin "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin" varlığını ortaya koyduğuna karar vermiştir. Üçüncü olarak Mahkeme, alınan tedbirleri durumun gerektirip gerektirmediği sorusunu cevaplamak için derogasyon ile başvurucunun şikâyetlerinin esası arasında bir bağ kurarak, başvurucunun şikâyetlerinin esası hakkında inceleme yapmasını gerektirdiğine karar vermiştir. Mahkeme, ağır ceza mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'nin açık ve kesin kararlarını yerine getirmemesini dikkate alarak, başvurucuların "hukuka uygun" ve "yasalara uygun" olmayan tutukluluklarının Sözleşme Madde 5 § 1'e aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı gibi, böyle bir eksikliğin derogasyonun orantılı ya da bu nedenle geçerli olarak kabul edilemeyeceği anlamına geldiğini bu sebeple Sözleşme Madde 5 § 1'in ihlal edildiğini belirtmiştir. Aynı yaklaşım Madde 10 bakımından da izlenmiş, yine Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerine dayanarak Mahkeme, başvurucuların ifade özgürlüklerine yönelik müdahalenin orantılı olmadığına ve bu durumun derogasyonun orantısız ve geçersiz olduğuna karar vermek için yeterli olduğuna, dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

(ii) Yerel mahkemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarını yerine getirmemesine dayanılarak verilen Madde 5 § 1 ihlaline rağmen Mahkeme, Sözleşme Madde 5 § 1 altındaki bu tespitlerinin Anayasa'nın 19. maddesi açısından özgürlüğünden yoksun bırakılan

kişilere verilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının, kişilerin özgürlükten yoksun bırakılma şikâyetleri için etkili bir hukuk yolu olduğuna dair önceki içtihadını değiştirmedeğini açıklamayı gerekli görmüştür (bakınız, örneğin, *Koçintar v. Türkiye*¹⁸⁸). Yine de Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesine ilişkin gelecekte yapılacak başvurularda, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru sisteminin etkinliğini inceleme ihtimalini saklı tutmaktadır. Bu yolun uygulamada ve teoride etkili bir yol olduğunu kanıtlama görevi Hükümet'tedir. (*Uzun v. Türkiye*¹⁸⁹).

Sözleşmede öngörülmeven sınırlandırmalar (Madde 18)

*Navalnyy v. Rusya*¹⁹⁰ kararı, Madde 11 açısından “meşru amaç”ın yokluğu ile Madde 18'e göre gizli amaç arasındaki bağa ilişkin içtihadı geliştirmiştir.

Başvurucu, siyasi bir aktivist, yolsuzluğa karşı kampanyalar düzenleyen popüler bir blog yazarı olmasının yanı sıra Rusya'nın en önemli muhaliflerinden biridir. Bu dava başvurusunun gözetimine alınıp geçici olarak tutuklandığı ve izinsiz fakat barışçıl eylemlere katıldığı gerekçesiyle idari cezalara çarptırıldığı Mart 2012 ile Şubat 2014 arasında meydana gelen yedi olaya ilişkindir. Beşinci olayda başvuru, hareketsiz bir eylemden bir grupla birlikte ayrıldığı için cezalandırılmıştır. Altıncı olayda başvuru, duruşmaya girmelerine izin verilmeyen bir grup aktivistle birlikte adliyenin önündedir.

Büyük Daire, 11. maddeden ihlal bulmuştur.

Mahkeme, ilk defa, Sözleşme'nin 5. maddesi dışında bir Madde (Madde 11) ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kombinasyon, Sözleşme'nin 11. maddesinin 18. maddenin referans verdiği sınırlandırmalara izin vermesi nedeniyle mümkündür.

Büyük Daire, *Merabishvili v. Gürcistan*¹⁹¹ kararına atıfta bulunarak, Madde 18'in davanın “temel bir yönü” olduğunu, bu nedenle ayrı incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca, (beşinci

¹⁸⁸ *Koçintar v. Türkiye* (kar.), no. 77429/12, § 44, 1 Temmuz 2014.

¹⁸⁹ *Uzun v. Türkiye* (kek), no. 10755/13, § 71, 30 Nisan 2013.

¹⁹⁰ *Navalnyy v. Rusya* [BD], nos. 29580/12 ve diğerleri, 15 Kasım 2018. Ayrıca bakınız yukarıda Madde 11 (Barışçıl Toplanma Özgürlüğü).

¹⁹¹ *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], no. 72508/13, 28 Kasım 2017.

ve altıncı tutukluluklarda) meşru amacın eksikliğinin kendisinin Madde 18'in ihlali için yeterli olmadığını, bu nedenle ayrıca tespit edilebilir bir baskın amaç olup olmadığını incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna ek olarak, meşru bir amacın var olduğunun tespit edildiği beş olayda hâlâ birden çok amacın olup olmadığını incelenmesi gerekmektedir.

Mahkeme'nin ihlal kararında üç unsura ağırlık verilmiştir. İlk olarak, Büyük Daire'nin yaklaşımı yakalama silsilesini incelemek olmuştur. Bir yandan başvurunun yedi kez yakalanmasına sunulan bahaneler giderek daha mantıksız bir hal almış, bir yandan da kargaşanın potansiyel ya da asıl derecesi ve başvurunun rolü giderek azalmış ve beşinci ve altıncı yakalamalarda hiçbir meşru amaç bulunamamıştır. Baskın amacın etkisinin zamanla değişebileceğini belirten *Merabishvili* kararı, özellikle konuyla ilgilidir. İkincisi, Mahkeme doğrudan başvurucuyu ve daha genel durumu ilgilendiren bağlamsal meselelere dayanmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu olaylarda başvurucuyu yakalarken yetkililer Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre bu uygulamaların Sözleşme ile uyumlu olmadığını bilincindedir. Ayrıca paralel olarak başvuru aleyhine yürütülen iki ceza davasında ortaya çıkan olaylar dizisi de konuyla ilgilidir (*Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya*¹⁹² ve *Navalnyye v. Rusya*¹⁹³). Genel olarak, yetkililerin muhalefet lideri olan Navalnyy'e ve diğer siyasi aktivistlere karşı tepkilerinde ve siyasi toplumsal eylemlere yönelik yaklaşımlarında gittikçe daha sert davranmaları “birleşen bağlamsal delil” olarak değerlendirmiştir. Özellikle, birkaç Avrupa Konseyi organı tarafından da eleştirilen yasal değişikliklerle (*Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*¹⁹⁴ kararında incelenen ve karardan sonra kabul edilen) toplanma özgürlüğünü sınırlamalar devam etmiştir. Üçüncüsü, Büyük Daire, muhalif bir siyasetçi olan başvurucuyu hedef almanın yalnızca diğer aktivistleri ya da destekçileri değil, ayrıca demokrasinin özünü de etkilemekte olduğunu ki bunun “ciddi ağırlığı olan” bir gizli amaç teşkil edeceğini belirtmiştir (“iddia edilen gizli amacın niteliği ve kınanabilirlik derecesi” için bakınız, yukarıda atıf yapılan, *Merabishvili*, § 307). Büyük Daire, başvurunun beşinci ve altıncı yakalanmasının

¹⁹² *Navalnyy ve Ofitserov v. Rusya*, nos. 46632/13 ve 28671/14, 23 Şubat 2016.

¹⁹³ *Navalnyye v. Rusya*, no. 101/15, 17 Ekim 2017.

¹⁹⁴ *Lashmankin ve Diğerleri v. Rusya*, nos. 57818/09 ve diğerleri, 7 Şubat 2017

Sözleşme'nin 18. maddesi uyarınca makul şüphenin ötesinde bir baskın amaç taşıdığını, bu amacın da hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı etkili siyasal demokrasinin parçası olan politik çoğulculuk ortamını baskı altına alma olduğunu tespit etmiştir.

Ayrıca, taraf Devlet'le ilgili özel olarak, Büyük Daire Madde 46 altında bazı genel önlemler alınmasına hükmetti. Mevcut davada Madde 11'in ihlali için *Lashmankin ve Diğerleri'nde* atfı yapılan ve ortaya konan benzer ihlallerden (düzenleyici çerçevenin yapısal yetersizliğiyle bağlantılı olduğundan) ve Sözleşme'nin 18. Maddesi kapsamındaki bulgularından yararlanmışır

*Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2)*¹⁹⁵ davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 18. maddesini, Madde 5 § 3 ile bağlantılı olarak incelemiştir.

Başvurucu, Millet Meclisi'nin seçilmiş bir üyesidir ve sol ve Kürt yanlısı siyaset izleyen bir siyasi parti olan Halkların Demokratik Partisi'nin (HDP) eş başkanlarından biridir. 20 Mayıs 2016'da kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerinin değişikliğin kabul tarihinden önce Millet Meclisi'ne gönderilmiş olduğu tüm davalarda yasama dokunulmazlıkları kaldırılmıştır. Başvurucu, bu anayasa değişikliğinden etkilenen 154 milletvekilinden (55 HDP milletvekili dâhil) biridir. 4 Kasım 2016 tarihinde başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma ve kişileri suç işlemeye teşvik etme şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvurucu hâlâ cezaevindedir ve tutuklu yargılanmaktadır. Milletvekilliği 24 Haziran 2018 tarihinde sona ermiştir.

Başvurucu, iktidardaki hükümete muhalif olduğu için susturulmak amacıyla tutuklandığını iddia etmektedir. Mahkeme, Sözleşme 5 § 3 maddesiyle bağlantılı olarak 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu, Mahkeme'nin Madde 18'in Madde 5 § 3 ile (Madde 5 § 1'in aksine) bağlantılı olarak ileri sürülebileceğine karar verdiği ilk dava olduğu için oldukça önemlidir. Ayrıca Mahkeme, "(18. maddenin) Sözleşme'nin 5. maddesi ya da 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi altında incelenmediğini ve bu davanın temel

¹⁹⁵ *Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2)*, no. 14305/17, 20 Kasım 2018 (kesinleşmedi). Ayrıca bakınız yukarıda Madde 5 § 3 (Tutukluluk Süresi) ve 1 Numaralı Protokol'ün 3. Maddesi (Halkın kanaatlerini özgürce açıklaması) başlıkları.

unsurlarından biri olduğunu” belirterek Madde 18'in uygulanabilirliğini tartışma ihtiyacı duymamıştır. *Merabishvili v. Gürcistan*¹⁹⁶ kararında ortaya konulan ilkeleri dikkate alan Mahkeme'nin sorgulaması, başvurunun gözaltına alınmasının ve tutuklanmasının Madde 5 § 1 (Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesi ve devamı) ve Madde 5 § 1 (c) (bir suç işlediğine dair “makul şüphenin” varlığı) uyarınca hukuka uygun bulunduğunu aklında tutarak, başvurunun siyaset sahnesinden silinmesi amacıyla tutukluluk halinin devam ettirilmesinde baskın bir amacın olup olmadığının kendisine sunulan deliller makul bir şüphenin ötesinde tespit edilip edilemeyeceğine yönelmiştir. Mahkeme bu bağlamda Madde 5 § 3 ve 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi altındaki kararlarından yararlanmış ve *Merabishvili* (yukarıda atıf yapılan) kararındaki yaklaşımıyla uyumlu olarak, diğerleriyle birlikte, üçüncü taraf görüşlerinde tarif edilen siyasi ve sosyal bağlamı dikkate almıştır. Bu bağlamsal analiz Mahkeme'yi, başvurunun devam eden tutukluluk halinin arkasında siyasi bir amacın olduğu sonucuna ulaştırmıştır. (Mahkeme'nin analizi başvurunun siyasi rolü, gergin siyasi durum, başvuru ve partisini hedef alan konuşmalar, devam eden tutukluluk halinin zamanlaması (oldukça önemli bir halk oylaması ve cumhurbaşkanlığı seçimi ile çakışmıştır), muhalif milletvekillerini susturmaya yönelik gelişen eğilim gibi unsurları kapsamaktadır) Mahkeme daha sonra, devam eden durumlarda baskın amacın zamanla değişebileceğini ve iddia edilen gizli amacın niteliği ve kınanabilirlik derecesi gibi unsurları dikkate alarak bu amacın baskın amaç olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin vardığı sonuç kayda değerdir:

“273. Mahkeme, yukarıda ifade edilen hususları dikkate alarak ve özellikle, ulusal makamların yalnızca kanun tarafından belirtilen tutukluluk gerekçelerinin basmakalıp bir sıralamasından ibaret olan yetersiz gerekçelerle birçok defa başvurunun tutukluluk halinin devamına karar vermelerini göz önünde bulundurarak, özellikle iki kritik seçim kampanyası yani halkoylaması ve Cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında ilgilinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının uzatılmasının, çoğulculuğu bastırma ve demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışma özgürlüğünü sınırlama yönünde gizli ve ağır basan bir amaç izlediğinin her türlü makul şüphesinin ötesinde tespit edildiği kanısına varmaktadır ...”

¹⁹⁶ *Merabishvili v. Gürcistan* [BD], no. 72508/13, §§ 257-58, 28 Kasım 2017

Anlamli bir biçimde Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesi altında taraf devletin başvuruçunun tutukluluğuna son vermek için gerekli bütün önlemleri alması gerektiğine karar vermiştir.

Kararın düzeltilmesi talebi (Mahkeme İç Tüzüğü Madde 80)

*İrlanda v. Birleşik Krallık*¹⁹⁷ davası, devletlerarası bir davada Mahkeme'nin bir kararının düzeltilmesi bağlamında Mahkeme İç Tüzüğü'nün 80. maddesinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkindir.

18 Ocak 1978 tarihli *İrlanda v. Birleşik Krallık*¹⁹⁸ davasında Mahkeme ilgili Hükümet'in gözaltındaki on dört kişiye beş özel sorgu tekniği uygulanmasının insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleye vararak Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak, Komisyon'un kararının aksine, Mahkeme, bu sorgu tekniklerinin kullanımının işkence olarak görülemeyeceğine karar vermiştir. (bakınız orijinal kararın §§ 165-68 ve sorgu tekniklerinin niteliği §§ 96-104 ve 106-07). Mahkeme İç Tüzüğü'nün 80. maddesi uyarınca¹⁹⁹, 4 Aralık 2014 tarihinde başvuruçucu Hükümet gözaltındaki kişilere uygulanan beş tekniğin Mahkeme tarafından işkence olarak kabul edilmemesi nedeniyle kararın düzeltilmesi için talepte bulunmuştur. 4 Haziran 2014'te yayımlanan televizyon raporuna dayanarak bu yazılı materyallerin olgusal içeriği o dönemde Mahkeme tarafından biliniyor olsaydı, bunun Mahkeme'nin işkence olduğuna karar vermesi üzerinde belirleyici bir etkisi olacağına dikkat çekmiştir. Esas itibarıyla başvuruçucu Hükümet, açığa çıkan bu bulguların öncelikle ilgili Hükümet tarafından aranan Dr L'nin Komisyon'a sunduğu delilin yukarıda bahsedilen beş tekniğin uzun dönem etkileri üzerine Komisyon'u yanlış yönlendirdiğine ve ikincisi, o dönemki Hükümet'in bu tekniklerin kullanımına ilişkin Sözleşme organlarından

¹⁹⁷ *İrlanda v. Birleşik Krallık*, no. 5310/71, 20 Mart 2018.

¹⁹⁸ *İrlanda v. Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, Seriler A no. 25.

¹⁹⁹ Mahkeme İç Tüzüğü'nün 80 § 1 maddesi şöyledir: "Taraflardan biri, mahiyeti gereği son karar üzerinde belirleyici bir etkisi olan ve kararın tefhim edildiği tarihte Mahkeme tarafından bilinmeyen ve kendisi tarafından da bilinmesi mümkün olmayan bir olayın varlığını öğrendiği takdirde, bu olayı öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde Mahkeme'den kararın düzeltilmesini talep edebilir.

bilgi saklamakta açık bir politikası olduğunu ortaya çıkarttığını ileri sürmüştür.

Kararın düzeltilmesi kararı birçok sebeple kayda değerdir.

İlk olarak, diğer düzeltme taleplerinin aksine, söz konusu talep Mahkeme'nin esasa ilişkin bulgularını değiştirmeyi amaçlamamaktadır. Başvurucu Hükümet, yeni olguların gün yüzüne çıkmasıyla kullanılan beş tekniğin etkilerine dayanan 3. madde ihlali gerekçelerinin değiştirilmesi ve bu tekniklerin insanlıkdışı ve aşağılayıcı muameleyle *birlikte* işkence olarak tanımlanması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme, diğer şeylerle birlikte, yerleşik içtihadında Madde 3 tarafından yasaklanan işkence ve diğer eylemler arasında bir ayrıma gittiğini kaydederek ileri sürülen konunun düzeltme talebine konu olabileceğini kabul etmiştir.

İkincisi, bu, Mahkeme'nin devletlerarası bir davada verilen karara ilişkin düzeltme talebi bağlamında İç Tüzük'ün 80. maddesini göz önünde bulundurduğu ve uyguladığı ilk davadır. Bu ayrıca nadir olarak görülen bir taleptir zira bu talep, kararın verilmesinden (uzun) bir zaman sonra su yüzüne çıkmıştır.

Üçüncüsü, Mahkeme, talebi incelemeye Mahkeme kararlarının kesin niteliğini aklında tutarak kararların düzeltilmesinin istisnai bir prosedür olduğunu hatırlatarak başlamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, düzeltme taleplerinin mutlaka katı bir incelemeden geçmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu görüş, düzeltme talebinin kabul edilmesine karar vermek için iki temel gereklilik olduğu yaklaşımına yön vermiştir: “başvurucu Hükümet tarafından sunulan belgelerin ‘mahiyeti gereği karar üzerinde belirleyici bir etkisi olan’ yeni bir gerçeği açığa çıkartıp çıkartmadığı’ ve düzeltme talebinin altı aylık süre içinde sunulup sunulmadığı”.

Mahkeme, 4 Aralık 2014'te sunulan düzeltme talebinin başvuru Hükümet'in dayandığı yeni olguları 4 Haziran 2014'te, televizyon yayınının olduğu tarihte öğrenmesi sebebiyle İç Tüzük'ün 80 § 1 maddesinde düzenlenen altı ay kuralına uygun olduğunu kabul etmektedir. Başvurucu Hükümet'in dayandığı yeni olguların kararın verilmesinden *sonra* ortaya çıkması kayda değerdir. Bu bağlamda Mahkeme, düzeltme için olası dayanakların farkına varıldığında ilgili tarafın bu dayanakların gerçekten var olup olmadığını öğrenmek için Mahkeme'nin bu konuda gecikmeden karar vermesini sağlayacak makul adımları atması gerekmektedir. Mahkeme, başvuru Hükümet'in televizyon yayımından önce Birleşik Krallık'ın ulusal

arşivinde yeni olguları ortaya çıkartma ihtimali olan ilgili bazı belgelere ulaştığını bilmektedir. Fakat Mahkeme, başvuru Hükümet'in bu belgelere ulaştıktan sonra hareketsiz kalmadığını gözlemlemiş, bu koşullar altında bunların takibinde özen göstermediği için eleştirilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, davalı Hükümet'in dile getirdiği aksi görüşe rağmen, başvuru Hükümet'in bu koşullarda bu olguları içeren belgeleri 4 Haziran 2014'ten önce öğrenmesinin mümkün olduğunun söylenip söylenemeyeceğinden şüphe duymuştur.

Temel sorun, başvuru Hükümet tarafından sunulan belgelerin yeni bir olgu içerip içermediği ve içeriyor ise, mahiyeti gereği karar üzerinde belirleyici bir etkisi olup olmayacağıdır. Belgelerin Mahkeme tarafından analizi, olguların ortaya konduğu arkaplan da dikkate alındığında, Dr L'nin Komisyon önündeki yargılamadaki tanıklığı bakımından (düzeltme için ilk dayanak) belgelerin iddia edilen yeni olguya, yani doktorun Komisyon'u yanlış yönlendirdiğine dair *prima facie* delil sunmadıklarına karar vermesine neden olmuştur. Karar düzeltme için ikinci dayanağı desteklemek üzere sunulan belgeler bakımından (yukarıya bakınız), Mahkeme dayanılan materyallerin orijinal karar verildiğinde Mahkeme tarafından “bilinmeyen” olgulara işaret etmediğine karar vermiştir.

Ancak, düzeltme için ilk dayanağı desteklemek üzere sunulan belgelerin başvuru Hükümet tarafından iddia edilen olguları gösterdiği varsayılsa bile, Mahkeme'nin karar düzeltme talebinin başarılı olamayacağına karar vermesi kayda değerdir. Bu sonuca varılmasında şu değerlendirmeler çok önemli olmuştur (bakınız paragraf 122):

“... hukuki belirlilik, diğer şeylerin yanı sıra, bir mahkeme bir husus hakkında kararına vardığı zaman, kararının yerindeliliğinin sorgulanmamasını gerektiren hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından birini oluşturur (bakınız *Harkins v. Birleşik Krallık* (kar.) [BD], no. 71537/14, § 54, 15 Haziran 2017). Karar düzeltme taleplerini katı bir incelemeye tâbi tutan Mahkeme, belirli bir ifade veya sonucun olgulara dair bir hatanın sonucu olduğu gösterilebilirse kararın düzeltilmesi ile devam edecektir. Böyle bir durumda, açıkça yanlış veya hatalı olan bulgunun düzeltilmesindeki menfaat, kararın kesinleşmesinin altında yatan hukuki belirliliğe dair menfaate istisnai olarak ağır basmaktadır. Buna karşılık, yeni bir olgunun orijinal karar üzerinde belirleyici bir etkisi olup olmadığı konusunda şüphe olan durumlarda, hukuki belirlilik üstün gelmeli ve kesinleşmiş karar ayakta kalmalıdır.”

Orijinal kararın tarihinden beri işkence kavramının içtihadındaki gelişiminden bahisle (bakınız paragraf 125):

“Madde 80'in lafzı ve karar düzeltme sürecinin amacı dikkate alındığında, karar düzeltme talebi bir tarafın Mahkeme'nin sonraki içtihadı ışığında bir gözden geçirme istemesine izin vermek için tasarlanmamıştır (karşılaştırınız, Mahkeme'nin içtihadındaki bir gelişmenin tek başına Sözleşme'nin 35 § 2 (b) maddesi bağlamında 'ilgili yeni bilgi' kabul edilemeyeceğine karar verdiği, yukarıda atıf yapılan, *Harkins*, § 56). Bu nedenle Mahkeme değerlendirmesini, o tarihte geçerli olan Sözleşme'nin 3. maddesi içtihadı ışığında yapmalıdır.”

Mahkeme orijinal kararda yer alan bulguların, beş tekniğin uygulanmasının tutuklu kişilerin sağlığı üzerinde yaratmış olabileceği muhtemel uzun dönem etkilerinden etkilenmediğini kaydetmiştir. Orijinal karar bu konuda sessiz kalmıştır. Onun yerine Mahkeme, maruz bırakılan ıstırabın şiddeti yönünden bir taraftan işkence, diğer taraftan insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele arasındaki ayrıma vurgu yapmıştır. Orijinal kararda Mahkeme, her ne kadar beş tekniğin amacının itiraf, başkalarının isimleri ve/veya bilgi alınması olsa da ve her ne kadar bu teknikler sistematik olarak kullanılmış olsa da, bunların anlaşıldığı haliyle işkence sözcüğün ima ettiği şiddet ve zalimlikte bir ıstıraba neden olmadığına karar vermiştir. “İşkence” ve “insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele” arasındaki ayrım, farklı unsurların ışığında değerlendirilecek bir derece meselesidir. Mahkeme'ye göre düzeltme kararında (bakınız paragraf 135)

“beş tekniğin ciddi uzun dönem psikiyatrik etkilerinin olabileceği gösterilmiş olsaydı, bu tek bir unsurun Mahkeme'yi beş tekniğin kullanılmasının 'çok ciddi ve zalim ıstıraba' neden olduğu ve işkence uygulanması olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna götüreceğine dair orijinal kararda hiçbir ibare yer almadığından, Mahkeme iddia edilen yeni olguların orijinal karar üzerinde belirleyici bir etkisi olabileceği sonucuna varamamıştır.”

Atıf Yapılan Kararlar Listesi

Davalar başvuruçuların soyisimlerine göre alfabetik olarak listelenmiştir. Bütün referansların Daire kararları olduğu varsayılmaktadır. Büyük Daire kararları, ihlal kararı ya da kabul edilemezlik kararı olsa da, “[BD]” olarak gösterilmektedir. Kabul edilemezlik kararları “(kar.)” olarak gösterilmektedir. Sözleşme’nin 44. maddesi uyarınca henüz “kesinleşmemiş” Daire kararları “(kesinleşmedi)” diye belirtilmiştir.

A

Akelienė v. Litvanya, no. 54917/13, 16 Ekim 2018 (kesinleşmedi)
Anchev v. Bulgaristan (kek.), no. 38334/08 ve 68242/16, 5 Aralık 2017

B

Baydar v. Hollanda, no. 55385/14, 24 Nisan 2018
Beuze v. Belçika [BD], no. 71409/10, 9 Kasım 2018

C

Correia de Matos v. Portekiz [BD], no. 56402/12, 4 April 2018

D

Denisov v. Ukrayna [BD], no. 76639/11, 25 Eylül 2018

F

F.J.M. v. Birleşik Krallık (kar.), no. 76202/16, 6 Kasım 2018

G

G.I.E.M. S.r.l. ve Diğerleri v. İtalya [BD], no. 1828/06 ve diğerleri

H

Hadzhieva v. Bulgaristan, no. 45285/12, 1 Şubat 2018

Mahkeme'nin 2018 yılı İçtihadına Genel Bakış

I

Inseher v. Almanya [BD], no. 10211/12 ve 27505/14, 4 Aralık 2018

İrlanda v. Birleşik Krallık, no. 5310/71, 20 Mart 2018

K

Könyv-Tár Kft ve Diğerleri v. Macaristan, no. 21623/13, 16 Ekim 2018

Kurşun v. Türkiye, no. 22677/10, 30 Ekim 2018

L

Lekić v. Slovenya [BD], no. 36480/07, 11 Aralık 2018

Libert v. Fransa, no. 588/13, 22 Şubat 2018

López Ribalda ve Diğerleri v. İspanya, no. 1874/13 ve 8567/13, 9 Ocak 2018
(kesinleşmedi)

Lozovyye v. Rusya, no. 4587/09, 24 Nisan 2018

M

Magyar Jeti Zrt v. Macaristan, no. 11257/16, 4 Aralık 2018

Mazepa ve Diğerleri v. Rusya, no. 15086/07, 17 Temmuz 2018

Mehmet Hasan Altan v. Türkiye, no. 13237/17, 20 Mart 2018

Mirovni İnstitut v. Slovenya, no. 32303/13, 13 Mart 2018

M.L.ve W.W. v. Almanya, no. 60798/10 ve 65599/10, 28 Haziran 2018

Molla Sali v. Yunanistan [BD], no. 20452/14, 19 Aralık 2018

Murtazaliyeva v. Rusya [BD], no. 36658/05, 18 Aralık 2018

Mutu ve Pechstein v. İsviçre, no. 40575/10 ve 67474/10, 2 Ekim 2018

N

Nait-Liman v. İsviçre [BD], no. 51357/07, 15 Mart 2018

National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri v. Fransa, no. 48151/11 ve 77769/13, 18 Ocak 2018

Navalnyy v. Rusya [BD], no. 29580/12 ve diğerleri, 15 Kasım 2018

O

O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd v. İrlanda, no. 44460/16, 7 Haziran 2018

R

Radomilja ve Diğerleri v. Croatia [BD], no. 37685/10 and 22768/12, 20 Mart 2018

Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portekiz [BD], no. 55391/13 ve diğerleri, 6 Kasım 2018.

S

Şahin Alpay v. Türkiye, no. 16538/17, 20 Mart 2018

Sekmadienis Ltd. v. Litvanya, no. 69317/14, 30 Ocak 2018

Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2), no. 14305/17, 20 Kasım 2018
(kesinleşmedi)

Solska ve Rybicka v. Polanya, no. 30491/17 ve 31083/17, 20 Eylül 2018

S., V. ve A. v. Danimarka [BD], no. 35553/12 ve diğerleri, 22 Ekim 2018

V

Vizgirda v. Slovenya, no. 59868/08, 28 Ağustos 2018

Z

Zubac v. Hırvatistan [BD], no. 40160/12, 5 Nisan 2018